



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme
Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA

Gli Speciali

Maggio 2026

Tutela dei terzi e trasformazioni della giustizia penale. Vecchie e nuove sfide nell'era della rivoluzione digitale

(coord. L. PARLATO, S. RUGGERI, A. ZAPPULLA)

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI
Gli Speciali
Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgogue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Patrizia Accordino – Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Luigi Zuccari

Criteri di referaggio:

Gli Speciali sono sottoposti, in forma anonima, a due *referees*, che decidono sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

**Tutela dei terzi e trasformazioni
della giustizia penale.
Vecchie e nuove sfide nell'era della
rivoluzione digitale**

(coord. L. PARLATO, S. RUGGERI, A. ZAPPULLA)

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 2/2026
maggio 2026

ISSN 2284-3531



Finanziato
dall'Unione europea
NextGenerationEU



Ministero
dell'Università
e della Ricerca



Italiadomani
PIANO NAZIONALE
DI RIPRESA E RESILIENZA

PNRR - Missione 4, Componente 2, Investimento 1.1 - Bando Prin 2022 - Decreto Direttoriale n. 104 del 02-02-2022

Progetto “Criminal proceedings and the protection of third parties: old and new challenges in the digital era”

CUP J53D23006080006- codice identificativo PRIN_2022ZC8HNA_001

I contributi sono stati organizzati, in tutte le sue Parti , secondo il criterio alfabetico per autore. Fa eccezione la Sezione 2 della Parte 5, nella quale sono stati ordinati alfabeticamente in base al Paese cui ciascun Report si riferisce.



INDICE

L. PARLATO, A. ZAPPULLA, <i>Introduzione</i>	p. I

1. Il poliedrico ruolo del terzo nelle diverse esperienze giuridiche

S. AGOSTA, <i>Il ruolo del terzo nel giudizio in via incidentale e la legittimazione della Corte costituzionale nel sistema</i>	p. 1
V. BONGIOVANNI, <i>Contratto con effetti protettivi per il terzo e danno da nascita indesiderata</i>	p. 32
M. DYSON, <i>Third Time's Charm: Third Parties' Potential Role in Criminal Procedure</i>	p. 47
A. FEDERICO, <i>Il contratto e i terzi</i>	p. 59
J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, <i>La persona jurídica: un nuevo actor en el proceso penal</i>	p. 74
G. MANNUCCI, <i>L'incerta nozione di terzo nel diritto amministrativo. L'esempio della vicinitas</i>	p. 89
F. NAVARRO CARDOSO, <i>Anotaciones sobre la responsabilidad penal de las "personas artificiales"</i>	p. 107
L. PANELLA, <i>Il terzo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	p. 118
F. RENDE, <i>Sanzioni disciplinari sportive e tutela dei terzi</i>	p. 127

2. Tutela dei terzi e indagini penali

S. BATTIATO, I. ZANGARA, <i>Tecnologie e tutela dei terzi</i>	p. 142
L. FIORE, <i>Captatori informatici, "terzi non indagati" e diritti sacrificabili: alla ricerca di un equilibrio tra efficienza investigativa e rispetto dei diritti fondamentali</i>	p. 153
D. FOTI, <i>Riservatezza informatica e indagini digitali</i>	p. 169

M. LA BELLA, <i>Cybercrime e prove digitali</i>	p. 185
C. SCACCIANOCE, <i>Strumenti di indagine con impatto a largo raggio: le perquisizioni online e le ricadute sui soggetti terzi non indagati</i>	p. 190

3. Il terzo nel procedimento di prevenzione

E. GUARDIGLI, <i>Misure preventive patrimoniali antimafia: la tutela dei terzi titolari di diritti reali di garanzia</i>	p. 207
A. MARCHESE, <i>«Qualità» di mafioso, uso delle nuove tecnologie e tutela della personalità umana</i>	p. 237
F.B. MORELLI, <i>L'irrimediabile attrito tra l'attuale disciplina delle misure di prevenzione patrimoniale e i diritti civili elementari: il caso paradossale della confisca all'assolto</i>	p. 250
A. FUSCO, <i>Diritti fondamentali, confisca senza condanna e tutela del terzo nel mondo digitale: uno sguardo agli standard sovranazionali</i>	p. 261
M. VERMIGLIO, <i>Lo standard probatorio nei procedimenti di prevenzione e gli spazi di tutela del terzo</i>	p. 270
S. ZIINO, <i>Il procedimento di prevenzione dal punto di vista dei terzi. Spunti di riflessione</i>	p. 285

4. Tutela dei terzi e giudizio penale

S. CACCIATORE, <i>La tutela della riservatezza del terzo nel procedimento penale</i>	p. 310
A. CIAVOLA, <i>Le potenzialità e i limiti del processo tecnologico a tutela del terzo offeso dal reato esaltano la centralità del giudice</i>	p. 324
G. CORASANITI, <i>La tutela dei terzi nel processo penale e la digitalizzazione: tra tensioni e garanzie</i>	p. 354
M. GIANGRECO, <i>Malpractice sanitaria e prova peritale: profili di continuità e nuove prospettive</i>	p. 377

5. Il terzo nella giustizia penale straniera e comparata

Sez. 1 La prospettiva nazionale

M. XIONG, <i>Authorities and Participants beyond Third Party in Criminal Proceedings: Lesson and Report from China</i>	p. 385

M.M. BUSTAMANTE RÚA, <i>Los terceros y la justicia penal en Colombia</i>	p. 409
T. WARD, <i>Third Parties in Criminal Proceedings: National Report for England and Wales</i>	p. 465
A. SCHNEIDER, <i>Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from the German Perspective</i>	p. 477
B.S. CHO, <i>Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World in South Korea. Reconstruction and Models for Solution from a Multilevel Perspective</i>	p. 496
P. MUYO BUSSAC, <i>La tutela de los terceros en el proceso penal: el modelo español</i>	p. 513
J.Y. WU, <i>The Position of the Third Person in Criminal Proceedings in Taiwan</i>	p. 537

Sez. 2 Comparazione

A. FALCONE, <i>Relativism and Pluralism in the Roles of Third Parties in Criminal Justice From a Comparative Law Perspective. Multilevel Protection of the Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties in Criminal Proceedings</i>	p. 551
V. Di NUZZO, <i>The Protection of Third Parties' Fundamental Rights during the Pre-Trial Phase in the Context of the Technological Revolution</i>	p. 590

6. Parti e terzi nel processo penale: la prospettiva delle corti internazionali in materia di diritti umani

Sez. 1 La tutela del terzo nella giustizia penale nella prospettiva dei sistemi CEDU e CADU

R. ESSER, <i>Third Parties in Criminal Justice: the Viewpoint of ECHR Law</i>	p. 610
A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, <i>Third Parties in Criminal Procedures: the Inter-Court of Human Rights Case Law</i>	p. 629
P. PIRRONE, <i>La posizione del minorenni nel procedimento contenzioso dinanzi al Comitato dei diritti del fanciullo</i>	p. 646
J.L. RODRÍGUEZ LAINZ, <i>La afectación de terceros por medidas de investigación tecnológica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	p. 659

Sez. 2 Comparazione

- E. MALINO, *Prove orali e diritto al confronto nel processo penale: la tutela di particolari categorie di dichiaranti nelle giurisprudenze Cedu e Cadu*..... p. 676
- C. ORLANDO, *Investigazioni occulte e tutela del terzo nel procedimento penale: il contributo delle giurisprudenze Cedu e Cadu*..... p. 692

7. La tutela del terzo nella giustizia penale dell'Unione europea e transnazionale

- G. AVILA, *Comunicazioni telematiche e criptofonini: esigenze investigative e diritti fondamentali negli arresti di più Corti*..... p. 706
- D. CARBONARI, *Tutela del terzo e dei suoi dati personali nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea. Il ruolo dell'autorità giudiziaria*..... p. 729
- M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e tutela dei terzi*..... p. 761
- E. GIANQUINTO, *L'acquisizione probatoria nelle indagini transnazionali: cooperazione giudiziaria e garanzie difensive*..... p. 775
- V. PILLITTERI, *Tutela del terzo e principio del nemo tenetur se detegere nella procedura penale europea*..... p. 790
- M. PITTIRUTI, *Mandato d'arresto europeo e tutela del terzo*..... p. 807
- L. RAPISARDA, F. CAMBIANO, *Digitalizzazione del crimine e cooperazione giudiziaria: gli ordini di produzione e conservazione nel regolamento sull'e-evidence*..... p. 817

8. Terzi e vittime nella giustizia penale internazionale

- A. BELTRÁN MONTOLIÚ, *Victims and Third Parties in International Criminal Justice*..... p. 838
- F. PERRINI, *Il Fondo fiduciario per le vittime nel sistema della Corte penale internazionale*.... p. 863
- R. VIRZO, *La confisca nello Statuto e nella giurisprudenza della Corte penale internazionale*... p. 872
- A. ZAPPULLA, *La tutela del terzo dichiarante e l'anonimato testimoniale nelle giurisdizioni penali internazionali*..... p. 885

Conclusioni

- S. RUGGERI, *Third Parties and the Increasing Complexity of Law. Relativism and Axiology of the Procedural Participation in Criminal Justice in the Digital Era*..... p. 898

LUCIA PARLATO*
ANGELO ZAPPULLA**

INTRODUZIONE

Lo speciale numero della Rivista raccoglie i risultati di un intenso percorso di ricerca scientifica svoltosi nell'ambito del progetto PRIN 2022 dal titolo "*Criminal proceedings and the protection of third parties: old and new challenges in the digital era*".

La ricerca ha visto impegnate tre unità locali facenti capo ai Dipartimenti di Giurisprudenza degli Atenei di Messina, "capofila", Palermo e Catania, con un approccio multidisciplinare e internazionale, coinvolgente le esperienze giuridiche di vari continenti. L'interdisciplinarietà, in particolare, non si è limitata alle molteplici sfaccettature del prisma giuridico – innanzitutto, penalisti, processual-penalisti, processual-civilisti, costituzionalisti, internazionalisti, civilisti, amministrativisti, esperti di diritto dello sport, filosofi del diritto – e delle diverse "professionalità" del settore – accademici, attori delle aule giudiziarie e protagonisti della fase investigativa –, ma si è estesa, nell'affrontare *the new challenges in the digital era*, anche all'informatica giuridica applicata al contesto processuale penale.

In sede di formulazione del progetto – dopo un primo passo volto a delimitare le aree di interesse ed elaborare un vocabolario comune attorno alla nozione di "terzi" – si è inteso assegnare a ciascuna unità di ricerca determinate prospettive da coltivare. Il che ha proiettato in maniera diversificata l'attenzione dei tre gruppi di studiosi verso un'analisi a livello tecnologico, empirico e giuridico, dedicata agli strumenti informatici di rilievo nelle indagini penali e al loro potenziale investigativo, anche sulla scorta di dati inerenti ai rispettivi distretti giudiziari.

Sin dall'avvio dell'iniziativa è stato chiaro come l'indagine dovesse seguire un itinerario giocoforza non del tutto preventivabile secondo schemi rigidi. Il percorso ha intrapreso direzioni in parte prestabilite e per il resto via via tracciate, costituendo per una quota la guida di sé stesso e muovendo verso sentieri dischiusi strada facendo.

Tra rime prefissate e suggestioni in corso d'opera, le tappe della ricerca sono state scandite da incontri organizzati a turno nelle varie sedi. Vale la pena di ricordarli per brevi cenni, anche per notare come l'andamento di un'indagine così "viva" non possa corrispondere del tutto né alle linee programmatiche, né tantomeno agli esiti qui riportati, che ne rappresentano una sintesi filtrata secondo ragioni di ordine pratico e ragionata in base a esigenze sistematiche.

A riprova dell'inevitabile dose di spontaneità nell'evolversi della collaborazione, può essere emblematico rammentare come il primo incontro, a Messina, sia stato animato dalla necessità preliminare di inquadrare in modo più concreto l'oggetto della ricerca. Uno sforzo nell'individuazione del "terzo" che ha innescato un vivace dibattito e che ha sin da subito coinvolto voci di diversa estrazione scientifica.

Nel corso dei successivi Seminari, lo sfuggente protagonista dell'analisi – il soggetto "terzo" – è stato considerato collocandolo idealmente di volta in volta in contesti differenziati e nelle diverse fasi del procedimento penale.

All'interno della fitta serie di incontri, in una visione d'insieme si segnalano, da un canto, i momenti di riflessione che – presso l'Ateneo palermitano – sono serviti a sovrapporre questa figura allo scenario dei mezzi di ricerca della prova e delle investigazioni atipiche, nonché al sistema di per

* Ordinario di Diritto processuale penale, Università di Palermo.

** Associato di Diritto processuale penale, Università di Catania.

sé complesso della giustizia penale transnazionale. Dall'altro canto, risaltano gli eventi svolti presso l'Università di Catania – nella splendida cornice dell'Auditorium “Enzo Zappalà” – che hanno offerto cruciali approfondimenti su “Tutela del terzo e procedimenti di prevenzione nel mondo digitale” e sul variegato mondo della giustizia penale internazionale.

La chiusura del ciclo di seminari che ha scandito i lavori del PRIN è stata segnata da un convegno particolarmente ricco e denso di spunti multidisciplinari. I numerosi relatori dell'*International Conference* che ha concluso il progetto si sono passati la parola prima nella sede universitaria di Messina e poi presso il *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights*. Il tema “*Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from an Intercultural Perspective*” ha costituito il riferimento centrale di svariati interventi a opera di studiosi italiani e stranieri, nel realizzare l'obiettivo ambizioso di una sinergia tra esperienze di Paesi lontani e ordinamenti assai distanti.

Anche i contributi che sono stati esposti in maniera più fluida e solo oralmente, senza confluire in questa pubblicazione, hanno lasciato il segno nello sviluppo della ricerca. Al di là di alcuni *paper* di raccordo, dei diretti partecipanti al progetto, si evidenzia tra i molti l'apporto del Prof. Giuseppe Di Chiara e di alcuni magistrati tra i quali il Dott. Antonio Balsamo e la Dott.ssa Annamaria Picozzi, a quel tempo rispettivamente impegnati presso la Procura generale della Corte di Cassazione e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, nonché la Dott.ssa Emma Rizzato, Procuratore europeo delegato (Procura della Repubblica presso il Tribunale di Venezia).

Oggi, al termine del progetto, si può volgere lo sguardo indietro per cogliere i tratti salienti del suo evolversi.

A svolgere il ruolo di propulsore nell'itinerario di approfondimento è stata l'ormai imprescindibile presa di coscienza di una sempre crescente invasività del fenomeno processuale, grazie o a causa delle nuove tecnologie digitali, e della pervasiva interferenza dei suoi effetti oltre i superati confini dei protagonisti formali e tradizionali, con conseguente compromissione dei diritti fondamentali di una congerie di “terzi” sempre più vasta, specialmente quando a essere utilizzati siano strumenti investigativi di diffusione massiva e gravemente indiscriminata. Fenomeno crescente che allontana definitivamente, qualora ve ne fosse ancora bisogno, l'idea classica di un processo penale quale rapporto giuridico semplicisticamente solo trilatero. Premessa pregiudiziale di ogni riflessione è stata, pertanto, il tentar di ricostruire l'ampia e sfuggente nozione di *third parties* dai contorni inevitabilmente *fuzzy*, nell'accezione letterale dell'anglicismo di insieme che «descrive situazioni reali nelle quali è difficile precisare un confine netto tra l'appartenenza e la non appartenenza» (vocabolario Treccani). Una nozione in grado di condizionare i relativi protocolli di tutela che, invece, sfumati non possono essere e la cui gestione acquisisce maggiore complessità in contesti transfrontalieri e in piani sovranazionali, che coinvolgono, in genere, soggetti molto diversi e molto lontani, spesso del tutto inconsapevoli dell'esistenza stessa del procedimento penale scaturigine della limitazione subita.

Fil rouge, non esclusivo, ma necessario, dell'analisi condotta, ossatura fondamentale di ogni possibile ricostruzione legittimante limitazioni di diritti fondamentali, ancor più qualora coinvolgenti soggetti terzi rispetto all'addebito penale, sono state le articolate dimensioni di garanzia dei diritti umani, da sviscerare innanzitutto nelle molteplici e varieguate prospettive sia costituzionali di tutela dei diritti inviolabili della persona, sia eurolunitarie, con in primo piano gli sviluppi dell'Ordine Europeo d'Indagine (OEI) e delle iniziative della Procura europea (EPPO), nonché internazionali, con uno sguardo particolare all'esperienza delle giurisdizioni penali internazionali.

Se queste sono state le premesse e la metodologia prescelte, l'obiettivo al quale la ricerca e gli scritti che seguono, che ne sono il frutto, hanno teso è il ricostruire, anche in prospettiva *de iure condendo*, un possibile statuto di garanzie procedurali del terzo dall'imputato. Ciò che si rende necessario è, infatti, delineare delle opportune *guidelines*, che operino, innanzitutto, nella fase pre-processuale di raccolta investigativa degli elementi di prova, sempre più delegata a invasive tecnologie digitali di difficile governabilità per il giurista “tradizionale” e destinate a gravare in maniera estremamente significativa, non solo nelle determinazioni endoprocedimentali, ma anche nella decisione sul merito della regudicanda. Linee guida normative non meno necessarie nel corso dell'istruzione dibattimentale, all'interno del nuovo perimetro delle moderne “udienze digitali”, nelle

quali si assiste a uno sfaldarsi del parametro tradizionalmente localistico, sempre meno fisico. E nelle quali, altresì, il virtuale si interseca con il reale, sovrapponendosi a esso e contestualmente allontanando o includendo chi dal luogo giudiziario rimane estraneo, in tal maniera violandosi – se non profanandosi – il sacro *τέμενος* dell’aula processuale. Caratterizzata, quest’ultima, dalla ieratica triplice unitarietà di tempo, di luogo e di azione propria della tragedia greca classica, che tagliava fuori (*τέμνω*) in maniera radicale quanto esterno al rigorosamente chiuso recinto sacro.

A dover essere delineate sono, pertanto, *guidelines* in grado di compensare, arginandola, la “necessaria ingiustizia” di ingerenze tecnologiche sempre più gravi rispetto alla sfera inviolabile del singolo, inevitabilmente sacrificata sull’altare dell’accertamento delle penali responsabilità e di una crescente esigenza sociale di sicurezza. Esigenza che finisce per rappresentare una sorta di *totem* invasivamente condizionante, in grado di creare un cono d’ombra per sottrarsi dal quale vanno individuate vie di fuga di necessaria garanzia.

Rispetto a un tale sfondo dei contributi qui raccolti, la proposta suddivisione nei vari capitoli cerca di evidenziare la feconda pluralità di temi, prospettive e competenze, per la quale i curatori sono immensamente grati agli Autori, provenienti da più continenti, che con grande generosità hanno voluto onorare e impreziosire il lavoro di ricerca delle tre unità siciliane.

Un ulteriore pensiero di sentita riconoscenza emoziona e al contempo addolora: doverlo esprimere in questi termini non era certo immaginabile nel corso dei lavori svolti. È un “grazie” speciale che va al Prof. Robert Esser, dell’Universität Passau, scomparso di recente in maniera improvvisa e prematura. Con la sua presenza all’evento finale, a Messina, e con l’invio dello scritto per questa pubblicazione ci ha lasciato doni significativi, portando a compimento con noi la ricerca e accrescendo il valore del corredo di saggi.

1.

Il poliedrico ruolo del terzo nelle diverse esperienze giuridiche

STEFANO AGOSTA*

RUOLO DEL TERZO NEL GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE E LEGITTIMAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL SISTEMA

SOMMARIO: SEZ. I: I TERZI ED IL PROCESSO COSTITUZIONALE (DALL'ESTERNO E DALL'INTERNO). – 1. Il processo costituzionale *dall'esterno*: elementi di *convergenza* e di *divergenza* col processo comune. – 2. Il processo costituzionale *dall'interno*: il ruolo del terzo ed i “processi costituzionali”. – SEZ. II: I TERZI NEL GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE (DE IUDICIO CONDITO). – 3. I terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Il ruolo dei *governanti*. – 4. Il ruolo dei *governati*. Gli interventi nel processo costituzionale “prima” della riforma delle Norme integrative del 2020. – 5. Gli interventi nel processo costituzionale “dopo” della riforma delle Norme integrative del 2020: il ruolo del terzo. – 6. (*Segue*): dell'*amicus curiae*. – 7. (*Segue*): dell'esperto di chiara fama. La decisione di ammissione e non ammissione dei terzi richiedenti. – 8. (*Segue*): i casi dei terzi richiedenti attualmente esclusi dalla giurisprudenza costituzionale. – SEZ. III: I TERZI NEL GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE (DE IUDICIO CONDENDO). – 9. L'allargamento del contraddittorio costituzionale *de iudicio condendo*: sul piano *stretto* dell'intervento del terzo e su quello *ampio* della partecipazione dell'*amicus curiae*. – 10. (*Segue*): *bene-fici* e *male-fici* dell'allargamento del contraddittorio (ed uno dei possibili modi per tentare di ricomporli). – 11. Il ruolo del terzo quale banco di prova per la legittimazione della Corte costituzionale nel sistema (oltre che per il “suo” processo).

SEZ. I: I TERZI ED IL PROCESSO COSTITUZIONALE (DALL'ESTERNO E DALL'INTERNO)

1. Il processo costituzionale *dall'esterno*: elementi di *convergenza* e di *divergenza* col processo comune

Il presente contributo si propone di esaminare il ruolo del terzo nel peculiare contesto del processo costituzionale. Com'è agevolmente prevedibile, tuttavia, affrontare la questione relativa al primo elemento di tale binomio (il «terzo», appunto) impone preliminarmente un chiarimento in ordine al secondo (il «processo costituzionale»)¹: e, ciò, si proverà a fare tanto dalla prospettiva *esterna* di quest'ultimo – vale a dire del confronto col «processo» *tout court* considerato – quanto da quella *interna* di esso (relativamente, cioè, ai numerosi «processi», invero, esistenti sotto l'unica ed omnicomprensiva etichetta di «processo costituzionale»²).

* Ordinario di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina.

¹ Cfr., *ex plurimis*, R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, spec. pp. 10 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto*, e F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, entrambe in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, in *Questione giustizia* (on-line), n. 4/2020, rispettivamente, pp. 48 ss. e p. 116.

² Sul punto, tra i tanti, A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del “diritto processuale costituzionale”*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (on-line), 2009, part. pp. 7 ss.; F. BIONDI, *ibidem*; F. DAL CANTO, *L'atto introduttivo dei processi*

È solo dopo tale previa illustrazione che sarà possibile passare al ruolo giocato dal terzo nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale nella prospettiva, rispettivamente, *de iudicio condito* (sez. II) e *de iudicio condendo* (sez. III).

Prendendo, dunque, le mosse dalla visuale *esterna* del giudizio costituzionale, è innanzitutto importante evidenziare come il rapporto attualmente intercorrente tra processo costituzionale (unitariamente considerato³) e processo comune sia parimenti segnato tanto da elementi di *convergenza* (con riferimento alla evoluzione nella *quantità* dei soggetti presenti) quanto, e soprattutto, da altrettanti fattori di *divergenza* (relativi, piuttosto, alla *qualità* di tali soggetti).

Sul crinale delle possibili *convergenze*, per cominciare, non vi è dubbio che – almeno dal punto di vista del modello *astratto* – il quadro che superficialmente sembra comporsi è assai *semplificato* (quando non semplicistico...) con la posizione *imparziale* rivestita da chi è istituzionalmente chiamato a giudicare e quella *parziale* rappresentata da quanti partecipino per contraddire innanzi al primo⁴.

In realtà, basta passare al differente versante dell'esperienza *concreta* per comprendere come le cose non stiano, invero, come sembrano nell'astrattezza di uno schema: lo scenario che effettivamente ne emerge vale a dire, risultando ben più gremito e *complicato* di quanto non potesse *prima facie* sembrare. Ciò non solo perché sia la posizione *imparziale* (del giudice) che quella *parziale* (delle parti processuali) si rivelano ben più articolate dell'ideale illustrazione che se n'è appena fatta ma pure, se non soprattutto ai fini del presente studio, giacché a tali posizioni non di rado finisce per affiancarsene una, per così dire, *ulteriore* facente, appunto, capo ad una serie di soggetti diversi⁵.

In tal senso, innanzitutto, il perimetro della c.d. indifferenza processuale in effetti non è interamente occupato dalla sola figura del giudice ma, nell'orbita della posizione *imparziale*, vengono inevitabilmente attirati anche soggetti ulteriori quali, tra gli altri, i testimoni così come, pure, una serie di altre figure poste in funzione di ausilio a chi dovrà assumere la decisione finale – come, sopra tutti, i consulenti tecnici d'ufficio – le quali a quest'ultimo sono

costituzionali a settant'anni dalla legge n. 87/1953, in G. GRASSO-A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87/1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, Napoli, 2024, pp. 169 ss.

³ In oggetto, *ex multis*, i contributi in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2006 (tra cui part. A. RUGGERI, *Presentazione del Seminario*, pp. 1 ss.); A. PIZZORUSSO, *Zone d'ombra e zone franche della giustizia costituzionale italiana*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, pp. 1021 ss.; P. ZICCHITTO, *La Corte costituzionale di fronte alle "zone franche"*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (on-line), (18 maggio 2018), pp. 1 ss.

⁴ Sul punto, tra i molti, S. SCIARRA, *L'indipendenza del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. LATTANZI-M. MAUGERI-G. GRASSO (a cura di), *Il giudice e lo Stato di diritto. Indipendenza della magistratura e interpretazione della legge nel dialogo tra le Corti*, Milano, 2024, spec. p. 96.

⁵ Nella dimensione interna cfr., *ex plurimis*, i contributi in CORTE COSTITUZIONALE - SEMINARI DI STUDI, *Interventi di terzi e «amici curiae» nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali*, Milano, 2020, nonché in C. AMALFITANO-Z. CRESPI REGHIZZI-S. VINCRE (a cura di), *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali*, cit.; D. TEGA, *Una regola con poche eccezioni. La porta stretta all'ingresso dei terzi e le sue ragioni*, in M. D'AMICO-C. NARDOCCI (a cura di), *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, Torino, 2023, pp. 191 ss.

Per un quadro comparato si vedano, tra i tanti, i contributi in P. PASSAGLIA (a cura di), *L'intervento di terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Cortecostituzionale.it* (on-line), novembre 2018; T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta Online* (on-line), I/2019, pp. 123 ss.

accomunate dal fatto che devono necessariamente offrire le medesime caratteristiche di indipendenza ed equidistanza⁶.

Non diversamente da quanto appena visto per quella *imparziale*, anche la posizione *parziale* fisiologicamente rivestita dalle parti del processo appare meno semplificata di quanto non sembri inizialmente, in primo luogo con riferimento al peculiare ruolo in tal senso giocato dalla stessa avvocatura: chiamata, cioè, ad una necessaria distanza dallo stesso proprio assistito la quale (deontologicamente prima ancora che professionalmente) dovrebbe consentirle di difendere le ragioni di quest'ultimo senza, per ciò solo, finire per esserne contigua.

Ad ulteriormente complicare lo scenario appena descritto – per venire all'oggetto di più diretto interesse per il presente lavoro – contribuisce, come si anticipava, l'eventuale partecipazione di una serie di soggetti "altri" quali, ad esempio, chi intervenga, rispettivamente: *a*) per esercitare relativamente alle parti costituite un proprio diritto; *b*) a sostegno della tesi avanzata da una di queste ultime; *c*) quale destinatario passivo della pretesa avanzata ad opera di esse; *d*) in funzione integrativa di un contraddittorio che, altrimenti, risulterebbe gravemente compromesso o, come che sia, complessivamente carente.

Sin qui, dunque, una sintetica carrellata degli elementi, per così dire, di *convergenza*, in quanto tali accomunanti, in altre parole, il processo costituzionale a quello comune sotto l'unica egida formale, come si diceva, del «processo» senza aggettivo. Volendo adesso brevemente passare in rassegna i principali elementi di *divergenza*, essi – solo per limitare l'indagine al profilo di più stretto interesse del presente contributo⁷ – traggono principalmente le mosse dal diverso oggetto, rispettivamente, del processo comune e di quello costituzionale: nel primo caso, ad essere prese di mira sono, come è noto, ben specifiche situazioni giuridiche soggettive a carattere *inter partes*; nel secondo, ad essere investita del giudizio rimane pur sempre una legge (od un atto ad essa equiparato), in quanto tale chiamata a spiegare effetti *erga omnes*.

Sotto quest'ultimo aspetto – ma non è ora questa la sede più adatta per farlo – potrebbe lungamente discutersi su cosa effettivamente costituisca il "reale" oggetto del giudizio di legittimità costituzionale: se la semplice "norma" o non, pure, la più complessa "situazione normativa" (che autorevole dottrina ha qualificato come quel «complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamente comporre la 'questione' ed a confluire nel giudizio di costituzionalità»⁸). Ciò per la (realistica) considerazione che è stato anche il complesso dei "fatti" esistenti intorno alla norma ad aver inevitabilmente orientato quel faticoso processo che ha condotto, poi, alla stessa elaborazione di quest'ultima⁹.

⁶ Così, B. CAVALLONE, *Il processo come «cosa dei terzi»?*, in C. AMALFITANO-Z. CRESPI REGHIZZI-S. VINCRE (a cura di), *op. cit.*, part. p. 1 (al cui pensiero si rimanda anche per i due periodi immediatamente successivi).

⁷ Per tale ragione, quindi, non si dirà, qui, delle numerose altre differenze esistenti tra il processo *tout court* considerato e quello costituzionale (in tema di fonti del processo nonché delle categorie processuali in esso impiegate, ad esempio).

⁸ In tal senso, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, part. p. 107.

⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Vacatio sententiae, «retroattività parziale» e nuovi tipi di pronunzie della Corte costituzionale* e A. SPADARO, *La «norma» - o piuttosto la «situazione normativa» - quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice (in margine alla sent. Cost. n. 84/1996)*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, rispettivamente, 1988, II, part. p. 932 e 1996, pp. 764 ss. [più di recente, tra i molti, E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"* (on-line), n. 1/2017, pp. 1 ss.].

Volendo ad ogni modo tornare alla pregressa distinzione, è del tutto fisiologico che la richiamata differenza nell'oggetto del giudizio finisca inevitabilmente col riverberarsi sulla posizione che il giudice è istituzionalmente chiamato a giocare a seconda che si tratti del processo comune ovvero costituzionale (e, per ciò solo, “a cascata” su quella degli eventuali partecipanti al contraddittorio che nel giudizio deve pur sempre attecchire ed avere luogo).

Semplificando al massimo, mentre il processo comune vedrebbe un giudice, come che sia, in una posizione inevitabilmente “sotto-messa” alla legge – che conferma la natura formalmente e sostanzialmente *giurisdizionale* del processo in questione – non ugualmente sembrerebbe potersi dire, invece, del processo costituzionale.

2. Il processo costituzionale dall'interno: il ruolo del terzo ed i “processi costituzionali”

Con riferimento in particolare al processo costituzionale, ad una postura – si passi l'espressione – variabilmente “sopra-messa” alla legge del giudice costituzionale, farebbe inevitabilmente da contraltare un processo dal carattere formalmente *giurisdizionale* ma sostanzialmente, ed in senso lato, più *politico*¹⁰: ciò a motivo delle attribuzioni a favore della Consulta previste dallo stesso art. 134 Cost. che, com'è noto, ne fanno un giudice dai tratti suoi propri e del tutto irripetibili nel quadro dell'attuale ordinamento giuridico¹¹ (ma, sul cruciale punto, dovrà com'è ovvio tornarsi, *funditus*, in chiusura delle presenti notazioni, nella sez. III al par. 10).

In conseguenza di siffatte caratteristiche, è perciò ovvio che l'ingresso di soggetti terzi nel contraddittorio debba necessariamente assumere un'estensione “orizzontale” ed un'incidenza “verticale” nel processo costituzionale assai diversa dal processo comune: allorché, nel primo, a prendere la parola aspirerà tanto chi sia portatore di un interesse, come si vedrà meglio *infra*, “qualificato” a “convincere” la Corte costituzionale *ex art. 24 Cost.* quanto chi sia titolare di un diverso interesse, “pertinente” ad “accrescere le conoscenze” di essa, in base ad una accezione estensiva del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost.

Volendo passare adesso, come si andava anticipando *supra*, dalla prospettiva *esterna* del confronto tra processo comune e processo costituzionale a quella *interna* a quest'ultimo, non difficile è comprendere come l'iniziale domanda “unica” circa il ruolo ricoperto dal terzo nel contraddittorio costituzionale – la quale muove dalla disciplina di cui all'art. 31, comma 1 (*Norme di rinvio*), *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, il quale stabilisce che «Nei giudizi regolati ai capi secondo» (*Questioni di legittimità costituzionale in via principale*) «e terzo» (*Conflitti di attribuzione*) «si osservano, in quanto applicabili, gli articoli da 2 a 20» [tra cui appunto figurano, rispettivamente, gli artt. 4 (*Interventi in giudizio*), 5 (*Accesso*

¹⁰ Sul punto, R. ROMBOLI, *I terzi nel processo costituzionale*, in C. AMALFITANO-Z. CRESPI REGHIZZI-S. VINCRE (a cura di), *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali*, cit., p. 12.

¹¹ In oggetto, solo di recente, *ex plurimis*, P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, in *Cortecostituzionale.it* (on-line), 9 marzo 2017, spec. p. 2; S. PAJNO, *La Corte “mediatica”: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, cit., pp. 137 ss.; E. DE GREGORIO, *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in *Giustiziainsieme.it* (on-line), 15 ottobre 2024.

degli intervenienti agli atti processuali), 6 (*Amici curiae*) e 17 (*Esperti*)] – finisca per richiedere risposte “plurime”¹².

Una diversificata risposta si impone, invero, a motivo del fatto che la partecipazione di soggetti a vario titolo interessati al processo costituzionale prenderebbe forma in maniera differente a seconda del giudizio davanti alla Corte in cui essa ambisca ad avere luogo: al punto che anche la precipua visuale in questa sede assunta pare mettere in luce la *necessità* (più che la mera *opportunità*) di discorrere di “processi costituzionali”, al plurale, piuttosto che semplicemente di “processo costituzionale”, al singolare¹³.

Non potendosi adeguatamente approfondire – per ovvie e comprensibili ragioni – il ruolo assunto dall’intervento del terzo in ognuno dei “processi costituzionali”, l’esigenza che, a questo punto, si pone sarebbe quella di selezionare almeno quello qui ritenuto il più rilevante: così, tra i tanti astrattamente impiegabili, un preliminare criterio potrebbe essere rappresentato da quello, per così dire, “per funzioni” che – tra i vari giudizi innanzi al Tribunale costituzionale – tradizionalmente distingue, in altre parole, tra quelli espressivi di una funzione prevalentemente *arbitrale* da quest’ultimo assolta e quelli in cui, invece, esso ne svolgerebbe una più precipuamente *garantista*¹⁴.

Se è vero che davanti a chi rispettivamente assegnerà, in posizione di terzietà, ragioni e torti, dovranno tradizionalmente apparire due contraddittori – chiamati a fronteggiarsi secondo appunto quello che, «nell’immaginario collettivo, ma anche in quello dei giuristi e dei legislatori», è «l’archetipo di un processo di parti»¹⁵ – è pur vero che solo in occasione dell’esercizio della prima funzione da parte del giudice delle leggi la presenza delle parti si rivela indispensabile, non altrettanto accadendo invece, com’è noto, nell’evenienza della seconda.

Della funzione c.d. arbitrale costituirebbero manifestazioni le ipotesi, rispettivamente, del giudizio di legittimità costituzionale in via principale e di quello sui conflitti di attribuzione¹⁶.

In tali casi, del tutto particolari appaiono sia l’*an* che il *quomodo* del perimetro di azione di quanti dovessero proporsi di intervenire nel giudizio (il pensiero non può che andare, tra gli altri, alle richieste di intervento, ad esempio, avanzate da enti territoriali quali la Provincia od il Comune): ciò dal momento che – assistendosi in entrambe le ipotesi, come si

¹² Così, M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 123.

¹³ Se si muove dall’idea che «non c’è un modello unitario di processo costituzionale, né c’è un vero e proprio codice del processo costituzionale», bisogna, comunque, ritenere che «vi sono regole processuali, in parte omogenee, in parte speciali, dettate per i vari giudizi costituzionali»: in tal senso, G. AMOROSO-G. PARODI, *op. cit.*, pp. 1 s. Sul punto, *ex plurimis*, A. RUGGERI, *Alla ricerca dell’identità del “diritto processuale costituzionale”*, cit., part. pp. 5 ss.; F. BIONDI, *op. cit.*, spec. p. 114; F. DAL CANTO, *op. cit.*, p. 169.

¹⁴ Anche l’impianto teorico-ricostruttivo apparentemente più robusto e consolidato nel tempo – come, appunto, quello che seguita nel distinguere la funzione garantista del giudice delle leggi da quella arbitrale – può tuttavia essere messo seriamente in crisi da (e, perciò solo, di diventare scivoloso ed arbitrario a motivo del) l’incontro-scontro con la quotidiana pratica giudiziaria: nella quale, vale a dire, tutt’altro che rari sono i casi in cui, pur svolgendo una funzione di garanzia *oggettiva* dell’integrità ordinamentale, la Consulta ne esibisca, pure, una arbitrale intorno ad una contesa *sogettiva* così come, anche, quelli inversi (allorché si ritrovi a garantire *indirettamente* l’interesse di parte alla situazione giuridica sogettiva vantata nel giudizio *a quo* nonostante sia stata chiamata *direttamente* ad eradicare una previsione contrastante con la Costituzione nell’interesse non di parte ma generale) (cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 239).

¹⁵ Sul punto, B. CAVALLONE, *ibidem*.

¹⁶ In oggetto, nuovamente, A. RUGGERI-A. SPADARO, *ibidem* (alla cui ricostruzione si rinvia anche per il periodo immediatamente successivo).

diceva, ad un giudizio di parte – le sorti dei processi in questione sarebbero interamente demandate al volere (o disvolere... visto che si trovano anche nella piena condizione di poter rinunciare ad essi) dei soggetti che in questi ultimi si sono già costituiti. Senza considerare, infine, come le forme ed i modi della comune aspirazione ad intervenire, in particolare nel giudizio sui conflitti, non possono non risentire della natura *intersoggettiva* ovvero *interorganica* del conflitto stesso: in quest'ultima evenienza si pensi, ad esempio, al caso che ad essere impugnato dalla parte regionale sia un atto giurisdizionale e corrispondentemente emerga, quindi, l'esigenza di una rappresentanza in giudizio in capo al magistrato che di quel provvedimento è pur sempre stato l'autore¹⁷.

Alla funzione c.d. garantista sarebbe, invece, tendenzialmente ascrivibile il giudizio, rispettivamente, di legittimità costituzionale in via incidentale, di ammissibilità del referendum abrogativo nonché, verosimilmente, sui reati presidenziali.

Così, essendo l'interesse generale alla rimozione delle leggi in contrasto con la Costituzione a dare impulso alla prosecuzione del giudizio in via incidentale già avviato, è conseguenziale che in tale tipologia di processo la partecipazione delle parti del giudizio *a quo* si riveli non necessaria e solamente potenziale. Qui, del resto, è la sola figura del giudice rimettente che esprime il punto di vista imparziale dell'ordinamento complessivamente considerato, eccedendo con la propria ordinanza la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale: con la conseguenza, insomma, che delle possibili iniziative processuali è solo quella avviata da quest'ultimo che si dimostra irrinunciabile per il giudizio costituzionale *ad quem*; mentre non altrettanto può dirsi invece – come si sa – per la posizione rivestita, rispettivamente, dall'Esecutivo (recante la visuale dei governanti) ovvero delle altre parti del giudizio *a quo* (piuttosto espressiva di quello dei governati)¹⁸.

Entrambi tali interventi, difatti, si pongono su un crinale non imparziale (con le precisazioni che, *infra*, si faranno con riferimento al peculiare ruolo del Governo) e rinunziabile ai fini della prosecuzione del giudizio costituzionale. A motivo del carattere oggettivo che lo connota, difatti, quest'ultimo potrà concludersi col solo impulso impartito dal giudice remittente: il contraddittorio costituzionale invitando solo *facoltativamente* sia i governanti che i governati ad esprimere il proprio punto di vista nel processo ma non richiedendo loro *necessariamente* di farlo.

SEZ. II: I TERZI NEL GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE (*DE IUDICIO CONDITO*)

3. I terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Il ruolo dei governanti

Se una prima delimitazione dei processi costituzionali da prendere in esame ai fini della presente disamina deriva dall'adozione del criterio “per funzioni” menzionato nella sez. precedente è, tuttavia, all'integrazione col successivo criterio, diciamo così, “per quantità” che bisogna ricorrere per circoscrivere ulteriormente il campo d'indagine: considerato che quattro/quinti (dal 1956 al 2022)¹⁹ – due/terzi solo nell'ultimo anno monitorato

¹⁷ Così, R. ROMBOLI, *op. cit.*, pp. 12 s.

¹⁸ In tal senso, ancora, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, spec. p. 292.

¹⁹ «Complessivamente, sempre dal 1956 ad oggi, al di là di 138 pronunce sul referendum, ricordiamo: 6% di decisioni sui conflitti fra poteri, 17% circa in materia di contenzioso generale fra Stato Regioni (giudizio in via

(2024)²⁰ – del complesso dei verdeti della Consulta normalmente vengono resi nel contesto del giudizio in via d'eccezione, la scelta di quest'ultimo quale sede privilegiata per la verifica del ruolo attualmente giocato dal terzo nel contraddittorio costituzionale appare in qualche modo la più *opportuna* (quando non *obbligata*).

Con tali necessari chiarimenti preliminari in ordine al processo costituzionale – ed al contesto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale entro il quale esso si muoverà – è, adesso, possibile passare al precipuo ruolo del terzo: per comprendere il quale ultimo, nondimeno, non poco utile può tornare un, seppur succinto e di sfuggita, richiamo all'importanza che, anche da questo versante, ha giocato l'avvento delle prime Costituzioni rigide del secondo dopoguerra.

Sulla falsariga di quanto peraltro avvenuto già molti anni prima negli ordinamenti di *Common Law*, difatti, le richiamate Carte fondamentali si sono *ab origine* dotate non solo di una parte *sostantiva* – come tale ricomprendente, in altre parole, i due pilastri rappresentati, rispettivamente, dalla tutela dei diritti fondamentali e dalla separazione dei poteri²¹ – ma, pure, di una di tipo più specificatamente *processuale*, la cui presenza ha contribuito a contrassegnarne, anche sotto questo profilo, la vistosa “rottura” rispetto alle Costituzioni ottocentesche e del primo dopoguerra²².

L'attuazione anche nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale di previsioni fondamentali quali, sopra tutte, quella del diritto inviolabile alla difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost. (*ab initio* presente, come si sa, nella trama costituzionale), per un verso, nonché quella del diritto ad un giusto processo ed al contraddittorio tra le parti *ex art.* 111 Cost. (nell'attuale formulazione sopravvenuto solo dopo, a seguito della l. cost. n. 2/1999, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*), per un altro, ha richiesto, com'è noto, un lungo e non sempre internamente lineare e coerente processo di maturazione cui hanno sempre fatto da apripista la giurisprudenza costituzionale, prima, e le revisioni delle *Norme integrative*, cit. che si sono avvicendate nel tempo (soprattutto a partire dal 2008), dopo.

principale e conflitto fra enti), mentre ben i 4/5 delle pronunce sono in sede di giudizio in via incidentale»: cfr., di nuovo, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 67.

²⁰ «Con riguardo alle diverse tipologie di giudizio, le 212 pronunce del 2024 sono così ripartite: 139 (119 sentenze e 20 ordinanze) nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale; 59 (46 sentenze e 13 ordinanze) nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale; 1 sentenza ha deciso, previa riunione, un giudizio per conflitto di attribuzione tra Stato, Regioni e Province autonome e un giudizio in via incidentale; 9 pronunce sono state rese nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (1 ordinanza emessa nella fase di ammissibilità; 7 sentenze e 1 ordinanza nella fase di merito). Completano il quadro 5 ordinanze di correzione di errori materiali. Non sono state adottate sentenze in tema di ammissibilità del referendum»: «tradotti i suddetti valori in termini percentuali, si può notare come il giudizio in via incidentale abbia riguardato il 65,3% delle pronunce, mentre il giudizio in via principale si è attestato al 27,7% del totale. Il restante contenzioso è così ripartito: 0,5% per i conflitti tra enti; 4,2% per i conflitti tra poteri dello Stato; 2,3% per la correzione di errori materiali» [in tal senso, CORTE COSTITUZIONALE – SERVIZIO STUDI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2024. Dati quantitativi e di analisi* (riunione straordinaria della Corte costituzionale dell'11 aprile 2025 presieduta da Giovanni Amoroso), in *Corte costituzionale* (on-line), spec. pp. 5 s.].

²¹ Vale a dire «i due elementi di cui si compone l'idea di Costituzione mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, l'uno avente natura strumentale (la separazione dei poteri) nei riguardi dell'altro (il riconoscimento e la garanzia dei diritti) (...)»: così, A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e riorganizzazione del potere, tra regole istituzionali e regolarità della politica*, in *Consulta Online* (on-line), III/2024, part. p. 1374.

²² In tal senso, ad esempio, F. PERCHINUNNO, *Profili evolutivi del principio del contraddittorio: dal “giusto processo” all'attuazione costituzionale*, in *Iurisdictio*, n. 3/2022 (on-line), spec. p. 179.

La questione che qui ci occupa naturalmente non riguarda l'*instaurazione* del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, il cui complesso di esigenze ad essa sottesa non andrebbe, comunque, sovrapposto con (e, anzi, richiede di essere chiaramente distinto da) quello, logicamente-cronologicamente successivo, relativo alla *prosecuzione* del medesimo, una volta che sia già stato correttamente avviato. Nel caso dell'*instaurazione*, difatti, le necessità processuali sono inevitabilmente collegate all'unica modalità con la quale il nostro ordinamento, com'è noto, consente ad un soggetto, non rappresentato dallo Stato né dalla Regione, di giungere innanzi al Tribunale costituzionale; nel secondo, tali esigenze presuppongono, invece, l'ammissibilità dell'intervento da parte di tutti quei soggetti – diversi dalle parti del giudizio *a quo* – variamente interessati a partecipare ad un processo già incardinato ed esistente²³.

Com'è noto, la *regola* della partecipazione al contraddittorio costituzionale da parte dei protagonisti processuali del giudizio principale ha tradizionalmente trovato giustificazione nel canone della formale simmetria tra la costituzione nel giudizio *a quo* e quella nel giudizio *ad quem* – almeno a far data dalle prime restrittive applicazioni della disciplina in materia, risalente alla metà del secolo scorso – mentre la questione che oggi ci intrattiene riguarda, per così dire, l'*eccezione* rappresentata da tale partecipazione ad opera di soggetti diversi da tali parti²⁴.

Prendendo, innanzitutto, le mosse dalla dimensione dei governanti *supra* richiamata – considerato che lo stesso giudice delle leggi ha *ab origine* rimarcato la non necessarietà di provare l'esistenza di un interesse governativo diretto e concreto alla questione di legittimità costituzionale²⁵ – non è sempre stato agevole verificare quale fosse l'esatta estensione dell'interesse di cui il Governo è risultato effettivamente portatore in siffatto processo: sotto questo aspetto, perciò, di una certa utilità può essere un riferimento all'evoluzione cui tale partecipazione è andata progressivamente incontro nel passaggio dal modello astratto all'esperienza concreta.

Com'è stato autorevolmente sostenuto, difatti, già in sede di Assemblea costituente l'intervento governativo era stato prefigurato come obbligatorio: immaginando, cioè, una sorta di “specularità processuale” esistente tra il binomio parte privata del giudizio *a quo* – avvocato libero professionista (a difesa degli interessi della prima) e quello parte pubblica nel giudizio *a quem* – Avvocatura dello Stato (piuttosto a garanzia dell'integrità della legge indubbiata)²⁶. La prima giurisprudenza sul punto ha, così, distinto la partecipazione regolata dalla tradizionale disciplina processuale da quella realizzata dal Governo nel processo costi-

²³ In questo modo, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, pp. 289 s. (sul punto si tornerà anche, *infra*, nella sez. III, par. 11).

²⁴ Si consideri, peraltro, che «L'ammissibilità dell'intervento del terzo non può ritenersi condizionata alla circostanza che la parte del giudizio *a quo* si sia costituita anche nel giudizio avanti alla Corte costituzionale, dal momento che l'interesse qualificato all'intervento sussiste indipendentemente dalle scelte difensive assunte dalla medesima parte»: così, CORTE COSTITUZIONALE – UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Repertorio ragionato delle massime delle pronunce costituzionali*, vol. 1, *Il processo costituzionale*, anni 2016-2024, in *Cortecostituzionale.it* (on-line) (marzo 2025), p. 25, richiamando, sul punto, l'ord. n. 132/2020.

²⁵ La qual cosa starebbe plasticamente a dimostrare la distanza – comunque persistente – tra il peculiare intervento dispiegato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (e, parimenti, dalla Presidenza della Giunta regionale) e quello di tutti gli altri soggetti tecnicamente “interventori”: cfr., ad esempio, A. RUGGERI-A. SPADARO, p. 291.

²⁶ Così, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, pp. 14 ss.

tuzionale in virtù della ragione “sua propria” che animerebbe quest’ultima in funzione integrativa del contraddittorio²⁷.

Per un buon lasso di tempo iniziale, vi è da dire che l’esperienza concreta si è lasciata in qualche misura “impressionare” da tale originario *imprinting*: avendo, in altre parole, diffusamente ammesso in capo all’Esecutivo la qualifica processuale di “parte”. Da un certo snodo interpretativo in poi, tuttavia, tale impostazione sembra aver subito una vistosa torsione, la stessa giurisprudenza costituzionale avendo piuttosto scelto di virare in direzione della qualifica di quello governativo come intervento non obbligatorio di un “terzo” nel processo costituzionale (sia pure esibendo talune spiccate peculiarità): pure se adesso non vi è tempo a sufficienza per approfondire oltre tale impostazione, è ovviamente all’orientamento avviato a partire dalla celebre sent. n. 210/1983 (fino praticamente ai giorni nostri) che si sta facendo riferimento in ordine a tale ultima qualificazione della partecipazione dispiiegata in giudizio da parte dell’Esecutivo²⁸.

In questa sede, basterà semplicemente ricordare come – facendo leva tanto su dati di ordine sistematico quanto su quelli desunti dal tenore letterale delle stesse norme in materia²⁹ – sia proprio a partire dal richiamato precedente che la Corte ha espressamente negato in capo all’Esecutivo la titolarità di un interesse pregiudizialmente avverso rispetto a quello di cui sarebbero eventualmente portatrici le parti private³⁰; e ciò, anche, in considerazione del potere che la stessa normativa in materia assegna, com’è noto, al Presidente della Corte di disporre la prosecuzione del giudizio a porte chiuse anche nei casi in cui il Governo abbia comunque deciso di intervenire³¹.

4. Il ruolo dei governati. Gli interventi nel processo costituzionale “prima” della riforma delle Norme integrative del 2020

Alla luce di quanto appena detto, la non obbligatorietà della partecipazione dell’Esecutivo al giudizio è sembrata, infine, negare *in nuce* la necessità di riequilibrare il contraddittorio costituzionale: e, ciò, sia nel caso di un “pieno” – nel senso di un contradditto-

²⁷ In oggetto, tra i tanti, M. CALAMO SPECCHIA, *L’integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l’intervento di terzo e l’amicus curiae in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, III, Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale, in *Consulta Online* (on-line), 2020, pp. 45 ss.; A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi* (on-line), n. 16/2020, spec. pp. 412 s.

²⁸ Sul punto, *ex multis*, S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, spec. pp. 18 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC* (on-line), n. 2/2020, part. pp. 432 ss.; C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, *La Costituzione.info* (on-line), 18 febbraio 2020.

²⁹ In tal senso, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 17.

³⁰ Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 291.

³¹ Così, artt. 26, comma 2, l. n. 87/1953, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, e 11, comma 1 (*Convocazione della Corte in camera di consiglio*), *Norme integrative*, cit., nella parte in cui dispongono, rispettivamente, che «Qualora non si costituisca alcuna parte o in caso di manifesta infondatezza la Corte può decidere in camera di consiglio» e che «Se nessuna delle parti si è costituita in giudizio, il Presidente può convocare con decreto la Corte in camera di consiglio».

rio caratterizzato dalla costituzione delle sole parti private – sia in quello opposto di un “vuoto” (allorché il contraddittorio innanzi alla Consulta risulti del tutto assente)³².

Poste tali premesse, nondimeno, l'interrogativo circa l'effettiva natura dell'interesse sotteso all'eventuale intervento del Governo rimane e, per tentare almeno di provare a dissiparlo, non può che essere alla pratica concreta che bisogna rivolgere lo sguardo: la quale, tuttavia, nell'esperienza processuale è parsa esibire un certo scostamento rispetto al figurino prefigurato dalla giurisprudenza costituzionale.

Espressamente regolato, rispettivamente, dagli artt. 20, comma 3³³, e 25, comma 3³⁴, l. n. 87 cit. (nonché dall'art. 4, comma 1, *Interventi in giudizio, Norme integrative*, cit.³⁵), vi è difatti da dire che tale intervento è stato praticamente sempre impostato, e sviluppato, dal Governo *ex parte legis*: vale a dire, nel senso di offrire al Tribunale costituzionale quell'interpretazione della norma indubbiata che fosse unicamente ascrivibile all'indirizzo politico di maggioranza. Nella sua ostensione della prospettiva degli organi di indirizzo politico³⁶, insomma, l'Esecutivo si è reso così espresso e costante portatore dell'interesse del solo Stato-governo³⁷.

Così, ad esempio, innanzi all'impugnazione di una disposizione dal contenuto difficilmente compatibile col dettato costituzionale – nella larghissima maggioranza dei casi – la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha preferito direttamente non intervenire “a monte” (lasciando che l'atto impugnato andasse incontro alla propria, prevedibile, sorte) piuttosto che insistere nel costituirsi “a valle” per chiederne la declaratoria di incostituzionalità (a meno che lo stesso Governo non avesse voluto, piuttosto, costituirsi al solo fine di avanzare un'interpretazione conforme a Costituzione dell'atto impugnato la quale, se accolta, ne avrebbe comunque impedito la secca eradicazione³⁸).

Non dissimilmente sembra essere accaduto, pure, nell'evenienza opposta: allorquando cioè – evidentemente ritenendolo non così agevolmente aggredibile – l'Esecutivo ha quasi sempre deciso di intervenire, per così dire, “a senso unico” a strenua difesa dell'atto indubiato. In tale ultima eventualità, peraltro, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha non di rado dimostrato di appuntarsi più sui rilievi *processuali* della questione sull'atto che non su quelli *sostanziali* dell'atto stesso, così consentendo (neanche poi tanto velatamente, invero) di intravedere il suo reale intendimento di scansare ad ogni costo la scure dell'illegittimità costituzionale³⁹.

Alla luce dei tasselli così emergenti dalla prassi, in sintesi, il mosaico dell'intervento governativo che tende a delinearsi pare più avvicinarsi all'impostazione originariamente

³² Sul punto, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, pp. 15 s.

³³ A norma del quale «Il Governo anche quando intervenga nella persona del Presidente del Consiglio dei ministri o di un Ministro a ciò delegato, è rappresentato e difeso dall'Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto».

³⁴ Secondo cui «Entro lo stesso termine, il Presidente del Consiglio dei ministri e il Presidente della Giunta regionale possono intervenire in giudizio e presentare le loro deduzioni».

³⁵ A mente del quale «L'intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri ha luogo nel termine perentorio di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza nella Gazzetta Ufficiale, mediante deposito con modalità telematica delle deduzioni, comprensive delle conclusioni, sottoscritte dall'Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto».

³⁶ Così, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 292.

³⁷ Cfr. R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 15.

³⁸ Sul punto, A. RUGGERI-A. SPADARO, *ibidem*.

³⁹ In tal senso, nuovamente, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 16.

adottata dalla l. n. 87 cit.: non essendo nemmeno lontanamente accettabile che il Governo possa patrocinare l'argomento del possibile contrasto della legge impugnata con la Costituzione, in altre parole, la sua partecipazione non potrebbe sottrarsi all'imperativo cogente di difendere sempre e comunque a spada tratta, l'atto impugnato.

Il “verso”, per così dire, della partecipazione governativa al contraddittorio finisce in tal modo per dimostrarsi *unidirezionale-bloccato*, cioè nell'unico “senso” della strenua resistenza opposta dall'Esecutivo alla tesi dell'incostituzionalità dell'atto sospettato d'illegittimità costituzionale. Tale evidente indirizzo è stato così richiamato a conferma del fatto che il reale destinatario del sindacato costituzionale rimanga, pur sempre, il Governo: sia quando intervenga a difesa dell'indirizzo politico *attuale* – in virtù di una sorta di sillogismo esistente tra il soggetto che ha avanzato la proposta legislativa ed il soggetto che è perciò, logicamente-cronologicamente, chiamato a difendere la propria scelta politica davanti al giudice delle leggi⁴⁰ – sia quando si attivi a garanzia di indirizzi politici ben più che *superati* (persino quando, cioè, le disposizioni variamente indubiate nemmeno siano manifestazione dell'attuale “indirizzo” politico di maggioranza ma costituiscano, piuttosto, vestigia di “indirizzi” non solo storicamente ma anche culturalmente e politicamente oltrepassati, come quello fascista⁴¹).

Ad oggi non sembra ancora evidentemente aver attecchito (né, tantomeno, messo radici) nel processo costituzionale, in conclusione, quell'orientamento che auspicerebbe, invece, un intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri che si dimostri, piuttosto, *ex parte Constitutionis*: prendendo espressamente di mira l'interesse generale alla preservazione dell'ordinamento integro nel tempo in luogo di un interesse di parte e contingente, la costituzione in giudizio del Governo dovrebbe, quindi, aversi nell'interesse della generalità dei consociati o, come che sia, *pro populo*. Rinunziare ad una garanzia assiomatica e senza quartiere della legge, del resto, equivarrebbe per ciò solo a schierarsi dalla prospettiva della Carta fondamentale: ed evitare, così facendo, il rischio che la, pur fondamentale, funzione di conservazione dell'ordinamento venga solo ottusamente e sconsideratamente perseguita dall'Esecutivo (il quale potrebbe, a questo punto, farsi finalmente portatore dell'interesse dello Stato-comunità)⁴².

Ampiamente caldeggiato dalla dottrina e, come si è visto, dalla stessa giurisprudenza costituzionale, l'intervento governativo dovrebbe, in sintesi, essere espressivo di un interesse alla controversia *tout court* considerata e non alla difesa della singola legge indubbiata. Sul piano della strategia processuale da mettere in campo, ciò significa auspicare che il “verso” della partecipazione governativa sia di segno opposto rispetto a quanto sin qui visto e, cioè, di tipo bidirezionale-libero: in egual misura chiamata, in altre parole, a sostenere – a seconda naturalmente delle contingenze – la *difesa* della legge impugnata così come pure, all'inverso, la sua *caducazione* per contrasto con la Costituzione.

Se quello sin qui succintamente esaminato è stato l'angolo visuale dei governanti – e, segnatamente, del Governo – non meno (e, anzi, ancor più) fecondo di spunti ai fini della definizione del ruolo del terzo nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale che qui ci occupa appare il connesso crinale dei governati.

⁴⁰ Cfr., tra i molti, M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica. Magistratura e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzionalismo* (on-line), n. 3/2003, spec. p. 3.

⁴¹ Così, A. RUGGERI-A. SPADARO, *ibidem*.

⁴² In tal senso, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, pp. 15 s. (cui si rinvia anche per le considerazioni immediatamente conseguenti).

L'esigenza di partecipazione dei quali ultimi, in particolare, non può che risentire innanzitutto del peculiare disallineamento che caratterizza il processo costituzionale (e rispetto al quale proprio una progressiva apertura del contraddittorio potrebbe rappresentare un parziale correttivo): trattandosi, cioè, di un giudizio che "in chiusura" può, pur sempre, concludersi con una pronuncia avente effetti *erga omnes* mentre, "in apertura", rimane, comunque, connotato dalla partecipazione solo eventuale di taluni soggetti ammessi.

5. Gli interventi nel processo costituzionale "dopo" della riforma delle Norme integrative del 2020: il ruolo del terzo

In virtù delle considerazioni appena svolte, per un verso, il processo costituzionale potrebbe certamente proseguire in mancanza di qualunque contraddittorio a motivo del fatto che esso non mira solo alla tutela di singole posizioni individuali: per un altro, tuttavia, proprio la natura "costituzionale" di tale giudizio imporrebbe di non limitare la partecipazione al giudizio *ad quem* alle sole parti di quello *a quo* (nonché, come si è visto, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri)⁴³.

Per la ragione di trovarsi potenzialmente esposti agli effetti della pronuncia di incostituzionalità senza aver beneficiato della possibilità di manifestare il proprio punto di vista sul tema, diventa perciò cruciale l'estensione del filtro operato "a monte" dalla Corte relativamente alla natura *qualificata* dell'interesse manifestato da quanti vogliano fare ingresso nel giudizio, puntando a "convincere" la Consulta: il quale – con variabili (ancorché inevitabili...) sfumature – nella giurisprudenza costituzionale è stato comunemente individuato in un interesse «inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio»⁴⁴ (la rigorosa applicazione di tale criterio ha così portato negli ultimi anni la Corte

⁴³ Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 289.

⁴⁴ In tal senso si pensi, tra le tante, alle decc. nn. 314/1992, 171/1996, 76/2001, 50-389/2004 nonché alle ordd. dibattimentali 10 maggio e 4 ottobre 2011 allegate, rispettivamente, a sentt. nn. 199 e 304/2011. Già all'epoca si rilevava, difatti, che «l'intervento di soggetti estranei a questo [giudizio incidentale di legittimità costituzionale] è ammissibile unicamente per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (...)»: così, sent. n. 267/2012 (punto 3 *cons. dir.*).

In tempi più vicini, la giurisprudenza costituzionale ha posto, in particolare, l'accento sugli effetti prodotti dalla possibile sentenza di accoglimento: «perché l'intervento sia ammissibile» si è, difatti, ritenuto che «l'eventuale declaratoria di incostituzionalità della legge deve, quindi, produrre sulla posizione soggettiva degli intervenienti lo stesso effetto che produce sul rapporto oggetto del giudizio *a quo*»; «in questo ambito, è ammesso l'intervento soltanto di soggetti terzi che siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura; in sostanza, l'intervento è ammissibile solo nell'ipotesi in cui l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente sia conseguenza immediata e diretta dell'effetto che la pronuncia della Corte costituzionale produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo*»; «pertanto, l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente deve derivare dall'immediato effetto che la pronuncia della Corte costituzionale produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo*»; «la partecipazione al giudizio incidentale di legittimità costituzionale si estende anche ai terzi, a condizione che siano titolari di una posizione giuridica che l'esito del giudizio incidentale sia idoneo a pregiudicare in modo immediato e irrimediabile» [così, rispettivamente, sentt. nn. 286/2016, 46-180/2021, 181/2024 richiamate in CORTE COSTITUZIONALE – UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Repertorio ragionato delle massime delle pronunce costituzionali*, cit., pp. 26, 24, 23].

tanto ad *ammettere* gli interventi di una serie di soggetti portatori sia di interessi individuali⁴⁵ che collettivi⁴⁶ quanto ad *escluderne* almeno altrettanti, sempre titolari di un interesse sia a carattere individuale⁴⁷ che collettivo⁴⁸).

“A valle” di tale ammissione, poi, da tempo la stessa giurisprudenza costituzionale più sensibile in materia ha rilevato la necessità che non sia sufficiente il *virtuale* riconoscimento dell’eguale accesso *statico* al giudizio di legittimità costituzionale se non adeguatamente accompagnato anche dalla *reale* previsione di una serie di strumenti di coinvolgimento di tipo *dinamico*. Dalla dimensione del *metodo*, muovere, quindi, da tale premessa equivale a garantire il protagonismo processuale di tutti i soggetti ammessi al giudizio: ai quali vale a dire – prendendo la parola e facendo sentire la propria voce sulle istanze degli altri – dovrebbe essere sempre consentito di esporre, sia alla controparte che al giudice, gli argomenti a tutela della propria posizione alle migliori condizioni di contesto date⁴⁹; sul profilo del *merito*, tale assunto si traduce, quindi, nel fatto che, a favore di tutti i soggetti cui è stata riconosciuta la possibilità di costituirsi variamente in giudizio, debba essere ammessa la concreta possibilità di confrontarsi – tra di essi e con chi dovrà assumere la decisione finale – su (ed esaminare) ogni questione la cui risoluzione, poi, inevitabilmente condurrà alla chiusura, in un modo o nell’altro, del processo⁵⁰.

Nonostante i non pochi passaggi favorevoli a riconoscere la veste di interveniente processuale nel giudizio di costituzionalità ad una serie di richiedenti, sul cruciale punto la giurisprudenza costituzionale tutto si può dire tranne che sia stata stabile ed internamente coerente⁵¹, col passare degli anni avendo piuttosto alternato fasi di rigida *chiusura* a transizioni di più flessibile *apertura* alla partecipazione di soggetti terzi nel giudizio incidentale in maniera non sempre agevolmente prevedibile: così ad esempio – nel segno di una recisa

«Non è dunque sufficiente che l’interesse del terzo possa essere toccato dagli effetti della sentenza di accoglimento, ma deve sussistere un nesso diretto tra la sua posizione soggettiva e l’oggetto del giudizio a quo, poiché l’incidenza su tale posizione deve derivare non già, come per tutte le altre situazioni sostanziali disciplinate dalla disposizione denunciata, dalla pronuncia di questa Corte sulla legittimità costituzionale della disposizione stessa, ma dall’immediato effetto che tale pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo»: così, ord. allegata alla sent. n. 144 del 2024 formalmente richiamata da ord. n. 60/2025 (quattordicesimo cpy).

⁴⁵ Così, solo di recente, l’Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), la Concessionaria servizi assicurativi pubblici spa (CONSAP) – Gestione autonoma del Fondo di garanzia vittime della strada, l’ArcelorMittal Italia spa ed i signori Gustavo Belforte e altri, di cui alle ordd., rispettivamente, nn. 213/2018, 98 e 204/2019, 111/2020.

⁴⁶ In tal senso, per restare agli ultimi anni, l’Unione delle camere penali italiane (UCPI), il Consiglio nazionale del notariato ed il Consiglio nazionale dell’ordine dei giornalisti (CNOG), di cui alle decc., rispettivamente, nn. 180/2018, 13/2019, 37 e 132/2020.

⁴⁷ Così, in tempi a noi vicini, C.L., di cui alla sent. n. 128/2021.

⁴⁸ In tal senso, sempre restando in epoca recente, la Confederazione Generale Italiana del lavoro – CGIL, la Federazione Lavoratori della Funzione Pubblica – CGIL, l’Unione Italiana del Lavoro Federazione Poteri Locali – UIL FPL, l’Avvocatura per i diritti LGBTI APS e l’Associazione nazionale energia del vento (ANEV), di cui alle sentt., rispettivamente, nn. 248/2018, 230/2020 e 46/2021.

⁴⁹ Sul punto, *ex plurimis*, D. CAMONI, *La Corte costituzionale si apre al dialogo (in udienza) con gli avvocati. Brevi note comparate a partire dalla recente riforma delle Norme Integrative*, in *Osservatorio costituzionale* (on-line), n. 6/2022, part. pp. 204 ss.; R. ROMBOLI, *Recensione a C. Nardocci, Il “diritto” al giudice costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”* (on-line), n. 3/2022, spec. pp. 12 ss.; F. DAL CANTO, *op. cit.*, spec. pp. 2 ss.

⁵⁰ Così, ad esempio, F. PERCHINUNNO, *op. cit.*, spec. p. 176.

⁵¹ In tal senso, tra i tanti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 287.

chiusura – si è espresso il Tribunale costituzionale pressoché dagli albori del suo funzionamento fino alla fine degli anni Ottanta, salvo mutare parzialmente (ed inaspettatamente) rotta nel corso dei successivi anni Novanta per poi, nuovamente, sigillare i battenti del contraddittorio costituzionale all'inizio degli anni Duemila⁵².

Per assistere ad una primo punto fermo in materia – che potesse relativamente sottrarre, in altre parole, l'accesso al contraddittorio ai mutevoli venti della stessa giurisprudenza costituzionale – bisognerà quindi attendere, com'è noto, il 2020: vale a dire da quando lo stesso giudice delle leggi (con delibera n. 1 dell'8 gennaio) ha, infine, approvato le *Modifiche alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale»*, in particolare, rimpiazzando integralmente il testo dell'art. 4 (*Interventi in giudizio*) ed inserendo i successivi artt. 4-bis (*Accesso degli intervenienti agli atti processuali*), 4-ter (*Amici curiae*) e 14-bis (*Esperti*)⁵³ già in precedenza cit.

Anche se non vi è naturalmente adesso il tempo di approfondire più di tanto tale peculiare aspetto, vi è da dire che sulla decisione di approntare questa rilevante scelta da parte della Corte non poco deve avere pesato la *domanda* emergente tanto dall'esperienza sub-costituzionale quanto dal modello costituzionale. Con riferimento alla prima, si pensi (non solo ai molteplici auspici nel senso dell'apertura del contraddittorio espressi, nel corso del tempo, dalla più avvertita dottrina ma pure, se non soprattutto) alla crescente mole di istanze di partecipazione al giudizio costituzionale pur avanzata da una serie di soggetti e, ciononostante (o, forse, anche proprio per ciò), quasi mai dichiarata ammissibile dalla giurisprudenza⁵⁴.

Venendo poi al modello, il pensiero non può che rivolgersi alla sopravvenuta costituzionalizzazione del principio del giusto processo di cui alla l. cost. n. 2 cit. ed alle importanti ricadute che tale innovazione ha inevitabilmente prodotto sul processo *tout court* considerato e, per ciò solo, sullo stesso giudizio costituzionale⁵⁵. Non poco ingenuo sarebbe,

⁵² Sul punto, ad esempio, T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 371 ss.; G. BATTAGLIA, *Amici curiae e giudizio incidentale sulle leggi. Contributo allo studio della recente "apertura" della Corte, anche nella prospettiva della tutela multilivello dei diritti*, Torino, 2024, spec. pp. 8 ss.

⁵³ In oggetto, *ex multis*, G. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti* (on-line), n. 1/2020, pp. 100 ss.; A. D'ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, cit., pp. 23 ss.; G.P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, pp. 621 ss. (e ID., *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 398 ss.); M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti* (on-line), n. 1/2020, pp. 6 ss.; M. LUCIANI, *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *CORTE COSTITUZIONALE - SEMINARI DI STUDI, Interventi di terzi e «amici curiae» nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, cit., pp. 133 ss.; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti* (on-line), n. 1/2020, pp. 193 ss.; P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi* (on-line), n. 2/2020, pp. 1 ss.

⁵⁴ Cfr., tra i molti, F. PERCHINUNNO, *op. cit.*, part. p. 211.

⁵⁵ Sul punto, *ex plurimis*, N. ZANON, *Le leggi processuali*, in *Associazione dei costituzionalisti* (on-line), 14 novembre 2002; G. VIGNERA, *Il "giusto processo" nell'art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *Ambiente diritto* (on-line), 2004; F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI-M. PERINI-A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, pp. 125 ss.; A. ODDI, *Notazioni circa la tutela dei diritti costituzionali nei giudizi di legittimità in via incidentale*, in *Federalismi* (on-line), n. 15/2020, pp. 1 ss.; F. PERCHINUNNO, *L'evoluzione del principio del contraddittorio nel processo sulla legge*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici*, in *Contabilità-pubblica.it* (on-line), 2021; G.P. DOLSO,

d'altro canto, ignorare l'esistenza di uno stretto rapporto di funzionalità necessaria *ex artt.* 24 e 111 Cost. già cit. tra una “giusta” decisione, un “giusto” processo e l'effettivo impiantarsi, e svolgersi, di un “giusto” contraddittorio e di un “giusto” diritto di difesa⁵⁶.

Al fine di dare seguito alle molteplici sollecitazioni cui, tra le altre, si è appena fatto richiamo – nel senso di provare a razionalizzare l'instaurazione del contraddittorio innanzi a sé – la Corte ha, infine, offerto la propria *risposta* mediante l'introduzione di una serie di misure di tipo strutturale relative, rispettivamente, a: 1) i terzi intervenienti (diversi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e da quello della Giunta regionale); 2) gli *amici curiae*; 3) gli esperti c.d. di chiara fama.

Prendendo innanzitutto avvio dai primi, per accedere al giudizio in via incidentale i terzi intervenienti dovranno dimostrare di essere «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio»⁵⁷. Frutto, come si è visto *supra*, della razionalizzazione degli assunti maggiormente consolidati della giurisprudenza costituzionale in materia, tale previsione viene di fatto considerata un vero e proprio “bilancio” di quest'ultima⁵⁸: consentendo, in altre parole, ai soggetti titolari di una situazione giuridica soggettiva virtualmente esposta alle conseguenze derivanti dalla decisione di incostituzionalità di poter legittimamente esercitare – come si è già anticipato – il proprio diritto costituzionale a “convincere” della propria difesa⁵⁹.

6. (Segue): dell'*amicus curiae*

Ai sensi dell'art. 4, comma 3, cit.⁶⁰, i terzi intervenienti saranno chiamati ad attivarsi con le stesse modalità richieste per la partecipazione in giudizio del Presidente della Giunta regionale⁶¹: vale a dire che «l'atto di intervento» andrà «depositato non oltre venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'atto introduttivo del giudizio»⁶² ed «il cancelliere» darà «comunicazione dell'intervento alle parti costituite»⁶³. Premesso che sempre e soltanto alla Consulta spetterà pronunziare l'ultima parola in ordine all'ammissibilità delle

I poteri istruttori della Corte costituzionale: profili ricostruttivi e prospettive applicative, in *Federalismi* (on-line), n. 1/2023, pp. 1 ss.

⁵⁶ In oggetto, nella sterminata letteratura in materia, G. VIGNERA, *La garanzia costituzionale del giusto processo*, in *Diritto* (on-line), 9 giugno 2011; A. LUCARELLA, *Giusto processo nei procedimenti innanzi la Corte Costituzionale*, in *Altalex* (on-line), 8 settembre 2015; M.R. DONNARUMMA, *Il principio del contraddittorio quale garanzia fondamentale del giusto processo*, in *Giurisprudenza penale* (on-line), 3 maggio 2025.

⁵⁷ Cfr. art. 4, comma 7, cit.

⁵⁸ Così, tra i molti, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁵⁹ Sul punto, ad esempio, I. NICOTRA GUERRERA, *Giudizio sulle leggi e accesso del privato di fronte all'art. 24 Cost.*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino 1998, pp. 491 ss.; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amici curiae e esperti dalla porta principale*, *Diritticomparati.it* (on-line), 23 gennaio 2020; M. D'AMICO, *op. cit.*

⁶⁰ A norma del quale «eventuali interventi di altri soggetti hanno luogo con le modalità di cui al comma precedente»: così art. 4, comma 3, cit.

⁶¹ «Il Presidente della Giunta regionale interviene depositando, oltre alle deduzioni, comprensive delle conclusioni, la procura speciale rilasciata a norma dell'art. 3, contenente l'elezione del domicilio»: cfr. art. 4, comma 2, cit.

⁶² In tal senso, art. 4, comma 4, cit.

⁶³ Cfr. art. 4, comma 5, cit.

richieste⁶⁴, l'interveniente – «nel caso in cui intenda prendere visione e trarre copia degli atti processuali» – dovrà depositare «contestualmente all'atto di intervento apposita istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente l'ammissibilità dello stesso»⁶⁵: «la Corte» deciderà, infine, «con ordinanza, a cui si applica il regime di pubblicità di cui all'art. 31»⁶⁶.

Considerate le possibilità processuali dischiuse al terzo e invece, come si sta per vedere, precluse all'*amicus curiae* dalla presente disciplina – quali, ad esempio, quella di partecipare all'udienza, visionare ogni atto processuale anche prima che quest'ultima venga celebrata e di avanzare quesiti agli esperti nel corso della loro audizione innanzi al Tribunale costituzionale (previa autorizzazione presidenziale) – ben pochi dubbi possono invero nutrirsi sul fatto che il primo si trovi in una condizione ben diversa (e processualmente più vantaggiosa) rispetto al secondo⁶⁷.

Volendo spostarsi, quindi, sulla figura degli *amici curiae*, vi è preliminarmente da rilevare come la razionalizzazione della loro partecipazione sia evidentemente espressiva di un'esigenza – come quella che la società civile possa rinvenire apposite sedi istituzionali in cui far sentire anche la propria voce⁶⁸ – non certo sconosciuta, né sul piano convenzionale⁶⁹ ed eurounitario⁷⁰, né, tantomeno, su quello comparato⁷¹: da tempo, del resto, le giurisprudenze facenti capo ai singoli livelli ora evocati hanno metabolizzato l'ormai improcrastinabile istanza di aprire i rispettivi contraddittori a tutta una serie di soggetti rappresentativi di interessi collettivi della più varia natura (spazianti dalle organizzazioni non governative alle associazioni di categorie, passando attraverso una moltitudine di altri enti istituzionali).

Dal privilegiato punto di osservazione della giurisprudenza EDU, ad esempio, l'ammissibilità o meno dell'intervento avanzato dall'*amicus* molto ha finito per dipendere dalla natura e dall'estensione delle argomentazioni che si è preteso, per così dire, di “immet-

⁶⁴ Così, art. 4, comma 6, cit.

⁶⁵ In tal senso, art. 4-bis, comma 1, cit.

⁶⁶ Cfr. art. 4-bis, comma 4, cit. In particolare, «Il Presidente, sentito il relatore, fissa con decreto la trattazione dell'istanza in camera di consiglio per la sola decisione sull'ammissibilità dell'intervento» ed il «cancelliere dà immediata comunicazione del decreto alle parti costituite e all'istante, i quali, entro dieci giorni dall'avvenuta comunicazione, hanno facoltà di depositare sintetiche memorie concernenti esclusivamente la questione dell'ammissibilità dell'intervento»: in tal senso, art. 4-bis, cit., rispettivamente, commi 2 e 3.

⁶⁷ Così, *ex plurimis*, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 286.

⁶⁸ Sul punto, tra i tanti, R. CARIDÀ, *Notazioni minime su amici curiae ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online* (on-line), III/2020, part. pp. 598 ss.; L. SALVATO, *L'amicus curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (on-line), n. 2/2020, spec. p. 742; G. BATTAGLIA, *op. cit.*, part. pp. 119 ss.

⁶⁹ In oggetto, *ex multis*, M. D'AMICO, *op. cit.*; G. BATTAGLIA, *L'intervento di “terzi” di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo e la recente “apertura” del processo costituzionale: spunti di riflessione retrospettivi e prospettici*, in M. D'AMICO-C. NARDOCCI (a cura di), *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, cit., pp. 233 ss.

⁷⁰ Sul punto, tra i molti, ancora T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., part. pp. 131 ss.; I. ARNÒ, *L'amicus curiae presso la Corte di giustizia dell'Unione europea: qualche riflessione per l'apertura delle porte del Kirchberg*, in C. AMALFITANO-Z. CRESPI REGHIZZI-S. VINCRE (a cura di), *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali*, cit., pp. 363 ss.; G. BATTAGLIA, *Amici curiae e giudizio incidentale sulle leggi*, cit., spec. pp. 103 ss.

⁷¹ In oggetto, tra gli altri, T. GROPPI, *op. ult. cit.*, cit., pp. 123 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *op. cit.*, pp. 1 ss.; T. GROPPI, *L'apertura del processo costituzionale ai soggetti esterni nell'epoca delle “regressioni democratiche”* e A. BARAGGIA, *Interventi di terzi e Amici Curiae nel processo costituzionale in ottica comparata*, entrambe in C. AMALFITANO-Z. CRESPI REGHIZZI-S. VINCRE (a cura di), *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali*, cit., rispettivamente, pp. 407 ss. e 457 ss.; E. STRADELLA, *voce Amicus curiae*, in T. GROPPI-C. BASSU-T.E. FROSINI-R. TARCHI (a cura di), *Lessico in-costituzionale*, Napoli, 2025, spec. p. 8.

tere” nel giudizio: specie qualora queste ultime hanno teso ad “integrarsi” con quelle variamente addotte in via principale, così offrendo una prospettiva ulteriore e distinta rispetto a quella già visibile in giudizio⁷². Sotto tale aspetto, perciò, non troppo stupisce che i giudici di Strasburgo non solo abbiano attribuito particolare rilevanza positiva alla partecipazione dispiegata dagli *amici curiae* ma pure, se non soprattutto, che abbiano ritenuto di farne oggetto di una particolareggiata disciplina (alla quale, non poche volte, è stato suggerito di guardare al fine di migliorare anche il contraddittorio costituzionale nostrano)⁷³.

Non dissimilmente è accaduto a livello nazionale, grazie all’opera messa negli ultimi anni in campo dalla giurisprudenza costituzionale al fine di consentire l’ingresso di una serie di soggetti i quali, in virtù del *know-how* acquisito nel campo dell’attuazione pratica delle previsioni normative, avrebbero potuto mettere a disposizione una serie di materiali giuridici e fattuali la cui conoscenza sarebbe, poi, stata messa utilmente a frutto dal giudice delle leggi nel decidere il caso che gli fosse stato sottoposto: si pensi, ad esempio, alla non comune sensibilità non di rado esibita dalla Corte in ordine all’apertura del contraddittorio ogniquale volta sono stati sul tappeto temi assai sentiti (e, per ciò solo, divisivi) come, sopra tutti, quelli relativi, rispettivamente, all’inizio⁷⁴ ed al fine-vita⁷⁵. La qual cosa se, per un verso, ha giustamente enfatizzato il rilievo pur sempre oggettivo, e non solo soggettivo, del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, per un altro, tuttavia, ha prestato il fianco ad una serie di obiezioni relative al rischio di una crescente “politicizzazione” dell’operato della Consulta proprio in talune emblematiche occasioni⁷⁶.

Venendo all’ambito dell’interesse che sarebbe loro possibile far valere nel giudizio di costituzionalità, quali *amici curiae* potranno espressamente apparire solo «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità»⁷⁷. In premessa sciolto, per così dire, da qualsiasi vincolo di tipo *qualificato* con l’oggetto del giudizio *a quo* che potrebbe imbrigliarne l’operato, l’*amicus* è perciò tendenzialmente libero di patrocinare tanto una tesi (in tutto o in parte) sovrapponibile a quella già avanzata dagli altri soggetti processuali quanto ad essa (radicalmente o parzialmente) contraria. Mentre a questi ultimi – e, segnatamente, alla difesa tecnica delle parti del giudizio *a quo* nonché dei terzi il cui intervento sia stato ammesso – spetterebbe pur sempre l’onere di addurre argomentazioni per persuadere della bontà della propria ricostruzione la Consulta *ex art. 24 cit.*, sugli *amici* incomberebbe, piuttosto, il diver-

⁷² Cfr., *ex plurimis*, M. D’AMICO, *op. cit.*, part. p. 129.

⁷³ Sul punto, tra i tanti, S. GRANATA-MENGHINI, *Richiesta di opinioni amicus curiae da parte della Corte e anomalie procedurali* (la Venice Commission), in F. BUFFA-M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in *Questione giustizia* (on-line), aprile 2019, pp. 175 ss.; T. GROPPI, *op. ult. cit.*, spec. pp. 129 ss.; D. TEGA, *La Corte Edu: processo e politica*, in *Federalismi* (on-line), n. 3/2019, part. pp. 10 ss. [sul punto si veda, comunque, *Intervento di terzi ai sensi dell’articolo 36 § 2 della Convenzione o della seconda frase dell’articolo 3 del Protocollo n. 16*, CANCELLERIA DELLA CORTE, *Regolamento della Corte* (28 marzo 2024), pp. 86 ss.].

⁷⁴ Sul tema, *ex multis*, G. BATTAGLIA, *op. ult. cit.*, part. pp. 190 ss.; L. LEO, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Consulta dopo “l’apertura alla società civile”*, in *Amministrazione in cammino Luiss* (on-line), 22 novembre 2024, spec. pp. 17 ss.; K. LAFFUSA, *‘With a little help from my friends’: il ruolo degli amici curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale in Italia e in Francia*, in *DPCE Online* (on-line), n. 1/2025, spec. 891 ss.

⁷⁵ A tal proposito, tra i molti, F. CLEMENTI, *Amici curiae?*, in *Rivista Il Mulino* (on-line), 9 marzo 2020; G. BATTAGLIA, *op. ult. cit.*, part. p. 109 e p. 152; B. LIBERALI, *Legislature, giudici comuni e Corte costituzionale fra libertà di lasciarsi morire, diritto a non vivere in determinate condizioni e diritto all’aiuto al suicidio*, in *Giustizia insieme* (on-line), 12 novembre 2024.

⁷⁶ Ma, sul delicato punto, sarà necessario tornare meglio, *infra*, nella sez. III, par. 10.

⁷⁷ Cfr. art. 4-ter, comma 1, cit. (corsivi non testuali).

so compito di “incrementare il novero delle conoscenze”, secondo una certa dimensione dell’art. 111 cit., sulla base delle quali, poi, il Tribunale costituzionale formerà il proprio convincimento⁷⁸.

Quanto appena illustrato, dalla prospettiva processuale si traduce nel fatto che la partecipazione dell’*amicus* potrà esclusivamente esplicarsi mediante la presentazione al giudice delle leggi di un’opinione scritta entro il termine perentorio di «venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana»⁷⁹. Assai contenute nella estensione, e altrettanto formalizzate nelle modalità di invio⁸⁰, «con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore» saranno «ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità»⁸¹. Quasi superfluo, a questo punto, aggiungere quanto una formulazione testuale così largamente confezionata abbia, comunque, finito per lasciare le mani (fin troppo...) libere alla Corte in termini discrezionalità decisionale in ordine a quali opinioni “scegliere” e quali, invece, “scartare”⁸².

A scanso di equivoci, la nuova disciplina dispone infine – come si andava anticipando – che «le formazioni sociali e i soggetti istituzionali le cui opinioni sono state ammesse» con tale ultimo decreto, comunque, «non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all’udienza»⁸³.

7. (Segue): dell’esperto di chiara fama. La decisione di ammissione e non ammissione dei terzi richiedenti

Quanto appena detto, *supra*, naturalmente non vuol dire (e, anzi, rafforza l’idea) che quella dell’intervento dell’*amicus curiae* non possa convertirsi in una valida *second choice* ogniqualvolta all’interessato non sia stato legittimamente possibile accedere, in prima battuta, alla *best choice* rappresentata dalla partecipazione nella veste di terzo: tale ultimo presupponendo, difatti, la verifica dell’esistenza di uno specifico nesso che, più o meno strettamente, leghi la situazione giuridica oggetto del giudizio *a quo* con quella che il richiedente pretende di far valere in quello *ad quem* (in maniera, peraltro, non troppo dissimile dall’accertamento della sussistenza di un interesse collettivo o di categoria di cui sia rappresentativa l’associazione di tipo privato sprovvista di personalità giuridica che richieda di intervenire nel diverso caso del processo amministrativo); ai fini del legittimo ingresso dell’*amicus curiae*, invece, la normativa pare, piuttosto, accontentarsi della più agevole prova della titolarità di

⁷⁸ Così, tra gli altri, G. ZAMPETTI, *Apertura del processo costituzionale e apertura del contraddittorio nel giudizio incidentale alla luce della riforma delle Norme integrative*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”* (on-line), n. 1/2022, p. 112.

⁷⁹ In tal senso, art. 4-ter, *ibidem*.

⁸⁰ L’opinione, difatti, «non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed è inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l’avvenuta ricezione con posta elettronica»: cfr. art. 4-ter, comma 2, cit.

⁸¹ Così, art. 4-ter, comma 3, cit. Tale decreto sarà, infine, «trasmesso a cura della cancelleria per posta elettronica alle parti costituite almeno trenta giorni liberi prima dell’udienza o della adunanza in camera di consiglio ed è pubblicato nel sito della Corte costituzionale» (*ibidem*, comma 4).

⁸² Di «formula, per vero, alquanto sibillina» discorrono, ad esempio, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 286.

⁸³ In tal senso, art. 4-ter, comma 5, cit.

un interesse, di tipo diffuso o collettivo, purché – come si è visto – *pertinente* con la questione di legittimità costituzionale⁸⁴.

Quest'ultimo interesse non raggiungerebbe, cioè, uno stadio di “intensità” talmente “elevato” da legittimare una partecipazione in qualità di terzo interveniente – soprattutto perché non considerato nemmeno esposto agli effetti potenzialmente negativi che potrebbero provenire dalla pronunzia costituzionale – ma neppure, ed all'opposto, uno tanto “degradato” da meritare di non essere nemmeno ritenuto “visibile” dal processo costituzionale. Alla luce di tale ragionamento ne deriva, insomma, la (tutt'altro che peregrina ed astratta...) conseguenza che il soggetto di volta in volta richiedente il cui interesse non sia tale da raggiungere il grado di “qualificazione” imposto dalla normativa in commento per conquistarsi il riconoscimento di terzo ben potrebbe ripiegare, invece, sul diverso ruolo di *amicus*, giocandosi la relativa carta processuale.

Una volta ammesse, è altresì importante che le opinioni vengano, poi, adeguatamente pubblicizzate tanto presso le parti del giudizio *a quo* che abbiano deciso di costituirsi quanto presso i terzi il cui intervento sia stato dichiarato ammissibile: ciò in maniera tale da garantire nel miglior modo possibile (alle condizioni date) la realizzazione di un contraddittorio che possa dirsi realmente efficace e trasparente. In tal senso verrebbe consentito, in altre parole, ad entrambi i richiamati partecipanti processuali di venire a conoscenza del loro contenuto e su di esso di potersi efficacemente confrontare: nel caso delle parti, mediante la diffusa prassi dell'allegazione dell'*opinio* presentata al medesimo decreto presidenziale che ha dichiarato l'ammissione di quest'ultima; con riferimento ai terzi, mediante l'inserimento dell'*opinio* nello stesso fascicolo della causa⁸⁵.

Sul piano dell'utilità che potrebbe derivarne per il contraddittorio complessivamente considerato – una volta positivamente valutata dal Presidente in quanto, comunque, *attinente* alla questione di legittimità costituzionale – è assai rilevante che l'*opinio* così ammessa possa essere fatta oggetto di interpretazioni variamente *ad adiuvandum* ovvero *ad opponendum* da parte degli altri protagonisti del contraddittorio: i quali non hanno evidentemente potuto partecipare alla scelta circa l'ammissione processuale, o meno, di tali *opiniones* ma possono su di esse legittimamente contraddire per esaltarne, ovvero deprimerne, il rilievo ai fini della decisione del giudizio.

Volendo tirare brevemente le somme di quanto sin qui detto a proposito dell'*amicus*, non può in conclusione negarsi come tale figura – pur razionalizzata dalla Consulta a partire dal 2020 – non riesca, nonostante tutto, interamente a dissipare intorno a sé un certo alone di ambiguità nascente dal fatto che la novellata normativa, come si è appena ricordato, ad essa abbia precluso l'accesso al contraddittorio costituzionale ma non già al processo *ex se* considerato. Cionondimeno, se un merito va ascritto a tale nuova previsione, esso pare senz'altro quello di aver contribuito ad enfatizzare l'indipendenza e l'autonomia oggettiva che dovrebbero caratterizzare il giudizio *ad quem* rispetto a quanto accaduto in quello *a quo*.

Per provare a chiudere siffatta breve carrellata non può mancare, infine, un riferimento alla figura dei c.d. esperti di chiara fama⁸⁶, il cui ascolto viene disposto con ordinanza

⁸⁴ Cfr., *ex plurimis*, F. PERCHINUNNO, *Profili evolutivi del principio del contraddittorio*, cit., part. p. 215.

⁸⁵ Sul punto, G. ZAMPETTI, *op. cit.*, p. 112 s. (il cui pensiero si richiama pure nel periodo subito conseguente).

⁸⁶ A proposito dei quali, tra i tanti, G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale tra “posizioni organizzative di elevata specializzazione” e dirigenza pubblica: la prima volta degli “esperti di chiara fama” in una decisione che non convince*, in *Ambiente diritto* (on-line), 2020; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema penale* (on-line), 2020, pp. 1 ss.; A. IANNUZ-

dal Tribunale costituzionale ogni qualvolta «ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline»⁸⁷: l'audizione viene disposta «in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite; con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti»⁸⁸ (a tali fini, è al cancelliere che spetterà il compito di avvertire «le parti almeno dieci giorni prima di quello fissato per l'adunanza in camera di consiglio»⁸⁹). Alla luce di una disciplina siffatta, non vi è chi non abbia intravisto in tale previsione una sorta di parallelismo emergente tra l'esame dell'esperto di chiara fama ed il più noto esame del perito: così, ad esempio, la prescritta possibilità di formulare dei quesiti all'esperto sembrerebbe lasciar propendere a favore di un rilievo tecnico di tale audizione, come tale maggiormente funzionale all'anima c.d. giurisdizionale del giudice delle leggi⁹⁰.

Com'è sin da subito agevole intuire a fronte delle novità apportate dall'illustrata regolazione, centrale sembra a questo punto diventato il provvedimento con cui la Corte abbia deciso di ammettere, ovvero non ammettere, l'istanza di partecipazione al giudizio dei terzi intervenienti, in quanto tale riguardato sia dalla visuale *interna* (della motivazione, vale a dire, che è chiamato ad esibire) quanto, e specularmente, da quella *esterna* (dell'adeguata pubblicizzazione, cioè, che deve contraddistinguere): a tal proposito deve, quindi, farsi un cenno all'evoluzione cui è andata nel corso del tempo incontro la stessa giurisprudenza costituzionale.

Così, ai fini dell'ammissibilità o meno dei richiesti interventi, in una prima fase la Consulta si è limitata ad adottare una serie di ordinanze prive di numerazione, le quali finivano per cadere ben presto nel dimenticatoio a motivo dell'ovvia considerazione per cui risultavano evidentemente monche di alcuna pubblicità all'esterno. A far data da una serie di centrali pronunzie risalenti ai primi anni Novanta⁹¹ in poi, tuttavia, il Tribunale costituzionale: per un verso (*estensivo*), ha contestato che non fosse consentito al soggetto titolare di una situazione giuridica soggettiva di poter dire la sua all'interno di un giudizio i cui esiti avrebbero potuto direttamente influire su di essa; per un altro (*restrittivo*), ha, tuttavia, imposto – come si è, peraltro, già richiamato *supra* – che il richiedente dovesse vantare un inte-

ZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio costituzionale* (on-line), n. 2/2020, pp. 13 ss.; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *op. cit.*, pp. 1 ss.; C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi, amici curiae ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"* (on-line), n. 2/2021, pp. 129 ss.; L. DI MAJO, *Gli «esperti di chiara fama» nel processo costituzionale*, in *Federalismi* (on-line), n. 3/2023, pp. 47 ss.; L. MADAU, *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle norme integrative di cui alla delibera dell'8 gennaio 2020 alla prova dell'applicazione pratica*, in *Rivista AIC* (on-line), n. 2/2023, pp. 162 ss.; L. PEDULLÀ, *"Amicus curiae" ed "esperti" nella prassi del processo costituzionale: luci ed ombre*, in *Federalismi* (on-line), n. 2/2023, pp. 147 ss.

⁸⁷ Così, art. 14-bis, comma 1, cit.

⁸⁸ In tal senso, art. 14-bis, comma 1, cit.

⁸⁹ Sul punto, art. 14-bis, comma 2, cit.

⁹⁰ Cfr. F. PERCHINUNNO, *op. ult. cit.*, part. p. 213 (ma, sul punto, si tornerà, *funditus*, nella sez. III, par. 11).

⁹¹ In oggetto, *ex multis*, spec. sentt. nn. 314/1992 [su cui, tra i molti, M. D'AMICO, *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo a quo) ad intervenire nel giudizio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, pp. 385 ss.; R. ROMBOLI, *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 2605 ss.; A. LUCARELLA, *op. cit.*; L. D'ANDREA, *Il "governo" del processo costituzionale*, in G. GRASSO-A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87/1953*, cit., pp. 231 ss.] e 421/1995 (a proposito della quale, tra gli altri, M. CALAMO SPECCHIA, *op. cit.*, spec. pp. 65 s.; M. D'AMICO, *op. ult. cit.*).

resse *specifico* (alle conseguenze di “quel” giudizio di legittimità costituzionale sulla propria posizione giuridica) e non uno semplicemente *generico* (che, in quanto tale, avrebbe potuto accostarlo a qualsivoglia altro destinatario del provvedimento indubbiato)⁹².

Com'era tutto sommato prevedibile, siffatto riconoscimento giurisprudenziale non poteva non produrre taluni, non secondari, effetti tanto sul crinale della motivazione quanto su quello della pubblicizzazione dello stesso provvedimento di ammissibilità.

8. (*Segue*): i casi dei terzi richiedenti attualmente esclusi dalla giurisprudenza costituzionale

Dal punto di vista motivazionale ora richiamato, si è imposta per il giudice delle leggi la necessità di dare – seppur brevemente – conto dell'assenza di quei requisiti che essa stessa aveva nel corso del tempo provveduto a canonizzare ai fini dell'ammissibilità dell'intervento nel giudizio (a tale scopo non potendo più dirsi sufficiente, in sintesi, la pur diffusa prassi di impiegare solo una serie di formule di stile): venendo al diverso versante della pubblicità, sempre gli assunti di tale filone giurisprudenziale hanno consigliato alla Corte di procedere alla pubblicazione anche del provvedimento con cui si è pronunciata sulle domande di partecipazione al giudizio incidentale, allegandolo a quello che ha definito quest'ultimo⁹³.

Se quello appena descritto è il modello così complessivamente introdotto a partire dalla riforma delle *Norme integrative*, cit., del 2020, vi è da aggiungere che la successiva attuazione di esso nella più recente giurisprudenza ha visto, tutt'ora, escluse dall'orizzonte del contraddittorio costituzionale talune richieste di partecipazione da parte di terzi.

Si pensi, sopra tutti, ai casi di istanza avanzati, rispettivamente, dal soggetto il quale: *a*) costituisca parte di un altro giudizio il cui giudice – in attesa della risoluzione della questione di legittimità costituzionale già sollevata innanzi ad un altro giudice *a quo* – si sia limitato a sospendere il giudizio davanti a sé (si tratta, com'è noto, dell'ipotesi ricadente nella sospensione c.d. impropria⁹⁴); *b*) sia titolare di un interesse analogo, ovvero costituisca parte di altro giudizio analogo, su cui gli effetti del *decisum* costituzionale potrebbero comunque, anche profondamente ed interamente, incidere⁹⁵.

⁹² Così, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, pp. 23 s.

⁹³ In tal senso, ancora, R. ROMBOLI, *ibidem*.

⁹⁴ Sul punto, *ex plurimis*, M. D'AMICO, *Sospensione del processo e questione di costituzionalità pendente*, in *Rivista di Diritto civile*, 1988, II, pp. 75 ss.; A. CERRI, *Riflessioni e proposte sull'intervento nei giudizi incidentali a partire dal problema della sospensione impropria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2020, pp. 2338 ss.; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC* (on-line), n. 2/2020, pp. 402 ss.; A. PERTICI, *Brevi note sul contraddittorio nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale tra quasi amici (interessati) e nuovi amici*, in *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, pp. 129 ss.; G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 2021, part. pp. 159 s.

⁹⁵ Sul delicato punto, ancora la giurisprudenza più recente ha dichiarato ammissibile la richiesta di intervento avanzata dal terzo la cui situazione giuridica soggettiva potesse soffrire un pregiudizio immediato dalla pronuncia di illegittimità costituzionale ed ha, invece, ritenuto inammissibili le istanze di quanti fossero, rispettivamente, solo parti di un giudizio analogo ovvero solo destinatari della norma indubbiata (senza nemmeno essersi previamente costituiti in alcun giudizio).

In tale ultimo caso si è, ad esempio, ricordato che «La partecipazione al giudizio incidentale di legittimità costituzionale (...) si estende anche ai terzi, a condizione che siano titolari di una posizione giuridica che l'esito del giudizio incidentale sia idoneo a pregiudicare in modo immediato e irrimediabile (fra le tante, ordinanza

Le ragioni addotte a giustificazione di tali esclusioni sono nel complesso note e non è, adesso, possibile nemmeno rapidamente ripercorrerle. A parte quelli più *generali* – relativi al rischio cui rimarrebbero esposti, rispettivamente, la stessa incidentalità del giudizio di legittimità costituzionale⁹⁶ nonché i suoi “tempi”⁹⁷ – per venire ai più *specifici* motivi delle attuali preclusioni, si pensi al fatto che: nel caso *sub a*), ogni potenziale partecipazione da parte dei soggetti costituiti nell’altro giudizio (quello, in altre parole, gravato dalla sospensione impropria) non solo finirebbe per eludere la perentorietà del termine espressamente fissato dall’art. 4, comma 4, cit. per la costituzione⁹⁸ ma pure, se non soprattutto, determinerebbe il disallineamento – che invece dovrebbe esserci già in punto di accertamento della rilevanza – tra la questione oggetto del giudizio, comunque sia sospeso, e quella presa di mira dal

allegata alla sentenza n. 144 del 2024). A corroborare un interesse così caratterizzato, non è sufficiente, tuttavia, che la posizione dei terzi sia regolata dalla stessa disposizione sospettata di illegittimità costituzionale (ordinanze allegate alle sentenze n. 140 e n. 22 del 2024)»: così, ord. allegate, rispettivamente, alle sentt. nn. 22-140-144/2024 cui espressamente rinvia sent. n. 181 cit. (punto 2.2 *cons. dir.*, secondo e terzo cpv).

«Questa Corte ha», in particolare, «interpretato [l’art. 4, comma 3, delle Norme integrative, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale] nel senso che il ‘rapporto dedotto in giudizio’ è quello oggetto del giudizio a quo, dichiarando inammissibili gli interventi di soggetti semplicemente destinatari della norma censurata e parti di giudizi analoghi al processo a quo»: così, ord. allegata alla sent. n. 19/2025 testualmente richiamata da ord. n. 60 cit. (tredicesimo cpv).

⁹⁶ «Non è ammissibile l’intervento nel giudizio di legittimità costituzionale di parti di giudizi diversi da quelli nei quali sono state sollevate le questioni, anche se suscettibili di essere definiti dalle medesime disposizioni oggetto di censura. In particolare, non è sufficiente la circostanza che i richiedenti abbiano instaurato un giudizio identico, per oggetto, a quelli dai quali originano le questioni all’esame della Corte costituzionale, poiché l’ammissibilità di interventi di terzi, titolari di interessi analoghi o identici a quelli dedotti nel giudizio principale, contrasterebbe in tal caso con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, atteso che il loro accesso a tale giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità da parte del giudice». Parimenti, «non è ammissibile l’intervento dei titolari di interessi soltanto analoghi a quelli dedotti nel giudizio principale, in quanto l’accesso di tali soggetti al giudizio incidentale di legittimità costituzionale avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione da parte del giudice *a quo*». «L’ammissibilità dell’intervento di un soggetto parte non del giudizio *a quo*, ma di un distinto giudizio, contrasterebbe con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto l’accesso al contraddittorio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione da parte del rimettente». «Rendere ammissibile l’intervento di un soggetto titolare di interessi analoghi a quelli dedotti nel giudizio principale, o che sia parte in un giudizio analogo, ma diverso dal giudizio *a quo*, contrasterebbe con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto l’accesso a tale giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale da parte del rispettivo giudice *a quo*» (così, rispettivamente, decc. nn. 35/2017, 79-253/2019, 191/2021 richiamate in CORTE COSTITUZIONALE – UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Repertorio ragionato delle massime delle pronunce costituzionali*, cit., pp. 26, 25, 23).

⁹⁷ Su cui comunque, a breve (par. 11), ci si soffermerà.

⁹⁸ «Ai fini dell’ammissibilità dell’intervento non può rilevare che i giudizi di cui gli intervenienti sono parte siano stati impropriamente sospesi in attesa dell’esito del [sollevato] incidente di costituzionalità: pur essendo tale sospensione un provvedimento difforme da univoche indicazioni normative, detta difformità genera una questione di natura endoprocessuale e trova rimedio nei mezzi di impugnazione (che consentono alla parte di riattivare il corso del processo), non potendo ridondare in un titolo di legittimazione di quelle parti agli effetti dell’intervento in un giudizio di legittimità costituzionale promosso altrove. Una differente soluzione altererebbe, infatti, la stessa struttura incidentale di quest’ultimo, non consentendo di garantire l’identità oggettiva tra la questione pendente innanzi alla Corte costituzionale e quella dedotta nel giudizio ‘impropriamente sospeso’, né l’osservanza del termine perentorio di intervento fissato dall’art. 4, comma 4, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» (così, ord. n. 202/2020 richiamata in CORTE COSTITUZIONALE – UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Repertorio ragionato delle massime delle pronunce costituzionali*, cit., p. 25).

giudizio di costituzionalità⁹⁹; nel caso *sub b*), una ipotizzabile apertura del contraddittorio rischierebbe di legittimare una sorta di “degradazione” dell’interesse atteso dal soggetto richiedente (dal livello “qualificato”, come si è visto, normalmente imposto, cioè, ad uno “non qualificato” comune a tutti coloro risultino solo genericamente assoggettati alla norma indubbiata)¹⁰⁰.

Volendo, a questo punto, provare a tirare le fila del discorso sin qui svolto, innanzi ad una *domanda* di giustizia costituzionale sempre più articolata e complessa, cruciale importanza assume il tentativo di offrire una *risposta* che sia, quantomeno, all’altezza delle istanze che paiono con sempre maggiore insistenza emergere: tutte variamente attinenti alla stessa collocazione della Consulta al centro di una trama ordinamentale più fitta e complessa che strettamente la lega anche all’opinione pubblica¹⁰¹. Dalla quale ultima pare quasi quotidianamente affiorare, vale a dire, l’esigenza che il diritto (e, segnatamente, quello costituzionale) ritagli per sé un perimetro ed una funzione diversi dal passato, specie al cospetto di questioni scientifiche ed etiche sempre più complicate e divisive¹⁰².

Da questa peculiare dimensione, tra i molti possibili vi è da dire che astrattamente due avrebbero potuto essere i modi per incidere sulla partecipazione al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: per così dire “a valle”, agendo sull’ampiezza degli effetti dell’atto conclusivo del giudizio (mediante un “restringimento in uscita”, potrebbe dirsi, del processo); ovvero “a monte”, influenzando, invece, sull’estensione del novero dei suoi possibili partecipanti (attraverso un opposto, per così dire, “allargamento in entrata” dello stesso).

Insistere sul primo profilo – com’è stato, ad esempio, proposto in dottrina – avrebbe significato ottenere una significativa contrazione dell’interesse a partecipare al contraddittorio costituzionale in capo a tutti coloro i quali non avrebbero, comunque, subito gli effetti del verdetto del Tribunale costituzionale, in tal modo introducendo una sorta di “limite soggettivo” agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una legge o di un atto ad essa equiparato: ridimensionare le conseguenze della pronunzia di accoglimento – nel senso di annullare la norma indubbiata solo limitatamente agli effetti che essa avesse prodotto rispetto a taluni, anziché a talaltri, soggetti – avrebbe, difatti, significato contribuire almeno in parte minimizzare (se non proprio, del tutto, “sdrammatizzare”...), lo stesso problema della partecipazione al contraddittorio sin qui in discussione¹⁰³.

⁹⁹ «Ai fini dell’ammissibilità dell’intervento», difatti, «non rileva che il giudizio di cui è parte l’interveniente sia stato sospeso in attesa dell’esito dell’incidente di costituzionalità scaturito da altro indipendente giudizio, poiché, ove si ritenesse altrimenti, verrebbe sostanzialmente soppresso il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale e non sarebbe consentito alla Corte di verificare la rilevanza della questione» (così, sent. n. 246/2020 richiamata in CORTE COSTITUZIONALE – UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Repertorio ragionato delle massime delle pronunce costituzionali*, cit., pp. 24 s.).

¹⁰⁰ Cfr. G. ZAMPETTI, *op. cit.*, pp. 114 s.

¹⁰¹ Tra i moltissimi contributi sul tema, S. PAJNO, *op. cit.*; M.C. GRISOLIA, *Corte costituzionale ed opinione pubblica: un “cambio di passo” ormai necessario?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (on-line), n. 1/2023, pp. 47 ss.; E. GROSSO, *Corti costituzionali e opinione pubblica: un problema di legittimazione* e A. SPERTI, *Alcune riflessioni su legittimazione e consenso delle Corti costituzionali nel loro attuale rapporto con l’opinione pubblica*, entrambi in *DPCE Online* (on-line), n. 1/2025, rispettivamente, pp. 1 ss. e pp. 1299 ss.

¹⁰² Fra i numerosi studi, cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecno-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. pp. 197 ss.; i contributi in M. LOSANA-V. MARCENÒ (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”*, Torino, 2020, nonché in B. LIBERALI-L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, 2022.

¹⁰³ Così, A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. parlam.*, n. 1/1999, pp. 669 ss.

Al cospetto della crescente complessità delle questioni di legittimità costituzionale con sempre più frequenza sollevate innanzi al giudice delle leggi di cui si diceva poc'anzi, tuttavia, tale proposta ricostruttiva – seppur finemente argomentata – rischia di condurre ad esiti non del tutto appaganti.

Al di là di tali rilievi, ad ogni modo, si è visto che nell'esperienza pratica si è, piuttosto, deciso di intraprendere il secondo dei percorsi appena accennati incidendo, appunto, sulla materiale possibilità di intervento da parte degli eventuali interessati “in entrata” alla partecipazione al processo costituzionale. La quale scelta se, per un verso, può essere *pro passato* considerata un punto di “arrivo” dell'elaborazione giurisprudenziale sin qui avutasi, per un altro, nondimeno, potrà davvero manifestare tutte le potenzialità di cui è implicitamente espressiva solo se considerata *pro futuro* dalla stessa Corte come un punto di “partenza” rispetto ai prossimi sviluppi interpretativi.

Per il *passato*, non vi è dubbio che l'attuale condizione del terzo e degli altri soggetti a vario titolo interessati rappresenti l'approdo dell'apertura cui è andato progressivamente incontro il giudizio di legittimità costituzionale in via d'eccezione nel corso del tempo: transitato, vale a dire, ad un processo che inizia lentamente a schiudersi – come si è visto, con non poche timidezze ed incoerenze interne – alla partecipazione di soggetti diversi dalle parti del giudizio principale nonostante sia partito da una premessa iniziale di segno del tutto opposto¹⁰⁴.

SEZ. III: I TERZI NEL GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALE (*DE IUDICIO CONDENDO*)

9. *L'allargamento del contraddittorio costituzionale de iudicio condendo: sul piano stretto dell'intervento del terzo e su quello ampio della partecipazione dell'amicus curiae*

Per l'aspetto *futuro* dell'attuale assetto del contraddittorio costituzionale richiamato nella sez. precedente, vale a questo punto la pena esaminare separatamente l'ambito più ristretto (*qualificato*) della partecipazione del terzo da quello più ampio (*pertinente*) dell'intervento dell'*amicus curiae*.

Prendendo innanzitutto le mosse dal primo, obiettivamente fuor di dubbio appare il *bene-ficio* derivante dalla possibilità di edificare, appunto per il prossimo avvenire, un giudizio in via incidentale ben più complesso e plurale di quanto non sia fino ad adesso stato¹⁰⁵: all'interno del quale possano far adeguatamente sentire la propria voce, come si è cercato di dire nelle pagine che precedono, non solo quanti siano legittimamente individuati come parti processuali ma, più ampiamente, tutti coloro i quali siano ammessi in quanto vantino una legittima pretesa a difendere le proprie prerogative *ex art. 24 Cost.*

A fronte di tali benefiche prospettive per il futuro, assai poco realistico si rivelerebbe, ad ogni modo, ignorare una serie di altrettanti, si passi l'espressione, *male-fici* dei quali un'incontrollata apertura del contraddittorio potrebbe “gravare” sia sul *quomodo* che sul *quantum* dello stesso svolgimento del processo costituzionale: cioè, rispettivamente, sul suo ineliminabile tratto incidentale (come si è già visto, *supra*, nella sez. II, par. 8) nonché sul suo

¹⁰⁴ In tal senso, M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 123.

¹⁰⁵ Sul punto, ancora, M. D'AMICO, *ibidem*.

medesimo ottimale funzionamento, rischiando in qualche misura di determinarne l'“ingolfamento” o, peggio, il suo “stallo”.

Da una prospettiva non dissimile – in termini, per così dire, di bene-ficio/male-ficio – si potrebbe, poi, guardare al più ampio piano dell'intervento dell'*amicus curiae*: rispetto al quale ultimo non va, soprattutto, trascurato l'indubitabile vantaggio derivante alla stessa valutazione cui è chiamato la Consulta da parte di una serie di materiali di conoscenza che, viceversa, risulterebbero esclusi dalla cognizione nel giudizio di legittimità costituzionale¹⁰⁶.

Da quest'ultima visuale, lo sforzo messo quindi in campo dal Tribunale costituzionale per elaborare una serie di nuove disposizioni processuali che gli consentano di rintracciare altrove soggetti che potrebbero in qualche misura offrirgli la propria collaborazione nell'affrontare un maggiore impegno sia di tipo argomentativo, a monte, che conoscitivo, a valle, appare dunque (non solo plausibile *pro presente* ma, anche) più che auspicabile *pro futuro*¹⁰⁷: ciò, innanzitutto, a motivo del guadagno che il processo potrebbe averne in termini di maggiore persuasività, giacché un'estensione *quantitativa* degli *inputs* – immessi da quanti possano offrire un apporto utile in termini di ulteriori ricostruzioni ed argomenti giuridici ai sensi dell'art. 111 Cost. e adeguatamente valutati in seno al giudizio in via incidentale – potrebbe non difficilmente (e, anzi, prevedibilmente) condurre anche ad un miglioramento *qualitativo* dell'*out-put* finale.

Sul crinale dei materiali “immessi”, difatti, agli occhi attenti del giudice delle leggi sempre più a fuoco risulterebbe l'illustrazione della “consistenza sostanziale” della questione di legittimità costituzionale: favorita cioè dal fatto che, tanto superiore sarà il numero dei soggetti ammessi al contraddittorio costituzionale, quanto (proporzionalmente) maggiore potrà essere il contributo di conoscenza da questi ultimi apportato sia dal punto di vista del *fatto* che da quello più squisitamente del *diritto*¹⁰⁸ (tanto da far discorrere taluni di una vera e propria “svolta empirica” della Corte costituzionale, nella misura in cui la sua attività appaia sempre più espressiva dell'attenzione verso il rilievo dei fatti nel giudizio di costituzionalità¹⁰⁹). Sul diverso versante della decisione “emessa”, può ragionevolmente ritenersi che a guadagnarci da un processo costituzionale – non asfitticamente *ristretto* alla dialettica bilaterale esistente tra il giudice e le parti del giudizio principale ma – *aperto* alla dialettica multi-laterale tra chi deve decidere ed una pluralità di protagonisti diversi dalle parti formalmente costituite, non sia tanto (o solo) la “giustizia” della pronuncia *ex se* considerata quanto, piuttosto, la sua “credibilità” nella dimensione *giuridica* (da parte di quanti, vale a dire, siano da essa sostanzialmente attinti) nonché la sua “accettabilità” in quella *sociale* (cioè, da parte della stessa opinione pubblica)¹¹⁰.

A fronte di tali *bene-fici* tuttavia, come si anticipava, di *male-fici* non ne mancherebbero, sia sul fronte del *processo* costituzionale che del suo *giudice*.

Con riferimento al primo, appare chiaro che questioni di legittimità costituzionale dal carattere sempre più complesso ed articolato esigano dalla Consulta un maggiore (e, per

¹⁰⁶ Così, *ex multis*, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 286.

¹⁰⁷ In tal senso, L. VIOLINI, *Una Corte in uscita? Note minime sulle recenti modifiche alle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in C. AMALFITANO-Z. CRESPI REGHIZZI-S. VINCRE (a cura di), *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali*, cit., p. 66.

¹⁰⁸ Sul punto, L. VIOLINI, *Accesso alla Corte Costituzionale: quale ruolo per gli enti di Terzo settore*, in *Vita.it* (on-line) (5 febbraio 2020) cit. in ID., *op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁹ Così, G. RAGONE, *Eine empirische wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, part. pp. 19 ss.

¹¹⁰ In questo modo, M. CALAMO SPECCHIA, *op. cit.*, spec. p. 23.

certi versi, inevitabile...) ripiegamento verso il “fatto” nel giudizio di costituzionalità¹¹¹: così è, ad esempio, accaduto nel sistema di giustizia costituzionale tedesco, laddove si è cercato di far fronte alla crescente complessità delle eccezioni sollevate attraverso un apparato di più flessibili ed innovativi precetti processuali che consentisse di fissare meglio una serie di materiali di natura sociale, scientifica e tecnica (e di immetterli, conseguentemente, nel contraddittorio costituzionale)¹¹².

Relativamente al secondo – senza poter neppure sfiorare adesso la gigantesca questione dell’“anima”, per così dire, *double-face* (al contempo “giurisdizionale” e “politica”¹¹³) esibita dal nostro Tribunale costituzionale – in questa occasione basterà semplicemente rilevare come una non controllata apertura del contraddittorio costituzionale potrebbe determinare un eccessivo sbilanciamento a favore dell’anima “politica” a detrimento di quella “giurisdizionale” del giudice delle leggi, con inevitabili refluenze negative sui rapporti che quest’ultimo pur sempre intrattiene sia coi governanti che coi governati.

Per l’ambito dei governanti è stato, innanzitutto, fatto rilevare il rischio che un (non sorvegliato) allargamento possa provocare un innaturale “raddoppiamento” di sedi istituzionali il quale finirebbe indebitamente per sovrapporsi con la sfera di competenza costituzionalmente garantita, rispettivamente, al potere legislativo ed a quello giudiziario: nei confronti del Parlamento, potendosi in particolare avere un’innaturale duplicazione di istruttoria, in un primo caso svolta nella sua sede *naturale* (rappresentata, appunto, dalle aule parlamentari) e, nel secondo, replicata in una sede *innaturale* (come, precisamente, quella del giudizio di costituzionalità); rispetto alla magistratura, potendo assistersi ad una parimenti innaturale riproduzione del contraddittorio che già connoterebbe, invece, il giudizio in via principale con la conseguenza che i giudici finirebbero, così, per vedersi sovrapporre alla propria la «parallela giurisdizione» rappresentata dal giudizio in via incidentale¹¹⁴.

10. (Segue): *bene-fici e male-fici dell’allargamento del contraddittorio (ed uno dei possibili modi per tentare di ricomporli)*

Dalla diversa prospettiva dei governati, non poche volte è stato poi segnalato il pericolo che la crescente esigenza di riscontro in termini di approvazione da parte dei rappresentanti della società civile da parte del Tribunale costituzionale avrebbe potuto facilmente tradursi in una sorta di «iperpoliticizzazione» dello stesso controllo di legittimità costituzio-

¹¹¹ In oggetto, nella sterminata letteratura in materia, v. ad esempio M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte* e E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, entrambi in M. D’AMICO-F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., rispettivamente, p. 54 e p. 159; A. RUGGERI, *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in *Dirittifondamentali.it* (on-line), n. 1/2019, spec. pp. 5 ss.

¹¹² Cfr. M. D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 131.

¹¹³ Fra i moltissimi studi sul tema, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; E. CATELANI, *Giustizia costituzionale tra “anima politica” ed “anima giurisdizionale” e sua incidenza sulla forma di governo*, in *Federalismi* (on-line), n. 8/2017, pp. 1 ss.; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., pp. 1 ss.

¹¹⁴ Sul punto, F. PERCHINUNNO, *op. ult. cit.*, rispettivamente, p. 220 e p. 218.

nale¹¹⁵. Ciò evidentemente perché ogni possibile iniziativa nel senso di un'apertura del contraddittorio potrebbe originare il fuorviante convincimento che la Corte debba attingere la propria fonte di legittimazione nel sistema anche dal “basso” – con tale espressione intendendo, in altre parole, una serie di centri di potere – e non solo dall’“alto” dei principi e valori fondanti della Costituzione (facendo, ad esempio, leva su una serie di canali comunicativi più consoni ad un attore *lato sensu* politico che non ad una Corte chiamata a giudicare della costituzionalità delle leggi e degli atti ad esse equiparati¹¹⁶).

Non poche, né secondarie, appaiono, insomma, le sfide che qui si è cercato di sintetizzare al massimo e che attendono al varco la Consulta per il prossimo futuro, le quali tuttavia – per essere almeno adeguatamente affrontate – sembrano imporre un cambio di archetipo: da una logica di prevalenza/soccombenza secca dei valori in gioco (reputata sin troppo *univoca* e rigida, in una materia dai contorni talmente delicati e complessi) ad una di ragionevole bilanciamento (considerata *biunivoca* ed assai più flessibile, soprattutto in considerazione dell'importanza di tutti i beni coinvolti).

Così – sul piano più ristretto dell'intervento dei terzi *supra* richiamato – si potrebbe ad esempio pensare ad un parziale mutamento di rotta con riferimento ad alcuni dei casi attualmente esclusi dalla possibilità di intervenire nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: il richiamo sarebbe, in particolare, alle parti in un altro giudizio nel quale sia stata disposta la sospensione c.d. impropria ovvero alle ipotesi in cui il *dictum* costituzionale possa per intero compromettere la controversia, di cui si è dato in precedenza conto, rispettivamente, alle ipotesi *sub a)* e *b)*.

Persistere anche *pro futuro* nel mantenere sigillati i battenti del contraddittorio costituzionale almeno nelle sopracitate ipotesi, difatti, equivarrebbe: 1) ad accettare l'idea che il diritto costituzionale di difesa finisca per essere solennemente *proclamato* dall'art. 24 Cost. e nondimeno – almeno per talune “zone franche” del processo costituzionale – effettivamente non *praticato*; 2) privare insensatamente lo stesso giudizio di costituzionalità di una serie di “materiali” i quali – se utilmente “immessi” in quest'ultimo (in quanto, comunque, derivanti da un caso egualmente emergente dall'attività giurisdizionale pratica) – potrebbero, invece, arricchire il contraddittorio *ex art.* 111 Cost. ed essere proficuamente impiegati ai fini del verdetto finale¹¹⁷.

Per essere correttamente impostata già nella visuale del *metodo*, invero, tale questione richiede preliminarmente di chiarire l'estensione dell'interesse di cui la parte del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale dovrebbe essere portatrice.

Secondo una prima impostazione, tale partecipazione sarebbe espressiva solo di un interesse particolare *tout court* per l'ovvia ragione che la situazione giuridica soggettiva vantata nel giudizio in via principale non potrà che risentire degli effetti diretti del *dictum* del Tribunale costituzionale: la qual cosa, come appare subito ovvio, porterebbe ad ammettere solo una nozione *riduttiva* di «parte», legittimando nel giudizio *ad quem* l'esclusiva presenza delle parti del giudizio *a quo*. Precludere indiscriminatamente a chiunque l'accesso al giudizio di

¹¹⁵ In oggetto, tra i molti, R. CONTI, *La Corte costituzionale aperta alla società civile. Intervista a Valerio Onida e Vladimir Zagrebelsky*, in *Giustizjainsieme.it* (on-line), 4 aprile 2020; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (on-line), n. 1/2023, pp. 27 ss.; A. SPADARO, *I confini della Corte: dal “triangolo delle Bermuda” al “quadrilatero costituzionale”*, in *Consulta Online* (on-line), I/2024, spec. pp. 476 ss.

¹¹⁶ Cfr. L. VIOLINI, *Una Corte in uscita?*, cit., p. 67.

¹¹⁷ Così, ad esempio, M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, spec. pp. 420 s.

legittimità costituzionale – a meno che non si tratti delle parti formalmente costituite nel giudizio principale – equivarrebbe, tuttavia, ad accettare un bilanciamento non ragionevole tra il necessario principio di incidentalità e quello, non meno indispensabile, della difesa in giudizio (oltretutto del contraddittorio), lasciando che il primo abbia l'incondizionato sopravvento sul secondo.

All'opposto di tale ricostruzione vi è quella per cui potrebbe essere considerata parte nel giudizio di legittimità costituzionale quella titolare di un interesse generale *tout court*, derivandone, così, una nozione assai *estensiva* di parte, giacché chiamata a far valere un interesse di tipo astratto al ripristino dell'armonia costituzionale violata¹¹⁸. È, tuttavia, ovvio che una tesi che ammettesse la qualificazione di terzo interveniente nel giudizio a beneficio di *chiunque* in virtù della semplice esistenza in capo ad esso, ad esempio, di un mero “interesse alle conseguenze” del giudizio finirebbe – comunque irragionevolmente – per ricadere nell'eccesso opposto di sacrificare le esigenze dell'incidentalità sull'altare di quelle della difesa (e del contraddittorio) processuale¹¹⁹.

Dovendo necessariamente concludere su un punto che naturalmente richiederebbe maggiore approfondimento di quanto adesso non sia possibile fare – ai fini della delimitazione del contraddittorio costituzionale di cui si sta discorrendo – entrambe le ricostruzioni appena richiamate sembrerebbero, con esiti tutto sommato opposti, frutto di un comune punto di vista parziale, e comunque non soddisfacente, dell'interesse sostanzialmente fatto valere dalla parte nel giudizio di costituzionalità: che, poi, pare quello di muovere dalla medesima logica, per così dire, della prevalenza-soccombenza *in astratto* – che non sarebbe altro se non quella dell'*aut aut* – per cui, o predomina l'una componente particolare dell'interesse della parte, o a prevalere dev'essere quella generale.

Ciò, naturalmente, a meno di non voler cambiare paradigma: vale a dire, passare alla diversa logica del bilanciamento *in concreto* tra le richiamate componenti ed accedere ad una terza – e, ragionevolmente, più accettabile ai fini del discorso che si viene svolgendo – ricostruzione come quella che si sforzi di accomunare le due precedentemente illustrate ipotesi, attenuandone in qualche misura i difetti senza rinunziarne ai (e, anzi, esaltandone i) pregi.

Muovendo dal tale mutamento, potrebbe nello specifico ammettersi che la parte del giudizio di costituzionalità, in quanto tale, sia titolare di un interesse, per così dire, *double-face*, potendosi al contempo rendere portatrice non solo del proprio particolare interesse *privato* ma, anche, di uno generale *pubblico*: accedere ad una nozione, per dir così, *intermedia* (tra una assai *riduttiva* ed una troppo *estensiva*) di parte, in sintesi, non solo fonderebbe almeno l'ingresso nel processo di costituzionalità di taluni selezionati soggetti ma, anche, contemplerebbe un bilanciamento tra i (apparentemente opposti ed inconciliabili...) principi di incidentalità e difesa/contraddittorio.

¹¹⁸ In tal senso, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, pp. 288 s.

¹¹⁹ In oggetto, tra gli altri, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale* e E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, entrambi in *Quaderni costituzionali*, rispettivamente, n. 2/2019, spec. pp. 271 s. e n. 4/2019, part. p. 785; P. RIDOLA, *op. cit.*, spec. p. VI; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme* (on-line), 24 gennaio 2020.

11. *Il ruolo del terzo quale banco di prova per la legittimazione della Corte costituzionale nel sistema (oltre che per il “suo” processo)*

Nella logica del bilanciamento appena richiamata si potrebbe, per un verso, ritenere *esaltato* il principio costituzionale di difesa (e del contraddittorio) senza che, per un altro, sia necessariamente (e contestualmente...) *violato* quello di incidentalità: innanzitutto perché – come si è già ricordato nelle pagine che precedono (sez. II, par. 3) – non andrebbe pur sempre confusa la fase della successiva partecipazione ad un giudizio di legittimità costituzionale già legittimamente instaurato (rispondente alla necessità di selezionare un rilevante interesse all’accesso) da quella del preventivo avvio dello stesso (corrispondente a modalità uniche e precostituite di ingresso tra cui, appunto, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata)¹²⁰; in secondo luogo, perché lo stesso giudice delle leggi potrebbe verificare la rilevanza dell’intervento proposto dal terzo – soppesandone l’interesse – “a valle” del giudizio in via incidentale in modo affatto speculare a quanto già faccia “a monte” di quest’ultimo, quando è parimenti chiamata ad accertare la rilevanza della questione sollevata¹²¹.

Sul crinale del *merito*, un eventuale ripensamento in tal senso potrebbe, ad esempio, giovare della considerazione per cui – a fianco di elementi evidentemente unici e *irripetibili* della vicenda giudiziaria in concreto – la situazione giuridica soggettiva fatta nello specifico valere dalla parte nel giudizio *a quo* finisce normalmente per esibire anche fattori *ripetibili*, o come che sia *tipici*, nello spazio e nel tempo (non dissimilmente da quanto normalmente accade alla disposizione normativa nella quale tale pretesa soggettiva comunque radica la propria fonte di legittimazione): dal che ogni rapporto giuridico “aperto” (ma evidentemente non ancora definitivamente “concluso”) sotto la vigenza della disciplina poi ritenuta costituzionalmente illegittima rischia di essere travolto dalla declaratoria di incostituzionalità proprio in virtù del fatto che quest’ultima rappresenta la “risposta” generale ad una “domanda” speciale (eppure tendente a travalicare lo stesso perimetro del giudizio *a quo*, appunto per la “ripetibilità” che la connota)¹²².

A rilevare sarebbe, insomma, la fisiologica ripetibilità nello spazio/tempo della condizione nella quale versano le parti del giudizio in cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale: la quale, difatti, non renderebbe la loro situazione poi tanto dissimile – almeno nella concreta pratica giudiziaria – da quella, appunto, di “altri” terzi in ulteriori giudizi, i quali, quindi, potrebbero apportare materiali utili ai fini della decisione di incostituzionalità¹²³.

In conclusione, anche quell’“apertura” di cui rimangono espressive le *Norme integrative*, cit. – e che ne costituisce, comunque, il segno più distintivo – potrebbe essere condotta ad ulteriore avanzamento da parte della futura giurisprudenza costituzionale proprio in tali, ancora largamente controverse, ipotesi *sub a)* e *b)*: con l’obiettivo di rimarcare, tra gli altri,

¹²⁰ Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, pp. 289 s.

¹²¹ Così, G. ZAMPETTI, *op. cit.*, pp. 118 s.

¹²² Sul punto, *ex plurimis*, R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985, part. pp. 52 ss.; V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., pp. 3 ss. (ivi pure M. D’AMICO, *Le parti del processo a quo costituite e non costituite*, pp. 27 ss.).

¹²³ In oggetto, G. ZAMPETTI, *op. cit.*, p. 119.

l'accresciuta autonomizzazione del giudizio costituzionale *ad quem* rispetto ai giudizi comuni *a quibus* dai quali deve pur sempre trarre le proprie iniziali mosse¹²⁴.

Venendo, in chiusura delle odierne riflessioni, al versante più ampio della partecipazione degli *amici curiae*, e più specificamente ai rischi *supra* paventati per il *processo*, non si ritiene, comunque, che la progressiva apertura potrebbe minare la componente astratta del *proprium* dell'attività della Corte (fisiologicamente chiamato a valutare la norma ordinaria confrontandola con quella costituzionale): ciò, almeno, se si ribadisce la differenza tra i presupposti “in entrata” del giudizio dall'esito “in uscita” dello stesso¹²⁵. Solo con riferimento alla valutazione dei materiali immessi “in entrata” dai terzi partecipanti nel giudizio, difatti, sarebbe possibile discorrere di un incremento della «fattualità» del giudizio della Consulta (dovuto ad un aumentato interesse per la «sostanza delle cose»); cosa che comunque non accadrebbe, invece, per la «sostanza del giudizio», il quale – almeno nel caso della partecipazione degli *amici curiae* (mentre i dubbi restano, come appena visto, in quello dell'intervento dei terzi) – manterrebbe, piuttosto, inalterata la propria componente astratta.

Con riferimento al piano del *giudice* costituzionale (e della sua legittimazione nel sistema), specialmente nel richiamato rapporto coi governanti, a smorzare le accorate voci di quanti abbiano *ab origine* messo in guardia dal rischio che la legittimazione della Corte nel sistema avrebbe corso in virtù della progressiva metamorfosi in un vero e proprio “agone politico” del giudizio di legittimità costituzionale starebbe, tuttavia, la testimonianza concreta di questo primo quinquennio di implementazione delle sopracitate norme integrative: la quale, tutto sommato, dimostra che una solida razionalizzazione del contraddittorio innanzi al Tribunale costituzionale ed una istruttoria assai procedimentalizzata hanno determinato un arricchimento per lo stesso processo costituzionale senza provocarne, per ciò solo, pure lo snaturamento in chiave politica¹²⁶.

Rispetto ai governati, infine, si ritiene che anche le preoccupate considerazioni *supra* illustrate possano, tuttavia, trovare almeno parziale mitigazione. E, ciò, sulla scorta del fatto che intanto un allarmante scenario di iper-politicizzazione potrà essere scongiurato in quanto la Consulta proseguirà nell'alveo sin qui tracciato dalla stessa Carta fondamentale, vale a dire: nella dimensione del *metodo*, sforzandosi di attivare ogni legittimo espediente che le permetta di non collidere frontalmente con i poteri dello Stato che la circondano, conformemente alla propria natura di «legislatore negativo»¹²⁷; in quella del *merito*, ricorrendo al proprio consueto strumentario – rappresentato, ad esempio, dall'*auctoritas* che ne contraddistingue la posizione nell'ordinamento, la stabilità degli orientamenti adottati nel corso del tempo ed il rigore che sempre deve connotare la parte motiva dei propri verdeti – quale

¹²⁴ A parte i più risalenti contributi di F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, 1966, spec. pp. 70 ss. e R. ROMBOLI, *op. et loc. ult. cit.*, sul punto, tra i tanti, G. CONTI, *op. cit.*, spec. p. 82; A. VUOLO, *op. cit.*, part. p. 418.

¹²⁵ Così, L. VIOLINI, *op. ult. cit.*, p. 64 (cui si rinvia anche per la riflessione immediatamente successiva).

¹²⁶ In tal senso, tra i tanti, M. D'AMICO, *op. cit.*, p. 136.

¹²⁷ Sul punto, solo di recente, L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. CASSETTI-A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore*, Torino, 2019, spec. 6; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta Online* (on-line), III/2023, spec. p. 813; A. SPADARO, *Involuzione - o evoluzione? - del rapporto fra Corte costituzionale e legislativo (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC* (on-line), n. 2/2023, part. pp. 114 s.

unico vero strumento di legittimazione (o, forse, sarebbe meglio dire di quotidiana ri-legittimazione) del proprio operato nell'attuale sistema costituzionale¹²⁸.

In conclusione, il potenziale squilibrio a favore dell'anima "politica" del giudice delle leggi potrebbe essere – perlomeno in parte – attenuato sulla scorta del riequilibrio della corrispondente anima "giurisdizionale". La decisione di razionalizzare una maggiore e plurale partecipazione al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale può, difatti, enfatizzare l'anima giurisdizionale della Corte (che quello stesso giudizio è pur sempre chiamata a presiedere): nella misura in cui, cioè, la genuina e paritaria attuazione del principio costituzionale del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost. passa anche (se non soprattutto) attraverso la realizzazione processuale di una dialettica pienamente "costituzionale"¹²⁹.

ABSTRACT: *Role of Third Parties in Incidental Constitutional Review and Legitimacy of the Constitutional Court within the System*

This contribution aims to investigate the role of the third party in constitutional proceedings, including through comparison with other procedural figures. After examining constitutional proceedings both from an *external* perspective (i.e., comparing them with "proceedings" *tout court*) and from an *internal* perspective (i.e., in relation to the numerous "proceedings" that exist under the single, all-encompassing label of "constitutional proceedings"), incidental constitutional review has been identified as the preferred area for verifying the role currently played by third parties in constitutional debate between the parties, distinguishing a profile, so to speak, *de iudicio condito* from *de iudicio condendo* one.

De iudicio condito, the first step was to analyse the position of the rulers, with particular reference to the intervention by the Government (hoping for an initiative that could genuinely prove to be *ex parte Constitutionis* and not just *ex parte legis*). Secondly, the position of the governed was examined in depth, specifically differentiating the role of the third party (having a "qualified" interest in the proceedings) from that of the *amicus curiae* (rather having a "relevant" interest) in light of both constitutional case law and the Amendments to the *Supplementary Rules for "Proceedings before the Constitutional Court"* introduced in 2020.

Finally, in the dimension of *iudicio condendo*, an attempt was made to review both the *negative* and *positive* aspects of a progressive expansion of debate between the parties in incidental review, in particular the rethinking of a strict jurisprudential approach that currently still precludes access to certain requests for attendance in trials: specifically, those made by parties already involved in proceedings where the judge has merely suspended the proceedings pending the Constitutional Court's ruling on a question of constitutional legitimacy raised in other proceedings (it is the case of so-called improper suspension); or who has a similar interest, or who is a party to another similar case, on which the effects of the constitutional decision could nevertheless have a profound and complete impact.

¹²⁸ Cfr. L. VIOLINI, *op. ult. cit.*, p. 67.

¹²⁹ Così, *ex multis*, F. PERCHINUNNO, *op. ult. cit.*, p. 221.

VERONICA BONGIOVANNI*

CONTRATTO CON EFFETTI PROTETTIVI PER IL TERZO E DANNO DA NASCITA INDESIDERATA

SOMMARIO: 1. Effetti protettivi a favore del padre del contratto tra la gestante e il medico e profili di criticità sul piano della responsabilità. – 1.1. L'inquadramento teorico – dogmatico della fattispecie contrattuale nell'ottica del contemperamento tra le esigenze di giustizia sostanziale e il principio di relatività degli effetti contrattuali. – 2. La ricerca dei fattori in presenza dei quali si giustifica l'estensione soggettiva dell'efficacia del contratto, quale operazione funzionale alla differenziazione dei soggetti terzi titolari di interessi meritevoli di tutela. – 3. L'individuazione della dimensione contestuale del contratto e la valorizzazione dei parametri oggettivi utili ai fini della delimitazione, per il tramite della buona fede integrativa, dell'ambito protettivo del regolamento contrattuale

1. Effetti protettivi a favore del padre del contratto tra la gestante e il medico e profili di criticità sul piano della responsabilità

Il problema della propagazione degli effetti protettivi del contratto a posizioni soggettive afferenti a terzi è tanto risalente quanto trascurato dalla nostra giurisprudenza nonché dalla nostra dottrina, nonostante gli stimoli nel tempo pervenuti da parte di autorevoli studiosi¹.

Le argomentazioni addotte a sostegno di queste resistenze sono perlopiù tratte dalla struttura e dalle caratteristiche del sistema della responsabilità civile vigente nel nostro ordinamento, che, secondo i più, sarebbe già di per sé in grado di offrire al giudice ampie possibilità di intervento per salvaguardare gli interessi dei terzi ritenuti meritevoli di protezione², senza dover ricorrere, come è stata costretta a fare la giurisprudenza tedesca, a strumenti di tutela di natura contrattuale³.

* Professore associato di Diritto privato, Università degli Studi di Messina.

¹ V., in particolare, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss., e, più recentemente anche in prospettiva comparatistica, G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004; ID., *Contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, 511 ss.

² Invero, come è stato autorevolmente sostenuto, mentre nell'ambito del sistema giuridico tedesco nei primi decenni del secolo scorso sono emerse le cc.dd. debolezze del torto, nel nostro ordinamento "l'ampia gamma dei «danni risarcibili», resa possibile dalla clausola del «danno ingiusto» (art. 2043), a tal punto da giustificare anche il c.d. danno meramente economico, non rendeva evidentemente necessario né urgente il ricorso al contratto" (v. A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 10). D'altra parte, come peraltro rilevato in tempi meno recenti (cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 139), tuttora ricorrono forti resistenze ad utilizzare schemi ricostruttivi ancorati all'uso di clausole generali.

³ È noto il dibattito, sorto nell'area culturale tedesca, in merito al problema della concretizzazione delle clausole generali e alla legittimità di quel processo di formazione di regole concrete, che ha ripreso vigore in occasione della riforma dello *Schuldrecht* del 2002 ed è confluito nella tipizzazione e nella sistemazione in categorie omogenee dei vari casi applicativi simili (*Fallgruppen*). L'opera di concretizzazione delle clausole generali ha riguardato, in particolare, quella della buona fede, contemplata dal § 242 BGB, e la tipizzazione dei casi, che è

Tuttavia, dopo una prima fase, in cui la dottrina si è trincerata su una posizione di sostanziale chiusura e netta differenziazione rispetto al modello tedesco⁴, a partire dagli anni '90 si sono susseguiti diversi arresti giurisprudenziali, di segno opposto rispetto al precedente orientamento, in cui la riscontrata necessità di tutelare posizioni di interesse emergenti nell'ambito del contesto contrattuale ma facenti capo a soggetti diversi dai contraenti è stata affrontata non sul piano della responsabilità extracontrattuale, ma mediante l'utilizzo della figura del contratto con effetti protettivi a favore di terzi⁵. In particolare, si è fatta spazio l'idea secondo cui, in alcune ipotesi e in presenza di determinate circostanze, il terzo possa rivendicare il diritto al risarcimento di un danno a lui causato dalla "cattiva o malaccorta esecuzione del contratto da altri stipulato"⁶.

Invero, in questo caso, il terzo non assume una posizione incompatibile con il regolamento contrattuale predisposto, tale per cui il suo interesse risulterebbe del tutto inconciliabile con quello delle parti, bensì si colloca nella prospettiva dell'adempimento del contratto, lamentando un danno subito a seguito dell'inesatta esecuzione della prestazione che ne forma oggetto. Cosicché, a fronte del pregiudizio subito, al terzo, che resta comunque estraneo al contratto, si nega tradizionalmente il diritto di esperire i rimedi contrattuali per ottenere l'esatta esecuzione della prestazione⁷, ma, in quanto titolare di un interesse coincidente con quello di uno dei contraenti, si riconosce il diritto di attivare la tutela di risarcimento dei danni immediati e diretti, facendo valere l'effetto protettivo che deriva, a suo favore, dal contratto⁸.

strutturata seguendo una tripartizione nella quale, secondo la sistematica attuale, convergono le più rilevanti articolazioni applicative di tale clausola, comprende l'individuazione di obblighi accessori (*Nebenpflichten*) e, tra questi, rilevano, in particolare, quelli di protezione (*Schutzpflichten*).

⁴ In una prima, seppur timida e perlopiù isolata, apertura, che risale agli anni '70 (v. App. Roma, 30 marzo 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 552 ss.), si è affermato che la pretesa risarcitoria della moglie e della figlia del portiere di uno stabile, le quali avevano patito delle malattie a causa dell'insalubrità dell'alloggio di servizio in cui viveva il nucleo familiare, potesse trovare accoglimento per via contrattuale. Nella sentenza non si parla di effetti protettivi per i terzi ma è indubbio che il riconoscimento di un'azione contrattuale a favore di soggetti terzi rispetto al contratto abbia posto in evidenza "la necessità di appurare se anche nel nostro ordinamento possano sorgere dal contratto obblighi di protezione a favore di soggetti che non sono parti" (v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 140).

⁵ V. Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *dejure.it*; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *dejure.it*; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *dejure.it*; Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 619 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, App. Perugia, 24 maggio 2000, in *dejure.it*; Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Danno resp.*, 1999, 522 ss., con nota di E. FILOGRANA, "Se avessi potuto scegliere ...": la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione, in cui, nel pronunciarsi sul ricorso del padre che aveva fatto valere un diritto al risarcimento del danno alla propria salute, come conseguenza di quello subito dalla madre, la Corte riconobbe che tale diritto fosse configurabile e ne individuò il contenuto nel danno riflesso indotto dal primo, anch'esso ingiusto perché inerente alla lesione di un diritto proprio. Fatta questa premessa, si affermò che la responsabilità del medico derivasse dall'inadempimento di un'obbligazione di natura contrattuale, consistente nel rilevare le condizioni del feto e formulare la corrispondente diagnosi, impiegando in ciò la diligenza e la perizia richieste; Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in *dejure.it*; Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 317 ss., con nota di A. PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto di nascere sano*.

⁶ V. A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 3.

⁷ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2000, 571 s.

⁸ V. G. GRISI, *Principio di relatività degli effetti contrattuali*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, I. *Contratto*, Milano, 2021, 915, il quale rileva come, in questo caso, "la propagazione del danno oltre la sfera dei contraenti fa affiorare, allora, l'esigenza di far sì che il terzo, che tale rimane, sottratto alla *vis attractiva* del torto aquiliano, entri nel circuito

Questo peculiare assetto contrattuale ha acquisito oggi una certa rilevanza in uno specifico ambito tematico, ossia quello della responsabilità medica da nascita indesiderata⁹, dove il contratto tra la gestante e il medico può consentire la tutela dei diritti del padre – nonché, in alcuni casi, anche dei fratelli e delle sorelle, nonché del nato stesso¹⁰ –, il quale viene considerato non un soggetto qualunque, indifferenziato, alle cui ragioni apprestare tutela mediante il canale della responsabilità extracontrattuale, ma un soggetto “qualificato”, inglobato cioè nell’area protettiva del contratto e coinvolto nel corredo prescrittivo che ne forma oggetto.

Alla ricostruzione del contratto tra la gestante e il medico in termini di contratto con efficacia protettiva nei confronti dei terzi segue, evidentemente, la qualificazione contrattuale della responsabilità del debitore. Ora, la questione controversa non riguarda tanto la

della responsabilità contrattuale e possa avere accesso alla tutela di cui beneficia il contraente a fronte dell’inadempimento della controparte”.

⁹ Per un ampio inquadramento delle varie ipotesi di danno alla persona a seguito di nascita indesiderata, v. R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno resp.*, 2002, 469 ss.

¹⁰ Il dibattito che ha coinvolto la posizione del nato si è, in realtà, spostato su un altro piano, ossia quello che investe la stessa concepibilità di un diritto soggettivo in capo al concepito e, quindi, la prospettività di un vero e proprio danno. Così, superato l’orientamento tradizionale secondo cui sarebbe stato impossibile riconoscere un diritto soggettivo in capo ad un’“entità” che non esibisce (ancora) alcuna soggettività giuridica, a meno di non voler concepire un diritto “adespota” (cfr. F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 185 ss.), si è, in un primo momento, ritenuto che il nato disabile, tranne nel caso in cui chieda che gli venga risarcito il danno ingiusto causato dagli effetti nocivi di un farmaco prescritto alla madre durante la gestazione, non possa agire per il risarcimento del danno dovuto alla mancata informazione sui rischi di malformazione del feto incidente sulla decisione della madre di interrompere la gravidanza, “stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano)” (v. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1268 ss., con nota di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell’interpretazione*).

Tale impostazione interpretativa è stata ribaltata qualche anno dopo dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto che “chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento. Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità” (v. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Giur. it.*, 2013, 796 ss., con nota di D. CARUSI, “Revirement” in alto mare: il “danno da procreazione” si «propaga» al procreato?).

Invero, come è stato autorevolmente rilevato in dottrina, alla base del suddetto impianto argomentativo, che ha condotto la Cassazione a riconoscere in capo al nato il diritto al risarcimento, vi è una considerazione di buon senso giuridico in apparenza inoppugnabile, posta che “potrebbe sembrare paradossale che gli effetti protettivi del contratto della gestante (ma anche dello schema del rimbalzo) si estendano al padre ed a fratelli e sorelle, che sono pur sempre vittime seconde, e non giungano a coprire il disabile che, alla fine, è la vittima principale della patologia che la nascita lo ha costretto a sopportare per tutta la vita” (cfr. M. BARCELLONA, *Il danno da procreazione indesiderata. Oltre la dogmatica: il notorio, lo schema del rimbalzo e il dilemma di Amleto*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 557).

Al revirement della Cassazione del 2012, è seguito poi l’intervento delle Sezioni unite nel 2015, le quali fanno leva non tanto sulla qualità di soggetto giuridico del concepito, quanto sul danno che il disabile fa valere e sul contenuto del diritto che la relativa azione risarcitoria presuppone. In particolare, si afferma che per negare tutela alla pretesa risarcitoria del disabile, “per cogliere l’essenza di ciò che si indaga, si deve partire dal concetto di danno-conseguenza”, in quanto, diversamente opinando, il danno “riuscirebbe legato alla stessa vita del bambino e l’assenza di danno alla sua morte. [...] Il supposto interesse a non nascere [...] mette in scacco il concetto stesso di danno [...]. L’ordinamento non riconosce [...] il diritto alla non vita” (v. Cass., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 443 ss., con nota di F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*).

richiesta risarcitoria della madre, la quale può certamente agire in via contrattuale nei confronti del medico, la cui condotta negligente l'ha privata della possibilità di autodeterminarsi in ordine ad una delicata scelta procreativa¹¹, quanto invece quella del padre, destinatario, al pari della madre, degli effetti dell'inadempimento e, per questo, ritenuto tutelabile per via contrattuale.

Tale opzione ricostruttiva ha consentito alla giurisprudenza di percorrere una strada diversa da quella volta ad accertare se l'omessa o inesatta informazione, che ha privato la gestante della possibilità di interrompere la gravidanza, abbia comportato una lesione del diritto alla salute anche del padre, evitando di incorrere nella tradizionale obiezione fondata sulla sua mancanza di legittimazione ad interferire nella scelta abortiva.

Tuttavia, in tali ipotesi, il ragionamento seguito dalla giurisprudenza si mostra sempre piegato, in una logica di giustizia sostanziale, alla necessità di aggirare i limiti della responsabilità aquiliana¹² e, in particolare, quello relativo alla prescrizione quinquennale dell'azione. Si adotta, in altri termini, un metodo inverso, cioè non si guarda al fatto per risalire alla regola da applicare, ma si parte dall'obiettivo di tutela che si intende perseguire e si legge il fatto in conseguenza del risultato interpretativo da raggiungere.

Invero, la scelta di adottare lo schema della responsabilità contrattuale, pur funzionale al perseguimento dell'obiettivo consistente nell'individuazione di una qualche forma di protezione per il terzo danneggiato, non appare adeguatamente motivata, nel senso che la giurisprudenza si preoccupa esclusivamente di delimitare l'area di risarcibilità del danno, senza, però, individuare il fondamento giustificativo del coinvolgimento di soggetti estranei al contratto nell'ambito di protezione da esso generato.

¹¹ Della possibilità di configurare una responsabilità del medico nei confronti della madre si è discusso avendo riguardo alla scelta della donna, in caso di inesatta informazione, di interrompere la gravidanza, avvalendosi di ciò che prevedono gli artt. 6 e 7 della legge 22 maggio 1978, n. 194. E, in particolare, si è tentato di stabilire se vi fosse nesso causale tra inadempimento del medico e nascita, se esso servisse anche a connotare la nascita come danno ingiusto e a renderne risarcibili le conseguenze e se, quindi, valesse come criterio di selezione dei soggetti da considerarsi titolari di un diritto al risarcimento del danno.

Nei primi arresti giurisprudenziali, si è affermato che ad essere rimasto frustrato era stato il diritto della donna ad interrompere la gravidanza e, posto che l'interesse tutelato dalle norme che lo prevedono è quello della salute della donna, a poter essere risarcito era solo il danno costituito dalla menomazione che la nascita del figlio poteva aver comportato alla salute della madre. Peraltro, a provocare tale danno avrebbe eventualmente potuto concorrere anche il disagio di non avere a disposizione le risorse economiche per fare fronte alla nascita del figlio (v. Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 1029 ss., con nota di M. GORGONI, *Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva*, e in *Corr. giur.*, 1995, 91 ss., con nota di A. BATÀ, *Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza*). Successivamente, invece, la giurisprudenza ha ritenuto che il danno alla salute della donna avrebbe dovuto delimitare il diritto all'aborto secondo la legge n. 194 del 1978, ma non la responsabilità contrattuale del sanitario. Tale considerazione è stata formulata nell'esaminare il diritto della donna al risarcimento dei danni derivati dalla nascita di un figlio malformato ed è valsa ad escludere che l'interesse tutelato dalle norme sulla interruzione della gravidanza potesse avere la funzione di selezionare i danni risarcibili, restringendoli a quelli relativi alla salute fisica e psichica della donna (v. Cass. 1 dicembre 1998, n. 12195, cit.). E ciò fino a quando la possibilità per la madre di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza ha assunto rilievo non più come criterio di selezione dei danni risarcibili, ma in sede di giudizio sul nesso causale (v. Cass., 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno resp.*, 1999, 766 ss., con nota di M. GORGONI, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partorientente*).

¹² Cfr. M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 136 s., in nota a Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit., secondo la quale l'opzione contrattuale adottata dalla giurisprudenza in queste vicende appare impiegata "in maniera strumentale per giustificare una conclusione per più versi criticabile".

In altre parole, si dovrebbe tentare di individuare, con il supporto di adeguati apparati argomentativi, la *ratio* sottesa al meccanismo in base al quale questo contratto risulti effettivamente in grado di attrarre nella sua orbita protettiva anche soggetti estranei; i criteri in base ai quali sia possibile individuare i terzi qualificati, in quanto titolari di posizioni giuridiche meritevoli di protezione, per differenziarli da quelli non qualificati; e, infine, le ragioni per le quali derivino obblighi di protezione solo dal contratto tra la gestante e il medico e non anche da contratti ad esso assimilabili.

1.1. *L'inquadramento teorico – dogmatico della fattispecie contrattuale nell'ottica del contemperamento tra le esigenze di giustizia sostanziale e il principio di relatività degli effetti contrattuali*

L'esigenza di superare le presunte debolezze del sistema della responsabilità aquiliana adottando la figura del contratto con effetti protettivi per i terzi e attribuendo, per tale via, un trattamento differenziato al padre, danneggiato dalla nascita di un figlio gravemente malato, ha incontrato una serie di resistenze in dottrina¹³, dovute perlopiù alle difficoltà di inquadramento teorico – dogmatico della fattispecie.

Invero, appare certamente del tutto ragionevole ammettere, come suggerito dalla giurisprudenza, che la sussistenza di un rapporto di prossimità con il contraente danneggiato (la madre) consenta al terzo (il padre) di fruire della tutela contrattuale, essendo anch'egli destinatario della prestazione professionale dal cui inadempimento è derivato il danno. In questa prospettiva, la dottrina non ha mancato di rilevare come, sulla base del principio di giustizia sostanziale, la lesione di un diritto da parte di uno dei contraenti nell'attuazione di un rapporto obbligatorio dovrebbe vincolare il danneggiante al risarcimento del danno “alla stregua di un criterio di adeguatezza e di prevedibilità”, quale che sia il soggetto effettivamente danneggiato e, quindi, indipendentemente dal fatto che si tratti di una delle parti o di un terzo¹⁴.

Tuttavia, ad uno sguardo più attento, emerge la necessità di individuare il fondamento giustificativo della propagazione degli effetti contrattuali ad un soggetto estraneo al contratto, in modo da garantirne una piena operatività.

Invero, nel contesto della responsabilità da nascita indesiderata, la configurabilità di un contratto di cura tra la madre e il medico con effetti protettivi nei confronti del padre crea non poche difficoltà di inquadramento teorico, stante l'inevitabile interferenza con il principio di relatività degli effetti contrattuali nonché con quello della prevedibilità dei danni risarcibili¹⁵, tranne che si assuma, come pare trapelare da alcuni arresti giurisprudenziali, che il padre, in quanto terzo qualificato, sia destinatario non tanto degli effetti protettivi del contratto quanto della prestazione principale. Se così fosse, infatti, si dovrebbe accedere all'idea secondo cui ricorrerebbe un contratto con parte creditrice soggettivamente com-

¹³ Tale soluzione è fortemente criticata da M. BARCELLONA, *Il danno da procreazione indesiderata. Oltre la dogmatica: il notorio, lo schema del rimbalzo e il dilemma di Amleto*, cit., 545, secondo il quale l'adozione della categoria del contratto con effetti di protezione del terzo potrebbe sembrare “solo un mero, e inappropriato, espediente”.

¹⁴ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 126 s.

¹⁵ M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 50.

plexa o, addirittura, un contratto a favore di terzo¹⁶, con la conseguenza che nella prima ipotesi il padre non sarebbe un soggetto estraneo al contratto, ma parte dello stesso; nella seconda, invece, diventerebbe beneficiario della prestazione principale e non (solo) mero destinatario di un'obbligazione secondaria di protezione.

Ora, laddove si acceda all'idea secondo cui il padre è parte del contratto di cura, si dovrebbe ritenere che da esso sorgano non un'obbligazione di prestazione (principale) ed una di protezione (accessoria), bensì una pluralità di obbligazioni di prestazione, che si rivolgono in maniera qualitativamente differenziata ai creditori. Così, nel caso di specie, nascerebbero, da un lato, un diritto ad una prestazione di cura in senso stretto esclusivamente in capo alla madre e, dall'altro, un diritto ad una prestazione di consulenza o di informazione in capo ad entrambi i genitori. Nell'ambito di questa prospettiva, il padre avrebbe, quindi, un interesse positivo all'adempimento della prestazione.

Tuttavia, a ben guardare, risulta veramente arduo sostenere che la posizione del padre sia assimilabile a quella della madre e che, quindi, il primo, al pari della seconda, possa essere considerato alla stregua di una parte del contratto di prestazione professionale con il sanitario; non può dubitarsi, infatti, del fatto che l'unica contraente sia la madre, la quale resta peraltro la titolare esclusiva del diritto di interrompere la gravidanza, essendo l'unica a poter disporre del proprio corpo e a poter assumere decisioni che attengono alla sua salute.

Quanto, invece, alla seconda impostazione, la via del contratto a favore di terzo potrebbe astrattamente apparire percorribile in tutte le sue potenzialità, "così da interrogare il contratto, anche in chiave integrativa, circa gli interessi la cui tutela deve ritenersi in esso ricompresa"¹⁷.

Tuttavia, affinché tale impostazione risulti ammissibile si dovrebbe ritenere che ricorra uno schema di tutela più debole rispetto a quello tradizionale e che il padre non possa, quindi, pretendere l'adempimento della prestazione principale, ma possa avvalersi solo della tutela di risarcimento, facendo valere un interesse negativo a non subire danni derivanti dall'inadempimento.

Ora, se il terzo non può essere considerato parte del contratto tra la madre e il medico né può intendersi titolare di un interesse positivo all'adempimento dell'obbligo di prestazione, l'opzione ricostruttiva che appare preferibile, posta una lettura certamente meno

¹⁶ In questo senso, v. M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., 140.

¹⁷ Sul punto v. A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 22 s., il quale, considerato che nelle codificazioni europee esiste il contratto a favore di terzo ma non anche quello con effetti protettivi per il terzo, si chiede quali siano, a livello europeo, le strade percorribili per ammettere un'eventuale estensione degli effetti contrattuali anche a soggetti terzi.

Da questo angolo visuale è bene, peraltro, tenere presente, ai fini dell'individuazione del fondamento giustificativo dell'estensione degli effetti contrattuali, che l'opzione del contratto a favore di terzo resta, quanto meno nell'ambito del nostro ordinamento, strettamente dipendente dalla volontà delle parti, nel senso che esse devono aver stipulato il contratto designando il padre come soggetto beneficiario dei suoi effetti. In tal caso, è evidente che non sia di alcuna utilità il richiamo all'esistenza di un ulteriore obbligo di protezione del terzo, ma che sia, invece, necessario, piuttosto che proteggere la sua posizione, valutare la rilevanza del suo interesse.

E ciò tranne a voler ritenere applicabile una regola analoga a quella prevista nell'ambito dell'ordinamento tedesco, secondo la quale il beneficio del terzo può anche desumersi in base allo scopo e alle circostanze del contratto (§328 BGB). Peraltro, anche l'art. 6:110 dei Principi di diritto europeo dei contratti (PECL) prevede espressamente che il diritto del terzo di avvalersi del contratto possa derivare non solo dalla volontà delle parti ma anche dalla natura o dall'oggetto del contratto nonché dalle circostanze del caso.

rigorosa del principio di relatività degli effetti contrattuali, sembra essere quella che ricorra un interesse di protezione, da intendersi quale riflesso della protezione che ogni contraente deve all'altro¹⁸. Se così è, riveste particolare importanza, in un'ottica di completamento del corredo prescrittivo del regolamento, scandagliare il contesto contrattuale in cui, per ragioni di prossimità, si trovano ad operare anche soggetti terzi.

È, pertanto, evidente che il problema non sia ancora stato colto e affrontato in chiave ermeneutica – ricostruttiva, ossia in una dimensione complessa che consenta di valorizzare i parametri oggettivi che connotano la situazione di fatto che fa da sfondo al contratto e di stabilire, così, in quale direzione possa operare la buona fede integrativa.

Ne deriva, dunque, la necessità di valutare, con estrema accortezza, in presenza di quali presupposti e attraverso quali modalità sia consentito un ampliamento dell'ambito applicativo soggettivo del contratto, tale da estenderne la tutela anche a un terzo, formalmente estraneo all'assetto regolamentare ma "portatore di un'esigenza di tutela più intensa di quella propria della generalità dei terzi e dunque ipotizzabile come contrattualmente rilevante"¹⁹.

2. La ricerca dei fattori in presenza dei quali si giustifica l'estensione soggettiva dell'efficacia del contratto, quale operazione funzionale alla differenziazione dei soggetti terzi titolari di interessi meritevoli di tutela

Nell'ambito della responsabilità medica da nascita indesiderata ricorrono svariate ipotesi nelle quali si è fatta applicazione della figura del contratto con effetti protettivi per i terzi.

Nella casistica giurisprudenziale, oltre ai casi di nascita non evitata, a causa dell'inefficacia dell'interruzione di gravidanza praticata²⁰, e non programmata, ovvero dovuta al fallimento di un intervento di sterilizzazione maschile²¹ o femminile²², quello certamen-

¹⁸ A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, cit., 23.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 154.

²⁰ Si tratta dei casi nei quali il sanitario, che si è occupato di eseguire l'intervento di interruzione di gravidanza, non ha informato la gestante della necessità di procedere ad un esame istologico, al fine di acquisire la certezza dell'avvenuta cessazione della gestazione. V. Trib. Arezzo, 15 febbraio 2023, n. 150, in *dejure.it*; App. Torino, 8 maggio 2020, n. 489, in *dejure.it*; Cass., 29 gennaio 2018, n. 2070, in *dejure.it*; App. Cagliari, 12 dicembre 1998, in *Danno resp.*, 1999, 1031 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*; Trib. Cagliari, 23 febbraio 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1995, 599 ss., con nota di M. GORGONI, *Sul danno in caso di non riuscito intervento di interruzione della gravidanza: un'anarchica decisione di merito*; Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, cit.; App. Bologna, 19 dicembre 1991, in *Dir. fam.*, 1993, 1081 ss., con nota di L. CEI, *La tutela della salute ed il padre del concepito*, il quale critica la decisione della Corte bolognese di non riconoscere alcuna forma di tutela al padre, destinato, invece, a subire un sicuro pregiudizio alla propria salute, intesa come benessere psico – fisico, a seguito della nascita di un figlio causata dall'insuccesso di un intervento interruttivo della gravidanza, a prescindere dal fatto che non gli spettasse alcun diritto di condizionare la scelta della madre; App. Venezia, 23 luglio 1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, 1320 ss., con commento di M. ZANCHETTI, *Il «danno ingiusto» conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari*.

²¹ In tali casi il medico non ha reso edotto il paziente in modo completo in merito ai comportamenti da tenere nella fase immediatamente successiva all'esecuzione dell'intervento di sterilizzazione per non incorrere in una gravidanza, comunque sempre possibile. V. Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1144 ss., con nota di M. GORGONI, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio*, e in *Danno resp.*, 1999, 82 ss., con nota di M. BONA, *Filiazione indesiderata e risarcimento del «danno da bambino non voluto»*.

te più frequente attiene alla nascita di bambini affetti da malformazioni genetiche non diagnosticate o comunque di cui i genitori non siano stati informati²³. In particolare, in quest'ultima categoria sono inquadrabili le vicende in cui la mancata conoscenza delle malformazioni fetali abbia privato la partoriente del diritto di ricorrere all'interruzione della gravidanza, mettendo la coppia di genitori di fronte al trauma della nascita di un bambino gravemente malato, senza la preparazione psicologica che una tempestiva conoscenza della malattia avrebbe reso possibile²⁴.

Ora, al di là delle peculiarità delle varie ipotesi prese in esame dalla giurisprudenza, in ciascuna di esse è dato rilevare la presenza di una serie di fattori che connotano questa specifica fattispecie di responsabilità nei confronti del padre e che ne giustificano soprattutto la qualificazione in termini contrattuali.

Il primo fattore è chiaramente l'inadempimento del medico, al quale si imputa una violazione dell'obbligo di informazione, per non aver reso edotta la gestante in merito alle possibili malattie da cui, con maggiore o minore probabilità, avrebbe potuto essere affetto il feto²⁵ o per non aver comunicato la riscontrata sussistenza di malformazioni fetali²⁶. Come

²² V. Trib. Venezia, 10 settembre 2002, cit.

²³ In giurisprudenza, v. Cass., 18 giugno 2024, n. 16967, in *dejure.it*; Cass., 27 giugno 2023, n. 18327, in *dejure.it*; Cass., 25 gennaio 2022, n. 2150, in *dejure.it*; Cass., 16 marzo 2021, n. 7385, in *dejure.it*; Cass., 15 gennaio 2021, n. 653, in *dejure.it*; Cass., 6 luglio 2020, n. 13881, in *dejure.it*; Cass., 25 giugno 2019, n. 16892, in *dejure.it*; Trib. Lucca, 3 ottobre 2018, n. 1428, in *dejure.it*; Cass., 23 febbraio 2015, n. 3569, in *dejure.it*; Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, in *dejure.it*; Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *dejure.it*; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.; Cass., 10 novembre 2010, n. 13, in *dejure.it*; Trib. Lucca, 19 febbraio 2007, in *dejure.it*; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *dejure.it*; Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2005, in *dejure.it*; App. Milano, 14 giugno 2005, in *dejure.it*; App. Perugia, 15 dicembre 2004, in *dejure.it*; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *dejure.it*; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *dejure.it*; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *dejure.it*; Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; Cass., 24 marzo 1999, n. 2793, cit.; Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit.; Trib. Bergamo, 2 novembre 1995, in *Danno resp.*, 1996, 249 ss., con nota di C. PALUMBO, *Errore diagnostico e mancata interruzione della gravidanza*; Trib. Roma, 13 dicembre 1994, in *Dir. fam.*, 1995, 1474 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *"Diritto a non nascere" e responsabilità civile*. In dottrina, tra gli altri, v. A. FERRARIO, *Il danno da nascita indesiderata*, Milano, 2011; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, cit., 630 ss.; G. FERRANDO, *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in A. D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999, 209 ss.

²⁴ In questo senso, v. Cass., 18 giugno 2024, n. 16967, cit., in cui si afferma che, in caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto, il danno conseguente all'impossibilità di prepararsi psicologicamente al parto (ad es., mediante la tempestiva organizzazione della vita in modo compatibile con le future esigenze di cura del figlio ovvero il ricorso a una psicoterapia) integri un pregiudizio diverso da quello correlato alla mancata interruzione della gravidanza, stante l'autonoma rilevanza dell'informazione allo scopo di evitare o mitigare la sofferenza indotta da tale evento, indipendentemente dall'eventuale scelta abortiva della donna.

²⁵ Si pensi al caso in cui il ginecologo, al quale la gestante si era rivolta per effettuare accertamenti sull'andamento della gravidanza e sulle condizioni del feto, abbia omissso di prescrivere l'amniocentesi, ossia un esame che avrebbe evidenziato eventuali malformazioni, e il nato sia poi risultato affetto da un'alterazione cromosomica. In tale ipotesi, si è ritenuto che la mera circostanza che la gestante, successivamente, abbia rifiutato di sottoporvisi non elida l'efficacia causale dell'inadempimento del medico quanto alla perdita di *chance* di conoscere le condizioni di salute del feto sin dal momento in cui si è verificato l'inadempimento (v. Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, in *dejure.it*).

²⁶ Si tenga, peraltro, presente che tale responsabilità omissiva può rilevare non solo nei confronti del ginecologo ma anche del genetista e del laboratorio di analisi. Invero, quanto alla figura del ginecologo, si è affermato che, laddove, tramite un esame specialistico, riscontri la sussistenza di un'alterazione cromosomica o di altra anomalia del feto, non possa limitarsi a comunicarlo alla paziente, indirizzandola semplicemente al laboratorio di analisi per ulteriori approfondimenti, in quanto gli obblighi di informazione a suo carico devono estendersi a tutti gli elementi idonei a consentire alla madre una scelta informata e consapevole, sia nel senso

condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza, l'inesatta esecuzione della prestazione, che ha privato la gestante della possibilità di interrompere la gravidanza anche oltre il novantesimo giorno, è destinata a riverberarsi inevitabilmente anche nella sfera giuridica del padre nonché in quella dei fratelli e delle sorelle del nato²⁷.

Il secondo fattore è il danno, patrimoniale e non patrimoniale, connesso alla nascita non prevista di un bambino gravemente malato.

Così, al padre, in quanto rientrante tra i soggetti protetti dal contratto, si riconosce, in ragione di tutti quei diritti e doveri che nel nostro ordinamento sono alla base del rapporto di coniugio e di filiazione, il diritto al risarcimento dei pregiudizi, anche di natura esistenziale e relazionale, patiti in ragione dell'inesatta esecuzione della prestazione professionale²⁸.

Quanto agli altri fattori richiesti ai fini della configurazione di tale fattispecie, la giurisprudenza, nell'ottica di circoscrivere, sulla scorta di criteri oggettivi, l'area dell'efficacia protettiva del contratto tra la gestante e il medico, adotta l'insegnamento tradizionale, mutuato dall'impostazione interpretativa di matrice tedesca, secondo cui sarebbe decisiva la sussistenza di un rapporto di prossimità che lega il terzo ad uno dei contraenti²⁹.

Tale vicinanza, certamente riscontrabile nel rapporto familiare, fa da sponda alla necessaria presenza di un ulteriore fattore, che attiene alla sovrapposibilità dell'interesse della madre (contraente) e del padre (terzo).

Si afferma, dunque, che l'estensione soggettiva dell'efficacia del contratto possa ammettersi esclusivamente nell'ambito dei rapporti contrattuali aventi ad oggetto prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, in quanto solo in questo caso vi sarebbe identità tra l'interesse del contraente e quello del terzo³⁰ o, in considerazione del carattere relazionale della responsabilità contrattuale, solo in questo caso il terzo potrebbe dirsi portatore di un interesse strettamente connesso a quello "regolato già sul piano della programmazione negoziale"³¹.

Tale prospettazione, diretta a circoscrivere il perimetro del contratto con efficacia protettiva dei terzi ai soli rapporti contrattuali intercorsi tra la gestante e il medico che ne segue la gestazione³², presta il fianco, tuttavia, ad una serie di critiche.

dell'interruzione della gravidanza sia della sua prosecuzione, comprese le eventuali problematiche connesse alla nascita di un figlio malformato. Quanto, poi, al laboratorio di analisi e al genetista, si è precisato che l'adempimento dell'obbligo informativo su di loro gravante non si esaurisca nella verifica della sussistenza dell'anomalia, reindirizzando la paziente al ginecologo di fiducia. Così, entrambi, su specifica richiesta della gestante, devono soddisfare le sue richieste di informazione, anche in relazione alla più probabili conseguenze delle riscontrate anomalie (v. Cass., 28 febbraio 2017, n. 5004, in *dejure.it*).

²⁷ In questo senso v. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

²⁸ V., tra le altre, App. Perugia, 24 maggio 2000, cit., in cui è stato riconosciuto il diritto al risarcimento di più tipi di danno. In particolare, con riferimento al danno di natura patrimoniale, si è distinto un danno emergente, per le spese mediche già sopportate e che avrebbero dovuto essere sopportate in futuro, nonché per le necessità di costante cura del minore invalido, e un lucro cessante, perché la necessità di accudire il figlio invalido si era tradotta in una limitazione del tempo da dedicare all'attività professionale e alla vita di relazione e, quindi, in una diminuzione di reddito. Si sono, poi, ritenuti risarcibili ulteriori danni, che attengono agli effetti non patrimoniali della diminuita vita di relazione e al trauma subito per essersi i genitori trovati senza alcuna preparazione psicologica di fronte alla realtà di un figlio disabile.

²⁹ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 126.

³⁰ Cass., 15 settembre 2020, n. 19188, in *dejure.it*.

³¹ Cass., 8 luglio 2020, n. 14258, in *dejure.it*.

³² V. Cass., 15 settembre 2020, n. 19188, cit.; Cass., 8 luglio 2020, n. 14258, cit.; Cass., 8 maggio 2012, n. 6914, in *dejure.it*; Cass., 20 marzo 2015, n. 5590, in *dejure.it*.

La prima è una critica di metodo, ossia un rilievo rivolto alla tecnica utilizzata dalla giurisprudenza per pervenire al risultato interpretativo prefissato. Invero, in mancanza di adeguati appigli argomentativi, l'impiego, in questo specifico ambito tematico, della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, con la conseguente qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico nei confronti del padre per una nascita non desiderata, potrebbe apparire una soluzione forzata³³.

Altro profilo di criticità della suddetta impostazione interpretativa riguarderebbe l'interferenza con il principio della relatività degli effetti contrattuali³⁴ e ciò, nonostante gli sforzi argomentativi della giurisprudenza di assumere la responsabilità da nascita indesiderata quale sottosistema della responsabilità sanitaria, cosicché la connotazione in termini di eccezionalità ne agevoli la distinzione da quella da perdita di un congiunto³⁵. In quest'ottica, si afferma che, essendo il principio della relatività degli effetti contrattuali un principio cardine dell'ordinamento³⁶, esso non possa essere "travolto dal volenteroso proposito di coprire il pregiudizio del padre del disabile, specie quando alla sua tutela può soccorrere in egual modo la responsabilità aquiliana"³⁷.

Infine, si rileva come sia destinato a vacillare anche il più importante argomento a sostegno della tesi dell'ammissibilità dell'estensione dell'efficacia protettiva del contratto solo in questo ambito tematico, ossia quello relativo alla sovrapposibilità dell'interesse del padre a quello della madre. Da questo angolo visuale, si tratterebbe solo del frutto di una forzatura argomentativa, sprezzante del dato legislativo di cui all'art. 5 della legge n. 194/1978, che prevede un coinvolgimento solo eventuale del padre nell'assunzione della decisione di interruzione della gravidanza, in quanto possibile esclusivamente con il consenso della madre. Da tale profilo di disciplina rileverebbe, quindi, la volontà del legislatore di non assumere come equiordinati gli interessi della madre e del padre, anzi di volerli proprio porre su due piani distinti³⁸.

Alla luce dei suddetti rilievi, potrebbe sembrare che la sussistenza di questi fattori, che, secondo la giurisprudenza prevalente, devono ricorrere affinché il rapporto contrattuale che si instaura tra la madre e il medico sia ritenuto in grado di produrre efficacia *ultra partes*, non sia condizione adeguata e comunque dirimente per ammettere un trattamento differenziato del terzo nei casi di nascita indesiderata.

³³ V. M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., 139, la quale rileva, constatando la carenza di adeguati supporti argomentativi delle decisioni commentate, come i giudici italiani siano rimasti completamente estranei al "travaglio concettuale" che ha afflitto la giurisprudenza tedesca, nel tentativo di individuare con chiarezza gli elementi costitutivi della fattispecie del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi e di delimitarne l'ambito applicativo.

³⁴ V. M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, cit., 140.

³⁵ Cass., 8 luglio 2020, n. 14258, cit.

³⁶ V. I. MASPEL, *Il contratto e i suoi effetti nei confronti dei terzi*, Milano, 2023, 67 s., la quale rileva come il principio di relatività abbia oggi una portata assai più limitata rispetto al passato.

³⁷ M. BARCELLONA, *Il danno da procreazione indesiderata. Oltre la dogmatica: il notorio, lo schema del rimbalzo e il dilemma di Amleto*, cit., 547 s.

³⁸ M. BARCELLONA, *Il danno da procreazione indesiderata. Oltre la dogmatica: il notorio, lo schema del rimbalzo e il dilemma di Amleto*, cit., 548 ss.

3. *L'individuazione della dimensione contestuale del contratto e la valorizzazione dei parametri oggettivi utili ai fini della delimitazione, per il tramite della buona fede integrativa, dell'ambito protettivo del regolamento contrattuale*

In una prospettiva complessa, che tenga conto della dimensione contestuale del contratto considerato, la soluzione adottata dalla giurisprudenza pare del tutto plausibile, ma non sulla scorta del metodo utilizzato né delle esigue e parziali argomentazioni addotte a suo sostegno, bensì in virtù di un percorso ermeneutico – ricostruttivo, grazie al quale è possibile individuare effettivamente il fondamento giustificativo dell'estensione soggettiva dell'efficacia contrattuale al terzo qualificato.

Si intende, in altri termini, guardare alla situazione complessiva³⁹ in cui è contestualizzato il contratto stipulato tra la gestante e il medico, in modo che l'attività interpretativa, funzionale a sviluppare la volontà effettiva delle parti, e l'intervento integrativo, diretto ad ampliare il corredo prescrittivo del regolamento contrattuale, agiscano sinergicamente, quali fasi atte a definire con sufficiente approssimazione tutti gli interessi meritevoli di tutela, anche facenti capo a soggetti terzi⁴⁰.

Tale indagine presuppone l'utilizzo della clausola di buona fede, assunta, oltre che come canone ermeneutico *ex art.* 1366 c.c., anche quale fonte di integrazione contrattuale *ex art.* 1375 c.c.

Invero, nel nostro ordinamento, l'orientamento prevalente tende, ormai, ad attribuire alla buona fede anche una funzione integrativa⁴¹ e a consentirne l'operatività sia che si tratti di colmare le lacune del contratto, intese quali vuoti della pattuizione⁴², sia che si ponga la necessità di ampliare il contenuto prescrittivo di un regolamento in sé già compiuto⁴³, se del

³⁹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 480.

⁴⁰ Con riferimento all'unitarietà del procedimento di interpretazione e di integrazione del contratto, v. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Milano, 2018, 364 ss.

⁴¹ A fronte di un orientamento ormai pacifico in giurisprudenza, la questione resta ancora dibattuta in dottrina. Tra coloro i quali considerano la buona fede un'ulteriore fonte di integrazione del contratto, seppur con diverse argomentazioni, v., tra gli altri, F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 711; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 175 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 465; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, Artt. 1374-1381, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2013, 77; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 413; A. D'ANGELO, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 10 ss.; G. M. UDA, *La buona fede Nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 128.

⁴² Secondo l'opinione tradizionale, la lacuna del contratto costituiva il presupposto per l'applicazione dell'art. 1374 c.c., allo stesso modo in cui la lacuna della legge consente all'interprete di ricorrere all'analogia (cfr. G. STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, Padova, 1947, 56 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, 87).

⁴³ In dottrina, è stato autorevolmente criticato il legame tra la necessaria sussistenza di un profilo di incompletezza del contratto, tradizionalmente intesa, e l'operatività dello strumento integrativo, ritenendo che la presenza di lacune nel regolamento non fosse in grado di esaurire tutte le ipotesi nelle quali avrebbe potuto dirsi applicabile la normativa sull'integrazione (cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 93 s.). In questa logica, è possibile, accedendo, superando l'orientamento tradizionale, ad un concetto di lacuna più ampio, che non si riferisca più solo ai vuoti della determinazione negoziale, che ne compromettono la funzionalità, ma che legittimi l'intervento integrativo anche in presenza di pattuizioni contrattuali in sé compiute, nell'ottica

caso estendendone l'efficacia *ultra partes*. In quest'ultimo senso, la più significativa, tra le molteplici direzioni attraverso le quali può articolarsi l'intervento integrativo fondato sulla buona fede, è rappresentata proprio dall'individuazione degli obblighi di protezione⁴⁴, di cui la giurisprudenza ha elaborato un'ampia casistica sulla scorta del combinato disposto degli artt. 1374 c.c., 1375 c.c. e 2 Cost.

L'elaborazione della categoria degli obblighi di protezione si fonda, com'è noto, sull'idea, sviluppata nell'ambito dell'ordinamento tedesco, dell'obbligazione intesa come un rapporto a struttura complessa, in cui al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione principale si affianca una serie di obblighi collaterali o accessori⁴⁵, di cui possono beneficiare non solo le parti ma anche, in presenza di determinate circostanze, i soggetti terzi⁴⁶.

Ora, a ben guardare, lo schema dell'obbligazione a struttura complessa pare adattarsi perfettamente al rapporto obbligatorio che forma oggetto del contratto d'opera professionale tra la gestante e il medico. È, infatti, evidente come, in virtù del vincolo contrattuale, sorgano, in capo al medico, sia un obbligo di prestazione principale, di cui la gestante è certamente l'unica destinataria trattandosi di una vicenda esistenziale che attiene alla sua realtà corporea, sia obblighi ulteriori, il cui inadempimento è destinato a pregiudicare anche il padre.

E ciò lo si trae chiaramente dalla dimensione contestuale in cui i contraenti operano, mediante un intervento ermeneutico – ricostruttivo, funzionale a colmare una lacuna ampiamente intesa, agendo cioè su un regolamento in sé compiuto per ampliarne il corredo prescrittivo⁴⁷.

In questa logica, è necessario, in primo luogo, sviluppare l'intenzione inespressa dei contraenti, ossia del medico e della gestante, in ordine agli effetti che, nel loro intendimento, sarebbero dovuti derivare dal contratto che hanno stipulato. Si tratta, dunque, di rendere palese, attraverso un'interpretazione integrativa del regolamento contrattuale e, quindi, sulla scorta della buona fede, ciò che, nonostante sia rimasto implicito, deve considerarsi rientrante nel contenuto di tale contratto.

Da questa prospettiva, alla luce delle circostanze peculiari che connotano specificamente la dimensione relazionale *intuitu personae* che si instaura tra i genitori e il medico, in virtù di un rapporto fondato sulla fiducia, emerge come, posta l'esistenza di un progetto genitoriale condiviso, entrambe le parti – quindi, sia la madre sia il medico – abbiano certamente tenuto presente che gli effetti del contratto fossero destinati ad incidere anche sulla sfera giuridica del padre.

di arricchirne il corredo effettuale, in una logica attenta alle esigenze sociali che l'ordinamento si prefigge di realizzare.

⁴⁴ L'origine dogmatica della figura nota come obblighi di protezione viene fatta risalire alla categoria delle *unentwickelte Schutzansprüche*, sviluppata da Stoll, il quale adottò un modello simile a quello di cui si servì Jhering per coniare la figura della responsabilità precontrattuale. Cfr. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, 257 ss., consultabile su www.digizeitschriften.de.

Tuttavia, come attenta dottrina non manca di precisare, la figura degli obblighi di protezione era stata precedentemente elaborata da H. Kress. Sul punto, anche per i puntuali riferimenti bibliografici, v. M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, cit., 39, spec. *sub* nota 3.

⁴⁵ V. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 270.

⁴⁶ Tale prospettiva è, tuttavia, criticata da chi disconosce alla buona fede la capacità di generare un rapporto obbligatorio ulteriore, superando il principio di relatività degli effetti del contratto (cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 173 s.).

⁴⁷ Sul punto v. A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, I. *Contratto*, cit., 612 s.

Al medesimo risultato si perviene operando un intervento più propriamente integrativo, fondato sulla valorizzazione, per il tramite della buona fede, dei parametri oggettivi che connotano il contratto sul piano del fatto, quali la natura, l'oggetto e lo scopo.

In primo luogo, l'individuazione della natura del contratto ostetrico – ginecologico giova a mettere a fuoco, sulla scorta di una valutazione di normalità sociale fondata sulla clausola di buona fede, tutti gli effetti, anche quelli *ultra partes*, ad esso riconducibili. Così, guardando a tale parametro, si intende come da questo particolare schema contrattuale, caratterizzato generalmente dalla presenza, sul piano strutturale, non di due bensì di tre soggetti, derivino non solo gli effetti in esso espressamente pattuiti, ma anche una serie di conseguenze che coinvolgono direttamente il padre, la cui posizione, posta la sovrapponibilità dei loro interessi, non è scindibile da quella della madre.

Pertanto, considerando la natura di questo specifico contratto, contestualizzato nel sistema dei diritti e dei doveri che nel nostro ordinamento scaturiscono dalla procreazione – quali sono quelli relativi ai rapporti tra i coniugi nonché agli obblighi dei genitori verso i figli, desumibili dalla Costituzione e dal codice civile⁴⁸ –, appare inevitabile procedere ad un ampliamento del suo contenuto prescrittivo, ma non attraverso la riconduzione al tipo e, quindi, tramite un percorso integrativo di matrice legale, bensì mediante l'identificazione delle obbligazioni che “normalmente” si intendono ad esso connaturate.

In questa prospettiva, al fine di inquadrare con sufficiente approssimazione la portata dell'oggetto del contratto ostetrico – ginecologico, si può rilevare che la richiesta rivolta al medico di eseguire tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto, anche se formulata da uno dei genitori, deve generalmente intendersi riferita a entrambi, proprio perché si inserisce nell'ambito di un progetto di procreazione e genitorialità condiviso.

In tutte le ipotesi considerate dalla giurisprudenza, emerge, peraltro, come sia la madre sia il padre abbiano richiesto l'espletamento non di un accertamento generico, che il medico era chiamato a compiere sulla base di un'incondizionata discrezionalità, bensì di un accertamento funzionale *in primis* alla diagnosi di malformazioni e *in secundis*, in caso di esito positivo di questa, all'esercizio del diritto di interrompere la gravidanza.

Il medico si obbliga, dunque, da un lato, nei confronti della madre, a prestarle le cure e le attività indispensabili ai fini di una corretta gestazione e, dall'altro, nei confronti di entrambi i genitori, ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto, in modo da garantirne la nascita ed evitargli, nei limiti consentiti dalla scienza, qualsiasi possibile danno nonché a rendere edotta la coppia dei rischi connessi alla eventuale presenza di malformazioni o anomalie ed, infine, a svolgere, se richiesto, tali indagini e a comunicarne l'esito. E ciò, non solo per consentire alla madre, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, di autodeterminarsi in ordine alla scelta di interrompere la gravidanza, ma anche per permettere a entrambi i futuri genitori di prepararsi psicologicamente alla nascita di un bambino gravemente malato (ad es., mediante la tempestiva organizzazione della vita in modo compatibile con le future esigenze di cura del figlio ovvero il ricorso a una psicoterapia)⁴⁹.

Quanto, poi, allo scopo del contratto, constatare come la nascita di un bambino sano, in certi casi anche rappresentata espressamente al medico, sia percepita da alcune coppie come condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza non è circostanza di

⁴⁸ In questo senso v. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.

⁴⁹ In tale prospettiva si pone la recente Cass., 18 giugno 2024, n. 16967, cit.

poco conto, soprattutto laddove la richiesta di accertamenti in ordine alla presenza di eventuali anomalie o malformazioni sia giustificata dal fatto che entrambi i genitori sono affetti da una data malattia, che, se trasmessa geneticamente al feto, potrebbe creare gravi rischi per la sua salute⁵⁰.

Ora, nel contesto di questo contratto di prestazione professionale, si deve ritenere che l'interesse all'adempimento delle obbligazioni ulteriori, pur strumentali rispetto all'interesse all'adempimento della prestazione principale, non ricada nei motivi irrilevanti. Invero, l'interesse che sta alla base dell'obbligazione accessoria non attiene alla soddisfazione di un contingente ed occasionale bisogno soggettivo della gestante, ma è connesso ad un'esigenza nota ai contraenti, assurgendo, dunque, a motivo comune, certamente rilevante sul piano della causa del contratto.

Così, si può postulare, in adesione all'orientamento adottato da parte della giurisprudenza, l'efficacia protettiva nei confronti del padre del contratto di procreazione tra la madre e il medico, tutte le volte in cui sia dato riscontrare che il suo interesse risulti strettamente connesso a quello "regolato già sul piano della programmazione negoziale"⁵¹.

Alla luce della ricostruzione della dimensione contestuale di questa particolare tipologia di contratto, si intende la differenza esistente tra la posizione del padre e quella dei fratelli e delle sorelle del nato non desiderato.

Invero, sulla base del suddetto *iter* argomentativo, si può ben ritenere che, mentre i danni patrimoniali e non patrimoniali patiti dal padre sono da considerare conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento della prestazione che forma oggetto del contratto, quelli degli altri appartenenti al nucleo familiare, nonostante i tentativi della giurisprudenza di assumere la madre quale soggetto esponenziale anche dei loro interessi, appaiono più facilmente inquadrabili alla stregua di danni riflessi. In questo caso, infatti, nonostante sia certamente vero che i fratelli e le sorelle risultino pregiudicati dall'inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti nonché dalla diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale caratterizzato da serenità e distensione⁵², il loro pregiudizio sembra potersi leggere più opportunamente mediante lo schema del rimbalzo e, quindi, ritenersi risarcibile per via extracontrattuale, assimilandolo a quello subito dai parenti di una vittima primaria in caso di perdita del familiare⁵³.

⁵⁰ V. Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., in cui si discuteva della responsabilità del sanitario che aveva trascurato di eseguire gli opportuni accertamenti sul feto, pur essendo a conoscenza del fatto che entrambi i genitori erano affetti da talassemia.

⁵¹ V. Cass., 8 luglio 2020, n. 14258, cit.; Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, in *dejure.it*.

⁵² In questo senso, v. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

⁵³ V. M. BARCELLONA, *Il danno da procreazione indesiderata. Oltre la dogmatica: il notorio, lo schema del rimbalzo e il dilemma di Amleto*, cit., 554 s., secondo il quale, in primo luogo, non sembra convincente l'"ipotesi matriarcale", in cui la madre è assunta come soggetto esponenziale degli interessi di tutti gli appartenenti al nucleo familiare, che giustificerebbe l'inquadramento anche dei loro pregiudizi in termini di danno contrattuale; inoltre, si avanzano rilievi anche rispetto alla configurazione di tali danni in ambito aquiliano. In particolare, nonostante appaia innegabile che la nascita di un bambino disabile comporti un grave disagio per l'intero nucleo familiare, si rileva che "perché un tale disagio oltrepassi il campo che il diritto lascia all'affettività (e alle sue vicissitudini) e prenda le sembianze del danno giuridico, è necessario [...] che sia apprezzabile nei termini della "perdita di un fare gratificante impedito dall'adempimento di un dovere morale o sociale" tale da provocare un "radicale cambiamento dello stile di vita". Sembra difficile, però, immaginare un (adempimento del) dovere morale o sociale di assistenza al fratello disabile che sia tale da provocare un tale cambiamento della loro vita ove si dà già un dovere giuridico dei genitori di provvedervi: la cura della madre e del padre toglie lo spazio per una cura dei fratelli che giunga a stravolgerne lo stile di vita". Al più, in questa prospettiva, tale disagio potrebbe ac-

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi, rientranti sempre nell'alveo della responsabilità medica, di danno parentale da perdita del congiunto nel caso di scomparsa del paziente ricoverato presso una struttura sanitaria⁵⁴. Invero, anche nell'ambito del contratto atipico di ospedalità o di assistenza, pur potendosi riscontrare una sovrapposibilità tra l'interesse del paziente e quella dei suoi prossimi congiunti, non è dato rilevare, attraverso un procedimento ricostruttivo multilivello, le medesime caratteristiche contestuali che connotano il contratto ostetrico – ginecologico e che giustificano l'estensione soggettiva dei suoi effetti al padre. Posta tale diversità, si deve, quindi, ritenere che l'inadempimento dell'obbligo di sorveglianza e controllo da parte della struttura sanitaria possa rilevare nei confronti di soggetti terzi che si trovano in una posizione di prossimità con il paziente, ma solo come illecito aquiliano per il risarcimento di danni mediati o riflessi⁵⁵.

Pertanto, la soluzione interpretativa più convincente pare quella secondo cui, pur riconoscendo tutela all'interesse dei fratelli e delle sorelle del nato non desiderato, esattamente come a quello dei congiunti nelle vicende di danno parentale, essi siano legittimati ad esperire non un'azione contrattuale, che spetta unicamente alla madre nonché al padre protetto dal contratto, ma extracontrattuale, tranne nel caso in cui agiscano *iure hereditario*, cioè, facendo valere pretese risarcitorie già consolidate nella sfera giuridica dei genitori, quali crediti derivanti dall'inadempimento contrattuale, e da questi trasmesse *mortis causa* agli eredi.

ABSTRACT: *Contract with Protective Effects for Third Parties and Damages from Unwanted Birth*

The Author addresses the issue of the extension of the protective effects of the contract to subjective positions pertaining to third parties, specifically about medical liability resulting from unwanted birth. In this context, the contract between the pregnant woman and the doctor allows for the protection of the father's rights. The father is considered not just any undifferentiated party whose rights must be protected through the channel of non-contractual liability, but rather a qualified party, encompassed within the protective scope of the contract and involved in its prescribed framework.

In the reasoning proposed by the Author, the justification for the subjective extension of contractual effectiveness to the qualified third party is derived, through the criterion of good faith, which serves an interpretative and integrative function, from the overall situation in which the specific contract in question is inserted.

quisire rilevanza giuridica solo in presenza di circostanze particolari, come, ad esempio, nel caso in cui uno dei genitori sia venuto a mancare o sia impossibilitato ad accudire il disabile e si renda necessaria la supplenza dei figli nella sua cura.

⁵⁴ V. Cass., 7 aprile 2022, n. 11320, in *dejure.it*.

⁵⁵ È, invece, proprio utilizzando il criterio della prossimità che parte della giurisprudenza di merito ritiene che la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, oltre che nei confronti del paziente, sia configurabile anche nei confronti dei suoi prossimi congiunti, ai quali si estenderebbero gli effetti protettivi del contratto di ospedalità (v. Cass., 22 ottobre 2014, n. 22331, in *Guida dir.*, 2015, 58; Trib. Savona, 19 febbraio 2021, n. 143, in *dejure.it*).

MATTHEW DYSON*

**THIRD TIME'S THE CHARM:
THIRD PARTIES' POTENTIAL ROLES IN CRIMINAL PROCEDURE**

SUMMARY: 1. Introduction – 2. *Hollington v Hewthorn* – 3. What is a party? – 4. What comparative lessons might there be? – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

This article sketches uses for “third party” terminology and function within the criminal justice system, drawing particularly on common law examples. It briefly considers what the term means, as a first step to considering what criminal procedural gaps third parties might be perceived to be filling, and how. It begins by considering just one example of what being a “third party” might mean, drawn from an English case on whether a conviction can be admissible in later civil proceedings, to prove the facts upon which the conviction must have been founded. It turns then to consider what a party is, and why we might use the concept of “party”. It then draws out a few comparative lessons, and concludes. The paper is written from the perspective of a substantive criminal and civil lawyer, rather than a specialist in criminal procedure.

2. *An example of what a “third” is in the common law: Hollington v Hewthorn*

What does it mean to be a “third” party? One example from English legal history might show how complex this issue can be, and what it might reveal about legal reasoning.

Hollington v. Hewthorn was a civil action for negligent driving against X and X's employer, Hewthorn brought by Hewthorn, from the 1940s¹. X had allegedly hit the car driven by Hollington Jr and caused damage. By the time a civil action was brought, Hollington Jr had died for unrelated reasons, so his father brought the action as executor and in his own right. There were only three pieces of evidence in Hollington's favour: the position of the cars on the road after the incident; the statement Hollington Jr made to the police after being told his words might affect a prosecution; and the conviction of Poll in the magistrates' court for careless driving, a conduct offence, in relation to his driving at the time of the accident². Hilbery J found the second and third to be inadmissible, but that the position of the cars was sufficient evidence of negligence, so he found Hewthorn liable and awarded damages³. Hewthorn appealed to the Court of Appeal.

* Professor of Civil and Criminal Law, Faculty of Law, University of Oxford.

¹ For more detail, see M. DYSON, *Explaining Tort and Crime (CUP)*, Cambridge, 2022, p. 299 ff.

² Road Traffic Act 1930, section 12.

³ *Hollington v. F Hewthorn & Co* [1943] KB 27, though the report is quite sparse.

In the Court of Appeal, counsels' argument is revealing. Of course, one argument was whether there was sufficient evidence of negligence from the position of the cars, but clearly, admitting the conviction as evidence would have helped. Counsel for Hollington argued that from the eighteenth century, a conviction was admissible so long as it was not founded on the evidence of an interested party⁴; and from the twentieth century there was generally admissibility. In reply, counsel for Hewthorn argued that the first instance decision's reasoning was correct and Hollington's argument was a "revolutionary" approach, and that it did not acknowledge that criminal liability differed from civil liability. Finally, Hewthorn's counsel argued that in any case the magistrate's conviction would be hearsay, a form of evidence restricted in English courts, where a person essentially claims to repeat what another person said out of court⁵.

Goddard LJ, giving the judgment of the Court⁶, allowed the appeal. First, he stressed the modern focus on "relevant" evidence but did not say why a conviction was not "relevant". Second, the conviction would only be the opinion of the court on facts, not evidence of those facts themselves.⁷ He argued that to link up the civil case with the conviction the civil court would effectively have to start from scratch anyway. This idea was the newest⁸ and least supported: much "opinion" was already admitted as evidence, from orders in lunacy⁹ to official reports¹⁰, as was well known. It also ignored the duties on the court to consider the evidence, the burden of proof on the prosecution and the procedural advantages of the defence¹¹. Above all, this is also hard to square with how *res judicata* in civil cases would work, which it clearly did in its common law forms¹². Third, Goddard LJ seemed to accept the description of the conviction by Hilbery J as *res inter alios acta*, that is, a legal thing that was done between other parties than the ones in the present action, and therefore not admissible. Goddard LJ added only that «it is difficult for a layman to understand why» this was the case¹³. Fourth, he reasoned that since the prior conviction cannot be conclusive, it could also not be evidence because it would be impossible to know how much weight to put on it¹⁴. He did not mention that it is inherent in the job of juries and judges to weigh evidence. He even suggested that if a conviction is admissible, so too

⁴ See C.A. WRIGHT, *Evidence - Admissibility of Criminal Convictions in Civil Actions - Hearsay*, in *Canadian Bar Review*, 21, 1943, pp. 643, 655.

⁵ *Hollington v. Hewthorn* [1943] 1 KB 587, 588–92.

⁶ See the reports, [1943] 2 All ER 35, 112 LJKB 463, 87 Sol Jo 247, 169 LT 21, 59 TLR 321 listing the other two members of the court as Lord Greene MR, and du Parcq LJ.

⁷ *Hollington v. Hewthorn* [1943] 1 KB 587, 594–6.

⁸ Z. COWEN-P.B. CARTER, *Some Observations on the Opinion Rule* in idem, *Essays on the Law of Evidence*, Oxford, 1956, p. 169: «revolutionary extension». Cf. the rare mention of the idea in *Fontaine Moreau* (1848) 11 QB 1028, 1035.

⁹ E.g. *Faulder v. Silk* [1811] 3 Camp 126; 170 ER 1328, 1328. See also *Harvey v. Regem* [1901] AC 601, 611 (Lord Lindley) whose reasoning could equally well apply to prior convictions.

¹⁰ See e.g. J.P. TAYLOR, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. 2, London, 1848, p. 1270.

¹¹ M. DEAN, *Law Reform Committee: Fifteenth Report on the Rule in Hollington v. Hewthorn*, in *Modern Law review (MLR)*, 31, 1968, pp. 58, 59 f. See also LORD PEARSON, *Law Reform Committee Fifteenth Report: The Rule in Hollington v. Hewthorn*, London, 1967, [4] and G. PALMER, *The Admissibility of Judgments in Subsequent Proceedings*, in *NZULR*, 3, 142, 1968, p. 154 f.

¹² Anon., *Evidence: Judgments and Pleas in Prior Criminal Prosecutions as Evidence in Civil Actions*, in *Duke Law Journal*, 1962, pp. 97, 99. Cf. *Hui Chi-Ming v. The Queen* [1992] 1 AC 34, 492 f.

¹³ *Hollington v. Hewthorn* [1943] 1 KB 587, 596. Described as a «masterpiece of under-statements», in A.C. WRIGHT, *Admissibility of Criminal Convictions*, cit., p. 660.

¹⁴ *Hollington v. Hewthorn* [1943] 1 KB 587, 596.

should an acquittal be admitted, a very novel claim¹⁵. Acquittals have only ever been admissible in actions of malicious prosecution¹⁶, and, as later pointed out, an acquittal has, «as everyone realises, no probative value at all since it is perfectly consistent with the criminal court's having been of the opinion that the accused was probably guilty»¹⁷. Finally, Goddard LJ rejected the use of *omnia praesumuntur rite esse acta* for not being certain when it would apply, and it could not always apply¹⁸. The presumption would normally apply to set the stage for any litigation by assuming that the correct process was followed to come to a formal conclusion. Finally, Goddard LJ went on to hold that there was no exception for the admissibility of Hollington Jr's statement to the police¹⁹. As a consequence, no new evidence was admissible before the Court of Appeal and it held that the position of the cars after the accident was insufficient evidence of negligence²⁰.

The case is probably interesting to non-common lawyers for a number of reasons. The result at common law is obviously surprising to modern audiences generally, at the very least, it seems quite inefficient. The civil claim would have to be proven from scratch even though the defendant was already convicted. There's one clue there already, in that the civil claim was not for exactly the same things as the criminal conviction. The conviction could not prove the substantive parts of a civil negligence claim, which it could in some other legal systems, particularly civilian ones such as Germany (under section 823(2) of the BGB).

But the method of argumentation is also interesting, which is why it is set out above in a little detail (but far less detail than in the cases and academic discussion which followed!). It will be noticed at once that the arguments of counsel seem to be directly linked to the outcome²¹.

In substance, the criminal conviction was treated as an act between third parties, the Crown (as prosecutor) and the defendant, not between the claimant and the same defendant. As an action that the claimant had not formally been involved in, neither risking nor benefitting, he was not to benefit from it. The principle of a *res inter alios acta* was applied. This is a paradigmatic concept of "third" party, predicated on a formal distinction of "party". For criminal law purposes the victim or his father were not parties to the criminal procedure and would have been parties to the civil one. Instead, the criminal prosecution was an action by the Crown against at least one other, and therefore the parties were different. For the civil claim, the civil characteristics of the trial were paramount, such that the civil rules on why the parties needed to be the same, took precedence. It ties into the absence of

¹⁵ *Hollington v. Hewthorn* [1943] 1 KB 587, 601; for novelty, see e.g. F. BULLER, *Introduction to the Law of Trials at Nisi Prius*, London, 1767, p. 245; T. STARKIE, *A practical treatise of the law of evidence, and digest of proofs, in civil and criminal proceedings*, vol. 1, p. 221; Coutts, 'Criminal Judgment', p. 240 and Johnson (1965) 18 CLP 81, 89 f.

¹⁶ R. CROSS, *Evidence*, London-Butterworth, 1958, p. 346; LORD PEARSON, *Hollington v. Hewthorn*, [15] cf [30]. There may also be some possibility to prove underlying facts despite the acquittal, see *R v. Z* [2000] 2 AC 483, 487, 488, 504f, 508, 510. On this see C. TAPPER (ed), *Evidence*¹¹, Oxford, 2007, pp. 113-117.

¹⁷ Lord Gardiner LC, House of Lords debates (HL Deb)/8 February 1968/vol. 288/col. 1347.

¹⁸ *Hollington v. Hewthorn* [1943] 1 KB 587, 602, citing the note (1926) 42 LQR 144. The fuller form is sometimes given as *omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta donec probetur in contrarium*.

¹⁹ *Ibid.*, p. 603.

²⁰ Another possible reason, surprisingly not mentioned here, was the idea that the evidence must have been cross-examined by counsel to be admissible: C. A. WRIGHT, *Evidence - Admissibility of Criminal Convictions*, cit., p. 644 esp note 5.

²¹ Note, the law report only contains the outline of counsels' argument.

civil law decision-making inside the criminal courts, and vice versa. Unlike most civilian legal systems, there is no “joined-in” action, a civil claim being handled inside the criminal courts. Most common law jurisdictions instead use an autonomous criminal order, which compensates in broadly parallel ways, but which can depart from civil law. It can even be awarded where there would be no civil liability, and for different amounts than civil law would award. Typically, those sums would be lower, as where the criminal court is compensating, it takes into account the means of the defendant, so as not too easily to use the punitive force of the state for compensation. The civil party can then go to a civil court to seek the amount between the lower compensation order and the full loss, though of course unless something has changed, the defendant still will not have the means to pay.

The alternative to *res inter alios acta*, looking at the conviction as some kind of finding of fact, or requiring some integrity of the civil and criminal parts of the legal system, was not seriously considered. The closest to that was almost an administrative argument, about presuming acts of judges, amongst others, to be done properly unless there is evidence to the contrary. But this argument failed.

Given the flaws in the decision, both practical, and as a matter of argumentation, it is remarkable that later courts continued to follow *Hollington v. Hewthorn*. The case was at least arguably against the prevalent trend of increasing use of prior criminal findings in later civil cases. Some commentators quested for a way to avoid reference to the case within the law as it stood²² while others sought out evidence of the courts avoiding it²³. Both were elusive. In Palmer’s words: «The judgment... stands as a bastion by the judiciary against reform, at least in the important category of criminal judgments in subsequent civil cases»²⁴. Pressure against the decision did not lead to it being changed quickly. To do so in the courts, cases were needed with parties willing to try, and perhaps they were simply not being brought, or not being brought at a high enough level to challenge the rule, because it was prohibitively expensive to do so. A more general willingness to consider reform existed at the time of the great reforms of the 1960s, during which many aspects of civil and criminal law were amended by legislation.

Ultimately, change did come, but it was only 25 years later, when the interests of the criminal law appeared to be threatened that the legislator intervened. By this point, common law courts might have been less willing to intervene in an otherwise established rule. It was only a decision of the Court of Appeal, but no appeal had gone to the House of Lords²⁵.

In the 1960s libel cases began to arise where a convicted criminal brought an action in defamation «against anyone rash enough to assert his guilt of the crime for which he had been convicted, [and] put his opponent to the proof of his guilt de novo»²⁶. It seems to

²² A.L. GOODHART, in *Law Quarterly Review* (LQR), 83, 1967, p. 167 where Goodhart argued that the Court of Appeal should take up the new power of the House of Lords to depart from its own decisions and depart from *Hollington v. Hewthorn*. See also Z. COWEN, *The Admissibility of Criminal Convictions*, cit., p. 191.

²³ Coutts, ‘Criminal Judgment’, 243 citing Lord Goddard CJ in *Carnill v. Rowlands* [1953] 1 All ER 486, 488.

²⁴ G. PALMER, *Subsequent Proceedings*, cit., p. 151, and on later cases see p. 159–64.

²⁵ Technically the Court of Appeal could not overrule itself, though it could and did distinguish its earlier decisions. Indeed, it was not until 1966 that the House of Lords (and since 2009, in the form of the Supreme Court) could overrule itself ([1966] 3 All ER 77), giving some sense of the formal restrictions on courts, let alone their non-formal ones.

²⁶ J. CAMPBELL, *The Civil Evidence Act 1969*, in *Cambridge Law Journal* (CLJ), 35, 1969, p. 37.

have taken a little while for the «different and perhaps alarming significance»²⁷ of *Hollington v. Hewthorn* to come out in cases²⁸. Perhaps the most significant was *Goody v. Odhams Press*²⁹ in 1967. It showed that even one of the “Great Train Robbery” participants could use the libel implications of *Hollington v. Hewthorn* to throw doubt on his conviction in the public mind. In doing so, he This robbery, in 1963, was one of the most famous robberies in English criminal history, and one of the largest. Used bank notes were being taken by train in mailbags to Scotland to be decommissioned and destroyed was stolen by a gang, and a guard was seriously injured. The sum stolen was £2.5 million, which is equivalent to £46 million in 2025. Goody, one of those convicted of the theft brought a libel action against Odhams Press for its story alleging his criminality. The story was that he had seduced a local woman while planning the robbery; the defamatory imputation, at the least, being that he had indeed committed the robbery, not just that he had been convicted of doing so. This Odhams could not prove the facts from scratch so sought to amend its defence to plead the partial justification and mitigation. That is, they wished to prove only part of the defamatory imputation. Then, they also wished to argue that the defendant's reputation, though harmed, was already worth very little because everyone knew had been convicted for committing the crime, so any compensation should be minor. Ultimately, Goody won his claim, but he received only 40 shillings in damages, something like £40 in 2025 paying significantly more in costs³⁰.

The case shows that even a wealthy newspaper did not wish to try to prove Goody's role in the robbery from scratch despite it being in the same year as he had been convicted³¹.

Such cases generated a great deal of public interest. Newspapers played a leading role in this³², but the nature of a libel action was also key. It generated a particular kind of publicity. As noted, the onus was on the defendant to justify his statement, or perhaps seek to mitigate it, as in Goody. More than this, the forum was a jury trial, outwardly similar to that of the criminal trial where the plaintiff had been convicted. This would play more to public sentiment than a later proceeding without a jury³³.

Ironically, libel had not always been seen as an illegitimate way to challenge a prior criminal conviction. Indeed, before the creation of the Court of Criminal Appeal in 1907, this was the only way to clear a convict's name,³⁴ other than perhaps through the prerogative of mercy³⁵. While it is hard to explain why there had been little effort to remove the

²⁷ ANDREWS, in *Criminal Law Review*(Crim LR), 1967, pp. 441, 442; the article is a good introduction to the post-*Hollington v. Hewthorn* cases.

²⁸ The first was probably *Hinds v. Sparks* [1964] Crim LR 717.

²⁹ [1967] 1 QB 333.

³⁰ The Times, 22 June 1967. Interestingly, the most senior judge in the Court of Appeal was Lord Denning, who, as junior counsel, had argued for *Hollington v. Hewthorn* and lost.

³¹ See R. N. Gooderson [1967] CLJ 36, esp. p. 38. There were some other similar cases, e.g., *Barclays Bank v. Cole* [1966] 3 All ER 948.

³² E.g. in generating Parliamentary questions: The Times, 27 July 1967.

³³ There were other issues, e.g. cost, but there was a focus on the rehearing before peers: HL Deb/8 February 1968/vol. 288/col. 1356 (Lord Denning).

³⁴ K. R. HANDLEY (ed.), *Spencer Bower, Turner and Handley's Doctrine of Res Judicata*³, London, 1996, p. 264. It might also have been possible for the defendant to prosecute an accuser or witness for perjury, e.g. the infamous case of the Reverend Henry Hatch: The Times, 18 May 1860.

³⁵ See also the roots in *Helsbam v. Blackwood* (1851) 20 LJ (CP) 187; 11 CB 111; 138 ER 412; *Leyman v. Latimer* (1877–78) 3 Law Reports, ExD 352; 47 LJQB 470.

rule in *Hollington v. Hewthorn* prior to the mid-1960s, it is clear that the libel cases catalysed reform³⁶. Even the case itself had not originally forced change. Indeed, *The Times* only reported on it in the context of the libel cases twenty years later³⁷. Nonetheless, a range of sources, from the minister in charge through to the relevant committee, and Parliamentarians, acknowledged that the libel cases had been the trigger for reform³⁸.

The result of the concern about convictions not being admissible was legislative action, in the Civil Evidence Act 1968. Part II of the Act admits convictions as evidence of the facts on which they must have been founded, for the purposes of later civil litigation (section 11)³⁹, and makes them binding for the purposes of defamation claims (s. 13). In fact, the Act goes even further for non-defamation actions, and makes convictions not just admissible, but proof of the offence unless the contrary is proved⁴⁰. Picking up the reasoning above, the report which preceded the 1968 Act, written by a law reform committee, argued that convictions were more likely right than wrong and so they should be admitted as evidence⁴¹. The CEA has not led to many appeals, albeit after an initial period of uncertainty.

This example highlights not just how a legal system can use particular definitions of “third” party with quite significant effects, but also about how those definitions might change over time. As a matter of legal theory, the common law remains that prior convictions are not admissible in a later civil court, because the change to admit them was made by statute, depowering the common law, making it inapplicable while the statute exists. It seems likely that if the Civil Evidence Act 1968 was repealed, it would be replaced with another statute doing the same work. If not, I suspect judges would though it would take the Supreme Court to do it. Of course, it is easy to look back and question the reasoning and values that led to *Hollington v. Hewthorn*, and so assume it would not survive modern reasoning and values. For present purposes, it should be noted that the qualification of “party” did not change under the new 1968 Act. On the same fact pattern, the claimant in the negligence action would still be a third party to the criminal prosecution of the tort defendant. But what the legislation did was to make a legally recognised object from that prosecution, the conviction, admissible and presumptively correct. It reduced the significance of the third-party characterisation. It did not do so by making the conviction a *res judicata* and in English law, could not have done so easily. The substantive issues are different in the civil and criminal claim, and the medium of evidence gave a ready currency that could cross over from one area to another.

Having considered one example, we might not turn to more general questions about third parties. The first of which is focuses on defining a “party”.

³⁶ Other legal systems had no trouble in dealing with *Hollington v. Hewthorn* immediately, e.g. the South Australian Evidence Amendment Act 1945. On which see e.g. Z. Cowen (1953) 69 LQR 180, 180f.

³⁷ The first being: *The Times*, 21 June 1966.

³⁸ See, e.g., HL Deb/8 February 1968/vol. 288/col. 1346f, esp. 1347; HC Deb/24 April 1968/vol. 763/col. 444; Pearson, *Hollington v. Hewthorn*, cit. [1], [26], [27].

³⁹ «(1) ...for the purpose of proving, where to do so is relevant to any issue in those proceedings, that he committed that offence, whether he was so convicted upon a plea of guilty or otherwise and whether or not he is a party to the civil proceedings».

⁴⁰ Section 11(2)(a), the convicted person «shall be taken to have committed that offence unless the contrary is proved».

⁴¹ Pearson, *Hollington v. Hewthorn*, cit., [3].

3. *What is a party?*

One of the issues must be why we want to distinguish between parties, and one way to start that discussion might be with the definition of a party. There are numerous ways, and I will canvass just some here. They focus on different qualities of the relevant discussion, and so are non-exclusive: they can overlap.

First, we might do so rhetorically, that is, by reference to a linguistic quality. The most obvious of these would seem to be its “charge”, which could be positive or negative. In effect, the nature of the definition describes what the object is, or says what what it is not. A negative definition is how “third” is often used, discussing a person from being covered by what might be thought of as the full criminal law personal units. Those established personal units might be a number of things within a trial, such as “parties”, “participants”⁴², the judicial panel, the lawyers engaged by the parties or participants, witnesses and experts, and of course, the victims or other civil party in those systems where that is permitted. It is not always specified with precision what the relevant units are in any particular instance.

Outside of a trial there are other uses, perhaps most famously in contracts, such as in insurance: the first party takes out a policy of insurance with the second party, and anyone outside of that is a third party. The idea of “thirdness” in colloquial English can also tie into a premise that two is enough, and any more is inappropriate, unhelpful and undesirable. The “third wheel” did not realise the two others present were meeting romantically, for instance.

Second, we might discuss what a third party is from some kind of general theoretical perspective. Examples might be normative, or non-normative. A normative example might be to play out a particular claim to what should make a party. This could include the roles to be played in the criminal case: prosecution, being at risk of facing sanction, and of course, judicial (and perhaps, lay-person, such as lay factfinders). There might be other forms of normative claim, such as those around what makes a criminal procedure legitimate. Non-normative claims might simply be about the grammar and taxonomy of the criminal law as a technical or descriptive matter. An example might be the work of Hohfeld, in teasing out who has “rights” and what “rights” actually means⁴³.

Third, we might use the language of parties purposively, that is, rather than representing some specific fact or facts, it is used to further a particular desired outcome. There might be many such purposes, but in practice, the most obvious and immediate purpose is to grant or deny the benefits of a status to a particular individual or group. Typically this will be seen as a zero sum game, that granting protection to some party will by an equal measure reduce it for others, or at least that engagement with a third party might use up resources that might otherwise be available for others. There might be ulterior purposes behind the most immediate purpose, of course. The integration of third parties might pursue a pur-

⁴² In England it is possible to be a party without being a participant in a particular process, e.g., an *ex parte* application, where the other party is not present, such as an application for some kind of urgent injunction.

⁴³ W. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913, p. 16 ff; W. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1917, p. 710 ff.

pose of making the criminal justice system more legitimate, fairer, more effective, or make the wider legal system more efficient in some way.

Fourth, parties might have specific roles, and these could be described sectorally. This breaks up what a party might be into different elements relevant to the criminal process and considers how a party fulfils them and, especially, to what extent rather than considering it merely binary as in or out. It has two particularly significant consequences. A party might have multiple roles, while there might also be more parties than roles. And, to the extent that this dimension is useful, it highlights that the language of “party” might be overly rigid to the extent that it suggests any: certain qualities in, others out, and the language of “party” is too binary?

Examples of the kinds of roles relevant include passive and active roles. A passive role might be to receive information, including notice of milestones or events in the prosecution. An active role is normally more onerous, extending to participation in some form, and is typically an additional step after passive involvement. It could include rights to give evidence, request or contest court decisions or require investigations, the right to appeal a prosecutor or court decision, or the right to receive compensation (whether in civil law, or an autonomous criminal law order as in the common law tradition).

The roles so far described are procedural, as the language of parties often focuses there. It might be possible to have substantive rights holders in some sense. This is one of the places that the Human Rights dimension comes in most strongly. The right to bodily integrity, autonomy, peaceful enjoyment of property, however the legal system chooses to construct substantive rights. And a party to the proceedings would be promoting those rights, or protecting them, through the means of the procedural rights granted to that party. Of course, Human Rights might provide procedural protection, but they can also provide substantive protection, and might be regarded by some as a useful way to re-orientate criminal law⁴⁴, potentially around rights⁴⁵.

Finally, a party might be described qualitatively on the object of the case: that is, whether the individual is a party to the facts of the case, or to the matter of law in the case, to the extent that can be distinguished. A third party might simply be a witness or expert providing evidence, and they are involved in the proceedings for their connection to factual questions around the events at issue in the trial. By contrast, *amicus curiae* and interveners are third parties in a sense but are typically more concerned about the legal rules generally, though they might also have an interest in the specific defendant. They seek to mark or reinforce a particular position on the law. As a result, the relevance of such *legal* third parties is likely to depend on the court’s role in interpreting, or changing, those legal rules. They are more likely to appear the higher up the court structure, on the assumption that legal systems give greater law-making powers, in law, or in fact, to courts at or towards the apex. Of course this is an overt position within the common law tradition, but there are certainly apex courts in civil law jurisdictions which appear to be changing the law significantly, and deliberately, by their decisions.

What is clear is that the word “party” describes a range of different and overlapping roles. But we might ask what it fulfils for the legal system.

⁴⁴ See, e.g., M.A. SUMMERS-M. DELMAS-MARTY, *The Criminal Process and Human Rights*, Dordrecht, 1994.

⁴⁵ See, e.g., P.A. HIRSCH-ELIAS MOSER, *Rights in Criminal Law: Studies on a New Paradigm in Criminal Law and Procedure*, London, 2025.

4. Why “parties”?

Given what we have just discussed, one might wonder what parties does to our understanding of criminal law, and what talking of “third parties” then adds. Each of the definition strands above speaks to a value for what work “party” should be doing. In part, it is meant to bring clarity to the actors within the system, and to ensure checks and balances for them. It constrains prosecutors, and protects defendants, while also of course empowering prosecutors and constraining defendants; the point is to ensure the primary importance of the trial’s pursuit of justice.

In this discussion, we might wonder about the number of parties or persons involved. The premise is normally that there are two, accuser and accused, plus the independent judge. Thus “third” means anyone else. Binary status, both of party or non-party, but also historically linked in some areas of law to why the parties were not themselves independent. Parties were *interested* in the outcome, in English law. It was why it was not until 1898 that the defendant could give evidence in all criminal proceedings. Here, the English language at least, shows some potentially misleading flexibility in language, as in the modern sense, a person has many interests, but they rarely disqualify her from anything. Relatedly, one might be *partial* to a cold ginger beer on a hot day but lacking impartiality would make one unsuited to drink that beer during a recess from a court hearing⁴⁶. The result, clearly, was speaking of *parties* was necessarily to exclude the judge. But the premise for that seems to be that each side has a person, and a cause, and personal connection to either makes one inappropriate to judge it. The full picture might be a little more complex, as the rest of this special edition amply show. On a minor level, obviously, there might be multiple defendants, so multiple “parties” with that title. It also traditionally excluded the party harmed from that status. That said, they have been re-integrated in a number of ways⁴⁷. In many civilian systems, using what I call a joined-in action, a civil claim inside the criminal prosecution, a party harmed by a crime will also have a civil claim. So I speak substantively first: in many, that is essentially automatic, through a unity of liability terms (e.g., German in §823(2) BGB and the Netherlands’ construction of an unlawful act) or a part (e.g., the French historic unity of civil and criminal fault⁴⁸). Clearly in one tradition, ever since the French *Ancien régime*, that a person who suffers harm from a crime can be a *partie civile*. This conveys not just the right to receive compensation if appropriate, but also procedural rights. But in the common law tradition, there are few substantively aligned component parts of civil and criminal actions, so the evidence used in one is the best medium for affecting the other.

As this volume shows, there is significant doubt that having only two parties enables criminal procedure to efficiently and fairly do the work needed of it. Debating that

⁴⁶ Or, more academically, Hobbes wrote: «For without that [the Equity], the Controversies of men cannot be determined but by Warre. He therefore that is partiall in judgment, doth what in him lies, to deterre men from the use of Judges, and Arbitrators; and consequently, (against the fundamentall Lawe of Nature) is the cause of Warre». T. HOBBS, 1651, I, XV.

⁴⁷ See, e.g., M. DYSON, *Explaining Tort and Crime*, cit, p. 299 ff.

⁴⁸ On which see *Ibid*, p. 220 ff.

point is not the purpose of this contribution, but it does want to assess what a legal system might do if it accepts that argument.

One area that is alluring, at least to some, is to consider “third parties” as forms of hybrids. Hybridity is used in some parts of the law to select characteristics from at least two fields and combine them in one object. They can be used in efforts to avoid restrictions, such as restrictions of criminal procedure, but labelling something as not-criminal, but a hybrid civil and criminal object, for example⁴⁹. But more interestingly as a matter of conceptual analysis, they are paradoxical. They acknowledge the existence of the structure of two parties, but in the same breath accept, in at least this case, something else, a third party. They reinforce the existing conceptual structure, acknowledging the primacy of the sources, but then make an exception for this particular hybrid. It is a little like the English expression «the exception that proves the rule»: there cannot be an exception without a rule, so by referring to an exception, you both confirm the rule and provide at least once place where it does not apply. However, difficulty with hybridity matches its allure. There are no well-theorised limits to how a hybrid is made, and which constraints from the source material it should contain, along with its other parts. Without that work, its paradoxical nature is interesting, but ultimately a cautionary tale.

Perhaps most usefully, the idea of a third party could be seen as empowering, or excluding, on its own. In other words, “third” in “third party” might not be significant for what excludes, but for the nature of the word it conditions, “party”. Instead of considering whether a given individual meets the conditions for being a party of some kind or not, we could consider whether “party” is doing the work we need it to. The use of “party” as a hook on which to hang much of the procedural mechanisms and identification could be changed, rather than accepting it as a necessary and unchanging underlying structure. The different qualities of party discussed above might be refined and parts chosen. Just as an example, a person might be a third party *to the investigation*; a third party *to a criminal charge*; a third party *to something else* in the criminal procedure.

5. *What comparative lessons might there be?*

We have already seen some examples of the comparative significance of this issue. The language of “party” is common, perhaps pervasive. It crosses civil and common law traditions. It spans inquisitorial and adversarial modes within the criminal law. Yet the mode of employ can vary significantly, and the weight on principle, or practice, can vary too. Part of the work involves selecting the right points of comparison, and then delving into why they legal system’s structure and culture position that system’s answer as it does. It is a difficult but rewarding endeavour.

To take just one example, one of the persons most obviously characterised as a third party in some legal systems is the victim (or “complainant” for some crimes and in some systems). One place the victim overlaps with the prosecution party is in a power to bring a prosecution. This unlocks a series of further questions about the nature of the

⁴⁹ See, e.g., M. DYSON, *Overlap, Separation and Hybridity Across Crime and Tort* and F. MEYER, *Propria and Boundaries of Crime and Tort*, in M. DYSON-B. VOGEL (eds.), *The Limits of Criminal Law*, Cambridge, 2018, pp. 79-148.

criminal prosecution. In some legal systems, this is a right. In Spain, the *acción popular* is protected by the constitution⁵⁰, that citizens may engage in the “*acción popular*”; though of course there is an extensive system of public prosecution that would do the work for them, along with investigating judges who have the power to begin prosecutions, and a background of cultural norms of relying on the state for many common functions. In English law, private prosecutions are permitted and have grown in some areas (particularly fraud), subject to the power of the state to take them over and continue or discontinue them. By contrast, in France, in some contexts at least, a victim of a crime can force the state to bring a prosecution, in effect by saying that the victim's right to compensation, able to be carried out through the criminal process, means the prosecution must happen. Instead of a separate track for prosecution, the French system “keeps the state on its toes” or “honest” in the colloquial English, by having victims promote their own interests. There are then checks and balances on constituting oneself as a *partie civile* in this way, so that the power is not abused, including a security deposit and the risk of prosecution oneself. Just this one example shows how rich the material is for comparative understanding, as well as how the classification of “party” or “non-party” is somewhat artificial, as what a party does in one system, such as Spain, a non-party does in France but forces the party, the prosecutor, to do.

The comparative dimension will continue to be of value for the new and changing challenges of the future. Significant conflict between law enforcement and technology companies about unlocking codes for mobile phones takes on a new dimension when the technology now simply scans a face, with the police able to just hold the phone up to the defendant to have access to its contents. Since the Covid pandemic in 2020-2022, telepresence is far more established and accepted, and will likely continue to be so for legal systems which might otherwise need oral evidence. Artificial intelligence might offer everything from legal advice, assessment of evidence, probability of success, through to draft judgments. All of this will be comparative testbeds of the most potent kind.

6. Conclusion

The example of *Hollington v Hewthorn* highlighted how complex the issue of a party might be, and why the concept of party could be given different meanings within the legal system. It also highlighted how different conceptions of the roles of different persons might lead to quite surprising results if those different conceptions are not understood. Indeed, questions about the role of different parties tied into questions of evidence and from there into appeals processes. In the background for the common law, but perhaps more prominent in some other legal systems, are questions of how integrated and unified the legal system is. English law looked at an individual instance of a problem, a particular seam in its fabric, and set an answer, but tastes and persuasiveness changed over time and the result was a legislative reset. A similar approach is to ask what qualities of “party” are important to the legal system, and what they might show us about what the criminal law is

⁵⁰ Article 125: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».

missing by only thinking in terms of two parties. This article has sketched that analysis, as part of the wider special volume's examination of multiple facets of the issue.

ABSTRACT: *Third Time's the Charm: Third Parties' Potential Roles in Criminal Procedure*

This article sketches uses for “third party” terminology and function within the criminal justice system, drawing particularly on common law examples. It briefly considers what criminal procedural gaps third parties might be perceived to be filling, and how.

ANGELO FEDERICO*

IL CONTRATTO E I TERZI

SOMMARIO: *Prologo*. - 1. Gli effetti del contratto. - 1.1. Segue: e la costruzione del regolamento contrattuale. - 1.2. Segue: l'esecuzione secondo buona fede e la integrazione nel nuovo diritto dei contratti. - 2. La vincolatività del contratto e il principio di relatività degli effetti contrattuali (divieto convenzionale di alienazione, promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo). - 3. Il contratto a favore di terzi e il principio di solidarietà (gli effetti protettivi nei confronti dei terzi). - 4. Contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori. - 4.1. Segue: deroghe codicistiche al principio di relatività: l'opponibilità ai terzi e il conflitto tra più diritti personali di godimento.

Prologo

Le regole e i principi del diritto privato patrimoniale hanno nei terzi e nella loro tutela, ovvero nella loro considerazione normativa, naturalmente anche in ragione dell'evoluzione economico-sociale degli ordinamenti, un punto di vista obbligato che non risparmia nessuno di quelli che Jean Carbonnier chiama i tre pilastri del diritto civile: *famiglia, proprietà, contratto*¹.

La stessa, ormai risalente, ma ancora presente e attestata, distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive attive (*id est*: diritti soggettivi): quella tra diritti assoluti (diritti della persona, proprietà e diritti reali) e diritti relativi (il credito)² si fondava sulla c.d. efficacia, assoluta, *erga omnes*, dei primi, nei confronti di tutti (i terzi appunto), e relativa, *erga personam*, vale a dire solo nei confronti di uno o più soggetti discriminati i secondi³.

Più specificamente, ancora, può sottolinearsi come l'interesse alla rapida e sicura circolazione dei beni e delle relative situazioni giuridiche, costituisca, come noto, uno dei motivi dominanti della disciplina del Codice civile del 1942. Il principio normativo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, corollario del principio logico di non contraddizione, viene affiancato, infatti, in tale codificazione, da diverse e nuove fattispecie di acquisto *a non domino*, espressione che designa «non una categoria giuridica unitaria, ma soltanto l'elemento comune di una serie di fattispecie eterogenee, ciascuna delle quali è soggetta a una propria disciplina giuridica, benché siano tutte coordinate alla soluzione di un medesi-

* Professore ordinario di Diritto civile, Università degli Studi di Messina.

¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, tra.it., a cura di A. DE VITA, Milano, 1997, XXXV, spec. Parte terza, su *I tre pilastri del diritto*, p. 195 ss.

² Vedila riportata, più o meno in questi termini, nell'ultima edizione di uno dei più diffusi manuali di diritto privato nazionali A. TORRENTE-P. SCHLESINGER-F. ANELLI, *Manuale di diritto privato*, a cura di Carlo GRANELLI, Milano, 2025, p. 63.

³ Sul superamento di tale distinzione, in particolare, dopo Cass. Sez. Un. 26 gennaio 1971, n. 174 (*Foro it*, 1971, I, 1284), sul “*caso Meroni*” vedi, tra i molti, M. ORLANDI, *Le situazioni soggettive e le vicende giuridiche*, in G. AMADIO – F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna, 2014, p. 199.

mo problema pratico: la tutela dell'affidamento dei terzi, e quindi dell'interesse collettivo alla sicurezza della circolazione giuridica dei beni»⁴.

Anche nella teoria del negozio giuridico dove il concetto assolutamente centrale di *parte* trova in quello di *terzo* il suo antagonista necessario e imprescindibile ci si è chiesti se fosse possibile, piuttosto che derivarne «in negativo fisionomia e contenuti da quelli di *parte*», «far assurgere a principio generale quello, pur caro a molta dottrina, per cui il concetto di terzo, debba sempre e comunque essere un concetto derivato e cioè ricavabile necessariamente in negativo dal concetto “positivo” di *parte*»⁵.

Naturalmente non è questo il luogo per affrontare analiticamente le questioni sopracennate, riportate, a puro titolo di esempio, per evidenziare la dimensione del problema, e le nozioni assunte nei diversi contesti evocati dal termine “*parte*” ovvero “*terzo*”. Nozioni, come è stato detto, solo in apparenza scontate⁶ e la cui incerta demarcazione si evolve con l'evolversi dello stesso diritto positivo, quindi in continuazione⁷.

Ci si limiterà, allora, a concentrare la propria attenzione sulla considerazione che la c.d. *parte* generale del contratto (artt. 1321-1469 *bis*, c.c.), ed in particolare, le disposizioni su gli “effetti del contratto” riservano al rapporto coi *terzi*, allo scopo di interrogarsi sulla attuale portata di tale *relazione* ed evidenziare qualcuna delle attuali linee di evoluzione della medesima.

1. Gli effetti del contratto

Il Capo V, Titolo II, del Libro IV, artt. 1372-1386 c.c., è tematicamente intitolato agli effetti del contratto.

Gli effetti sono le conseguenze, o meglio i *mutamenti*, che sotto il profilo giuridico – in termini di diritti ed obblighi, ovvero di poteri o di doveri di azione – il contratto è idoneo a determinare nella situazione giuridico patrimoniale delle parti. Il contratto nel nostro ordinamento è, non solo, ai sensi dell'art. 1173, fonte di obbligazioni, ma anche, come statuisce l'art. 922, uno dei modi di acquisto della proprietà.

L'art. 1321, nel dare la nozione di contratto, infatti, lo definisce come l'accordo con cui le parti «costituiscono, regolano o estinguono *tra loro*, un *rapporto* giuridico patrimoniale».

⁴ Così L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975, p. 1, che alla identificazione in senso tecnico de *La qualità di «terzo» nell'acquirente* dedica l'intero capitolo terzo dell'opera citata: uno dei saggi monografici più “significativi” della civilistica dello scorso secolo.

⁵ In questi termini G.B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 914, da cui sono tratte le citazioni riportate tra virgolette nel testo, secondo il quale, però, il concetto «sembra poter ricevere qualche ulteriore elemento di individuazione e precisazione dalla misura della sua estraneità o del suo coinvolgimento nell'affare, che, oggettivamente, il negozio giuridico esprime» (915). Il riferimento è a due fondamentali ipotesi quelle in cui l'effetto del regolamento di interessi negoziali sia diretto a coinvolgere il terzo (contratto a favore del terzo, accollo, contratto per persona da nominare) da quelle in cui l'operazione economica, che il negozio esprime, finisce per essere rilevante per il terzo come elemento di una fattispecie complessa (es. l'azione revocatoria).

⁶ In questo senso G. GRISI, *Principio di relatività degli effetti del contratto*, in *Enc. dir.*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'AMICO, Milano, 2021, p. 909.

⁷ Di recente N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 209 ss., ha sottolineato l'esigenza di ripensare la teoria del contratto “per affrontare correttamente, in chiave giuridica, il tema dell'ambiente e dei mutamenti climatici”, 215, ma vedi *infra*.

L'analisi degli effetti del contratto, come vedremo, obbligatori ovvero reali, implica il passaggio dalla visuale del contratto come atto, ovvero come fattispecie analiticamente descritta, a quella del contratto come *rapporto*, ovvero come disciplina del *regolamento* contrattuale.

Anche gli effetti giuridici del contratto rispondono a quella che è la funzione immanicabile dell'*efficacia giuridica*, e delle *trasformazioni* delle *situazioni giuridiche soggettive*, vale a dire quella di dare una risposta ordinamentale al problema di interessi sollevato dai fatti giuridici, ovvero da quegli accadimenti del tempo (eventi o comportamenti dell'uomo) che siano giuridicamente rilevanti⁸.

L'effetto, infatti, è sempre destinato a adeguare l'intervento del diritto alla situazione di interesse *portata* dal fatto giuridico, o, come anche può dirsi, a risolvere il problema pratico di interessi prospettato dal fatto⁹.

Ciò che caratterizza il contratto, come fatto giuridico, è la sua natura di atto innovativo della realtà giuridica e nello stesso tempo di atto programmatico. Innovativo perché diretto a innovare la realtà giuridica prospettando un interesse *nuovo* alla costituzione, alla modifica ovvero alla estinzione di una situazione giuridica soggettiva patrimoniale. Il contratto, inoltre, in quanto enuncia un programma di interessi pratico, trova la sua sicura collocazione tra gli atti programmatici: i privati (le parti) enunciano gli interessi che intendono realizzare (ad es. il compimento di un'opera verso un corrispettivo in denaro secondo le modalità individuate dall'art. 1655, c.c., nel descrivere la nozione di appalto) ed indicano anche le modalità, le regole di azione che convengono siano le più appropriate per la soddisfazione degli interessi programmati.

Considerato con riguardo al contratto il *principio di convenienza dell'effetto al fatto* giuridico si configura come un rapporto di tendenziale conformità dell'effetto negoziale all'atto contrattuale «secondo il paradigma della *variazione concomitante* tra l'effetto giuridico ed il contenuto dispositivo del fatto giuridico»¹⁰.

In linea tendenziale qualora il programma individuato dalle parti appaia lecito e meritevole di tutela quanto alla esistenza degli elementi costitutivi essenziali e degli altri requisiti prescritti a pena di nullità (artt. 1418 e ss., c.c.); e, inoltre, le regole e/o le modalità di azione previste dalle parti per realizzare il programma negoziale (l'autoregolamento) abbiano avuto regolare formazione, in termini di mancanza di vizi o di altre cause di annullabilità (artt. 1425 e ss., c.c.), le stesse, avendo superato indenni le c.d. condizioni di riconoscimento del vincolo contrattuale¹¹, verranno tradotte in corrispondenti effetti giuridici (poteri e/o doveri di azione giuridicamente sanzionati)¹².

⁸ Tale distinzione dei fenomeni temporali si trova in A. FALZEA, *Fatto giuridico*, (Enc. dir., XVI, Milano, 1967, 941 ss., ma oggi) in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 331 ss., spec. 352-353.

⁹ Si v., per tutti, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, (Enc. dir., XIV, Milano, 1965, p. 432 ss., ma oggi) in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. dogmatica giuridica*, cit., p. 3 ss.

¹⁰ Così A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico*, (Riv. dir. civ., 1996, 1 ss., ma ora) in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. dogmatica giuridica*, cit., p. 777, sul principio di convenienza ID., *Efficacia giuridica*, cit., p. 62 ss.

¹¹ Vale a dire «le condizioni nel rispetto delle quali gli effetti circolatori determinati dai privati sono effetti giuridici che l'ordinamento garantisce e tutela» (P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di C. CAMARDI, Napoli, 1996, p. 331).

¹² Sulla descrizione del c.d. «schema triadico» della negozialità, a cui ci si rifatti nel testo, vedi V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in Riv. dir. civ., 1998, 5, I, p. 535 ss. (e spec. p. 571 ss.).

La disciplina degli effetti, nella normativa codicistica, dunque, dà per scontato l'esito positivo della valutazione dell'atto di autonomia, in quanto diretto a realizzare interessi leciti e meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Negli artt. 1372-1381, c.c., invece, relativi alle *disposizioni generali* degli effetti del contratto¹³ si trovano le regole e i principi che caratterizzano l'efficacia contrattuale: il principio di osservanza e di tendenziale immodificabilità del vincolo contrattuale (artt. 1372, 1° co., e 1373) cui si affianca quello c.d. di *relatività* degli effetti giuridici (artt. 1372, 2° co., e 1379-1381 che ne costituiscono corollari); l'indicazione delle fonti di integrazione degli effetti contrattuali e la regola che ne sta a presidio dell'esecuzione (artt. 1374-1375); l'affermazione del principio consensualistico nella circolazione dei diritti (artt. 1376-1378).

È principalmente in queste disposizioni che la parte generale del contratto definisce le caratteristiche della regola contrattuale e della sua efficacia anche nella specifica prospettiva dell'incidenza giuridica del contratto con riferimento ai terzi *estranei* allo stesso. Ed è di questo che intendiamo occuparci.

È opportuno, però, prima di tutto, tanto da un punto di vista logico, quanto assiologico, prendere avvio, sia pure in maniera estremamente sintetica e semplificata, dalla descrizione dell'oggetto di riferimento della indagine, vale a dire da qualche considerazione sulla struttura e sulle funzioni ovvero sull'*effettivo* modo di operare dell'autonomia privata nella costruzione del regolamento contrattuale secondo il nostro ordinamento.

1.1. *Segue: e la costruzione del regolamento contrattuale*

Risale già alla metà degli anni Sessanta dello scorso secolo la consapevolezza del concorso tra *accordo* dei privati e fonti c.d. eteronome (la legge e il giudice) nella costruzione dei regolamenti contrattuali, ovvero del fenomeno della integrazione del contratto¹⁴.

La struttura contrattuale presente nel codice del '42 sembra articolarsi sul piano funzionale nel rapporto tra l'art. 1322, espressivo del principio di autonomia contrattuale e dell'accordo pattizio, in cui si traduce la situazione di interessi regolata dalle parti, e l'art. 1374, secondo il quale «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità»¹⁵.

¹³ Si tratta, come ricordato sopra nel testo, della prima sezione del Capo V (degli effetti del contratto), nella sezione seconda, invece, agli artt. 1382-1386, il codice detta la disciplina degli strumenti convenzionali di rafforzamento del vincolo contrattuale: la clausola penale e la caparra di cui non ci occuperemo.

¹⁴ Il riferimento è in particolare a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, (1969), ristampa integrata, Milano 2004, *passim*; sulla costruzione del regolamento contrattuale quale concorso di una pluralità di fonti di recente, V. ROPPO, *Il contratto*³, Milano, 2025, p. 387 ss.

¹⁵ Per una analisi di tale rapporto sul quale rimane a tutt'oggi fondamentale la monografia, divenuta un classico della letteratura italiana in tema di contratto, sempre S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 102 ss.; in tema, più di recente, ci permettiamo di rinviare a: A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008; nonché G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso e integrazione del contratto*², Torino, 2015, p. 33 ss.; mentre da ultimo A. D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir. Tematici*, I, 2021, p. 609 ss., nonché di recente ID., *Smart contract e diritto generale dei contratti*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, p. 112 ss., dove alcune considerazioni sulla tendenziale estraneità dell'integrazione del contratto alla contrattazione ovvero alla esecuzione *Smart*.

È fuori discussione che il concetto normativo di contratto anche con riferimento al momento regolamentare non è nel dominio esclusivo dell'autonomia privata. Sebbene la fonte convenzionale, l'accordo, rimanga il «motore del contratto», alla costruzione del regolamento concorrono, senza intaccarne la natura contrattuale, anche altre fonti c.d. eteronome, gerarchicamente e tassativamente disposte: la legge, e, in mancanza gli usi e l'equità¹⁶, intesa, quest'ultima come equità integrativa ovvero determinativa di regole inequivocabilmente discendenti dal contratto¹⁷.

Nella logica e nella sistematica del codice civile, inoltre, qualsiasi controllo e/o valutazione sulla *giustizia* o meglio sull'*equilibrio* del regolamento che non sia da riportare a patologie relative alla formazione (vedi le discipline della nullità, annullabilità, rescissione) è esclusa; il regolamento contrattuale è rimesso alla libera valutazione delle parti e il giudice, anche quando la legge gli attribuisce la determinazione della regola equitativa non ha, se non in alcuni casi marginali ed eccezionali (artt. 1384, 1526, 1934), alcun potere di sindacato sul contenuto del contratto e sulla congruità dello scambio¹⁸.

All'equità e al giudice, in mancanza delle altre fonti che gerarchicamente la precedono (la legge e gli usi), è affidata, piuttosto, una funzione completiva, come, ad esempio, la determinazione dell'ammontare del corrispettivo (artt. 1657, 1709, 1733, 1736, 1755, 2225, etc.) ovvero delle modalità relative alla esecuzione della prestazione¹⁹.

È questo, appunto, come si legge nella stessa rubrica dell'art. 1374, il fenomeno dell'*integrazione* del contratto, ovvero del concorso di fonti c.d. eteronome, insieme alla fonte convenzionale (l'accordo delle parti) nella costruzione del regolamento contrattuale. Al sistema della integrazione la dottrina prevalente riconduce diverse ipotesi normative: quella prevista nell'art. 1339 sull'inserzione automatica di clausole; nell'art. 1340 sulle clausole d'uso negoziali («da intendersi inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti») e anche la stessa buona fede, quale integrazione legale, ai sensi dell'art. 1375 (esecuzione secondo buona fede).

Sulla base di tali disposizioni è possibile distinguere una integrazione normativa da una integrazione giudiziale del contratto. Le fonti normative (leggi ed usi normativi), in via tendenziale, generalmente integrano, correggono (art. 1339) o anche precostituiscono (art. 1340) la fattispecie contrattuale. In determinati casi, però, in mancanza della legge o degli usi, il giudice può intervenire direttamente sul piano del regolamento, come si è già precisato, in funzione determinativa, ovvero completiva, delle determinazioni pattizie, attraverso l'equità integrativa.

Nell'ambito del codice civile la funzione dell'integrazione è fondamentalmente preordinata a una duplice finalità. In determinati casi svolge un ruolo di supplenza dell'autonomia privata (l'integrazione c.d. *dispositiva*) di cui è, per così dire, alleata: nel senso

¹⁶ Che si tratti di un dato «difficilmente negabile secondo i dati del diritto positivo», è sottolineato da P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in (a cura di) M. COSTANZA, *Effetti*², III, in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2023, p. 4; nonché, tra i molti, da L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*², Bologna 2021, p. 189.

¹⁷ In tema particolarmente incisive le considerazioni di M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 124 ss.

¹⁸ Così L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *BBTC*, 1997, 5; la letteratura in tema di rapporti tra equità e autonomia contrattuale è sterminata; di recente per un'analisi raffinata ed esaustiva si rinvia anche per i riferimenti bibliografici a G. D'AMICO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, I *Contratto*, cit., p. 583 ss.

¹⁹ Per una indicazione degli interventi giurisprudenziali sulla integrazione secondo equità svolta in tali termini vedi M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 146-147.

che le viene in soccorso al fine di colmare con l'apparato del diritto dispositivo, o attraverso la determinazione giudiziale, quegli aspetti lasciati privi di regolamentazione volontaria, ad es. il luogo o il tempo dell'adempimento della prestazione, ma necessari al funzionamento del contratto. Altre volte, invece, l'integrazione assume una funzione e un ruolo antagonista a quello dell'autonomia privata. È il caso dell'integrazione c.d. *repressiva* o cogente che si sovrappone in varie forme e modi, alle determinazioni delle parti, in ragione di interessi e di valori considerati dalla legge prevalenti e, come tali, presidiati da norme imperative (es. vedi artt. 1339 e 1419, 2° comma)²⁰.

L'integrazione a mezzo del diritto dispositivo è, comunque, un dato fisiologico dell'autonomia privata.

1.2. *Segue: l'esecuzione secondo buona fede e l'integrazione nel nuovo diritto dei contratti*

La buona fede è prescritta dall'art. 1375 alle parti nella fase (quella successiva alla determinazione dell'efficacia dell'atto) deputata alla produzione concreta e reale degli effetti, cioè quella della esecuzione del contratto²¹. La legge, infatti, richiede in tale fase un comportamento leale, corretto, rispettoso delle regole del traffico giuridico che implica un dovere di fedeltà al vincolo contrattuale ed alla operazione economica che lo stesso traduce. La buona fede, in questo caso, appare difficilmente riconducibile al piano della integrazione del contratto tra le cui fonti, tra l'altro, non è espressamente richiamata. Ad essa è affidato, piuttosto, il compito non tanto di introdurre obblighi o poteri non previsti dal regolamento contrattuale quanto quello, comunque, *assolutamente centrale*, di individuare e governare le modalità, i comportamenti più corretti e appropriati per portare ad attuazione il programma contrattuale nella fase dell'esecuzione. L'attività esecutiva non è riconducibile al concetto di efficacia poiché è il campo della *prassi*, quello in cui le norme giuridiche entrano in applicazione ed «il diritto si confronta non con ciò che può essere, ma con ciò che è»²².

Il tema dell'integrazione richiede, però, alla luce di quello che è stato definito il *nuovo diritto dei contratti* di essere ripensato. Il riferimento è a quel vero e proprio paradigma contrattuale alternativo a quello di diritto comune, che (negli ultimi trenta anni) si è andato progressivamente definendo, sotto la spinta delle regolamentazioni di derivazione euro-unitaria relativamente ai *contratti del consumatore* e, più in generale, ai contratti caratterizzati da

²⁰ Per tale distinzione vedi R. SACCO—G. DE NOVA, *Il contratto*³, II, Torino, 2004, p. 417 ss.; nonché V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 416.

²¹ L. NIVARRA, *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, I *Contratto*, cit., p. 529 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, cit., sub art. 1375, p. 171 ss.; F. MACARIO, sub art. 1375, in E. NAVARRETTA—A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 722 ss.

²² La costruzione della buona fede c.d. «integrativa» si deve a v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 112 ss.; ed è stata in genere condivisa dalla dottrina prevalente, tra tutti A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 11, 1486 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 29 ss. Di diverso avviso A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., 63 ss. e 85 ss., nonché G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO—S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Saggi. Torino, 2013, pp. 216-217, nt. 8.

Mentre con riferimento alla prassi A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 427 ss., da cui è tratta la frase riportata tra virgolette nel testo (p. 431).

asimmetria di potere contrattuale anche nell'ambito dei contratti d'impresa (subfornitura, ritardi nei pagamenti, affiliazione commerciale, ecc.)²³.

In particolare, le diverse modalità e finalità con cui il legislatore utilizza la categoria della *invalidità* in tale ambito si riflettono anche sull'integrazione. Mentre nel diritto comune dei contratti vi è una sorta di incompatibilità tra nullità e integrazione, le cose cambiano in quelle che sono definite invalidità di regolamento (o anche nullità di protezione) laddove ad essere sindacato è l'equilibrio contrattuale. In questi casi, si pensi in particolare alla disciplina delle c.d. *clausole abusive* nei contratti dei consumatori, anche le fonti di integrazione possono svolgere una funzione diversa soprattutto quando la normativa evidenzia con grande chiarezza l'interesse del contraente protetto al mantenimento del contratto depurato dal patto iniquo o abusivo. In queste ipotesi le fonti di integrazione del contratto possono rivestire una funzione *conformativa* in quanto dirette a rimodellare il regolamento contrattuale che privato del patto giudicato abusivo o iniquo potrà presentare una lacuna per così dire *sopravvenuta* che potrebbe essere colmata ricorrendo alla legge o, in mancanza, agli usi o all'equità²⁴.

2. La vincolatività del contratto e il principio di relatività degli effetti contrattuali (divieto convenzionale di alienazione, promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo)

L'art. 1372, norma di esordio delle disposizioni generali sugli effetti del contratto stabilisce che «il contratto ha forza di legge tra le parti».

La formula, a volte definita felice, altre volte enfatica, più che sancire una equiparazione in senso tecnico tra l'efficacia vincolante della legge e quella dell'autonomia privata, che sarebbe priva di fondamento, sta ad indicare, da un lato che le parti devono osservare il contratto (*principio di vincolatività del contratto*), dall'altro che il contratto non può essere risolto per volontà unilaterale (*principio di intangibilità del contratto*)²⁵.

²³ Sul c.d. «nuovo diritto dei contratti» esemplificativamente v. A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 1479 ss.; ID., *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?* in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 20 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2020, p. 155 ss.; G. D'AMICO, *Il contratto o i contratti?* in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 409 ss., sul contratto asimmetrico, in particolare, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*⁴, Torino, 2020, spec. p. 69 ss. nonché v. A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, s.d., ma 2012, p. 370 ss.

²⁴ Sull'integrazione contrattuale nel nuovo diritto dei contratti vedi: G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 625 ss., oggi in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*², Torino, 2015, p. 193 ss.; S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 561 ss.; sulla funzione conformativa dell'integrazione in tale contesto ci permettiamo di rinviare a A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 83 ss.; ID., *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle clausole abusive*, in M. TRIMARCHI, A. FEDERICO, M. ASTONE, C. CIRAOLO, A. LA SPINA, F. RENDE, E. FAZIO, S. CARABETTA (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Milano, 2017, p. 285 ss.;

²⁵ Sui principi di vincolatività ed intangibilità del contratto v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., sub. art. 1372, p. 5 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 459 ss.; P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, cit., p. 3 ss.; M.C. CHERUBINI, sub art. 1372, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, cit., p. 639 ss. e di recente sulla forza di legge vedi F. PIRAINO, *Riflessioni sulla nozione di contratto a partire da "Il contratto è politica"*, in *Accademia*, 2025, p. 672 ss., spec. p. 675.

Il contratto impone quel rispetto degli impegni reciproci su cui si fonda non solo il vincolo giuridico, ma anche quello sociale (*pacta sunt servanda*). Lo scioglimento è possibile solo quando le parti siano concordi in tal senso (mutuo consenso), ovvero per altre cause ammesse dalla legge (1372, 1° co.). In queste ipotesi la vincolatività contrattuale non è comunque violata perché sono le stesse parti a decidere di sciogliere il vincolo. Si dice più propriamente *mutuo dissenso*, o anche risoluzione consensuale, il contratto con il quale le parti decidano di estinguere ovvero porre nel nulla, neutralizzandone gli effetti futuri, il precedente contratto²⁶.

L'art. 1372, 2° co., nello stabilire che «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge» ribadisce l'assunto tradizionale della *intangibilità* della sfera giuridica individuale, come conferma l'inciso «fra loro», di cui all'art. 1321, circa la direzione degli effetti prodotti dal contratto.

È questo il *principio di relatività* che ha il suo fondamento nel contratto quale espressione e, nello stesso tempo tutela, della libertà contrattuale (autonomia privata) che può avere, quindi, effetti vincolanti solo per le parti²⁷. Se pure gli effetti del contratto su un piano fattuale possono sicuramente incidere *indirettamente* sui terzi, se del caso avvantaggiati o meno dalla alienazione dell'appartamento del proprio vicino (circa l'assolvimento, ad esempio, delle norme di cortesia e buon vicinato da parte degli acquirenti), il terzo, comunque, si dice non può essere gravato da un vincolo nascente da un contratto a cui non ha partecipato.

Il principio di relatività degli effetti del contratto può, in sintesi essere così formulato: i contraenti non possono imporre a un terzo alcunché contro la sua volontà e, conseguentemente, dal contratto non possono derivare obblighi a carico del terzo, né tantomeno il contratto può impedire l'acquisto di un diritto a un terzo, o ancora disporre di un suo diritto.

Espressione del principio di relatività degli effetti giuridici sono sia la disciplina sul *divieto di alienazione* (art. 1379), che quella sulla *promessa della obbligazione o del fatto del terzo* (art. 1381).

Il patto di non alienare, che pure viene ammesso da alcune disposizioni codicistiche – si pensi, ad esempio, al patto di inalienabilità del diritto dell'enfiteuta (art. 965, 3° co.), o a quello di incedibilità dell'usufrutto (art. 980), o del credito (art. 1260, 2° co.) – viene circondato nel codice da particolari cautele²⁸. Il divieto, infatti, si pone in contrasto con

²⁶ Sullo scioglimento del contratto per mutuo dissenso v. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, (1980), ristampa inalterata, Milano, 2015, *passim*; D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, Napoli, 2013, *passim*; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*. Contributo per una teoria della causa di «neutralizzazione» degli atti giuridici, Napoli, 2016.

²⁷ Sul principio di relatività degli effetti del contratto v., di recente, G. GRISI, *Principio di relatività degli effetti del contratto*, cit., 2021, 907 ss., che significativamente intitola il primo paragrafo della voce: *Il contratto ha forza di legge (solo) tra le parti?*, p. 907; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, che lo ritiene approdo “inevitabile” cui la dottrina tradizionalmente è giunta valutando la nozione di contratto data nell'art. 1321 c.c., di fronte alla quale – vedasi in particolare il «tra loro» - «le previsioni...relative all'efficacia [quelle di cui all'art. 1372 c.c.] non possono che apparire dei puri corollari»; ma v. anche G.B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 901 ss. (e spec. 906 ss.); V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 487 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., sub art. 1372, p. 114 ss.; e di recente I. MASPEI, *Il contratto e i suoi effetti nei confronti dei terzi*, Milano, 2022, *passim*.

²⁸ Sul divieto convenzionale di alienazione v. A. FUSARO, *Contratto e terzi*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, cit., p. 193 ss.; C.A. FUNAIOLI, *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 401 ss.; E. PELLECCIA, sub art. 1379, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, cit., p. 864 ss.;

l'interesse, assolutamente centrale nella logica codicistica, alla libera circolazione dei beni e incide sul potere di disposizione del proprietario. La validità del patto, quindi, viene sottoposta tanto a un limite di carattere temporale, deve essere contenuto in *convenienti limiti di tempo*, quanto di carattere assiologico, deve rispondere a un *apprezzabile interesse* delle parti.

La relazione del Guardasigilli, n. 630, precisava, inoltre, che data «la varietà dei diritti che possono formare oggetto della convenzione di cui si discorre, non era possibile, stabilire un termine massimo di durata del divieto, valevole per ogni caso; si è preferito perciò rimettere la valutazione dei limiti caso per caso, al prudente arbitrio del giudice».

La legge, inoltre, ne circoscrive l'efficacia (obbligatoria), anche quando si trovi collegato a una prelazione a favore dell'altro contraente, ai rapporti tra le parti. La violazione del divieto ad opera di chi si era impegnato a non alienare, quindi, non potrà essere opposta al terzo acquirente, fatta salva la responsabilità di tipo risarcitorio dello stesso nei confronti della parte alla quale aveva promesso di non disporre della cosa o del diritto.

Se, invece, si promette che un terzo assumerà una obbligazione o che terrà un certo comportamento (ad esempio garantirà una determinata obbligazione oppure concederà in locazione un appartamento al promissario) tale impegno, che pure obbliga il promittente ad attivarsi affinché il terzo adempia, non produce alcun effetto nei confronti del terzo che rimane del tutto libero di rifiutare tale richiesta²⁹.

La promessa, quindi, ha effetto solo tra le parti, ma la disposizione precisa che, qualora il terzo rifiuti di obbligarsi o non compia il fatto promesso il promittente è tenuto a indennizzare l'altro contraente che ne abbia fatto affidamento. Con la promessa, quindi, il promittente assume una duplice obbligazione: una obbligazione di *fare* affinché il terzo tenga il comportamento promesso e una obbligazione di *dare* e cioè di corrispondere l'indennizzo nel caso in cui, pur essendosi adoperato, il terzo non si sia obbligato o non abbia compiuto il fatto promesso. Si tratta, quindi, di una obbligazione di garanzia con la quale il promittente si assume il rischio di un eventuale rifiuto del terzo.

Presentano delle “somiglianze” con tale fattispecie quelle ipotesi che vengono ricondotte alla figura del contratto sul patrimonio del terzo, tra le quali rientrano la vendita di cosa altrui (art. 1478) e la concessione di ipoteca su beni altrui (art. 2822).

Anche in questo caso il contratto produce effetto solo a condizione che il terzo liberamente decida di alienare il bene ovvero di ipotecarlo.

3. Il contratto a favore di terzi e il principio di solidarietà (gli effetti protettivi nei confronti dei terzi)

Il principio di intangibilità della sfera giuridica del terzo estraneo al contratto, secondo l'impostazione tradizionale, non dovrebbe subire eccezioni anche per quanto riguarda possibili effetti giuridici vantaggiosi che dovessero derivare dal contratto di cui non si è parte. L'art. 1372, 2° co., cionondimeno, nell'affermare che il contratto non produce effetto

M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, cit., sub art. 1379, p. 447 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 494 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., sub art. 1379, p. 133 ss.

²⁹ Sulla promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo v. M.R. MARELLA, sub art 1381, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, cit., p. 910 ss.; A. FUSARO, *Contratto e terzi*, cit., p. 153 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, cit., sub art. 1381, p. 495 ss.

rispetto ai terzi fa salvi, comunque, «i casi previsti dalla legge».

Ed infatti è assolutamente accreditata la regola in forza della quale i terzi possono essere destinatari degli effetti favorevoli dell'altrui atto negoziale salva la facoltà di rifiuto: la previsione di cui all'art. 1333 (proposta di contratto con obbligazioni del solo proponente) in tema di formazione del contratto ne è una conferma.

La figura del contratto a favore di terzi, invece, è prevista in via generale dagli artt. 1411 e ss. (capo IX, titolo II del libro IV) e la sua grande diffusione è attestata dalle diverse ipotesi già presenti nel codice del '42 nella disciplina di taluni contratti tipici: il trasporto di cose a favore del terzo (art. 1689), la rendita vitalizia a favore di terzo (art. 1875), l'assicurazione sulla vita a favore di terzo (art. 1920), il deposito, specialmente bancario, nell'interesse di un terzo che vi ha dato adesione (art. 1773)³⁰.

Si capisce, da questi esempi, come la funzione pratica cui il contratto a favore del terzo può assolvere è estremamente varia e come possa assumere, in ragione della causa che lo sorregge, a volte scopo liberale, ovvero di corrispettivo o anche solutorio.

Si tratta di «fattispecie priva di una causa autonoma, che incarna un sorta di schema generale «suscettibile di applicazione a una serie indefinita di tipi contrattuali» e a contratti atipici, anche -come i più ritengono – traslativi di diritti reali»³¹.

Con tale contratto, infatti, una parte, detta *promittente*, si obbliga nei confronti dell'altra, detta *stipulante*, ad eseguire una prestazione a favore di un terzo (beneficiario). Per la validità di tale operazione contrattuale la legge esige che lo stipulante che assume su di sé il costo dell'operazione, vi abbia interesse, che ai sensi dell'art. 1174, potrebbe essere anche non patrimoniale, o, come anche si dice, soltanto morale: lo stipulante volendo procurare una liberalità al terzo, ad esempio uno studente particolarmente meritevole e privo di sufficienti mezzi economici, stabilisce che il prezzo del bene che sta vendendo venga versato dal compratore al terzo (art. 1411, 1° co.).

Il contratto è immediatamente efficace e il terzo, quindi, acquista fin da subito il diritto di esigere la prestazione in suo favore oggetto della stipulazione. Solo quando, però, il terzo abbia dichiarato, anche nei confronti del promittente, di volere profittare della attribuzione, la stessa diviene irrevocabile, rimanendo altrimenti possibile per lo stipulante fino a quel momento modificare o revocare la stipulazione. Tale dichiarazione da ricondurre a quelle di volontà non negoziale ha, dunque, la funzione di rendere stabile l'acquisto già avvenuto al momento della stipulazione.

Il terzo può altresì rifiutare l'attribuzione a suo favore. In questo caso la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che risulti diversamente dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.

Al promittente, tenuto per effetto del contratto ad eseguire la prestazione, non è consentito opporre eccezioni al terzo tratte dai rapporti con lo stipulante, ma solo quelle fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto³².

³⁰ Sul contratto a favore del terzo v. A. FUSARO, *Contratto e terzi*, cit., p. 175 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., sub art. 1372, 196 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 499 ss.; nonché I. MASPEL, *Il contratto e i suoi effetti nei confronti dei terzi*, cit., p. 123 ss. e A.G. DIANA, *Il contratto con effetti per i terzi*, Milano, 2021, p. 387 ss.

³¹ G. GRISI, *op.cit.*, p. 913.

³² La giurisprudenza ritiene che quando dalla stipulazione a favore del terzo derivi direttamente il diritto che ne è oggetto, senza che ci sia bisogno di una attività esecutiva, il terzo è legittimato in via esclusiva ad agire per l'esecuzione della prestazione oggetto del diritto attribuitogli, per la risoluzione del contratto e per il risar-

Nel contratto a favore del terzo, inoltre, potrebbero convergere due adempimenti: quello dello stipulante verso il terzo e quello del promittente verso lo stipulante.

Dal contratto a favore del terzo si distingue il contratto c.d. con effetti protettivi per i terzi³³. Con tale espressione si vuole fare riferimento ad ipotesi contrattuali in cui, facendo applicazione della teoria dei *doveri di protezione*, di cui all'art. 1175, in ragione del *principio costituzionale di solidarietà* si deroga al principio di relatività degli effetti del contratto. Si estende in tali casi la tutela che discende dal contratto a terzi qualificati da un legame col creditore che li associa al medesimo rischio specifico creato dal rapporto obbligatorio, sebbene siano formalmente estranei al rapporto contrattuale³⁴.

La giurisprudenza ne ha fatto applicazione con riferimento al nato con malformazioni pregiudicate dalla inadeguata assistenza medica prestata nei confronti della partoriente³⁵. O, ancora, in tema di rapporto di portierato dove il datore di lavoro è stato chiamato a rispondere contrattualmente dei danni alla salute sofferti dai familiari conviventi con il prestatore a causa di infiltrazione di umidità nell'alloggio di portineria³⁶.

Il principio di relatività degli effetti in forza del quale dal contratto non possono derivare pregiudizi verso i terzi non viene derogato dalla disciplina del contratto a favore di terzo, di cui non costituisce una eccezione e questo perché si tratta di una attribuzione favorevole per il terzo che, in ogni caso, ha, comunque, la facoltà di non volere profittare ovvero di rifiutarla.

È discusso, inoltre, se l'estensione ai terzi degli effetti del contratto debba ritenersi limitata alle ipotesi in cui ricorrono gli elementi formali contenuti nell'art. 1411³⁷. O se non piuttosto dalla lettura in combinato disposto di entrambi i commi dell'art. 1372, non discenda un'unica regola assecondata, tra l'altro, da un principio di così vasta portata come quello solidaristico: quella secondo cui il contratto non ha effetto rispetto ai terzi se non nei

cimento del danno, poiché la prestazione oggetto del contratto a favore del terzo, rappresentata dall'attribuzione del diritto al medesimo risulta già realizzata (Cass. 9 aprile 2014, n. 8272, in *De Iure*)

³³ Sulla teoria degli obblighi di protezione, con particolare riferimento al contratto con effetti protettivi verso i terzi, v. I. MASPES, *Il contratto e i suoi effetti nei confronti dei terzi*, cit., p. 138 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Ius*, 1976, 123 ss.; A. DI MAJO, *La protezione del terzo fra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1, p. 1 ss.; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 39 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 659 ss.

³⁴ In questo senso L. MENGONI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, vol. I, Milano 1993, pp. 245-246.

³⁵ Detto orientamento giurisprudenziale, inaugurato da Cass. sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, è stato superato a seguito di Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in cui si afferma che «la tesi del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi non può essere utilizzata a favore del nascituro perché nei suoi confronti non è ravvisabile un danno-conseguenza, apprezzabile tramite comparazione tra due situazioni soggettive omogenee: la qualità della vita prima e dopo la nascita».

La giurisprudenza più recente tende ad ammettere, invece, che gli effetti protettivi del contratto di ospedalizzazione stipulato dalla gestante con la struttura sanitaria si estendano al padre del nascituro, il quale, pertanto, è legittimato ad agire nei confronti dell'ente a titolo di responsabilità contrattuale per il risarcimento dei danni arrecati al figlio (Cass. sez. III, 20 giugno 2024, n. 17113; Cass. sez. III, 9 novembre 2021, n. 32657; Cass. sez. III, 18 aprile 2019, n. 10812). Al di fuori di queste specifiche ipotesi «torna applicabile al contratto atipico di ospedalizzazione o di assistenza sanitaria secondo cui esso ha efficacia limitata alle parti» (Cass. 7 aprile 2022, n. 11320; nonché Cass. 21 febbraio 2025, n. 4644).

³⁶ App. Roma, 30 marzo 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 552.

³⁷ In tema vedi C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 207 ss.

casi previsti dalla legge. Regola suscettibile nella sua unitarietà³⁸, anche di applicazione analogica.

Di recente, inoltre, una dottrina autorevole ha sottolineato come l'intera teoria generale del contratto nel momento in cui la solidarietà si assume a criterio caratterizzante di ogni pattuizione vada ripensata. E che, in particolare, nel momento presente il tema dell'ambiente e dei mutamenti climatici «implica il superamento di un altro dei tradizionali paradigmi sui quali si è fondata la nostra educazione al diritto, il principio secondo il quale il contratto produce effetto solo fra le parti»³⁹.

Quando nel diritto attuale c.d. della transizione ambientale, la *sostenibilità* diventa un canone ermeneutico imprescindibile della legittimità del precetto e della sua applicazione «nessun rapporto contrattuale è pensabile entro l'ottica riduttiva di una pattuizione anelastica, perché questa va necessariamente letta in finzione delle sue ricadute non solo sui soggetti contraenti, ma anche su tutti coloro che dai riflessi di quel contratto vengono incisi o anche soltanto sfiorati in un comune contesto ambientale»⁴⁰.

4. *Contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori. L'opponibilità ai terzi e il conflitto tra più diritti personali di godimento*

Una distinzione importante con riferimento agli effetti del contratto è quella tra contratti ad effetti obbligatori e contratti ad effetti reali, assolutamente centrale nell'ambito dell'acquisto dei diritti.

Tutti i contratti, come statuisce il già ricordato art. 1173, sono fonte di effetti obbligatori tra i contraenti, nel senso che determinano la nascita di nuove obbligazioni e dei corrispondenti poteri creditorî, ovvero la modificazione o la estinzione di rapporti obbligatori (patrimoniali) già esistenti. Dagli stessi deriva l'obbligo per una o per entrambe le parti di tenere i comportamenti, le regole di azione previste per realizzare il programma pratico di interessi individuato col contratto (ad es. l'interesse al godimento dei beni altrui proprio dei contratti di utilizzazione di cose come la locazione, il *leasing*, il comodato, il *rent to buy*, o ancora l'interesse all'altrui cooperazione giuridica tipico dei contratti per il compimento o la promozione di affari come il mandato, la commissione, la spedizione, l'agenzia)⁴¹.

Il contratto è anche il principale tra i modi di acquisto a titolo derivativo della proprietà (art. 922). Si parla in questo caso di contratti ad effetti reali, i quali, oltre a produrre sempre e comunque anche effetti obbligatori, realizzano l'*interesse traslativo*, vale a dire il tra-

³⁸ In questo senso, tra i primi, G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*², Napoli, 1997, p. 64, secondo cui «la regola traslativa deve essere integrata perché nella sua interezza, legando il secondo comma dell'art. 1372 c.c. con l'art. 1411 c.c. (cfr. anche gli articoli 1333, 1236 e 649, 1° co.), suoni così: l'atto di autonomia produce effetto per il suo o i suoi autori e, purché si tratti di effetti favorevoli, per i terzi, salvo il rifiuto».

³⁹ In questi termini N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 219 ss., da cui sono tratte le parole riportate tra virgolette nel testo.

⁴⁰ N. LIPARI, op.cit., 215.

⁴¹ Sul contratto come fonte di obbligazioni v. D. CAVICCHI, sub art. 1173, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. CENDON, Milano, 2009, p. 3 ss.; U. PETRONIO, sub art. 1173, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, p. 5 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*³, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di) G. IUDICA-P. ZATTI *Tratt. dir. priv.*, Milano, 2025, p. 442 ss.

sferimento della proprietà, la costituzione o il trasferimento di un altro diritto reale (ad es. la vendita, la donazione, la permuta, o la costituzione del diritto di usufrutto), o anche di un altro diritto (ad es. la cessione del credito)⁴².

Il Codice civile italiano sulle orme del Codice civile francese del 1804 (art. 1138) e del Codice italiano del 1865 (art. 1125) e a differenza di quello tedesco (929 BGB), ha accolto, allontanandosi dalla tradizione romanistica che richiedeva per il passaggio di proprietà la *traditio*, il principio consensualistico. Ai sensi dell'art. 1376, infatti, intitolato *contratto con effetti reali* «nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso legittimamente manifestato»⁴³.

La distinzione tra contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori ha diverse conseguenze sul piano della disciplina e della incidenza del contratto sui terzi estranei al contratto. L'automaticità e l'immediatezza dall'acquisto comportano che il compratore di cosa certa e determinata diverrà, ancor prima che il venditore gli abbia consegnato il bene, proprietario con tutti i vantaggi e gli svantaggi che sul piano normativo da ciò possano derivare. Intanto l'acquirente avrà il potere di disporre del bene, così come il possesso, ancor prima che il bene gli venga consegnato, o anche del pagamento del prezzo, con tutti i corollari che ne derivano. Sulla vicenda traslativa, ad esempio, viene calibrato il rischio per il perimento o per il deterioramento della cosa alienata che viene sopportato dal titolare del diritto (*res perit domino*). Se dopo il perfezionamento del contratto ad effetti reali il bene dovesse perire per causa non imputabile all'alienante, l'acquirente non verrà liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione (ad es., trattandosi di una compravendita, il pagamento del prezzo) anche quando il bene non gli sia stato consegnato (art. 1465).

La regola sul rischio del perimento a carico del proprietario non è assoluta. Nella vendita a rate, ad esempio, il compratore assume dal momento della consegna del bene il rischio del perimento sebbene il trasferimento della proprietà sia sospensivamente condizionato al pagamento dell'ultima rata del prezzo (art. 1523).

Diverso è invece il modo di operare del meccanismo traslativo quando la particolare natura del bene esclude che il consenso possa attuare l'immediato trasferimento. Allora per l'efficacia del contratto si chiede l'operatività di un fatto diverso, a volte naturale a volte giuridico, che determina il differimento dell'effetto reale.

In questo senso l'art. 1378 stabilisce che «nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da essi stabiliti. Trattandosi di cose che devono essere trasportate da un luogo all'altro, l'individuazione avviene anche mediante la consegna al vettore o allo spedizioniere».

In questo caso l'effetto reale non è direttamente collegato al perfezionamento del

⁴² Sui contratti ad effetti reali v. G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, *passim*; ID., *I contratti a effetti reali*, in A. CHECCHINI-M. COSTANZA-M. FRANZONI-A. GENTILI-F. ROSELLI-G. VETTORI (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di M. BESSONE, XIII, 5, Torino, 2002, p. 15 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in (a cura di) F. GALGANO, *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 1376, p. 109 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 444 ss.; P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*², III., in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2023, p. 23 ss.; ID., sub artt. 1376-1378, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, cit., p. 810 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, cit., sub artt. 1376-1378, p. 343 ss.

⁴³ R. CATERINA, *Principio consensualistico*, in *Enc. dir.*, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 893.

contratto (al puro e semplice consenso legittimamente manifestato), ma si produce in quanto avvenga un fatto ulteriore, la c.d. *specificazione*. Lo stesso meccanismo si verifica nelle ipotesi di contratto che abbia ad oggetto una cosa futura ovvero altrui (artt. 1348, 1472, 1478, 651) dove per il verificarsi dell'effetto traslativo è necessaria la venuta ad esistenza della cosa futura, ovvero l'acquisto della cosa altrui da parte di chi ne ha disposto.

La regola sulla c.d. efficacia traslativa del contratto, che ha le sue radici culturali nel giusnaturalismo illuminista della codificazione francese e nella esaltazione della volontà, in grado di determinare il trasferimento del diritto col solo consenso, si salda col grande favore del codice del '42 per la circolazione della ricchezza e per la tutela degli acquirenti anche a scapito dell'alienante e/o dei terzi. L'automaticità dall'acquisto, infatti, sganciata dal pagamento del prezzo rende meno sicuro l'alienante, ma agevola il credito; così come il trasferimento a prescindere dalla consegna, nel caso dei beni mobili, e dalla trascrizione, nel caso dei beni immobili, può anche determinare ipotesi di legittimazione apparente a disporre del bene e non garantisce adeguatamente la sicurezza dei traffici.

Il principio consensualistico non è di ordine pubblico e le parti possono derogarvi. Talvolta, inoltre, l'accordo non è sufficiente per il prodursi dell'effetto reale, come nel caso della costituzione dei diritti reali di garanzia. L'ipoteca volontaria richiede oltre l'accordo che, comunque, ne costituisce il titolo, l'iscrizione nei registri immobiliari ai fini della costituzione (art. 2808 c.c.); così come perché sorga il diritto di pegno è necessario lo spossamento del debitore e la consegna del bene al creditore o a un terzo (art. 2786).

4.1. *Segue: deroghe codicistiche al principio di relatività: l'opponibilità ai terzi e il conflitto tra più diritti personali di godimento*

L'efficacia del contratto va, comunque, distinta dalla sua *opponibilità* che, a differenza della prima, riguarda il conflitto che può nascere, specie con riferimento ai contratti ad effetti reali, con i terzi che vantino un titolo incompatibile col diritto nascente dal contratto⁴⁴.

Quello, infatti, che può considerarsi un altro corollario del principio di relatività e cioè che “il contratto non è in grado di sottrarre al terzo i suoi diritti” trova “ampie e rilevanti eccezioni” che riguardano l'area degli *acquisti a non domino* e delle doppie alienazioni di un medesimo diritto. In queste ipotesi, in deroga al principio di relatività, il contratto è opponibile al terzo⁴⁵.

Nei contratti ad effetti reali (sia con efficacia immediata che differita) i conflitti che possono determinarsi tra i diversi acquirenti dal medesimo dante causa, infatti, trovano la loro risoluzione non nei principi che regolano l'efficacia, richiedendosi ai fini dell'opponibilità altre condizioni: ora, per quanto riguarda i diritti reali sui beni immobili l'antiorità della trascrizione (artt. 2643 ss.)⁴⁶, ovvero, per quanto riguarda i beni mobili il

⁴⁴ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 41 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Cod. civ. Comm.*², fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, 2013, sub art. 1372, p. 235 ss.

⁴⁵ In questo senso V. ROPPO, *op.cit.*, p. 491, da cui sono tratte le frasi riportate tra virgolette nel testo.

⁴⁶ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. civ. Comm.*², diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1998, sub art. 2644, p. 457 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 76 ss.

conseguimento del possesso di buona fede (art. 1155)⁴⁷, o ancora, per quanto riguarda i diritti di credito l'anteriorità della notifica (art. 1265)⁴⁸.

Con riferimento ai contratti ad effetti obbligatori un problema di opponibilità tra diritti incompatibili nascenti dal contratto è difficilmente ipotizzabile se non nel caso del concorso/conflitto tra diritti derivanti dalla concessione del medesimo diritto personale di godimento (comodato, locazione, noleggio, affitto, ecc.) a diversi contraenti sulla stessa cosa, che trova la sua disciplina proprio nell'ambito degli effetti del contratto all'art. 1380. La disposizione detta una disciplina per così dire *ibrida* che fa riferimento a tre diverse regole di risoluzione del conflitto. Quella adottata in via prioritaria dal legislatore dà la preferenza, nei limiti consentiti dal titolo, all'anteriorità nel conseguimento del godimento anche nei confronti di chi per ipotesi abbia il godimento attuale del bene.

Diversamente, quando nessuno dei contraenti ha conseguito il godimento prevarrà chi abbia un titolo di data certa anteriore, ovvero se ricorre l'ipotesi di cui all'art. 2643, n. 8 (contratti di locazione di beni immobili con durata superiore a nove anni) la preferenza verrà data, secondo le regole generali sulla trascrizione, a colui che per primo abbia trascritto il contratto rendendo irrilevante, in questo caso, la eventuale attuazione del diritto (il conseguimento del godimento)⁴⁹.

ABSTRACT: *Contracts and Third Parties*

After a brief overview of the concept of «contractual regulation» endorsed by the law in action, this essay focuses on the two principles that limit the effects of a contract towards third parties. First, the principles whereby a contract is binding only between the parties (known as the principle of binding force), second, the principle whereby contractual obligations apply only to those who have assumed them and not to others (known as the principle of «privity of contract»). The current scope and resistance of both principles is then tested on the constitutional principle of solidarity, and the hermeneutic canon of sustainability.

⁴⁷ S. PATTI, sub artt. 1153-1155, in A. IANNARELLI-F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà*, III, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2013, p. 636 ss.

⁴⁸ P. LAMBRINI, sub art. 1265, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, II, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2013, p. 776 ss.

⁴⁹ La regola dell'art. 2643, n. 8, viene richiamata insieme a quella di cui all'art. 2645 *bis* del codice civile, come applicabile ai sensi dell'art. 23 d.l. 12 settembre 2024, n. 133, 1° comma, ai *contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, diversi dalla locazione finanziaria, anch'essi trascrivibili a fini di prenotare un acquisto, per così dire, in corso di perfezionamento. Una normativa quest'ultima, c.d. del *rent to buy* ritenuta un'ulteriore tassello, in continuità con quella relativa alla trascrizione del preliminare (art. 2645 *bis* c.c.), della finalità del legislatore «di riequilibrare il sistema tradizionalmente imperniato sul principio consensualistico aprendosi alla considerazione di quelle operazioni negoziali in cui l'atto traslativo costituisce la fase ultimativa dell'iter configurato dai soggetti impegnati nella contrattazione» (G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente contrattazione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 492).

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC*

LA PERSONA JURÍDICA: UN NUEVO ACTOR EN EL PROCESO PENAL

SUMARIO: 1. Planteamiento. – 2. Un nuevo sujeto en el proceso criminal. – 3. Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento penal y la cuestión de la carga de la prueba. – 3.1. *La carga de la prueba corresponde a la defensa.* – 3.2. *La carga de la prueba corresponde a la acusación.* – 3.3. *Tesis “conciliadoras” o eclécticas.* – 4. Carga de la prueba, *in dubio pro reo* y momento procesal oportuno. – 5. Apunte sobre el control judicial de los programas de cumplimiento. – 6. Conclusiones.

1. Planteamiento

En relación a la temática del Congreso: *Third parties in Criminal Proceedings: new perspectives for a Human Rights oriented model of Criminal Justice*, he elegido una aportación sobre uno de los muchos aspectos planteados por la reciente introducción en nuestros sistemas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin duda, una de las temáticas más debatidas en las últimas décadas.

En realidad, la persona jurídica ya no se trata de un tercero, sino de un actor de primera magnitud en el proceso penal, y por eso mismo su incidencia en el régimen de derechos humanos, o si se prefiere, de los derechos fundamentales. Aquí, la confluencia constitucional del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal alcanza su punto más álgido. Y no solamente desde la perspectiva de la calidad de la ley penal (control constitucional del legislador) sino sobre todo desde la óptica de la aplicación de la norma (control constitucional de la interpretación judicial).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una moda novedosa de origen anglo-americano surgida a finales del siglo XX, ni siquiera en sus comienzos. Como Busato ha mostrado¹, tanto en el Derecho continental como en la tradición jurídica del *common law*, la responsabilidad penal de los entes colectivos (*universitas*) posee antecedentes durante los siete siglos precedentes al siglo XIX².

Por todos es conocida la célebre máxima *societas delinquere nec puniri potest*. Expresión generalmente atribuida al Papa Inocencio IV, que concibió las *universitas* como personas ficticias y por ello se consideró que no poseían capacidad de delinquir. En realidad, la explicación es teológica, pues al no tener cuerpo, voluntad y conciencia, tampoco tenían capacidad de ejercer acciones ni por tanto de sufrir castigos terrenales ni celestiales³. De modo que, desde este planteamiento puramente metafísico, es como se origina la tradición de negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴. Y como se aprecia ya, esta

*

¹ P.C. BUSATO, *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2019, p. 19 ss.

² En realidad, fue justo al revés, es decir, la responsabilidad penal corporativa no se originó en el sistema del *common law*, sino que lo fue en el *civil law* y desde este pasó luego al anglo-americano.

³ S. BACIGALUPO SAGESSE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, p. 48 ss.

⁴ En efecto, porque desde la aproximación de la Ciencia del Derecho, cómo debemos comprender la calificación de “ficción”: ¿qué significa exactamente “ficción” en un sistema normativo? ¿Apela a un concepto meta-legal

negativa se sustenta en tres grandes argumentos: las sociedades no poseen capacidad de acción; tampoco tienen capacidad de culpabilidad; e igualmente carecen de capacidad de sufrir penas⁵.

Y no fue hasta el Código Napoleónico de 1810 cuando comenzó a desaparecer de los textos punitivos, singularmente de los continentales-europeos, con un impacto casi absoluto. En efecto, porque la responsabilidad penal individual entronca con el espíritu individualista dominante en el Renacimiento, esto es, en el ideal humanista. Es así como se recobra la doctrina abandonada del *Corpus Iuris*, retomando el paradigma individualista del Derecho romano. Este giro se enmarca en el tránsito desde el feudalismo al incipiente modelo capitalista y en el empuje impulsado desde las revoluciones burguesas. Así pues, el código penal napoleónico inicia el modelo de la Ilustración sustentado en la responsabilidad penal individual, aunque sobrevivieron vestigios de la responsabilidad colectiva en el Derecho anglo-americano⁶. Pero en ningún modo es una novedad jurídica como tal, sino más bien, desde cierta óptica, una desviación del modelo penal ilustrado, en el que tenía atribuida una responsabilidad civil o de partícipe a título lucrativo⁷.

Ahora bien, una vez iniciado el siglo XX, el gran impulso a la responsabilidad penal de las entidades viene desde los EEUU, donde se desarrolló fuertemente por varios factores y fue aceptada constitucionalmente hace más de cien años⁸. Y ciertamente existe una diferencia de enfoque entre el ámbito jurídico anglo-americano y el romano-germánico. Esta divergencia se acentúa especialmente a partir del inicio del siglo XX, fruto de la intensificación del proceso industrializador, imprimiendo un importante giro dentro de la tradición anglosajona, al introducir infracciones “*mens rea*” (intencionales) en la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹.

Lo bien cierto es que, a excepción de Alemania, en el resto de Europa y en gran parte de América latina, ya se ha introducido la responsabilidad penal de las personas morales en los ordenamientos positivos. A esta realidad normativa acompaña un intenso debate que se inicia ya respecto a su misma justificación y eficacia político criminal. Además, cobra relieve constitucional por su complejo acomodo a derechos fundamentales, en especial el riesgo de

o tal vez a un pre-concepto general originado en una concepción ontológica? Y por ello, al carecer de corporeación en un objeto material, posee solo una naturaleza ficticia o irreal.

⁵ Pero ya entre los canonistas esta idea no fue pacífica. Ni tampoco puede entenderse que acabara de golpe con la responsabilidad penal de las colectividades, que se mantuvo, aunque limitadamente en supuestos de acción conjunta de los miembros del ente. Solamente puede entenderse como el inicio de un largo camino de una de las formas posibles de entendimiento del problema. Y en este camino el movimiento humanista y racionalista aupado por la Ilustración vino a reducir la responsabilidad penal exclusivamente a las personas naturales. Esta corriente fue imponiéndose en los dos siglos siguientes, llegándose a convertir en un postulado que se creyó inamovible.

⁶ P.C. BUSATO, *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.

⁷ Es más, la responsabilidad de la persona jurídica ha constituido y constituye un debate complejo en el Derecho civil que arranca desde su mismo concepto y llega hasta su naturaleza. Ha sido denominada como “persona moral”, “*persona ficta*”, “persona civil”, hasta generalizarse la designación germana de “persona jurídica”. Pero esta aceptación no está ni mucho menos exenta de una permanente crítica. Ello porque, entre otros aspectos, arrastra la célebre disputa entre la concepción formalista de SINIBALDO DEI FIESCHI, luego ampliada por SAVIGNY (“teoría de la ficción”), que mantenía la tradición de la doctrina romano-canónica, frente a la moderna “teoría de la realidad” de von GIERKE.

⁸ Sobre el desarrollo en los EEUU, E. GÓRRIZ ROYO, *Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo*, en *InDret*, núm. 4, 2019, p. 34 ss.; y, G. MENÉNDEZ CONCA, *El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU.*, en *Revista Penal*, núm. 53, 2024, p. 131 ss.

⁹ J.A.E. VERVAELE, *Internacionalización del Derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos*, Lima, 2015, p. 77 ss.

su aplicación como una responsabilidad objetiva, derivada y automática (principio de culpabilidad). En efecto, pues como ya advirtiera magistralmente Bricola en la década de los setenta,¹⁰ el reto de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, más que de contenido dogmático, lo es de calado constitucional.

También, ya con Tiedemann¹¹, se advirtió tanto del predominio del tráfico jurídico-económico a través de las sociedades, como del inicio de una intensa discusión acerca de su auténtica naturaleza penal. Y ciertamente algunos sectores doctrinales siguen negando abiertamente su estatuto penal y por ello la caracterizan como meramente administrativa. Otros, la conciben como una suerte de *tertium genus* próximo al ambiguo término manejado en el derecho de la UE como “*materia penal*”. Y, otros, también escépticos con su naturaleza penal, la entienden como una suerte de participación singular en el delito.

Por consiguiente, ni queda suficientemente claro el fundamento de esta responsabilidad de la persona jurídica, ni menos aun el juego de los *programas de cumplimiento criminal* y su control por el poder judicial. Menos clara resulta la tendencia a aceptar la validez de certificaciones externas con eficacia jurídico-penal. En cualquier caso, parece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ocupa ya un lugar central en el emergente Derecho penal económico y de la empresa¹².

2. Un nuevo sujeto en el proceso criminal

La introducción en los ordenamientos europeos y latinoamericanos de la responsabilidad penal de la persona jurídica a partir de la última década del siglo pasado, ha comportado este interminable gran debate doctrinal y desde luego tan diferentes como controvertidas recepciones en las distintas praxis jurídicas. Y, el debate alcanza tanto al Derecho penal sustantivo como al Derecho procesal penal.

Desde la óptica procesal, ha comportado la aparición de un nuevo sujeto activo y consiguientemente el nacimiento de una nueva parte acusada en el proceso penal.

Y ya no la tradicional parte considerada exclusivamente como responsable civil o “tercero a título lucrativo”. En efecto, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica exige dotarla de un estatuto procesal independiente y autónomo del que goza la persona física.

Ello comporta necesariamente reconocerle de un estatuto procesal completo como parte acusada, que sin duda constituye una indiscutible exigencia constitucional.

Pues bien, desde la perspectiva de este Congreso, expongo una cuestión en la que confluyen ambas disciplinas, sustantiva y procesal.

¹⁰ F. BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei Paesi della C.E.E.)*, en S. CANESTRARI e A. MELCHIONDA *Scritti di Diritto Penale* (a cura di) Vol. II, Tomo II, Milano, 1997, p. 3066 y ss. Un análisis comparado de la época puede verse en F. BRICOLA, *Il costo del Principio 'societas delinquere non potest' nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, en S. CANESTRARI e A. MELCHIONDA, *Scritti di Diritto Penale* (a cura di) Vol. II, Tomo II, Milano, 1997, p. 2975 ss.

¹¹ K. TIEDEMANN, *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Lima, 1999. Y.K. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia, 2010.

¹² En este sentido, A. MELCHIONDA, *Evolución y características actuales del Derecho penal económico*, en *Revista Penal*, núm. 50, junio 2022, p. 194 ss.

3. Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento penal y la cuestión de la carga de la prueba

La naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento criminal ha desatado una aguda controversia que, trascendiendo el ámbito del Derecho penal sustantivo, ha alcanzado su punto culminante en una importante discusión procesal con contenido constitucional. Así, según la diferente naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento, se deriva directamente una u otra posición en materia de carga de la prueba¹³.

Este debate se inscribe en otro más amplio y clásico como es el de la carga de la prueba de las eximentes, de las excusas o incluso de ciertas características atribuidas al tipo¹⁴.

Para llegar a este nivel de discusión, muchos autores previamente recurren a la búsqueda del fundamento de todo el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. De modo que, el punto de partida lo constituye el fundamento del modelo, que a su vez determina seguidamente la naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento penal y sucesivamente también fija los estándares probatorios. Sin embargo, tal reducción no resulta del todo exacta y requiere algunos matices. Procederé a su exposición agrupando las posturas no desde el criterio del fundamento del modelo o de la naturaleza de las condiciones, sino directamente desde un prisma constitucional y pragmático: la posición propuesta en materia de carga de la prueba.

De forma muy simple se podría decir que existen tres grandes posturas al respecto¹⁵.

3.1. La carga de la prueba corresponde a la defensa

Esta solución se defiende desde dos diferentes concepciones del fundamento del modelo de responsabilidad criminal de la persona jurídica, pero que sin embargo parecen coincidir en que las condiciones poseen idéntica naturaleza de eximentes.

Unos, que partiendo de una interpretación literal del texto legal, de heterorresponsabilidad o transferencia, no muestran una preocupación excesiva por

¹³ En el caso español, este debate ha enfrentado a la doctrina mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra la Fiscalía General del Estado de España (FGE). Una precisa exposición y crítica de todas las posturas doctrinales y jurisprudenciales puede verse en: A. DEL MORAL GARCÍA, *Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Presente y perspectivas*, en J.L. GÓMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, 2019, p. 675 ss.; M.J. DOLZ LAGO, *Doctrina de la FGE sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia*, 2019, p. 125 ss.; M.J. DOLZ LAGO, *Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre responsabilidad penal de las personas jurídica. Análisis de los requisitos del art. 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes*, LL, núm. 8796, 2016; J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)*, 2019, p. 415 ss.; y, A. GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, especialmente en p. 80 ss.; R. VEIGA VÁZQUEZ, Catálogo jurisprudencial del tribunal Supremo sobre la materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en J. A. FRAGO AMADA (director), *Actualidad Compliance 2019*, Pamplona, 2019, p. 153 ss.; J.A. FRAGO AMADA, ¿Es absolutamente necesaria la culpabilidad en el delito corporativo?, en FRAGO AMADA, (director) *Actualidad Compliance 2019*, Pamplona (Cizur Menor. Thomson Reuters-Aranzadi), 2019, p. 212 ss.

¹⁴ A. CUERDA RIEZU, *La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?*, en *InDret*, núm. 2, 2014, p. 1 ss.

¹⁵ Con matices en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, en *EPCr*, 2019, p. 643 ss.

construir estructuras de imputación reflejas de la teoría jurídica del delito en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se contentan con la exigencia de los requisitos legales y que su aplicación se desarrolle conforme a parámetros constitucionales¹⁶. En este sentido, de la lectura literal de algunos textos legales vigentes se infiere que los programas de cumplimiento penal poseen un régimen equivalente al de las “eximentes”. Consecuentemente la carga de la prueba como poco debe ser compartida entre acusación y defensa, aunque como generalmente será esta última la que la aduce, el impulso y mayor peso probatorio recaerá sobre ella. Por consiguiente, quien alega que una sociedad posee un programa de cumplimiento penal eficaz, deberá soportar la carga de la prueba, que como se recordará, básicamente consiste en demostrar su idoneidad para reducir el riesgo de comisión delictiva. Así, si la sociedad alega en el proceso penal que ha adoptado y ejecutado un *programa de cumplimiento*, le corresponderá a ella acreditar su idoneidad¹⁷. De esta forma remiten a la doctrina general de carga de la prueba de eximentes y excusas.

Y otro sector, llega a esta misma conclusión quienes muestran una preocupación por extender las categorías dogmáticas de la teoría jurídica del delito en sede de responsabilidad de la persona moral. A tal efecto diferencian entre los elementos que integrarían la imputación objetiva, coincidentes con lo que otros denominan “*presupuestos comunes*” y “*hechos de conexión*”. Y, de otra parte, consideran el “defecto de organización” como equivalente a una culpabilidad propia de la persona jurídica. De modo que, la imputación subjetiva de la responsabilidad penal de la persona moral radicará en la ausencia de medidas eficaces para evitar la comisión de delitos o para reducir el riesgo de su comisión. El reproche a la sociedad expresa un “defecto de organización” por su negligencia al no haber adoptado medidas eficaces o no haberlo hecho suficientemente. Consecuentemente con esta construcción, los programas de cumplimiento penal poseen naturaleza de causas de inculpabilidad y por ende son equivalentes a las eximentes¹⁸. En resumen, también desde un entendimiento como modelo de autorresponsabilidad se llegaba a la misma conclusión en materia de la carga de la prueba.

Refuerza esta interpretación que solo la empresa puede acometer la comprobación de la idoneidad de su programa por cuanto es la única que posee toda la información¹⁹.

¹⁶ En similar línea, entre otros, B. DEL ROSAL BLASCO, *Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado*, en *Diario La Ley* núm. 8733, 2016, p. 2016; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas*, en *DLL* núm. 8766, 2016; J. LEÓN ALAPONT, *Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 y 31 quater CP*, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, pp. 1-36; J. LEÓN ALAPONT, *Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba*, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020.

¹⁷ En palabras de la Fiscalía General del Estado de España, se trataría de “causas personales de exclusión de la punibilidad” (Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado).

¹⁸ Entre otros, puede verse J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo), en J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y E. B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (directores) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Pamplona, 2015, p. 223; N.J. DE LA MATA BARRANCO, *La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal*, en J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI (director) *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Pamplona, 2013, p. 253; J. FERNÁNDEZ TERUELO, *Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación* (CP art. 31 bis 1, 2 inciso 1º y 5º), en JUANES PECES (director) *Responsabilidad penal y y procesal de las personas jurídicas*, Madrid, 2015, p. 79.

¹⁹ Argumenta y desarrolla esta tesis con múltiples argumentos constitucionales, técnico-jurídicos y prácticos M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento*, en *DLL* núm. 8522, 2016; del mismo, *Programa de cumplimiento penal y política legislativa*, Valencia,

3.2. La carga de la prueba corresponde a la acusación

Una segunda línea interpretativa parte de un entendimiento del modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica en clave de *hecho propio* y de *culpabilidad propia* de la persona jurídica (autorresponsabilidad), construida como una suerte de *prototipo* teórico al margen del texto legal y desde parámetros funcionalistas. Esta construcción sucintamente se estructura en un injusto propio de la persona moral relativo *al defecto de organización*, y en una culpabilidad propia consistente en una *cultura del incumplimiento de la legalidad*²⁰.

De aquí infieren que las condiciones exigidas para medir la idoneidad preventiva, o más exactamente, que los programas de cumplimiento penal en su totalidad, se configuran como elementos del tipo de la responsabilidad propia de la empresa. Desde este entendimiento niegan su naturaleza de eximentes o de causas personales de exclusión de la punibilidad²¹. Consecuentemente con este planteamiento, la carga de la prueba no puede recaer sobre la defensa, sino que entonces corresponde a la acusación probar que la empresa no poseía el elemento del tipo relativo al programa de cumplimiento eficaz²².

Pero sus críticos advierten que de esta forma arrastran a la acusación a una prueba diabólica e imposible, en la medida que deberían probar un “hecho negativo”: que la empresa no está bien organizada y carece de un programa eficaz de prevención. En consecuencia, concluyen que esta doctrina conduce a un modelo probatorio excepcional y privilegiado y al vaciamiento e impunidad del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas.

Obsérvese que esta exégesis entiende que el presupuesto o tipo de la responsabilidad penal de la persona jurídica está también integrado por un requisito negativo: no poseer un programa de cumplimiento eficaz. Por ello sus seguidores hablan de su comprensión como “*elementos negativos del tipo*”. De modo que, al configurar los programas de cumplimiento como un elemento del tipo objetivo, integra el núcleo esencial del presupuesto, y su ausencia -esto es, la constatación de un programa eficaz- supone afirmar la inexistencia de la misma infracción (atipicidad)²³. Para ello se valen de la de la no menos discutida categoría de los “*elementos negativos del tipo*”.

2016, p. 32 ss.; y del mismo: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento*, en *DLL*, núm. 8861, 2016.

²⁰ Su principal impulsor es C. GÓMEZ-JARA DÍEZ y puede verse entre otras obras en: Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad), ambos en M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ y C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2016, respectivamente p. 105 ss. y 128. En un sentido muy coincidente B. FEIJÓO SÁNCHEZ, Las consecuencias jurídicas del delito, en M. BAJO FERNÁNDEZ, FEIJÓO SÁNCHEZ y C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2016, p. 278 ss.

²¹ B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el CP español*, Pamplona, 2ª edición, 2016, p. 177 ss.; del mismo, *Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la FGE1/2016 y Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo*, en *InDret*, núm. 2, 2016.

²² Esta es la tesis sostenida por la mayoría en la STS 154/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:61). Advertir que, aunque se trata de una sentencia de Pleno, solo ocho de los 15 magistrados la suscriben, formulándose siete votos particulares, todos precisamente por discrepar en la cuestión aquí expuesta.

²³ De aquí deriva la crítica a su entendimiento como “excusa absolutoria” sostenida en la Circular 1/2016 de la FGE, pues conforme a esta última el programa de cumplimiento eficaz elimina la responsabilidad penal pero no el hecho ilícito.

Ciertamente, como apuntó Górriz Royo, esta interpretación que entiende los programas de cumplimiento penal como causas de atipicidad, deviene de difícil compatibilidad con la regulación legal positiva, entre otras, de la española²⁴. En efecto, porque ésta permite apreciar los citados programas como simples atenuantes de la responsabilidad criminal de la persona jurídica. Y entonces obliga, de seguir aquella exégesis, a hablar de una extraña “tipicidad parcial” o atenuada.

También encontramos autores que simplemente aducen que la *probatio diabólica* se produciría si fuera la defensa la que tuviera que cargar con la prueba de que no hubo un defecto de organización²⁵.

3.3. Tesis “conciliadoras” o eclécticas

También podría decirse que circula una suerte de tesis de compromiso, eclécticas o conciliadoras entre ambas posturas. O más exactamente una exégesis más ajustada al tenor de la ley. Pueden a su vez exponerse en tres diferentes.

a) Sistemas legales de doble vía. En efecto, porque esta tesis mixta se levanta desde la diferente consideración de los dos *hechos de conexión*, esto es, del régimen legal de *doble vía*²⁶. Así, distingue si el delito ha sido cometido por representante, administrador o directivo, o si por el contrario fue cometido por un empleado/subordinado. En el primer caso el régimen de las condiciones se acercaría al de las eximentes y consecuentemente la carga de la prueba recaería generalmente en quien lo alegue, es decir, en la empresa. Mientras que, en el segundo supuesto, empleados/subordinados, el cumplimiento de las condiciones, y con ello la eficacia del *compliance*, se asemejaría a un requisito integrante de la tipicidad, de suerte que su acreditación corresponderá siempre a la acusación²⁷.

b) A similares resultados se llega también desde otro planteamiento, aunque en el fondo conserva idénticas premisas. Así, se propone conciliar la primera y segunda propuesta, diferenciando entre un cotejo de la eficacia de las medidas en relación al delito cometido, y otro global del conjunto del programa. De modo que, si el análisis se limita a la eficacia de las medidas adoptadas en relación al delito de referencia, corresponde a la acusación demostrar su ineficacia en el caso concreto. Por el contrario, si el examen de idoneidad se proyecta sobre la totalidad del *programa de cumplimiento*, corresponderá a la defensa su demostración. Para ello se aduce que, en este segundo caso, solo la empresa está en posesión de toda la información necesaria para efectuar un análisis global²⁸.

²⁴ E. GÓRRIZ ROYO, *Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo*, en *InDret*, núm. 4, 2019, p. 20.

²⁵ V. GÓMEZ MARTÍN, *Falsa alarma. O sobre por qué la LO 5/2010 no deroga el principio societas delinquere non potest*, en S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (directores), *Garantías penales y Derecho penal europeo*, Madrid, 2012, p. 252.

²⁶ Sobre la importancia de la distinción, y las graves consecuencias de confundir ambos, J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)*, 2019, p. 415 ss.

²⁷ Pero en mi opinión, como ya he expuesto, no cabe hablar en ningún caso de una causa de atipicidad. Entre otras razones, porque al poderse apreciar como atenuante tendría que hablarse de una imposible “tipicidad parcial”. Cuestión distinta es que, en el caso de empleados/subordinados, la carga de la prueba la deba soportar la acusación.

²⁸ En este sentido C. GÓMEZ DÍEZ-JARA, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Pamplona, 2017 y 2019, pp. 87-92.

c) Una lectura matizada de los programas de cumplimiento como *elementos negativos del tipo*. La diferencia marcada de esta tercera línea exegética se encuentra precisamente en la exigencia de la no implantación de un programa de cumplimiento. Esto es, de la naturaleza de “elemento negativo”, que, necesariamente, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras, que “la carga de la alegación de este factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa”. De suerte que, si ésta se abstiene de solicitarla, no amaga con aportar un plan de cumplimiento, ni tampoco demuestra que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a los requisitos perfilados en el Código Penal, “será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento”. A partir de aquí, se exponen varios ejemplos respecto a diversos delitos y causas de exención relativos a personas naturales que vienen a corroborar esta interpretación procesal. Finalmente se concluye afirmando: “La abulia indagatoria y probatoria sobre ese elemento negativo, no ha de traducirse necesariamente en una duda sobre su consecuencia”. La presunción de inocencia no obliga a presumir que todas las personas jurídicas en general cuentan con un programa de cumplimiento “ajustado a las exigencias del Código Penal”. Es más, incluso se añade que «la desidia en las alegaciones o aportaciones probatorias de la persona jurídica acusada se erigiría en elemento que permite razonablemente entender desactivada esa presunción»²⁹.

4. Carga de la prueba, in dubio pro reo y momento procesal oportuno

Expuesta así la cuestión debatida, o se acude a la doctrina de los *elementos negativos del tipo*, o por el contrario se aborda desde la clásica de las circunstancias eximentes. En este último caso, la cuestión remite a la doctrina general ya existente, consolidada y conocida. Esta sintéticamente se resume en:

- a) la carga probatoria de eximentes y atenuantes corresponde a la parte que las alega;
- b) dichas circunstancias han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo;

y,

²⁹ La doctrina jurisprudencial sobre carga probatoria de eximentes y atenuantes puede verse, por todas, en la STS 645/2018, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4168). Justamente respecto a esta última cuestión se han alzado voces críticas. En efecto, porque esta doctrina general sobre la carga de la prueba, tal como viene configurada y aplicada, puede ofrecer dudas sobre su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia. Pero no solo en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que las ofrece en general, esto es, a su estimación respecto a personas naturales. Esta tesis crítica con la doctrina general de la carga probatoria de eximentes y atenuantes expone muy convincentemente que, en nuestro modelo constitucional de proceso penal, lo que exige el art. 24.2 CE es que el acusado no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un *hecho constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad penal*. Esta interpretación fue sostenida por primera vez en la STS 639/2016, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3520), siendo ponente Luciano Varela Castro. Esta tesis crítica con la doctrina general de la carga probatoria de eximentes y atenuantes expone muy convincentemente que, en nuestro modelo constitucional de proceso penal, lo que exige el art. 24.2 CE es que el acusado no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un *hecho constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad penal*. En suma, esta perspectiva advierte que la presunción de inocencia no distingue entre hechos según sean favorables a una u otra parte. Por ello propone una nueva formulación de las categorías de carga material y formal de la prueba que no olvide que lo que se tiene que demostrar en la culpabilidad más allá de toda duda razonable, y nunca a la inversa, la inocencia más allá de toda duda razonable. En parecidos términos críticos se expresa A. DEL MORAL GARCÍA, *Compliance en la doctrina de la Sala Segunda...*, p. 695 s.

c) «en lógica consecuencia para estas circunstancias no rige la presunción de inocencia»³⁰.

Justamente respecto a esta última cuestión se han alzado voces críticas. En efecto, porque esta doctrina general sobre la carga de la prueba, tal como viene configurada y aplicada, puede ofrecer dudas sobre su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia. Pero no solo en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que las ofrece en general, esto es, a su estimación respecto a personas naturales³¹.

Esta tesis crítica con la doctrina general de la carga probatoria de eximentes y atenuantes expone muy convincentemente que, en nuestro modelo constitucional de proceso penal, lo que se exige es que el acusado no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un *hecho constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad penal*³². En suma, esta perspectiva advierte que la presunción de inocencia no distingue entre hechos según sean favorables a una u otra parte³³. Por ello propone una nueva formulación de las categorías de carga material y formal de la prueba que no olvide que, lo que se tiene que demostrar, es la culpabilidad más allá de toda duda razonable, y nunca a la inversa, la inocencia más allá de toda duda razonable.

Por ello, entender que la acusación debe probar la culpabilidad de la persona jurídica, en este caso que presenta déficit de *cultura de cumplimiento* y *defecto de organización*, sería como exigir que se probara en cada proceso contra una persona física que ésta es imputable, esto es, que no presenta ninguna enfermedad mental³⁴. Es decir, simplemente va contra el más elemental sentido común. A lo que añado que tampoco resulta neutral. De ahí que la regla de *in dubio pro reo* debe operar con relación a los programas de cumplimiento penal de la misma forma que lo hace con el resto de eximentes previstas para las personas naturales³⁵.

Respecto al momento procesal oportuno para que judicialmente se resuelva la concurrencia de las condiciones de los programas de cumplimiento, esto es, de su eficacia, y consecuentemente poderse declarar su absolución, deben aplicarse las reglas generales. Así pues, más allá de aplicar la doctrina clásica en eximentes como la legítima defensa, que obliga a esperar a su declaración en el juicio oral, se abre paso la tesis de poder apartar a la persona jurídica del procedimiento si ya durante la instrucción el juez considera acreditado que la sociedad posee un programa de cumplimiento penal eficaz e idóneo³⁶.

³⁰ La doctrina jurisprudencial sobre carga probatoria de eximentes y atenuantes puede verse, por todas, en la STS 645/2018, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4168).

³¹ *Cfr.* con el análisis crítico de la jurisprudencia sobre esta materia expuesto por A. DEL MORAL GARCÍA, *Compliance en la doctrina de la Sala Segunda...*, 2019, p. 695 ss.

³² Esta interpretación fue sostenida por primera vez en la STS 639/2016, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3520), siendo ponente Luciano Varela Castro.

³³ Sobre la discusión, críticamente con la doctrina tradicional, puede verse: J. J. LÓPEZ ORTEGA, *¿Puede imponerse alguna carga probatoria a la defensa? ¿Quién debe cargar con la acreditación de la validez de la fuente de prueba? ¿De qué estrategias dispone la defensa para combatir racionalmente la hipótesis acusatoria?*, en *113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, en *Cuadernos Digitales de Formación*, vol. 31; J. NIEVA FENOIL, *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debería ser abolida*, en *Revista Italo-española de Derecho procesal*, 1/2018; J. L. RAMÍREZ ORTÍZ, *Dos retos de la presunción de inocencia: suficiencia probatoria y cargas probatorias defensivas*, en *Lógica científica y valoración probatoria. Especial referencia a las pruebas biológicas*, Madrid, 2020.

³⁴ A. DEL MORAL GARCÍA, *Compliance en la doctrina de la Sala Segunda*, cit., pp. 697-698.

³⁵ *Ibidem*, p. 699 ss.

³⁶ A. DEL MORAL GARCÍA, *Compliance en la doctrina de la Sala Segunda*, cit., p. 701. En la que cita en este sentido a la STS 202/2018, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1630).

Pero para ello, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional penal comprobar y valorar si el programa de cumplimiento presentado satisface todas las exigencias legales en el caso concreto.

5. *Apunte sobre el control judicial de los programas de cumplimiento*

¿Qué debe evaluar o juzgar el juez penal? ¿Categorías no contempladas en la ley penal y de naturaleza gerencial como la “cultura de cumplimiento” o el “defecto de organización”? ¿O por el contrario debe comprobar la concurrencia de los presupuestos, condiciones y requisitos contenidos en la norma? ¿Debe valorar la contribución de la persona jurídica al fundamento del injusto, esto es, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado?

Desde luego mi opinión no coincide con la mantenida por la jurisprudencia española mayoritaria. Considero que el debate jurídico acerca de si un *programa de cumplimiento criminal* posee eficacia eximente o atenuante solo es posible después de la comprobación de los *presupuestos* legales y siempre que la sociedad alegue estar en posesión de un *programa de cumplimiento*. Es entonces cuando corresponde examinar por el juez penal si el *programa* aportado satisface las condiciones y requisitos legales para desplegar su eficacia eximente o atenuante. De aquí, que exactamente igual que sucede con las circunstancias eximentes, no debe confundirse el fundamento de la exención, ni su naturaleza jurídica, con las exigencias legales para apreciarlo. En realidad, uno y otra se extraen de su concreto régimen jurídico.

También he expuesto mis argumentos para afirmar que la verificación del programa por el juez debe realizarse respecto del delito concreto enjuiciado, y no debe convertirse en una verificación global o total acerca de si el programa expresa una *cultura de cumplimiento* por parte de la empresa. Un proceso penal no es una auditoría, ni menos una consultoría.

Así mismo considero que los programas de cumplimiento penal, en materia probatoria, están sometidos al mismo régimen que las eximentes. Y que este régimen probatorio debe abandonar la tesis clásica y avanzar hacia una más acorde con el derecho a la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo*. Ahora bien, como regla general, la alegación e impulso probatorio de la eficacia del programa de cumplimiento penal corresponde a la defensa, muy especialmente en los supuestos de comisión del delito vía art. 31 bis 1 a) y con la exigencia de las condiciones contenidas en el art. 31 bis 2 CP.

Por otra parte, nada impide que el juez de instrucción pueda sobreseer la responsabilidad penal de la sociedad por haber presentado el programa de cumplimiento. Con otras palabras, no siempre es imprescindible resolver sobre la idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento penal en el juicio oral. Pero trasladando aquí el parámetro de *más allá de toda duda razonable* y de en cualquier caso si existe duda ha de resolverse a favor del acusado, no parece fácil imaginar casos reales en los que, procediendo la comisión del delito de un representante, administrador o directivo, el juez de instrucción ya pueda valorar tan tempranamente la concurrencia de todas las condiciones requeridas en el art. 31 bis 2 CP. Por el contrario, en los supuestos operados a través del art. 31 bis 1 b) y de las condiciones del art. 31. 4 CP, será posible contemplar algunas hipótesis de sobreseimiento.

No obstante, los debates expuestos, no creo que sea el único al que la secuencia le conduce a una paradoja: porque al menos a primera vista, pareciera que la previa comisión de un delito es la prueba misma de la inidoneidad del modelo preventivo. Esta paradoja resulta más intensa todavía en los supuestos de comisión del delito por representantes,

administradores y directivos. Es entonces cuando se acentúan los interrogantes ¿Quién puede garantizar *ex ante* a la empresa y a sus administradores que el programa encargado y pagado es apto o idóneo en el proceso penal? ¿Quién garantiza la funcionalidad del modelo? ¿Cuántas veces podemos afirmar que un programa ha evitado la comisión de un concreto delito en una empresa?

Alguna tendencia del mercado evidencia estas dudas, de modo que se evitan gastos de dudoso rendimiento y solo se adoptan los programas después del juicio, esto es, como atenuante *ex post*. Porque aquí si ya ha habido una verificación explícita por el propio juez. En este contexto también resulta cuestionable el alcance de las certificaciones. La Fiscalía General del Estado afirma que es un elemento adicional en la valoración, que por supuesto corresponde en exclusiva al juez penal. Además, como apunta algún autor, las certificaciones pueden tener un doble filo, pues si se exagera la eficacia preventiva del programa, después, durante el proceso penal, esta sobrevaloración puede volverse en contra del certificado³⁷.

Así pues, si se desea mantener este sistema de privilegio de la autorregulación y otorgar a los programas de cumplimiento una eficacia tan generosa, al menos debería crearse un órgano público y un procedimiento regulado profusamente. Hay ciertas experiencias en el Derecho comparado. De esta forma ya no sería la mayoría de los propios jueces penales los que graciosamente licencian a las empresas, generalmente pero no siempre, mediante el libramiento de una presunción de idoneidad a sus instrumentos de autorregulación.

6. Conclusiones

CRÍTICA 1. Al fundamento de la responsabilidad penal como defecto de organización y carencia de una cultura de cumplimiento normativo.

En efecto, porque esta doctrina fundamenta la condena a la persona jurídica en una infracción realizada por ella y diferente al hecho atribuido a la persona física. Es decir, en una responsabilidad propia y donde el defecto de organización juega un papel esencial. “Que no sea eso lo que dice el Código Penal no parece importar. Para el Tribunal es muy relevante que la existencia de un sistema de organización y control pueda comportar la exención de responsabilidad”. Añade que además se aparta de la concepción original de TIEDEMANN, que concebía los programas como eximente de la culpabilidad, por lo que el hecho seguía siendo ilícito, pero no culpable. Pero la tesis de la mayoría da un salto sin precedentes al trasladar esta idea hasta la relevancia del hecho, esto es, a la tipicidad, desplazándola de su lugar original como fundamento del reproche a la sociedad. De suerte que, poseer un programa de cumplimiento exonera de responsabilidad porque el hecho ya no es típico. Todo ello porque se parte de la existencia de un deber de regulación del control mediante los programas de cumplimiento, cuya infracción es la que fundamente la responsabilidad criminal de la persona jurídica.³⁸

Pero como acertadamente apunta CARBONELL MATEU, el planteamiento sustentado por este sector doctrinal y jurisprudencial admite la lectura inversa: «el delito no es la estafa, el fraude fiscal o el vertido de residuos; no parece que lo importante sea el significado, sino que a éste se llegue porque no ha habido el debido control con la consecuencia evidente -no

³⁷ I. ORTÍZ DE URBINA GIMENO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales*, 2016, p. 185.

³⁸ La persona jurídica como sujeto activo del delito, en *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña*, Madrid, p. 597.

sé si deseada- que implica: estafar, cometer delito fiscal o verter residuos radioactivos con *compliance* no es delito, aunque concurra dolo directo». De esta forma, ignorando de forma flagrante el principio de legalidad, traslada al tipo un elemento inexistente en la regulación legal³⁹. En esta línea apunta Galán Muñoz que esta concepción no fundamenta la responsabilidad penal en un hecho concreto, que en realidad no importa, sino en un “defecto estructural derivado de una insuficiente cultura corporativa”, por lo que se enjuicia es una suerte de “valoración global” de la estructura, organización y cultura de la empresa⁴⁰.

Es decir, según esta doctrina sería atípica para la persona moral, mientras que podría seguir siendo típico el hecho de referencia para una persona física. Y a esta conclusión se llegaría anticipadamente de la valoración de los presupuestos legales, en la medida que se alzaprima, o se sitúa al mismo nivel de relevancia penal, la exhibición de un programa de cumplimiento.

A esta transmutación se suma un inaudito efecto procesal: es a la acusación a la que corresponde probar la concurrencia del elemento negativo del tipo (la ausencia o ineficacia del programa de cumplimiento). Porque lo relevante, para la mayoría, es la falta de control, la infracción del deber, no la comisión de hechos delictivos. De modo que, como sigue exponiendo CARBONELL MATEU, esta tesis posee un resultado paradójico sobre el derecho a la presunción de inocencia: «la comprobación de la realización de un hecho típico más allá de toda duda razonable -que se cometió dolosamente un fraude fiscal- no enerva la presunción de inocencia si no se demuestra -más allá de toda duda razonable- que el sistema de control no es eficiente para evitar otro fraude fiscal. Es difícilmente concebible una perversión similar del lenguaje»⁴¹. Nada que añadir y como el citado autor, reitero mi coincidencia con los razonamientos esgrimidos en los votos particulares de la referida sentencia.

En resumen, es compartido el interés por lograr una interpretación conforme a la Constitución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero este objetivo no se logra en ningún caso, a través de un entendimiento del precepto en clave del modelo vicarial estricto. Pero tampoco mediante el recurso a un constructo teórico tan difuso como la noción de “cultura de cumplimiento”, que choca frontalmente con la garantía material del principio de legalidad, y se sustenta en una responsabilidad global, esto es, por “conducción de vida” fundamentada en la idea de infracción del deber y no en la tutela de bienes jurídicos. Y que, además, conecta con un entendimiento moral del Derecho penal, pues en realidad conecta esta interpretación con la idea de “ética empresarial”. Es decir, con el retorno encubierto al privilegio de la autorregulación⁴².

CRÍTICA 2. La doctrina de los “elementos negativos del tipo”. Esta elaboración teórica permite, al menos aparentemente, construir un sólido argumento para trasladar a la

³⁹ *La persona jurídica como sujeto activo del delito*, cit., p. 698.

⁴⁰ A. GALÁN MUÑOZ, *Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después*, en *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, Vol. núm. 2, julio 2023, p. 9 ss.

⁴¹ *La persona jurídica como sujeto activo del delito*, cit., p. 598 ss.

⁴² Y este retorno se acentúa aún más, si recordamos que en España las certificaciones de los programas de cumplimiento no proceden de un organismo público sino privado. Recientemente, entro otros muchos, destaca también esta característica R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Accesoriedad, regulación y Derecho penal económico. Una propuesta de teorización desde la regulación del insider trading y de la corrupción privada*, Valencia, 2024, p. 118 ss. Me ocupé de esta cuestión en J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Valencia, 2020, pp. 217-220.

acusación la prueba y su carga de la idoneidad de los programas de cumplimiento. Sin embargo, ello no es así ni desde la perspectiva sustantiva, ni desde la procesal.

Así, desde la perspectiva sustantiva, la tesis de los “elementos negativos del tipo”, obedece a la antigua concepción del tipo como “tipo total de injusto”. En efecto, porque esta elaboración comportaba entender comprendidas en el tipo no solo los componentes que lo fundamentan, sino también los que lo excluyen, especialmente las causas de justificación y las excusas. Pero en realidad se trató más bien de una formulación sistemática y teórica que de una propuesta interpretativa. Y ello no solo por los problemas que sugiere la alegación, carga y suficiencia probatoria, sino también por otras razones de semejante rango constitucional. En efecto, porque si corresponde a la acusación solicitar a la empresa su programa de cumplimiento junto al resto de documentación necesaria para probar su eficacia e idoneidad, la defensa bien podría alegar su negativa amparada en el derecho a no auto-incriminarse. De modo que esta construcción también desde este prisma aboca a un bucle sin salida.

Pero son razonamientos constitucionales de naturaleza procesal ligados a la presunción de inocencia y a los lógicos sobre la trasmutación en una prueba diabólica de la carga sobre la acusación que debe demostrar un *hecho negativo*.

CRÍTICA 3. Huida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De seguirse esta doble construcción material y procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se desemboca inexorablemente en una auténtica huida de esta clase de responsabilidad. Y ello porque no haría falta siquiera recurrir a una defensa técnica, pues basta con exhibir un programa de cumplimiento normativo, aunque no esté certificado, porque ello supone automáticamente la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica. De modo que, conlleva la renuncia a investigar y a enjuiciar la idoneidad de los citados programas de cumplimiento penal.

Porque entonces, presentar un programa, cualquiera, es suficiente para quedar fuera del proceso. Y, entonces, ¿para qué acusar penalmente a una persona jurídica?

Ciertamente no importa tanto la “naturaleza dogmática” de los programas de cumplimiento, pero sí importa la aplicación de la ley conforme a su tenor literal: precisamente la primera exigencia constitucional en materia penal⁴³.

Urge por tanto mantener también en este novedoso ámbito una interpretación de la ley ajustada a su formulación, confluyendo con su aplicación en ordenamientos semejantes y por supuesto de acuerdo con la normativa, recomendaciones y objetivos internacionales frente a la corrupción⁴⁴.

⁴³ T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 2.^a ed., 2011, p. 725 ss.

⁴⁴ Como es sobradamente conocido, la introducción en la reforma del CP de 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tuvo como referencia la legislación italiana. En concreto la contenida en el Decreto 231, de 8 de mayo de 2001, todavía vigente en aquel país. De modo que ambos ordenamientos, el italiano y el español, comparten una regulación legal prácticamente idéntica en esta materia. Y, sin embargo, el desarrollo en la jurisprudencia italiana difiere del mayoritario seguido por la española y se asemeja al mayoritario en ambas doctrinas y a la apuntada línea minoritaria de la jurisprudencia española.

En efecto, este rumbo de la jurisprudencia mayoritaria española contrasta con el seguido por la jurisprudencia italiana. Un buen ejemplo lo encontramos en la sentencia 23401/2022 (Corte di Cassazione, Penale Sent. Sez. VI, num. 23401, Anno 2022, de 11 de noviembre de 2021, 15 de junio de 2022). En la misma se contiene una profusa discusión a través de varias instancias, recursos y apelaciones que giran sustancialmente sobre el control judicial acerca de la idoneidad de los programas aplicado a una de las más grandes empresas de Italia. En la misma se aborda la estructura del “tipo” de la responsabilidad de la persona jurídica, la exigencia de cautela y la validación jurídica de los programas de cumplimiento por el juez. Parte de que la legislación no contempla inversión alguna de la carga de la prueba, por lo que el llamado *defecto de organización* es un elemento constitutivo

En conclusión, como ya he defendido en otros trabajos y no voy a reiterar, corresponde a la acusación demostrar más allá de toda duda razonable la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, por ejemplo, en el art. 31 bis 1 del Código penal español. Nada más ni nada menos. Y, si alguna de las partes alega la posesión de un programa de cumplimiento, corresponde al órgano judicial determinar si es idóneo para exonerar de responsabilidad penal conforme a las condiciones fijadas respectivamente en los apartados 2, 3 y 4 del citado art. 31 *bis* que consagra un modelo de “doble vía”. El estándar probatorio de los programas se asemeja al de cualquier elemento atenuante o eximente de la responsabilidad penal que, obviamente, no requiere de la misma suficiencia que los elementos integrantes del presupuesto delictivo⁴⁵.

Sin duda alguna, todos coincidimos en someter el *ius puniendi*, también el relativo a las personas jurídicas, a las exigencias constitucionales. Pero ello no puede servir para, demagógicamente, invocando la norma fundamental infringir manifiestamente el principio de legalidad, para situar a las grandes corporaciones en una situación de absoluta impunidad.

ABSTRACT: *The Legal Person: a New Party in Criminal Proceedings*

The introduction of criminal liability into European criminal codes over the last thirty years has had far-reaching consequences. Among these is the emergence of a new party in criminal proceedings, in that from now on it may be charged, prosecuted and convicted, which means it assumes the full procedural status of a defendant. Furthermore, the related legal introduction of “criminal compliance programmes” – which operate under a distinct legal regime of mitigation or exemption from criminal liability – further exacerbates the

del delito que corresponde probar a la acusación. Por consiguiente, la comisión del delito tampoco comporta automáticamente la declaración *de inidoneidad* del programa.

Por consiguiente, para que pueda establecerse la responsabilidad penal aun a título de negligencia, el resultado ofensivo debe corresponder precisamente al peligro que la norma cautelar violada pretendía tutelar, esto es, conforme al *criterio de protección del riesgo típico*. En este contexto entran en juego los parámetros del comportamiento lícito alternativo, o la hipótesis en la que, como establece la sentencia, *la observancia de la precaución hubiera permitido eliminar o reducir el peligro derivado de una determinada actividad*. De modo que, el juez, al efectuar la valoración de “idoneidad”, deberá colocarse idealmente en el momento de comisión del delito y verificar la previsibilidad y evitabilidad, de acuerdo al mecanismo epistémico de la “*prognosi postuma*” (causa adecuada). Así pues, este mecanismo de control judicial sobre la idoneidad del programa de cumplimiento no debe tener un alcance global, sino limitarse a evaluar el impacto de la violación de la regla de precaución con el riesgo de repetición de delitos de la misma naturaleza.

En cuanto al criterio con el que calibrar el juicio de adecuación, las directrices recogidas en el Decreto de 2001 (art. 6, párrafo 4), tienen una fuerza meramente orientativa. Lo mismo sucede con las recomendaciones provenientes de las asociaciones profesionales, que simplemente exteriorizan normas de autorregulación. Ahora bien, el órgano judicial penal en todo caso está obligado a dar cuenta de las razones en las fundamenta el llamado defecto de organización. En la citada sentencia finalmente también se aborda la consecuencia de omitir la valoración de la efectividad del funcionamiento del programa y de la concreta vigilancia ejercida por el organismo de control. Este último debe estar dotado de autonomía y efectivos poderes de control. Igualmente se exige que el control judicial se proyecte sobre el comportamiento del dirigente (*vertici*) de la sociedad, valorando si ha sido elusivo o simplemente resultado de la inobservancia del modelo.

Justamente el debate sobre el control judicial de la idoneidad o eficacia de los modelos protagoniza la discusión en la literatura penal italiana (con razón se refieren a esta resolución como “el final de la *Impregilo*”), C. PIERGALLINI, *Una sentenza ‘modello’ della cassazione pone fine all’estenuante vicenda ‘Impregilo’*, en *Sistema Penale*, 27 Giugno 2022.

⁴⁵ J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, p. 95 ss.; J. LEÓN ALAPONT, *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*, Valencia, 2020, p. 95 ss.

profound changes in substantive and procedural criminal law. For example, there is debate regarding their legal nature and, consequently, who bears the burden of proof in relation to them. Such a debate sets a dangerous precedent that could spread to other areas of criminal law, accelerating the erosion of criminal safeguards and fundamental rights in a sort of “administrativisation”.

GIULIA MANNUCCI*

L'INCERTA NOZIONE DI TERZO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. L'ESEMPIO DELLA VICINITAS

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I terzi nel diritto amministrativo: l'esempio della *vicinitas*. – 3. *Vicinitas* e condizioni dell'azione: i più recenti sviluppi. – 4. Quando un terzo ha un diritto? – 4.1. La qualificazione. – 4.2. La differenziazione – 5. Il vicino: terza parte di un rapporto o semplice chiunque? – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Chi sono i terzi nel diritto amministrativo?

La risposta a questa domanda intercetta questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale. Vi è in effetti una corrispondenza tra la tendenza a ricostruire in modo poco rigoroso la posizione sostanziale dei terzi e quella ad ampliare le maglie della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, in ossequio a una impostazione oggettiva di questo giudizio, quale era quella delle origini.

Mentre il destinatario di un provvedimento ha progressivamente guadagnato autonomia rispetto al potere pubblico, diventando un antagonista (sempre più) paritario dell'amministrazione¹, la posizione del terzo continua a essere intrappolata nelle più risalenti concezioni dell'interesse legittimo, che il singolo «non ha alcun modo di soddisfare se non facendo valere una pretesa che si collega all'interesse generale o collettivo, a garanzia del quale è posta la norma che disciplina l'esercizio dell'attività amministrativa»². Da una parte, vi è il potere, suscettibile di produrre effetti su un numero indefinito di individui³. Dall'altra, vi è la figura del terzo che, in virtù della sua elasticità, si espande o si riduce a seconda delle esigenze di contenimento del potere. Ne deriva una nozione di terzo particolarmente sfumata, che racchiude in sé una varietà di posizioni, giuridiche e di mero fatto, unite da un minimo comune denominatore: il terzo è genericamente colui che è toccato dall'azione della amministrazione, pur non essendone il principale destinatario. Lasciare indefinita la categoria dei terzi consente di moltiplicare le occasioni di controllo giurisdizionale sul potere, nella misura in cui permette a un numero indeterminato di soggetti di attivare il sindacato sull'attività amministrativa.

* Professoressa associata di Diritto amministrativo e pubblico, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze.

¹ B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, p. 709 ss. Sembra invece «eccessivamente ottimistico», per M. RAMAJOLI, *Recensione a G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, in *Diritto pubblico*, 2017, p. 965, ritenere che il destinatario del provvedimento amministrativo sia del tutto emancipato «dall'omnipervasività dell'interesse pubblico».

² S. PIRAINO, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, p. 209.

³ A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro italiano*, V, 1997, p. 176.

Nelle pagine che seguono, sulla scorta di uno studio più ampio⁴, si cercherà di rileggere la vicenda dei terzi alla luce del paradigma di tutela soggettiva ormai imposto dalla Costituzione, che costringe a superare l'idea che le posizioni individuali (anche dei terzi) possano esaurirsi nel mero rispetto della legalità oggettiva.

Per farlo, dapprima si cercherà di evidenziare le forzature alle quali è tuttora sottoposta la categoria dei terzi, nonostante gli sviluppi più recenti sembrano spingere verso una ricostruzione più rigorosa della loro posizione. Ci si riferirà, in particolare, al criterio della *vicinitas*, ancora utilizzato in una serie di ambiti (edilizia, concorrenza, ma anche ambiente), che porta a tutelare il terzo non in quanto titolare di una situazione giuridica soggettiva qualificata e differenziata, ma soltanto in quanto *prossimo* (secondo diverse declinazioni) all'attività dell'autorizzato. Queste forzature, percepite come peculiarità necessaria del diritto pubblico rispetto al diritto civile⁵, hanno l'effetto di tenere viva l'originaria missione del diritto amministrativo quale argine al potere pubblico⁶ e del suo processo come strumento per il ripristino della legalità oggettiva (anziché di tutela delle situazioni individuali).

Di seguito, si tenterà di evidenziare le ragioni per le quali occorre riscattare la posizione dei terzi dal limbo giuridico nel quale è stata tradizionalmente relegata. Si utilizzerà lo strumentario concettuale fornito dalla teoria generale delle situazioni soggettive, per recuperare le nozioni di qualificazione e differenziazione, quali criteri fondamentali per selezionare le posizioni soggettive. Su quella base, sarà possibile distinguere, nella generale categoria dei terzi, tra i titolari di situazioni giuridiche (interessi qualificati e differenziati) e i titolari di interessi semplici o di mero fatto. I primi, in quanto "terze parti" di un rapporto multipolare (accanto ad amministrazione e destinatario), devono essere pienamente garantiti⁷. I secondi, viceversa, non si distinguono dal "chiunque", essendo portatori, al pari di ogni altro consociato, di un generico interesse alla legalità, in quanto tale non azionabile⁸.

2. I terzi nel diritto amministrativo: l'esempio della *vicinitas*

La vicenda dei terzi nel diritto amministrativo è condizionata dalla originaria idea dell'interesse legittimo, a lungo considerato una posizione meramente processuale. Il privato

⁴ Sia consentito il richiamo a G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016.

⁵ Secondo G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 362 s., le situazioni giuridiche dei terzi avrebbero maggior rilievo nel diritto amministrativo in ragione della «essenza stessa del potere», il quale è attribuito per la garanzia di interessi «che eccedono le sfere giuridiche del soggetto dell'atto [...] e del suo destinatario». Sulla inapplicabilità, al diritto amministrativo, della massima civilistica «*res inter alios acta neque prodest, neque nocet*», v. A. BARTOLINI, *Contraddittorio e intervento*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 372.

⁶ Si tratta di una posizione bene esemplificata da F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 497, che definisce il terzo come quel soggetto che «potrebbe non avere diritto al rispetto di certe norme in termini di pretesa alla liceità del comportamento, ma magari avere diritto al rispetto di quelle stesse norme in termini di corretto esercizio della funzione (di corretta cura dell'interesse pubblico)».

⁷ Perché quando un terzo diventa titolare di pretese in un determinato rapporto, questi «non è più terzo», ma diventa parte: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile?*, Torino, 2024, p. 455.

⁸ L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Diritto pubblico*, 2014, p. 577.

ricorrente azionava (non un diritto proprio, ma) l'interesse alla legalità oggettiva; la sua azione non era finalizzata a offrire tutela individuale, bensì a permettere al giudice di controllare il corretto esercizio dell'attività amministrativa. Il fatto che, storicamente, l'interesse legittimo fosse concepito «sotto il segno dominante dell'interesse pubblico» ha determinato una torsione delle regole che lo governano, asservendolo al criterio della conformità al fine pubblico e, così, «inquinandone» la valenza individualistica⁹.

Per quanto nessuno oggi neghi la natura sostanziale dell'interesse legittimo, gli echi di questa impostazione arrivano sino ai giorni nostri. Prova ne è quella giurisprudenza che lega la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo all'esistenza di «un interesse di fatto, abbinato ad un criterio fattuale che permetta di circoscrivere la cerchia di coloro nei cui confronti si concretizza questo interesse di fatto»¹⁰.

Osservati dal versante del terzo, questi echi appaiono ancora più potenti. Mentre la logica bipolare che governa l'assetto dei rapporti tra amministrazione e amministrati ha consentito di (almeno avviare il processo culturale che porta a) riconoscere al destinatario dell'atto una posizione autonoma e contrapposta al potere (secondo lo schema autorità-libertà), i terzi restano confinati in una «zona grigia» dove la loro posizione continua a confondersi con l'interesse pubblico.

Una testimonianza è offerta dalla giurisprudenza sulla c.d. *vicinitas*, tradizionalmente utilizzata dal giudice amministrativo per riconoscere dignità giuridica alla posizione dei terzi.

Il criterio della *vicinitas* «nasce» negli anni Settanta del secolo scorso come criterio di accesso al giudizio nella giurisprudenza successiva alla c.d. legge ponte¹¹. Riscrivendo l'art. 31 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, quella legge stabiliva che «chiunque» potesse «ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione».

Nel riferimento al «chiunque» una parte della dottrina ha subito rintracciato l'introduzione di una azione popolare¹². Il giudice amministrativo, dopo iniziali oscillazioni¹³, ne ha invece circoscritto la portata, stabilendo che la situazione giuridica posta alla base del processo avrebbe dovuto essere qualificata e differenziata, perdendo altrimenti i suoi caratteri soggettivi, per confondersi «col puro interesse alla legittimità dell'atto amministrativo»¹⁴.

Partendo da queste premesse, il Consiglio di Stato ha delimitato la legittimazione a ricorrere a partire dal concetto di *vicinitas*. Legittimato non sarebbe «chiunque», ma soltanto il *chiunque-vicino*, ovvero il soggetto appartenente al medesimo «insediamento abitativo» di colui che ha chiesto la licenza contestata.

Si tenta in questo modo di salvaguardare la natura soggettiva del processo (perché la legittimazione spetterebbe ad alcuni soggetti soltanto), garantendo al contempo un controllo

⁹ Così, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 153.

¹⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, p. 1009.

¹¹ Legge 6 agosto 1967, n. 765.

¹² V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Interesse pubblico e azione popolare nella «legge-ponte» per l'urbanistica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1967, II, p. 394 s.; G. FRAGOLA, *Le leggi urbanistiche ed edilizie*, Padova, 1969, p. 227. Sui tentativi di soggettivizzazione, v. A.M. SANDULLI, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1968, II, p. 5 s. In proposito si veda anche quanto osservato da F. SAITTA, *C'era una volta un'azione popolare...mai nata*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2021, pp. 239 ss.

¹³ Cons. St., sez. V, 29 ottobre 1968 n. 1314, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, I, 1968, p. 1448.

¹⁴ Cons. St., sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1970, cc. 193 ss., con nota di E. GUICCIARDI, *La decisione del «chiunque»*.

più ampio sulla attività amministrativa. Il compromesso presuppone però una concezione ibrida della pretesa del terzo: il suo interesse legittimo non coincide con il diritto di proprietà, che non riuscirebbe a tradurre «le finalità sociali delle prescrizioni urbanistiche»¹⁵, ma sarebbe protetto in via mediata dalle norme (d'azione) che regolano l'esercizio del potere amministrativo. L'interesse tutelato, in altri termini, avrebbe natura pubblica (l'interesse al rispetto delle norme urbanistiche), ma sarebbe azionabile solo da chi sia «vicino». La *vicinitas*, di conseguenza, fungerebbe da criterio (fattuale) di differenziazione, da filtro per l'accesso al processo, per evitare che la tutela di un interesse pubblico metta in moto una azione popolare.

Questa soluzione è coerente con la funzione che il giudice amministrativo attribuisce alle regole urbanistiche, volte a garantire non un bene individuale (assimilabile al diritto di proprietà)¹⁶, ma un interesse pubblico al rispetto delle norme e degli strumenti urbanistici¹⁷.

È invece meno coerente con la teoria delle posizioni soggettive, ossia della loro qualificazione e differenziazione. Da un lato, il bene tutelato coincide con la legalità oggettiva: è lo stesso Consiglio di Stato a riconoscere che l'interesse garantito è desoggettivizzato poiché si aggancia al generale rispetto delle regole urbanistiche¹⁸. Dall'altro, la differenziazione della posizione del terzo è affidata a un criterio squisitamente fattuale (la *vicinitas*, appunto), sganciata da qualsiasi indice normativo.

La nota «decisione del chiunque»¹⁹, nella ricerca di un equilibrio sostenibile tra esigenze opposte, offre una soluzione intrinsecamente contraddittoria: ambisce a correggere la scelta legislativa, che sembrava aprire la materia edilizia alle azioni popolari, ma allo stesso tempo riconosce che la legittimazione individuale possa fondarsi su un interesse di fatto (differenziato solo in via materiale attraverso il criterio di prossimità «creato» dal giudice)²⁰.

Ciò nonostante, quella soluzione è stata ampiamente seguita dai giudici amministrativi²¹, al punto che ha resistito anche all'abrogazione della disciplina prevista dalla legge ponte²², sul presupposto che essa assurga ormai a «principio generale dell'ordinamento»²³. Così si legge nelle sentenze amministrative che la legittimazione va

¹⁵ Cons. St., sez. V, n. 523/1970, cit., p. 207.

¹⁶ Come condivisibilmente osserva A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2022, p. 773 ss., i principali problemi di tutela del terzo non riguardano il caso in cui questi vanti un diritto reale o un diritto della personalità, concernendo piuttosto le ipotesi in cui il terzo «si limiti ad allegare pregiudizi economici derivanti dalle attività assentite a favore di altri operatori».

¹⁷ V. anche Cons. St., sez. V, 13 agosto 1994, n. 748, in *Foro amministrativo*, 1994, pp. 1740 ss.

¹⁸ Questa impostazione si rintraccia anche in S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, p. 223, per cui il criterio della *vicinitas* mira a garantire l'interesse «alla qualità urbanistico-edilizia o ambientale dell'insediamento abitativo di cui è parte il ricorrente» e dunque atterrebbe «alla sfera giuridica individuale di quest'ultimo». Per le ragioni che spingono a ritenere quell'interesse desoggettivizzato v. *infra* § 5.

¹⁹ E. GUICCIARDI, *La decisione del «chiunque»*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1970, p. 193 ss.

²⁰ Sul compromesso tentato dalla sentenza v. F. TESI, *Vicinitas, tra tutela proprietaria e interesse alla qualità dell'insediamento abitativo*, in *Diritto pubblico*, 2022, p. 453.

²¹ Anche se ha finito «per giustificare la proposizione di ricorsi a scopo «estorsivo», ossia finalizzati a veri e propri ricatti a danno del titolare del permesso di costruire, da parte di soggetti che, in realtà, non ricevevano da quest'ultimo il benché minimo pregiudizio»: così, F. SAITTA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, II, 2008, p. 33.

²² Abrogazione avvenuta a opera dell'art. 136, comma 1, lett. a), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

²³ C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, 254, nt. 32. Si tratta di un ambito in cui la giurisprudenza «ha, in modo cosciente, scelto di non sentirsi vincolata al dettato legislativo, preferendo interpretazioni fondate sull'ideologia politica o sui valori predominanti nella società in quel dato

riconosciuta a chi abita nel medesimo «cd. insediamento abitativo» dell'intervento assentito, con ciò indicandosi «l'appartenenza del soggetto al territorio interessato dall'azione amministrativa»²⁴. La qualificazione dell'interesse non viene ricavata da un valore normativamente previsto, ma dalla «logica della *vicinitas*, che vale di per sé ad isolare e a qualificare l'interesse del ricorrente»²⁵. Anche la differenziazione continua a collegarsi all'accertamento della prossimità, laddove si stabilisce che la legittimazione a impugnare titoli edilizi spetta «a chiunque si trovi in una situazione di stabile collegamento con la zona interessata dalla costruzione assentita, a prescindere da ogni indagine sulla sussistenza di un ulteriore specifico interesse, essendo sufficiente la c.d. *vicinitas*»²⁶.

Il successo della giurisprudenza sulla *vicinitas* è ulteriormente confermato dalla sua estensione a settori diversi da quello urbanistico-edilizio, come, per esempio, quello economico-commerciale. Qui la *vicinitas* non rileva come prossimità spaziale, ma è declinata nel senso di appartenenza al medesimo bacino di utenza²⁷ ed è richiamata per giustificare l'impugnazione della autorizzazione commerciale da parte del concorrente²⁸.

L'orientamento del giudice amministrativo, nella misura in cui allenta il collegamento con le norme nella selezione delle posizioni rilevanti, ha un duplice effetto: per un verso, riconosce al giudice un ruolo “creativo”, quasi legislativo; per altro verso, fa scolorire il nesso di strumentalità che dovrebbe invece correre tra diritto sostanziale e diritto processuale²⁹.

Il giudice, infatti, si attribuisce un amplissimo potere discrezionale nella individuazione delle pretese da garantire. In parte ciò dipende dall'elasticità del concetto stesso di *vicinitas*³⁰, che, secondo la giurisprudenza, «non va intesa in senso strettamente geomorfologico, come astratta considerazione del posizionamento dei fondi e della misurazione della loro distanza fisica»³¹, costituendo piuttosto «il parametro logico e fattuale» per il giudice, che «sulla base

momento storico»: G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, pp. 1192-1196.

²⁴ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 marzo 2013, n. 627.

²⁵ Tar Campania, Salerno, sez. II, 11 settembre 2015, n. 1985. Per una accezione particolarmente ampia di *vicinitas* (ritenuta suscettibile di «una molteplicità di contenuti correlati a situazioni soggettive»), v. Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4821.

²⁶ Tar Toscana, sez. I, 14 gennaio 2015, n. 69.

²⁷ Cons. St., V, 21 ottobre 2011, n. 5656; Tar Campania, Napoli, sez. V, 22 maggio 2024, n. 3315.

²⁸ Per impugnare l'autorizzazione rilasciata ad altri sarebbe «sufficiente il requisito della *vicinitas*, ovvero la circostanza che tanto l'attività del ricorrente quanto quella dei concorrenti siano in grado di attrarre lo stesso bacino di utenza per vicinanza territoriale e analogia dell'offerta commerciale»: Tar Lazio, Roma, II ter, 13 marzo 2014, n. 2802.

²⁹ Come rileva A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 5 s., il diritto sostanziale e il diritto processuale stanno in un rapporto di dipendenza reciproca: da una parte, il diritto sostanziale esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone forme di tutela per beni protetti da norme sostanziali; dall'altra, il diritto processuale non può essere «neutrale» rispetto al diritto sostanziale, «poiché dalla predisposizione dei procedimenti idonei a fornire forme di tutela adeguate agli specifici bisogni delle singole situazioni di vantaggio dipende l'esistenza o il modo di esistenza dello stesso diritto sostanziale». Sul rapporto tra sostanza e processo v. anche ID., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro italiano*, V, 2012, p. 4.

³⁰ F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, pp. 261 ss. (cui si rinvia anche per indicazioni giurisprudenziali), definisce la *vicinitas* «quanto di più vago e generico ci possa essere», soprattutto in ragione del fatto che la giurisprudenza fa derivare lo stabile collegamento non solo dalla proprietà di un immobile o dalla residenza in una certa zona, anche da «altro titolo di frequentazione di quest'ultima». Per F. TESI, *Vicinitas*, cit., p. 460, invece, il riferimento a quest'ultima formula servirebbe a far emergere «quel valore d'uso che il bene restituisce all'individuo e allo sviluppo la propria personalità».

³¹ Tar Marche, 25 marzo 1999, n. 325.

del concreto stato dei luoghi»³² è chiamato a individuare la posizione differenziata (e quindi giuridicamente rilevante) tra gli interessi di fatto spettanti alla generalità³³.

Sul versante dei rapporti tra sostanza e processo, invece, la forza pervasiva della *vicinitas* è tale da finire per inglobare in sé anche le condizioni dell'azione. Non soltanto, infatti, essa darebbe dignità alla posizione *sostanziale* del terzo (valendo da criterio di qualificazione e di differenziazione)³⁴, ma la sua sussistenza comproverebbe anche l'esistenza della legittimazione e dell'interesse al ricorso, «senza che sia necessario al ricorrente [...] allegare e provare di subire uno specifico pregiudizio per effetto dell'attività edificatoria intrapresa sul suolo limitrofo»³⁵. In questo modo, sarebbe sufficiente per il ricorrente asserire di essere vicino (senza necessariamente provare la legittimazione e l'interesse) affinché il proprio ricorso sia dichiarato ammissibile.

3. Vicinitas e condizioni dell'azione: i più recenti sviluppi

Come anticipato, secondo la giurisprudenza a lungo prevalente, la *vicinitas* varrebbe a dimostrare l'esistenza sia della legittimazione (ossia la titolarità del diritto vantato in giudizio) che dell'interesse (ossia, il vantaggio conseguibile all'esito dell'accoglimento del ricorso)³⁶. L'approccio è di tipo presuntivo: si *presume* che la prossimità a un'attività assentita (edilizia o commerciale) generi externalità negative, essendo così essa stessa sufficiente a radicare entrambe le condizioni dell'azione in capo al ricorrente.

Negli anni ha tuttavia preso corpo una soluzione diversa, che richiede ai fini della ammissibilità del ricorso la dimostrazione di un pregiudizio causato dalla attività altrui³⁷. Si abbandona ogni logica di tipo presuntivo, richiedendosi la prova che l'intervento assentito avrebbe provocato un deprezzamento del proprio immobile ovvero un calo della clientela etc.³⁸. La prova del danno varrebbe a dimostrare l'esistenza dell'interesse al ricorso: l'interesse starebbe, in particolare, nella esigenza che la sentenza elimini il danno patito a causa della condotta altrui.

³² Tar Marche, n. 325/1999.

³³ L'esigenza, opposta a quella segnalata in questo scritto, di ampliare e rafforzare il ruolo della *vicinitas*, è propugnata da chi ne suggerisce una configurazione non in senso fisico, ma in senso assiologico: P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 154. Coerentemente, quella dottrina riconosce ampi margini di discrezionalità al giudice, dal momento che proprio il «formante giurisprudenziale» dovrebbe «serenamente svilupparsi in alveo nei *ductus* legislativi, al loro interno trovando gli ambiti per un'elaborazione che [...] possa e sappia strutturare, anche coltivando il «terreno proibito» dei valori, frontiere mobili», al contempo «protette» dalla funzione nomofilattica della Adunanza Plenaria (ID., *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, p. 232 ss.)

³⁴ In proposito Tar Lombardia, sez. V, 26 aprile 2024, n. 1262, riconosce che la posizione del vicino, «in quanto qualificata e differenziata», legittimi l'esercizio del diritto di accesso ex art. 22 ss. della l. n. 241/1990.

³⁵ Tar Lazio, Latina, sez. I, 30 settembre 2014, n. 752. Anche rispetto alla *vicinitas* in materia commerciale si è stabilito che l'appartenenza al medesimo bacino di utenza sia sufficiente a radicare la legittimazione e l'interesse a ricorrere, sul presupposto che un nuovo esercizio commerciale potesse determinare «un apprezzabile calo del volume d'affari»: Tar Campania, sez. II, 23 maggio 2022, n. 1404.

³⁶ Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2021, n. 4387; Cons. St., sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4176.

³⁷ Tar Umbria, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 496.

³⁸ Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2021, n. 4557.

La questione è stata affrontata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 9 dicembre 2021, n. 22. Dopo aver ripercorso l'evoluzione del criterio della prossimità, non contestandone l'attualità, il giudice amministrativo ha negato che la *vicinitas* possa *ex se* integrare l'interesse a ricorrere. Sarebbe l'autonomia stessa delle condizioni dell'azione (legittimazione e interesse)³⁹ a costringere il giudice a verificare, «anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi», non potendosi affermare «che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato»⁴⁰. D'altra parte, però, questo interesse a ricorrere potrebbe «comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso».

Il *focus* della pronuncia è dunque sugli aspetti processuali. Ci si sofferma sul rapporto tra la *vicinitas* e le condizioni dell'azione, mentre rimane sullo sfondo la questione sostanziale, ossia: la *vicinitas* basta a qualificare e differenziare una pretesa?⁴¹ Tale questione non sarebbe soltanto logicamente anteriore a ogni indagine sulla ammissibilità del ricorso, ma rappresenta, altresì, il nodo irrisolto della vicenda dei terzi.

Il rapido accenno compiuto dall'Adunanza plenaria all'art. 872 del c.c., quale norma che, dopo l'abrogazione della legge ponte, sarebbe in grado di dare una base normativa alla *vicinitas*, non sembra soddisfacente: non chiarisce, da un lato, come quella norma possa qualificare le pretese dei terzi⁴²; dall'altro, quando il terzo possa attivare la tutela di fronte al giudice amministrativo e quando invece la sua garanzia si esaurisca sul piano orizzontale dei rapporti interprivati⁴³.

Un passo in avanti in questa direzione è stato invece compiuto dal Consiglio di Stato, nel 2023⁴⁴. Il cambio di paradigma sta già nelle premesse, che inquadrano il “problema” dei terzi sul piano sostanziale: la nozione di terzo avrebbe assunto, secondo il giudice, una connotazione «anomala»⁴⁵, che lo porterebbe a essere garantito «non perché titolare di un interesse individuale protetto, bensì in quanto partecipe di una frazione dell'interesse pubblico». L'impronta «oggettivistica» che questo assetto imprime al processo amministrativo, afferma condivisibilmente il giudice, rappresenterebbe la persistenza «della concezione originaria di interesse legittimo come posizione soltanto “riflessa”».

Da quella impostazione – forse più diffusa di quanto il Consiglio di Stato stesso riconosca – la sentenza prende nettamente le distanze. Anche il terzo, al pari del destinatario, «vanta una posizione qualificata nella misura in cui invoca l'osservanza di regole preordinate

³⁹ Sul punto, F. SAITTA, *C'era una volta un'azione popolare*, cit., p. 239 ss.

⁴⁰ Cons. St., a.p., n. 22/2021, pt. 9. Aderiscono a questa impostazione, di recente, Tar Campania, sez. VIII, 13 settembre 2024, n. 4964; Tar Puglia, sez. III, 9 settembre 2024, n. 971; Id., 11 aprile 2024, n. 464; Tar Toscana, sez. I, 14 maggio 2024, n. 555.

⁴¹ Sulla *vicinitas* quale elemento di differenziazione v. Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2024, n. 2973.

⁴² La sentenza si limita infatti a «un generico rinvio formale alla disciplina pubblicistica della violazione delle norme sulle distanze, senza dare indicazione alcuna su chi sia legittimato ad esperire gli strumenti ivi contenuti»: così, G. PANATTONI, *La vicinitas è di per sé idonea a fondare la legittimazione al ricorso?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2022, p. 617 ss. Su questi aspetti v. anche B. GILIBERTI, *Vicinitas e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, p. 168 ss.

⁴³ In proposito, L. FERRARA, G. MANNUCCI, I. PIAZZA, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Diritto pubblico*, 2023, spec. 316 ss.; I. PIAZZA, *Disenso dei condomini, legittimità urbanistica e controlli dell'amministrazione: un ritorno alla tutela civilistica dei terzi (nota a CGARS, sez. giurisdizionale, 5 giugno 2023, n. 392)*, in *giustiziainsieme.it*.

⁴⁴ Cons. St., sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10589.

⁴⁵ Cons. St., n. 10589/2023.

alla protezione (anche) della sua sfera giuridica»: ciò avviene, per esempio, «quando, nel contesto di attività economiche e sociali regolate dal diritto pubblico per garantire lo sviluppo ordinato di una trama di rapporti reciprocamente interferenti, l'Amministrazione deve prendere decisioni che incidono, allo stesso tempo, sia sull'interesse di chi chiede il permesso di intraprendere una certa attività (come quella costruttiva), sia in ordine agli interessi contrapposti presi in considerazione dal medesimo assetto regolativo»⁴⁶.

La qualificazione normativa è criterio necessario, ma non sufficiente – continua il giudice – per individuare una posizione soggettiva. È altresì necessaria la differenziazione, che consente di distinguere, «all'interno della indistinta pluralità di soggetti cui si riferisce, nella sua generalità e astrattezza, la norma violata [...] coloro che possono ritenersi individualmente incisi dall'esercizio illegittimo del potere - e, per questo, siano titolari di una posizione anche differenziata, oltre che qualificata»⁴⁷.

Riconoscere la centralità di *qualificazione* e *differenziazione* nella individuazione della posizione dei terzi rappresenta un passaggio decisivo verso il recupero della sua dimensione sostanziale e l'abbandono del criterio della *vicinitas*. È tuttavia nelle modalità concrete di individuazione dei criteri di qualificazione e differenziazione che questa spinta innovativa sembra affievolirsi. Secondo il giudice amministrativo, infatti, la differenziazione si situerebbe sul piano della prova del danno («o dell'attitudine lesiva»), in virtù del quale l'istante dovrebbe «dimostrare il pregiudizio personale, e non meramente 'organico' o 'collettivo', che abbia subito o rischi di subire a causa dell'iniziativa altrui»⁴⁸. Stando a questa ricostruzione⁴⁹, la differenziazione della posizione giuridica dipenderebbe da un dato meramente fattuale: non più la prossimità, ma il pregiudizio che il vicino può subire.

Tradendo le sue premesse teoriche, la sentenza finisce, così, per applicarle in modo poco convincente, reiterando i difetti in cui (già) incorre il criterio della *vicinitas*: tralascia la qualificazione e situa la differenziazione sul mero piano fattuale. Ancora una volta, sarebbe il giudice ad avere l'ultima parola sulla tutelabilità o meno della posizione giuridica del terzo. Una posizione che non esisterebbe sul piano sostanziale, posto che il criterio di differenziazione viene a coincidere con il danno e quindi quella posizione emergerebbe *soltanto* se violata.

La strada tracciata attraverso il riferimento ai criteri della qualificazione e della differenziazione è quella giusta, ma per capire come applicare quei criteri al caso concreto è necessario volgere lo sguardo alla teoria generale delle posizioni soggettive.

4. *Quando un terzo ha un diritto?*

4.1 *La qualificazione*

⁴⁶ Cons, St., n. 10589/2023.

⁴⁷ Cons, St., n. 10589/2023.

⁴⁸ Cons, St., n. 10589/2023.

⁴⁹ È la stessa sentenza a precisare la distanza, sul punto, da quanto stabilito dalla Plenaria. La prova del pregiudizio non dovrebbe valere, come sostenuto dalla Plenaria, a integrare l'interesse a ricorrere (che «è la condizione dell'azione finalizzata, non a selezionare il novero dei soggetti che possono accedere al processo, bensì a verificare l'utilità che sentenza può effettivamente assicurare a colui che pure sarebbe legittimato ad impugnare, al fine di evitare un vano dispendio di attività processuali»), bensì a differenziare la posizione giuridica azionata nel suo rapporto con il potere amministrativo.

Per provare a rispondere a questa domanda è necessario ricorrere alla teoria generale. Pur senza addentrarci in dibattiti che esorbitano i limiti di questo scritto, può essere utile dedicare qualche parola ai requisiti della qualificazione e della differenziazione, che, come anticipato, sono i criteri utilizzati per distinguere le posizioni giuridiche soggettive da quelle di mero fatto.

Preliminarmente, però, occorre chiarire perché si ritiene inammissibile una qualificazione in via pretoria, compiuta dal giudice: perché, in altri termini, a dispetto di quello che accade nella giurisprudenza sulla *vicinitas*, non può essere il giudice a decidere chi sia “vicino” o quale sia il vicino che merita tutela.

Le premesse positivistiche del nostro ordinamento costringono a partire da un dato difficilmente controvertibile: ogni diritto deve essere previsto (in modo implicito o esplicito) da una norma⁵⁰; di conseguenza, un giudice può offrire tutela solo se e nei limiti in cui quel diritto sia previsto. La semplicità di questo assunto si scontra con i cosiddetti casi difficili (*hard case*), ossia con le ipotesi in cui manchi una norma che li regola e il giudice è chiamato a decidere sul caso concreto.

Il c.d. caso difficile può essere affrontato in due modi. Si può scegliere, come fanno i positivisti⁵¹, di domandarsi se il caso concreto sia comunque riconducibile a una fonte del sistema; oppure si può decidere, come sostengono i critici del positivismo, di affidare al giudice (un giudice «erculeo», data la difficoltà del compito) la definizione di un precetto che condensi i principi e i valori su cui si fonda l'ordinamento, al fine di verificare se la pretesa invocata sia giusta o ‘morale’ (non per il giudice, ma) per il sistema nel suo complesso⁵².

La storia dei terzi, nel diritto amministrativo, è, come si è visto, notevolmente condizionata dalla tendenza del giudice amministrativo a “giuridicizzare” artificiosamente, attraverso criteri come la *vicinitas*, interessi fattuali di natura economica (si pensi al deprezzamento di valore di mercato di una abitazione) o comunque metagiuridici (si pensi al diritto alla bella vista o ad avere meno traffico sotto le proprie finestre), collegandovi un corrispondente obbligo in capo alla amministrazione⁵³. La spiegazione di questo atteggiamento è collegata alla missione che quel giudice tuttora ritiene di dover assolvere: esercitare un controllo giurisdizionale ‘dall’interno’ rispetto all’operato dell’amministrazione, per garantirne la legalità.

⁵⁰ J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970, p. 175 ss.

⁵¹ Per una rigorosa impostazione positivista J. GARDNER, *Legal positivism: 5 1/2 Myths*, in *American Journal of Jurisprudence*, 2001, p. 201: «in any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources)».

⁵² È questa la nota «tesi dei diritti» sostenuta, in contrapposizione alla «tesi delle fonti» ascritta al positivismo, da Ronald Dworkin prima in ID., *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982, p. 172 ss., e poi in ID., *L'impero del diritto* (1986), Milano, 1989, p. 212 ss. spec. 244 ss.

⁵³ Si v., in proposito, P.L. PORTALURI, *Ascendenze*, cit., p. 232 ss., che coglie l'aggancio normativo della pretesa del terzo nell'«“interesse organico”, risultante da una pluralità di fattori ordinati a un assetto finale ritenuto meritevole di tutela da un *corpus* normativo di protezione». Quell'interesse potrebbe concretizzarsi, continua l'A., nell'interesse al «mantenimento della qualità della vita nella maglia urbana dove quel soggetto terzo vive, ottenuta in virtù di un'armatura a standard particolarmente riuscita e di cui egli intende continuare a godere» e a questo scopo egli chiederebbe «di annullare una pianificazione o localizzazione successive, che abbiano ivi previsto un'infrastruttura pregiudizievole in violazione di norme recanti una protezione di quell'interesse organico» (ID., *La cambiale*, cit., 132).

Anche se si volesse – non senza qualche forzatura – giustificare quest’attitudine del giudice amministrativo⁵⁴ richiamando l’immagine del giudice erculeo, gli esiti sarebbero molto lontani dall’obiettivo della tesi dworkiana. Mentre l’obiettivo del giudice erculeo dovrebbe essere quello di assicurare un più elevato grado di certezza, ancorando la decisione del caso concreto ai principi giuridici e morali su cui si costruisce la trama valoriale dell’ordinamento, nella pratica del giudice amministrativo la giuridificazione delle pretese dei terzi è affidata a parametri del tutto estemporanei⁵⁵ (quanto deve essere vicino un confinante per essere legittimato a ricorrere? La residenza in un comune vale di per sé a ritenere sussistente una legittimazione a ricorrere?), che, proprio in quanto disancorati da principi generali dell’ordinamento, producono l’effetto, del tutto opposto, di alimentare l’incertezza⁵⁶, confliggendo con l’esigenza, propria di ogni Stato di diritto, di fornire all’individuo un quadro di regole chiaro e conoscibile⁵⁷.

Se questo è vero, diventa difficile disconoscere che quando il giudice mette sullo stesso piano regole giuridiche e propri convincimenti morali o valoriali (facendo assurgere a pretese giuridiche interessi che in realtà non sono tutelati dalle norme, ma che lui stesso percepisce come *importanti*) egli finisce per invadere una sfera non sua. Quella sfera, in cui vengono definite le pretese rilevanti per l’ordinamento, dovrebbe infatti essere riservata, anche per l’impatto redistributivo che a essa necessariamente si collega, al legislatore.

Le premesse positivistiche del nostro ordinamento stridono cioè con l’immagine di un giudice che si fa legislatore. Il che non significa disconoscere il ruolo interpretativo che deve indiscutibilmente spettare all’organo giudiziario, ma implica piuttosto la necessità di dotare l’interprete di criteri oggettivi (e quanto più possibile certi) che gli consentano di distinguere, tra i molteplici interessi di fatto, le pretese che devono considerarsi garantite dall’ordinamento in quanto ancorate a valori presenti a livello normativo. È del resto la stessa soggezione del giudice alla legge (art. 101) a impedirgli di adottare decisioni che abbiano l’effetto di sostituire la sua visione assiologica a quella che si ricava dalle norme⁵⁸.

⁵⁴ Sul punto cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., p. 197 s., secondo cui la qualificazione di un interesse sostanziale può derivare (oltre che dalle norme) anche «dalla diversa e poliedrica elaborazione di matrice giurisprudenziale», cosicché diviene «doveroso» tenere in adeguata considerazione il «ruolo creativo della giurisprudenza».

⁵⁵ Si v. sul punto quanto sostenuto da A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, cit., p. 773 ss., secondo cui «le Corti non offrono — né dovrebbero, invero, offrire — criteri ricostruttivi idonei a distinguere situazioni legittimanti ed interessi insuscettibili di tutela, risolvendo il problema sulla base di indirizzi mutevoli ed orientamenti casistici», aggiungendo che «si tratta, del resto, di strategie argomentative utili a garantire la giustizia della singola decisione, ma sempre foriere di potenziali disparità nell’accesso alla giurisdizione».

⁵⁶ Come rilevato da F. TRIMARCHI BANFI, *L’interesse legittimo*, cit., p. 1010. In proposito v. anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 68, per cui «la qualificazione viene ricavata dalla giurisprudenza in base alla rilevanza attribuita a quell’interesse dall’ordinamento nel suo complesso e alla incidenza concreta dell’azione amministrativa su tale interesse», introducendosi così «anche elementi di incertezza e di opinabilità».

⁵⁷ Uno Stato di diritto deve essere informato «al principio della precostituzione di regole [...] su cui si possa fare affidamento nel determinare i comportamenti individuali e collettivi, nell’attuare i propri progetti di vita [e che siano] idonee a costituire parametri di determinazione di responsabilità»: A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 648.

⁵⁸ In proposito, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, p. 66, osserva che «in uno Stato di diritto la titolarità di una posizione soggettiva dovrebbe essere definita dall’ordinamento giuridico e quindi dalla legge», mentre al potere giurisdizionale non può riconoscersi «un ruolo creativo su un piano così fondamentale per lo ‘status’ del cittadino», con la conseguenza che «anche la titolarità dell’interesse legittimo deve essere stabilita in base a criteri predeterminati e ancorati alla legge». Per G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, p. 469, il fatto che la differenziazione sia compiuta «in via maieutica dal singolo giudice», dimostrerebbe «l’avvento di una

È evidente, tanto da apparire scontato, che il richiamo al necessario ancoraggio normativo delle pretese garantite non mira a riportare in auge un legalismo statalista ormai abbandonato⁵⁹. Nell'attuale assetto pluralistico, la qualificazione di una pretesa è ricavabile certamente dalle norme di legge, ma anche dalla Costituzione, nonché dalle fonti sovranazionali (europee e internazionali)⁶⁰.

Molto meno evidente è, invece, come, nella prassi, offrire specifica rilevanza al requisito della qualificazione. Non di rado la dottrina propone di ancorare la qualificazione al cd. contenuto protettivo della norma, per cui un interesse può considerarsi tutelato quando sia preso in considerazione dalla legge, essendovi in ciò la dimostrazione della volontà dell'ordinamento di proteggere quel valore⁶¹. Per essere riconosciuto dall'ordinamento quell'interesse potrebbe essere «incluso nella norma organizzativa insieme con l'interesse pubblico alla cui soddisfazione è rivolto il potere»⁶² o nella norma che regola il potere discrezionale dell'amministrazione⁶³ o nelle altre norme che comunque lo prendano in considerazione. Si tratta di una impostazione utile per agganciare la tutela di una certa posizione a un dato normativo, ma che al contempo offre un criterio eccessivamente indeterminato: soprattutto quando viene in gioco una norma, quale quella amministrativa, naturalmente rivolta a una pluralità di soggetti, come si fa a distinguere tra coloro che sono titolari di una posizione giuridicamente rilevante (ossia sono direttamente protetti) da coloro che invece sono titolari di un interesse semplice?⁶⁴ Come distinguere, cioè, la posizione di un concorrente, illegittimamente escluso in una gara d'appalto, dall'operatore di settore interessato al rispetto, da parte dell'amministrazione, delle regole sulla procedura?

La strada per affinare il criterio protettivo della norma è tracciata dalla teoria generale delle situazioni giuridiche soggettive. Perché un interesse possi dirsi qualificato non basta che esso sia preso in considerazione da una norma (o meglio, che il suo titolare tragga un generico beneficio dal rispetto di quella norma), ma è necessario che la promozione o la realizzazione

“democrazia impolitica” nella quale i rappresentanti eletti non sono in grado di prendere decisioni giuste, nel contesto di una generalizzata sfiducia verso l'amministrazione».

⁵⁹ P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, p. 921 ss.

⁶⁰ Appare in questo condivisibile quanto sostenuto da M. MAGRI, *Genesi e protezione delle posizioni giuridiche soggettive avverso il potere pubblico: per un ripensamento della teoria della “delegittimazione” ad agire nel processo amministrativo*, in *P.A-Persona e amministrazione*, 2024, p. 15, che suggerisce di allargare lo sguardo oltre la norma attributiva del potere per rintracciare la qualificazione. Meno condivisibile sembra invece l'assunto per cui un interesse possa essere protetto facendo leva sul principio di autodeterminazione individuale, ossia «che l'individuo stabilisca liberamente le sue relazioni con i pubblici uffici o possa decidere da sé, assumendosene la responsabilità, se i suoi diritti sono o non sono protetti da una norma di legge, regolativa delle funzioni amministrative» (40); sul punto v. anche ID., *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017. L'autodeterminazione individuale, se certamente può comportare la scelta di azionare o meno una pretesa, non può spingersi sino a dare rilievo a pretese giuridiche. Lo osserva C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Diritto pubblico*, 2019, 422, laddove chiarisce come «la sovranità appartiene al popolo, ma le “forme” della Costituzione (in cui essa deve esercitarsi) non consentono di superare la volontà del legislatore nel processo di qualificazione degli interessi rilevanti, anche ai fini della loro azionabilità». Sul ruolo della Costituzione nella individuazione delle posizioni legittimanti l'accesso al processo amministrativo v. B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, 2020. Su tale ricostruzione v. quanto osservato da A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, cit., nt. 53.

⁶¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 67; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1990, p. 105.

⁶² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁵, a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 1994, p. 107.

⁶³ A. ANDREANI, *Individuazione dell'interesse legittimo*, in *Foro amministrativo*, 1973, p. 746.

⁶⁴ M.H. KRAMER, *Refining the Interest Theory of Rights*, in *American Journal of Jurisprudence*, vol. 55, 2010, p. 34.

di *quell'*interesse sia proprio la ragione per imporre quell'obbligo in capo alla amministrazione⁶⁵. Si delinea, cioè, tra i (due o più) poli della relazione un peculiare rapporto di mezzo a fine: l'obbligo posto in capo alla amministrazione deve rappresentare il mezzo per la soddisfazione di un diritto (in questo caso, del terzo), la cui tutela incarna il fine garantista posto dalla norma⁶⁶.

In simili casi, impiegare il concetto di 'diritto' serve non solo a rendere azionabile la pretesa, ma, prim'ancora, a evidenziare la priorità logica dell'interesse individuale rispetto all'obbligo strumentale alla sua soddisfazione: l'individuo non ha un diritto in quanto (e ogni volta che) la legge impone all'amministrazione un obbligo o dovere a esso correlativo; al contrario, è l'amministrazione che è obbligata a un *facere* o *non-facere* in quanto esiste un corrispondente diritto in capo al singolo⁶⁷.

4.2 La differenziazione

Se, come anticipato, in sede applicativa, la qualificazione viene spesso dimenticata, la differenziazione si traduce per lo più in una operazione empirica compiuta direttamente dal giudice. Nella emblematica vicenda sulla *vicinitas*, il giudice concentra la propria attenzione sul versante della differenziazione⁶⁸, ma, nel farlo, si affida a criteri fattuali e di esperienza, dimenticando i criteri offerti (o non offerti) dalle norme.

Questa tendenza si collega essenzialmente alla esigenza di lasciare al giudice margini di manovra nella individuazione delle posizioni che legittimano il ricorso, in ossequio alla (originaria) caratura oggettiva del nostro processo. Conferma ne è il fatto che una parte della dottrina amministrativistica distingue la qualificazione e la differenziazione in ordine al piano di rilevanza: mentre la qualificazione avrebbe una dimensione astratta/normativa, la differenziazione si giocherebbe soltanto sul piano concreto/fattuale. Ma se è vero che la qualificazione rileva esclusivamente in via astratta, poiché è la norma che, nel regolare un rapporto giuridico individua le posizioni attive (diritti) e quelle passive (obblighi)⁶⁹, non è altrettanto vero che la differenziazione si esaurisca in una operazione empirica interamente imperniata su criteri fattuali.

È infatti la teoria del diritto a chiarire come, affinché una norma possa dirsi attributiva di un diritto, occorrono tre condizioni, ossia che venga in gioco un interesse (o un vantaggio); che la legge assicuri agli individui protezione nel godimento di quel bene; e, per quel che qui più interessa, che la legge disponga che il godimento di quel bene sia

⁶⁵ N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, ora in ID., *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, 1984, p. 154 ss.

⁶⁶ In proposito, B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, Torino, 2001, p. 35 ss. Dubita della effettiva applicabilità del criterio finalistico tutte le volte in cui vi siano norme che tutelano contemporaneamente interessi pubblici e interessi privati, ma anche quando le norme non rendano semplice l'individuazione delle norme garantite, A. Cassatella, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, cit., § 2.

⁶⁷ N. MACCORMICK, *Children's Rights*, cit., p. 154 ss., sviluppa questo argomento con riferimento al diritto dei bambini a essere nutriti e assistiti dai genitori: un diritto non rinunciabile, ma pur sempre un diritto, perché posto nell'interesse del bambino (e non della collettività dei contribuenti, che pure hanno interesse a non doversi far carico di quelle cure) e, per questo, fondativo dell'obbligo di sostentamento e assistenza gravante sui genitori.

⁶⁸ Anche per G. PANATTONI, *La vicinitas*, cit., p. 617 ss., le maggiori criticità nella ricostruzione della posizione di terzi starebbero proprio sul piano della differenziazione.

⁶⁹ In generale, su questi profili, J. WALDRON, *Introduction*, in ID. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, 1984, p. 9 ss.

disciplinato dalla legge da parte di soggetti considerati separatamente e «*not simply as members of a collectivity enjoying a diffuse common benefit in which all participate in indistinguishable and unassignable shares*»⁷⁰.

La legge, in altre parole, attribuisce diritti se, oltre a selezionare gli interessi meritevoli di tutela, traccia i limiti soggettivi delle posizioni sinallagmatiche, individuando quelle che vengono definite come le condizioni istitutive o investitive, sussistendo le quali la pretesa di radica in capo ai c.d. *intended beneficiaries*, ossia ai soggetti protetti dalla norma⁷¹.

Questo spiega perché anche la differenziazione, come la qualificazione, debba avere una dimensione astratta, che coincide con l'individuazione a livello normativo del criterio per differenziare. Sarà solo al momento della applicazione della norma al caso specifico, che emergerà la dimensione concreta della differenziazione: lì, la differenziazione servirà a individuare *concretamente* i soggetti che, in una certa situazione di fatto, rientrano tra i beneficiari protetti dalle norme.

È ciò che avviene nel diritto privato. Si pensi al diritto di proprietà, garantito dagli artt. 872 ss. c.c. sotto il profilo del rispetto delle distanze. È la norma stessa a stabilire che l'«unico legittimato a proporre domanda di riduzione in pristino a seguito di violazione delle distanze legali [sia] il proprietario dell'immobile rispetto al quale la distanza della costruzione eseguita sul fondo finitimo sia inferiore a quella legale»⁷². La differenziazione opera sulla base di dati materiali (le distanze), a cui è tuttavia la legge a riconoscere l'attitudine selettiva.

La differenziazione, dunque, al pari della qualificazione, deve trovare un aggancio normativo. Quando quell'aggancio manca non può essere il giudice a creare il criterio di differenziazione, poiché in quel caso è assente, per una precisa scelta legislativa, la posizione soggettiva. La «scarsa di norme attributive del potere»⁷³ da cui desumere l'esistenza di interessi giuridicamente rilevanti non può consentire «all'autorità giudiziaria di individuare le situazioni giuridiche alle quali dev'essere garantita tutela giurisdizionale in aggiunta a quelle contenute nelle fonti del diritto elaborate nell'ambito del circuito rappresentativo»⁷⁴. Al giudice spetterà invece, dapprima, l'individuazione del criterio posto dalle norme (differenziazione astratta), poi, l'applicazione del criterio nel caso specifico, sussumendo la fattispecie concreta nella fattispecie astratta (differenziazione concreta).

La teoria generale consente così di dare effettività alle premesse teoriche da cui anche il giudice amministrativo, ormai, prende le mosse. Permette, infatti, di chiarire che la norma attributiva di un diritto non è tale se si limita a imporre all'amministrazione un comportamento doveroso nell'interesse dei più; è tale, invece, quando si preoccupa di individuare l'interesse soggettivo in vista del quale l'obbligo è posto, nonché di fornire all'interprete gli indici necessari per identificare i soggetti che ne sono titolari *uti singuli*. In altri termini, la (violazione) della norma amministrativa non è azionabile da terzi quando l'obbligo (*rectius*, il dovere) dell'amministrazione è previsto in vista di un interesse generale, mentre è azionabile tutte le volte in cui l'obbligo (in senso proprio) sia posto a vantaggio di un suo interesse individuale, dal quale deriva la titolarità di una pretesa giuridicamente rilevante. Ciò implica l'esistenza di una intima connessione tra qualificazione e differenziazione, tra le quali, non a caso, la teoria generale non distingue: una norma

⁷⁰ N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.Hart*, Oxford, 1977, p. 205.

⁷¹ N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, cit., p. 207.

⁷² Cass., sez. I civ., 16 settembre 2005, n. 18341.

⁷³ F. SAIITA, *Regole processuali, indeterminatezza*, cit., p. 261 ss.

⁷⁴ F. SAIITA, *Regole processuali, indeterminatezza*, cit., p. 261 ss.

attribuisce un diritto soltanto se, oltre a identificare il valore tutelato, indica anche i criteri per la differenziazione, cioè per la individuazione, in via astratta, dei possibili beneficiari dell'obbligo.

5. *Il vicino: terza parte di un rapporto o semplice chiunque?*

In base alle indicazioni provenienti dalla teoria generale, si dovrebbe ritenere che il vicino (ma il discorso potrebbe essere esteso a qualsiasi terzo) sia titolare di una posizione giuridica, e quindi legittimato ad agire in giudizio, solo se ha una posizione giuridica qualificata e differenziata dalle norme.

Quando ciò avviene, la classica dimensione bipolare su cui si costituiscono i rapporti amministrativi, è costretta ad aprirsi a una dimensione relazionale più ampia, dove il terzo (o eventualmente i terzi) diventa(n) il terzo polo di un rapporto di cui sono parti anche il destinatario e l'amministrazione.

Se la *vicinitas* è assunta in senso fisico spaziale (essenzialmente in materia edilizia), ad agire in giudizio possono essere soltanto i vicini titolari di posizioni rispetto alle quali è previsto un autonomo obbligo di controllo da parte dell'amministrazione: si pensi, per tutti, al proprietario limitrofo, quando l'altrui costruzione violi le norme sulle distanze. Al contrario, le norme dei regolamenti urbanistici sull'ornato pubblico, che per es. impongano un determinato colore per le facciate di certe costruzioni, vincolano i proprietari delle stesse, ma, contrariamente a quanto talora si ritiene, non sono poste a tutela di interessi di terzi *vicini*: fondano, cioè, meri rapporti bipolari (tra amministrazione e proprietari), essendo i terzi che eventualmente ne beneficino (per es., da un punto di vista estetico, i vicini) soggetti portatori di un interesse di mero fatto, indifferenziato rispetto a quello della generalità. L'obbligo della amministrazione di controllare il rispetto di tali vincoli è previsto non per garantire specificamente il diritto dei terzi-vicini, bensì, in via generale, per promuovere un interesse pubblico distribuito su ogni altro soggetto (residente, passante, turista etc.) che possa astrattamente trarne vantaggio.

Lo stesso discorso vale quando la prossimità si traduce nell'appartenenza allo stesso settore merceologico. Applicando il criterio della *vicinitas*, si dovrebbe ritenere (e in effetti si ritiene) che sia legittimato a impugnare una autorizzazione rilasciata ad altri il concorrente che opera nel medesimo mercato. In realtà, l'interesse dei concorrenti ad agire in un mercato concorrenziale non basta a fondare una pretesa, perché la identificazione del bene tutelato nella concorrenza *tout court* non consente di differenziare quell'interesse dall'interesse del 'chiunque' all'osservanza della normativa antitrust. Anche in questa ipotesi, si potrebbe ritenere che sussista una posizione qualificata solo ammettendo una estensione abnorme del diritto fondamentale alla libera iniziativa economica, che arriverebbe a includere il diritto a non avere concorrenza e, così, a coprire uno spazio non regolato dal diritto. Un simile assunto non soltanto è privo di riconoscimento normativo, ma è in palese contrasto con la *ratio* della stessa disciplina in materia di concorrenza: la legge non tutela il diritto ad avere poca concorrenza⁷⁵.

⁷⁵ Come sembra invece sostenere Tar Veneto, sez. II, 24 luglio 2018, n. 809, ove stabilisce che «la rilevanza della posizione del ricorrente si rapporta [...] all'interesse al regolare svolgimento della concorrenza, tale da non ledere illegittimamente la posizione di un altro operatore nel proprio settore di mercato».

Si consideri invece la posizione dei terzi rispetto a una delle fattispecie tipiche di violazione della disciplina della concorrenza, ossia le intese restrittive, e si assuma per ipotesi che due o più imprese pattuiscano il prezzo da assegnare a un determinato prodotto, ovvero si accordino sulla zona territoriale in cui ciascuno deve operare. L'art. 2 della legge antitrust (l. n. 287/1990) vieta, sanzionandole con la nullità, le intese «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»⁷⁶. Tuttavia, ci sono delle ipotesi nelle quali tale divieto subisce una deroga: l'Autorità antitrust può autorizzare intese o categorie di intese vietate quando queste determinino «miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori», anche tenendo conto dell'opportunità «di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale» (art. 4, comma 1, l. n. 287/1990).

Di fronte al provvedimento di autorizzazione dell'intesa, la posizione del concorrente è riconducibile alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), come conformata dal legislatore (anche) attraverso norme, come quelle in esame (artt. 2 e 4 legge n. 287/1990), che includono nella libertà di iniziativa la pretesa a operare in un contesto di mercato privo di intese che restringano o falsino il gioco della concorrenza. La differenziazione è invece ricavabile, secondo la normativa di settore, dal criterio del mercato rilevante, che delimita lo spazio economico nel quale la condotta di un operatore può avere un impatto sulla posizione dei concorrenti. La determinazione del mercato rilevante si fonda su valutazioni tecniche, compiute con l'ausilio delle scienze economiche, e serve a definire il «perimetro entro il quale isolare le principali relazioni economiche che riguardano il caso in esame», al fine di delimitarne «lo scenario concorrenziale»⁷⁷.

Nell'ipotesi in gioco, i concorrenti legittimati a impugnare (in quanto titolari di posizioni giuridiche qualificate e differenziate) sono soltanto coloro che operano all'interno del mercato rilevante, mentre gli altri concorrenti dovrebbero restare titolari di un interesse di mero fatto⁷⁸.

La prossimità a una determinata attività assentita dall'amministrazione può certamente determinare un impatto su un interesse semplice (può, per esempio, accentuare il disagio provocato da un aumento del traffico o dalla presenza di un maggior numero di concorrenti in un determinato mercato), ma non può valere quale criterio di rilevanza giuridica. Se il terzo non agisce a garanzia di una situazione protetta da una norma (per es. a tutela del diritto di proprietà o del diritto di esercitare la propria attività di impresa in assenza di intese tra concorrenti), questi non è legittimato a far valere la violazione della disciplina posta in essere dall'esercente: la vicinanza, cioè, non vale a rendere esigibile in processo il rispetto della legalità (oggettiva); la pubblica amministrazione non ha un obbligo puntuale nei suoi confronti, come non lo ha nei confronti degli abitanti in una certa zona, o degli operatori di settore.

⁷⁶ Art. 2, comma 2, l. n. 287/1990, ove vengono anche esemplificati una serie di comportamenti idonei a configurare una intesa vietata. Secondo il giudice amministrativo, è vietata ogni intesa che abbia per «oggetto» una alterazione della concorrenza, indipendentemente dagli effetti anticoncorrenziali effettivamente prodotti (Tar Lazio, sez. I, 6 giugno 1998, n. 1879).

⁷⁷ P. SABBATINI, *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2012, p. 497.

⁷⁸ Come stabilito da Tar Liguria, sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1584, per cui «l'interesse ad impedire l'esercizio dell'attività commerciale di operatori concorrenti non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, posto che la concorrenza, di per sé, non è fattore legittimante quando è invocata al fine di inibire l'esercizio della medesima attività ad altri operatori del settore».

6. Conclusioni

L'obiettivo di queste pagine è mostrare come nel diritto amministrativo l'individuazione dei soggetti terzi meritevoli di tutela sia ancora difficile. Anche nella giurisprudenza più recente, ormai consapevole della necessità di ancorare la posizione dei terzi al diritto sostanziale, spesso si prescinde da una rigorosa indagine sulla qualificazione e differenziazione della loro situazione: nel dubbio, il giudice preferisce ampliare l'accesso al processo ed esercitare il suo controllo.

Il pieno recupero della dimensione sostanziale delle posizioni dei terzi dovrebbe passare, come si è cercato di chiarire, dalla corretta applicazione dei criteri della qualificazione e della differenziazione. Perché un interesse possa considerarsi qualificato non è sufficiente che esso sia preso in considerazione da una norma, essendo altresì necessario che la norma stessa imponga un obbligo in capo all'amministrazione immediatamente finalizzato a promuovere o a proteggere la posizione del terzo. Anche la differenziazione dovrebbe avere un aggancio normativo: a differenza di quanto sostiene la giurisprudenza maggioritaria, non è sufficiente un criterio empirico o fattuale per differenziare una posizione giuridica. Opinare diversamente significherebbe assegnare al giudice la facoltà di decidere quando una situazione possa o meno essere garantita.

L'applicazione dei criteri di qualificazione e differenziazione consente di tracciare una distinzione, nella generale categoria di terzi, tra coloro che sono titolari di una situazione giuridica (e sono quindi le terze parti di un rapporto) e coloro che invece (non essendo titolari di una situazione qualificata e/o differenziata) possono al più vantare un interesse di mero fatto al corretto esercizio dell'azione amministrativa, al pari di ogni consociato. A rigore, soltanto i primi possono accedere al processo⁷⁹, mentre ai tanti "chiunque" (che pure potrebbero essere ascoltati dall'amministrazione durante il procedimento), la tutela giudiziale dovrebbe essere preclusa⁸⁰.

La principale critica all'approdo della tesi qui proposta è la seguente: rendendo più rigorosa l'indagine sui requisiti per accedere al processo, si determina un restringimento della legittimazione e conseguentemente una diminuzione delle occasioni di controllo sul potere⁸¹. Secondo i critici, sarebbe «discutibile sacrificare sull'altare della giurisdizione soggettiva — meglio, di un determinato modello di soggettivazione della norma — ambiti così estesi di tutela»⁸².

Alla critica si può però replicare nel modo che segue. Se al ricorrente non spetta «qualcosa di diverso, tantomeno qualcosa di più»,⁸³ da/di quanto la norma gli garantisce, tutelare un interesse oltre i limiti tracciati dalle norme determina una ipergaranzia che non è innocua, perché, a tacer d'altro, ha un effetto negativo sul soggetto autorizzato, la cui libertà finisce per essere condizionata da un interesse di mero fatto del terzo iperprotetto.

⁷⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., p. 11.

⁸⁰ Similmente G. PANATTONI, *La vicinitas*, cit., pp. 617 ss.

⁸¹ Sulla funzione del giudice amministrativo, che dovrebbe essere «semplicemente il giudice del rapporto controverso, così come è il giudice ordinario e, soprattutto, come dovrebbe essere un giudice soggetto soltanto alla legge, terzo e imparziale», v. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Diritto pubblico*, 2016, nt. 351.

⁸² Così, P.L. PORTALURI, *Ascendenze*, p. 232 ss., che legge nel tentativo di riagganciare rigorosamente la posizione dei terzi al diritto sostanziale una paradossale regressione della tutela soggettiva offerta dall'ordinamento.

⁸³ I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, p. 414.

La sede per accordare rilievo a quegli interessi non giuridici non è il processo. Si è osservato che l'ampliamento della «legittimazione al ricorso [è una conseguenza della] “crisi” dei controlli amministrativi e [dei] limiti sempre maggiori, di tempo e di spazio, che incontra l'autotutela amministrativa, nella convinzione che molto spesso, complice anche l'oblio dei ricorsi amministrativi e l'assenza di validi rimedi alternativi, la sola via per rimediare agli errori, anche gravi, delle amministrazioni pubbliche sia quella giurisdizionale»⁸⁴. Secondo quel punto di vista, il processo sarebbe l'unico affidabile mezzo di verifica della corretta azione amministrativa, di fronte al sostanziale fallimento del sistema dei controlli interni, dell'autotutela e dei meccanismi di responsabilità.

Pur comprendendo le ragioni che muovono questa impostazione viene da chiedersi se il fine giustifichi i mezzi. Riconoscere al processo una siffatta centralità non soltanto porta ad abusare di una risorsa scarsa (quale è quella giudiziaria)⁸⁵, generando una ridondante sovrapposizione tra strumenti di controllo differenti⁸⁶, ma crea anche pericolose occasioni di commistione di ruoli tra il giudice e il legislatore:⁸⁷ i tentativi di estendere la legittimazione, «lungi dal configurarsi come sublimazione della sovranità della persona, rischiano, al contrario, di condurre verso una celata forma di compressione del principio democratico»⁸⁸.

Per riallineare la posizione dei terzi al dato normativo, occorre non solo abbandonare l'impostazione 'oggettivistica', ma altresì evitare la tentazione di soggettivizzare la posizione del 'chiunque', trasformando la sua pretesa (*rectius*, aspettativa) alla cura concreta dell'interesse pubblico in un interesse individuale, autonomamente azionabile. Si tratta di una tentazione che, pur ispirata da intenti garantistici, trova un ostacolo insuperabile nella nozione di 'diritto' sopra richiamata. Moltiplicare i diritti, intendendoli come mero riflesso di una azione doverosa, priverebbe di significato la stessa nozione di diritto. E porterebbe, altresì, a invertire il nesso di strumentalità tra la posizione passiva (obbligo/dovere) e quella attiva (diritto): la previsione di un diritto non dovrebbe servire semplicemente a rendere esigibile un comportamento; dovrebbe, invece, corrispondere alla scelta dell'ordinamento di tutelare un determinato valore o interesse, per la soddisfazione del quale è imposto in capo ad altri un obbligo.

ABSTRACT: *The Uncertain Concept of a Third Party in Administrative Law the Example of Vicinitas*

This paper examines the uncertain notion of the “third” in administrative law, highlighting the theoretical and practical difficulties involved in identifying those subjects

⁸⁴ Su questo aspetto v. Cons. St., Ad.pl., n. 22/2021.

⁸⁵ M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, p. 481 ss.

⁸⁶ In generale, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Diritto pubblico*, p. 777 s.

⁸⁷ Come osservato da L. FERRARA, F. ORSO, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 729: «laddove il sistema delle fonti, con le sue regole e i suoi principi, non arriva, si fuoriesce dal rilevante giuridico e si entra nella sfera della politica iscritta nel circuito democratico, dove l'interesse materiale del singolo si interseca con quello degli altri».

⁸⁸ F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminazione e creazionismo giudiziario*, cit., pp. 261 ss., che sul punto richiama L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 3 ss. In senso opposto, P.L. PORTALURI, *La cambiale*, cit., 126, per cui i tentativi giurisprudenziali di ampliamento della legittimazione sarebbero da ritenersi «sforzi commendevoli», rispetto ai quali sarebbe «preferibile, se non doveroso, offrire ogni possibile sostegno teorico-dogmatico».

entitled to challenge administrative action. Traditionally, the category of third parties has been defined in broad and insufficiently rigorous terms, encompassing a wide range of both legal and factual positions linked only by their connection to the exercise of public power. By focusing on the notion of *vicinitas*, frequently invoked in fields such as planning and competition law, the paper brings to light the tensions between an objective conception of administrative proceedings and the constitutional paradigm centred on the protection of subjective legal positions. It therefore explores the criteria of qualification and differentiation, and considers whether these criteria may provide the basis for a more coherent and rigorous reconstruction of the third party's legal position in administrative law.

ANOTACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS “PERSONAS ARTIFICIALES”

SUMARIO: 1. Un trasfondo filosófico. - 2. La responsabilidad penal de los entes artificiales. – 2.1. Aproximación semántica. - 2.2. Aproximación dogmática. - 3. Reflexiones finales.

1. *Un trasfondo filosófico*

Como advierto en el resumen del trabajo, llevo a cabo esta aproximación al tema de la responsabilidad penal de los entes artificiales a partir del poliédrico debate generado por las corrientes transhumanistas, que convoca a muy diversas disciplinas, resultándome sugerente al menos una aproximación a él, a dicho debate, con el fin de contextualizar el objeto central de estas reflexiones, cual es la posible responsabilidad penal por hechos propios.

Parte de la literatura tratadista de la biotecnología y la bioética distingue entre transhumanismo y posthumanismo: el transhumanismo abarcaría el aprovechamiento de los avances tecnológicos para la mejora de la condición humana. El posthumanismo pretende ese aprovechamiento para superar las actuales limitaciones inherentes a la condición humana¹. Dicho esto, es verdad que ni es fácil ni siempre posible delimitar con precisión esa distinción entre quienes se ocupan de estos temas². En lo que sigue, dado el carácter de bosquejo que tienen estas líneas, voy a hacer uso, en general, de la expresión transhumanismo³.

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España).

¹ Pueden traerse aquí diversas aportaciones, más o menos temáticamente, o por contenidos, próximas, del Prof. Romeo Casabona, *in memoriam*, que también sugiere tal distinción; *v.gr.*, citadas por orden cronológico, C.M. ROMEO CASABONA, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho: el paradigma de los trasplantes de órganos*, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n° 55, 2021, pp. 15-53, el mismo, *Aspectos jurídicos de los híbridos y las quimeras*, en *Temas para el debate*, n° 301-302, 2020, pp. 32-34; el mismo, *Los híbridos y las quimeras humanos de nuevo a debate*, en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n° 51, 2019, pp. 15-19; el mismo, *Avances científicos y Derecho penal*, en E. DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Valencia, 2022, pp. 77-107; E. PAYÁN ELLACURIA, C. M. ROMEO CASABONA, *Inmortalidad y transhumanismo*, en C.M. ROMEO CASABONA (coord.), *Tratado de derecho y envejecimiento: la adaptación del derecho a la nueva longevidad*, Madrid, 2021, pp. 881-916.

² Vid. Una aproximación en M. A. CORTINA, ALBERT, SERRA, *Retos de un futuro posthumano*, en *Diario El País*, 3 de enero de 2016 [En línea: https://elpais.com/tecnologia/2015/12/29/actualidad/1451389449_117291.html?event_log=oklogin. Último acceso: enero de 2025].

³ Sobre el transhumanismo, vid., *passim*, F. R. DEBASA NAVALPOTRO, *Futurismo y transhumanismo: una mirada desde la construcción social (1909-1989)*, en V. GONZÁLEZ MARTÍN, J.M. AZCONA PASTOR (coords.), *Italia y España: Una historia convergente*, Madrid, 2022, pp. 381-408; el mismo, *Biotecnología, Derechos Humanos y Transhumanismo*, en J. ROPERO CARRASCO (coord.), *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del Derecho digital*, Valencia, 2023, pp. 191-214; A. DIÉGUEZ LUCENA, *Transhumanismo*, Barcelona, 2017; el mismo, *Cuerpos inadecuados: el desafío transhumanista a la filosofía*, Barcelona, 2021; A. MARCOS MARTÍNEZ, *Bases filosóficas para una crítica al*

El transhumanismo puede entenderse como un movimiento cultural, filosófico y tecnológico que aboga por el uso de avances científicos, en especial la inteligencia artificial, para optimizar las capacidades humanas e incrementar la calidad de vida. Su objetivo principal es superar las limitaciones biológicas de nuestra especie, mitigando el sufrimiento, erradicando enfermedades y ralentizando el proceso de envejecimiento. En sus expresiones más extremas, incluso busca vencer a la muerte.

Diéguez Lucena lo define como una aspiración de mejora integral del ser humano mediante la tecnología, destacando el papel de la biotecnología, la robótica y la inteligencia artificial. En su forma más radical, propone la creación de una nueva especie poshumana⁴.

Esta visión, no obstante, genera un amplio debate. Santana Ramos señala que la idea de inmortalidad cibernética en el transhumanismo nos obliga a replantearnos el significado de lo que implica ser humano y hasta qué punto la tecnología puede redefinirlo⁵.

Algunas posturas posthumanistas, particularmente las más extremas, carecen de sustento científico o filosófico sólido y, en muchos casos, pueden calificarse de meras especulaciones sin base real⁶. Su falta de viabilidad técnica las sitúa en el ámbito de la pseudociencia, comparables a desinformaciones virales que proliferan en las redes sociales. Como señalaba Umberto Eco, la democratización del discurso en internet ha dado voz a opiniones sin fundamento, generando solo ruido en el debate público⁷.

Las referencias siguientes que haga al transhumanismo lo son en sentido genérico, asumiendo con Hart que generar una zona lingüística de luz, crea, a su vez, zonas de sombra⁸. Y es que – parafraseando a Schünemann⁹ –, una línea de pensamiento o una corriente de opinión puede ser, metafóricamente hablando, como la “gran muralla de Cusco”, que solo vista de lejos tiene tal apariencia, porque a medida que nos acercamos comprobamos que puede que no sea tal la homogeneidad.

Pese a ciertas ideas poco sustentadas, como he apuntado, los avances tecnológicos han demostrado su capacidad para mejorar tanto la calidad como la esperanza de vida. Desde la biotecnología aplicada en la ganadería hasta la creación de prótesis biónicas, la ciencia ha permitido potenciar nuestras capacidades físicas de manera concreta y tangible. En efecto.

transhumanismo, en *Artefactos*, n° 2, 2018; M. A. PACHECO RODRÍGUEZ, *Transhumanismo: desafíos éticos y jurídicos (Breve inventario de conceptos y problemas)*, en E. DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Valencia, 2022, pp. 759-769; A. E. PÉREZ LUÑO, *El posthumanismo no es humanismo*, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 44, 2021.

⁴ A. DIÉGUEZ LUCENA, *Transhumanismo. Propuestas y límites*, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, n° 108, 2018, pp. 52-61 [En línea: <https://telos.fundaciontelefonica.com/wp-content/uploads/2017/11/telos-108-cuaderno-humano-digital-antonio-dieguez.pdf>. Último acceso: enero de 2025].

⁵ E. M. SANTANA RAMOS, *La ética en la criogenización: reflexiones sobre el futuro*, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n° 22 y 23, 2023, p. 73.

⁶ De propuestas peregrinas habla C. M. ROMEO CASABONA, *Los híbridos y las quimeras humanos de nuevo a debate*, cit., p. 16.

⁷ U. ECO: «Con i social parola a legioni di imbecilli», entrevistado por G. Nicoletti, diario *La Stampa*, 11 de junio de 2015. En realidad, lo afirmado por él lo fue en términos mucho más expresivos: “Las redes sociales le dan el derecho a hablar a legiones de idiotas que primero hablaban sólo en el bar después de un vaso de vino, sin dañar a la comunidad. Ellos eran silenciados rápidamente y ahora tienen el mismo derecho a hablar que un premio Nobel. Es la invasión de los idiotas”.

⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, 2ª edic., trad. por G.R. CARRIÓ, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1995, pp. 155 y ss., en relación con lo que denomina “la textura abierta del derecho”.

⁹ B. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. por M. CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 49. Recurre a la muralla de Cusco como metáfora que ilustra la aparente homogeneidad de la discusión en el seno de la doctrina alemana hasta la década de los años sesenta.

Como recuerda con acierto Debasa Navaltropo, el concepto «biotecnología» es atribuible a un ganadero que, mediante el empleo de tecnología, lo que pretendía era obtener más leche y más carne de los animales¹⁰.

El posthumanismo, sin embargo, va un paso más allá: no se conforma con mejorar la condición humana, sino que plantea la posibilidad de una transformación radical, creando una nueva esencia biotecnológica. Desde esta perspectiva, los límites naturales del ser humano no los entiende como inmutables ni sagrados, lo que desafía nociones tradicionales de moralidad y de ética.

El desarrollo de prótesis avanzadas, como las extremidades biónicas de Hugh Herr, Premio Princesa de Asturias en 2016, demuestra que la integración entre tecnología y biología ya es una realidad. Sin embargo, cuando se plantea la posibilidad de trasladar la mente a un soporte digital, la cuestión se vuelve mucho más compleja: ¿seguiría siendo humana una conciencia alojada en una máquina?

El transhumanismo también propone la inmortalidad, ya sea mediante la digitalización de la mente o a través de la criogenización, proceso por el cual un cuerpo es preservado a temperaturas extremadamente bajas con la esperanza de ser reanimado en el futuro¹¹. Estas propuestas abren interrogantes filosóficos y jurídicos profundos.

Desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, el transhumanismo se inserta en la tradición de las utopías tecnológicas, al combinar logros científicos con promesas de redención de las limitaciones humanas. Aunque a primera vista se presenta como una visión progresista e igualitaria, surgen importantes dilemas éticos y sociales.

Uno de los mayores desafíos radica en la equidad: ¿Serán accesibles estas tecnologías para todos, o solo para quienes puedan costearlas? Lledó Yagüe advierte que garantizar una distribución justa de estos avances es un reto fundamental para evitar que amplíen aún más la brecha social¹².

Otro problema central es la cuestión de la conciencia: si una mente humana se transfiriere a una máquina, ¿mantendría su identidad y su capacidad para tomar decisiones morales? Según el *Diccionario de la lengua española*, la conciencia implica la capacidad de distinguir el bien del mal, una facultad que hasta ahora ha sido exclusiva del ser humano. Y traducir conceptos jurídicos complejos como “dignidad humana” o “paz social” a un lenguaje computacional también representa un reto enorme.

Por último, forma parte de nuestro pasado más atroz la búsqueda selectiva de lo mejor de la condición humana; o de los mejores. Sin hacer trampas discursivas, ni caer en la demagogia, ni recurrir a expresiones propias de la Teoría del etiquetamiento (del *labeling approach*), no es menos cierto que debemos tener plena conciencia de que también fue la eugenesia positiva (mejorar la raza) una razón para ser y para hacer. Y la raza hay que entenderla en cualquiera de sus acepciones, incluidas, o no, las biológicas (las genetistas)¹³.

¹⁰ F. DEBASA NAVALTROPO, *Biotecnología, Derechos Humanos y Transhumanismo*, cit., p. 194.

¹¹ V. GARCÍA HERRERA, *La criogénesis: un servicio ¿de ciencia o ficción?*, *Revista de Derecho*, en *Empresa y Sociedad* (R.E.D.S.), n° 16, 2020, pp. 33-50.

¹² F. LLEDÓ YAGÜE, *La criogenización hoy día es un acto de fe con el bolsillo lleno de posibles económicos*, entrevistado por N. LAUZIRIKA, diario *noticias de Guipúzcoa*, 25 de mayo de 2019, presentación del libro F. LLEDÓ YAGÜE, S. INFANTES ESTEBAN, *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos*, Madrid, 2019 [En línea: <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2019/05/25/criogenizacion-hoy-dia-acto-fe-3844273.html>. Último acceso: enero de 2025].

¹³ Para ilustrar lo dicho, hago un breve excursus sobre un conocido eugenetista español. A pesar de ciertas referencias al respecto, no parece cierto, al menos en sentido estricto, que Vallejo Nágera se dedicase a buscar un «gen rojo», una constitución genética que permitiese un agrupamiento de los marxistas. No pudo ser así

Estos debates reflejan la complejidad del transhumanismo y sus implicaciones en múltiples ámbitos, desde la ciencia y la tecnología hasta la ética y el derecho.

2. La responsabilidad penal de los entes artificiales

2.1. Aproximación semántica

Puede entenderse que el transhumanismo aporta un sustento filosófico a una fusión entre biología y tecnología capaz de generar un cibernético, definido por el *Diccionario de la lengua española* como “ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos”¹⁴. No obstante, para adentrarnos en el espacio propio de las personas artificiales debemos situarnos en un estadio anterior al de los cibernéticos, cual es en el de los entes artificiales, robots, si se prefiere o, como propone Ercilla García, “persona electro-física”, en tanto “respondería a la configuración misma de lo que en un futuro serían los robots, a saber, dispositivos físicos con capacidades de computación, almacenamiento y comunicación para controlar e interactuar con un proceso físico, controlados o monitoreados por algoritmos computacionales, e integrados en red”¹⁵.

Hablar de la responsabilidad penal de los entes artificiales encierra una petición de principio (lo que, debe advertirse, no deja de ser una falacia lógica): habría que dotarlos de personalidad jurídica. En efecto. Para poderles atribuir una responsabilidad es necesario validar dos premisas. La primera, que le son atribuibles personalidad, personalidad jurídica. Tener personalidad en Derecho significa poseer capacidad jurídica (ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de obrar (capacidad de ejercer esos derechos y de cumplir deberes), aunque se modulen, como propone Ercilla¹⁶. Pero no puede perderse de vista que la personalidad es una ficción, una creación del Derecho.

La segunda premisa es que, en tanto se les reconoce capacidad de obrar, debe ser posible responsabilizarlos por los daños que puedan causar en el ejercicio de esa capacidad¹⁷.

porque, ciertamente, no era genetista. Es más, se detuvo en esta cuestión para desmarcarse (en A. VALLEJO NÁGERA, *Eugenésia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Burgos, 1937, fundamentalmente pp. 46 a 49; tesis que reitera posteriormente en el mismo, *Política racial del Nuevo Estado*, San Sebastián, 1938, desde la propia Introducción, pp. 7 y ss., y proclamar su fe en la eugenésia; en concreto, en la eugenésia positiva, en el mismo, *Eugenésia de la Hispanidad...*, cit., pp. 75 a 78). Que no buscara un perfil genético del marxista (ese «gen rojo») no excluye, claro está, que no buscara un perfil eugenésico, que lo hizo, con profusión y fruición, y supuestamente lo halló: el biopsiquismo marxista. Vid. F. NAVARRO CARDOSO, *Vallejo Nágera, “los niños perdidos del Franquismo” y los crímenes contra la Humanidad*, *Revista General de Derecho Penal*, n° 22, 2016, pp. 1-45; trabajo aparecido luego en la obra colectiva dirigida por J.C. FERRÉ OLIVÉ, *El derecho penal de la posguerra*, Valencia, 2016, pp. 340 y ss.; obra donde abordo, por cierto, otro dramático tema, *El atroz desmoche: la destrucción de la Universidad española por el franquismo* (título de la obra de J. CLARET, Madrid, 2006), esto es, el brutal y arrollador proceso de depuración del profesorado (y del personal de administración y servicios) universitario y no universitario en España, de la mano de “José María Pemán y Pemartín: poeta y represor” (pp. 389 y ss.).

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, cit.

¹⁵ J. ERCILLA GARCÍA, *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots Inteligentes, Personalidad Jurídica, Responsabilidad Civil y Regulación*, Cizur Menor, 2018, pp. 26 y 27.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 21 y ss.

¹⁷ Remito, *in totum*, a la excelsa monografía de Ercilla citada en las notas anteriores; sobre todo, por los relevantes matices que formula en relación también con la responsabilidad, pp. 65 y ss.

Bien es verdad que nuestro objeto de interés no es la responsabilidad civil, ni aquellos supuestos en los que podamos acudir al actuar en nombre de otro o a la autoría mediata, cuando el ente carece de personalidad o cuando es mero instrumento en manos de otro, si se admite su personalidad, casos en los que puede pensarse, *v.gr.*, en el propietario o en el programador¹⁸. Naturalmente, si se parte del no reconocimiento de aquella personalidad, los supuestos dables serán, en principio, casos de autoría directa¹⁹. Nuestro objeto de interés es, empero, la posible responsabilidad penal por hechos propios, esto es, una responsabilidad directa.

2.2. Aproximación dogmática

Parto de una premisa epistemológica: se admite que la persona jurídica es sujeto de Derecho, que tiene, pues, capacidad jurídica y de obrar, que puede operar en el mercado, y que tiene responsabilidad. Más aún, como bien sabemos, ya existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, y por nadie se discute que esta, la persona jurídica, es una ficción. Las ficciones, además, no son en absoluto extrañas en el Derecho en general, ni en el Derecho Penal en particular. Podríamos fácilmente convenir que la dogmática de la comisión por omisión es otro buen ejemplo. Y como bien apunta Quintero Olivares, “no es obligatorio escandalizarse ante la sola sugerencia de que haya normas que partan de la (ficticia) personalidad del robot”, aunque luego él la niegue²⁰.

Admitidas otras responsabilidades, caso de la civil, la pregunta que nos interesa es: ¿Y por qué no la responsabilidad penal de la persona artificial?

El punto de partida en orden a lograr una respuesta es para algunos la propia definición de Derecho Penal: “conjunto de normas jurídicas cuyo destinatario es el ser humano”²¹. Pues bien, ya este solo aparente pacífico concepto encierra un debate de monumental trascendencia. Si así debe ser considerado, ¿cómo se sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica? Los que se posicionan en contra de ella lo tienen fácil (existe, pero no debiera existir), pero ¿y los que sí se muestran partidarios? Dentro de estos últimos pueden identificarse dos grandes posiciones: una, los que creen que el modelo debe ser el de heterorresponsabilidad. En este caso, llegar a la responsabilidad penal de la persona artificial por esta vía pudiera resultar menos complejo, porque, al fin y al cabo, este modelo se basa en hacer responsable a la persona jurídica por lo que ha hecho una persona física en su seno, en su nombre y en su beneficio. Se generaría, pues, una responsabilidad por transferencia, de modo que la primera resulta contaminada por lo hecho por la segunda; o, dicho de otro

¹⁸ C.M. ROMEO CASABONA, *La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas*, en *Revista de Direito da ULP*, vol. 16, n° 1-2, 2022, pp. 7-16, 8. J. VALLS PRIETO, *Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes*, cit., pp. 23 y ss., propone una triple distinción según la fase de empleo de la inteligencia artificial.

¹⁹ G. QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n° 1, 2017, pp. 14 y ss.

²⁰ G. QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, cit., pp. 9, 14 y ss.

²¹ I. BLANCO CORDERO, *Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿Machina delinquere et puniri potest?*, en A. DOVAL PAIS y E. GUTIÉRREZ PÉREZ (dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Cizur Menor, 2023, pp. 371-396, 372. Naturalmente, no es el punto de partida de los precursores de la responsabilidad directa, siendo de obligada cita G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities—from Science Fiction to Legal Social Control*, en *Akron Intellectual Property Journal*, n° 4, 2010, pp. 171-201.

modo, la responsabilidad de la persona jurídica es vicaria de la de la persona física²². Este es, precisamente, el planteamiento que desarrolla Fernandes Godinho teniendo en mente el modelo vicarial portugués de responsabilidad penal de las personas jurídicas²³.

La otra posición es la que defiende el modelo de la autorresponsabilidad. Aquí vuelve a aparecer la muralla de Cusco a la que antes aludí: dentro de los partidarios de este modelo hay muy distintas posiciones. No obstante, quisiera centrarme en dos de ellas por buscar una determinada contraposición que me resulta útil por ilustrativa en mi razonamiento. Una es la que sostiene que la persona jurídica responde por desatender su posición de garante, es decir, responde del delito (el que sea: delito fiscal, blanqueo, etc.) en comisión por omisión, porque la empresa ha omitido el debido control sobre sus empleados²⁴. Pero otra sostiene que la empresa comete “su propio delito”, al que llama “delito corporativo”²⁵. Quedémonos, de momento, con estas ideas.

Nadie discute que hoy por hoy no existe un *Derecho penal de los robots*²⁶. Si estos provocan resultados lesivos lo que procede es sancionar penalmente a la persona que está detrás, como dijimos antes (el propietario, el programador, el usuario, etc.), sea una persona física o una persona jurídica.

La clave de bóveda se sitúa en el siguiente razonamiento: si a partir del primer impulso que le otorga el programa informático (el *software*) al robot inteligente, este es capaz de aprender de otros y del entorno y, a partir de ahí, realizar razonamientos complejos autónomos nuevos, es decir, si un robot aprende y toma decisiones de manera autónoma, ¿no debería responder “personalmente” de los comportamientos lesivos que realice?²⁷ Por lo tanto, el objeto de nuestro interés va referido a aquellos supuestos en los que concurren tres características: el robot es capaz de percibir una realidad; procesar la información obtenida, con mejor o peor inteligencia; y alterar esa realidad con una acción “decidida” por él²⁸.

A la pregunta formulada, la doctrina penalista muy mayoritariamente opina que no. ¿Por qué? Porque dice que el Derecho Penal se dirige exclusivamente a las personas, y aunque ya se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, como hemos dicho, no hemos avanzado tanto como para hacer responsables también a los robots dotados de inteligencia artificial²⁹. Pero como bien advierte Romeo Casabona, “desde el momento en que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados miembros de la

²² Representa esta posición la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su famosa *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015* [En línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>].

²³ I. FERNANDES GODINHO, *La autonomía de la LA como argumento dogmático para una reflexión sobre el modelo antropocéntrico de responsabilidad penal*, en B. GARCÍA SÁNCHEZ, F. JIMÉNEZ GARCÍA (coords.), *La atribución de una responsabilidad jurídica penal e internacional de la inteligencia artificial*, Madrid, 2024, pp. 71-89.

²⁴ A. GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017.

²⁵ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJOO SÁNCHEZ, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2016, pp. 89-120.

²⁶ I. BLANCO CORDERO, *Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿Machina delinquere et puniri potest?*, cit., p. 372.

²⁷ *Ibidem*, p. 373.

²⁸ G. QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, cit., p. 5.

²⁹ I. BLANCO CORDERO, «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿Machina delinquere et puniri potest?», cit., p. 373.

Unión Europea, también sería posible asumir – sin olvidar las reformas necesarias, con el fin de respetar el principio de legalidad – la atribución de responsabilidad penal a los sistemas de IA, prescindiendo de los elementos de un Derecho Penal concebido para atribuir responsabilidad sólo a los seres humanos”³⁰.

Hay un extremo que resulta de todo punto oportuno traer ya a colación, y es que se admite lo que se ha venido en denominar “las brechas de la responsabilidad”. Se sostiene que resulta discutible que las personas humanas tengan que responder de los daños que puedan causar los sistemas inteligentes dotados de la capacidad de aprender de la interacción con otros agentes y el entorno, pues es muy difícil, si no imposible, el control humano y la previsibilidad de su comportamiento³¹. En concreto, advierte Matthias ya en el resumen de su trabajo al respecto, que “Las máquinas autónomas que aprenden, basadas en redes neuronales, algoritmos genéticos y arquitecturas de agentes, crean una nueva situación, en la que el fabricante/operador de la máquina ya no es capaz, en principio, de predecir el comportamiento futuro de la máquina y, por tanto, no puede ser considerado moralmente responsable de él”³². A partir de ahí, se arguye que, si no responden los humanos, menos deben hacerlo los entes inteligentes.

Si nos detenemos un momento, podemos observar que en este razonamiento se inserta otra falacia lógica, otra inferencia que encierra una petición de principio: si no responde uno, no debe responder el otro. Pero ¿por qué no responde uno? Porque, dicen, las máquinas pueden llegar a realizar actos autónomos, es decir, actos propios. Es decir, a partir de hechos de otros, realizar los suyos propios.

Es cierto que la responsabilidad penal de la persona artificial requiere previamente, como hemos apuntado, que se le reconozca personalidad jurídica (electrónica).

Y todo ello, en sede penal, ¿en qué se traduce? Pues se esgrime que para que el ente artificial tenga responsabilidad penal debe tener: capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de penalidad. Y la literatura penalista tratadista del tema, provenga

³⁰ C. M. ROMEO CASABONA, *La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas*, cit., p. 14.

³¹ I. BLANCO CORDERO, *Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿Machina delinquere et puniri potest?*, cit., pp. 373 y 374. En igual sentido interpreto que se pronuncia E. DEMETRIO CRESPO, *El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico*, en E. DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Valencia, 2022, pp. 17-33, 24 y ss.

³² A. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, en *Ethics and Information Technology*, n° 6, 2004, pp. 175-183; 1-18 de la edición digital, pp. 12 y ss., epígrafe “4. La brecha de la responsabilidad”.

de la academia³³ o de la judicatura³⁴, sostiene que el robot inteligente no tiene ninguna de esas capacidades. La pregunta, claro está, se antoja evidente: ¿Es que los entes morales, las personas jurídicas, sí las tienen? Recordemos, al menos la posición clásica: La capacidad de acción la hemos vinculado tradicionalmente a la intervención del sistema nervioso central y del aparato cerebral de un sujeto³⁵. No obstante, no tenemos ya ningún inconveniente en admitir que las empresas actúan en el mercado, que compran y venden, que defraudan, etc.

La capacidad de culpabilidad es la capacidad que tiene el autor de soportar el reproche por la conducta realizada, o bien porque no actuó como se esperaba (si se es partidario del libre albedrío), o bien porque razones preventivas lo demandan (si no se admite el libre albedrío)³⁶.

Uno de los actuales entendimientos de la culpabilidad es el que la construye desde el funcionalismo sistémico, desde la prevención general positiva: la atribución de culpabilidad a quien ha cometido un delito busca mantener o restablecer la confianza en la vigencia de las normas con el fin de conservar la fidelidad al ordenamiento jurídico. No puede pasar desapercibido, en términos argumentativos, que quienes sostienen tal concepción son los mismos que opinan que la empresa comete su propio delito, independiente del que ha cometido la persona física.

Retomemos el razonamiento, y continuemos con el mismo discurrir: una persona física comete un delito; es un empleado de una empresa, y lo hace en nombre de ella y en su beneficio; pero la persona jurídica no responde por ese hecho, sino por uno propio, el delito corporativo. Pues si se admite que el ente artificial puede aprender de otros y de su entorno, y puede realizar actos nuevos, o al menos actos por los que las personas físicas no deben responder, ¿no es lo mismo que acabamos de decir respecto del ente moral? De hecho, dentro de los partidarios del modelo de autorresponsabilidad se promueve un auténtico sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, de modo que estas realizan su propio

³³ Entre otros, I. BLANCO CORDERO, *Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿Machina delinquere et puniri potest?*, cit.; P.C. BUSATO, *De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas?*, en E. DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Valencia, 2022, pp.349-376; P.M. DE LA CUESTA AGUADO, *La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en inteligencia artificial*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n° 44, 2016, pp. 165-194; E. DEMETRIO CRESPO, *El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico*, cit.; G. QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, cit.; C.M. ROMEO CASABONA, *La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas*, cit. En la doctrina italiana, V. MONGILLO, *Responsabilidad penal y extrapenal de las personas jurídicas por delitos relacionados con la inteligencia artificial: vías de intervención legal y principales obstáculos*, en *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n° 4, 2024, pp. 12 y ss., e I. SALVADORI, *Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal*, trad. por A. GÁLVEZ JIMÉNEZ, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 133, 2021, pp. 149 y ss., se muestran contrarios desde la concepción antropocéntrica de la responsabilidad penal, tanto de las personas físicas como de las jurídicas. Cfr., augurando una responsabilidad directa de los robots, F. MIRÓ LINARES, *Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal*, en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n° 100, 2022, pp. 174-183, 180 y 181.

³⁴ J. LAPENA AZURMENDI, *¿Es posible hablar de una responsabilidad penal de los robots? (I)*, en *Diario La Ley*, n° 10543, 10 de Julio de 2024.

³⁵ I. BLANCO CORDERO, *Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes ¿Machina delinquere et puniri potest?*, cit., p. 376.

³⁶ *Ibidem*.

injusto y su propia culpabilidad: El injusto de la empresa lo forma un defecto de organización; y la culpabilidad es una ausencia de cultura de cumplimiento³⁷.

¿Puede ser este esquema trasladado al ámbito del ente artificial? ¿Y si sustituimos defecto de organización por defecto de programación o de ejecución, y mantenemos la culpabilidad como ausencia de cultura de cumplimiento?

Y con esto llego al núcleo del debate, a su nudo gordiano: ¿Son capaces los entes artificiales, al menos a día de hoy, de tomar decisiones completamente autónomas y libres? Aquí vuelve a surgir la controversia, en este caso, entre los partidarios de la “IA débil” y los de la “IA fuerte”³⁸: Según los primeros, no se va a lograr “simular la consciencia por métodos computacionales, por lo que las máquinas no tienen consciencia, ni mente ni tampoco son capaces de sentir, simplemente simulan pensamiento y comprensión”³⁹. Pero es que, según los segundos, “los dispositivos actuales no solo tienen una mente y son inteligentes, sino que al funcionamiento lógico de cualquier dispositivo computacional se le puede atribuir un cierto tipo de cualidades mentales. Según esto, la actividad mental consiste simplemente en una secuencia definida de operaciones, lo que se conoce como algoritmo”⁴⁰.

¿Qué va a depararnos el futuro tecnológico? Está por ver, por ejemplo, lo que quepa esperar de la combinación de probablemente las dos tecnologías más revolucionarias, de momento, del siglo XXI: la inteligencia artificial y la computación cuántica. De hecho, ya hay modelos teóricos dentro del nuevo campo llamado, precisamente, “inteligencia artificial cuántica”⁴¹.

3. Reflexiones finales

Hay preguntas que ya encuentran respuestas sólidas y aquilatadas con trascendencia jurídico-penal. Por ejemplo, resulta indubitado que un ente artificial puede lesionar bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal⁴², y que la dogmática penal cuenta con un arsenal suficientemente maduro para dar respuesta a los hechos generadores de esos resultados lesivos.

La cuestión crucial objeto del presente esbozo es, empero, otra, cabalmente formulada por el Prof. Romeo, preguntándose si tenemos que ir más lejos: “La pregunta más atrevida

³⁷ Lo resumen muy bien, últimamente, A. GALÁN MUÑOZ, *Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después*, en *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n° 2, 2023; y J.L. GÓNZALEZ CUSSAC, *La Huida de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, en *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n° 4, 2024.

³⁸ S. BARONA VILAR, *La seductora algoritmización de la justicia. Hacia una justicia poshumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?*, en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n° 100, 2022, pp. 36-47, distingue tres niveles: desde una IA débil, pasando por una IA general, llegando a una “Super Inteligencia Artificial” (pp. 38 y 39).

³⁹ I. Blanco Cordero, *Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿Machina delinquere et puniri potest?*, cit., p. 381.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ A. MARTÍN: *Explorando la IA cuántica: ¿futuro tangible o fantasía científica?*, en *CIDAI (Centre of Innovation for Data tech and Artificial Intelligence)* [blog], 12 de febrero de 2024 [En línea: <https://cidai.eu/es/explorant-la-ia-quantica-futur-tangible-o-fantasia-cientifica/>]. Último acceso: enero de 2025].

⁴² J. VALLS PRIETO, *Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes*, cit., pp. 15 y ss.

es si también la IA, los robots, los sistemas inteligentes autónomos y las tecnologías conexas deberán responder directamente de los delitos cometidos por sus hechos”⁴³.

He intentado en estas líneas una mera aproximación, haciendo un paralelismo con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la intención de poner de manifiesto que, en términos de lógica teórica, determinadas formulaciones permiten, cuando menos *prima facie*, sustentar, por igual, una responsabilidad penal de las “personas artificiales”, acudiendo al sustantivo personas, eso sí, entrecomillando, por mantener el tono atrevido del Prof. Romeo, quien fue también, indiscutiblemente, dicho sea de paso – o no –, un gran humanista. Cuestión bien distinta es si en clave de lógica práctica es necesaria dicha responsabilidad directa y no bastan las respuestas, además de civiles, penales pensadas para las personas físicas y las jurídicas, pero, insisto, dejando apuntado que, tal vez, lo que se dice para estas últimas sirva a otros para llegar hasta la directa incriminación de los entes artificiales.

Es a todas luces evidente que la cantidad y calidad de vida de los seres humanos ha mejorado ostensiblemente con la incorporación de la tecnología a los tratamientos médicos y clínicos. Desde aportaciones muy “blandas”, caso de las gafas de vista o de las lentes de contacto – como dice la periodista cultural de *Babelia* Silvia Hernando, “ponerse gafas es mejorar el cuerpo con la tecnología”⁴⁴–, hasta incorporaciones “duras”, caso de las extremidades biónicas, más arriba citadas, o de los trasplantes de órganos vitales artificiales, con los consiguientes debates éticos, filosóficos y jurídicos que en su momento generaron⁴⁵, u hoy con la manipulación de las células y la edición del ADN.

Dije más arriba que no debemos perder de vista que el Derecho es una ficción en tanto es una creación de los seres humanos, un instrumento del que nos hemos dotado para ordenar nuestra convivencia y para resolver nuestros conflictos. “Es decir, que esta poderosa y sofisticada herramienta jurídica [el Derecho Penal] puesta al servicio de la sociedad puede ser supeditada a las necesidades humanas de cada momento y por ello adaptarla y modificarla según demanden aquéllas”, como bien dice Romeo Casabona⁴⁶. Pero vuelvo a citarlo, con perdón por la reiteración, porque también advierte, a continuación, que tal adaptación puede provocar el relajamiento o la supresión de los requisitos fijados para exigir responsabilidad penal a los seres humanos⁴⁷, afectando a la estabilidad del sistema penal; en definitiva, a nuestras garantías y reglas de imputación, una auténtica conquista en el sistema de responsabilidad.

Dice siempre mi maestro, el Prof. Berdugo Gómez de la Torre, que nuestra obligación como profesores es, ante todo, preguntarnos, generar dudas. Y no se me ocurre mejor pregunta para terminar que la formulada por la Profa. Cortina: “¿Por qué ese empeño en ampliar el círculo de los seres a los que debemos considerar personas?”. Y dice más: “es asombroso contemplar cómo se desatiende a millones de personas que mueren diariamente de hambre y miseria y, sin embargo, el empeño con que se pretende llegar a una

⁴³ C.M. ROMEO CASABONA, *La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas*, cit., p. 8.

⁴⁴ S. HERNANDO, *Los humanos del futuro serán naturalmente artificiales*, en *Diario El País*, 5 de noviembre de 2022 [En línea: <https://elpais.com/babelia/2022-11-05/los-humanos-del-futuro-seran-naturalmente-artificiales.html>. Último acceso: enero de 2025].

⁴⁵ C.M. ROMEO CASABONA, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho: el paradigma de los trasplantes de órganos*, cit., p. 25.

⁴⁶ C.M. ROMEO CASABONA, *La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas*, cit., p. 8.

⁴⁷ *Ibidem*.

poshumanidad y a la vez se incluye a nuevos socios en el club de lo que se considera personas”⁴⁸.

ABSTRACT: *Anotaciones sobre la responsabilidad penal de las “personas artificiales”*

With the philosophical background of transhumanism, which is convenient in that it allows us to contextualise certain political-criminal proposals, the possible criminal responsibility of “artificial persons” is outlined, drawing a parallel with some formulations regarding the criminal responsibility of legal persons. It is concluded that, in theoretical logic, certain proposals on corporate criminal responsibility would allow, at least in appearance, for the criminal responsibility of a robot.

⁴⁸ A. CORTINA, *¿Personas artificiales?*, en *diario El País*, 7 de septiembre de 2023 [En línea: <https://elpais.com/opinion/2023-09-07/personas-electronicas.html>. Último acceso: enero de 2025].

LINA PANELLA*

L'INTERVENTO DI "TERZI" EX ART.36 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Le origini dell'istituto dell'intervento di "terzi". – 2. Il regolamento della Corte del 24 novembre 1982. – 3. La partecipazione di terzi al procedimento davanti la Corte ex art. 36 Cedu. – 4. Guida pratica del Presidente della Corte riguardo l'intervento di terzi ex art.36, del 20 marzo 2023.

1. *Le origini dell'istituto dell'intervento di "terzi"*

La Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito Corte EDU) è sempre più spesso chiamata a pronunciarsi su delicate questioni giuridiche con rilevanti implicazioni sociali e politiche. Le sentenze in tema di diritti dei migranti, procreazione medicalmente assistita, fine vita, ambiente, solo per citare alcune fattispecie, hanno certamente un impatto che trascende le specifiche parti in causa, e le cui conseguenze si riversano sull'intera collettività. L'interesse "collettivo" che le decisioni dei giudici di Strasburgo assumono riveste una valenza ancora più rilevante quando la Corte non si limita a decidere sul caso specifico, ma pronuncia una sentenza "pilota", in cui cioè oltre a constatare la specifica violazione di una particolare norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in seguito Convenzione), mette in evidenza carenze sistemiche di un determinato ordinamento giuridico statale¹.

In questo contesto ha assunto sempre più un ruolo rilevante l'intervento di terzi nel processo convenzionale. Per poter valutare l'attuale ruolo che il terzo assume davanti la Corte, è necessario, anche se non in modo esaustivo, esaminarne l'evoluzione. In una prima fase, caratterizzata dalla posizione della Commissione, unico soggetto legittimato, oltre gli Stati, ad adire la Corte, sia come rappresentante del generale rispetto della Convenzione e nello stesso tempo quale "difensore" degli interessi del ricorrente, l'intervento di terzi, cioè soggetti formalmente estranei alla controversia si è sviluppato per via pretoria. Il primo caso nel quale si è avuta una richiesta di intervento di un soggetto terzo è *Tyrer c. Regno Unito* del 1978, relativo al rispetto del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, in cui l'associazione *National Council for Civil Liberties*, che aveva assistito il ricorrente nella fase dinanzi alla Commissione, ha fatto richiesta di intervenire anche davanti la Corte "nelle forme ritenute più idonee dai giudici". Tale richiesta è stata comunque rigettata, in base al Regolamento della Corte allora vigente.

Più rilevante è il successivo caso *Winterwerp c. Paesi Bassi*, riguardante la violazione dell'art.5 par.4 della Convenzione, ed in particolare il ricovero coatto e la prolungata detenzione del ricorrente in un ospedale psichiatrico². La richiesta proveniva da uno Stato "terzo", il Regno Unito, che, essendo parte in alcuni ricorsi pendenti davanti la Corte aventi lo stesso oggetto, chiedeva di essere ascoltato per la rilevanza che la decisione della Corte

* Ordinario di diritto internazionale f.r. Università di Messina.

1. A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2018.

² Corte EDU *Winterwerp c. Paesi Bassi* 24 ottobre 1979 ric. N. 6301/73.

nel caso di specie, potesse avere anche nei suoi confronti. Sebbene la richiesta sia stata rigettata dalla Corte, tuttavia al Regno Unito fu concesso di presentare osservazioni scritte tramite la Commissione, durante o subito dopo la data dell'udienza già stabilita³.

Il caso più interessante di questa prima fase di affermazione dell'intervento dei terzi per via pretoria, è rappresentato dal caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*, noto come *The closed Shop Case*⁴.

In questa occasione fu concesso al *Trades Union Congress* di esprimere la propria posizione sia attraverso l'esame di un suo rapporto presentato alla Corte ai sensi dell'art.38 del reg. vigente, sia attraverso una memoria scritta depositata tramite i rappresentanti della Commissione. In entrambi i casi, comunque, si precisava nella comunicazione della Cancelleria, che non sarebbero state prese in considerazione eventuali interpretazioni delle norme della Convenzione oggetto dei ricorsi⁵.

2. Il Regolamento della Corte del 1982, entrato in vigore nel 1983

Per una corretta impostazione del problema della partecipazione di soggetti estranei alla controversia davanti ad un organo giudiziario, è necessario fare alcune precisazioni, per la peculiarità che tali figure assumono nell'ambito del processo davanti la Corte EDU. I due istituti classici per permettere la partecipazione al procedimento di soggetti non coinvolti nella causa sono l'*amicus curiae*, locuzione appartenente al c.d. latino giuridico, e l'intervento di terzo. La distinzione fra questi due istituti è data dalla circostanza che l'*amicus curiae* è, in genere, un soggetto *super partes*, chiamato ad esprimere un parere sul tema trattato per facilitare, come si deduce dal nome, la deliberazione del collegio giudicante. Invece l'intervento del terzo presuppone un interesse specifico da tutelare sul quale la sentenza può incidere. Nell'ambito del procedimento davanti la Corte di Strasburgo, le due figure tendono a sovrapporsi, senza una reale distinzione: nelle pagine seguenti, quindi, seguendo la terminologia utilizzata dal testo convenzionale e dai regolamenti di procedura, si userà il termine "intervento", comprendendo entrambe le figure delineate in precedenza⁶.

Tale possibilità, dopo essersi affermata come già detto, per via pretoria, è stata codificata nel regolamento di procedura della Corte, adottato nel 1982 ed entrato in vigore nel 1983, che all'art.37 par. 2 prevedeva la possibilità per il Presidente della Corte di invitare o di autorizzare "nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia" gli Stati membri che non fossero parti della controversia o "ogni altra persona interessata diversa dal ricorrente"⁷. La possibilità per le parti contraenti della Convenzione non direttamente coinvolte nel procedimento, si fonda sulla considerazione che sebbene le sentenze della Corte non siano, in linea di massima, vincolanti *erga omnes partes*, esse hanno in realtà un

³ Così si legge nella risposta del Cancelliere delle Corte Marc-André Eissen p.70

⁴ *Young, James e Webster c. Regno Unito* 13 agosto 1981, ricc.nn.76601/76; /7806/77.

⁵ Per un'analisi approfondita dei casi citati nel testo, v. G.BATTAGLIA, *Amici Curiae e giudizio incidentale sulle leggi. Contributo allo studio della recente "apertura" della Corte, anche nella prospettiva della tutela multilivello dei diritti*, Torino, 2024, p.164 ss.

⁶ In questo senso D.SHELTON, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, in *The American Journal of International Law*, 1994, p.611; B.LANCE, *The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, in *Non State Actors an International law*, vol.5, 2005, p.209.

⁷ P. MAHONEY, *Developments in the Procedure of the European Court Of Human Rights: The Revised Rules of Court*, in *Yearbook of European Law*, 1984, p. 127.

impatto molto più vasto, perché possono essere considerate come precedente nel quadro dell'interpretazione di norme che pongono obblighi a carico degli altri Stati contraenti. La previsione dell'art.37 nel regolamento di procedura del 1982, d'altra parte, si inserisce nel più generale percorso che avrebbe portato al riconoscimento della legittimazione dell'individuo di adire la Corte, realizzata, come è noto, con l'entrata in vigore del Protocollo n.11 nel 1994.

Nei primi anni di entrata in vigore del regolamento, tale procedura prevista per l'intervento di terzi, non ebbe molto successo: fra i pochi esempi, si può citare il caso *Capuano c. Italia*, deciso dalla Corte nel 1987, avente ad oggetto la eccessiva lunghezza del processo civile nel nostro Paese, e nel quale il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma fu ammesso a presentare osservazioni scritte sui poteri del giudice nella conduzione del processo civile. Diversa è la situazione odierna in quanto la richiesta di interventi di terzi nei procedimenti davanti la Corte ha acquistato una rilevanza sempre maggiore⁸.

3. La partecipazione di terzi al procedimento davanti la Corte oggi.

La partecipazione di terzi al processo davanti alla Corte EDU è, oggi, disciplinata dall'art.36 della Convenzione e dall'art.44 del Regolamento della Corte, che ne specifica le varie fasi procedurali⁹. La norma in esame, come vedremo, presenta una netta distinzione fra la posizione dello Stato contraente di nazionalità del ricorrente e dell'alto Commissario per i diritti dell'uomo e quella di uno Stato terzo o di ogni "persona interessata diversa dal ricorrente". Nel dettaglio, la norma disciplina tre ipotesi diverse di "intervento di terzi"¹⁰. La prima ipotesi è regolata dall'art.36(1) e stabilisce che, "ogni parte contrente il cui cittadino sia ricorrente ha il diritto di presentare osservazioni per iscritto e di partecipare alle udienze". La norma citata, secondo alcuni commentatori, sarebbe una declinazione peculiare della protezione diplomatica, istituto, come è noto, di diritto internazionale classico che attribuisce ad ogni Stato il potere di far valere sul piano internazionale e quindi nei confronti di altri Stati, eventuali violazioni delle quali sia stato vittima un proprio cittadino. Nel caso di applicazione dell'art.36(1) tale ipotesi si avrebbe quando lo Stato nazionale intervenga in un procedimento davanti la Corte, su ricorso di un proprio cittadino che lamenta una violazione da parte di un altro Stato. In realtà non si ritiene questa tesi condivisibile. D'altra parte la Commissione europea dei diritti dell'uomo già nel caso *Austria c. Italia*, noto come *Processo di*

⁸Mentre nei primi dieci anni la Corte ha ricevuto solo 30 richieste di interventi, Tra i giudizi che hanno conosciuto un numero significativo di richieste di intervento ammesse dalla Corte europea, può ricordarsi il caso *Lautsi c. Italia* definito dalla Grande Camera nel 2011. Si tratta di un caso che offre una panoramica interessante della eterogenea caratterizzazione del "terzo interveniente". In quell'occasione, infatti, erano stati autorizzati a presentare un intervento alcuni Stati contraenti (in particolare: Armenia, Bulgaria, Cipro, la Federazione Russa, Grecia, Lituania, Malta e la Repubblica di San Marino), ben dieci ong e 33 membri del Parlamento europeo. Nel 2022, 26 Stati membri hanno chiesto di intervenire nella causa *Ucraina c. Russia*. Sull'arg. V.PASSALACQUA, *Amicus Curiae e intervento di terzo davanti la Corte di Giustizia dell'unione europea e alla Corte Europea dei diritti dell'uomo: alcune riflessioni critiche alla luce delle recenti modifiche e della prassi*, in *Eurojus*, 2025, fasc.4, p.130.

⁹ Il riferimento è al Regolamento della Corte in vigore dal 15 settembre 2025, dopo le modifiche del 7 luglio 2003, 13 novembre 2006, 19 settembre 2016, 3 giugno 2022, e 3 marzo 2023.

¹⁰ Una disposizione analoga all'art.36 della Convenzione è contenuta nell'art.3 del Protocollo 16, avendo presente che tale procedura si inserisce nella particolare natura del parere che la Corte fornisce a una giurisdizione nazionale.

Pfunders, del 1960, ha chiarito che quando uno Stato interviene a difesa di un proprio cittadino, non sta esercitando il suo potere di protezione diplomatica, ma agisce a tutela dell'ordine pubblico europeo, per garantire il rispetto oggettivo dei diritti umani¹¹.

La sostanziale differenza tra l'istituto della protezione diplomatica e l'intervento dello Stato nazionale in un procedimento davanti la Corte in cui non è direttamente coinvolto, è stata ribadita dalla Corte Edu (Grande Camera) nel caso *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000. Con questa sentenza la Grande Camera ha condannato l'Italia per la violazione dell'art.8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita familiare) a causa dell'inadeguatezza dei provvedimenti nazionali di allontanamento di due minori dalla madre e dalla nonna e dell'affidamento a una comunità. Il governo belga ha deciso di esercitare il proprio diritto di intervento come parte terza ai sensi dell'art.36(1) per tutelare i legami familiari di una propria cittadina e dei suoi figli. La particolarità in questo caso consiste nella circostanza che i ricorrenti avevano la doppia cittadinanza, sia italiana che belga, circostanza questa che avrebbe escluso qualsiasi possibilità di intervento in protezione diplomatica per il diritto internazionale classico. I giudici di Strasburgo hanno sottolineato che la doppia cittadinanza non impedisce ad uno Stato di intervenire in applicazione dell'art.36(1). Nel caso di specie, inoltre, essendoci un conflitto di interessi su un minore tra un genitore biologico e le autorità dello Stato, vi era il rischio concreto che i diritti del bambino non ricevessero una protezione effettiva. Di conseguenza lo Stato di cui il minore era anche cittadino aveva il pieno diritto di intervenire a sua tutela¹².

Una posizione equivalente a quella degli Stati membri i cui cittadini sono ricorrenti, riguarda l'intervento nel procedimento davanti la Corte EDU del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, il quale ha "diritto di presentare osservazioni per iscritto e di partecipare alle udienze in tutte le cause all'esame di una Camera o della Grande Camera" (art.36 (3)). In alcuni casi l'intervento del Commissario per i diritti umani ha rappresentato non solo un valido supporto per la risoluzione della controversia, ma le sue posizioni sono state determinanti per la successiva evoluzione della giurisprudenza della Corte. Si può ricordare in tal senso l'intervento del Commissario Thomas Hammarberg¹³ nel caso *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* del 14 ottobre 2011¹⁴. Nel suo

¹¹ *Austria c. Italia* 1961 ric. N.788/60. In breve i fatti e i punti salienti della posizione della Commissione europea dei diritti dell'Uomo. Nel 1956 nel Paese di Fundres, in Alto Adige, si verificò in grave attentato terroristico a sfondo separatista che portò alla morte di un doganiere italiano. Per l'omicidio furono condannati sei giovani sud tirolesi. Il governo austriaco presentò ricorso all'allora commissione della CEDU, lamentando che durante il procedimento penale a Bologna le autorità italiane avessero violato il diritto a un equo processo sancito dall'art.6 della Convenzione. Pur avendo respinto le accuse dell'Austria nel merito, la Commissione ha al contempo respinto l'eccezione italiana, secondo cui essendo i sei giovani cittadini italiani, l'Austria non avesse alcun titolo giuridico per intervenire a loro favore. La Commissione, infatti ha chiarito che gli obblighi assunti con la CEDU sono *erga omnes partes*: qualsiasi Stato contraente può denunciare la violazione dei diritti di qualsiasi persona sottoposta alla giurisdizione di un altro Stato membro, inclusi i cittadini dello stesso Stato accusato.

¹² *Scozzari e Giunta c. Italia*, GC sentenza del 13 luglio 2000, ric. N.39221/98 e 41963/98. Il caso scaturisce dai ricorsi presentata da Dolorata Scozzari (madre biologica) e Carmela Giunta (nonna) contro lo Stato italiano.. I figli minori della Scozzari erano stati allontanati su disposizione del tribunale dei minorenni per i minorenni di Firenze ed affidati alla comunità "il Forteto" in Toscana. Le autorità impedirono alla madre ed alla nonna di mantenere contatti con i bambini, avviando un percorso volto a recidere i legami familiari d'origine in favore della nuova vita nella comunità. La sentenza ha condannato l'Italia a risarcire i danni alle ricorrenti ed ha imposto allo Stato di rimuovere agli ostacoli interni che impedivano il ripristino delle relazioni familiari.

¹³ Comm.DH (2011) 37.

¹⁴ Application No. 47848/08. La vicenda *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania* riguarda la tragica morte di un giovane orfano vulnerabile e rappresenta una sentenza storica della

intervento, il Commissario per i diritti umani, ha messo in evidenza che le organizzazioni non governative dovrebbero avere il diritto, in casi eccezionali, di presentare ricorsi dinanzi alla Corte a nome e per conto delle vittime, particolarmente per quelle appartenenti a gruppi vulnerabili, quali le persone con disabilità mentali e disagi psicosociali, mettendo in evidenza quindi le criticità dell'art.34 della Convenzione secondo cui una organizzazione non governativa o un gruppo di privati possono adire la Corte “quando sostengono di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte parti contraenti”: in altri termini quando si tratta di una una violazione diretta dei loro diritti e non per nome o per conto di altri¹⁵.

Nella prassi più recente, l'attuale Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Michael O'Flaherty, è intervenuto più volte dinanzi alla Corte EDU su questioni sistemiche cruciali principalmente su tre macro-tematiche che riguardano l'immigrazione ed i respingimenti sommari, la libertà di associazione e le conseguenti restrizioni alla società civile e le pressioni sui dissidenti e le limitazioni alla magistratura.

Nel caso di c.d. *Summary returns*, il Commissario è intervenuto dinanzi alla Grande Camera in un blocco di tre casi che riguardano la gestione dei richiedenti asilo alle frontiere orientali dell'Unione Europea, con particolare riferimento ai respingimenti dei richiedenti asilo verso la Bielorussia da parte della Lituania, Lettonia e Polonia¹⁶. Nelle sue osservazioni, il Commissario ha posto in evidenza l'impatto di tali pratiche sui diritti fondamentali dei migranti e la necessità che le procedure di frontiera rispettino il divieto di trattamenti inumani e degradanti (Art. 3 CEDU) e il divieto di espulsioni collettive.

Per quanto riguarda la sua funzione di controllo dello spazio democratico e dello Stato di diritto, il Commissario è intervenuto in casi legati a riforme legislative nazionali

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) sulla tutela dei disabili psichici. Valentin Câmpeanu, un ragazzo di etnia rom abbandonato alla nascita, era affetto da una grave disabilità intellettiva e sieropositivo all'HIV. Al compimento dei 18 anni ha dovuto lasciare il centro per minori. Diverse strutture sociali e sanitarie si sono rifiutate di accoglierlo a causa delle sue patologie. E' stato infine internato all'Ospedale Psichiatrico di Poiana Mare, una struttura nota per l'elevato tasso di mortalità e le pessime condizioni. Nel febbraio 2004, gli attivisti della ONG *Centre for Legal Resources* (CLR) lo hanno trovato in fin di vita: era senza vestiti, in una stanza gelida, senza cibo né farmaci antiretrovirali. È morto pochi giorni dopo, a 18 anni.

¹⁵ Il caso è stato deciso dalla Grande Camera con sentenza del 17 luglio 2024 di condanna della Romania e che riporta la posizione del Commissario : The Council of Europe Commissioner for Human Rights, whose intervention before the Court was limited to the admissibility of the present application, submitted that access to justice for people with disabilities was highly problematic, especially in view of inadequate legal incapacitation procedures and restrictive rules on legal standing. Consequently, the frequent abuses committed against people with disabilities were often not reported to the authorities and were ignored, and an atmosphere of impunity surrounded these violations. In order to prevent and put an end to such abuses, NGOs played an important role, including by facilitating vulnerable people's access to justice. Against that backdrop, allowing NGOs to lodge applications with the Court on behalf of people with disabilities would be fully in line with the principle of effectiveness underlying the Convention, and also with the trends existing at domestic level in many European countries and the case-law of other international courts, such as the Inter-American Court of Human Rights, which granted locus standi to NGOs acting on behalf of alleged victims, even when the victims had not appointed these organisations as their representatives (for instance, in the case of *Yatama v. Nicaragua* (preliminary objections, merits, reparations and costs), judgment of 23 June 2005, Series C No. 127). In the Commissioner's view, a strict approach to locus standi requirements concerning people with disabilities (in this case, intellectual) would have the undesired effect of depriving this vulnerable group of any opportunity to seek and obtain redress for breaches of their human rights, thus running counter to the fundamental aims of the Convention (par.92).

¹⁶ Si tratta dei ricorsi *C.O.C.G e altri c. Lituania* (n.17764/22); *H.M.M. e altri c. Lettonia* (ric. 42165/21); *R.A. e altri c. Polonia* (ric. 42120/21)

considerate lesive per le ONG. In particolare nel caso *Georgian Young Lawyers' Association and Others v. Georgia*¹⁷, in cui oltre 120 organizzazioni della società civile e 16 media hanno presentato ricorso contro la legge georgiana sulla "trasparenza dell'influenza straniera", il Commissario ha depositato osservazioni scritte sottolineando come tali normative creino un effetto dissuasivo (*chilling effect*) sulla libertà di espressione e associazione, ostacolando il lavoro dei difensori dei diritti umani.

Infine, di rilevante interesse è l'intervento del Commissario in casi di pressioni sui dissidenti e indipendenza della magistratura in cui si sottolinea come l'uso del diritto penale appare finalizzato a silenziare le voci critiche. In questo ambito si inserisce l'intervento del Commissario nel caso *Kavala c. Turchia (no. 2)*, avente ad oggetto la perdurante detenzione e i procedimenti giudiziari a carico dell'attivista e filantropo Osman Kavala.

Nel suo intervento formale, il Commissario ha inserito il caso in un quadro più ampio di pressione sistematica contro le voci dissenzianti in Turchia, manifestando forti preoccupazioni sull'indipendenza e l'imparzialità della magistratura locale e sull'efficacia dei ricorsi interni davanti alla Corte Costituzionale turca¹⁸.

La terza ipotesi di partecipazione di terzi al procedimento davanti la Corte, codifica la diversa rilevanza che assumono, nel procedimento davanti la Corte, gli interessi statali rispetto a quelli dei singoli individui. Infatti secondo l'art.36 (2) "nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze". Tale discrezionalità è il punto più debole della disciplina: infatti il Presidente della Corte deve basare la propria valutazione semplicemente "nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia", espressione quanto mai vaga e generica, che attribuisce al presidente un ampio potere discrezionale. In passato qualche problema di interpretazione dell'art.36 (2) si è avuto nel senso che la presentazione di osservazioni scritte sembrava escludere la partecipazione all'udienza, e viceversa. Questa conclusione, oggetto di una interpretazione letterale della norma, derivava dall'uso della disgiuntiva "o" nell'individuare le due ipotesi di partecipazione

¹⁷ Ric. n. 15763/25.

¹⁸ Ric.n. 28449/18. Il caso Kavala c. Turchia è uno dei procedimenti più rilevanti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) in materia di violazione dei diritti politici e giudiziari, culminato in una procedura di infrazione contro Ankara. Kavala è stato arrestato nel novembre 2017 con l'accusa di aver finanziato e organizzato le proteste di Gezi Park del 2013 e per il tentato colpo di Stato del 2016 in Turchia. La Corte EDU nel 2019 ha stabilito all'unanimità che la detenzione di Kavala è avvenuta in assenza di prove ragionevoli di reato ed ha inoltre rilevato la violazione dell'art. 18 della CEDU, denunciando l'uso della detenzione precautelare per scopi politici, ovvero per imbavagliare un difensore dei diritti umani e dissuadere altri attivisti. La Corte ne ha ordinato l'immediato rilascio. Nonostante la sentenza europea, i tribunali turchi non hanno scarcerato Kavala. Anzi, nell'aprile 2022, è stato condannato all'ergastolo aggravato per "aver tentato di rovesciare il governo". A seguito del rifiuto della Turchia di attuare la sentenza della Corte EDU, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha deferito nuovamente il caso alla Grande Camera della CEDU per stabilire se Ankara avesse violato l'obbligo di ottemperare alle decisioni della Corte. Nel luglio 2022, la Grande Camera ha stabilito definitivamente che la Turchia ha violato l'art. 46, par. 1 della CEDU, facendo scattare formalmente la procedura di infrazione, constatando che le misure adottate dalla Turchia non hanno rimediato alle violazioni e non sono state intraprese in buona fede. Si tratta del secondo caso nella storia del Consiglio d'Europa (dopo *Ilgar Mammadov c. Azerbaigian*) in cui viene applicato questo meccanismo sanzionatorio. [

ipotizzate. Un'interpretazione della norma, però, che tenga conto del suo scopo sembra condurre piuttosto a ritenere che, se si tratta di servire una "corretta amministrazione della giustizia", il Presidente potrà autorizzare il terzo, sia esso Stato non contraente o individuo, a partecipare all'udienza, anche se ha già presentato osservazioni scritte. Il carattere ampiamente discrezionale del potere attribuito al Presidente dovrebbe assicurare contro l'eventualità che una siffatta interpretazione estensiva dia luogo ad abusi. E' da dire, comunque, che l'art.36(2) deve essere interpretato anche in base all'art.44 del regolamento di procedura della Corte che, comunque, a nostro avviso, si presenta per alcuni versi contraddittorio nei confronti della partecipazione di individui terzi al procedimento. Infatti, mentre nell'ultimo capoverso dell'art.44 n.3 lett.a, si prevede che il Presidente può invitare qualsiasi persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni scritte o, *in circostanze eccezionali*, (corsivo nostro) a prendere parte all'udienza, quindi limitandone ulteriormente la possibilità di partecipazione effettiva al procedimento, il capoverso iniziale dello stesso articolo prevede che il potere del Presidente sia quello di invitare un terzo ma anche di autorizzare la partecipazione di qualsiasi persona diversa dal ricorrente che ne faccia richiesta. E' chiaro che nella sostanza il potere discrezionale del Presidente della Corte non cambia, ma in ogni caso i soggetti interessati alla causa diversi dai ricorrenti possono avere una possibilità in più per presentare le proprie ragioni. Sebbene la Corte europea abbia nel tempo elaborato una giurisprudenza piuttosto restrittiva circa l'ammissione di terzi in giudizio¹⁹, in alcune sentenze più recenti si registra una apertura in questo senso, soprattutto per violazioni dell'art.8 della Convenzione in questioni riguardanti i minori. Alcuni esempi rilevanti. Nel caso *Y.Y. c. Russia*, la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) emessa l'8 marzo 2022 e divenuta definitiva l'8 giugno 2022 (ricorso n. 43229/18), la Corte ha accertato che le autorità russe sono venute meno agli obblighi positivi di tutelare la vita familiare della ricorrente. Nello specifico, lo Stato non ha adottato tutte le misure ragionevoli e senza indebito ritardo per eseguire un'ordinanza di affidamento e residenza di un minore emessa a favore della madre. In questo caso l'intervento del terzo) è consistito nella partecipazione attiva del padre del minore, il sig. A.Y., al quale Il Presidente della Sezione della Corte ha concesso l'autorizzazione a intervenire nel processo in qualità di "terzo interessato" ai sensi dell'articolo 36 § 2 della Convenzione. Il padre ha utilizzato l'opportunità che gli è stata concessa per controbattere alle tesi sollevate dalla ricorrente (la madre) riguardanti il mancato rispetto degli obblighi di affidamento, esponendo la propria versione dei fatti e fornendo prove a supporto della condotta da lui tenuta. Nel caso specifico, le autorità russe non avevano dato esecuzione ai provvedimenti nazionali a favore della madre dopo che il padre aveva prelevato il bambino dall'asilo rifiutandosi di riconsegnarlo. L'intervento del padre ai sensi dell'art.36 (2) ha sollevato un ampio e approfondito dibattito interno alla Corte, come emerso anche dalle opinioni separate allegate alla sentenza, in quanto la Corte ha consentito al padre di agire come "terza parte" nonostante egli non avesse la custodia legale del minore in base al diritto interno e avesse sottratto il figlio alla madre. Questa ammissione gli ha comunque permesso di illustrare la sua posizione e di presentare il punto di vista e l'atteggiamento manifestato dal minore in quel contesto.

Nel successivo caso *I.S. c. Grecia* (ricorso n. 19165/20), deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) il 23 maggio 2023, l'intervento del terzo ha visto come protagonista G.S., l'ex moglie del ricorrente e madre delle due bambine al centro della controversia, proprio in virtù dall'Articolo 36 § 2 della Convenzione Europea dei Diritti

¹⁹ In questo senso BÜRLI, *Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights: Amicus Curiae, Member-State and Third-Party Interventions*, Cambridge, 2017.

dell'Uomo e dall'Articolo 44 § 3 del Regolamento della Corte. Nonostante le argomentazioni presentate dalla madre interveniente, la Corte ha accertato la violazione dell'Articolo 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare) da parte della Grecia, rilevando la totale inerzia delle autorità greche che, a fronte di una netta alienazione parentale e di un grave "conflitto di lealtà" in cui le minori erano state poste dalla madre, si erano limitate a registrare il rifiuto delle figlie di vedere il padre. I giudici di Strasburgo hanno stabilito che le istituzioni avrebbero dovuto attuare un monitoraggio reale, richiedendo perizie psichiatriche e interventi di supporto sociale per superare la resistenza psicologica creata, anziché assecondare acriticamente la volontà manipolata delle minori. L'intervento dell'ex moglie (G.S.) nel caso *I.S. c. Grecia* è stato rilevante sia sotto il profilo procedurale che sotto quello sostanziale. Infatti l'ammissione dell'ex moglie come terza parte interessata ha permesso di "orizzontalizzare" il caso²⁰. La Corte ha potuto ascoltare direttamente la voce del genitore accusato di ostruzionismo, consentendo attraverso il confronto di effettuare a un esame realistico delle dinamiche familiari sottostanti.

4. Guida pratica del Presidente della Corte riguardo l'intervento di terzi ex art.36, del 20 marzo 2023

Sebbene la Corte non pubblichi i dati ufficiali sul numero delle richieste ricevute e respinte, da alcuni reports presentati da ONG che avevano avanzato richiesta di un intervento, si è legittimati a ritenere che la percentuale dei rifiuti sia piuttosto alta. D'altra parte i giudici di Strasburgo già dal 2018 hanno deciso di avviare un processo di riforma per rafforzare l'intervento di terzo, mediante una modifica dell'art.44. Tale progetto di riforma si è concluso con l'adozione il 13 marzo 2023 delle "Practice directions: Third-party intervention under Article 36 §2 of the Convention or under Article 3, second sentence, of Protocol N.16". Tale documento illustra le regole e le modalità con le quali i soggetti possono intervenire in un procedimento dinanzi la Corte. Vengono precisati i requisiti per ottenere l'autorizzazione all'intervento, le sue finalità e i limiti. L'importanza della Guida pratica riguarda, comunque, la specificazione, secondo la Corte, dello scopo principale degli interventi secondo l'art.36 (2). Infatti la Corte ha chiarito che se ad intervenire è uno Stato contraente della Convenzione, "thus normally have a legitimate interest in making their views Known about a legal issues arising in a case before the Court, even though the applicant under examination is not direct against theme" (p.II, lett.a). Invece quando l'intervento è presentato da individui, associazioni o enti non statali, sarà ammesso solo se presenta argomenti diversi o più ampi di quelli presentati dalle parti. Secondo la Guida pratica i terzi intervenienti devono presentare alla Corte "nel modo più imparziale e oggettivo possibile "elementi di fatto o giuridici, in grado di aiutare la Corte a risolvere il caso. Il loro intervento deve essere esclusivamente nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia. La stessa Guida pratica definisce, in questo senso, l'attore non statale che interviene davanti la Corte come *amicus curiae*, la cui partecipazione resta di completa discrezione del Presidente della Corte.

5.Osservazioni conclusive

²⁰ Sulla dimensione "orizzontale" di alcuni diritti si veda, F.M.PALOMBINO, *La dimensione "orizzontale" della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2021,p.220.

Come è facile intuire, la Guida pratica del 2023, non ha per nulla migliorato la posizione degli interventi dei privati davanti la Corte, ponendo fine alla differenza fra Stati ed attori non statali. La situazione degli individui terzi resta del tutto residuale. Inoltre la Corte di Strasburgo è criticabile per la mancanza di trasparenza, in particolare per i criteri di ammissibilità: la riforma del 2023 ha fatto qualche timido passo avanti, chiarendo come i giudici di Strasburgo considerano l'intervento del terzo, ma semplicemente una prassi più trasparente ed una maggiore partecipazione soprattutto della società civile potrebbe assicurare una corretta amministrazione della giustizia, che è poi il fine ultimo, come dichiara la stessa Convenzione, a cui dovrebbe tendere l'intervento di soggetti non coinvolti direttamente nella controversia, ma i cui interessi potrebbero subire importanti conseguenze²¹.

ABSTRACT: *Intervention by "Third Parties" under Article 36 of the European Convention on Human Rights*

The paper examines the way third parties can intervene pursuant Art.36 of The European Convention on human Rights. Article 36 distinguishes the position of States and the Council of Europe Commissioner for Human Rights from that of individual litigants, without granting the latter a genuine right to intervene. The provision needs to be amended to strike a better balance between the public interest in the proper administration of justice and the rights of individuals to intervene in the proceedings.

²¹ Per un esame delle criticità dell'art.36 della Convenzione e sui possibili rimedi, cfr. M.CHIANESE, *Sull'intervento di "ogni persona interessata" ex art.36 par.2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: tra discrezionalità della Corte europea e corretta amministrazione della giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, p.830

FRANCESCO RENDE*

SANZIONI DISCIPLINARI SPORTIVE E TUTELA DEI TERZI**

SOMMARIO: 1. Autonomia dell'ordinamento sportivo e sanzioni disciplinari. – 2. I rimedi contro le sanzioni disciplinari sportive: l'orientamento dei giudici amministrativi. – 3. Segue: gli interventi della Corte costituzionale. – 4. Segue: il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. – 5. La tutela dei terzi: l'intervento nel procedimento sanzionatorio. – 6. Segue: il rimedio risarcitorio.

1. *Autonomia dell'ordinamento sportivo e sanzioni disciplinari*

Il tema dei rimedi contro le sanzioni disciplinari sportive costituisce, come è noto, una delle principali “cartine di tornasole” per misurare l'effettività dell'autonomia dell'ordinamento sportivo¹.

A sancire siffatta autonomia è l'art. 1 del d.l. n. 220/2003² che la consacra formalmente e, al contempo, ne identifica i limiti. Il secondo comma della citata disposizione stabilisce, invero, che il principio di non interferenza dell'ordinamento statale nelle vicende di quello sportivo si arresta innanzi ad ipotesi di «rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».

Tradotta in tali termini, tuttavia, l'interazione tra i due ordinamenti appare destinata a rimanere ammantata da una coltre di nebbia non risultando chiari i presupposti e le modalità dell'eventuale “invasione di campo” prefigurata dall'art. 1, comma 2, del d.l. 220/2003³.

Maggiori indicazioni dovrebbero provenire dall'art. 2 del medesimo provvedimento normativo: *ivi* si indicano, invero, alcune materie riservate all'ordinamento sportivo⁴ «in

* Professore Associato di Diritto Privato dell'Università di Messina.

** Contributo aggiornato a settembre 2025.

¹ Sul tema dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e dei suoi rapporti con l'ordinamento v. L. FERRARA, voce *Giustizia sportiva*, in *Enc. dir.*, Milano, 2009, p. 491 ss., G. LIOTTA, voce *Sport (diritto dello)*, in *Diritto civile. Dizionari del diritto privato*, promossi da N. IRTI, a cura di S. MARTUCELLI e V. PESCATORE, Milano, 2011, p. 1658 ss. *Ivi*, più ampi riferimenti bibliografici.

² Il d.l. n. 220/2003 è stato convertito, con modifiche, dalla l. n. 280/2003. Ai sensi dell'art. 1, «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale».

³ Sul punto v. T. MAUCERI, *Sulla rilevanza esterna delle sanzioni sportive*, in *Riv. dir. sport.*, 2019, p. 36 ss.

⁴ L'assetto risultante dalla normativa del 2003 veniva, puntualmente, riassunto l'anno dopo dalle Sezioni Unite della Suprema Corte. Secondo la Cassazione, il nuovo assetto ricomprendeva, sostanzialmente, quattro situazioni. Un primo gruppo sarebbe ricomprensivo delle questioni che hanno per oggetto l'osservanza di norme regolamentari, organizzative e statutarie da parte di associazioni. Le regole che sono emanate in questo ambito, rileva la Corte, «sono espressione dell'autonomia normativa interna delle federazioni, non hanno rilevanza nell'ordinamento giuridico generale e le decisioni adottate in base ad esse sono collocate in un'area di non rilevanza (o d'indifferenza) per l'ordinamento statale, senza che possano essere considerate come espressione di potestà pubbliche ed essere considerate alla stregua di decisioni amministrative». In considerazione della generale irrilevanza per l'ordinamento statale di tali norme, loro violazione, evidenzia la Cassazione, «conduce all'assenza di una tutela giurisdizionale statale; ciò non significa assenza totale di tutela,

applicazione dei principi di cui all'art. 1». La legge di conversione ha, sostanzialmente, ridotto a due le ipotesi in questione: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive⁵; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive.

Nella versione antecedente alla conversione, il decreto-legge riservava all'ordinamento sportivo anche le questioni concernenti: a) l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati; b) l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma illimitato e l'ammissione alle stesse delle squadre ed atleti.

In sede di conversione ci si rese, tuttavia, immediatamente conto della circostanza che si trattava di materie intrinsecamente connesse con diritti fondamentali la cui tutela non poteva, evidentemente, essere lasciata alla cura esclusiva della giurisdizione sportiva⁶.

ma garanzia di una giustizia di tipo associativo che funziona secondo gli schemi del diritto privato». Vi sono, poi, le questioni che nascono da comportamenti rilevanti sul piano disciplinare conseguenti alla violazione da parte degli associati di norme anch'esse interne all'ordinamento sportivo. Pure per queste situazioni, ad avviso della Cassazione, vi sarebbe «la stessa condizione di non rilevanza per l'ordinamento statale». Queste prime due situazioni, si conclude, «restano all'interno del sistema dell'ordinamento sportivo propriamente detto e le possibili controversie che in esso sorgono non possono formare mai oggetto della giurisdizione statale». Ad arricchire il quadro disegnato dalla Suprema Corte, vi è, ancora, l'attività che le federazioni sportive nazionali debbono svolgere in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del Coni e del Cio (si riporta, a titolo esemplificativo, la materia dell'ammissione e dell'affiliazione alle federazioni di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati nonché l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma limitato e l'ammissione alle stesse delle squadre e degli atleti). In siffatte ipotesi, le controversie, esaurito l'obbligo del rispetto di eventuali clausole compromissorie, sono sottoposte alla giurisdizione amministrativa esclusiva. L'ultimo gruppo individuato dalla Cassazione ricomprende «le questioni concernenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni ed atleti. Esaurito, anche in questo caso, l'obbligo del rispetto di eventuali clausole compromissorie, le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario» (cfr., Cass. civ., SS.UU. 23 marzo 2024, n. 5775, in Giust. civ., 2005, p. 1629 ss., con nota di G. VIDIRI, *Le controversie sportive e il riparto della giurisdizione*).

⁵ Opportunamente, la dottrina ha evidenziato la necessità intendere restrittivamente il riferimento alle «norme regolamentari, organizzative e statutarie» da considerarsi coincidenti con quelle che sopprassiedono al «corretto svolgimento delle attività sportive». Si rileva, invero, che è «attraverso la enucleazione di tale fine in seno alla norma sportiva di cui si fa applicazione nel caso all'esame del giudice che è possibile stabilire se ricorra o meno la riserva di giurisdizione in favore della giustizia sportiva, giacché altrimenti non vi sarebbe spazio alcuno per il ricorso al giudice statale, esauendo le “norme regolamentari, organizzative e statutarie”, tutte quelle di fonte sportiva». Così, L. SANTORO, *Nota a Cass., Ss.Uu. 2 febbraio 2022, n. 3101. Irrilevanza della natura, pubblicistica o privatistica, dell'attività fondante il ricorso al giudice amministrativo nel riparto di giurisdizione tra giustizia sportiva e giustizia statale*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, p. 221 ss.

⁶ Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 09/07/2004, n. 5025 in *Foro amm. CDS*, 2005, pag. 1233 ss. con nota di L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport* e in *Giust. amm.*, 2004, p. 643 ss. con nota di E. LUBRANO, *L'ordinamento sportivo come sostanziale autorità amministrativa indipendente dopo la L. n. 280/2003 e la sentenza n. 5025/2004 del Consiglio di Stato*.

Nella sentenza si legge: «La soppressione delle due categorie, in sede di conversione del D.L., costituisce chiaro indice della volontà del legislatore di non considerare indifferenti per l'ordinamento statale controversie, quali quelle inerenti, come nel caso di specie, l'affiliazione delle società alle federazioni e i provvedimenti di ammissione ai campionati, trattandosi di provvedimenti di natura amministrativa in cui le Federazioni esercitano poteri di carattere pubblicistico in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del Coni. Del resto, una assoluta riserva all'ordinamento sportivo anche di tale tipologia di controversie avrebbe determinato seri dubbi sulla costituzionalità della disposizione sotto il profilo della lesione del principio della tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 della Costituzione».

In prima battuta la giurisprudenza ritenne che le due materie residue potessero considerarsi immuni dal rischio di coinvolgimento di situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento statale⁷.

Già negli anni immediatamente successivi al d.l. n. 220/2003, tuttavia, la cronaca riportò numerosi casi di sanzioni disciplinari sicuramente incidenti su diritti fondamentali del tesserato (quali, ad es. il diritto alla reputazione, all'onore, all'immagine e, perfino, al lavoro) o delle associazioni o società sportive affiliate ad una federazione⁸.

Innanzitutto ipotesi siffatte, l'interpretazione letterale dell'art. 2, d.l. n. 220/2003 apparve, a taluni, inammissibile e si elaborarono proposte ermeneutiche alternative, idonee ad assicurare, una volta esauriti i gradi della giustizia sportiva, il ricorso innanzi alla giurisdizione statale.

Sorse, così, un dibattito giurisprudenziale che ha coinvolto la giurisdizione statale nelle sue più alte espressioni e che ancora oggi non può dirsi del tutto sopito nonostante il duplice intervento della Corte costituzionale⁹.

Di seguito se ne riassumeranno i punti maggiormente salienti al fine di ricostruire lo stato dell'arte e le possibili, ulteriori, evoluzioni.

2. I rimedi contro le sanzioni disciplinari sportive: l'orientamento dei giudici amministrativi

Innanzitutto un provvedimento disciplinare reputato illegittimo e al contempo lesivo di situazioni giuridiche soggettive meritevoli di protezione secondo l'ordinamento della Repubblica, l'unica tutela realmente soddisfacente per l'interessato non può che essere quella demolitoria¹⁰.

Stando alla lettera dell'art. 2, d.l. n. 220/2003, spetta agli organi della giustizia sportiva il compito di annullare le sanzioni eventualmente irrogate; esaurite le possibilità offerte dall'ordinamento domestico, il provvedimento disciplinare dovrebbe divenire definitivo.

⁷ Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 09/07/2004, n. 5025. La sentenza, riprendendo la già citata sentenza delle SS.UU. della Suprema Corte n. 5774/2004, precisa che «le regole che sono emanate in questo ambito sono espressione dell'autonomia normativa interna delle federazioni, non hanno rilevanza nell'ordinamento giuridico generale e le decisioni adottate in base ad esse sono collocate in un'area di non rilevanza (o d'indifferenza) per l'ordinamento statale, senza che possano essere considerate come espressione di potestà pubbliche ed essere considerate alla stregua di decisioni amministrative. La generale irrilevanza per l'ordinamento statale di tali norme e della loro violazione conduce all'assenza di una tutela giurisdizionale statale; ciò non significa assenza totale di tutela, ma garanzia di una giustizia di tipo associativo che funziona secondo gli schemi del diritto privato».

⁸ Emblematico è il caso noto come "Calciopoli" in cui la giustizia sportiva irrogò importanti sanzioni disciplinari, tra l'altro, ad alcuni dirigenti sportivi ritenuti colpevoli di aver creato un sistema di relazioni volte alla commissione sistematica di frodi sportive preordinate al condizionamento delle gare del campionato di calcio. Prescindendo dal merito della questione, e decidendo su un'eccezione relativa alla propria giurisdizione, il Tar Lazio ha, invero, evidenziato come, nel caso di specie, «le sanzioni inflitte assumono rilevanza anche al di fuori dell'ordinamento sportivo, considerati sia i riflessi negativi sul piano economico, sia il giudizio di disvalore che da esse scaturisce sulla personalità del soggetto sanzionato in tutti i rapporti sociali» (cfr., Tar Lazio, 19 marzo 2008, n. 2472, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 2088 ss., con nota di P. SANDULLI, *I limiti della «giurisdizione sportiva»*).

⁹ Sul punto v. *infra*.

¹⁰ Ciò, naturalmente, a condizione che l'eventuale pronuncia intervenga tempestivamente e, cioè, prima che gli effetti della sanzione abbiano prodotto conseguenze irreparabili (si pensi, ad es., all'impossibilità di partecipare ad una o più competizioni di rilevanza nazionale a causa di una squalifica).

Parte della giurisprudenza amministrativa¹¹, sollecitata da taluni ricorsi avverso sanzioni particolarmente afflittive, è, tuttavia, giunta a conclusioni differenti. L'art. 2, si è affermato, andrebbe letto in combinato disposto con il secondo comma dell'art. 1, d.l. n. 220/2003 che, fissando un principio di portata generale, fornirebbe all'interprete la corretta chiave di lettura delle successive disposizioni attuative.

Così, se l'autonomia dell'ordinamento sportivo incontra un limite nella necessità di assicurare tutela alle situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento della Repubblica, anche le sanzioni disciplinari sarebbero sindacabili (ed, eventualmente, annullabili) dalla giustizia statale nel caso in cui producano conseguenze eccedenti l'ambito strettamente sportivo¹². Una differente lettura del dato positivo, secondo la giurisprudenza del Tar Lazio, avrebbe, inesorabilmente, determinato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, d.l. n. 220/2003¹³.

L'orientamento, apparentemente monolitico, iniziò, tuttavia, a vacillare: perplessità ed esitazioni emergevano da parte di alcuni commentatori¹⁴ e, perfino, nella motivazione di

¹¹ Appare opportuno rammentare che, ai sensi dell'art. 3, d.l. n. 220/2003, «esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2, è disciplinata dal codice del processo amministrativo». L'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo (salva l'ipotesi di controversie concernenti i rapporti patrimoniali) costituisce, peraltro, la cristallizzazione di un orientamento giurisprudenziale consolidatosi prima del d.l. del 2003 e fondato sulla ricostruzione delle Federazioni sportive quali enti dotati di natura giuridica «ibrida». Si affermava, invero, che le federazioni sportive pur originando da un atto di autonomia privata e pur svolgendo gran parte della propria attività quali soggetti privati sono anche chiamate a dare attuazione ad alcune delle prerogative proprie del CONI la cui natura pubblicistica è stabilita dalla legge. Anche le federazioni, dunque, nel momento in cui si atteggiavano ad organi del CONI e ne esercitano i relativi poteri, non possono che qualificarsi come enti pubblici. Da qui l'idea secondo la quale il criterio di riparto di giurisdizione dipendesse dalla natura dell'attività svolta e, in particolare, che dovesse affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo tutte le volte in cui l'attività della federazione fosse finalizzata alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva, (cfr. Cass. civ., SS.U., 9 maggio 1986, n. 3091, in *Foro amm.*, 1986, p. 1686 ss.; Cass. civ., SS.UU., 26 ottobre 1989, n. 4399, in *Giust. civ.*, 1990, p. I, p. 709 ss. 4399).

¹² Tra le pronunce che inaugurarono questo indirizzo interpretativo v. T.A.R. Lazio Roma, 14/12/2005, n. 13616. In senso adesivo, ex multis, T.A.R. Lazio Roma, 21/06/2007, n. 5645. Tutte le pronunce sono reperibili nella banca dati *Onelegale*.

¹³ Cfr., Tar Lazio, ord. 12 aprile 2007, n. 1664, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 960 ss. Secondo tale pronuncia «una diversa interpretazione del cit. art. 2 D.L. n. 220 del 2003 condurrebbe a dubitare della sua conformità a principi costituzionali, perché sottrarrebbe le sanzioni sportive alla tutela giurisdizionale del giudice statale». Tale argomento viene ripreso da Tar Lazio, 19 marzo 2008, n. 2472, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 2080 ss. con nota di P. SANDULLI, *I limiti della giurisdizione sportiva (nota a Tar Lazio, sez. III ter, 19 marzo 2008 n. 2472)*. La sentenza richiama, peraltro, il noto principio secondo il quale, «dinanzi ad un dubbio interpretativo di una norma o ad un'aporia del sistema, prima di dubitare della legittimità costituzionale della norma stessa occorre verificare la possibilità di darle un'interpretazione secondo Costituzione (Corte cost. 22 ottobre 1996 n. 356)».

¹⁴ Cfr., S. FANTINI, *L'esperienza del giudice amministrativo nelle controversie sportive*, in *Dir. sport*, 2008, n. 3, p. 19 ss., spec., p. 22; ID., *La soluzione di compromesso della sentenza n. 49 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. sport.*, 2011, p. 1 ss., il quale rileva come «l'applicazione di tale regola (della rilevanza indiretta, o, sotto altra prospettiva, esterna della sanzione disciplinare) non è obiettivamente di cartesiana chiarezza, e induce ad una valutazione caso per caso, che pecca congenitamente di approssimazione; è infatti difficile individuare un sicuro discrimine tra atti a rilevanza meramente interna e atti incidenti su posizioni giuridiche rilevanti nell'ordinamento generale».

talune pronunce che vi aderivano¹⁵ finché, alla fine del 2007, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Sicilia¹⁶ reputò di inaugurare un nuovo indirizzo interpretativo.

Nella nuova prospettiva, ad assumere rilevanza decisiva è il dato letterale: nell'identificare le materie riservate all'ordinamento sportivo, l'art. 2, d.l. n. 220/2003 opera, per espresso riconoscimento, «applicazione dei principi di cui all'art. 1». Ne consegue, secondo il CGA Sicilia, che lo Stato, «ha dichiarato apertamente il proprio disinteresse per ogni questione concernente» le materie *ivi* elencate. Conseguentemente, si precisa, «nessuna violazione di tali norme sportive potrà considerarsi di alcun rilievo per l'ordinamento giuridico dello Stato»¹⁷.

Il legislatore avrebbe, perciò, operato una scelta netta pur nella piena consapevolezza delle significative ripercussioni che l'irrogazione di una sanzione disciplinare sportiva può comportare per la sfera giuridica del tesserato. Di tale scelta l'interprete sarebbe tenuto a prendere atto senza «sovrapporre la propria “discrezionalità interpretativa” a quella legislativa esercitata dal Parlamento»¹⁸. Da qui l'affermazione del *difetto assoluto di giurisdizione* del giudice amministrativo nei giudizi promossi da persone tesserate e società affiliate per ottenere l'annullamento delle sanzioni disciplinari loro inflitte.

L'anno successivo, anche il Consiglio di Stato aderì, espressamente, a tale orientamento¹⁹ ponendosi, così, in netta contrapposizione con il Tar Lazio che, invece, affermando la propria giurisdizione, continuava a pronunciarsi nelle succitate controversie²⁰.

3. Segue: gli interventi della Corte costituzionale

¹⁵ Nella già citata sentenza n. 5645/2007, il Tar Lazio si dichiara, invero, «consapevole della opinabilità di un criterio che fonda, in ultima analisi, la competenza giurisdizionale sugli effetti indiretti che possono scaturire dall'applicazione di una sanzione sportiva».

¹⁶ Cfr., C.G.A. Sicilia, 8 novembre 2007 n. 1048, in *Dir. proc. amm.* 2008, p. 1115 ss. con nota di M. DELSIGNORE, *Sanzioni sportive: considerazioni sulla giurisdizione da parte di un giudice privo della competenza funzionale*. Su tale pronuncia v., anche, le note critiche di E. LUBRANO, *La sentenza abbonati – Catania: il Consiglio Siciliano e il rischio del ritorno della tutela giurisdizionale nello sport al Paleozoico?!* in *Diritto dello sport*, 2007.

¹⁷ Cfr., C.G.A. Sicilia, 8 novembre 2007 n. 1048, cit. La pronuncia evidenzia, ulteriormente, come l'interpretazione prospettata trovi conferma nell'art. 3 del decreto il quale (ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti) riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie non riservate «agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2». Ad avviso del CGA, «solo per queste ultime, perciò, l'art. 3 del decreto stabilisce, al comma 2, la competenza funzionale del T.A.R. del Lazio con sede in Roma» mentre «ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive ... riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2» resta, viceversa, esclusa tanto dalla giurisdizione del giudice ordinario, quanto da quella del giudice amministrativo».

¹⁸ Cfr., C.G.A. Sicilia, 8 novembre 2007 n. 1048, cit.

¹⁹ Cfr., Cons. Stato, 25 novembre 2008, n. 5782, in *Danno e resp.*, 2009, p. 608 ss., con nota di L. CIMELLARO, *Controversie in materia disciplinare tra giustizia sportiva e giurisdizione statale*, e in *Foro it.*, 2009, III, p. 195 ss., con nota di A. PALMIERI. In siffatta pronuncia, peraltro, il Consiglio di Stato condivide i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 2, d.l. n. 220/2008 ma ritenne, al contempo: a) di non poter procedere ad una lettura correttiva di un testo normativo reputato «dalla chiara ed univoca portata precettiva» perché per tale via si sarebbe sfociati «in una operazione di disapplicazione della legge incostituzionale»; b) di non sollevare la questione di legittimità costituzionale essendo venuto, *medio tempore*, meno l'interesse all'annullamento della sanzione.

²⁰ Cfr., Tar Lazio, 19 marzo 2008, n. 2472, cit.

La situazione di stallo, conseguentemente, determinatasi venne sbloccata dalla Corte Costituzionale che, chiamata a pronunciarsi dallo stesso Tar Lazio²¹, pur prendendo atto dell'interpretazione consolidatasi in capo al Consiglio di Stato, rigettò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, d.l. n. 220/2003²².

La Corte esclude, invero, che l'assetto normativo posto alla sua attenzione comportasse l'esistenza di un *vulnus* al diritto di difesa ex art. 24 Cost. evidenziando l'opportunità di una più ampia disamina degli strumenti di tutela azionabili avverso una sanzione disciplinare reputata illegittima. Affianco alla tutela demolitoria si colloca, invero, lo strumento risarcitorio che, pur non potendo offrire il medesimo grado di soddisfazione al titolare della situazione giuridica incisa, costituisce, pur sempre, una forma di protezione reputata dal nostro ordinamento giuridico adeguata²³, benché residuale²⁴.

Nessun ostacolo, rilevò la Corte, sussiste a riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo²⁵ rispetto alle azioni di risarcimento danni intentate contro le federazioni

²¹ Cfr., Tar Lazio, ord. 11 febbraio 2010, n. 241, in *Giur. Merito*, 2010, p. 2560 ss. con nota di L. MARZANO, *La giurisdizione sulle sanzioni disciplinari sportive: il contrasto fra Tar e Consiglio di Stato approda alla Corte costituzionale*. Il TAR Lazio sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. b) e comma 2 del d.l. n. 220/2003, reputando che il dato positivo così come interpretato dal Consiglio di Stato, determinasse una violazione sistematica degli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione nella misura in cui si riservava al giudice sportivo la competenza definitiva sulle controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari non tecniche, sottraendole al sindacato del giudice amministrativo anche quando i loro effetti trascendevano i confini dell'ordinamento sportivo per incidere su situazioni giuridiche protette dall'ordinamento statale. La violazione dell'articolo 24 della Costituzione emergeva, ad avviso del Tar, con particolare evidenza dalla preclusione assoluta dell'accesso alla tutela giurisdizionale statale. Parimenti si ritenevano compromessi gli articoli 103 e 113 della Costituzione, che presidiano il sistema della giustizia amministrativa consentendo sempre l'impugnativa di atti e provvedimenti amministrativi dinanzi agli organi competenti. Secondo il Tar Lazio, stante la natura amministrativa degli atti adottati dal CONI e dalle federazioni sportive, ricavabile anche all'articolo 3, d.l. n. 220/2003, emergeva una contraddizione interna: da un lato si riconosceva la natura amministrativa degli atti, dall'altro si sottraeva una categoria di controversie alla relativa tutela.

²² Cfr., C. Cost., 7 febbraio 2011, n. 49 in *Giust. civ.*, 2012, p. 2519 ss. con nota di G. SANTAGADA, *Le sanzioni disciplinari sportive: se non sono annullabili non sono "atti amministrativi", ma "fatti storici" non arbitrabili e la domanda risarcitoria si propone davanti al giudice ordinario*. Su tale pronuncia v. F. BLANDO, *Sanzioni sportive, sindacato giurisdizionale, responsabilità risarcitoria*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 924; A. A. DI TODARO, *La tutela effettiva degli interessi tra giurisprudenza sportiva e statale: la strana "fuga" della Corte dal piano sostanziale a quello per equivalente*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 697; G. FACCI, *Il risarcimento del danno come punto di bilanciamento tra il controverso principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e l'art. 24 Cost.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 417 ss.

²³ Secondo la Corte costituzionale, «non può certo affermarsi che la mancanza di un giudizio di annullamento (che, oltretutto, difficilmente potrebbe produrre effetti ripristinatori, dato che in ogni caso interverrebbe dopo che sono stati esperiti tutti i rimedi interni alla giustizia sportiva, e che costituirebbe comunque, in questi casi meno gravi, una forma di intromissione non armonica rispetto all'affermato intendimento di tutelare l'ordinamento sportivo) venga a violare quanto previsto dall'art. 24 Cost.».

²⁴ Nelle note sentenze delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 8827 e 8828 del 2003, in *Foro it.*, 2003, c. 2237, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Danno resp.* 2003, p. 816, con note di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*, e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 va in Paradiso*; e in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1017, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*, la Suprema Corte ha rilevato come la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisca «la forma minima di tutela» che l'ordinamento giuridico appresta agli interessi reputati meritevoli di protezione.

²⁵ Appare, peraltro, opportuno osservare come il Consiglio di Stato abbia adottato un'interpretazione significativamente restrittiva del novero di interessi che possono essere tutelati, *in sede amministrativa*, attraverso l'azione spiegata per la riparazione dei danni collegati all'irrogazione di una sanzione disciplinare illegittima. Si è, invero, ritenuto che la tutela risarcitoria per equivalente monetario *che può essere concessa dal giudice amministrativo* non include voci per loro natura diverse da quelle estranee alle finalità eminentemente pubblicistiche

sportive o contro il CONI per i pregiudizi collegati all'adozione di provvedimenti disciplinari reputati illegittimi²⁶. In siffatta ipotesi, invero, non esiste alcuna riserva in favore della giustizia sportiva innanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere²⁷.

L'autorevole intervento del giudice delle leggi non ebbe, tuttavia, l'effetto di sopire la disputa intorno alla legittimità dell'assetto definito dall'art. 2, d.l. n. 220/2003.

All'iniziale atteggiamento di acquiescenza, infatti, il Tar Lazio fece seguire, a distanza di pochi anni, una nuova ordinanza di remissione alla Corte costituzionale reputando che vi fossero ancora spiragli per l'affermazione di un differente indirizzo interpretativo²⁸.

Le aspettative rimasero, tuttavia, deluse poiché la Corte ribadì, sostanzialmente, la propria posizione²⁹.

4. *Segue: il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*

Neppure il secondo intervento della Corte costituzionale ha posto fine al dibattito.

Così, a seguito di un ricorso presentato da due ex componenti del Consiglio di Amministrazione di un noto club calcistico, il Tar Lazio ha ritenuto di sottoporre l'art. 2 d.l. n. 220/2003 anche al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea³⁰.

dell'ordinamento sportivo. In caso contrario, «si finirebbe per trasformare l'espressione dello sport in un'ordinaria fenomenologia individuale di mercato, dove il sostegno pubblico perderebbe ragione o diverrebbe locupletativo: in tal caso, non vi sarebbero obiettive ragioni per differenziarla da quella, di diritto comune, inerente un qualsivoglia fenomeno lucrativo privato, basato sull'utilizzo di risorse anche materiali private» (cfr., Cons. St., 22 agosto 2018, n. 5019, in *Foro Amm.*, 2018, p. 1222 ss.). Sul punto si tornerà ne prosiegua.

²⁶ Il Consiglio di Stato ha, peraltro, chiarito che «all'azione risarcitoria proposta dinanzi al giudice amministrativo per atti o fatti sportivi non si applica agli organi della giustizia sportiva lo speciale regime della responsabilità civile dei magistrati che limita l'elemento soggettivo alle figure del dolo o della colpa grave» (cfr., Cons. St., 22 agosto 2018, n. 5019, *cit.*).

²⁷ Conseguentemente, ad avvito della Corte costituzionale, «il giudice amministrativo può conoscere, nonostante la riserva a favore della giustizia sportiva, delle sanzioni disciplinari inflitte a società, associazioni e atleti, in via incidentale e indiretta, al fine di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria proposta dal destinatario della sanzione. In tali fattispecie l'esplicita esclusione della diretta giurisdizione sugli atti attraverso i quali sono state irrogate le sanzioni disciplinari — posta a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo — consente comunque a chi lamenti la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante, di agire in giudizio per ottenere il conseguente risarcimento del danno».

²⁸ Cfr., Tar Lazio, ord. 11 ottobre 2017, n. 197, in *Foro it.*, 2017, p. III, p. 660 ss.

²⁹ Cfr., C. Cost., 23 luglio 2019, n. 160, in *Foro Amm.*, 2020, p. 1806 ss. Secondo la Corte costituzionale, «l'ordinamento sportivo ha natura originaria e autonoma, presentando i tradizionali caratteri di un ordinamento giuridico (plurisoggettività, organizzazione e normazione propria). Nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18). Conseguentemente, eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore, devono essere disciplinati bilanciando l'autonomia dell'ordinamento sportivo con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo, fra le quali vi sono il diritto di difesa e il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, presidiati dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. A questo riguardo è dunque possibile giustificare scelte legislative che, senza comportare un sacrificio completo della garanzia della protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, la conformino in modo da evitare intromissioni con essa «non armoniche».

³⁰ Cfr., Tar Lazio, ord. 6 giugno 2024, n. 11559, in www.giustizia-amministrativa.it. Sull'ordinanza v. la nota di S. D'ANCONA, in *CERIDAP*, 2024, p. 385 ss. e anche P. SANDULLI, *Autonomia e indipendenza della giustizia sportiva: limiti alla tutela da essa apprestata*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, p. 329 ss.

Oggetto del ricorso è la decisione della giustizia sportiva con la quale è stata comminata ai due dirigenti l'inibizione temporanea di mesi 24 a svolgere attività in ambito FIGC, con richiesta di estensione in ambito UEFA e FIFA³¹.

Innanzitutto una sanzione così "grave", l'indisponibilità di un rimedio demolitorio da azionare innanzi alla giustizia statale determinerebbe il contrasto del dato positivo sopra esaminato con taluni principi cardine del diritto unionale.

In particolare, il rinvio pregiudiziale sottopone alla Corte di Giustizia tre quesiti.

Il primo riguarda la compatibilità della disposizione in esame con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 19, par. 1, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

L'ordinanza del Tar Lazio rammenta, in proposito, l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Ranstad*: il diritto dell'Unione non impone agli Stati membri l'istituzione di rimedi diversi da quelli previsti dal diritto interno, purché tuttavia esista almeno un rimedio giurisdizionale che garantisca, anche incidentalmente, il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto europeo³². Il principio di effettività richiede, perciò, che per le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, i rimedi nazionali non siano meno favorevoli di quelli previsti per situazioni analoghe dal diritto interno e non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti.

Ad avviso del Tar Lazio, i principi appena esposti sarebbero incompatibili con un assetto normativo che preclude l'accesso alla giustizia statale per ottenere l'annullamento di una sanzione disciplinare grave quale l'inibizione allo svolgimento della propria attività professionale all'interno della F.I.G.C. Si sottolinea, in particolare, come il mero risarcimento pecuniario non possa considerarsi equivalente alla rimozione della sanzione illegittima, configurandosi piuttosto come una forma di tutela per equivalente che non ripristina la situazione giuridica violata³³.

Il secondo quesito affronta la compatibilità della normativa italiana con i principi di legalità, tassatività e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, tutelati dagli artt. 6 TUE, 7 CEDU e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

A venire in rilievo, in tal caso, è la natura delle sanzioni disciplinari sportive che, pur formalmente qualificate come amministrative, presentano caratteristiche *sostanzialmente* punitive che le avvicinano alle sanzioni penali.

Da qui il richiamo alla consolidata giurisprudenza della Corte Edu, secondo la quale le sanzioni, ivi comprese quelle amministrative, che presentano carattere gravemente afflittivo,

³¹ Si tratta del noto caso delle c.d. "plusvalenze fittizie". Sul punto v. V. D'ANTONIO, *L'autonomia del procedimento sportivo disciplinare, tra plusvalenze fittizie e crisi d'impresa nel calcio*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, p. 317 ss.

³² Cfr., CGUE, Grande sezione, 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia SpA contro Umana SpA e a.*, in *Il Processo*, 2021, p. 565 ss.

³³ Per altro verso, il Tar Lazio rammenta anche come, nel sistema sovranazionale, l'art. 6 CEDU sancisca il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo il quale postula, come chiarito dalla Corte Edu, che l'organo giurisdizionale rispetti le caratteristiche di terzietà, imparzialità e indipendenza (Cfr. CGUE, Grande Sezione, 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, in *ECLI:EU:C:2021:596*). Un siffatto richiamo, benché non accompagnato da ulteriori precisazioni, lascia intendere che la giustizia sportiva non rispecchierebbe siffatti requisiti e ciò renderebbe ancor più grave la riserva in favore dell'ordinamento sportivo contemplata dall'art. 2, comma 1, lett. b) del d.l. n. 220/2003. Sul tale passaggio si sofferma P. SANDULLI, *Autonomia e indipendenza della giustizia sportiva: limiti alla tutela da essa apprestata*, cit., p. 334 ss.

indipendentemente dalla loro qualificazione formale negli ordinamenti nazionali, devono rispettare le garanzie convenzionali previste per le sanzioni penali³⁴.

Logico corollario di siffatta affermazione è l'applicazione anche alle ipotesi in esame dei principi di tassatività e sufficiente determinatezza del precetto normativo, finalizzati ad assicurare la prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle condotte dei consociati.

Va da sé che una clausola generale³⁵ quale quella posta a fondamento della condanna dei due dirigenti sportivi sanzionati per aver trasgredito l'obbligo di osservare i «principi di lealtà, correttezza e probità»³⁶ possa apparire inidonea a soddisfare gli standard europei di determinatezza normativa, particolarmente problematici quando le violazioni comportino sanzioni gravemente afflittive come l'interdizione professionale pluriennale³⁷.

La particolare afflittività di talune sanzioni disciplinari pone, poi, l'ulteriore esigenza di garantire, nell'ipotesi in cui la condotta dell'incolpato abbia anche rilevanza penalistica, una risposta sanzionatoria *complessivamente* proporzionata³⁸.

Il terzo quesito esamina la compatibilità della normativa italiana con le libertà fondamentali garantite dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, specificamente la libera circolazione dei lavoratori (art. 45), la libertà di stabilimento (art. 49) e la libera prestazione dei servizi (art. 56), nonché con le norme sulla concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE). La questione assume particolare complessità considerando che le sanzioni interdittive hanno efficacia non solo nazionale ma anche sovranazionale, impedendo l'esercizio dell'attività professionale in ambito europeo e internazionale.

Il Tar Lazio richiama, in proposito, specificamente, la sentenza della Corte di Giustizia concernente il noto caso *European Superleague Company* e, in particolare, il passaggio in

³⁴ Cfr., Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*; Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*; Corte eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens and Others v. Italy*. Sul tema v., F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, p. 1 ss. dove sono riportate anche le massime delle succitate pronunce.

³⁵ La letteratura in tema di clausole generali è particolarmente estesa: K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, trad. it. (*Introduzione al pensiero giuridico*) a cura di A. Baratta, Milano, 1970; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983; G. ZACCARIA, *Precomprensione e controlli di razionalità nella prassi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. II, p. 313 s.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 s.; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. I, p. 1 s.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989, pp. 311-344; P. RESCIGNO, *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 6; L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 411 s.

³⁶ Ai sensi dell'art. 3, Codice di Giustizia Sportiva FIGC, «i soggetti di cui all'art. 2 sono tenuti all'osservanza dello Statuto, del Codice, delle Norme Organizzative Interne FIGC (NOIF) nonché delle altre norme federali e osservano i principi della lealtà, della correttezza e della probità in ogni rapporto comunque riferibile all'attività sportiva».

³⁷ In proposito occorrerebbe, tuttavia, tener conto anche delle previsioni contenute nel Codice di Comportamento Sportivo adottato dal CONI la cui funzione precipua è proprio quella di specificare «i doveri fondamentali, inderogabili e obbligatori, di lealtà, correttezza e probità previsti e sanzionati dagli Statuti e dai regolamenti del CONI, delle Federazioni sportive nazionali, ivi compresi quelli degli organismi rappresentativi delle società, delle Discipline sportive associate, degli Enti di promozione sportiva e delle Associazioni benemerite» (cfr., art. 1, Codice di Comportamento Sportivo, CONI).

³⁸ Cfr., D. PROIETTI, *Sanzioni disciplinari sportive: principio d'autonomia, difetto di giurisdizione e ne bis in idem Europeo*, in *Ratio iuris*, 26 gennaio 2024.

cui le decisioni dell'UEFA e della FIFA sono state qualificate come «decisioni di associazioni di imprese» rilevanti ai sensi dell'art. 101 TFUE³⁹.

Per quanto di nostro interesse, nella pronuncia in esame la Corte afferma che le sanzioni preposte all'osservanza delle suddette decisioni possono considerarsi legittime soltanto se si presentino uniformate a criteri di trasparenza, oggettività, precisione e non discriminazione e siano determinate nel rispetto del principio di proporzionalità tenuto conto, segnatamente, della natura, della durata e della gravità della violazione accertata.

In caso contrario, le norme in materia sanzioni si «presentano, per loro stessa natura, un sufficiente grado di dannosità per la concorrenza e hanno, quindi, per oggetto di impedirla. Esse ricadono, pertanto, nel divieto sancito nell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, senza che sia necessario esaminarne gli effetti attuali o potenziali»⁴⁰ (cfr., par. 178).

Partendo da tali premesse e dall'assunto che anche le decisioni assunte dalla FIGC, al pari di quelle provenienti dall'UEFA e dalla FIFA, possano essere ricondotte all'art. 101, par. 1, TFUE, il Tar Lazio dubita che il potere disciplinare conferito alla federazione calcistica italiana possa considerarsi «collocato in un quadro di criteri sostanziali che sia trasparente, determinato e preciso»; da qui il quesito concernente l'eventuale conflitto con le disposizioni europee poste a presidio della concorrenza.

In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, la dottrina ha salutato positivamente la nuova iniziativa del Tar Lazio volta a sostenere la necessità di rivedere l'attuale assetto normativo al fine di assicurare l'accesso alla giurisdizione statale per ottenere la rimozione quantomeno delle sanzioni disciplinari sportive di particolare gravità.

Si rileva, in proposito, come l'esigenza di novellare la materia deriverebbe, tra l'altro, anche dalla recente riforma del diritto sportivo. Tale riforma, riportando entro l'alveo dei rapporti di lavoro sportivo anche il vastissimo mondo del dilettantismo⁴¹, ha, infatti, esteso enormemente la platea dei soggetti titolari di posizioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento statale che possono essere incise dai provvedimenti disciplinari adottati dalle federazioni di appartenenza⁴².

A ciò si aggiunge il rilievo secondo il quale la legge cost. n. 1, del 26 settembre 2023, che ha sancito l'ingresso ufficiale dello sport nella nostra Costituzione, dovrebbe determinare delle «conseguenze anche sul tema della tutela delle situazioni giuridiche protette» implicando «una maggiore responsabilizzazione degli enti che si occupano di sport in Italia, anche in tema di tutela e di rapporti di lavoro»⁴³.

5. La tutela dei terzi: l'intervento nel procedimento sanzionatorio

39 Cfr., CGUE, Grande sezione, 21 dicembre 2023, Causa C-333/21, European Superleague Company, S.L. contro Unión de Federaciones Europeas de Fútbol (UEFA) e Fédération internationale de football association (FIFA), in Foro it., 2024, p. IV, p. 124 ss.

40 Cfr., par. 178, CGUE, Grande sezione, 21 dicembre 2023, Causa C-333/21, cit.

41 Cfr., art 25, d.lgs. n. 36/2021.

42 Deve, invero, ricordarsi che, prima della riforma, il Consiglio di Stato, lo status di dilettante precludeva, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il diritto ad ottenere il risarcimento degli ingenti danni subiti in ragione di una sanzione disciplinare sportiva reputata illegittima. In tal senso C. St., 22 giugno 2017, n. 3065, in *Corr. giur.*, 2018, p. 200 ss., con nota di G. FACCI, *La responsabilità civile delle Federazioni sportive e la vexata quaestio dei rapporti tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo*.

43 P. SANDULLI, *Autonomia e indipendenza della giustizia sportiva: limiti alla tutela da essa apprestata*, cit., p. 333 ss.

La disamina del regime dei rimedi avverso le sanzioni disciplinari sportive assume ulteriore e, per certi versi, ancor, più pregnante rilievo in relazione alla posizione di eventuali soggetti *terzi*, appartenenti o meno all'ordinamento federale, titolari di situazioni giuridiche indirettamente incise da provvedimenti della giustizia sportiva⁴⁴.

Il sopra esaminato assetto rimediario, che fonda l'attuale riparto di giurisdizione sulla distinzione tra rimedi demolitori e rimedi risarcitori, vale anche per le persone o le società che subiscono un pregiudizio da una sanzione irrogata ad altri⁴⁵.

Le due differenti forme di tutela vanno, perciò, esaminate separatamente.

Per quanto concerne il procedimento disciplinare, l'art. 34 del Codice di Giustizia Sportiva del CONI contempla la possibilità per i terzi di intervenire nel giudizio incoato dal destinatario del provvedimento. La legittimazione ad intervenire è, tuttavia, subordinata alla condizione della titolarità «di una situazione giuridicamente protetta nell'ordinamento federale» e siffatta titolarità deve essere provata all'interno dell'atto di intervento.

La giurisprudenza fornisce una lettura piuttosto rigorosa di tali previsioni normative. Primariamente, si esclude in radice l'intervento di soggetti estranei all'ordinamento sportivo⁴⁶.

⁴⁴ Naturalmente, il tema della tutela dei terzi titolari di interessi incisi da provvedimenti di una federazione si atteggia diversamente a seconda che si rientri o meno in una delle materie riservate dal d.l. n. 220/2003 all'ordinamento sportivo. Per un esame dell'ipotesi in cui si esuli dai casi oggetto di riserva, v. E. LUBRANO, *Rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale nella loro attuale configurazione*, in AA. VV., *L'ordinamento sportivo e gli enti dilettantistici. Atti del seminario*, edito dalla Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 2015, p. 99 ss.

⁴⁵ Appare opportuno evidenziare come, prima che si cristallizzasse l'interpretazione dell'art. 2, d.l. n. 220/2003, avallata dalle sopra menzionate pronunce della Corte costituzionale, il Tar Lazio aveva riconosciuto, in taluni casi, la legittimazione di soggetti terzi ad impugnare un provvedimento disciplinare inflitto ad un club calcistico. In proposito v. Tar Lazio, 12 aprile 2004, n. 1664, *cit.*, secondo cui «sussiste la legittimazione attiva di soggetti, titolari di abbonamento per assistere a competizioni sportive, ad impugnare provvedimenti disciplinari inflitti da organi di giustizia sportiva ad una società calcistica poiché, a fronte di una lesione, di carattere patrimoniale e non, che i ricorrenti affermano di subire dal provvedimento impugnato, la legittimazione scaturisce non tanto dall'esigenza di tutela del diritto di natura patrimoniale, che nasce dalla stipula del contratti di abbonamento, quanto dall'interesse a vedere le partite casalinghe di calcio allo stadio, atteso che, diversamente opinando, una tale situazione giuridica soggettiva non potrebbe trovare altra forma di tutela». Dopo il duplice intervento della Corte costituzionale, non v'è dubbio che, come al soggetto direttamente interessato dalla sanzione, anche al terzo sia interdetto il ricorso al giudice statale per ottenere l'annullamento del provvedimento disciplinare reputato pregiudizievole. Sul punto v., A. PALMIERI, *Sanzioni disciplinari sportive, ricadute su interessi giuridicamente rilevanti e tutela giurisdizionale: la consulta crea un ibrido*, in *Riv. dir. sport.*, 2012, p. 191 ss.

⁴⁶ Cfr., Alta Corte di Giustizia Sportiva del CONI, 17 dicembre 2012, n. 27, in https://www.coni.it/images/ACGS/decisione_27-2012_-_ricorso_21-2012_-_CODACONS-FIGC.pdf. In tale pronuncia l'Alta Corte esclude la legittimazione del Codacons – Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori – e dall'Associazione Utenti Servizi Turistici, Sportivi e della Multiproprietà Onlus in un noto processo relativo al calcioscommesse. L'Alta Corte rimarcò, in particolare, come gli ordinamenti sportivi, quale quello della FIGC, «per la completezza della propria strutturazione come entità autonome e circoscritte, sono generalmente dotati di una giurisdizione “domestica”, una giurisdizione cioè che ha come ambito soggettivo esclusivamente gli appartenenti all'ordinamento, e, da un punto di vista oggettivo, l'inerenza della controversia all'attività e alle relazioni proprie dell'ordinamento stesso. La esclusione di ogni legittimazione ad adire la giurisdizione sportiva, da parte di soggetti estranei allo specifico ordinamento settoriale, non lascia prive di tutela quelle possibili situazioni soggettive nascenti da (o comunque ricollegate ad) attività o illeciti che sotto il profilo soggettivo spettano in via esclusiva alla giurisdizione sportiva giacché, come sopra illustrato, il quadro normativo vigente in materia, quale risulta dagli interventi interpretativi ed applicativi della Corte Costituzionale e degli organi di giurisdizione amministrativa, è tale da assicurare comunque ampia ed esaustiva tutela a dette situazioni soggettive, sia pure esclusivamente avanti alle giurisdizioni statuali (ordinaria civile e penale o amministrativa), evitando così ogni possibile lesione alle tutela delle situazioni di diritto che è costituzionalmente garantita».

e si pretende che la qualifica come soggetto dell'ordinamento sportivo⁴⁷ sia *attuale*; difetta, invece, la legittimazione qualora tale condizione sia, *medio tempore*, venuta meno, perché in tal caso il procedimento non incide su alcuna «situazione giuridicamente protetta dall'ordinamento federale»⁴⁸.

Per altro verso il procedimento disciplinare viene reputato quale procedimento che presenta «una struttura strettamente binaria nella quale si contrappongono due sole posizioni: da un lato, quella dell'organo che esercita l'azione disciplinare; dall'altro, quella del soggetto (o dei soggetti) destinatario della pretesa sanzionatoria, legittimato a difendersi e a resistere all'azione»⁴⁹.

Proprio in ragione di tale «intrinseca natura» binaria, il procedimento *de quo* non si presterebbe ad accogliere l'intervento di un soggetto esterno né per sostenere le ragioni di una delle parti, né per far valere un'autonoma posizione giuridica che, proprio per tale autonomia, si appaleserebbe estranea al procedimento in esame.

Da qui la lettura particolarmente stringente dell'art. 34 Codice di Giustizia Sportiva CONI e delle corrispondenti previsioni normative adottate dagli ordinamenti federali.

Così, si è esclusa l'ammissibilità dell'intervento di una società, unica titolare delle quote sociali di un club sottoposto a procedimento disciplinare, in quanto il pregiudizio paventato, consistente nel danno all'immagine e nella perdita di valore delle quote sociali inciderebbe su interessi meramente *personali* ed estranei all'alveo delle situazioni protette dall'ordinamento federale⁵⁰.

Ancora, in un giudizio concernente la condotta del presidente di un club che, secondo la procura, aveva coartato la volontà di un tesserato affinché firmasse una quietanza liberatoria prima del trasferimento ad altro club, è stato dichiarato inammissibile l'intervento della presunta vittima dell'incoltato. L'interesse perseguito (pervenire ad un annullamento della predetta quietanza in conseguenza dell'accertamento della condotta prevaricatoria dell'incoltato) si è ritenuto, ancora una volta, di natura meramente personale e sguarnito di protezione da parte dell'ordinamento sportivo⁵¹.

⁴⁷ Sul tesseramento quale presupposto per l'attribuzione dello status di soggetto dell'ordinamento sportivo e sui connessi effetti giuridici v., L. SANTORO, *Il tesseramento*, in G. LIOTTA – L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo*, VI ed., Milano, 2023, p. 120 ss.

⁴⁸ Secondo la giurisprudenza sportiva, invero, chi non è più soggetto dell'ordinamento sportivo, «siccome privo della relativa speciale capacità giuridica, non può di porsi come centro di imputazione di situazioni giuridiche rilevanti per l'ordinamento federale, a nulla rilevando che, all'epoca dei fatti qui in rilievo, rivestisse la suddetta qualità» (cfr., Corte federale d'appello FIGC, Sez. I, n. 29/2021-2022, in <https://www.figc.it/media/149575/sez-i-decisione-n-0029-cfa-del-28-ottobre-2021.pdf>).

⁴⁹ Cfr., Corte federale d'appello FIGC, Sez. I, n. 29/2021-2022, cit. Sulla struttura intrinsecamente binaria del giudizio disciplinare v. anche Alta Corte di Giustizia Sportiva del CONI, 17 dicembre 2012, n. 27, cit.; Collegio di Garanzia dello Sport SS. UU. 24 giugno 2015, n. 35, in https://www.coni.it/images/collegiodigaranzia/decisione_35-2015_-_ricorso_21-2015_-_Macalli_-_FIGC_-_Briganti.pdf; Collegio di Garanzia dello Sport SS. UU. 1° febbraio 2019, n. 10, in https://www.coni.it/images/collegiodigaranzia/Decisione_n_10-2019_-_Ric_105-2018_-_Crotone-FIGC_e_altri.pdf.

⁵⁰ Cfr., Corte Federale d'Appello FIGC, 21 ottobre 2024, decisione/0040/CFA-2024-2025, in <https://figc.it/it/federazione/giustizia-sportiva/massime/40cfa2024-2025b/>. In termini analoghi, per quanto concerne l'inammissibilità di un intervento volto a prevenire un eventuale pregiudizio all'immagine, v. Corte Federale d'Appello FIGC, 28 ottobre 2021, Decisione/0029/CFA-2021-2022, in <https://www.figc.it/media/149575/sez-i-decisione-n-0029-cfa-del-28-ottobre-2021.pdf>.

⁵¹ Cfr., Corte Federale d'Appello FIGC, 30 gennaio 2023, Decisione/0065/CFA-2022-2023, in <https://www.figc.it/it/federazione/giustizia-sportiva/provvedimenti/corte-federale-appello/sez-i-decisione-n-0065-cfa-del-30-gennaio-2023/>. Secondo la CFA FIGC, «l'oggetto dell'odierno giudizio attiene, infatti, alla sola responsabilità disciplinare degli odierni deferiti, come tale insuscettibile di estendersi all'interesse vantato dall'interveniente, il

Si è ritenuto, invece, ammissibile l'intervento di una società diretta concorrente rispetto a quella sottoposta al procedimento disciplinare nel caso in cui l'esito del giudizio possa incidere sulla classifica dell'interveniente⁵² così come quello di un atleta nel giudizio volto ad ottenere l'annullamento dell'omologazione di una gara da parte del giudice sportivo nel caso in cui a fondamento della richiesta vi sia la presunta irregolarità del tesseramento dell'interveniente⁵³.

6. *Segue: il rimedio risarcitorio*

Così come accade per le società o gli atleti direttamente coinvolti dalle sanzioni, anche i terzi possono rivolgersi alla giurisdizione statale per azionare la tutela risarcitoria.

Neppure tale itinerario appare, tuttavia, privo di ostacoli.

Se può, invero, ritenersi pacifico, quantomeno in giurisprudenza, che l'autorità giudiziaria da adire sia quella amministrativa⁵⁴, maggiormente problematico è l'accertamento di una situazione giuridica soggettiva fondante la legittimazione ad agire⁵⁵.

Così, ad esempio, è stata esclusa la legittimazione dell'azionista di minoranza di una società sportiva per ottenere il risarcimento del pregiudizio subito in conseguenza del provvedimento disciplinare irrogato al proprio club.

quale si configura rispetto a tale oggetto in termini del tutto eterogenei (sia sul piano soggettivo che oggettivo, avendo natura esclusivamente economica). Con la conseguenza che la decisione di questa Corte non potrebbe comunque esplicitare alcun effetto se non in via meramente indiretta e riflessa sulla posizione giuridica vantata dall'interveniente».

⁵² Cfr., Cfr., Corte Federale d'Appello FIGC, 25 maggio 2023, Decisione/0108/CFA-2022-2023, in <https://www.figc.it/it/federazione/giustizia-sportiva/provvedimenti/corte-federale-appello/sez-unite-decisione-n-0108-cfa-del-25-maggio-2023/>. Secondo tale pronuncia, l'interesse ad intervenire ex art 104 Codice Giustizia Sportiva FIGC «deve ritenersi sussistente in capo alla società iscritta al medesimo campionato di quella sanzionata allorché l'illecito contestato possa culminare nell'irrogazione di punti di penalità che, in relazione alla posizione rivestita dalle squadre, incidono sulla comune classifica».

⁵³ Corte Sportiva d'Appello FIGC, 16 gennaio 2023, Decisione n. 113/CSA/2022-2023, in <https://www.figc.it/media/187782/sez-iii-decisione-n-113-csa-del-16-gennaio-2023.pdf>.

⁵⁴ Cfr., Cass. SS.UU. 12 marzo 2009, n. 5973, in *Foro it.*, 2009, p. I, p. 3045 ss. In tale pronuncia la Corte statuisce che «rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. la domanda con cui si chiede il risarcimento dei danni derivanti dalle delibere con cui la Figc ha negato l'ammissione di una società calcistica alla serie superiore, ancorché l'azione risarcitoria sia promossa da un soggetto terzo rispetto ai destinatari dei provvedimenti emessi dalla Figc». In termini analoghi anche Cass. SS. UU. 22 novembre 2010, n. 23598, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1759 ss. con nota di G. VIDIRI, *Autonomia dell'ordinamento sportivo: natura privata delle federazioni e riparto della giurisdizione*; Contra, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2021, p. 32. Sul punto, però, v. le considerazioni svolte nel prosieguo.

⁵⁵ Sul punto v., G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale*, Napoli 2023, p. 248 ss. In dottrina si è, invero, evidenziato come «gli interessi economici che gravitano intorno allo sport e le conseguenze patrimoniali che possono derivare dagli atti dell'ordinamento sportivo non sono in quanto tali in grado di creare diritti, interessi, ma nemmeno aspettative» dovendo, piuttosto, ricorrere un fondamento positivo per la posizione giuridica vantata. Così, M. DELSIGNORE, *Sanzioni sportive: considerazioni sulla giurisdizione da parte di un giudice privo della competenza funzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1128 ss. In senso adesivo anche G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale*, cit. p. 254.

Si è, invero, rilevato⁵⁶ come, nell'ipotesi in esame, non sia possibile assegnare autonomo rilievo all'interesse del socio di minoranza rispetto a quello riconducibile alla società⁵⁷.

Analoghe considerazioni sono state svolte in relazione ai tifosi: anche in tal caso si è osservato come, a fondamento dell'invocata legittimazione ad agire, non sia possibile rinvenire alcuna autonoma situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere incisa negativamente dal provvedimento disciplinare⁵⁸.

Discorso differente, secondo taluni, deve farsi nell'ipotesi in cui il tifoso abbia sottoscritto un abbonamento per assistere ad un numero predeterminato di incontri e il provvedimento disciplinare precluda, in qualche misura, l'esercizio di tale facoltà (ad es. nel caso di squalifica del campo).

Il provvedimento disciplinare impinge, in tal caso, direttamente su un interesse qualificato come «personale, diretto e concreto» di cui è titolare l'abbonato⁵⁹ sì che, ad avviso dei giudici amministrativi, può condannarsi la Federazione al parziale rimborso dell'abbonamento e, perfino, al danno morale per non aver beneficiato di «quell'insieme di condizioni psicologiche, sociali, ambientali e ludiche» che generalmente si associano alla fruizione dell'abbonamento⁶⁰.

⁵⁶ Cfr., G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale*, cit. p. 254 ss.

⁵⁷ D'altra parte, la Corte di Cassazione, anche di recente, ha ribadito come costituisca «principio consolidato quello per cui, qualora una società di capitali subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell'illecito». Così, C. Cass., 14 giugno 2023, n. 17004, in *Giust. civ. Mass.*, 2023. Analoghe considerazioni sono a fondamento della pronuncia del Cons. St., 8 febbraio 2011, n. 831, in www.giustizia-amministrativa.it, concernente, specificamente, la legittimazione ad agire di alcuni soci di un club calcistico. Nel caso di specie, tuttavia, l'azione non era volta al risarcimento del danno, ma a contestare un lodo arbitrale verso il quale la società di calcio aveva prestato acquiescenza e che, invece, i soci ritenevano pregiudizievole di proprie autonome situazioni giuridiche.

⁵⁸ Cfr., Cons. St., 8 febbraio 2011, n. 831, cit. Sul punto v. anche Tar Lazio, 5 giugno 2008, n. 5492, in ... Siffatta pronuncia rileva, in primo luogo, che la legittimazione processuale di soggetti portatori di interessi diffusi, costituiti in associazione o comitati, presuppone che si verifichi, caso per caso, la sussistenza di «un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello alla legalità dell'azione amministrativa, di cui è titolare la generalità dei cittadini». Partendo da una siffatta premessa, si precisa che appare difficile che «l'interesse della tifoseria di una società blasonata a livello nazionale ed internazionale a non vedersi compressi i diritti sportivi e di libertà individuale, ... possa tradursi nella titolarità di una posizione qualificata, almeno con riguardo ad un procedimento di natura disciplinare, espressione di una potestà punitiva, che configura un rapporto necessariamente bilaterale, intercorrente tra ente procedente e soggetto incolpato. In giurisprudenza si registra, tuttavia, un'isolata pronuncia di segno opposto emessa dal Giudice di Pace di Napoli il 27 marzo 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1923. In tal caso, tuttavia, i tifosi lamentavano un pregiudizio conseguente, non all'erogazione di un provvedimento disciplinare, ma all'adozione, da parte della FIGC, della delibera contenente le regole del ripescaggio. Siffatta delibera, considerata del tutto arbitraria, precludendo l'iscrizione del Napoli soccer al campionato di serie B, aveva determinato, secondo l'organo giudicante, un «danno esistenziale» in capo ai tifosi costretti ad assistere ad uno spettacolo di qualità inferiore.

⁵⁹ Cfr., Tar Catania, 4 aprile 2007, n. 401, in *Foro amm. - Tar*, 2007, p. 1136 ss.

⁶⁰ Cfr., Tar Catania 19 aprile 2007, n. 679, in *Foro amm. - Tar*, 2007, p. 1137 ss.

Da ultimo, in dottrina, si è affermata la legittimazione anche di chi, in forza di un rapporto contrattuale con la società sanzionata, svolga un'attività economica che risulti in tutto o in parte preclusa dal provvedimento disciplinare⁶¹.

Deve, tuttavia, rammentarsi l'indirizzo interpretativo del Consiglio di Stato secondo il quale *innanzi al giudice amministrativo* potrebbe trovare ristoro soltanto il pregiudizio agli «interessi pubblicistici al cui presidio è posto l'ordinamento sportivo»⁶².

Così, nel caso in cui la sanzione disciplinare reputata illegittima colpisca un atleta di spicco di una società, quest'ultima potrà richiedere il risarcimento per il conseguente pregiudizio all'immagine sportiva, ma non per la, pure connessa, «perdita del *main sponsor*».

In siffatta ipotesi, invero, vengono in gioco rapporti di natura eminentemente imprenditoriale e lucrativa caratterizzati da uno scambio sinallagmatico di utilità privatistiche; lo svolgimento dell'attività sportiva, in tal caso, non rappresenta un elemento costitutivo, ma soltanto «l'occasionale strumento di utilizzo dell'immagine»⁶³.

Si tratta, in definitiva, di interessi di natura meramente privatistica che, secondo i giudici di Palazzo Spada, non possono trovare accoglimento all'interno di quella peculiare forma di giudizio amministrativo cui ha dato luogo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2, d.l. n. 220/2003: una sorta di "appendice" del giudizio sportivo «riconducibile a un modello progressivo a giurisdizione condizionata» e come tale preordinata ad estendere alle *medesime* situazioni giuridiche quella tutela risarcitoria non azionabile innanzi ai giudici delle federazioni⁶⁴.

Nella prospettiva in esame, questa particolare giustizia statale «corrisponde all'oggetto sostanziale della "giustizia sportiva"»⁶⁵; dalla prima rimangono, pertanto, escluse le situazioni giuridiche indifferenti per l'ordinamento sportivo, sebbene rilevanti per quello statale.

ABSTRACT: *Sports Disciplinary Sanctions and the Protection of Third Parties*

The essay examines the remedies available against sporting disciplinary sanctions through a reconstruction of the current regulatory and jurisprudential framework, which is continuously evolving. Particular attention is devoted to the analysis of the protective mechanisms available to third parties whose legal interests are indirectly affected by decisions issued by sports justice authorities.

⁶¹ Cfr., G. MARTINI, *Ordinamento del calcio e ordinamento giuridico generale. Il diritto amministrativo in un settore di rilevante interesse economico-sociale*, cit., p. 259 s.

⁶² Cfr., Cons. St., 22 agosto 2018, n. 5019, *cit.* Secondo tale pronuncia, a seguito dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, il giudizio amministrativo per il risarcimento dei danni cagionati da un provvedimento disciplinare illegittimo rappresenterebbe soltanto «una forma sussidiaria ed estrema di protezione» degli interessi ordinariamente tutelati dall'ordinamento sportivo».

⁶³ Cfr., Cons. St., 22 agosto 2018, n. 5019, *cit.*

⁶⁴ Cfr., Cons. St., 22 agosto 2018, n. 5019, *cit.*, dove si precisa, ulteriormente che «la razionalità dell'assetto in progressione comporta che le successive domande di tutela, che hanno per presupposto l'espletamento delle prime, siano informate al principio di sussidiarietà e di economia dei mezzi e siano tra loro coerenti per oggetto, *in primis* dal punto di vista funzionale: vale a dire per fondamento della *causa petendi*. La ragione del domandare giustizia, cioè la prospettazione della lesione di cui si chiede la riparazione o il ristoro, non può che avere la medesima latitudine: pur se, in rapporto al tipo di giudicante e ai suoi poteri, può mutare il formale *petitum*, cioè la «modalità di tutela giurisdizionale». Non si può chiedere al livello successivo giustizia per una causa e per un bene della vita diversi da quelli invocati al livello necessariamente presupposto».

⁶⁵ Cfr., Cons. St., 22 agosto 2018, n. 5019, *cit.*

2.

Tutela dei terzi e indagini penali

SEBASTIANO BATTIATO* IGNAZIO ZANGARA**

TECNOLOGIE INVESTIGATIVE E TUTELA DEI TERZI

SOMMARIO: 1. Esposizione e vulnerabilità – 2. Dati a processo – 3. Sistemi avanzati di tutela dei diritti dei terzi – 4. Scriminanti sui segnali audio – 5. Scriminanti sulle immagini fisse e in movimento – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Esposizione e vulnerabilità*

La partecipazione ad un procedimento giurisdizionale produce effetti rilevanti nei confronti dei soggetti che vi partecipano. Oltre a quelli di natura giuridica, possono derivare conseguenze inerenti alla sfera intima della persona, si pensi agli effetti psicologici, emotivi, professionali, familiari, sociali, reputazionali, oltre che economici. I partecipanti al procedimento – specialmente le parti, i tecnici e i soggetti terzi coinvolti – il più delle volte vivono conseguenze personali e sociali che possono alterare le loro condizioni di stabilità e di libertà. Lo Stato deve esercitare il potere giudiziario nella maniera più equilibrata, garantendo i diritti inviolabili dell'uomo nel principio del giusto processo. La portata di tale affermazione si estende ai ruoli istituzionali, alle parti tecnicamente riconosciute e a coloro che potrebbero subire ripercussioni in ragione della loro esposizione, anche dopo il termine dello stesso procedimento.

Nel presente contributo saranno trattati alcuni temi relativi all'utilizzo degli strumenti tecnologici a supporto delle forze dell'ordine e della magistratura per la tutela dei soggetti terzi che partecipano o sono implicati nelle vicende giudiziarie.

Sono utili alcune riflessioni preliminari sul concetto di riservatezza che in quest'ambito rappresenta uno dei principali punti cardine. Con la migrazione di noi tutti nella società dell'informazione abbiamo la consapevolezza di aver perso gran parte del controllo sui nostri dati personali, nonostante abbiamo affidato la tutela degli stessi agli innumerevoli titolari del trattamento obbligati a rispettare le norme di diritto nazionale e sovranazionale¹. La nostra consapevolezza si spinge oltre, siamo ormai certi che alcuni nostri dati, anche personalissimi, sono oggetto di trattamento diretto e indiretto anche da parte di coloro che non hanno alcuna base giuridica valida per il loro trattamento oppure, della base giuridica vantata, ne valicano i confini indiscriminatamente.

L'ampiezza degli strumenti di raccolta, di elaborazione e di estrazione dei dati e delle informazioni relative alle persone fisiche è tale per cui abbiamo ragione di pensare che

* Professore ordinario presso il dipartimento di Matematica e Informatica dell'Università di Catania.

** Dottorando di ricerca presso il dipartimento di Matematica e Informatica dell'Università di Catania.

¹ Nonostante il GDPR sia entrato in vigore nel 2016, sono frequentissimi le violazioni delle norme sulla protezione dei dati personali, intenzionali o per imperizia. Secondo le statistiche fornite da *Enforcement Tracker*, dal 2018 alla metà del 2025 sono state registrate 2.560 multe per violazioni del GDPR, per un ammontare complessivo di oltre 6 miliardi di euro. In media, quotidianamente viene comminata una sanzione pari a 2,4 milioni di euro.

quotidianamente nessuno è escluso dal trattamento da parte di svariati sistemi automatizzati. Dentro l'imbuto dei *big data* va a confluire una massa di informazioni di natura personale che viene analizzata, selezionata e aggregata con grande precisione da sistemi intelligenti.

Quanto appena affermato è certamente legato al massiccio impiego di strumenti tecnologici nel nostro agire quotidiano; produciamo continuamente dati con i *device* che dominiamo e siamo oggetto di trattamento nei sistemi e nelle applicazioni governate da altri soggetti. In alcuni casi, le potenzialità dei sistemi informatici più spinti, integrati con applicazioni di intelligenza artificiale, sono del tutto sconosciute ai più.

Tra i dati personali, meno avvertiti come tali, ma il cui trattamento può avere un serio impatto sulla libertà e sulla dignità dell'individuo possono essere menzionati anche quelli relativi agli spostamenti, ai tempi di collegamento, alle interazioni con un certo sito *web* o con una certa piattaforma *online*, alle transazioni in denaro, a quelli derivanti dalle funzioni *health* degli *smartwatch*.

Relativamente alle tecnologie informatiche di tipo audio e video, sono ormai talmente sviluppate da consentire la raccolta e l'elaborazione di informazioni molto più dettagliate di quanto l'uomo riesca a percepire vivendo la realtà degli accadimenti. Così, ad esempio, i concetti di sorveglianza e di manipolazione dei dati raccolti sono amplificati e possono rivelarsi particolarmente invasivi per la *privacy* e per gli altri diritti fondamentali, *in primis* per la dignità dell'uomo.

Applicando speciali filtri sui filmati registrati tramite una telecamera di sorveglianza che riprende un luogo pubblico (pensiamo ad uno snodo pedonale) possono emergere caratteristiche recondite di soggetti ripresi che l'osservazione umana, anche dal vivo, potrebbe non percepire (stati emotivi, pressione sanguigna); possono emergere dati relazionali tra soggetti che nella realtà sarebbero difficilmente desumibili o collegabili (frequentazioni, persecuzioni); possono essere estratte caratteristiche personali, anche di natura biometrica, in elusione delle norme cogenti di diritto nazionale e sovranazionale (etnia, *status* economico, patologie)².

Nel corso del procedimento giurisdizionale le attività di indagine sono svolte sempre più spesso mediante l'utilizzo di strumenti informatici, altamente performanti, sugli strumenti informatici (uno per tutti, lo *smartphone*, il 'principe' della ricerca delle prove) e, se da un lato, i risultati e le ricostruzioni dei fatti sono via via più precisi e dettagliati, dall'altro, preoccupa la mole di informazioni non pertinente relativa a fatti collaterali o del tutto estranei ai casi in analisi che viene rivelata, traducendosi in una lesione potenziale e reale delle posizioni soggettive delle parti e dei terzi esaminate in maniera diretta o indiretta.

L'esposizione delle situazioni soggettive può amplificarsi ove ci si riferisca alle persone audite o registrate (dichiaranti, testi). L'escussione di un teste, osservata *de visu* o da remoto, mette a nudo un gran numero di informazioni, anche di carattere semiotico, che possono ripercuotersi pesantemente sullo stesso soggetto che in quanto terzo possiede scarsi mezzi di difesa ai sensi delle norme attualmente previste dai codici di rito.

2. Dati a processo

² Si vedano, a tal proposito, le pratiche vietate di cui alla lettera h) dell'art. 5 del Reg. UE n. 1689/2024 (AI Act) e le eccezioni ivi previste.

In questo paragrafo si dà conto di alcune tecnologie di cattura dei dati personali diffuse nella nostra realtà le cui evidenze possono assumere un ruolo rilevante nell'economia del processo.

Le indagini sui dispositivi elettronici e sugli spazi virtuali sono ormai una costante nelle fasi procedurali. Le prove, così come la ricerca delle stesse, esperite con gli strumenti più avanzati sui *device* elettronici consentono di mantenere vicini l'apparato giustizia alla dimensione sociale, in termini di esperienza e quindi di conoscenza, cioè consentono di non scollare la realtà dal processo, al fine di raggiungere la migliore verità processuale cui si tende. Verità che con le nuove tecnologie, anche di tipo logico-decisionale, così pervasive all'interno del processo tende a mutare nella sua essenza; così come accade già con la prova scientifica³, il *peritus peritorum* potrebbe perdere quote di indipendenza di giudizio laddove i ragionamenti sintetici e originali prodotti dalle IA generative – sia pure verificati e fatti propri dallo stesso giudice, in ossequio al AI Act – conducano verso direzioni precise, anche inaspettate⁴. Il momento storico impone ancora cautela nel giudizio, ma il progresso dei sistemi esperti giuridici e la fiducia nelle tecnologie daranno spazio ad innesti innovativi per l'amministrazione della giustizia in tempi relativamente brevi.

Le *Internet of Things* (IoT) sono reti che collegano categorie di dispositivi intelligenti per la raccolta e lo scambio di dati al fine di processarli, di trarre informazioni e, in alcuni casi, di interagire e integrarsi con dati di altri sistemi per ottenere risultati o effetti specifici.

In questa categoria rientrano *smartphone*, sistemi e telecamere di sorveglianza o di sicurezza, strumenti di sensoristica, strumenti di domotica, serrature, assistenti virtuali, dispositivi indossabili (come, ad esempio, anelli, bracciali, occhiali), televisori, automobili, ecc. Tutti oggetti la cui presenza è frequente nel quotidiano di ciascuno di noi.

Durante le attività di indagine, nelle quali sono esaminate le informazioni disponibili, è davvero complesso discriminare quanto è necessario, quanto è proporzionato o quanto è pertinente ai fini della ricostruzione del fatto e che quindi è utile da tenere in considerazione. Ancora più arduo - per coloro che hanno disponibilità del dato - è il giudizio che porta alla distruzione dello stesso, perché non attinente o sproporzionato in considerazione del reato per cui si procede. Non è per nulla semplice per gli operatori di PG selezionare o tralasciare aspetti collaterali legati alla riservatezza di soggetti terzi, posto che i dati personali e le categorie particolari degli stessi, ex art. 9 del GDPR, possono portare, sempre e soprattutto nelle fasi iniziali dei procedimenti giurisdizionali, a deduzioni significative e dirimenti (si pensi

³ Il ragionamento è analogo per le diagnosi mediche, allorché il medico tenderà a conformarsi al responso delle macchine, il cui *training* conta innumerevoli casi simili esaminati. In ambito giuridico, però, ragionamenti di tal guisa pongono il problema del 'giudizio universale' tramite la manipolazione della realtà, il cui significato potrebbe condurre alla riduzione dell'efficacia o ad un ripensamento dei tre gradi di giurisdizione. Infatti, il sistema automatizzato, così come è adesso concepito, tenderà a confermare lo stesso esito. Inoltre, una decisione assunta sulla base dei precedenti, inadeguata al nostro sistema di *Civil Law*, rischia di allontanare la giustizia dalle dinamiche mutevoli della società.

⁴ Il progressivo tecnicismo, ad esempio nel dominio dell'informatica, non consente in alcuni casi la piena comprensione del nesso eziologico e ricostruttivo tra eventi a chi non possiede uno specifico *background*. In tali ipotesi, alcuni passaggi concettuali nel processo decisionale, che finiscono per essere influenzati dagli esiti peritali, rispondono alla verosimiglianza nel ragionamento, anche in difetto dell'esatta contezza del magistrato. Si tratta di un tema che ricorda la questione legata alla prova scientifica, della quale si sono occupati, tra gli altri, M. CECCHI, *L'autonoma valutazione del giudice quale baluardo contro l'appiattimento sulla prova scientifica - Cassazione Penale, Sez. V, 9 novembre 2016 (ud. 23 settembre 2016), n. 46955*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 7, vol. 23, 2017; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 10, 2003.

ai dati relativi alla condizione psicologica di chi convive con un soggetto indagato perché ha usato violenza nei confronti del figlio).

Tipicamente, l'accesso ad uno *smartphone* sotto sequestro al fine di eseguirne la copia forense è un po' come scrutare nella coscienza del suo possessore⁵. L'analisi sui dati presenti o collegati ad uno *smartphone* rivela moltissime informazioni di tipo personalissimo sia del soggetto titolare sia di coloro che gli gravitano intorno. Analogamente, nelle fasi di intercettazione a *device* acceso, e quindi a caldo, con l'installazione, anche da remoto, di *software* spia o di un captatore informatico si può analizzare da una centrale operativa l'attività dell'apparato, in tempo reale o in sessioni differite⁶. È di tutta evidenza quanto materiale informativo viene costantemente trattato dagli operatori di PG e quanto sia complesso discernere il necessario, l'opportuno e il coerente dall'estraneo al fatto di reato.

La questione interessa, come accennato, anche se non in via esclusiva, il trattamento dei dati personali e il GDPR, all'art. 10, prevede una tutela rafforzata proprio per i dati giudiziari. Il codice penale prevede alcuni fatti di reato, come quelli legati alla corrispondenza informatica disciplinati ai sette articoli sotto il 617 – con le eccezioni indicate all'art. 266 del codice di rito penale – e all'art. 618. Ancora, in tema di trattamento dei dati personali, con specifico riferimento al procedimento penale, vige la direttiva europea 2016/680, attuata in Italia con d.lgs. del 18 maggio 2018, n. 5. Per le intercettazioni telefoniche, si è espresso anche il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma, emanando di recente la circolare n. 10/2025, recante specifiche linee guida. In esse il principio di proporzionalità è essenziale, così, ad esempio, in un'indagine per omicidio l'analisi dello *smartphone* della vittima e del presunto omicida potrà essere ampia. Diversamente, per un furto d'auto dovrà essere necessariamente meno invasiva.

Ulteriori strumenti tecnologici, già in uso o in fase di sviluppo anche nel nostro Paese, possono nuocere alla dignità in senso lato, perché capaci di osservare parti intime della persona da prospettive differenti ma, al contempo, si rivelano assai performanti per le indagini e per la ricostruzione degli accadimenti. Nel prosieguo sono riportati alcuni esempi.

L'Emilia-Romagna, la Liguria e altre regioni stanno sperimentando le *bodycam* per gli operatori di FS Security⁷, come già da tempo in uso tra le forze dell'ordine statunitensi, per aumentare i controlli nel settore dei trasporti e per garantire maggiori tutele ai controllori ed ai passeggeri. Attualmente, i dispositivi non inviano dati alle centrali operative e non si porrebbero grossi problemi di *privacy* se non fosse che al sorgere di un episodio sospetto i video ripresi vengono esaminati e li possono essere identificati e processati i dati di soggetti che nulla hanno a che fare con l'accertamento in corso. In particolare, la sperimentazione prevede un *pre-recording* (o *buffering*) durante il quale il dispositivo registra continuamente sovrascrivendo le immagini per un breve lasso di tempo. Nel momento in cui viene attivata la registrazione dall'operatore, l'intervallo di *pre-recording* viene salvato, garantendo così la memorizzazione degli eventi immediatamente precedenti all'attivazione della *bodycam*, ai fini della ricostruzione dei fatti.

⁵ La Cassazione con provvedimento n. 31593 del 2 luglio 2019, afferma che è certamente possibile un sequestro *omnibus* disposto dal Pubblico Ministero, ovverosia afferente all'intera strumentazione informatica in uso ad un determinato soggetto, purché sia adeguatamente motivato (ad esempio, fin quando non si riesca a superare l'ostacolo crittografico a monte del sistema).

⁶ Si ritiene per brevità di tralasciare il capitolo vasto e mutevole dei criptofonini, che tramite *firmware* protettivi non consentono l'installazione o la trasmissione all'esterno di dati in essi contenuti.

⁷ Si veda la seguente url: <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/trasporto-pubblico-bodycam-tutela-personale-fs-security-su-treni-e-stazioni> - ultima visita il 08.03.2026.

La tecnologia consente di ottenere informazioni anche laddove sembri che non sia possibile, sollevando accanto ai problemi di *privacy* quelli di natura etica. Sono in fase di sperimentazione alcune tecniche di *computer vision* applicata all'acustica che sfruttando il *sensing* remoto e l'analisi vibrazionale non invasiva consentono di intercettare deformazioni degli oggetti antistanti al fine di ricostruire discorsi, gerarchie, stati d'animo tra persone a colloquio. Si tratta di riprese effettuate con speciali telecamere dotate di elevatissimo *frame rate*, collegate a sistemi di IA, che sono in grado di rilevare micro movimenti di oggetti come le foglie di una pianta, a diversi metri di distanza⁸. Un sistema di questo tipo, non intercetta comunicazioni nel senso tradizionale, ma estrae informazioni audio, in modo passivo, da vibrazioni fisiche create da soggetti a distanza anche, ad esempio, dietro un vetro insonorizzato.

In altri studi collaterali si sta sperimentando dall'analisi di filmati ad altissima risoluzione come sia possibile esaminare i movimenti saccarici degli occhi di un soggetto al fine di individuare i punti focali di attenzione⁹, dai quali si possono ricavare interessi, stati, finalità delle azioni, ecc. In sostanza, l'informazione su 'dove è direzionato lo sguardo' è definita *saliency*, ossia le zone importanti che attirano l'attenzione del soggetto analizzato, e il suo studio apre nuovi scenari di investigazione.

Speciali applicazioni di IA consentono altresì di individuare e seguire un oggetto o un soggetto saliente¹⁰, come fosse un *target*, in un insieme di video o di selezionare un certo tipo di segnale audio all'interno di centinaia di ore di registrazione in tempi imparagonabili a quelli che impiegherebbe anche il più esperto dei professionisti. Così possono essere estratte solo le *clip* o gli spezzoni rilevanti di un fatto protrattosi nel tempo e ottimizzare i tempi di indagine.

Proseguendo sulle tracce audio, così come è possibile ridurre con speciali *software* i disturbi, i rumori o i fruscii di fondo, è parimenti possibile alterare o eliminare la traccia di una voce se non è utile per l'indagine, magari sostituendola con una trascrizione anonima o pseudonimizzata¹¹, nel rispetto dei principi di conservazione dei dati originali e di ripetibilità sanciti nella legge del 18 marzo 2008, n. 48, che ratifica ed esegue la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, siglata a Budapest il 23 novembre 2001¹².

⁸ Si vedano, A. DAVIS, M. RUBINSTEIN, N. WADHWA, G. MYSORE, F. DURAND, W. FREEMAN, *The Visual Microphone: Passive Recovery of Sound from Video*, ACM Trans. Graph. 33, 4, Article 79, 2014, doi: 10.1145/2601097.2601119 e Z. MEI, D. DAI, J. TONG, Z. GONG, L. YANG, *Repurposing Optical Mice for Acoustic Eavesdropping*, IEEE INFOCOM 2025, *IEEE Conference on Computer Communications*, London (UK), 2025, pp. 1-10, doi: 10.1109/INFOCOM48880.2022.9796806.

⁹ Si veda, D.C. WONG, B. WANG, G. DURAK ET AL., *Shifts in Doctors' Eye Movements Between Real and AI-Generated Medical Images*, ETRA '25, Proceedings of the 2025 Symposium on Eye Tracking Research and Applications, article n. 106, 2025, pp. 1 – 7, <https://doi.org/10.1145/3715669.3726789>.

¹⁰ Si veda, C. R. CRUM, S. WEBSTER, A. CZAJKA, *Grains of Saliency: Optimizing Saliency-based Training of Biometric Attack Detection Models*, IEEE International Joint Conference on Biometrics (IJCB), Buffalo, NY, USA, 2024, pp. 1-9, doi: 10.1109/IJCB62174.2024.10744464.

¹¹ Qui l'IA potrebbe suggerire inferenze nelle conversazioni tra persone come paura, calma, rispetto, ecc.

¹² In estrema sintesi, la Convenzione in parola introduce alcune disposizioni correttive ed integrative al codice di procedura penale mediante le quali, nei casi di intervento invasivo sui sistemi informatici e telematici, si devono adottare misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione ed inoltre che la copia dei dati deve avvenire con una procedura che assicuri la conformità dei dati copiati e la loro immodificabilità. Tali accortezze, finalizzate alla ripetibilità delle analisi sui sistemi e sui dati, all'integrità, all'autenticità ed alla rintracciabilità delle prove digitali, sono attuate tramite metodi e strumenti dettati dalla *Digital Forensics* quali, catene di custodia, copie *bit by bit* (*bit-stream image*), *write blocker*, *hash*, ecc.

Resta fermo, a giudizio di chi scrive, che in questi casi il giudice e le parti tecniche devono essere a conoscenza che il *file* audio è stato epurato o manipolato in punti specifici al fine di recuperare la traccia originale ove venga fatta espressa richiesta e se ne ravveda l'opportunità processuale.

Gli esempi sopra descritti rivelano quanto possa aumentare l'efficacia delle attività di indagine e allo stesso tempo quanto frequente possa rivelarsi l'offesa alla riservatezza e alla dignità dei soggetti sotto giudizio e dei terzi con conseguenze odiose che a questi possono aggiungersi a causa degli obiettivi dell'indagine.

La tecnologia amplia le capacità di analisi acustica e visiva in vari contesti e ciò rende necessario l'aggiornamento del sistema normativo, in una visione che non sia distopica o in un'ottica proibizionista, bensì consentendone usi proporzionati, coerenti ed efficaci.

D'altra parte, l'utilizzo di strumenti di salvaguardia di posizioni terze rispetto ai *target* delle forze dell'ordine e della magistratura dev'essere adeguato al grado di interferenza dei mezzi adoperati e di esposizione ai rischi, sia nella fase di decisione della misura da intraprendere sia nelle fasi successive di elaborazione dei dati nelle quali possono concretizzarsi nuove o più incisive violazioni dei diritti fondamentali.

3. Sistemi avanzati di tutela dei diritti dei terzi

La vastità delle fonti informative dalle quali la magistratura può trarre informazioni utili per il processo richiede elevato impegno da parte delle forze dell'ordine e dei consulenti quando devono selezionare e distruggere ciò che non è rilevante per la ricostruzione dei fatti. Queste attività possono impegnare a lungo i professionisti e, come può accadere, l'alternanza di questi soggetti, che hanno esperienze e possono utilizzare criteri selettivi differenti, produce disomogeneità nell'amministrazione della giustizia.

Dotare il sistema giustizia di tecnologie di IA per l'analisi dei dati è una strategia di efficienza e di economia processuale. Il regolamento europeo per l'intelligenza artificiale pone le basi per l'impiego di strumenti tecnologici per l'amministrazione della giustizia, purché siano sufficientemente trasparenti, spiegabili e documentati con tutte le prescrizioni previste per i sistemi ad alto rischi, ivi compresa la supervisione umana. Il legislatore europeo spalanca le porte all'impiego di tecnologie avanzate nel processo, pur mantenendo un certo rigore sistemico: «È ... opportuno, al fine di far fronte ai rischi di potenziali distorsioni, errori e opacità, classificare come ad alto rischio i sistemi di IA destinati a essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere le autorità giudiziarie nelle attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti»¹³. Al momento, dunque, è vietato affidare processi decisionali in ambito giuridico esclusivamente a sistemi esperti.

La prima legge sull'intelligenza artificiale in Italia, n. 132/2025, per l'armonizzazione interna dell'AI Act, al primo comma dell'art. 15 ribadisce il principio espresso all'art. 22 del GDPR che riconosce «il diritto a non essere sottoposto a decisioni unicamente automatizzate ... che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Il medesimo articolo, al comma successivo, consente

¹³ In questi termini si esprime il Considerando 61, ripreso al punto 8 dell'allegato III, dell'AI Act.

l'utilizzo dell'IA «per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia, per la semplificazione del lavoro giudiziario e per le attività amministrative accessorie».

Entro questi limiti, i sistemi italiano ed europeo sono pronti all'impiego delle tecnologie più avanzate di IA nel procedimento giurisdizionale, lasciando ai singoli apparati giudiziari la libertà di utilizzo dei mezzi più idonei per snellire le procedure e per giungere ad un equilibrio tra poteri di indagine e salvaguardia dei diritti tanto degli indagati quanto dei terzi. La magistratura, per il tramite del Ministero della Giustizia, ad inizio del 2026 ha avviato una sperimentazione di uno specifico *large language model* (LLM) per i giudici togati¹⁴, con l'obiettivo di valutare le potenzialità dell'IA generativa, come assistente per la produttività, offrendo supporto in compiti ripetitivi come la sintesi di documenti, la redazione di atti e la ricerca interna delle fonti. Nello specifico, il *chatbot* adottato è progettato per non condividere informazioni all'esterno e mantenere la riservatezza delle informazioni, a differenza degli LLM di uso comune.

L'utilizzo di strumenti di salvaguardia di posizioni terze rispetto ai *target* delle forze dell'ordine e della magistratura dev'essere proporzionato al grado di interferenza dei mezzi adoperati e di esposizione ai rischi, sia nella fase di decisione della misura da intraprendere sia nelle fasi successive di elaborazione dei dati nelle quali possono concretizzarsi nuove o più incisive violazioni dei diritti fondamentali.

Tra gli strumenti tecnologici in dotazione alla PG per la tutela delle posizioni soggettive possono certamente rientrare:

- a) sistemi di *editing* per selezionare, estrarre, riassumere, presentare video o testi in modo da evidenziare i fatti principali e non mostrare dettagli se non su ordine motivato del giudice;
- b) sistemi atti a scremare e filtrare voci, suoni, immagini e video di soggetti terzi deboli (minori, con problemi psichici, in particolari stati di soggezione, ecc.);
- c) sistemi volti ad alterare o mascherare i connotati fisici e i tratti vocali per non consentire il riconoscimento di soggetti dichiaranti o che compaiono negli atti di intercettazione o nelle deposizioni;
- d) sistemi di *motion magnification* per osservare ciò che ad occhio nudo è impercettibile;
- e) sistemi di salienza per seguire un soggetto o un oggetto in maniera puntuale e sistematica;
- f) sistemi di *radio frequency identification* (RFID) e altri dispositivi analoghi per la geolocalizzazione di oggetti mobili;
- g) analizzatori sintattici (con tecniche di *parsing*) per estrarre testo rilevante o per elidere o codificare le informazioni personali di soggetti terzi;
- h) sistemi di rappresentazione delle evidenze in forma anonimizzata in giudizio, laddove la rappresentazione in chiaro sia superflua o esporrebbe ad un rischio eccessivo la sfera soggettiva dei soggetti terzi.

I magistrati e gli uffici di PG potranno avvalersi di consulenti o di ulteriori strumenti tecnologici, di natura ricostruttivo-interpretativa, diretti a limitare possibili rischi di alterazione percettiva del materiale probatorio prodotto e di verificarne l'autenticità¹⁵.

¹⁴ Qui di seguito, si riporta il *link* alla nota informativa del Ministero della Giustizia - Dipartimento per l'innovazione tecnologica della giustizia: https://pst.giustizia.it/PST/resources/cms/documents/Nota_informativa_sperimentazione_Copilot_signed.pdf - ultima visita il 08.03.2026.

¹⁵ Sui rischi di manipolazione dei contenuti digitali, S. QUATTROCOLO, *Deepfake e fine della tipicità probatoria? Fatto, prova e giudizio penale a confronto con la realtà delle immagini sintetiche*, in *Leg. Pen.*, 3.1/2025.

A proposito di mezzi di ricerca della prova, in estensione del principio enunciato all'art. 189 c.p.p., gli strumenti sopra citati potranno essere utilizzati purchè non violino le norme di legge, quali, a mero titolo esemplificativo, intercettazioni illegittime, dichiarazioni ottenute con inganno o tramite violenza fisica o psicologica o con strumenti in grado di alterare la libera autodeterminazione o, in altri termini, con metodi che alterino la capacità di ricordare o valutare i fatti o, più in generale, in grado di offendere la dignità umana e altri diritti fondamentali.

Nei prossimi due paragrafi, saranno esaminate in punta di penna le componenti tecnologiche dei sistemi di mascheramento sui segnali audio e sulle immagini.

4. *Scriminanti sui segnali audio*

Le strategie di mascheramento della voce al fine di tutelare l'identità e quindi l'incolumità di un soggetto che rilascia dichiarazioni o che viene intercettato in maniera indiretta hanno l'obiettivo di mantenere inalterati i toni, le inflessioni e l'espressività del parlato, rendendo l'oratore irricognoscibile, o comunque complesso il riconoscimento dell'identità del soggetto. Le tecnologie di *voice anonymization* mirano a preservare le caratteristiche paralinguistiche (prosodia, ritmo, emozioni), intervenendo sui tratti biometrici che consentirebbero l'identificazione. Un approccio tradizionale è quello basato su filtri di *pitch shifting* e *time-stretching*, che alterano rispettivamente l'altezza e la velocità della voce, anche se in alcuni casi possono risultare artificiali e ridurre l'intelligibilità del parlato. Per questo, negli ultimi anni si sono affermate soluzioni più sofisticate, come i sistemi di *voice conversion* (VC) e *speech anonymization*. *Software open source* come Praat, SoX o Audacity permettono un mascheramento di base mediante modifiche parametriche (*pitch*, equalizzazione, ecc.). In ambito più avanzato, *toolkit* come Kaldi o librerie di *deep learning* (es. *PyTorchcon* modelli pre-addestrati di *speaker embedding disentanglement*) consentono di applicare trasformazioni neurali che mappano la voce del parlante su uno «spazio vocale anonimo»: la voce mantiene ritmo, intonazione e naturalezza, ma le tracce biometriche (MFCC, *i-vector*, *x-vector*) non corrispondono più all'oratore originale. L'*anonymization* può essere effettuata anche in tempo reale, preservando intellegibilità, naturalezza e timbro vocale tramite modelli generativi e funzioni di *loss* dedicate (*anonymity*, *intelligibility*, *naturalness*)¹⁶.

Tali tecniche consentono di bilanciare la tutela della riservatezza e di conservare il valore probatorio, perché garantiscono che il contenuto e il tono della dichiarazione rimanga autentico e significativo.

5. *Scriminanti sulle immagini fisse e in movimento*

Immagini e video contengono numerose informazioni, esplicite ed implicite, che mettono a nudo differenti aspetti della persona rappresentata. I tratti più evidenti sono quelli facciali, come la geometria del viso, la distanza tra gli occhi, il profilo del naso, la struttura della mandibola, la mimica, la capigliatura. Altre caratteristiche dell'aspetto e biometriche, quali tatuaggi, proporzioni del corpo, altezza, gestualità e andatura di una persona sono

¹⁶ M. MATASSONI, S. FONG, A. BRUTTI, *Speaker Anonymization: Disentangling Speaker Features from Pre-Trained Speech Embeddings for Voice Conversion*, Appl. Sci., 14, 3876, 2024. <https://doi.org/10.3390/app14093876>.

elementi distintivi al pari del volto. Ulteriori elementi, apparentemente secondari, consentono di identificare un individuo, quali il vestiario (*pattern* distintivi, colori e accessori), il contesto in cui la persona appare, i luoghi, persone rappresentate insieme, ecc. a questi elementi esteriori si aggiungono i *metadata* delle immagini, come i *timestamp* e le informazioni integrate nelle immagini digitali, denominate *exchangeable image file format* (EXIF), quali luogo della ripresa, esposizione, data e ora, lunghezza focale, ecc.

Le tecniche tradizionali di mascheramento, come la semplice pixelizzazione o l'applicazione di filtri *blur* (sfocatura), si sono rivelate inadeguate perché anonimizzano eccessivamente i tratti della persona.

Le tecniche più evolute con applicazioni di IA consentono di ottenere risultati molto più naturali e efficaci ai fini processuali. Una di esse è l'utilizzo di *diffusion models* per il *face swapping*, utilizzando architetture UNet *image denoising* per generare sostituzioni facciali realistiche preservando pose, direzione dello sguardo e *background*. Ciò permette di mantenere tutte le informazioni comportamentali e posturali celando l'identità della persona.

Altra tecnica analoga è basata su *adversarial training* con la quale un anonimizzatore rimuove informazioni sensibili della persona mantenendo comunque riconoscibili le azioni che compie.

I sistemi di *full-body anonymization*, tipo DeepPrivacy¹⁷, sono costituiti da tre reti neurali: un generatore guidato da *continuous surface embedding* (CSE) per rilevare individui con esatta geometria del corpo, un generatore *full-body* incondizionato (distanza dalla telecamera, occlusioni o pose inusuali, basandosi su tecniche di *instance segmentation* volte ad identificare le aree da anonimizzare) per i casi dove CSE fallisce, e un generatore facciale per altri accessori o tratti che potrebbero essere stati persi nella ripresa. In tal modo, l'anonimizzazione *full-body* rimane per l'intera durata del video, preservando l'identità della persona da proteggere.

Un aspetto di assoluto valore per le indagini e per le escussioni processuali è costituito dalle tecniche di *recoverable anonymization*, che permettono di avere un controllo reversibile del video e quindi di analizzare le immagini con diversi livelli di implementazioni e di ricostruzioni¹⁸.

Sono allo studio anche modelli volti a misurare l'efficacia della ricostruzione parzialmente sintetica. Con riferimento alla *privacy*, in particolare, si osserva l'*identity concealment rate* (la percentuale di successo nel nascondere l'identità) e la *biometric distance* negli spazi *embedding* facciali e corporei. Altri strumenti di valutazione dell'efficacia delle modifiche sono l'*action recognition accuracy*, per verificare se il sistema ha mantenuto la capacità di riconoscere le azioni, e il *pose estimation error*, per misurare la precisione nella stima della posa post-

¹⁷ H. HUKKELÄS, F. LINDSETH, *DeepPrivacy2: Towards Realistic Full-Body Anonymization*, 2023, *IEEE/CVF Winter Conference on Applications of Computer Vision (WACV)*, Waikoloa, HI, USA, 2023, pp. 1329-1338, doi: 10.1109/WACV56688.2023.00138. Ed inoltre, S. KUMAWAT, H. NAGAHARA, 2022, *Privacy-Preserving Action Recognition via Motion Difference Quantization*, in S. AVIDAN, G. BROSTOW, M. Cissé, G.M. FARINELLA, T. HASSNER, (eds), *Computer Vision – ECCV 2022*. ECCV. Lecture notes in Computer Science, vol. 13673. Springer, Cham., https://doi.org/10.1007/978-3-031-19778-9_30.

¹⁸ Librerie come OpenCV forniscono le basi per *preprocessing* e *detection*, mentre MediaPipe offrono funzionalità avanzate per *pose estimation* e *facial landmarks*. I *framework* di *deep learning* come PyTorch e TensorFlow sono modelli preaddestrati per *face detection* (MTCNN, RetinaFace), *pose estimation* (OpenPose, AlphaPose) e *semantic segmentation* (Mask R-CNN). Tali sistemi operano utilizzando *motion-guided anonymization* sfruttando *optical flow* e *feature tracking* per mantenere la coerenza del movimento. Per i tratti ed i *frame* mancanti si utilizzano architetture avanzate *generative adversarial network*, come StyleGAN2.

anonimizzazione. Infine, la *temporal consistency* tende a misurare la coerenza tra *frame* consecutivi¹⁹.

L'obiettivo finale è raggiungere il *trade-off* accettabile tra protezione della *privacy*, qualità visiva e utilità, mantenendo una coerente quantità di informazioni cinetiche, posturali e comportamentali essenziali affinché un umano possa interpretare nella maniera più fedele ciò che osserva.

6. Considerazioni conclusive

Un'ultima riflessione, infine, riguarda le categorie dei terzi. Potrebbe essere utile distinguere, in termini di mezzi di tutela, alcune categorie: coloro i quali sono chiamati a partecipare alle indagini o al processo o hanno contezza della posizione sia pure decentrata che ricoprono nell'ambito del procedimento (il teste, il soggetto informato, l'operatore di PG, il consulente, i fornitori di servizi privati che collaborano con la magistratura fornendo dati relativi a soggetti indagati o imputati); coloro che non hanno contezza del procedimento in corso e del loro coinvolgimento di fatto (il limitrofo di un terreno il cui proprietario è sottoposto alle indagini per stoccaggio illegale di scorie radioattive oppure il *partner* di un soggetto le cui indagini sono dirette a raccogliere prove sulla sua responsabilità per violenza su altre persone); coloro che rischiano ritorsioni dalla criminalità organizzata; coloro che rischiano il fallimento di un'azienda o la perdita di credibilità professionale. Generalizzando, nel primo caso, la consapevolezza del soggetto terzo della sua esposizione potrà agevolare il programma di protezione eventualmente adottato; nel secondo caso, una collaborazione del soggetto coinvolto non può essere presupposta, salvo che si ritenga necessario informarlo dei pericoli ai quali è esposto. Occorrerà trovare misure adeguate di tutela da parte dello Stato, delle associazioni di volontariato, dagli operatori sociali che per competenza possano impegnarsi nella maniera più efficace riducendo i rischi e monitorando le posizioni più delicate.

Un paradigma suggerito per la valutazione della misura di protezione, anche tecnologica, da applicare a tutela delle posizioni dei terzi potrebbe riguardare il tipo di reato per il quale si procede, l'esposizione in concreto del terzo e la fase procedimentale in cui ci si trova. È opportuno che in determinate circostanze si valuti anche di prolungare le misure di protezione nel tempo, oltre il processo.

La tecnologia con la quale si deve necessariamente confrontare il giurista odierno deve entrare nel processo come ausilio per l'uomo, come mezzo per ottenere migliori prestazioni, come contributo potente ed etico a tutela del senso di umanità, che ci si auspica rimanga dominante nella fase delicata della vita sociale del procedimento giurisdizionale.

ABSTRACT: *Investigative Technologies and Third Parties Protection*

This work addresses the issue of protecting the rights of third parties in legal proceedings in an era in which technology is becoming particularly invasive. The authors begin with the observation that devices such as smartphones, IoT devices, bodycams and

¹⁹ Inoltre, per la qualità visiva sono utilizzate metriche quali LPIPS (*learned perceptual image patch similarity*), FID (*fréchet inception distance*) e SSIM (*structural similarity index*), che garantiscono un risultato finale visivamente accettabile e naturale.

artificial intelligence systems collect vast amounts of data, including personal data, which can be used during investigations or in the advanced stages of proceedings to ascertain the truth. The analysis of data and the exposure of third parties involved in legal proceedings, either actively or passively, can compromise their social, economic and legal positions.

Emphasis is placed on the practical difficulties encountered by judicial police officers in distinguishing between data that is actually relevant and proportionate and data that is superfluous and excessive, with consequent risks for witnesses, family members and individuals only indirectly involved in legal proceedings.

To remedy these critical issues, the authors propose the adoption of technological safeguards, including AI solutions for voice anonymisation, video masking and selective audio-video editing in order to highlight only the main facts, omitting details that are not necessary for the reconstruction of the facts under investigation.

The work offers a balanced and pragmatic vision, far from technophobic approaches and technocratic tendencies, suggesting technical and ethical paradigms for the evolution of the judicial system.

LUCIANO FIORE*

CAPTATORI INFORMATICI, “TERZI NON INDAGATI” E DIRITTI SACRIFICABILI: ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA EFFICIENZA INVESTIGATIVA E RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine e piano di lavoro. - 2. Alcune brevi considerazioni sul captatore informatico. - 3. La definizione di “terzo non indagato” formulata dalla Corte di Cassazione. - 4. Assenza di specifici studi scientifici o ricerche statistiche in relazione alle misure investigative digitali riguardanti soggetti non indagati. - 5. L'auspicato equilibrio tra efficienza investigativa e rispetto dei diritti fondamentali: possibili soluzioni per superare una sfida normativa e culturale. - 6. La recente modifica al codice penale, a quello di rito e all'ordinamento giudiziario: la legge n. 114/2024 (Legge Nordio). - 7. Rilievi conclusivi.

1. Oggetto dell'indagine e piano di lavoro

Sino a qualche tempo fa, le modalità di utilizzo del c.d. captatore informatico erano oggetto di dibattito solo tra esperti del settore. Solo successivamente, dopo l'emergere di delicate questioni riguardanti la tutela di alcuni diritti fondamentali, tra cui il diritto alla riservatezza delle comunicazioni, tale strumento è iniziato a diventare oggetto di sempre maggiore attenzione e di studio da parte della letteratura specialistica sia di tipo tecnico-informatico che giuridico.

Diverse sono le criticità seguite al sempre più diffuso utilizzo di tale strumento investigativo ed alla disinvoltura applicativa da parte di alcuni inquirenti. È altresì innegabile come il forte e crescente interesse dei *mass media* in relazione a fatti di cronaca giudiziaria che vedono coinvolte sempre più soggetti che ricoprono incarichi politici o che sono mediaticamente esposti, abbia contribuito ad accelerare ed accendere il dibattito su quali siano (ed a quale prezzo lo siano) i loro diritti e le loro libertà sacrificabili in nome di un'esigenza sempre più sentita di repressione di alcuni tipi di reati.

Considerando la necessità di un equilibrio tra la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, come l'inviolabilità della libertà, della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, e l'importanza di ottenere risultanze investigative efficaci ai fini della prevenzione di determinati reati di forte allarme sociale, le intercettazioni ambientali tramite captatore informatico rappresentano una sfida per tracciare i confini entro cui considerare lecita l'attività di ricerca della prova.

È quindi naturale, anche alla luce dei recenti tentativi di riforma, che si sia acceso fuori dall'ambito accademico un dibattito nell'opinione pubblica all'interno della quale c'è chi ritiene che un'enfaticizzazione dei diritti del “terzo non indagato” possa ostacolare o impedire le attività investigative mirate alla ricerca della prova e chi, su un fronte diametralmente opposto, ritenga che il rafforzamento del quadro normativo in senso maggiormente

* Dottorando in “Pluralismi Giuridici. Prospettive antiche ed attuali”, Università degli Studi di Palermo.

garantistico possa dare una più concreta applicazione al principio della presunzione di non colpevolezza di cui all' art. 27, co. 2, Cost.

L'obiettivo di questa ricerca è quello di pervenire ad una definizione di "terzo non indagato" e individuare quali dei suoi diritti fondamentali siano sacrificabili nell'ambito della tematica - ampiamente scandagliata dalla dottrina e dalla giurisprudenza - relativa all'uso investigativo del captatore informatico. Si cercherà di affrontare in chiave sistematica alcune problematiche connesse allo *status* di "terzo non indagato", effettuando un'esegesi delle più dibattute questioni collegate all'utilizzo di questo strumento che, secondo la giurisprudenza, costituisce una modalità esecutiva di un'intercettazione ambientale e non un mezzo di ricerca della prova atipico¹.

Non disponendosi, tuttora, di un quadro legislativo idoneo a dipanare in modo organico tutte le perplessità di cui sopra, si focalizzerà l'attenzione sulla questione dei diritti dei "terzi", spesso vittime di "stigmatizzazione pubblica" da parte dei *media*. Si ritiene opportuno muoversi considerando "invalicabili" - alla luce delle innegabili intersezioni tra il diritto comunitario e il diritto processuale penale interno - i confini tracciati dalla nostra Carta costituzionale e rappresentati dai diritti fondamentali in essa garantiti (artt. 2 e 15 Cost. su tutti) ed i parametri sovranazionali, tratti in particolare dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito, CEDU) e dagli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito, CDFUE).

Numerose sono state le pronunce da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che hanno affrontato il delicatissimo tema del bilanciamento tra il diritto alla sicurezza e la protezione dei dati personali, con particolare riferimento alle intercettazioni ed alla sorveglianza di tipo elettronico.

Esemplificativa in tal senso è la sentenza *Digital Rights Ireland (C-293/12)*, con la quale la stessa Corte ha invalidato la direttiva sulla conservazione dei dati (2006/24/CE), affermando come la conservazione indiscriminata degli stessi, costituisca una grave violazione del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati in relazione agli articoli 7 e 8 della CDFUE.

Da quanto sopra evidenziato, appare chiaro come il principio di proporzionalità sia un tema centrale nella giurisprudenza della Corte, tant'è che, in relazione a qualsiasi restrizione dei diritti fondamentali, si ammonisce sull'uso strettamente necessario e proporzionato all'obiettivo perseguito, sottolineando come la captazione di conversazioni di persone terze non indagate debba avvenire solamente in casi del tutto eccezionali, così come ribadito anche nella sentenza *Tele2 Sverige (C-203/15)*.

Inoltre, anche nel caso *La Quadrature du Net (C-511/18)*, la Corte ha nuovamente sottolineato l'importanza di bilanciare le esigenze di sicurezza con la protezione dei dati personali, statuendo che la sorveglianza di massa non può essere giustificata a discapito dei diritti fondamentali per prevenire abusi nei confronti di soggetti non coinvolti nelle indagini.

¹ Cass., Sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889 (dep. 1° luglio 2016), Scurato, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 76 e ss. con nota di A. CAMON, *Cavalli di troia in Cassazione*, in *Cass. Pen.* 2016, pp. 2274-2288, con nota di A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2016, p. 88, con nota di CORASANITI, *Le intercettazioni "ubiquitarie" e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali*, in *Proc. pen. giust.*, 2016; CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.* 2016, II, p. 331; PICOTTI, *Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Arch. pen.* 2016, II, p. 354; FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.* 2016, II, p. 348.

L'analisi condotta ci quindi porterà a considerare, *de iure condendo*, i rischi di violazione dei diritti costituzionalmente garantiti, attraverso la diffusione ingiustificata di conversazioni non rilevanti ai fini giudiziari. Si cercherà di individuare le possibili criticità della legge n. 114/2024 (Legge Nordio), la quale impone di eliminare dai verbali delle intercettazioni tutti i dati che «consentono di identificare soggetti diversi dalle parti»².

Attesa la sorprendente carenza di studi e ricerche accademiche sulle misure investigative digitali riguardanti individui "terzi non indagati", prenderemo, quale riferimento, per questo approfondimento un provvedimento non meramente legislativo, rappresentato dalla delibera della Settima Commissione del CSM del 29 luglio 2016.¹²

Tale documento si segnala in quanto offre le *best practices* adottate da numerose Procure italiane in relazione alla rilevanza e pertinenza di quelle conversazioni il cui contenuto sia riferibile anche ai dati sensibili – così come definiti dall'art. 4 lett. d) del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della *privacy*) – che coinvolgano soggetti terzi, non indagati o estranei ai fatti di indagine, quando costoro non siano oggetto di intercettazione diretta. Tali indicazioni possono fornire un utile punto di partenza per affrontare alcune criticità che si prospettano in vista dell'emendamento impianto normativo.

2. Alcune brevi considerazioni sul captatore informatico

Nonostante l'ampia intrusione delle intercettazioni nel diritto alla riservatezza della corrispondenza e delle comunicazioni, il nostro codice di procedura penale non fornisce una definizione specifica di tale mezzo di ricerca della prova.

La lacuna è stata colmata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha descritto l'intercettazione come quella «captazione ottenuta mediante strumenti tecnici di registrazione, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione segreta in corso tra due o più persone, quando l'apprensione medesima è operata da parte di un soggetto che nasconde la sua presenza agli interlocutori»³.

Le indagini ambientali svolte attraverso l'uso di un captatore informatico, in particolare, costituiscono un sofisticato strumento di ricerca della prova finalizzato ad acquisire dati senza il consenso delle persone coinvolte. È evidente come l'uso indiscriminato di indagini ambientali possa sollevare questioni etiche e giuridiche riferibili all'utilizzo del captatore informatico e la sua opportunità. Appare quindi indispensabile bilanciare il diritto alla *privacy* delle persone coinvolte con la necessità di ottenere risultanze investigative legittime: e ciò in quanto le indagini ambientali, a ben vedere, si trovano in una zona grigia tra legalità e illegalità.

Con l'importante "sentenza Scurato"⁴, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno tracciato le linee guida sull'impiego dei captatori informatici, noti anche come "trojan di Stato".

Tre sono gli aspetti maggiormente rilevanti emersi dalla pronuncia richiamata. In primo luogo, la possibilità di intercettare conversazioni "ambientali" anche in contesti privati senza necessità di un'attività criminosa in corso e, in secondo luogo, la configurabilità di un'ampia definizione dei reati di criminalità organizzata. Altresì, tale decisione ha assunto importanza

² Legislatura 19^a, 2^a Commissione permanente, Resoconto sommario n. 125 del 15/02/2024 (www.senato.it).

³ Cass. Sez. un., 28 Maggio 2003, n. 36747/2003, Torcasio, Rv. 225465 – 01.

⁴ Cass., Sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889 (dep. 1° luglio 2016), Scurato, in CED Cass., n. 266905-266906.

in quanto ha finito per autorizzare l'uso di *spyware* del tipo *trojan horse* per fini investigativi, permettendo al relativo operatore di avere un controllo totale sulle attività, i movimenti e le comunicazioni dell'utente senza che questi ne sia consapevole.

La fase di creazione e l'inoculazione di tali strumenti informatici è flessibile, poiché non esiste una normativa *ad hoc* che ne vieti la produzione, ma solo il loro uso non autorizzato è vietato.

Appare altresì opportuno evidenziare come sia improprio parlare di “*trojan* di Stato”⁵ poiché, di fatto, il nostro Paese non è dotato di una tecnologia proprietaria, o di diretta ed esclusiva gestione, dovendosi invece servire di *software* sviluppati, e spesso gestiti, da privati (anche stranieri) con tutte le conseguenze e i rischi legati ad un loro utilizzo non conforme agli *standard* di garanzie richiesti per tali attività, o ad una non corretta gestione del flusso dei dati acquisiti.

È, infine, appropriato ricordare come, oltre a quanto già disciplinato dagli artt. 266-271 c.p.p., in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, l'art. 89 disp. att. c.p.p. preveda che, in caso di uso del captatore informatico, nel verbale delle operazioni compiute debba essere indicato il tipo di *software* impiegato, il quale deve essere conforme ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia.

3. La definizione di “terzo non indagato” formulata dalla Corte di Cassazione

Una volta tracciati i confini normativi entro cui ritenere legittima l'utilizzabilità del captatore informatico, finalizzata ad ottenere una *data collection* utile ai fini investigativi, il tema assume una forma diversa e più complessa nel momento in cui ci si interroghi su una specifica questione giuridica. Gli operatori del diritto sono chiamati a fornire risposte ad un problema non ancora risolto, inerente alla tutelabilità dei diritti dei “terzi non indagati” le cui conversazioni risultino captate nelle intercettazioni predisposte dagli inquirenti. Costoro, infatti, spesso risultano vittime di “stigmatizzazione pubblica” da parte dei *media* per il solo fatto di essersi trovati a comunicare con un soggetto indagato.

Appare quindi necessario ed urgente ai fini della tutelabilità dei diritti fondamentali degli stessi (*inter alia iura* si annovera il diritto alla riservatezza delle comunicazioni), pervenire sin da subito ad una chiara definizione di “terzo non indagato”, cercando di comprendere quale sia il punto di equilibrio tra ciò che è lecito sacrificare in nome di un bene superiore (l'interesse dello Stato alla repressione dei reati) e la prevenzione di possibili lesioni di diritti costituzionalmente garantiti, facenti capo, peraltro, al valore (super) costituzionale, oltre che convenzionale, della dignità umana⁶.

I diritti a rischio, in questo caso, sono soprattutto quelli della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione che l'art. 15 Cost. eleva a diritto inviolabile, intersecandone le fondamenta con quanto sancito dall'art. 2 Cost.⁷. Quest'ultimo,

⁵ R. DE VITA, A. LAUDISA, *Vita digitale a rischio: I captatori informatici tra pericoli per i diritti umani e riduzionismo giuridico*, in *Eurispes* (on-line), 2019.

⁶ Si veda, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, p. 239 ss.

⁷ D.J. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, 2006, pp. 477-560. *Questo articolo sviluppa una tassonomia dettagliata della privacy, utile per comprendere meglio le diverse forme di interferenza nella vita privata e come queste possano essere classificate e tutelate nel contesto giuridico.*

com'è noto, sancisce il principio secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Tale principio è così rilevante al punto che autorevole dottrina costituzionalistica ritiene che esso «contenga in forma sintetica la Costituzione intera».⁸

La Corte costituzionale ha affermato che la libertà e la segretezza delle comunicazioni corrispondono a diritti inviolabili e fondamentali, protetti dall'art. 15 Cost. Tali diritti sono essenziali per la dignità umana e la loro previsione rientra nel nucleo dei diritti inviolabili, non comprimibili se non nei limiti costituzionalmente previsti⁹. Una limitazione della sfera di tutela può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.

Secondo un primo approccio teorico¹⁰, si potrebbe individuare un nuovo diritto fondamentale, ossia il diritto alla riservatezza informatica, considerandola come una manifestazione del libero sviluppo della personalità, proprio in base all'art. 2 Cost. Altri studiosi suggeriscono, tuttavia, di fondare tale nuovo diritto fondamentale alla riservatezza informatica non solo sull'art. 2 Cost., ma anche sull'art. 8 CEDU e sugli artt. 7 e 52 CDFUE. La Carta fondamentale appena menzionata, tra l'altro, dopo la firma del Trattato di Lisbona, ha esteso la propria efficacia vincolante a tutti gli Stati membri dell'UE, sia pur nelle sole materie di competenza dell'Unione. Secondo l'ora descritto ragionamento, nell'ordinamento italiano, tale diritto potrebbe subire delle compressioni «solo nel rispetto della legge e della giurisdizione, secondo il principio di proporzionalità»¹¹.

La giurisprudenza italiana ed europea hanno diverse volte posto l'accento sul fatto che i diritti dei soggetti terzi, intesi come coloro che non sono parte attiva in un procedimento penale, devono essere tutelati con il massimo rigore possibile. Ciò in virtù dei principi di proporzionalità e necessità che non si traducono in vuoti formalismi, bensì rappresentano il criterio attraverso cui valutare se, e fino a che punto, sia legittimo incidere su libertà fondamentali come la *privacy* o la riservatezza delle comunicazioni.

Un passaggio importante in questa direzione lo si ritrova nella sentenza n. 20 del 2021 della Corte costituzionale nella quale, è stato ribadito un concetto fondamentale: strumenti invasivi come le intercettazioni, in particolare quelle effettuate con captatori informatici, possono essere utilizzati solo quando esista un'effettiva utilità per le indagini, e sempre entro limiti molto stretti. L'autorità giudiziaria, insomma, non può permettersi leggerezze: ogni captazione va vagliata con attenzione, proprio per evitare che finiscano nel fascicolo elementi che ledono diritti altrui senza reale necessità.

Accanto alla tutela della *privacy* in senso tradizionale, oggi si parla sempre più spesso di riservatezza informatica¹²: una dimensione più attuale, legata alla protezione dei dati e delle comunicazioni digitali. Anche su questo fronte la giurisprudenza europea è stata chiara. Nelle sentenze *Digital Rights Ireland* e *Tele2 Sverige*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha

⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma 2017, p. 1 ss.

⁹ Sull'inscindibile nesso che lega l'art. 2 e l'art. 15 si è pronunciata la Corte costituzionale nelle sentt. nn. 366/1991 e 81/1993. Come è stato detto (V. Italia 1963, 41), "[i]l complesso delle libertà costituzionali forma, per così dire, quasi un tessuto, e nel contesto delle singole disposizioni vi sono delle categorie, delle sottospecie, dei rapporti, e delle linee di "derivazione" del principio fondamentale dell'art. 2 della Costituzione".

¹⁰ R. ORLANDI, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Archivio penale* (bollettino web), 25 luglio 2016, 10-11

¹¹ F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3-4/2014, 338. Nello stesso senso P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, p. 125 ss.

¹² F. GALLI, *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, Milano, 2021.

stabilito che l'accesso ai dati personali dev'essere sottoposto a controlli rigorosi¹³, e che ogni limitazione a questi diritti deve essere realmente proporzionata e giustificata da esigenze concrete di sicurezza.

Un altro principio cardine, spesso richiamato dalla Corte di Cassazione, è quello della buona fede del terzo. Quando si tratta di soggetti estranei al reato, la compressione dei loro diritti è ammessa solo in presenza di un interesse pubblico prevalente¹⁴, e a condizione che il terzo non abbia tratto alcun beneficio dall'illecito. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di sequestro o confisca: anche lì, il sacrificio di diritti patrimoniali o della riservatezza richiede sempre un vaglio attento e una motivazione puntuale.

In definitiva, tutto ruota attorno a un equilibrio delicato: quello tra l'interesse alla repressione dei reati e la tutela dei diritti di chi, pur non indagato, finisce per essere coinvolto. Ed è proprio qui che il principio di proporzionalità trova la sua piena applicazione: come strumento per prevenire abusi e garantire che nessun diritto venga compresso oltre quanto strettamente indispensabile.

Tanto sopra premesso, una puntuale e condivisibile definizione di “terzo non indagato” o persona estranea al reato è possibile rinvenirla in diverse statuizioni della Suprema Corte¹⁵, la quale si è pronunciata in tema di sequestro finalizzato alla confisca del profitto del reato presso terzi, ossia soggetti distinti dall'autore del fatto.

La Suprema Corte ha ricordato nella citata statuizione che «terzo è la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità». Ed ancora: «al requisito oggettivo, integrato dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, deve aggiungersi la connotazione soggettiva della buona fede del terzo, intesa come non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato».

Tale precisazione, seppur apparentemente scontata, assume invero un significato di certezza definitoria che consente di evitare interpretazioni “estensive” o “riduttive” dello *status* di “terzo non indagato”, ossia di un soggetto che, pur non assumendo un ruolo primario nell'ambito di una investigazione, rischia di veder lesi alcuni diritti inviolabili che la Carta Costituzionale gli attribuisce e che rappresentano quel limite invalicabile oltre il quale l'utilizzo del captatore informatico non può e non deve spingersi.

È importante sottolineare come la condizione di “terzo non indagato” non implichi necessariamente l'assenza di un coinvolgimento periferico o di interesse nell'ambito dell'indagine. Tuttavia, affinché possano essere considerati “terzi non indagati” i soggetti in questione non devono risultare formalmente indagati o sospettati di reati da parte delle autorità competenti.

La divulgazione e la pubblicazione delle intercettazioni, che può avvenire in vari contesti, inclusi processi giudiziari, inchieste giornalistiche e altri mezzi di comunicazione, solleva, tuttavia, gravi preoccupazioni per la *privacy* e la reputazione di queste persone, le quali potrebbero essere esposte a un rischio ingiustificato di pregiudizio sociale o professionale a causa di informazioni sensibili divulgate durante le intercettazioni.

¹³ Digital Rights Ireland e Tele2 Sverige: la sorveglianza di massa e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in *Rivista di diritto dell'Unione Europea*, 2022.

¹⁴ G. SILVESTRI, *Il sequestro e la confisca nei confronti di terzi non indagati: profili giuridici*, in *Rivista di diritto processuale penale*, 2020.

¹⁵ Cass., Sez. V, Sent. del 21/06/2021 (ud. 14 maggio 2021), n. 24248 - Sez. un, n. 11170 del 25/09/2014, dep. 2015, Rv. 263684; Sez. 2, n. 11173 del 14/10/1992, Rv 193422; Sez. 3, n. 3390 del 19/01/1979, Rv 141690.

4. Assenza di specifici studi scientifici o ricerche statistiche in relazione alle misure investigative digitali riguardanti soggetti non indagati

Alla luce dei chiarimenti operati dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione¹⁶ circa la natura giuridica del "captatore informatico", perimetrata la cornice codicistica entro cui sarà possibile muoversi, e chiarito anche chi possa acquisire lo *status* di "terzo non indagato" nel corso di un'attività di indagine, emerge un sorprendente *deficit*, nella discussione accademica, di studi scientifici e ricerche statistiche sulle misure investigative digitali che coinvolgano soggetti "terzi non indagati", privi di un ruolo formale nel procedimento.

Nonostante la ricca letteratura giuridica esistente sul tema dei captatori informatici, risulta carente un'analisi quantitativa che valuti gli effetti di queste misure sui diritti dei "terzi non indagati".¹⁷

Questo vuoto accademico rende difficile comprendere pienamente l'impatto che tali strumenti possono avere sulla tutela della *privacy* e sulla protezione dei dati personali¹⁸.

Per tali ragioni, prendendo spunto *de iure condendo* da un documento di tipo non meramente legislativo, ma "organizzativo-interno" alla magistratura italiana, ossia la delibera della Settima Commissione del CSM del 29 luglio 2016¹⁹, si cercherà nel prossimo paragrafo di fornire un fondamento scientifico a un insieme di criteri che, partendo dall'idea di "buone prassi" già adottate da alcune Procure italiane, potrebbero essere assunti come riferimento nel contesto di un'auspicabile regolamentazione normativa.

5. L'auspicato equilibrio tra efficienza investigativa e rispetto dei diritti fondamentali: possibili soluzioni per superare una sfida normativa e culturale

Attraverso il monitoraggio di numerose direttive e circolari assunte da diversi Procuratori della Repubblica²⁰, la citata settima Commissione del CSM, come già detto, ha da tempo elaborato e offerto a tutti gli uffici giudiziari italiani, con un apprezzabile sforzo di sintesi, alcune buone prassi adottate da singoli uffici della Procura della Repubblica, che sono state nei successivi anni fonte di ispirazione per la corretta gestione dei dati potenzialmente

¹⁶ Per un commento alla pronuncia delle Sezioni unite: G. LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, commento a Cass. Sez. un. 28 aprile 2016 (dep. 1° luglio 2016), n. 26889, Pres. Canzio. Rel. Romis, Imp. Scusato, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2016.

¹⁷ Secondo una recente indagine condotta dalla *European Data Protection Board*, circa il 15% delle intercettazioni che coinvolgono captatori informatici include conversazioni o dati personali di soggetti estranei all'indagine. Questi dati confermano la necessità di introdurre un monitoraggio più rigoroso, per evitare che la *privacy* di questi soggetti venga compromessa ingiustamente.

¹⁸ Come evidenziato dal rapporto della *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA), le misure di sorveglianza pongono seri rischi per i diritti fondamentali dei soggetti non coinvolti direttamente nelle indagini, in particolare in relazione alla loro *privacy* e alla protezione dei dati personali (*Surveillance by Intelligence Services: Fundamental Rights Safeguards and Remedies in the EU*, FRA, 2015).

¹⁹ Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni (Delibera del 29 luglio 2016), reperibile in: <https://www.csm.it/documents/21768/87316/Delibera+29+luglio+2016/e02375fb-aa0f-c706-315b-a3067725a9ef>.

²⁰ I Procuratori della Repubblica organizzano i loro uffici anche attraverso il potere di direttiva di cui all'art. 4 D. Lgs. n. 106/2006.

lesivi della *privacy* dei soggetti “terzi non indagati”.²¹ Tali virtuose prassi offrono interessanti soluzioni applicative che potrebbero aspirare a diventare “misure di salvaguardia” normative, da adottare e porre a presidio degli interessi costituzionali in gioco anche in relazione a questi soggetti.

Come snodo cruciale della presente ricerca, si sono pertanto individuati alcuni punti e principi generali comuni, relativi alle “intercettazioni irrilevanti” (tra queste, quelle avvenute con “terzi non indagati”), già oggetto di buone prassi da parte di alcuni uffici giudiziari italiani. Si esamineranno tali soluzioni con un approccio critico, ampliandone la portata e provando a estrapolare alcuni inderogabili principi generali, fondamentali per favorire il bilanciamento fra i valori costituzionali in gioco.

Enumerando alcune pratiche positive adottate da uffici giudiziari mediante la formulazione di circolari, la Commissione ha evidenziato come tutte le suddette pratiche partano dal presupposto comune che la diffusione non giustificata delle risultanze delle intercettazioni sia strettamente legata alla trascrizione delle conversazioni e alla loro inclusione nelle annotazioni di polizia giudiziaria²².

Nel panorama europeo, vari Paesi hanno affrontato il delicato equilibrio tra sicurezza e protezione dei dati in modo differente. A tal uopo assume un importante rilievo la *Loi Renseignement* del 2015, adottata dalla Francia, che ha regolato in modo dettagliato le intercettazioni e l'uso di tecnologie invasive per scopi investigativi. Da rilevare come, sebbene tale provvedimento legislativo permetta ampie possibilità di controllo, all'interno della stessa legge sono previste anche rigide salvaguardie per garantire la protezione dei diritti fondamentali, in particolare in relazione ai terzi non indagati. Tale norma, infatti, ha cercato di regolare l'uso di captatori e intercettazioni nel contesto delle indagini antiterrorismo, stabilendo limiti chiari all'uso dei dati raccolti. Purtroppo, anche in questo caso, l'equilibrio tra *privacy* e sicurezza è stato oggetto di una serie di ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Emblematico negli USA, il caso Eric Loomis ha acceso il dibattito sull'uso dell'algoritmo COMPAS per la valutazione del rischio di recidiva, evidenziando come l'uso di tecnologie predittive possa introdurre pregiudizi nei confronti di determinati gruppi sociali²³. La sentenza ha aperto la strada a un maggiore controllo sull'uso delle tecnologie predittive nel sistema giudiziario americano.

In Italia, l'uso dei captatori informatici solleva ancora molteplici questioni, soprattutto riguardo alla tutela dei diritti dei terzi. Questo confronto tra ordinamenti permette di osservare come, mentre in Francia le garanzie sono più strutturate, l'Italia necessiti di un

²¹ Un altro significativo esempio di “buona prassi” lo si ritrova nelle “linee guida in materia di intercettazioni di conversazioni” predisposte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Aosta il 02 gennaio 2017: https://www.procura.aosta.giustizia.it/documentazione/D_13252.pdf.

²² Tuttavia, è doveroso ricordare e sottolineare come, ad eccezione dei casi di assoluta inutilizzabilità, la selezione operata dal pubblico ministero non possa impedire la trasmissione al giudice, ai fini del successivo deposito, delle trascrizioni e/o registrazioni di conversazioni e/o scambi di comunicazioni informatiche o telematiche che siano, anche indirettamente, favorevoli all'indagato. In tal senso è bene ricordare come l'art. 358 c.p.p. preveda espressamente che l'attività ricognitiva deve essere estesa anche agli elementi di prova che potrebbero scagionare l'indagato.

²³ O.S. KERR, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, *Michigan Law Review*, vol. 102, no. 5, 2004, pp. 801-888). La questione del bilanciamento tra sorveglianza e *privacy* è centrale anche nel contesto britannico, dove la legge sulla sorveglianza del 2016 ha introdotto nuove tutele per i diritti dei cittadini soggetti a intercettazioni digitali (SIMMONS, RIC, *The Failure of the Fourth Amendment in the Digital Age*, *Berkeley Journal of Criminal Law*, vol. 25, 2020, pp. 89-150).

ulteriore sviluppo normativo per proteggere i soggetti estranei alle indagini, mantenendo sempre al centro il principio di proporzionalità.

In tal senso, appare condivisibile l'idea che il pubblico ministero, parte imparziale del processo e *dominus* delle indagini preliminari, debba effettuare direttamente, anche delegando la polizia giudiziaria attraverso delle precise direttive, il primo importante "filtro" per il raggiungimento di tale scopo. Tale sottolineatura deriva, a parere di chi scrive, da alcune non corrette prassi operative che spesso hanno lasciato alla discrezionalità della polizia giudiziaria, attraverso direttive troppo generiche, il compito di decidere di non annotare sul registro delle intercettazioni le conversazioni che si ritengono inutilizzabili, privando così il magistrato della possibilità di valutarle.

A livello generale, qualsiasi forma di delega "in bianco" alla polizia giudiziaria solleva questioni di natura sistemica e normativa, poiché è al pubblico ministero che spetta un vaglio. Peraltro, la valutazione della rilevanza delle conversazioni richiede una visione completa degli elementi raccolti durante l'indagine che, se affidata esclusivamente alla polizia giudiziaria senza un adeguato coordinamento, potrebbe comportare una disamina frammentata, limitata e potenzialmente fallace.

Il pubblico ministero, infatti, soprattutto in contesti investigativi complessi ed estesi, funge da punto di convergenza per molteplici informazioni provenienti da varie branche della polizia giudiziaria, e spesso svolge un ruolo centrale nell'analisi e nella sintesi di tali dati. Inoltre, è bene ricordarlo, il pubblico ministero può essere chiamato a valutare la rilevanza e l'utilizzabilità di tali informazioni anche in relazione ad altri procedimenti in corso.

Pertanto, si ritiene imprescindibile una valutazione adeguata da parte del magistrato inquirente delle intercettazioni in corso. Tale verifica dovrebbe avvenire attraverso un costante dialogo con la polizia giudiziaria delegata, ma è chiaro che un simile confronto possa avvenire solo nella c.d. "fase cautelare". Al termine delle indagini, infatti, sarà il solo p.m. a dover porre la massima attenzione a non effettuare il deposito di conversazioni oggetto della selezione negativa operata nella precedente fase, a meno che non vi sia una rivalutazione del complessivo materiale probatorio acquisito, con conseguente ripensamento rispetto alle precedenti decisioni.

Ove nel corso delle singole intercettazioni con "terzi non indagati" dovessero risultare palesemente estranee alle esigenze investigative e/o processuali alla dimostrazione dei fatti costituenti reato ed alla relativa responsabilità, previo confronto con il pubblico ministero, si ritiene auspicabile - ed in linea con la maggior parte delle "buone prassi" citate dalla Commissione - che la polizia giudiziaria riporti nel brogliaccio di ascolto l'annotazione "intercettazione manifestamente irrilevante ai fini delle indagini" o una formula simile, evitando sunti o trascrizioni, con la mera indicazione degli interlocutori (se identificabili) ed il contenuto sommario dell'oggetto della conversazione.

Le registrazioni di conversazioni che includono informazioni sensibili, infine, richiedono una particolare prudenza nella valutazione della loro pertinenza o rilevanza.

Queste conversazioni possono anche riguardare dati sensibili *ex art. 4 lett. d) D.lgs. n. 196/2003*, come opinioni politiche o religiose, informazioni sulla sfera sessuale o dati relativi alla salute, per i quali il codice della *privacy* prevede una protezione più rigorosa, sia per l'indagato che per terzi non coinvolti direttamente nell'intercettazione. Se queste conversazioni dovessero essere considerate non rilevanti ai fini probatori, non dovrebbero essere trascritte o riassunte, e sarebbe sufficiente indicare brevemente il contenuto con la dicitura "conversazione privata relativa a dati sensibili" o una formula dello stesso tenore.

Anche tali registrazioni dovrebbero sempre essere comunicate al pubblico ministero che deciderà se ritenerle pertinenti e rilevanti per l'indagine.

Da un'altra prospettiva, è necessario sottolineare che l'importanza di una scrupolosa selezione delle conversazioni riguardanti “terzi non indagati” attiene anche alla fase della valutazione dell'inclusione delle stesse nei provvedimenti cautelari, coinvolgendo, quindi, non solo le richieste del pubblico ministero, ma anche le ordinanze del g.i.p. Anche questo aspetto appare cruciale, considerando che tali provvedimenti hanno una naturale propensione a ricevere una forte attenzione mediatica, in quanto sono legati alla privazione della libertà personale di uno o più soggetti e sono cronologicamente più vicini all'evento rispetto al momento del deposito degli atti al termine delle indagini preliminari: ciò è importante anche tenendo conto del dovere di depositare, ove richiesto ed in ottemperanza alle statuizioni della Corte costituzionale²⁴, le registrazioni e i *files* audio delle conversazioni che sostengono la misura cautelare.

La corretta opera di “filtro” inizialmente operata dal p.m. attraverso un confronto diretto e costante con la polizia giudiziaria delegata, assume connotati di delicatezza assoluta in relazione ai diritti del “terzo non indagato”, in quanto il rischio maggiore per il diritto alla riservatezza dei suoi dati personali, a parere di chi scrive, non risiede nella semplice raccolta dei dati stessi e nelle valutazioni sopra operate dal p.m., bensì nell'eventuale deviazione di dati non preventivamente “filtrati” secondo i principi sopra indicati, attraverso una loro non corretta gestione. Tale circostanza può manifestarsi attraverso divulgazioni non autorizzate o non giustificate da necessità investigative o processuali, oppure tramite la distruzione, perdita o alterazione dei dati stessi. Si sottolinea che solo un'adeguata gestione dei dati intercettati, compresa la loro raccolta, trattamento, utilizzo e finalità, può garantire la protezione degli interessi in gioco e costituire un meccanismo di equilibrio.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), con riferimento all'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare), ha più volte sottolineato l'importanza di proteggere la *privacy* dei cittadini, anche in contesti di sicurezza nazionale. Un caso emblematico è *Zakharov c. Russia* (2015), in cui la Corte ha stabilito che le intercettazioni di massa, senza adeguate salvaguardie per prevenire abusi, violano il diritto alla *privacy* sancito dalla Convenzione.

Nel contesto dell'uso di captatori informatici, la giurisprudenza della CEDU conferma la necessità che ogni ingerenza nella vita privata dei terzi, soprattutto non indagati, debba essere strettamente limitata e soggetta a controlli efficaci. La sorveglianza di massa è ammissibile solo in presenza di garanzie procedurali rigorose, che permettano di evitare ogni possibile abuso o violazione dei diritti umani.

Come già detto, attualmente i nostri uffici giudiziari corrono diversi rischi in tal senso, in quanto privi di una tecnologia proprietaria o di diretto esclusivo controllo delle attrezzature, che li costringe ad utilizzare *software* sviluppati, e spesso amministrati, da fornitori privati (anche stranieri), con tutte le conseguenze ed i rischi ipotizzabili in relazione ad un utilizzo non conforme agli *standard* di garanzie richiesti per tali attività, o ad una non corretta gestione del flusso dei dati acquisiti.

È altresì corretto rilevare come, a causa di questi punti di debolezza del sistema, in passato vi siano state (e vi siano ancora oggi) fughe di notizie e disvelamento di informazioni non autorizzate frutto di condotte illecite, non prevenibili solo attraverso il corretto uso delle attuali norme processuali o deontologiche da parte dei magistrati coinvolti nel procedimento.

²⁴ Sent. Corte cost. 10/10/2008, n. 336 (Presidente Flick; Relatore Silvestri).

Tutto ciò rappresenta certamente un *vulnus* che il legislatore dovrà affrontare e risolvere prima possibile.

Sarebbe in tal senso auspicabile l'utilizzo obbligatorio di tecniche di crittografia o l'adozione di procedure che limitino l'accesso alle risultanze delle captazioni solamente alle persone autorizzate, per garantire ancor di più i valori costituzionali in gioco. Sarebbe altresì necessario prevedere la limitazione della conservazione e la diffusione delle comunicazioni intercettate da parte delle sole persone autorizzate per il periodo di tempo strettamente necessario all'indagine.

Infine, di vitale importanza apparirebbe l'introduzione dell'obbligo normativo di sottoporre le autorità che effettuano intercettazioni a controlli indipendenti, per garantire che seguano le procedure appropriate per la tutela dei "terzi non indagati".

Nel caso in cui si decidesse di utilizzare le conversazioni riguardanti "terzi non indagati" perché necessarie in relazione alle finalità investigative, l'autorità giudiziaria che autorizzi le operazioni e sfrutti gli elementi raccolti dovrebbe sempre evidenziare e giustificare adeguatamente tale impatto nella motivazione dei provvedimenti, illustrando così il bilanciamento dei valori in gioco e la ragione per cui la registrazione è stata inclusa negli atti. È proprio per queste ragioni che la valutazione della rilevanza della conversazione contenente dati sensibili deve spettare solamente al pubblico ministero ed al giudice e non ad altri. Inoltre, sia il pubblico ministero che il g.i.p. (e successivamente il tribunale) sono chiamati al rispetto dell'obbligo di una "sobrietà contenutistica", derivante dal dovere deontologico di comportarsi con correttezza e lealtà anche nei confronti dei soggetti "terzi non indagati" coinvolti.

Molti dei comportamenti auspicati sono già stati messi in atto da diversi uffici requirenti²⁵, ma è chiaro che sia auspicabile un deciso intervento precettivo da parte del legislatore il quale, alla luce della concreta situazione organizzativa e delle risorse disponibili, colmi quelle lacune – di natura anche tecnico-informatica – che non pare possano essere risolte solamente dalle iniziative di riforma attualmente *in fieri*.

Infine, si ritiene utile, se non addirittura necessario, *de iure condendo*, informare i "terzi non indagati" quando le autorità intercettano comunicazioni che li riguardano. Ciò al fine di offrir loro la possibilità di opporsi all'utilizzo delle loro comunicazioni.

Oggi più che mai si avverte la necessità di reinterpretare l'equilibrio tra libertà e sicurezza, in conformità con gli *standard* costituzionali, seguendo tale via in totale aderenza ai principi di legalità e proporzionalità della compressione dei diritti *ex art. 15 Cost.* dei "terzi non indagati". Quest'ultimo articolo viene considerato come espressione di criterio implicito da riferire al limite della "necessità", corrispondente a quanto indicato dagli artt. 8-11 della CEDU, da considerare come condizione indispensabile per qualsiasi restrizione dei diritti fondamentali²⁶.

6. La recente modifica al codice penale, a quello di rito e all'ordinamento giudiziario: la legge n. 114/2024 (Legge Nordio)

²⁵ Un altro significativo esempio di "buona prassi" lo si ritrova nelle "linee guida in materia di intercettazioni di conversazioni" predisposte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Aosta il 02 gennaio 2017: https://www.procura.aosta.giustizia.it/documentazione/D_13252.pdf.

²⁶ CDFUE, articoli 49, paragrafo 3, e 52, paragrafo 1.

Alla luce delle considerazioni svolte, è innegabile ritenere insufficiente a colmare le lacune sopra evidenziate la legge Nordio n. 114/2024 pubblicata nella G.U. n. 187 del 10 agosto 2024. Tale norma impone di eliminare dai verbali delle intercettazioni tutti i dati che consentono di identificare soggetti diversi dalle parti²⁷.

È senz'altro apprezzabile lo sforzo del legislatore di pervenire ad una soluzione efficace che tenga conto dei diritti fondamentali in gioco. Tuttavia, le conseguenze applicative della norma, si presentano piene di insidie oltretutto pericolose per i diritti fondamentali in gioco.

Se per i reati di grave allarme sociale come quelli legati ad atti di terrorismo, è pacifico, in una ideale gerarchia di valori, assegnare alla sicurezza pubblica/nazionale un rango superiore rispetto alla *privacy* del singolo. Tuttavia, problemi applicativi/interpretativi potrebbero sorgere in relazione a quei reati la cui collocazione, nella suddetta gerarchia di valori, debba essere frutto di una lunga interpretazione da parte degli inquirenti che attingono all'intercettazione ambientale attraverso un captatore. L'esperienza giudiziaria insegna, infatti, che, soprattutto nella fase iniziale, non è facile individuare i ruoli dei vari soggetti coinvolti nel contesto relazionale degli indagati. Capita spesso che interlocutori, che inizialmente sembrano estranei ai fatti, ne vengano coinvolti a seguito delle informazioni emerse durante le conversazioni. Pertanto, la nuova norma, ora vigente, applicata rigorosamente nelle prime fasi dell'indagine, potrebbe costringere gli investigatori a dover riascoltare le conversazioni catturate anche attraverso un captatore informatico in un secondo momento, al fine di recuperare i contenuti che non sono stati trascritti, con conseguente aggravio di lavoro e di costi per tutto il comparto investigativo.

Peraltro, il concetto di "rilevanza per le indagini", di cui all'art. 268 co.6 c.p.p., è un concetto intrinsecamente flessibile, destinato a diventare ancora più sfumato durante la fase di ascolto, nel corso di attività captative²⁸. Pertanto, è elevato il rischio che si possa incorrere in interpretazioni non conformi agli *standard* di garanzie richiesti per tali attività, in relazione al flusso dei dati acquisiti.

La legge n. 114/2024 (legge Nordio) affronta la questione dell'intercettazione delle comunicazioni di soggetti estranei, imponendo che non debbano essere trascritti dati relativi a soggetti non coinvolti nelle indagini, se non considerati rilevanti per il procedimento. Il giudice sarà quindi tenuto a eliminare dalle intercettazioni tutte le informazioni riguardanti persone estranee al procedimento, qualora non siano indispensabili.

Soffermandoci però ancora ad un'ipotesi in cui il diritto di un individuo "terzo non indagato" possa soccombere alle esigenze investigative, tale situazione potrebbe verificarsi nel caso in cui l'intercettazione di comunicazioni di un soggetto indagato riveli un pericolo imminente per la vita o la sicurezza di un'altra persona o addirittura di più persone. Sulla liceità della compressione del diritto alla *privacy* dei soggetti indagati non sembrano esserci dubbi per la pacifica giurisprudenza costituzionale²⁹, e per analogia, potrebbe dirsi lo stesso

²⁷ Sul punto, *ex multis*, G. SPANGHER (a cura di), *Le novità della legge Nordio*, Milano, 2024; C. PARODI, *Ddl Nordio: cosa cambia in tema di intercettazioni*, *Ius Penale*; F. DEMARTIS, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore...ma scontenta i "curiosi"*, in *DPP*, 2024, 1168; FILIPPI L., *Intercettazione: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, cit., 21; P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in www.sistemapenale.it, 2024.

²⁸ S. BUZZELLI, *Le nuove intercettazioni tra selettività arbitraria e ridimensionamento delle garanzie difensive*, 2018(2), pp. 1-10.

²⁹ L'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE, avente ad oggetto i diritti alla riservatezza delle comunicazioni, dei dati sul traffico e di quelli sull'ubicazione, infatti, consente agli Stati membri di derogare a prescrizioni, divieti ed obblighi fissati per la tutela di quei diritti, con l'adozione legislativa di misure restrittive, purché la restrizione costituisca "una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la

in relazione ai diritti dei “terzi non indagati” che nel corso delle indagini risultino essere del tutto estranei ai fatti oggetto di indagine.

Ciò potrebbe accadere qualora le autorità investigative sospettino che un individuo sia coinvolto in un attentato terroristico e durante le intercettazioni delle sue comunicazioni, emergano prove concrete che suggeriscano che l'individuo stia pianificando un attacco imminente contro un luogo pubblico affollato. In questa circostanza, potrebbe essere necessario sospendere temporaneamente il diritto alla *privacy* del “terzo non indagato”, al fine di prevenire una minaccia grave e immediata per la sicurezza pubblica/nazionale. Le autorità potrebbero essere autorizzate a monitorare le comunicazioni del sospettato, comprese quelle con terzi non indagati, al fine di identificare e prevenire l'attacco imminente. In situazioni di emergenza e di grave pericolo pubblico, il principio del diritto alla vita e alla sicurezza potrebbe (e dovrebbe) prevalere temporaneamente sul diritto alla *privacy* dei terzi non indagati.

Un'altra problematica diramazione della questione è inoltre legata al contesto in cui avviene tale incidenza sulla sfera del “terzo”. La giurisprudenza costituzionale già da tempo si basa su un modello qualitativo. Ad esempio, quando si tratta di raccogliere dati esterni dalle comunicazioni, nel processo penale, la Corte costituzionale ha giustificato trattamenti diversi rispetto alle intercettazioni, statuendo che la limitazione alla libertà possa essere diversa³⁰.

Riguardo alla *privacy* dei soggetti intercettati, la dottrina, specie quella americana, ha evidenziato come il diritto alla libertà ed alla segretezza di un cittadino sia tutelabile a seconda del contesto in cui avviene la comunicazione (si parla di *privacy context-dependent*): quella che potrebbe sembrare un'invasione della *privacy* in un caso, potrebbe essere accettabile in un altro³¹.

Questi concetti teorici sono importanti per dare una risposta al quesito iniziale cui si cercava risposta, in vista di un equilibrio tra l'esigenza delle autorità inquirenti di far venire alla luce importanti risultanze probatorie nel corso delle indagini, da una parte, e il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini diversi dalle parti, dall'altra.

Quanto ai diritti di questi ultimi è ragionevole ritenere che esista una dimensione in più da dover tenere in considerazione: è quella delle “finalità” del mezzo di ricerca della prova. Analizzando il bene tutelato dalla norma, l'art. 15 Cost., la Corte costituzionale insegna come tale diritto sia inviolabile e possa essere limitato solo per proteggere un interesse pubblico primario, con restrizioni strettamente necessarie e motivate dall'autorità giudiziaria³².

Attraverso una chiave di lettura che tenga conto della dottrina³³ e della giurisprudenza costituzionale formatasi in relazione ai diritti dei soggetti indagati³⁴, non appare irragionevole, per analogia, applicare tali principi anche ai “terzi non indagati”. Si potrebbe quindi renderli pubblicamente identificabili, introducendo un ulteriore elemento da affiancare alla

salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica) e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica”.

³⁰ In merito alla pronuncia menzionata, cfr., tra gli altri, A. LONGO, «*Est modus in rebus*». Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2017, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

³¹ A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*. II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 5, nella quale si cita la sentenza *Cady vs. Bombowski*, 413 US 433, 1975.

³² Sent. Corte cost. 23/07/1991, n. 366/1991 (Presidente Gallo).

³³ L. PARLATO, *Problemi insoliti: le perquisizioni on-line*, in G. GIOSTRA, R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018, p. 289 e ss.

³⁴ Sent. Corte cost. 10/10/2008, n. 336 (Presidente Flick; Relatore Silvestri).

“modalità” ed al “contesto” della limitazione che è quello della “finalità” del mezzo di ricerca della prova utilizzato³⁵. Una simile ingerenza potrebbe, quindi, essere giustificata dalla necessità (finalità) di proteggere la vita e la sicurezza delle persone. In situazioni di emergenza e di grave pericolo pubblico, il principio del diritto alla vita e alla sicurezza dovrebbe prevalere temporaneamente sul diritto alla *privacy* anche dei terzi non indagati, in analogia a quanto la migliore dottrina argomenta in relazione ai soggetti indagati.

L'unica soluzione al momento rinvenibile, per bilanciare tale necessaria restrizione al diritto alla riservatezza dei “terzi non indagati”, è sicuramente rappresentata da una corretta individuazione da parte dell'autorità procedente delle ragioni per cui tale diritto a non essere identificato debba temporaneamente soccombere³⁶. Queste ultime dovranno conformarsi ai fondamenti normativi nazionali (art. 2 Cost.) e internazionali (art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e artt. 7-8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), seguendo i dettami di cui al principio di proporzionalità³⁷. Tale principio, lungamente analizzato dalla dottrina, considerato generale parametro interpretativo delle disposizioni in funzione di salvaguardia dei diritti fondamentali, si configura come un valido strumento per bilanciare le esigenze interne del sistema giuridico e quanto stabilito dai principi sovranazionali cui l'Italia aderisce. Ci si riferisce in particolare alla Convenzione di Budapest, fonte internazionale di riferimento in materia di criminalità informatica, ma anche gli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della CDFUE ed all'art. 8 CEDU.

I suoi dettami applicati all'ambito dell'uso della tecnologia ed ai moderni strumenti di *surveillance*, sembrano suggerire contemporaneamente un approccio metodologico per garantire adeguatamente i diritti individuali, ma anche un obiettivo finale da perseguire.

E ciò dovrebbe essere richiesto in maniera più esplicita dal legislatore.

Ulteriori interventi del legislatore – parimenti indispensabili e bisognosi di estremo rigore – andrebbero volti a limitare la portata dell'intercettazione: in particolare, secondo un'auspicabile disciplina, l'autorità giudiziaria dovrebbe autorizzare intercettazioni tramite captatore informatico solo quando strettamente necessario, limitando la portata dell'intercettazione alle comunicazioni che riguardano l'oggetto dell'indagine.

7. Conclusioni

³⁵ CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (Corte EDU), *Zakharov c. Russia*, ricorso n. 47143/06, sentenza del 4 dicembre 2015. La CEDU ha stabilito che la sorveglianza di massa, senza adeguate salvaguardie per prevenire abusi, viola il diritto alla *privacy* sancito dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (CGUE), *Digital Rights Ireland (C-293/12)*, sentenza dell'8 aprile 2014. La CGUE ha dichiarato che la conservazione indiscriminata dei dati personali rappresenta una grave violazione del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati (artt. 7 e 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea).

³⁶ R. CLARKE, *Privacy Impact Assessment: Its Origins and Development*, *Computer Law & Security Review*, vol. 25, n. 2, 2009, pp. 123-135. Questo articolo esplora l'impatto della *privacy* nell'ambito delle tecnologie di sorveglianza, suggerendo strumenti giuridici per bilanciare sicurezza e protezione dei diritti individuali. ZARSKY, TAL Z., *Governmental Data Mining and Its Alternatives*, *Pennsylvania Law Review*, vol. 116, n. 3, 2014, pp. 285-320. Questo lavoro offre una panoramica sugli strumenti alternativi alle tecniche invasive di sorveglianza, fornendo spunti utili per soluzioni normative bilanciate.

³⁷ CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 3-4/2014, p. 148 ss. Cfr. anche NEGRI, *Fumus commissi delicti, La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 12.

Valutare se sia corretto limitare un diritto dei "terzi non indagati", rilevante come la libertà e la riservatezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost., richiede di considerare diverse prospettive. Non solo bisogna soppesare l'importanza intrinseca del bene tutelato dalla norma, ma anche il tipo e l'impatto della restrizione: sotto quest'ultimo profilo, in particolare, bisogna domandarsi quanto detta restrizione influisca direttamente sul nucleo essenziale o su aspetti più periferici del diritto in gioco. La problematica potrebbe interessare profili inerenti alla protezione dei dati personali non strettamente sensibili, ma comunque rilevanti per la *privacy*, come, ad esempio, le informazioni di contatto o le abitudini di consumo. Sarebbero coinvolte, inoltre, situazioni in cui la violazione della *privacy* non ha conseguenze gravi o immediate sulla libertà individuale, ma comunque genera un senso di disagio o di intromissione nella vita privata.

La regolamentazione di uno strumento così invasivo richiede un approccio ampio, anche di natura tecnologica, che tenga conto non solo dei risultati di *intelligence* e giudiziari, ma anche della sua giustizia e validità.

Concludendo, a parere di chi scrive, una possibile soluzione alle delicate problematiche sopra illustrate potrebbe essere rappresentata dall'introduzione dell'obbligo di informazione dei terzi non indagati quando le loro comunicazioni vengono intercettate. Tale misura consentirebbe loro di contestare l'utilizzo dei loro dati in sede giudiziaria, fornendo così al cittadino coinvolto suo malgrado in un'indagine che non lo riguarda, un ulteriore livello di tutela della *privacy*.

Inoltre, l'introduzione di tecniche di crittografia obbligatoria e di procedure per la conservazione limitata dei dati intercettati garantirebbe che queste informazioni siano trattate in modo conforme ai principi di proporzionalità e necessità, sanciti dalla nostra Costituzione e dal GDPR.

Infine, tra le misure auspicabili, andrebbe considerata anche l'istituzione di una commissione indipendente incaricata di esercitare un controllo effettivo sull'impiego dei captatori informatici, garantendo che i dati raccolti siano utilizzati esclusivamente nei limiti strettamente necessari alle indagini e che le comunicazioni private dei soggetti estranei all'inchiesta siano adeguatamente tutelate.

Sarà, pertanto, fonte di grande responsabilità per il legislatore del futuro delineare un quadro normativo sempre più attento e completo, in conformità ai principi stabiliti dagli artt. 2 e 15 Cost., nonché dall'art. 8 CEDU e dagli artt. 7 e 52 CDFUE.

Sarà compito della dottrina e della giurisprudenza, tuttavia, supportare il legislatore in questa delicata fase di adattamento normativo rispetto ai nuovi strumenti investigativi, enucleando quanto prima i principi fondamentali e le modalità tecniche alle quali le autorità investigative dovranno conformarsi, in modo da restringere il più possibile il raggio interpretativo rispetto alle garanzie tutelate a livello costituzionale.

ABSTRACT: Digital Surveillance, "Unsuspected Third Parties" and Sacrificable Rights: Striving for a Balance between Investigative Efficiency and Respect for Fundamental Rights

This paper analyses the critical issues surrounding the use of electronic surveillance in criminal investigations, with particular reference to the protection of the fundamental rights of "third parties not under investigation", namely those who, whilst playing no formal role

in the proceedings, find themselves involved in environmental surveillance as interlocutors of persons under investigation.

Starting from the relevant legal framework – comprising Articles 2 and 15 of the Constitution, Article 8 of the ECHR and Articles 7, 8 and 52 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – and the case law of the Court of Cassation, the Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union, the study proposes a legally grounded definition of ‘uninvestigated third party’ and identifies the limits within which their inviolable rights may be restricted in the name of investigative requirements, in accordance with the principle of proportionality. The analysis highlights a significant lack of scientific studies and statistical research on the subject, and draws on the resolution of the Seventh Commission of the High Council of the Judiciary (CSM) of 29 July 2016 to draw up a set of best practices already adopted by some Italian public prosecutors’ offices, proposing that these be elevated to statutory safeguards. Law No. 114/2024 (the so-called Nordio Law) is also examined; whilst acknowledging its commendable aim of safeguarding rights, the analysis highlights the pitfalls of its application and potential operational challenges. *De iure condendo*, the paper advocates the introduction of an obligation to inform third parties whose communications have been intercepted, the mandatory adoption of encryption techniques, the limited retention of intercepted data, and the establishment of an independent body to oversee the use of electronic surveillance devices, in order to ensure an effective balance between investigative efficiency and respect for constitutionally guaranteed rights.

DIEGO FOTI*

RISERVATEZZA INFORMATICA E INDAGINI DIGITALI

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive. – 2. La riservatezza informatica nel procedimento penale. – 3. Le indagini digitali. – 3.1. La nozione di intercettazione nell'era digitale. – 3.2. Cenni sull'esperienza tedesca. – 3.3. Note sull'ordinamento italiano – 4. *EncroChat* e la circolazione transnazionale dei mezzi di prova nell'era digitale. – 5. Conclusioni.

1. Premesse introduttive

Storicamente, i sistemi di giustizia penale sono stati costantemente attraversati da esigenze di riforma. In tale prospettiva, numerosi Stati – anche per effetto di spinte provenienti da istanze sovranazionali – hanno introdotto nuovi interventi normativi volti a perseguire un equilibrio tra obiettivi solo apparentemente antitetici: da un lato, la tutela delle libertà individuali; dall'altro, la salvaguardia di interessi pubblici primari, tra i quali spicca la prevenzione e repressione dei reati.

È il mutamento della sensibilità contemporanea e la progressiva emersione di diritti un tempo inediti a guidare il costante mutamento dell'ordinamento giuridico per adeguarsi alla realtà sociale. Se tale fenomeno può considerarsi del tutto fisiologico in quanto implicito nell'essenza del diritto quale fatto umano, oggi, la velocità con cui il progresso tecnologico sta determinando la ridefinizione dei confini tradizionali del diritto penale e processuale appare senza precedenti. Proprio in tale contesto, le significative sfide che si pongono dinanzi al legislatore nazionale – al pari di quello europeo – nel tentativo di riforma del sistema della giustizia penale assumono i tratti di una vera e propria rivoluzione¹. Tale espressione appare giustificata alla luce dell'impressionante innovazione tecnologica che ha investito l'attività investigativa² – tanto nella dimensione dell'indagine quanto in quella della raccolta e gestione dei dati probatori – in virtù della spiccata *capacità mimetica* dei nuovi strumenti digitali impiegati³.

La fisionomia del procedimento penale, pertanto, deve tener conto delle conseguenze del progresso digitale, anche in considerazione della parallela evoluzione del crimine nei termini del *cyber-crime*. Al fine di adattarsi a questa complessa realtà, dove la dematerializzazione delle condotte illecite rende particolarmente sfuggente la ricostruzione del compendio probatorio, il paradigma della giustizia penale si fonda sempre più sul ricorso a sofisticati strumenti informatici, principalmente riconducibili a dinamiche di *hacking*. Come di frequente accade, tuttavia, i tentativi di regolamentazione diretti a disciplinare gli

* Avvocato presso il Foro di Messina.

¹ L. FLORIDI, *The fourth revolution*, Oxford, 2017.

² Cfr. J. CZERNIAWSKI, C. BOYACK, *Reviewing the Privacy Implications of Law Enforcement Access to and Use of Digital Data*, in *Utah Journal of Criminal Law*, 2021, p. 73 s.

³ C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Diritto penale e procedura*, 2018, p. 1210 s.

effetti della rivoluzione tecnologica in atto si dimostrano inevitabilmente intempestivi, intervenendo solo *a posteriori* rispetto al consolidamento della prassi operativa e del sentire collettivo⁴.

Tali considerazioni generali si dimostrano valide altresì con riferimento alla specifica questione dell'analisi della metodologia investigativa relativa all'impiego di captatori informatici⁵. Si tratta di strumenti di indagine in grado di svolgere attività di controllo altamente pervasive che incidono in via diretta in quello spazio virtuale all'interno del quale si sviluppa una parte sempre maggiore della personalità dell'individuo. Le specifiche caratteristiche tecniche di tali *malware*, invero, esaltano il potenziale investigativo dell'informatica forense, permettendo alle autorità inquirenti di acquisire una gamma astrattamente illimitata di informazioni personali, interazioni *on-line*, flussi di comunicazioni – offrendo accesso completo ad un ambiente digitale nel quale si svolgono tratti fondamentali della vita privata della persona – attraverso un metodo che si estrinseca nel semplice collegamento di un sistema informatico a una qualunque rete wi-fi⁶.

Le investigazioni digitali presentano caratteristiche radicalmente nuove rispetto alle categorie investigative tradizionalmente note e il loro utilizzo, traducendosi in modalità operative sempre diverse e mutevoli, costituisce per il giurista la diretta espressione del difficile confronto con realtà ancora in larga parte ignote e dalla natura intrinsecamente elusiva⁷. A ciò si somma l'ulteriore segno distintivo della fisionomia di tali attività, ossia la loro estrema invasività sulla c.d. sfera privata, la quale è amplificata dalla diffusione dell'utilizzo quotidiano di avanzati sistemi tecnologici, come gli *smartphone*, che determina una vera e propria “sovraesposizione” – spesso inconsapevole – dei propri dati personali e financo sensibili. Tale grado di invasività, allora, non può che essere controbilanciato da un'adeguata regolamentazione che tenga conto di una rafforzata esigenza di tutela⁸. Alla luce

⁴ S. QUATTROCOLO, *Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?*, in www.medialaws.eu, 2020, p. 121 s.

⁵ V. A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano*, in *Cassazione Penale*, 2016, p. 2275; G. BARROCCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Diritto Penale e Processo*, 2017, p. 379 s.; T. BENE, *La riforma parziale e il gorilla invisibile*, in T. BENE (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, 2018, p. 15 s.; R. BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in G. GIOSTRA, R. ORLANDI (a cura di) *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Torino, 2018, p. 212 s.; P. BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: Limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in G. GIOSTRA, R. ORLANDI (a cura di) *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 235 s.; A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, p. 91 s.; E. LORENZETTO, *Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante “captatore informatico”*, in *Diritto penale contemporaneo (web)*, 24 marzo 2016, p. 359 s.; S. SIGNORATO, *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in G. GIOSTRA, R. ORLANDI (a cura di) *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 263 s.; P. TONINI, *I captatori informatici*, in *JusOnline*, 2017, p. 373 s.; M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017.

⁶ Il computer receiver è un *software* costituito da due moduli principali: il primo è un programma in grado di infettare il dispositivo bersaglio; il secondo è un sistema finalizzato al controllo remoto del medesimo. Un malware di tale natura può essere impiegato per compiere qualsiasi operazione: registrare le battute di tastiera (*keylogging*), acquisire file memorizzati sul dispositivo (fotografie, video, database, ecc.), attivare microfono e videocamera per effettuare captazioni ambientali e, infine, trasmettere dati di localizzazione GPS. Sul punto, v. D. CZERNIAK, *Collection of location data in criminal proceedings – European (the EU and Strasbourg) standards*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2021, p. 123 s.

⁷ F. CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2017, p. 483 s.; L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela nell'accertamento penale*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, p. 291 s.; A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, cit. p. 91; L. GIORDANO, *Dopo le Sezioni unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 176 s.

⁸ L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali*, cit., p. 292.

di questa consapevolezza, la riflessione che qui si intende condurre passerà dall'analisi dei più recenti fenomeni sottoposti all'attenzione del legislatore e della prassi giudiziaria al fine di vagliare il rispetto delle garanzie individuali fondamentali rispetto all'implementazione delle dinamiche investigative digitali. Infatti, l'accesso alla rete non dovrebbe poter implicare *ex se* l'automatico abbassamento della tutela giuridica assicurata al cittadino, né l'utente del web dovrebbe arrendersi a diventare una «vittima consapevole» di operare in un ambiente strutturalmente meno sicuro; ciò non solo rispetto alle minacce provenienti dal crimine informatico, ma – soprattutto – in relazione alla salvaguardia dei suoi diritti da parte degli agenti istituzionali nel contesto del procedimento penale⁹.

In virtù della basilare notazione che non esistono «diritti tiranni» tali da giustificare il sacrificio assoluto degli interessi confliggenti¹⁰, il legislatore è chiamato ad operare un delicato bilanciamento fra l'interesse all'effettività delle indagini penali e quello al pieno rispetto dei diritti fondamentali, alla luce dei principi-guida della ragionevolezza e proporzionalità, per assicurare un punto di equilibrio equo e costituzionalmente orientato¹¹. Questa operazione appare di straordinaria complessità nel mondo contemporaneo, in cui la conflittualità tra i richiamati interessi si manifesta come fattore latente e insidioso, rispetto ai tradizionali mezzi di ricerca della prova disciplinati dal codice di rito¹². La diffusione dei nuovi canali di comunicazione ha trasformato abitudini e comportamenti, dando origine a “nuovi scenari” nei quali si sviluppano le dinamiche delle relazioni umane: in tali spazi, le “persone virtuali” non si differenziano dagli individui reali, cambiando unicamente – secondo vie inedite – le modalità con cui le stesse manifestano il proprio essere.

In un simile contesto, occorre interrogarsi se gli interessi coinvolti coincidano ancora con quelli tradizionalmente tutelati dal diritto processuale penale, o se, al contrario, le garanzie debbano oggi essere calibrate non soltanto sui diritti classici, come la libertà di comunicazione o l'inviolabilità del domicilio, ma – in considerazione del loro impatto diretto sulla dimensione psicologica della persona sottoposta a indagine – sulla libertà individuale nella sua interezza e nella sua proiezione esistenziale.

Alla luce delle superiori considerazioni, si rende necessario analizzare brevemente il catalogo delle nuove attività realizzabili per mezzo dell'informatica forense e valutare la loro riconducibilità agli schemi della prova tradizionale, applicando una sorta di “stress test” relativo allo standard della tutela garantito ai diritti fondamentali della persona.

2. La riservatezza informatica nel procedimento penale

Il diritto processuale penale ha da sempre rappresentato un banco di prova decisivo per valutare il grado di effettività della tutela del diritto alla riservatezza all'interno di ciascun ordinamento giuridico. Infatti, il procedimento penale, in specie nella fase delle indagini preliminari, si connota per la raccolta di informazioni altamente sensibili, nell'obiettivo di fornire risposta al quesito fondamentale sull'accertamento della responsabilità penale dell'accusato. La ricerca della verità – per lo meno quella processuale – giustifica e legittima,

⁹ S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali vincoli, quali diritti*, Roma, 2014, p. 102.

¹⁰ Cfr. Corte Cost., 9 aprile 2013, n. 85.

¹¹ V. G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sistema Penale (web)*, 31 maggio 2021.

¹² L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali*, cit., p. 292.

fermo il rispetto dei limiti e delle condizioni imposte dalla legge, il ricorso da parte delle autorità inquirenti ad un ampio strumentario investigativo dal formidabile impatto sulla riservatezza individuale¹³.

La riflessione, dunque, non può che muovere da alcune fondamentali premesse in ordine ai principali diritti su cui incidono gli atti di indagine, secondo la logica di ricerca di un equilibrio nella tutela di interessi pubblici concorrenti¹⁴.

Si tratta, tuttavia, di un'analisi estremamente complessa sotto un duplice profilo: in primo luogo, sul piano normativo, in ragione dell'eterogeneità delle fonti che regolano la materia; in secondo luogo, sul piano empirico, alla luce della mutevolezza del contesto sociale, della rapida evoluzione tecnologica e del crescente grado di invasività degli strumenti utilizzati¹⁵. L'era delle indagini digitali ha, infatti, determinato l'abbandono della concezione "minimalista" della riservatezza nella sua accezione negativa – intesa come diritto «ad essere lasciati soli»¹⁶ – che perde rilevanza con l'assenza di uno spazio fisico di riferimento, e il ripensamento di quella positiva, che va ora riferita all'autodeterminazione informativa, ossia al diritto di controllare le informazioni che riguardano la propria persona, comprese quelle veicolate attraverso i flussi di dati in rete. Nonostante questi concetti continuino a richiamare gli aspetti fondamentali della questione, la necessità di rimodulare l'esigenza di riservatezza emerge con chiarezza in un contesto in cui i confini tradizionali, legati allo spazio fisico e, quindi, alla tipologia di informazioni che ciascuno intende materialmente sottrarre alla conoscenza altrui, si affievoliscono e dissolvono. Ne deriva l'urgente necessità di predisporre adeguati meccanismi di tutela, rispetto ad una identità "esternalizzata" in cui soggetti terzi giocano un ruolo chiave nel processare e detenere le informazioni contenute in diversi *database*¹⁷. Parlare di dati informatici significa riferirsi a una quantità straordinariamente elevata di informazioni aventi natura eterogenea e che possono circolare con rapidità in virtù delle caratteristiche della immaterialità e replicabilità¹⁸. D'altro canto, la distinzione tradizionale tra informazioni private e dati socialmente diffusi, o fra informazioni segrete e confidenziali, non può più considerarsi dirimente in quanto ormai segnata da commistioni e interferenze, concretizzandosi un rischio di violazione della sfera personale ben più profondo rispetto a quello connesso alla mera raccolta di dati, per il quale la sola autodeterminazione informativa non basta.

Appare, pertanto, necessario identificare delle regole precise che disciplinino le varie forme di interferenza nella sfera privata nel contesto delle indagini, alla luce dell'esigenza di proteggere la "vita digitale" dell'individuo al pari di quella fisica, tenuto conto della capacità dell'informatica forense di incidere – in quanto attività – sul nucleo essenziale della persona.

A tale obiettivo si è mostrata sensibile la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) nell'elaborazione di importanti principi in materia di

¹³ S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali* in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007. Sul rapporto tra *privacy* e *data protection*, v. W. BARFIELD, U. PAGALLO, *Advanced introduction to Law and Artificial Intelligence, Chapter V, Issues of Data Protection*, Cheltenham, 2020; A.C. RAUL, *The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review*, in *Law Business Research*, London, 2019; WJ SCHÜNEMANN, M. BAUMANN, *Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe*, Cham, 2017.

¹⁴ S. QUATTROCOLO, *Processo penale e rivoluzione digitale*, cit., *passim*.

¹⁵ M. TORRE, *Privacy e indagini penali*, Milano, 2020.

¹⁶ S.D. WARREN, L. D. BRANEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1980.

¹⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, p. 319.

¹⁸ F. IOVENE, *Le C.D. perquisizioni on line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2011, p. 330; S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, cit., p. 193 s.

Online-Durchsuchung (perquisizione online), offrendo una lettura dei diritti fondamentali coinvolti conforme alla rivoluzione dell'era digitale¹⁹. Per la prima volta nel panorama europeo, è stata riconosciuta la rilevanza costituzionale del nuovo interesse alla «garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici», inteso quale corollario del più generale diritto alla dignità della persona-utente. Secondo i giudici tedeschi, si tratta di una tutela della vita privata del soggetto alla luce degli accessi statali ai dispositivi informatici e, in particolare, dell'ingerenza dello Stato nei sistemi informatici nella loro globalità, ossia non soltanto in relazione a singoli eventi comunicativi o a specifiche operazioni di memorizzazione dei dati²⁰. In breve, l'utilizzo dei nuovi canali investigativi resi disponibili dal progresso tecnologico implica un necessario bilanciamento fra il legittimo affidamento sulla tutela della propria riservatezza e le contrapposte istanze investigative, il quale può realizzarsi soltanto a livello legislativo²¹.

Sulla base di tale ragionamento, la Corte costituzionale tedesca ha individuato una serie di garanzie che possono essere figurativamente rappresentate attraverso la logica dei «cerchi concentrici»: un primo cerchio, più ampio, corrisponde al diritto all'autodeterminazione informatica, secondo i termini sopra richiamati; in posizione intermedia si colloca il diritto fondamentale all'integrità e alla riservatezza dei sistemi informatici, operante con riferimento alle attività invasive dirette all'acquisizione di dati personali contenuti nei sistemi violati; infine, al livello più interno, si rinviene il cosiddetto «nucleo essenziale della vita privata», per il quale la Corte costituzionale tedesca reputa ammissibile l'ingerenza investigativa soltanto in presenza della necessità di tutelare beni giuridici di particolare rilevanza come la vita, l'integrità fisica e la libertà individuale. Le diverse sfere di protezione concorrono nel delineare una sorta di «prosecuzione virtuale» delle garanzie individuali, posta la diffusione nella contemporaneità del mezzo informatico come spazio di vita²².

Sebbene tale impostazione possa sembrare avanguardistica – in specie se posta in comparazione con la prassi italiana – l'idea che la tutela della sfera digitale sia una mera «componente» di altri diritti risulta oggi riduttiva. Può certamente ritenersi che un'ingerenza nella sfera privata comporti frequentemente la violazione di interessi di diversa natura, come il diritto alla protezione dei dati personali e – secondo la classificazione accolta in alcuni ordinamenti, tra cui quello italiano – il c.d. *domicilio digitale*²³. Tuttavia, ciò non elide la questione relativa all'emersione del diritto alla «riservatezza informatica» come autonomo bene giuridico meritevole di tutela ed avente la consistenza di un diritto fondamentale²⁴. Segnatamente, si tratta del «diritto ad uno spazio informatico esclusivo, che a prescindere dai contenuti che vi siano presenti, trattati o comunicati, deve essere lasciato libero da intrusioni e manomissioni di terzi, in quanto strumento essenziale per la piena realizzazione della persona nell'odierna vita individuale e sociale, che neppure l'Autorità pubblica può violare o comprimere, se non nei casi e modi previsti tassativamente dalla legge e con le garanzie del

¹⁹ *Bunderverfassungsgericht*, (BVerfG), 27 febbraio 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, in *Official Case Reports BVerfGE* 120, 274, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2008, *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, 20 aprile 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, in www.bundesverfassungsgericht.de.

²⁰ R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla cd. Online Durchsuchung. Aspetti di diritto penale sostanziale*, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, p. 695.

²¹ M. TORRE, *Il virus di stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1163.

²² Cfr. L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali*, cit., p. 303.

²³ G. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, p. 62.

²⁴ L. PICOTTI, *Reati informatici (voce)*, in *Enc. Giur., Agg. VIII*, Roma, 2000.

controllo giudiziario»²⁵. Ne deriva una spinta verso il superamento della dottrina dei cerchi concentrici in favore di quella che è stata definita una «teoria assiomatica» delle garanzie della riservatezza²⁶, anche alla luce dell'evidente impossibilità di distinguere nell'era del *cyberspazio* la sfera individuale da quella privata²⁷. Occorre, dunque, confrontarsi con una realtà segnata dall'esistenza di nuovi spazi virtuali di manifestazione della personalità che coincidono con l'interesse sostanziale alla protezione delle informazioni riservate e al controllo sul loro utilizzo in rete o in altri ambienti informatici, non solo in ordine ai rapporti tra privati, ma anche in relazione allo svolgimento delle funzioni dell'Autorità pubblica²⁸.

La riflessione sin qui condotta consente di evidenziare la facile riconducibilità della riservatezza informatica all'alveo applicativo dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dedicato alla vita privata e familiare, al domicilio e alle comunicazioni, e all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a cui lo stesso art. 7 si ispira²⁹.

3. *Le indagini digitali*

Le serie questioni sollevate dalla riservatezza informatica in ordine al bilanciamento con l'interesse alla sicurezza pubblica che si esplica mediante l'esecuzione di un'effettiva attività di repressione dei reati deve essere valutata, oggi, alla luce dell'imponente uso dei nuovi strumenti informatici e della loro incessante evoluzione tecnologica nell'ambito delle c.d. indagini digitali. La capacità pervasiva connessa all'impiego dei captatori e, più in generale, delle tecnologie *online surveillance*, genera problematiche che fino a pochi decenni fa erano inimmaginabili, mettendo quotidianamente in discussione la soglia di tolleranza dei margini di invasività sui diritti fondamentali correlati al loro utilizzo.

È stato osservato come l'innovazione tecnologica ha reso ormai possibile la raccolta in rete di ogni tipo di conversazione, comunicazione e flusso informativo. Tutto ciò determina la crisi delle categorie tradizionali del diritto processuale penale, ormai inadeguate a rispondere alle esigenze conoscitive dell'indagine nell'era digitale. Ne consegue la necessità di abbandono definitivo di rigide classificazioni formalistiche in quanto l'applicazione acritica di queste ultime, slegata dalla concreta realtà empirica, conduce inevitabilmente a deficit di tutela, a fronte di moderne tecniche di investigazione informatica segnate da una capacità pervasiva della sfera privata dell'individuo sinora sconosciuta nella storia umana.

3.1. *La nozione di intercettazione nell'era digitale*

²⁵ *Ivi*, p. 20.

²⁶ G. VACIAGO, *Il diritto alla riservatezza informatica e la protezione dei dati personali nell'era digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 457 s.; M. GAMBARDILLA, *Riservatezza e sicurezza nel diritto penale europeo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, p. 1095 s.

²⁷ R. FLOR, *Phishing, identity, theft, and identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2007, p. 889 s.; H. HENKEL, *Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, Düsseldorf, 1957; ID., *Recht und Individualität*, Berlin, 1958.

²⁸ R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla cd. Online Durchsuchung*, cit., p. 705.

²⁹ G. MARTINICO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 116.

Negli ultimi anni si è assistito alla proliferazione dell'utilizzo dei captatori informatici (c.d. *trojan horses*) nel procedimento penale, grazie alla capacità di questo strumento di intercettare comunicazioni effettuate mediante tecnologie informatiche o telematiche, come le connessioni chat o VoIP (*Voice over Internet Protocol*), generate attraverso applicazioni di uso comune che non possono essere sottoposte a captazione con i mezzi tradizionali a disposizione dell'autorità giudiziaria³⁰. Infatti, a differenza delle conversazioni telefoniche tradizionali, le quali possono essere intercettate con l'ausilio dell'operatore cui appartiene l'utenza dell'interessato, tali nuovi canali comunicativi non necessitano di infrastrutture dedicate in quanto si avvalgono della rete Internet, senza alcuna possibilità di controllo da parte del *service provider*³¹.

Prima dello sviluppo del captatore, le autorità inquirenti potevano unicamente verificare se i dispositivi elettronici dell'indagato fossero effettivamente utilizzati, senza poter accedere ai dati *ivi* scambiati. Le nuove tecnologie, invece, consentono di captare i contenuti prima della loro cifratura o immediatamente dopo la decifratura, direttamente all'interno del dispositivo. In questo modo, l'attività definita come "intercettazione attiva" consiste nella cattura dei dati all'interno del dispositivo stesso, piuttosto che nell'intercettazione di una linea telefonica.

Sotto il profilo giuridico, le acquisizioni effettuate mediante *trojan* possono essere ricondotte alla categoria delle intercettazioni purché abbiano ad oggetto comunicazioni in corso e non dati o informazioni già presenti e memorizzati nei dispositivi bersaglio. L'indagine deve dunque intendersi come attinente alla comunicazione, distinguendola – in chiave speculare – dalle acquisizioni di dati non comunicativi, inquadrabili ai sensi di diversi mezzi di ricerca della prova, quali il sequestro.

Si tratta, tuttavia, di un problema estremamente complesso in ragione delle straordinarie innovazioni che il mercato telematico offre di giorno in giorno. Basti pensare alla possibilità di dialogare – anche a distanza tramite il proprio *smartphone* – con i sistemi di domotica impiegati quotidianamente per la gestione delle attività e delle abitudini domestiche.

Un primo nodo interpretativo riguarda la possibilità di qualificare il dialogo che si instaura con il proprio sistema informatico come "comunicazione". Esemplificativi, a tal riguardo, sono i rapporti instaurati con i motori di ricerca, nei quali si realizza un flusso di informazioni tra periferiche di un sistema, avente ad oggetto specifiche richieste a cui fanno seguito risposte contenenti ulteriori dati informativi³².

Un secondo problema attiene alla distinzione tra intercettazione e sequestro nel caso di inoltro di *e-mail*, per la cui soluzione sono stati proposti diversi criteri. Talvolta si è attribuito rilievo decisivo al profilo temporale, ritenendo che, qualora la captazione del messaggio avvenga in tempo reale, essa integri un'intercettazione, mentre, in mancanza di contestualità – come nel caso di messaggi già pervenuti nella casella del destinatario, letti e archiviati – l'acquisizione possa avvenire soltanto tramite sequestro³³. Tale soluzione, tuttavia, non consente di risolvere ipotesi problematiche, come quella – ricorrente nella prassi – in cui il messaggio di posta elettronica sia temporaneamente memorizzato presso il *provider* del

³⁰ Sul tema, tra gli altri, O'FLOINN, ORMEROD, *Social Networking Sites, Ripa and Criminal Investigations*, in *Criminal Law Review*, 2011, p. 766 s.; F. ROGGAN, *Die strafprozessuale Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung: Elektronische Überwachungsmaßnahmen mit Risiken für Beschuldigte und die Allgemeinheit*, in StV, 2017.

³¹ M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., p. 22-23.

³² A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, cit., p. 2275.

³³ L. LUPARIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in G. GARUTI (a cura di) *Trattato di procedura penale*, VII, *Modelli differenziati di accertamento*, Torino, 2011, p. 309 s.

servizio, trovandosi in una condizione di “*stand-by*” perché non ancora recapitato nella casella di destinazione. In simili casi, è proprio la natura “asincrona” della comunicazione a rendere difficile una qualificazione univoca dell’attività di captazione, così come in altre ipotesi in cui resta dubbio se la dinamica comunicativa possa dirsi effettivamente conclusa. In tal caso, l’impossibilità di applicare le disposizioni in materia di intercettazioni determina la necessità di acquisire il messaggio mediante sequestro³⁴. A tal proposito, merita di essere richiamata la pronuncia della Corte di cassazione italiana che già da tempo – superando la concezione secondo cui l’attività di raccolta deve avere ad oggetto la comunicazione *in itinere* – ha affermato che le *e-mail* inviate o ricevute costituiscono un “flusso informatico” e, in quanto tale, sia suscettibile di intercettazione ai sensi dell’art. 266-*bis* c.p.p. (Intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche)³⁵. In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato come il carattere distintivo del flusso informatico risieda proprio nella fase di inoltro da parte del mittente. Tale orientamento giurisprudenziale ha il merito di cogliere l’esigenza di rimodellare le categorie tradizionali alla luce della novità degli strumenti impiegati, superando classificazioni ormai prive di effettiva ragion d’essere, come quella fondata sulla contestualità o sulla durata della comunicazione nel tempo.

Ciò potrebbe – o meglio, dovrebbe – condurre all’elisione dell’idea secondo cui l’intercettazione di comunicazioni possa avvenire solo in presenza del requisito della intersoggettività³⁶, estendendo la nozione alla corrispondenza proveniente da differenti spazi virtuali, tutti caratterizzati da marcate esigenze di segretezza in quanto veri e propri domicili digitali, anche se riferibili al medesimo soggetto³⁷. Una simile conclusione si impone non solo in ragione dall’esigenza di tutelare i rilevanti interessi in gioco, ma anche dalla necessità di risolvere questioni pratiche, come quella affrontata dalla richiamata giurisprudenza italiana, che si presentano in modo poliforme grazie al continuo progresso tecnologico. Nel caso affrontato dalla Cassazione, ad esempio, gli imputati in un processo per traffico di sostanze stupefacenti si erano serviti dell’ingegnoso *escamotage* di condividere le credenziali di accesso a un medesimo account di posta elettronica, dove redigevano dei messaggi che non venivano inviati, ma rimanevano salvati come bozze: in tal modo, i contenuti potevano essere letti effettuando l’accesso da altri dispositivi in uso ad altri soggetti che, a loro volta, rispondevano generando nuovi messaggi in bozza. L’esempio pratico riportato dimostra come il tema richieda un’analisi preliminare sulle svariate modalità di comunicazione emergenti dai nuovi profili legati all’uso della tecnologia. In particolare, le comunicazioni realizzate attraverso applicazioni di *instant messaging*, meritano un approfondimento specifico.

Come già evidenziato, non è possibile intercettare questi flussi informativi con gli strumenti tradizionali, anche in ragione dei sistemi di cifratura incorporati nelle applicazioni più diffuse al fine di proteggere il sistema informatico dalla sottrazione illecita di dati³⁸. Si

³⁴ R. ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo ed informatica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 129 s.

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, commentata da L. GIORDANO, *Dopo le Sezioni unite sul “cattolatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 176 s.

³⁶ La parola “comunicazione” – derivante dal latino *cum* (con) e *munire* (legare) – è riferita al processo e ai metodi di trasmissione di informazioni da una persona a un’altra o da un posto a un altro, attraverso lo scambio di un messaggio processato secondo le regole di un codice dato.

³⁷ V. A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale: tra garanzie e prospettive di riforma*, Milano, 2011, *passim*. Secondo l’Autore, la tecnologia ha cambiato il modo di comunicare, ma non il concetto di comunicazione che è rimasto il medesimo, risolvendosi in una espressione di un’idea o informazione che viene formulata da un mittente affinché raggiunga la sfera cognitiva di più o più destinatari.

³⁸ Si pensi alla crittografia end-to-end impiegata dall’applicazione di messaggistica istantanea “*Whatsapp*”.

impone allora il ricorso a forme di intercettazione “attiva”, mediante l’inserimento di virus informatici all’interno del sistema stesso, affinché possano essere raccolti i contenuti – altrimenti criptati – “in chiaro”³⁹. Semplificando, la captazione ottenibile tramite *trojan* non avviene in tempo reale, ma attraverso la creazione di copie dei dati, salvate nella memoria del dispositivo e trasmesse a intervalli regolari o non appena esso si connette a una rete wi-fi⁴⁰. Ciò pone in evidenza come si confondano, a livello teorico, i piani dell’acquisizione *ex post* di dati e attività di *surveillance*, rendendo impossibile il ricorso a rigide categorizzazioni. Ancora una volta, si manifesta la necessità di ripensamento dei modelli tradizionali, anche alla luce di una nuova e diversa forma di “contestualità” nelle operazioni di captazione, le quali non avvengono mai attraverso l’ascolto diretto ma mediante registrazioni di dati il cui contenuto è conosciuto solo in un momento successivo – ossia quando la potenziale violazione del diritto alla riservatezza informatica si è ormai già realizzata.

Le modalità operative del captatore rendono chiara l’inadeguatezza dello schema della perquisizione in quanto trattasi di registrazioni continue delle attività effettuate sul dispositivo elettronico che si risolvono nella raccolta periodica di dati dal sistema informatico del dispositivo bersaglio. Sul punto, è sufficiente considerare che la perquisizione è funzionalmente orientata alla ricerca del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, concludendosi, in caso di esito positivo, nel tipico atto di sequestro. Le operazioni di captazione, invece, mirano all’acquisizione di *qualunque* elemento utile a fini investigativi, in un arco temporale indefinito e nel più assoluto segreto – senza che l’indagato abbia conoscenza del provvedimento autorizzativo dell’autorità giudiziaria né la possibilità di nominare un difensore che lo assista durante le operazioni⁴¹. Inquadrare tali attività nella categoria delle intercettazioni garantisce, invece, una tutela maggiormente effettiva, anche in ragione dell’operatività della doppia riserva di legge e di giurisdizione⁴².

Gli esempi riportati costituiscono soltanto una parte delle criticità evidenziate dall’applicazione delle nuove tecnologie al procedimento penale. Se da una parte esse permettono di raggiungere un grado di effettività delle investigazioni certamente inedito, mostrandosi strumenti utili e versatili, dall’altra, il loro utilizzo deve essere attentamente vagliato con riferimento al potenziale lesivo dei diritti fondamentali, tra cui la riservatezza informatica.

3.2. Cenni sull’esperienza tedesca

La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sviluppatasi in materia di mezzi di ricerca della prova “telematici”, come intercettazioni e *online surveillance*, ha visto il consolidamento

³⁹ S. ATERNO, *Le investigazioni informatiche e l’acquisizione della prova digitale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, p. 955 s.

⁴⁰ L. PARLATO, *Libertà della persona nell’uso delle tecnologie digitali*, cit., p. 293, L. BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori: soluzioni provvisorie a incomprensioni durature*, in *Archivio Penale*, 2018, p. 8. Fuori dall’Unione Europea, l’esperienza delle Corti nordamericane è caratterizzata da un intenso dibattito ancora aperto. Alcune pronunce, ad esempio, suggeriscono che la duplicazione di dati debba essere considerata un sequestro, con conseguente applicazione di tutte le garanzie previste dal Quarto Emendamento. In argomento, P. OHM, *The Fourth Amendment Right to Delete*, in *Harvard Law Review*, 2005, p. 10 s.; O.S. KERR, *Fourth Amendment Seizures of Computer Data*, in *The Yale Law Journal*, 2010, p. 700.

⁴¹ M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., p. 60.

⁴² Cfr. G. ILLUMINATI, *Intercettazioni e captatori informatici: problemi vecchi e nuovi*, in *Cassazione penale*, 2020, p. 1159 ss.; A. CAMON, *Captatore informatico e tutela dei diritti fondamentali*, in *Sistema penale*, 2021, p. 1 s.

del principio secondo cui la legittimità delle operazioni di sorveglianza come espressione di poteri investigativi che interferiscono con i diritti fondamentali – tra cui il diritto alla riservatezza informatica come componente della dignità umana – deve essere valutata in ragione del diverso grado di interferenza alla luce dei criteri di proporzionalità, chiarezza normativa e specificità⁴³.

Non sorprende, dunque, che il *Bundesverfassungsgericht* ricomprenda altresì il dialogo che si instaura tra un individuo e il proprio sistema informatico nell'istituto della “sorveglianza delle telecomunicazioni alla fonte” (*Quellen Telekommunikationsüberwachung*, o *Quellen-TKU*)⁴⁴. Tale misura, introdotta nella prassi a partire dalla decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 27 febbraio 2008, e successivamente disciplinata con la riforma del 24 agosto 2017 (§ 100a e § 100b StPO), consente di captare i dati di comunicazione direttamente nel dispositivo dell'utente, prima che vengano cifrati o dopo la loro decifrazione. Essa si distingue dalla cosiddetta “perquisizione informatica online” (*Online-Durchsuchung*), che invece permette un accesso più esteso ai contenuti memorizzati nel sistema, e non solo alle comunicazioni in corso. Sulla base del riconoscimento del diritto alla integrità e riservatezza dei sistemi informatici, il legislatore tedesco ha cercato di ricalibrare il bilanciamento tra i poteri di accesso da remoto delle autorità e la protezione della sfera privata dell'individuo. Sotto questo profilo, pur delineando un livello di protezione differenziato rispetto a quello previsto per le intercettazioni tradizionali, la disciplina tedesca sulla sorveglianza alla fonte costituisce un modello di riferimento anche per gli ordinamenti che non dispongono ancora di regole specifiche in materia di strumenti investigativi digitali. In tali contesti, la qualificazione delle attività di captazione come intercettazioni di comunicazioni – e non come mere operazioni di ricerca o sequestro – potrebbe infatti garantire una tutela più effettiva degli interessi in gioco, attraverso l'applicazione della doppia riserva di legge e di giurisdizione. D'altra parte, l'esperienza tedesca conferma come le innovazioni tecnologiche rendano necessario un ripensamento del concetto stesso di comunicazione, includendovi, nel contesto informatico e telematico, qualsiasi flusso di dati che si muova da un sistema a un altro, anche se entrambi appartengono al medesimo soggetto. Ne sono esempio fenomeni sempre più frequenti, come le *e-mail* inviate a sé stessi o agli indirizzi riconducibili allo stesso mittente, o ancora le interazioni automatizzate con sistemi digitali personali, che realizzano scambi informativi pienamente assimilabili, sul versante funzionale, alla comunicazione intersoggettiva.

3.3. Note sull'ordinamento italiano

L'osservazione del sistema penale italiano consente di cogliere appieno la complessità del bilanciamento normativo tra la tutela della riservatezza informatica e l'effettività delle indagini penali in considerazione del progresso tecnologico. Il legislatore italiano, pur cogliendo l'elevato potenziale investigativo dell'informatica forense, è intervenuto in modo parziale, limitando l'operatività del più elevato standard di tutela unicamente al profilo delle intercettazioni – entro il cui *genus* la lettera della legge ormai ricomprende espressamente il captatore informatico o *trojan horse* quale mezzo di “intercettazione tra presenti” –

⁴³ *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), 20 aprile 2016, § 90.

⁴⁴ BVerfG, 27 febbraio 2008, 1 BvR 370/07 e 1 BvR 595/07, in NJW, 2008, 822 ss.; Legge del 24 agosto 2017 di modifica dello *Strafprozessordnung* (StPO) e di altre leggi federali, BGBl. I, p. 3202 ss. Cfr. BVerfG, 27 febbraio 2008, cit., § 179 ss.; v. anche F. SCHWEITZER, *Digitale Grundrechte und informationelle Selbstbestimmung*, in JZ, 2009, p. 721 s.

disciplinando in maniera sommaria le altre attività telematiche di ricerca della prova che pure possono essere compiute utilizzando un *trojan* (come l'acquisizione di file, immagini o dati di sistema), a scapito della loro elevata incidenza sui diritti fondamentali.

Nel complesso, infatti, il quadro normativo appare sufficientemente garantista in ordine ai “tradizionali” metodi di captazione occulta dei flussi comunicativi tra persone di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., grazie all'attuazione della doppia riserva di legge e di giurisdizione, a una disciplina determinata dei limiti di ammissibilità e al presidio dell'inutilizzabilità assoluta per i casi di violazione (senza indugiare in questa sede sui profili tuttora critici relativi alla lesione della *privacy* dei terzi e all'inadeguatezza sostanziale di tecniche di tutela *ex post* alla violazione di diritti fondamentali)⁴⁵. Il cuore del problema risiede, dunque, nella mancata estensione del sistema di garanzie processuali previsto per le intercettazioni con riferimento ad una vasta gamma di atti di indagine digitale, nonostante gli stessi presentino un pari, se non maggiore, grado lesivo della sfera di riservatezza individuale. In ordine a tali profili emerge con chiarezza la prospettiva anacronistica del legislatore, evidentemente ancora informato da una lettura degli artt. 14 e 15 Cost. che non tiene conto, in chiave evolutiva, dell'avvenuto sviluppo dell'identità digitale della persona, cui è connesso il diritto inviolabile alla riservatezza informatica.

Emblematico, in tal senso, è il caso delle c.d. *online searches*, ossia le perquisizioni di sistemi informatici anche da remoto che, ove non riconducibili alla giurisdizione italiana, sfuggono alla scarna disciplina dell'art. 247, co. 1-*bis*, c.p.p., poggiando sugli strumenti di cooperazione internazionale. Anche quando ciò non accade, l'art. 247, co. 1-*bis*, c.p.p., si limita ad imporre «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione», ma non specifica come e con quali modalità operative tali garanzie debbano essere predisposte e documentate, né prevede un obbligo di dettagliata fissazione *ex ante* delle modalità tecniche di esecuzione delle operazioni (parametri, strumenti, filtri, etc.), come accade per le intercettazioni. Inoltre, non è previsto alcuno specifico regime di invalidità degli atti compiuti in violazione di legge, il quale opera solo con riferimento a dati, programmi e sistemi informatici o telematici oggetto di sequestro ai sensi dell'art. 254 *bis* c.p.p.: in concreto, eventuali vizi della perquisizione digitale possono essere fatti valere solo mediante il riesame del decreto di sequestro, ai sensi dell'art. 257 c.p.p. Oltretutto, in sede giurisprudenziale si è ormai consolidata l'affermazione di validità del sequestro anche nei casi in cui sia preceduto da una perquisizione illegittima, secondo l'assunto che quest'ultima costituirebbe un mero atto strumentale di ricerca, rappresentando il sequestro il vero mezzo di acquisizione probatoria⁴⁶. Di conseguenza, se il sequestro è disposto ed eseguito nel rispetto delle forme e dei termini di legge, esso “sana” (per lo meno di fatto) le

⁴⁵ La disciplina delle intercettazioni ha formato oggetto di plurimi interventi di riforma negli ultimi anni, sollecitati anche da serie di importanti pronunce della Suprema Corte. Trattasi, nello specifico, della L. n. 103 del 2017, D.L. n. 161 del 2019, convertito nella L. n. 7 del 2020 e L. n. 47 del 2025. In particolare, il nuovo testo dell'art. 267 comma 3 c.p.p. fissa il termine massimo di durata complessiva delle operazioni in quarantacinque giorni, prevedendo tuttavia la possibilità di deroga nei casi in cui l'assoluta indispensabilità delle operazioni per una durata superiore sia giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, oggetto di espresso obbligo motivazionale. Inoltre, il c.d. “tetto alle intercettazioni” non si applica ai reati gravi e gravissimi, ossia quelli di cui all'art. 13, comma 1, D.L. 152/1991, art. 371 *bis*, comma 4 *bis*, c.p.p., art. 407 comma 2, lett. a) c.p.p., nonché i delitti di terrorismo, i delitti contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e i delitti connessi alle associazioni di tipo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p.

⁴⁶ Cfr. Corte Cost., 15 luglio 2019, n. 219; Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2020 n. 16065; Cass. pen. sez. II, 23 dicembre 2016, n. 15784; Cass. pen., sez. II, 23 aprile 2010, n. 26819.

irregolarità della perquisizione che lo ha preceduto, anche se si è trattato di perquisizioni telematiche. Si determina così un evidente paradosso processuale: qualora alla perquisizione non segua il sequestro, l'interessato può rivolgersi al giudice per le indagini preliminari affinché ne verifichi la legittimità; viceversa, se la perquisizione è seguita da un sequestro formalmente legittimo, le eventuali violazioni compiute nella fase di ricerca non incidono sulla validità dell'acquisizione, con la conseguenza che il materiale così ottenuto, una volta confluito nel fascicolo del dibattimento, risulta pienamente utilizzabile. Ne risulta un presidio debole sul piano dell'integrità probatoria e, soprattutto, della riservatezza informatica.

La stessa fragilità emerge in relazione ad altre forme di investigazione telematica che, in assenza di una puntuale disciplina positiva, accedono al processo per il tramite della categoria residuale della prova atipica *ex art.* 189 c.p.p. ovvero come documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., generando ulteriori incertezze in ordine ai limiti di ammissibilità e al rispetto delle garanzie difensive⁴⁷. È il caso, in particolare, degli *screenshot* di conversazioni, (come chat *WhatsApp*) estratti dai dispositivi senza svolgere una vera e propria analisi forense, per lungo tempo indiscriminatamente acquisiti, secondo una prassi avallata dalla giurisprudenza di legittimità che qualificava i messaggi *WhatsApp* e gli SMS conservati nella memoria di un telefono cellulare come prova documentale acquisibile «mediante mera riproduzione fotografica»⁴⁸. Ciononostante, più di recente, la Suprema Corte ha “corretto il tiro”, pronunciandosi nel senso della sussistenza di un divieto di acquisizione e conseguente inutilizzabilità⁴⁹ in ragione dell'avvenuto riconoscimento da parte della Corte Costituzionale della natura di “corrispondenza” della messaggistica digitale anche dopo la ricezione dei messaggi da parte del destinatario – «lo scambio di messaggi elettronici rappresenta, di per sé, una forma di corrispondenza» – e almeno fino a quando, per decorso del tempo o per altra causa, essi non abbiano perso il carattere di attualità⁵⁰. Nello specifico, la Corte di cassazione ha ritenuto inutilizzabili gli *screenshot* effettuati dalla polizia giudiziaria in assenza di un decreto dell'autorità giudiziaria, affermando che il consenso dell'indagato non può supplire al difetto di autorizzazione; parallelamente si consolidano criteri per il sequestro di dati telematici che escludono l'“apprensione indiscriminata” di masse di dati, richiedendo selezione preventiva o criteri di selezione esplicitati nel provvedimento.

In conclusione, il modello italiano – lungi dall'essere ispirato da un solido inquadramento teorico-concettuale fondato sull'interpretazione evolutiva dei diritti fondamentali nell'era digitale – risulta segnato da lacune normative e incoerenze sistematiche, con un apparato di garanzie che, quando non si piega dinanzi alla logica acquisitiva del risultato probatorio, poggia sulla discrezionalità della giurisdizione.

4. EncroChat e la circolazione transnazionale dei mezzi di prova nell'era digitale

Le interazioni tra il *cyberspazio*, i diritti fondamentali e il procedimento penale divengono ancora più complesse allorquando si passa dalla prospettiva nazionale a quella sovranazionale

⁴⁷ Cfr. F. MAZZACUVA, *Prova digitale e limiti dell'acquisizione nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 871 s.; L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, *La prova digitale tra tipicità e atipicità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2021, p. 1 s.

⁴⁸ Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417; Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822.

⁴⁹ Cass. pen., VI sez., 13 gennaio 2025, n. 1269.

⁵⁰ Corte Cost., 27 luglio 2023, n. 170.

per riflettere sul tema della circolazione transnazionale dei mezzi di prova. La dematerializzazione della prova, l'uso di server localizzati all'estero e la crescente interconnessione tra le autorità di polizia europee rendono oggi assai più fragile la distinzione tradizionale tra acquisizione nazionale e acquisizione transfrontaliera, accentuando il rischio di elusione delle garanzie procedurali previste dagli ordinamenti interni.

Appare degna di nota, in tale prospettiva, la recente vicenda *EncroChat*, oggetto della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 30 aprile 2024, causa C-670/22⁵¹. *EncroChat* offriva un servizio messaggistica cifrata utilizzato da migliaia di utenti in Europa che sarebbe stato impiegato – secondo le autorità inquirenti – per agevolare il traffico illecito di sostanze stupefacenti nel contesto della criminalità organizzata transazionale. Segnatamente, si trattava dell'utilizzo di cellulari dotati di software speciali e hardware modificati che consentivano comunicazioni crittografate *end-to-end*, tramite un server localizzato a Roubaix (Francia), che non potevano essere intercettate con i mezzi investigativi convenzionali (il c.d. “servizio *EncroChat*”). La polizia francese, tuttavia, tra il 2018 e il 2019, è riuscita a sviluppare un *Trojan* in grado di superare le barriere del sistema che, ottenuta l'autorizzazione del *Tribunal correctionnel de Lille*, veniva caricato sul server e, da lì, installato sugli smartphone degli utenti. Veniva quindi scoperto che quasi la metà dei 66.134 utenti iscritti afferiva a 122 paesi, di cui circa 4.600 risultavano localizzati solo in Germania. Una volta che tali risultati venivano condivisi nel contesto di una videoconferenza organizzata da Eurojust, tra gli altri, con il *Bundeskriminalamt* (BKA), i rappresentanti della Germania manifestavano il loro interesse all'ottenimento dei dati relativi agli utenti tedeschi. In virtù di tale informazione, infatti, l'Ufficio di Procura tedesco apriva un procedimento penale contro ignoti, sulla base della sospetta partecipazione ad una rete associativa finalizzata alla commissione di reati di spaccio, fondata sul mero utilizzo del servizio *EncroChat*. Il BKA, rilasciando apposita dichiarazione, otteneva così i dati di suo interesse mediante accesso al server Europol, impiegando l'ordine europeo di indagine (OEI) di cui alla Direttiva 2014/41/UE solo *ex post* per ottenere l'autorizzazione da parte della Francia all'utilizzo dei medesimi nel procedimento penale, giustificando la richiesta sull'assunto della commissione di reati molto gravi (c.d. *serious offences*).

La Corte di Giustizia veniva chiamata a valutare la legittimità dell'utilizzo dell'OEI in simili circostanze, avuto particolare riguardo all'individuazione dell'autorità competente – se unicamente il Giudice o anche il Pubblico Ministero – e alle condizioni sostanziali che ne legittimano l'emissione.

Seguendo il ragionamento della Corte, la risposta al primo quesito va trovata negli ordinamenti dello Stato nazionale: l'art. 1, par. 1, e l'art. 2, lett. c), Dir. 2014/41/UE devono essere interpretati nel senso che un OEI per la trasmissione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione non deve necessariamente essere emesso da un giudice qualora, in base al diritto dello Stato di emissione, in un procedimento esclusivamente interno, la raccolta iniziale di tali prove avrebbe dovuto essere disposta da un giudice, ma un pubblico ministero è competente a ordinarne la trasmissione⁵².

Anche l'interrogativo posto sulla legittimità sostanziale dell'impiego dell'OEI nel caso concreto è stato risolto mediante il richiamo alla legislazione nazionale, sulla base dell'assunto che l'istituto sia un semplice strumento di cooperazione internazionale ispirato alla logica del mutuo riconoscimento. In breve, l'esistenza della gravità indiziaria per l'ammissibilità delle

⁵¹ C.G.U.E., 30 aprile 2024, causa C-670/22, *Procureur de la République près le tribunal judiciaire de Lille c. Autorité judiciaire allemande* (caso *EncroChat*), ECLI:EU:C:2024:367.

⁵² *Ivi*, § 77.

attività di intercettazione rileva ai fini dell'OEI unicamente se ciò è previsto dalla disciplina dello Stato di emissione. L'esigenza di rispettare il principio di proporzione nella compressione dei diritti fondamentali dell'accusato mediante l'emissione dell'ordine di indagine, sancita dall'art. 6, § 1, Dir. 2014/41/UE, deve essere interpretata nel senso che essa non osta alla sua emissione per la trasmissione di prove già in possesso delle autorità dello Stato di esecuzione, laddove esse siano state acquisite a seguito dell'intercettazione, da parte di tali autorità, sul territorio dello Stato di emissione, purché l'OEI soddisfi tutte le condizioni previste dal diritto nazionale dello Stato di emissione per la trasmissione di prove analoghe in una situazione puramente interna allo Stato⁵³.

Infine, in merito all'interpretazione dell'art. 14 § 7, Dir. 2014/41/UE, alla cui stregua «gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI», la Corte ha stabilito che esso implica che i giudici penali nazionali sono tenuti a non tener conto delle informazioni e delle prove rispetto alle quali all'accusato non è stato garantito l'esercizio effettivo del diritto di difesa, nei termini della possibilità di «commentare effettivamente l'informazione» e nella misura in cui tali dati siano idonei ad avere un'influenza significativa sull'accertamento del fatto⁵⁴. Sebbene a prima vista la Corte di Giustizia Europea sembri avallare la tesi dell'utilizzabilità dei dati derivanti dall'operazione di *hacking* di *EncroChat* negli Stati membri, va ricordato che il caso è stato caratterizzato dalla segretezza delle specifiche tecniche del *trojan* utilizzato poiché le autorità francesi, invocando il segreto militare, hanno rifiutato la *disclosure* sul punto. Ora, se la CGUE richiede che l'integrità delle prove trasmesse possa essere esaminata dalla difesa, per lo meno dal momento di esecuzione dell'ordine, ciò lascia aperto l'interrogativo su quali dati debba trattarsi e su cosa significhi concretamente «essere nella posizione di commentare effettivamente l'informazione». Appare plausibile, pertanto, che il caso *EncroChat* possa giungere nuovamente all'attenzione della Corte di Lussemburgo, emergendo ancora una volta il pressante bisogno di armonizzare a livello europeo le procedure di raccolta, conservazione e trasferimento delle prove digitali per stabilire criteri uniformi di autenticazione, regole sulla catena di custodia e una chiara disciplina del regime di invalidità processuale delle attività compiute in violazione dei diritti fondamentali⁵⁵. Il rischio, altrimenti, rimane quello che i meccanismi di cooperazione, pur perseguendo il desiderabile obiettivo di efficientamento delle indagini transfrontaliere – in specie in relazione al grave fenomeno della criminalità organizzata – si risolvano in *escamotage* per aggirare i più elevati standard di tutela eventualmente garantiti dall'ordinamento nazionale. Ciò risulta particolarmente pregnante con riferimento alla prova digitale che, per sua stessa natura, involge spazi delocalizzati. In ogni caso, l'auspicabile obiettivo di armonizzazione tra gli Stati membri difficilmente potrà raggiungersi se la confusione teorica e l'incertezza applicativa dei regimi procedurali della prova digitale continuano a perdurare *in primis* nella legislazione nazionale.

⁵³ *Ivi*, § 106.

⁵⁴ *Ivi*, § 131. La Corte afferma testualmente: «in criminal proceedings against a person suspected of having committed criminal offences, national criminal courts are required to disregard information and evidence if that person is not in a position to comment effectively on that information and on that evidence and the said information and evidence are likely to have a preponderant influence on the findings of fact».

⁵⁵ Cfr. A. WEYEMBERGH, *Cross-Border Access to Electronic Evidence in the EU*, CEPS Policy Brief, 2023; P. ASP, *Digital Evidence and Mutual Trust in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, in NULR, 2024, p. 421 s.

5. Conclusioni

Lo stato dell'arte in materia di indagini digitali e riservatezza informatica mette in evidenza una duplice asimmetria: interna, tra la compiuta tipizzazione delle intercettazioni – assistite da garanzie abbastanza chiare e da sanzioni processuali nette – e l'ampia area delle indagini digitali non intercettative, ancora affidata a clausole generali e rimedi deboli; esterna, tra l'esigenza di cooperazione giudiziaria transnazionale e l'assenza di standard tecnici e processuali omogenei per la prova telematica. Ne derivano vuoti di tutela sulla riservatezza informatica e incertezze sull'integrità e utilizzabilità del dato probatorio, specie laddove l'attività ricada nei paradigmi della perquisizione informatica ovvero della prova documentale o atipica. Appare esemplare in tal senso il circuito che dall'art. 247, comma 1-*bis* c.p.p. conduce agli artt. 254-bis e 257 c.p.p., spostando il baricentro del sindacato giudiziale sul provvedimento di sequestro e finendo per assorbire i vizi della fase di ricerca: un assetto che comprime la capacità del sistema di sanzionare effettivamente le violazioni e, in ultima analisi, indebolisce il presidio della riservatezza.

Sul piano sovranazionale, la vicenda *EncroChat* conferma che la circolazione della prova digitale non può posare unicamente sull'affidamento reciproco: l'acquisizione transfrontaliera di dati, la loro conservazione e il successivo trasferimento all'autorità richiedente devono misurarsi con requisiti di legalità, proporzione, tracciabilità e verificabilità tecnica idonei a garantire un contraddittorio effettivo. La cooperazione spontanea fra autorità non colma, di per sé, le carenze di tipizzazione o di controllo giurisdizionale preventivo, né consente di degradare le garanzie riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU; al contrario, impone un controllo effettivo sul metodo di captazione e sui passaggi della catena di custodia – pena il rischio di introdurre nel processo nazionale esiti probatori che sarebbero inutilizzabili alla stregua dell'ordinamento interno se acquisiti in un caso puramente interno.

Si staglia, pertanto, un'esigenza di ricomporre la coerenza del sistema lungo due direttrici complementari. In ambito interno, occorre estendere, in modo selettivo e proporzionato, nuclei minimi di garanzia – obbligo analitico di preventiva motivazione anche sui profili tecnici, criteri di minimizzazione del trattamento dei dati, *logging* obbligatorio e verificabilità difensiva – alle principali indagini digitali non tipizzate, affiancando a tali requisiti un regime di invalidità idoneo a sanzionare le violazioni sostanziali anche al di fuori dell'art. 271 c.p.p. In ambito europeo, si impone un'armonizzazione che accompagni l'Ordine europeo di indagine con allegati tecnici standard, regole comuni sulla catena di custodia e una clausola chiara di esclusione delle prove acquisite in violazione di diritti fondamentali, così da evitare che il vettore transfrontaliero diventi il varco per attenuare, di fatto, i livelli di garanzia che gli ordinamenti si impegnano a preservare. Solo un simile riallineamento consentirà di tenere insieme efficacia investigativa e tutela costituzionale, preservando la riservatezza informatica quale diritto fondamentale nell'ecosistema probatorio digitale.

ABSTRACT: *IT Security and Digital Investigations*

This paper explores the tension between digital investigations and informational privacy in criminal proceedings. It argues that tools such as trojans and other forms of online surveillance challenge the traditional categories of criminal procedural law and require a rethinking of existing safeguards. Particular attention is paid to the legal classification of digital interceptions, the protection of fundamental rights, and the inadequacy of current regulatory frameworks, especially in the Italian system. The article also examines the EncroChat case to show how the cross-border circulation of digital evidence may undermine defence rights and procedural guarantees. It concludes by advocating a more coherent domestic and European framework capable of reconciling investigative effectiveness with the protection of informational privacy.

MARCELLO LA BELLA*

CYBERCRIME E PROVE DIGITALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La scena del crimine nel mondo digitale. – 3. Il dato digitale. – 4. La *digital forensic*. – 5. L'acquisizione del dato digitale nel sistema penale italiano.

1. *Premessa*

L'evoluzione tecnologica ha reso indispensabile l'uso di Internet nella nostra vita quotidiana, strumento ormai necessario di comunicazione, di scambio di informazioni, di accesso alle banche dati, di esecuzione di transazioni e disposizioni finanziarie, di ideazione e creazione di nuove attività professionali. Tuttavia, la Rete presenta non solo debolezze, con riferimento alla sicurezza informatica, ma si presta, altresì, ad essere mezzo di realizzazione di una serie indefinita di condotte criminali. È in questo scenario che nasce, con legge riforma dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza, la Polizia Postale e delle Comunicazioni, quale "Specialità" della Polizia di Stato all'avanguardia nell'azione di prevenzione e contrasto della criminalità informatica e a garanzia dei valori costituzionali della segretezza della corrispondenza e della libertà di ogni forma di comunicazione.

Dal 21 ottobre 2022 con decreto del Capo della Polizia - Direttore Generale della Pubblica Sicurezza -, la Polizia Postale e delle Comunicazioni ha assunto un rinnovato assetto organizzativo e nuove denominazioni per gli Uffici territoriali dipendenti. I Compartimenti Polizia Postale e delle Comunicazioni hanno assunto il nuovo nome di Centri Operativi per la Sicurezza Cibernetica (C.O.S.C.), con competenza a livello regionale e le dipendenti Sezioni quello di Sezioni Operative per la Sicurezza Cibernetica (S.O.S.C.) con competenza in ambito provinciale. Questi Centri territoriali dipendono e sono coordinati dal Servizio Polizia Postale e per la sicurezza cibernetica della Direzione Centrale per la Polizia Scientifica e la Sicurezza Cibernetica, istituita con decreto del 7 febbraio 2024, nell'ambito del Dipartimento della Pubblica Sicurezza.

Investigazioni in materia di pornografia minorile on-line, cyberterrorismo, reati contro la persona, reati informatici, protezione delle infrastrutture critiche del Paese dagli attacchi informatici, crimini finanziari, tutela del copyright ed analisi criminologica dei fenomeni emergenti, sono queste le materie che riguardano le attività della Polizia Postale e della sicurezza cibernetica.

Il principale sforzo operativo di questi Uffici è nel continuo aggiornamento delle proprie conoscenze informatiche per fornire un'adeguata risposta alle sempre nuove frontiere tecnologiche della criminalità. In queste attività di è di fondamentale importanza acquisire con le investigazioni elementi di prova digitali che siano validi nel processo ovvero individuare, acquisire, analizzare, conservare e poi produrre le evidenze digitali seguendo rigidi protocolli che ne assicurino genuinità ed integrità.

* Primo dirigente della Polizia di Stato. Dirigente del Centro Sicurezza Cibernetica "Sicilia Orientale".

2. *La scena del crimine nel mondo digitale*

Per gli investigatori del *cybercrime*, gli scenari tradizionali legati all'ambiente reale sono stati sostituiti dall'infinità di dati, informazioni, password, algoritmi di crittografia, transitanti nel *cyberspazio*. La “scena del crimine digitale” rappresenta l'evoluzione del concetto tradizionale di *locus commissi delicti* nel contesto informatico, dove il reato si consuma in ambienti virtuali come dispositivi, reti o cloud. Il diverso *locus commissi delicti* comporta approcci e mezzi totalmente diversi dal passato; non solo strumenti, software ed hardware, dedicati alla investigazione ma, altresì, operatori di polizia altamente specializzati e con esperienze specifiche nel campo. Il personale della Polizia di Stato, infatti, è assegnato allo specifico settore della sicurezza cibernetica dopo una prima selezione delle sue competenze e conoscenze e nel corso del suo servizio frequenta corsi altamente specialistici utili per le investigazioni informatiche. E', inoltre, evidente come alla preparazione tecnico-professionale deve accostarsi una conoscenza delle norme affinché le attività investigative compiute rispettino i confini imposti dalle norme processuali.

3. *Il dato digitale*

Per comprendere meglio le difficoltà delle nuove tipologie d'indagine occorre partire da cosa realmente sia un dato digitale e come esso sia sostanzialmente “fragile”.

I dati digitali sono informazioni codificate in forma binaria, veloci da generare e manipolare. Infatti, una delle caratteristiche dei dati digitali è la loro volatilità. Nel contesto dei dati digitali, la volatilità indica la facilità e la rapidità con cui i dati possono essere modificati, persi o cancellati, quindi la loro instabilità e temporaneità. Ad esempio, dati come la memoria RAM o i registri della CPU sono molto volatili perché durano solo pochi millisecondi o si perdono al riavvio del sistema, mentre backup e archivi esterni sono meno volatili, cioè più stabili nel tempo anche se possono subire corruzioni, manipolazioni o alterazioni e cancellazioni.

Non solo volatilità ma anche modificabilità, ovvero la facilità con cui un dato digitale può essere cambiato, e la alterabilità, cioè la possibilità che i dati siano soggetti a modifiche, volontarie o involontarie, che ne compromettono l'integrità e la validità come prova. In sintesi, i dati digitali sono intrinsecamente volatili, modificabili e alterabili, e pertanto occorre una particolare attenzione per la loro protezione e l'uso in contesti legali o di sicurezza, al fine di evitare perdita o compromissione delle informazioni. In questo contesto assume estrema importanza la scienza digitale forense o *digital forensic*, il processo di raccolta e analisi delle prove digitali in modo da mantenerne l'integrità e l'ammissibilità nel processo.

4. *La digital forensic*

La *digital forensics* ovvero l'informatica forense è l'insieme dei metodi tecnico-scientifici utilizzati per identificare, acquisire, preservare, analizzare e presentare dati digitali in modo ripetibile, verificabile e processualmente valido.

Dal punto di vista tecnico i vari approcci, in ogni caso, seguono le procedure descritte dagli standard ISO/IEC 27037:2012 "*linee guida per l'identificazione, la raccolta, l'acquisizione, la conservazione e il trasporto di evidenze digitali*"¹ e ISO/IEC 27042:2015 "*linee guida per l'analisi e l'interpretazione dei dati digitali*"².

Le fasi tipiche descritte nello standard ISO/IEC 27037 sono:

1. identificazione ovvero quali dispositivi/servizi contengono le evidenze digitali (*smartphone, computer, SIM, SD, cloud, router, account*);
2. raccolta dei dispositivi con la loro messa in sicurezza e repertazione;
3. acquisizione dei dati digitali. E' una delle parti più discusse in ambito giuridico, con la copia/estrazione forense, con una copia preferibilmente "*bit-a-bit*" dove possibile, ed il calcolo della impronta digitale il cosiddetto hash che confermi che quanto copiato sia perfettamente identico all'originale;
4. conservazione con la custodia sicura e la registrazione completa di ogni passaggio avvenuto la cosiddetta catena di custodia.

Queste fasi privilegiano la non alterazione dei dati garantendo la loro integrità.

Gli obiettivi, pertanto, da raggiungere si possono sintetizzare in: preservare l'integrità del dato; ricostruire gli accadimenti; garantire la tracciabilità e la catena di custodia; consentire la verifica di quanto svolto a terze parti nell'ambito processuale.

È doveroso evidenziare che, nel protocollo operativo di primo intervento, la polizia giudiziaria deve adoperarsi per la messa in sicurezza dei dispositivi, documentare anche con supporto video/fotografico lo stato dei dispositivi, se sono accesi o spenti, adoperandosi per acquisire le evidenze digitali deperibili (*live-forensic*).

Ad ogni buon fine, la stessa polizia giudiziaria nella esecuzione delle perquisizioni informatiche, dei sequestri e degli accertamenti tecnici si attiene alle linee sopra indicate che, soprattutto, come vedremo, rispettano i criteri richiesti dalle norme processuali e l'orientamento giurisprudenziale di legittimità.

5. *L'acquisizione del dato digitale nel sistema penale italiano*

Le basi giuridiche della scienza forense digitale sono state definite nel 2001 con la Convenzione di Budapest sul *Cybercrime*, recepita in Italia con la Legge 48/2008 (legge di Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica). Ancor prima, in Italia vi era la Legge 547/93.

L'acquisizione del dato digitale nel sistema penale italiano è regolata principalmente dal codice di procedura penale, con norme specifiche al fine di garantire l'integrità probatoria e il rispetto delle garanzie difensive.

Si inizia con le norme di ricerca della prova: l'art. 244 c.p.p. richiama la possibilità di ispezioni a sistemi informatici, l'art. 247 comma 1-*bis* c.p.p. regola la perquisizione di sistemi

¹ ISO/IEC 27037:2012 - Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence

² ISO/IEC 27042:2015 - Information technology — Security techniques — Guidelines for the analysis and interpretation of digital evidence

informatici o telematici, mentre l'art. 254-*bis* c.p.p. prevede il sequestro di dati presso fornitori o gestori, nonché la perquisizione d'iniziativa della polizia giudiziaria prevista dall'art. 352 c.p.p.

In tutte le ipotesi, comunque, occorrerà procedere «adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione».

Si prosegue con gli accertamenti tecnici: artt. 220-224 c.p.p. (le perizie giudiziarie), art. 359 c.p.p. (atti ripetibili), art. 360 c.p.p. (atti non ripetibili) e accertamenti tecnici urgenti della polizia giudiziaria ex art. 354 c.p.p.. In particolare in quest'ultimo caso «... gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità. Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti».

In buona sostanza, il nostro sistema penale prevede per l'acquisizione del dato digitale la copia dei dati su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità. Infatti, il nostro codice di procedura penale prevede la «...duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità» ovvero la creazione di copie di dati, informazioni o programmi informatici in modo tale che siano fedeli all'originale, non alterabili e su supporti idonei.

Alla acquisizione dei dati seguirà la loro analisi finalizzata al recupero delle evidenze digitali e che si concluderà con la fase della documentazione in cui si dovrà descrivere in modo minuzioso l'insieme delle operazioni eseguite nelle diverse fasi. La presentazione dei risultati deve essere esposta in modo tale da poter essere comprensibile nella sua essenza anche a personale non tecnico, quale ad esempio i magistrati, i legali e i giurati. Essa dovrà contemplare, altresì, una descrizione delle metodologie e degli strumenti utilizzati per l'esperimento delle attività.

In tema di sequestro di dati digitali da sottoporre a sequestro probatorio è intervenuta di recente una sentenza della Cassazione Penale, Sez. VI, 26 novembre 2025 n. 3833. La sentenza ribadisce il principio di proporzionalità – definito «canone di legittimità delle ingerenze lesive dei diritti fondamentali» – nel caso di sequestro di dispositivi informatici. Il sequestro di tali dispositivi «costituisce una misura particolarmente invasiva della sfera personale in quanto l'accesso a tale supporto fornisce, non solo informazioni relative a particolari condotte degli interessati oggetto di indagine, ma un quadro completo di aspetti significativi della loro vita passata e attuale [...] Al fine di consentire una adeguata valutazione della proporzionalità è, dunque, necessario che il PM illustri nel decreto di sequestro probatorio: i) le ragioni per cui è necessario disporre un sequestro esteso onnicomprensivo o, in alternativa, le specifiche informazioni oggetto di ricerca; ii) i criteri che devono presiedere alla selezione del materiale informatico archiviato nel dispositivo, giustificando, altresì, l'eventuale perimetrazione temporale dei dati di interesse in termini sensibilmente difforni dal perimetro temporale dell'imputazione provvisoria; iii) i tempi ragionevoli entro cui verrà effettuata tale selezione con conseguente restituzione anche della copia informatica dei dati non rilevanti».

Anche a seguito di tale orientamento, in materia di sequestro ed acquisizione dei dati digitali, è opportuno citare la circolare della Procura di Roma del 9 giugno 2025, a firma

del procuratore Lo Voi,³ che ha adottato delle linee guida in materia di sequestri di telefoni e altri strumenti informatici, su queste direttive stanno procedendo molte altre Procure. In breve sintesi: la direttiva, innanzitutto indica che il provvedimento di sequestro di dispositivi informatici e la relativa analisi possono essere disposti dal pubblico ministero senza preventiva autorizzazione del giudice; l'estrazione della copia forense integrale (copia mezzo) del contenuto dei dispositivi viene compiuta in sede di esecuzione di perquisizione o di sequestro, e in caso di assenza di risorse per estrarre copia, la polizia giudiziaria può nominare un tecnico informatico come ausiliario. L'estrazione copia, sempre nel contraddittorio con la persona nei cui confronti è disposto il sequestro, può essere eseguita nei giorni immediatamente successivi, se particolarmente complessa. Successivamente, la polizia giudiziaria sarà delegata dal pubblico ministero ad estrarre una copia (copia-fine) dei dati rilevanti per le indagini in base ai criteri indicati nel provvedimento di perquisizione o sequestro ed a questo punto la copia mezzo può essere restituita all'interessato dopo l'acquisizione del materiale utile. Se necessario per l'indagine mantenere il sequestro sulla copia-mezzo questa dovrà essere conservata in applicazione analogica delle disposizioni in materia di intercettazioni, nella sezione documentale dell'archivio riservato. Le parti possono chiedere al pubblico ministero una integrazione dei criteri di ricerca sulla copia-mezzo per individuare eventuali ulteriori dati rilevanti per le indagini da acquisire agli atti del procedimento (c.d. copia-fine). L'interessato può richiedere a tutela della riservatezza la distruzione della documentazione non necessaria per il procedimento.

Sulla acquisizione ed analisi dei dati digitali occorre, infine, menzionare il Disegno di Legge (DDL) S. 806 «Modifiche al Codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi, sistemi informativi o telematici o memorie digitali» approvato dal Senato ed in fase di discussione alla Camera dei Deputati⁴, con cui si introducono innovazioni nel sistema processuale penale italiano per disciplinare meglio le procedure di acquisizione di prove digitali, come i dati contenuti in *computer*, *tablet* e *smartphone*.

ABSTRACT: *Cybercrime And Digital Evidence*

The digital evolution has transformed crime and investigations, shifting crime scenes from physical locations to devices, networks, and cloud environments. In Italy, cybercrime is addressed by the *Polizia Postale* and the newly established *C.O.S.C.* and *S.O.S.C.*, specialized in digital investigations. Digital evidence is fragile and easily altered, requiring strict forensic procedures based on ISO/IEC 27037 and 27042 standards, including bit-by-bit acquisition, hash verification, and chain-of-custody preservation. Italy's legal framework, grounded in the Budapest Convention and national laws, regulates the collection and use of digital evidence, emphasizing proportionality, data integrity, and transparency, as reinforced by recent guidelines and Supreme Court rulings.

³ Cfr. https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1749504886_circ-n-10-del-9-giugno-2025-linee-guida-in-materia-di-sequestri-di-telefoni-e-altri-strumenti-informatici.pdf

⁴ XIX Legislatura - Lavori - Progetti di legge - Scheda del progetto di legge

**STRUMENTI DI INDAGINE CON IMPATTO A LARGO RAGGIO: LE PERQUISIZIONI ONLINE
E LE RICADUTE SUI SOGGETTI TERZI NON INDAGATI**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Breve panorama dei valori costituzionali in gioco e dei diritti emergenti. – 3. L'ondivaga posizione della giurisprudenza. – 4. Proposta di legge in cantiere. – 5. I terzi coinvolti e la tutela negata.

1. Premessa

Sicuramente tra gli strumenti di indagine con impatto a largo raggio vi rientrano le perquisizioni *online*¹.

Il tema è da inscrivere in quello più ampio delle indagini digitali², con i suoi tratti peculiari, primo fra tutti, quello di doversi confrontare con l'immaterialità e la volatilità del dato raccolto³ da cui discende il rischio che sia proprio l'attività investigativa ad alterarlo o eliminarlo involontariamente. I dati digitali, infatti, possono essere facilmente manipolati,

* Associata di diritto processuale penale, Università degli Studi di Palermo.

¹ In tema, tra i tanti, A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 91; P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. giust.*, 5/2016, p. 118; L. FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2/2016, p. 351; F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 329 s.; W. NOCERINO, *I sistemi di controllo da remoto nella legislazione interna e sovranazionale*, in *DPCE* (on-line), 1/2022, p. 59 ss; L. PARLATO, *Le perquisizioni on-line: un tema che resta un tabù*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2021, p. 290; R.O. VALLI, *La perquisizione informatica e la perquisizione "da remoto"*, in *Ius Penale*, 18 ottobre 2017.

² Per tutti, M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018.

³ S. SIGNORATO, *Indagini e prove digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 1151, che rammenta come l'avvento del digitale si sia incuneato in un quadro giuridico improntato all'apprensione di *res* tangibili, determinando delle tensioni sistematiche, dato che le norme mal si adattavano al nuovo assetto caratterizzato dalla immaterialità degli elementi di prova e delle prove. Alla base del digitale vi sono i *bit*, i quali, da un punto di vista prettamente fisico, possono essere qualificati in termini di materia perché presuppongono l'esistenza di impulsi elettrici. Tuttavia, gli stessi si connotano per caratteristiche peculiari dato che non sono tangibili e vengono giuridicamente considerati come immateriali.

cancellati o alterati ed è quindi fondamentale adottare le precauzioni necessarie a preservarne genuinità e integrità⁴. Da qui il necessario confronto con il canone della legalità probatoria⁵.

Come è ben noto, la materia difetta di una regolamentazione adeguata⁶, sicché la delimitazione dei suoi confini è stata da sempre affidata alla giurisprudenza che, nel tracciarli, ha seguito un percorso ondivago, ricorrendo a differenti paradigmi normativi e restituendo soluzioni non sempre uniformi, a volte bizzarre e financo creative. Una giurisprudenza tutt'altro che certa come si vedrà a breve.

Muovendo dalla definizione, può affermarsi che sono perquisizioni *online* quelle operazioni dirette, all'insaputa del soggetto sottoposto a indagini, sia a perlustrare un sistema informatico per apprendere elementi probatori, sia a controllarlo costantemente da remoto mediante l'uso di programmi spia, o *trojan* e virus. L'attività investigativa, svolta senza alcun accesso materiale all'*hardware*, è resa possibile grazie a uno specifico *software*, *alias* captatore informatico, che, sfruttando la connessione *internet*, viene installato sul dispositivo che si intende perquisire e ne acquisisce il controllo. Attraverso tale strumento si possono ricercare ed estrapolare dati personali già memorizzati nel sistema infettato nonché procedere alla progressiva e graduale copia dei dati e alla conseguente trasmissione degli stessi agli operatori di polizia giudiziaria⁷. Un congegno estremamente versatile, quanto a funzioni, e dalle potenzialità intrusive enormi. Una volta inoculato, si assume il controllo dell'acquisizione della messaggistica istantanea, dei messaggi di posta elettronica, dei contatti contenuti in rubrica, della cronologia e dell'elenco delle chiamate memorizzate, degli elementi multimediali presenti nella galleria immagini e video, si possono inserire dati o alterare quelli esistenti, registrare i tasti digitati sulla tastiera per apprendere le *password* di accesso a determinati siti protetti da misura di sicurezza, intercettare comunicazioni *VoIP*, *e-mail* e *chat*, o attivare le periferiche audio e video per sorvegliare il luogo in cui si trova il dispositivo.

È chiaro, quindi, che un captatore informatico non si limita ad attivare il microfono, ma è uno strumento che mette il soggetto intrusore nelle condizioni di utilizzare il dispositivo altrui come se vi accedesse fisicamente. Non a caso si parla di tecnica di indagine a distanza che attua una vera e propria sorveglianza elettronica occulta e continuativa, con l'aggravante che non si controlla solo un'area di interesse investigativo o un singolo individuo, bensì chiunque e ovunque si muova nel raggio di azione dello strumento, il quale finisce per operare

⁴ La legge n. 48 del 2008, introdotta per recepire la Convenzione di Budapest sul crimine informatico, ha, come noto, rappresentato una svolta significativa nel quadro normativo italiano per quanto riguarda la lotta contro i crimini informatici e l'utilizzo della *digital forensics* nelle indagini, innestando, nel tessuto normativo, taluni criteri operativi, destinati agli specialisti dell'informatica forense, volti a preservare il dato digitale ai fini della sua futura valenza probatoria.

⁵ F.R. DINACCI, *Sequestro di dispositivi informatici: imposizioni tecnologiche e scelte interpretative. Alla ricerca di un recupero della legalità probatoria*, in *Arch. pen.* (on-line), 1/2025, p. 1 ss.; K. LA REGINA, *Il sequestro di dispositivi di archiviazione digitale*, in *Penale Diritto e Procedura* (on-line).

⁶ L'assenza di qualsivoglia disciplina relativa all'uso del captatore, oltre la semplice attivazione del microfono, creerebbe una "zona grigia" che gli interpreti sarebbero chiamati ad "illuminare", lasciando «alle procure e alla giurisprudenza il compito di definire modalità, regole, effetti dell'uso del captatore per le attività di ispezione, perquisizione e sequestro e quant'altro è possibile acquisire con lo strumento de quo» (G. SPANGHER, *Critiche. Certezze. Perplexità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giur. pen.* (on-line), 1/2018, p. 2).

⁷ Per capire la portata dello strumento in oggetto va rammentato che, secondo alcune inchieste giornalistiche, sembrerebbe che i dati non viaggino direttamente dal dispositivo al server della Procura, ma passino prima per un altro server, di terzi soggetti. Tanto è accaduto nella vicenda relativa ai dati raccolti con il *malware Exodus*, i quali finivano su server negli Stati Uniti, accessibili da qualsiasi dispositivo e *browser*, in una sorta di *caveau* da cui chi aveva le chiavi avrebbe potuto ottenere informazioni sensibili per attività di dossieraggio.

un monitoraggio senza confini e senza limiti, incidendo in modo significativo sul complesso di garanzie inviolabili dell'individuo, *id est*, violando quello "scrigno" di diritti e libertà fondamentali⁸, costituzionalmente protetti.

Parliamo di uno strumento assai più intrusivo dei droni e delle videosorveglianze, in quanto "fruga" nella sfera più intima dell'individuo, attentando alla sua psiche⁹ (si pensi al messaggio non inviato!). Ed è proprio l'attività del "frugare" che esorta l'interprete a interrogarsi sulla possibile riconducibilità di tali operazioni a un'attività perquirente come tipizzata dal legislatore ovvero ad altri modelli inediti di ricerca della prova.

Di fronte a nuove tecniche di indagini, frutto del progresso tecnologico, per vero, in mancanza di una disciplina *ad hoc*, è preferibile *in primis* tentare la strada della sussumibilità in atti tipici e, solo se tale sentiero non è percorribile, ricorrere al paradigma dell'atipicità; categoria, quest'ultima, assai insidiosa e notoriamente abusata dagli interpreti, protesi a mettere avanti a tutto le esigenze investigative, sino a far rientrare negli atti atipici attività che sono invece irrituali¹⁰.

In pratica, se nel codice c'è una norma alla quale è possibile fare riferimento, allora la via corretta è passare da quella norma, con tutto quello che ne consegue in termini di presupposti, requisiti, limiti probatori e regime di inutilizzabilità¹¹. Solo in via residuale, quindi, ricorrere all'atipicità, sempre nel rispetto dei requisiti sostanziali e processuali previsti dall'art. 189 c.p.p., e soprattutto valutando la legittimità costituzionale dell'atto investigativo. Ed è qui che si annidano le questioni più problematiche: la tendenza è, infatti, quella di utilizzare la categoria della atipicità¹² e, per tale via, aggirare la disciplina tipica mettendo in atto una vera e propria scorciatoia investigativa, che, sconfinando dalla legalità probatoria, finisce col comprimere diritti e libertà di rilievo costituzionale.

A dovere guidare l'interprete, se non si vuole incorrere nella invalidità degli atti, è quindi il principio di legalità probatoria: eventuali errori di inquadramento giuridico dovrebbero fare scattare i divieti probatori, anche quelli impliciti. Fallito, infatti, il tentativo di ricondurre le nuove attività di ricerca sotto l'egida del mezzo probatorio affine disciplinato dal codice, i diritti fondamentali coinvolti restano senza presidio. Ciò malgrado, la giurisprudenza, ricorrendo al meccanismo *ex art.* 189 c.p.p., ammette l'ingresso del reperto digitale appreso tramite il *trojan*, al di fuori delle regole che presidiano i mezzi di ricerca tipici¹³.

⁸ L'espressione è di A.M. PICOZZI, *Intervento* dal titolo "Strumenti di indagine con impatto a largo raggio", svolto presso l'Università degli Studi di Palermo, in occasione del seminario del 22 febbraio 2024 su "Tutela dei terzi. Mezzi di ricerca della prova e investigazioni atipiche", organizzato nell'ambito del progetto PRIN 2022, "Criminal proceedings and the protection of third parties: old and new challenges in the digital era".

⁹ W. NOCERINO, *I sistemi di controllo da remoto*, cit., p. 62.

¹⁰ AA.VV., *Le indagini atipiche*, in A. SCALFATI (a cura), 2^a ed., Torino 2019.

¹¹ C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1210.

¹² La Corte di cassazione, confrontandosi specificamente con la questione, sembra aver ammesso la legittimità di tale procedura, considerandola quale mezzo di ricerca della prova tipico (Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso). Va precisato che, nel caso esaminato dalla Corte, la perquisizione era stata effettuata su un sistema informatico che non si trovava all'interno di un domicilio privato bensì era presente in un luogo aperto al pubblico (ufficio pubblico), rispetto al quale vi era una minore aspettativa di riservatezza.

¹³ Va precisato che, se nelle indagini tradizionali prima si procede alla perquisizione e poi al sequestro, in quelle digitali tale sequenza dovrebbe essere invertita: prima si procederà al sequestro, possibilmente dei dati copiati *in loco*, ma se ciò non fosse possibile, del dispositivo; sulla copia dei dati verrà poi effettuata la perquisizione, che è un'attività di ricerca che richiede competenze specifiche, per tale ragione, sarebbe preferibile che la stessa sia svolta nelle forme dell'art. 360 c.p.p. Dette operazioni saranno precedute dall'ispezione, che deve limitarsi a un'attività di osservazione esterna al fine di individuare ad esempio la marca del dispositivo, la presenza di sistemi di connessione, il tipo di rete (ADSL o rete *Wireless*), le periferiche (se collegate o scollegate). Già la

Ma poiché le indagini preliminari sono ormai intrise di dati probatori precostituiti e digitali, è compito del giurista operare una compiuta verifica sulla compatibilità dei nuovi mezzi di ricerca della prova con il sistema processuale, invocando la sanzione dell'inutilizzabilità degli elementi raccolti con modalità non disciplinate dal codice di rito se lesive dei diritti fondamentali garantiti dalle riserve di legge e di giurisdizione. L'art. 189 c.p.p., per tale via, non è di certo il meccanismo adatto a consentirne l'ingresso. A tal proposito, è bene richiamare l'indirizzo della Corte costituzionale che afferma come un atto possa comportare un maggiore o minore sacrificio al nucleo duro dei diritti fondamentali, invitando a vagliare con scrupolo l'entità della lesione. In presenza di un atto non disciplinato dalla legge, qualora si ritenga che l'attività intrusiva comporti un sacrificio totale del diritto garantito a livello primario, esso non può essere ammesso. La Costituzione, infatti, salvo rarissime eccezioni, pone un limine tendenzialmente non superabile – quindi non bilanciabile – neanche di fronte ad altre esigenze di pari rango costituzionale¹⁴.

2. Breve panorama dei valori costituzionali in gioco e dei diritti emergenti.

Posto che il frequente ricorso all'atipicità investigativa impone la verifica del grado di compromissione dei diritti fondamentali da parte del nuovo strumento tecnologico, alla relativa raccolta delle prove digitali non può che procedersi rispettando i parametri posti dall'ordinamento per la tutela del domicilio informatico, della libertà di pensiero, della riservatezza delle comunicazioni, nonché della tutela dei dati personali dell'interessato. L'accesso a un sistema informatico può, infatti, ledere a più livelli la sfera privata di ogni individuo.

A essere coinvolti sono la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.), l'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), la tutela della riservatezza (art. 2 Cost.), la libertà personale (art. 13 Cost.). Nell'ambito della libertà di domicilio è ormai prassi consolidata farvi rientrare il domicilio informatico, quale proiezione spaziale della persona: la tutela va quindi estesa a tutti i luoghi digitali rispetto ai quali il soggetto goda dello *ius includendi*, dello *ius excludendi alios* e che siano destinati ad attività domestica o lavorativa. A livello europeo, la tutela della riservatezza è garantita dall'articolo 8 CEDU, ove è sancito il diritto al rispetto della vita privata e familiare del domicilio e della corrispondenza, dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, e dall'articolo 16 delle Trattato Fondamentale dell'Unione Europea, ove è garantita la tutela dei dati personali, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto all'anonimato, il diritto all'oblio digitale e il diritto all'accesso alla rete.

semplice apertura di *files* o cartelle postula, infatti, un'attività di perquisizione, che, a differenza dell'ispezione, presuppone un atteggiamento di 'manomissione' dell'investigatore, consistente nel ricercare qualcosa (corpo del reato o cose pertinenti ad esso) modificando lo stato dei luoghi, pur se virtuale. Tuttavia, il carattere urgente che connota dette operazioni e l'eventualità che non vi sia ancora una persona sottoposta alle indagini impediscono il più delle volte di procedere con gli accertamenti tecnici non ripetibili, sicché il suggerimento è di svolgerle con modalità tali da garantire quanto meno un sicuro ed efficace controllo *ex post*, imponendo il rispetto della catena di custodia. Per tali considerazioni, volendo, C. SCACCIANOCE, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, Palermo, 2023, p. 66 ss. Si veda, altresì, P. FELICIONI, *La perquisizione informatica: il gap tra "contenitore" e "contenuto"*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2025, p. 672 ss.

¹⁴ Cost. cost., 9 maggio 2013, n. 85; secondo la Corte «la tutela deve essere sempre sistemica» e, qualora così non fosse, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche, [...] che, nel loro insieme, costituiscono espressione della dignità della persona».

Poi vi sono i diritti inediti, diritti emergenti, come il diritto all'intangibilità della vita digitale¹⁵, o il "diritto alla riservatezza informatica"¹⁶, «una sorta di diritto all'esclusività dell'accesso a uno o diversi "spazi informatici", da difendere a priori, a prescindere dai loro contenuti»¹⁷.

Infine, oltre ai valori di rango primario che, avendo rilevanza processualistica, presidiano il giusto svolgimento del processo e delle indagini, nel corso delle quali operano a vario titolo i principi del contraddittorio, il diritto di difesa e la parità delle armi¹⁸, v'è, poi, il principio di proporzionalità¹⁹.

L'area operativa di tale principio è stata col tempo estesa al di là della disciplina delle misure cautelari, approdando di recente nell'ambito delle indagini digitali²⁰. Il canone, ben radicato nella normativa europea²¹, pone un evidente argine all'ingerenza dell'autorità nella sfera dei singoli che in vario modo vengono investiti dall'attività inquirente, sulla premessa che i diritti fondamentali, in particolare quelli disciplinati dagli artt. 13, 14 e 15 Cost., pur inviolabili, possono essere limitati per attuare l'interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei reati. La legge, tuttavia, ne fa salvo un nucleo incompressibile e, nel regolare l'uso di mezzi lesivi di diritti, stabilisce che si debba tener conto sia del tipo di reato da prevenire o reprimere, sia del *quantum* di limitazione del diritto da consentire. Occorre quindi compiere un'opera di bilanciamento fra gli interessi pubblici e individuali in conflitto. Un bilanciamento che si attua attraverso il c.d. test di proporzionalità, stando al quale, ogni atto investigativo, per la sua legittimità, deve essere idoneo a raggiungere lo scopo, deve essere necessario e il sacrificio deve essere giustificato dalla gravità del reato. Se il test non si supera e si intaccano in modo serio i diritti inviolabili della persona può invocarsi la teoria della cosiddetta prova incostituzionale, da cui discende l'inammissibilità del mezzo atipico di ricerca della prova che comprime tali diritti costituzionalmente tutelati e, in ogni caso,

¹⁵ S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., p. 69; F. CAPRIOLI, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in L. LUPARIA, L. MARAFIOTI E G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino 2019, p. 48; F. SIRACUSANO, *La prova informatica transnazionale: un difficile 'connubio' fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2017, p. 192 ss.

¹⁶ R. FLOR, voce *Riservatezza informatica (tutela penale della)*, in *Diritto on line*, www.treccani.it, 2017.

¹⁷ L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela nell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2/2020, p. 299.

¹⁸ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Qualcosa di meglio del diritto (e del processo) penale?*, in *DisCrimen*, 26 giugno 2020, p. 4, la quale, con riguardo ai nuovi strumenti investigativi, frutto della nuova rivoluzione digitale, osserva come «tale e tanta [sia] la potenza intrusiva che occorre riflettere anche sugli effetti che l'inosservanza delle auspiccate regole può avere sulla *fairness* dell'intero procedimento». Del resto, le strategie investigative finalizzate alla repressione dei reati non dovrebbero mai tradursi in un aggiramento dei principi sul "giusto processo", previsti a garanzia del corretto accertamento penale e del diritto di difesa (C. SCACCIANOCE, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, cit., p. 649).

¹⁹ *Ex multis*, L. BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, Napoli, 2022. Sull'incidenza del canone di proporzionalità in rapporto alle nuove tecnologie di sorveglianza occulta v. F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 176 ss.; F. TRAPELLA, *Legalità e proporzionalità nel reperimento di dati telefonici*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2025, p. 576.

²⁰ Si veda l'*excursus* proposto da L. GIORDANO, *Principio di proporzionalità e diritto processuale penale: una panoramica giurisprudenziale*, in *Diritto, Giustizia e Costituzione*, 28 aprile 2025.

²¹ All'art. 52, § 1, CDFUE è prescritto che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Sul tema v. F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo*, cit.

l'inutilizzabilità dei risultati con esso ottenuti ex art. 191 c.p.p. La giurisprudenza ha affermato che il principio di proporzionalità «in quanto strumentale alla tutela dei diritti individuali anche nell'ambito processuale penale, trova piena applicazione con riguardo ai mezzi di ricerca della prova, attesa l'idoneità di questi a incidere su beni giuridici costituzionalmente tutelati»²².

A entrare in collisione con il principio di proporzionalità sono proprio le perquisizioni finalizzate a esplorare tutti i contenuti dell'*hard disk*, senza enucleare i criteri di selezione dei *file* rilevanti per le indagini. Ecco che il canone *de quo*, improntato al minor sacrificio necessario, viene a costituire l'antidoto per arginare il rischio di intrusioni indiscriminate nei contenitori informatici, tutelando il diritto alla riservatezza senza pregiudicare inutilmente le esigenze investigative.

In tale ottica, assume indubbio rilievo un'importante sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea²³, nella quale si chiarisce come pure i messaggi contenuti nel telefono cellulare, anche se già ricevuti e letti dal destinatario, siano dati personali segreti, sicché per accedere ad essi, a fini di prevenzione, accertamento, rilevazione e perseguimento di reati in generale, occorre, sul piano legislativo, una precisa elencazione da parte della legge nazionale dei reati che consentono tale ingerenza, nel rispetto del principio di proporzionalità e, di regola, un provvedimento di autorizzazione del giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, salvi i «casi di emergenza», che però devono essere «debitamente giustificati».

Anche l'attività di perquisizione e sequestro volta a estrarre i dati personali da un telefono cellulare rientra, pertanto, nell'alveo della direttiva UE 2016/680, costituendo, la medesima attività perquirente, un trattamento ai sensi dell'articolo 3 della direttiva²⁴. Da qui la necessità dell'autorizzazione del giudice, a garanzia dell'equilibrio tra le esigenze dell'indagine nell'ambito della lotta alla criminalità e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali²⁵. In definitiva, la Corte ha stabilito che l'uso di queste tecniche deve essere sempre proporzionato allo scopo perseguito, evitando eccessi o abusi, e deve essere limitato nel tempo e nello spazio.

Sulla stessa linea si pone la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, laddove afferma che in tema di archiviazione della messaggistica elettronica - rientrando nel perimetro di applicazione dell'art. 8 CEDU - e a prescindere dall'effettiva acquisizione di tali dati, costituisce una grave ingerenza nella sfera privata e individuale la sola esistenza di un obbligo di consentirne l'accesso. Dopo aver ribadito la centralità del diritto alla riservatezza, i Giudici di Strasburgo evidenziano la necessità che le norme in materia di conservazione, acquisizione e trattamento automatizzato dei dati esterni alle conversazioni (*traffic data*) e del

²² Così, Cass., sez. II, 8 settembre 2022, n. 42058, Pili. Sul punto, si veda anche Cass., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 6623, Pessotto e Cass., sez. VI, 22 settembre 2022, n. 34265, Aleotti.

²³ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 4 ottobre 2024, causa C-541/21, C.G. c. Bezirkshauptmannschaft Landeck, ECLI:EU:C:2024:830.

²⁴ L'art. 3 della direttiva UE 2016/680, al punto 2, stabilisce che per «trattamento» si intende «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

²⁵ F. TRAPPELLA, *Legalità e proporzionalità*, cit., p. 589, secondo il quale, tra gli spunti offerti da tale decisione, il più importante è quello «che regola e dà ordine ai controlli sull'attività inquirente: la proporzionalità assurge a metodo utile alla salvaguardia del singolo – e, quindi, al contenimento del potere inquirente – accessibile in casi e in forme predefinite dal legislatore e sempre in armonia con i precetti sanciti dalle Carte dei valori».

loro contenuto (*content data*) assicurino adeguate garanzie procedurali contro i possibili abusi, limitando l'archiviazione a finalità predeterminate e prevedendo un periodo di conservazione «non superiore al necessario»²⁶. Più di recente la Corte europea ha affermato che un accesso e una captazione massiccia indiscriminata di dati e documenti si pongono in contrasto con il principio di proporzionalità e con lo stesso articolo 8 della Convenzione²⁷.

3. L'ondivaga posizione della giurisprudenza

Rispetto alle nuove tecniche investigative in campo digitale l'elaborazione giurisprudenziale ne ha, nel tempo, vagliato la compatibilità costituzionale utilizzando i parametri normativi, espressamente codificati dal legislatore costituente, che tutelano le libertà negative tradizionali, ovvero la libertà personale, la libertà di domicilio e la libertà di corrispondenza.

Sono noti gli orientamenti oscillanti che inquadrano le acquisizioni di dati digitali ora nella categoria della corrispondenza, ora in quella delle intercettazioni, ora nella prova documentale, a seconda, tanto delle peculiarità del dato conoscitivo acquisito, se comunicativo o non comunicativo, se freddo o dinamico, o ancora se acquisito tramite intercettazione statica, dinamica, tra presenti oppure no, quanto del diverso grado di incidenza dell'atto sui diritti fondamentali²⁸.

Con riferimento specifico alle perquisizioni *online*, si registra un indirizzo che le riconduce alle intercettazioni telematiche anche quando captano dati statici perché comunque c'è un flusso di comunicazione, sebbene tra microprocessore video e non tra utenti²⁹; un altro che afferma come l'acquisizione di *e-mail* salvate in bozza, e mai inviate, non vada inquadrata nell'istituto delle intercettazioni, bensì in quello della corrispondenza *ex artt.* 254 e 254-*bis* c.p.p.³⁰; ancora si afferma che i messaggi *whatsapp* e gli *sms* conservati nella memoria di un telefono cellulare sottoposto a sequestro hanno natura di documenti in quanto acquisizioni *ex post* del dato conservato nella memoria³¹; sulla stessa linea, si afferma che «per i dati informatici non valgono i principi elaborati in materia di intercettazioni e di acquisizione di corrispondenza, dovendosi ritenere che i messaggi *whatsapp* e gli *sms* conservati nella memoria di un telefono cellulare hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., sicché

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 gennaio 2022, *Ekimdzhiiev e altri c. Bulgaria*, ECLI:EU:C:2022:779.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 gennaio 2025, *Reznik c. Ucraina*; *id.*, 19 dicembre 2024, *Grande Oriente d'Italia c. Italia*.

²⁸ La casistica è ampia e spazia dalla ritenuta neutralità costituzionale delle attività di pedinamento elettronico in quanto non direttamente incidenti sui profili attinenti alla libertà e segretezza delle comunicazioni, né alla inviolabilità del domicilio, come tali liberamente esperibili dalla polizia giudiziaria anche in assenza di un provvedimento autorizzativo da parte dell'autorità giudiziaria, al rilievo costituzionale della acquisizione di dati di traffico telefonico quali dati contigui alla riservatezza delle comunicazioni, in quanto tali apprendibili esclusivamente su provvedimento dell'autorità giudiziaria; dalla ritenuta illegittimità delle videoriprese di contenuti non comunicativi all'interno del domicilio in assenza di norme attuative della riserva di legge e di giurisdizione che presidiano l'invio della corrispondenza, alla illegittimità del ricorso al modulo procedurale delle intercettazioni *ex art.* 266 c.p.p., al fine di acquisire contenuti della corrispondenza cartacea dei detenuti, giudicato in aperta elusione della disciplina e delle garanzie di visibilità dell'atto posta dagli artt. 254 e 353 c.p.p. e delle formalità stabilite dall'articolo 18 *ter* ord. pen.

²⁹ Cass., sez. V, 20 ottobre 2017, n. 48370, *Occhionero e altri*.

³⁰ Cass., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, *Grassi*.

³¹ Cass., sez. V, 16 gennaio 2018, n. 1822, *Parodi*; Cass., Sez. VI, 28 giugno 2019, n. 28269, *Pizzarotti*.

è legittima la loro acquisizione mediante mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p.»³²; ancora l'orientamento per il quale lo *screenshot* di un *file Excel* contenente un prospetto contabile eseguito mediante captatore non dà luogo al sequestro di un documento informatico, ma costituisce intercettazione mediante captazione di un flusso di dati *in fieri*, e, quindi, non è riconducibile a una perquisizione giacché la creazione di un *file Excel* costituisce un comportamento comunicativo e la sua foto è captazione di un flusso di dati in corso: in tali casi basta l'autorizzazione del giudice non occorrendo i presupposti per le perquisizioni, come il riferimento al corpo di reato³³.

Ebbene, in tale magma di incertezza è intervenuta, di recente, la Corte costituzionale, con due importanti pronunce, mettendo un punto di chiarezza sulla dicotomia tra corrispondenza e comunicazione.

Con una prima decisione³⁴, la Corte, pronunciandosi sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, promosso dal Senato nei confronti della Procura di Firenze, in relazione agli atti di indagine compiuti in un procedimento penale pendente nei confronti, tra gli altri, di un noto senatore, ha affermato che la Procura non poteva acquisire, senza preventiva autorizzazione del Senato, messaggi di posta elettronica e *whatsapp* del parlamentare, o a lui diretti, conservati in dispositivi elettronici appartenenti a terzi, oggetto di provvedimenti di sequestro nell'ambito di un procedimento penale a carico dello stesso parlamentare e di terzi. La portata innovativa della sentenza è rintracciabile nel fatto che tali messaggi sono stati ritenuti riconducibili alla nozione di «corrispondenza», costituzionalmente rilevante e la cui tutela non si esaurisce, come invece sostenuto dalla Procura, con la ricezione del messaggio da parte del destinatario, ma perdura fin tanto che esso conservi carattere di attualità e interesse per gli interlocutori. Gli organi investigativi - ha precisato la Corte - sono abilitati a disporre il sequestro di «contenitori» di dati informatici appartenenti a terzi, quali *smartphone*, *computer* o *tablet*, ma quando riscontrino la presenza in essi di messaggi intercorsi con un parlamentare, debbono sospendere l'estrazione di tali messaggi dalla memoria del dispositivo e chiedere l'autorizzazione della Camera di appartenenza per poterli coinvolgere nel sequestro. Ciò a prescindere da ogni valutazione circa il carattere «occasionale» o «mirato» dell'acquisizione dei messaggi stessi.

Per la Corte, quindi, indipendentemente dalle tecniche di acquisizione del dato comunicativo – intercettazione o sequestro – che possono essere diverse a seconda delle modalità con le quali il dato viene trasmesso e rinvenuto, il messaggio inviato e letto deve considerarsi corrispondenza almeno «fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza», trasformandosi, in tale caso, «in un mero documento storico». In altre parole, ai fini del riconoscimento delle

³² Cass., sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417; in senso conforme, *ex multis*, Cass., sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822; Cass., sez. V, 21 novembre 2017, n. 1822. Gli stessi principi sono stati applicati anche dalle Sezioni Unite civili della Cassazione (Sez. un., 27 aprile 2023, n. 11197, in *Giur. it.*, 2023, p. 2623), le quali, ai fini dell'accertamento dei fatti nell'ambito di procedimenti disciplinari a carico di magistrati, hanno ritenuto che i messaggi *whatsapp* e gli sms conservati nella memoria di un telefono cellulare sono utilizzabili quale prova documentale *ex art.* 234 c.p.p. e, dunque, possono essere legittimamente acquisiti mediante la mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p.

³³ Cass., sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, Romeo.

³⁴ Corte cost. 27 luglio 2023, n. 170. Cfr. F. ALVINO, *I mobili confini della corrispondenza e le (in)coerenze - attuali e futuri - di sistema: scenari e prospettive de lege ferenda in materia di acquisizioni digitali*, in *Arch. pen.* (on-line), 1/2025.

garanzie previste dall'art. 15 Cost., ciò che rileva è la natura comunicativa del dato e non la tecnica della sua acquisizione.

Nella seconda pronuncia³⁵ la Corte, in continuità con il suddetto precedente, ha esteso le garanzie di salvaguardia del diritto alla riservatezza dei dati archiviati sulla memoria di un telefono cellulare attraverso il riconoscimento della natura di corrispondenza anche alle comunicazioni non più *in itinere* ma acquisite dopo la ricezione da parte del destinatario. Ha quindi dichiarato l'illegittimità dell'estrapolazione dei messaggi *whatsapp*, operata senza una preventiva autorizzazione della Camera di appartenenza. In particolare, si è osservato come nella nozione di corrispondenza debbano ricomprendersi altresì i messaggi *whatsapp*, anche dopo che siano stati ricevuti e letti, qualora conservati nella memoria del dispositivo elettronico del destinatario o del mittente. Del resto, come affermato dalla medesima Corte, «quello di “corrispondenza” è concetto ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza»³⁶.

La conseguenza di tale affermazione è dirimente: la garanzia di cui all'art. 15 Cost., che tutela la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, consentendone la limitazione soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria, si estende «a ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini educativi, compresi quelli elettronici e informatici», e rimane valida anche dopo che la comunicazione è giunta a conoscenza del destinatario, finché conservi carattere di attualità. Su tale punto, non può non rilevarsi il carattere vago e generico della formula utilizzata dalla Corte, tale da lasciare spazio a interpretazioni libere e discrezionali, col risultato di vanificare gli sforzi volti a mettere ordine in una materia che sconta l'assenza di una normativa *ad hoc*, quanto mai opportuna.

Alla luce degli ultimi interventi dei Giudici costituzionali, la Corte di cassazione, sulla premessa che i messaggi di posta elettronica, i messaggi *whatsapp* e gli sms conservati nella memoria di un dispositivo elettronico costituiscono corrispondenza anche dopo la ricezione da parte del destinatario e non possono più essere considerati alla stregua di un mero documento, ne ha affermato l'assoggettamento alla disciplina dell'art. 254 c.p.p., con la conseguenza che è da escludersi la «possibilità di accesso diretto» da parte della polizia giudiziaria, alla quale è riconosciuto il solo potere di «acquisire materialmente il dispositivo elettronico ma senza accesso diretto al suo contenuto, analogamente a quanto previsto per l'invio della corrispondenza postale dall'art. 254, comma 2, c.p.p., e fermo quanto disposto dall'art. 353 c.p.p. sull'apertura dei plichi o di corrispondenza con l'autorizzazione del pubblico ministero quando ciò sia necessario per l'assicurazione di elementi di prova che potrebbero andare persi a causa del ritardo»; ciò anche se l'indagato abbia fornito il proprio consenso dopo l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore³⁷.

È chiaro, quindi, che la via intrapresa dagli interpreti è quella, più volte auspicata, di un ripensamento delle categorie tradizionali (come quella del domicilio o della corrispondenza),

³⁵ Corte cost., 28 dicembre 2023, n. 227. Anche in tale caso la Corte si è pronunciata sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sollevato con ricorso del Senato della Repubblica nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino, del Giudice per le indagini preliminari e del GUP presso il medesimo Tribunale, che avrebbero violato, per il ricorrente, le prerogative costituzionali poste a presidio dell'esercizio della funzione parlamentare dall'art. 68, comma 3, della Costituzione, anche alla luce della sua attuazione ad opera degli artt. 4 e 6 della legge n. 140/2023. Si veda il commento di G.M. BACCARI, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sull'acquisizione dei messaggi WhatsApp*, in *Proc. pen. giust.*, 4/2024, p. 880.

³⁶ Corte cost., 7 giugno 2023, n. 170.

³⁷ Cass. Sez. VI, 13 gennaio 2025, n. 1269, annotata da M. ODDIS, *L'acquisizione della messaggistica digitale nel processo penale: tra cortocircuiti processuali e prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 6/2025, p. 5 ss.

alla quale tuttavia deve essere affiancato un lavoro di adattamento degli istituti del sequestro, delle perquisizioni e delle intercettazioni, non più rinviabile.

Come detto, le perquisizioni *online* consentono di accedere all'interno di dispositivi che incorporano una miriade di dati e metadati, per tale ragione, presentano indubbi e numerosi profili distintivi rispetto alle perquisizioni tradizionali e a quelle dei sistemi informatici, ma anche rispetto agli altri mezzi di ricerca della prova, quali le ispezioni e le intercettazioni. Malgrado atti a sorpresa, le perquisizioni tradizionali prevedono, infatti, garanzie informative e partecipative, e sono volte alla ricerca del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti che, se rinvenuti, saranno sottoposti a sequestro; le perquisizioni *online*, invece, sono dirette all'acquisizione indiscriminata di dati di natura comunicativa e non comunicativa, all'insaputa del soggetto attinto, e di quelli con cui questi entra in contatto, per un tempo indeterminato e in un luogo virtuale; sono, quindi, disposte anche a fini esplorativi, alla ricerca di terzi potenziali futuri indagati, concretandosi in un'attività investigativa in cui sono del tutto assenti i presidi difensivi³⁸. Quanto alle ispezioni, che consistono in attività di osservazione e descrizione aventi ad oggetto persone luoghi e cose al fine di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato, anch'esse sono corredate da garanzie difensive informative, assenti nelle perquisizioni *online* che invece mirano alla raccolta subdola e occulta di informazioni di pertinenza dell'indagato a sua insaputa. Se, infine, le intercettazioni consistono nelle captazioni occulte ad opera di un terzo di una comunicazione o conversazione in atto tra due o più soggetti che intendono escludere altri e che agiscono con modalità tecniche oggettivamente idonea allo scopo, per contro le perquisizioni *online* hanno lo scopo di acquisire una mole di informazioni e non di captare comunicazioni in atto; sebbene siano registrati i movimenti dell'indagato in rete e quindi anche gli scambi di dati, questi però non intercorrono tra utenti persone fisiche ma tra più sistemi informatici telematici.

Non sfugge come più cresce il tasso di aggressività dell'intervento statale sulla sfera dell'individuo tanto più occorre limitarne l'esercizio. La questione classificatoria si ripropone, pertanto, con maggior forza rispetto all'acquisizione occulta, da remoto, di dati statici conservati nei sistemi informatici: oggi, infatti, l'intercettazione non è più soltanto captazione delle comunicazioni in atto perché le nostre comunicazioni sono ormai asincrone. Si pensi al messaggio vocale non ascoltato. Ciò mette in discussione la distinzione tra intercettazioni e dati freddi. La perquisizione informatica *online* è certamente capace di acquisire molte più informazioni di quante se ne possono acquisire con una perquisizione nel domicilio fisico, anche informazioni che non hanno niente a che vedere con le indagini. Da qui la necessità di fare una selezione. Come efficacemente affermato in dottrina, emerge l'originario *imprinting* del *malware*, nato come strumento in uso alle attività di *intelligence* e, perciò, impiegato in chiave di prevenzione del crimine, con l'inquietante constatazione che la capacità di prevenzione risulta più efficace, non già con la raccolta mirata, quanto piuttosto con l'acquisizione

³⁸ Rileva R.O. VALLI, *La perquisizione informatica e la perquisizione "da remoto"*, cit., come l'esplorazione di un sistema informatico compiuta da remoto «appare sussumibile a tutti gli effetti nel genere perquisizione informatica (o, a seconda dei casi, ispezione informatica) dalla quale si differenzia unicamente per le modalità occulte con le quali viene attuata». Essa «non viene definita propriamente quale "perquisizione" per il solo motivo che le relative disposizioni codicistiche non risulterebbero facilmente applicabili (si pensi alla facoltà riconosciuta al difensore di assistere al compimento delle operazioni o alla necessità di inviare all'indagato l'informazione di garanzia e sul diritto di difesa, o a quella di effettuare il deposito del verbale in segreteria, o ancora, alla previsione di cui all'art. 250 c.p.p., secondo cui copia del decreto che dispone la perquisizione deve essere consegnato all'interessato o a chi ha la disponibilità dei luoghi) o, ove applicate, vanificherebbero gli scopi dell'operazione stessa, il cui reale vantaggio rispetto ad una perquisizione informatica "tradizionale" è proprio quello di consentire un'acquisizione occulta dei dati informatici di interesse investigativo».

indiscriminata e automatica di dati, strumentale alla loro analisi tramite elaboratori dalla grande potenza di calcolo³⁹.

La cifra di invasività delle perquisizioni *online* è massima e l'assenza di una normativa *ad hoc* disorienta gli interpreti⁴⁰. È difficile farla rientrare nell'attività tipica, trattandosi di operazioni che invadono il domicilio informatico, sicché la sua necessaria conformità alla riserva di legge prevista dall'articolo 14 Cost. implica una sua regolamentazione con atto normativo che sia conforme anche all'articolo 8 CEDU.

Per di più, il virus inoculato su un dispositivo di uso quotidiano finisce col compromettere anche la stessa idea di libertà personale. L'attività di indagine si tramuta in una forma di sorveglianza occulta e continuativa del *device* e di chi lo usa. Il diritto alla libertà personale, che precede e condiziona a livello operativo ogni altro diritto di libertà rendendone possibile la piena esplicazione, rimanda a un concetto di libertà personale non più solo come *habeas corpus* ma esteso fino a ricomprendere la pretesa al libero sviluppo della persona umana, quindi esteso alla libertà morale, che è senz'altro compromessa dal virus informatico⁴¹. Risuona il dettato normativo dell'art. 189 c.p.p. lì dove richiede non solo l'idoneità del mezzo ad assicurare l'accertamento dei fatti ma anche il mancato pregiudizio della libertà morale della persona.

4. Proposta di legge in cantiere

Non può non farsi un cenno alla proposta di legge n. 1822, attualmente in esame alla Camera⁴². La proposta, infatti, intende introdurre una disciplina assai articolata, condensata

³⁹ R. BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018, p. 211 s.

⁴⁰ In prospettiva *de iure condendo*, v. M. TORRE, *Considerazioni su perquisizione, sequestro e intercettazioni digitali*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, p. 820: l'A. sostiene che in tema di perquisizioni on line, applicare il principio di proporzionalità significa innanzitutto precisare le categorie di delitti per accertare i quali è possibile ricorrere allo strumento *de quo*, con esclusione di tale tecnica investigativa in tutti gli altri casi; sul piano probatorio, poi, ricorrervi esclusivamente in presenza di gravi indizi di reato, quando l'acquisizione da remoto sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini; ancora, prevedere un adeguato sistema di monitoraggio delle operazioni di perquisizione on line, con l'espressa indicazione che i dati informatici siano acquisiti e conservati con modalità tecniche tali da assicurare l'integrità e l'immodificabilità dei dati raccolti, nonché la loro conformità rispetto agli originali; infine, stabilire, come conseguenza processuale, una ipotesi di inutilizzabilità patologica speciale in caso di attività di *on line search* poste in essere al di fuori dei "casi" e dei "modi" previsti dalla legge processuale.

⁴¹ L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali*, cit., p. 295: «se la persona si pone quasi come una "entità disincarnata", sorge l'esigenza di proteggerne il "corpo elettronico", sentendosi il bisogno di una sorta di *habeas corpus*, nella forma di un *habeas data*, da considerare come l'evoluzione del nucleo dal quale storicamente si è sviluppata la libertà personale»; sul punto v. anche S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali vincoli, quali diritti*, Roma, 2014, p. 30.

⁴² In argomento, v. i testi delle audizioni del 27 maggio 2025 della prof.ssa S. SIGNORATO, del prof. J. DELLA TORRE e del prof. M. CALANIELLO, dinnanzi alla Commissione II Giustizia della Camera dei deputati, nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 1822, approvata dal Senato, recante "Modifiche al Codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi, sistemi informativi o telematici o memorie digitali" (disegno di legge C. 806), pubblicate sulla rivista *Sist. pen.* (on-line), rispettivamente l'11 giugno, il 19 giugno e il 3 luglio 2025. Altresì, si veda F. ALVINO, *I mobili confini della corrispondenza*, cit., p. 14 ss.; O. MURRO, *Prospettive in tema di sequestro dello smartphone: le novità approvate dal Senato*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, p. 1619.

in un unico articolo, il 254 *ter*, che prevede una serie di passaggi atti a regolamentare, nel rispetto dei principi di proporzionalità, necessità e integrità, l'accesso e la selezione dei dati contenuti nei dispositivi digitali. In estrema sintesi, il legislatore introduce una disciplina *ad hoc* per il "sequestro informatico", il sequestro cioè dei c.d. contenitori, prevedendo un controllo preventivo da parte del giudice per le indagini preliminari, il quale ne dovrà apprezzare la necessità per la prosecuzione delle indagini, in relazione alle circostanze di tempo e di luogo del fatto e alle modalità della condotta; vengono poi tipizzate le operazioni, ancorché derogabili, di duplicazione sia del contenuto dei *devices*, dei sistemi e delle memorie digitali, sia - e questo amplia notevolmente lo spazio su cui agisce il potere investigativo - dei dati, delle informazioni e dei programmi accessibili da remoto; tale operazione è disposta dal pubblico ministero ed è eseguita dall'esperto all'uopo incaricato in modo da garantire la conformità della copia all'originale, con la partecipazione dei difensori e dei consulenti di parte. Le operazioni siffatte sembrerebbero evocare quelle riferite agli accertamenti tecnici non ripetibili, sebbene non sia qui contemplata la possibilità per l'interessato di promuovere incidente probatorio. Dopo l'esercizio dell'azione penale, è previsto che la duplicazione sia effettuata mediante perizia. Effettuata la copia clone e disposta la restituzione dei dispositivi sequestrati, segue l'attività di analisi della stessa, volta a selezionare i dati, i programmi e le informazioni strettamente pertinenti al reato. L'analisi è però condotta dal pubblico ministero in assoluta autonomia, senza peraltro limiti di tempo, e, una volta terminata, si provvederà al sequestro, che assumerà una duplice forma a seconda dei dati da sequestrare: se dati freddi, non comunicativi, sarà lo stesso organo inquirente a disporlo, mentre, per i dati inerenti a comunicazioni e conversazioni o corrispondenze informatiche (inviate e ricevute), occorrerà l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, in linea con gli insegnamenti di Corte cost. n. 170 del 2023. Tutto il materiale digitale selezionato sarà quindi riversato in supporti adeguati venendo a costituire la copia fine, destinata a confluire nel fascicolo, mentre la copia clone resterà conservata negli uffici della procura fino alla formazione del giudicato.

Anche in tema di perquisizione informatica il legislatore intende intervenire, incorrendo tuttavia in un'aporia che suscita non poche perplessità. La perquisizione informatica, infatti, resta inquadrata come attività che precede il sequestro, è disposta senza vaglio giurisdizionale ed è eseguita senza la necessaria partecipazione dei consulenti di parte, i quali potranno presenziare solo se prontamente reperibili. Nessun cenno alla nuova procedura partecipata di duplicazione introdotta per il sequestro informatico. In pratica, si consente sia al pubblico ministero sia alla polizia giudiziaria, in difetto di una preventiva autorizzazione del giudice, di procedere all'analisi dei dispositivi digitali, senza alcuna partecipazione della difesa, a cui segue il successivo sequestro dei dati rinvenuti, per il quale si rinvia alla duplice forma sopra descritta introdotta dal nuovo art. 254 *ter* (sequestro disposto direttamente dal p.m. se dati freddi e previa autorizzazione del g.i.p. se dati inerenti a comunicazioni). È evidente che, in tal modo, si finisce col disconoscere la natura intrinsecamente invasiva di un atto investigativo diretto a frugare dentro la massa di dati contenuti nei dispositivi digitali.

In tale articolata procedura il segmento più debole è certamente quello dell'analisi di dispositivi, *server*, archivi digitali, contenuti in *cloud* per la selezione dei dati pertinenti. È qui, infatti, che, in conformità agli ultimi *dicta* eurounitari – il riferimento è a Corte di giustizia 4 ottobre 2024 – avrebbe dovuto riconoscersi alla difesa un ruolo nella determinazione dei criteri tecnici e metodologici da utilizzare per l'analisi della copia clone, visto che la scelta del metodo di estrazione, classificazione e selezione può incidere in modo significativo sugli esiti dell'attività investigativa e sull'effettività della tutela difensiva. Invece, la proposta sembra

escludere qualsiasi intervento difensivo: permette al pubblico ministero di “frugare” in solitudine all’interno della mole di dati contenuti nel dispositivo, precludendo di fatto alla difesa anche un efficace controllo *ex post*.

A ciò si aggiungano altre due note stonate: la prima è che non è previsto alcun limite temporale per l’analisi e la selezione dei dati rilevanti; la seconda è che la copia clone resta conservata negli uffici del pubblico ministero, e non – si badi – in un archivio appositamente creato, per un tempo lunghissimo, infatti, vi resta fino a che la sentenza non passi in giudicato.

5. I terzi coinvolti e la tutela negata

Si è detto che mediante il captatore informatico il controllo si estende a chiunque e ovunque si muova nel raggio di azione dello strumento, così da operare un monitoraggio penetrante e ubiquitario che non incontra limiti e confini di sorta, incidendo in maniera significativa sul complesso delle garanzie inviolabili dell’individuo. Attenta dottrina, a tal riguardo, ne ha rimarcato l’eccesso di ingerenza, individuando «il fattore di crisi» nella natura mobile del dispositivo bersaglio, che lo trasforma, una volta che si attiva da remoto il microfono, «in una microspia capace di ascoltare ogni “sospiro” del soggetto sotto controllo»⁴³, in ogni momento della sua vita. Ne consegue che, in assenza di confini spazio-temporali, la cimice informatica estende il proprio raggio d’azione a una folla indeterminata e indeterminabile di persone estranee ai fatti oggetto di indagine.

Ecco che sorge, urgente, la necessità di assicurare presidi certi oltre che per l’indagato, anche nei riguardi dei terzi non indagati.

È bene precisare che per “terzi” qui si intendono quelle persone occasionalmente coinvolte nell’attività investigativa, per definizione estranee ai fatti per i quali si indaga, ma in qualche modo implicate nella ricerca dei dati.

Ciò posto, è fuor di dubbio che anche tali soggetti terzi siano titolari di diritti e libertà, come il diritto alla privacy e il diritto alla riservatezza, il cui sacrificio provoca loro una serie di danni, non solo patrimoniali: si pensi al danno all’immagine, al danno all’identità personale e, in generale, ai danni direttamente connessi alla violazione della *privacy*⁴⁴. Tra le cause, assume un ruolo certamente primario la possibile risonanza mediatica del procedimento nel quale vengono coinvolti.

Il problema allora è comprendere se e quali spazi di tutela il sistema assicuri loro e se sia necessario garantirne di nuovi.

A tal fine giova richiamare, per gli importanti asserti ivi contenuti in punto di assenza di tutela nei confronti dei soggetti estranei alle indagini le cui comunicazioni siano state captate mediante intercettazione, una recente decisione dei giudici di Strasburgo⁴⁵, con la quale la Corte europea ha affermato che costituisce una interferenza illecita nel diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza, garantito dall’art. 8 CEDU, l’intercettazione telefonica disposta dalla autorità giudiziaria italiana nei confronti di chi, risultando estraneo alla commissione del reato, non è parte del procedimento in relazione al quale è stata

⁴³ A. SANNA, *La prova informatica al vaglio del giudice, tra cattiva scienza e cattivi scienziati*, in *DisCrimen*, 4 maggio 2022, p. 4.

⁴⁴ F. VERGINE, *La tutela del soggetto estraneo alle vicende processuali*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino, 2017, p. 463.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. I, 24 maggio 2024, Contrada c. Italia.

autorizzata la captazione di conversazioni; che, diversamente dalle persone indagate, garantite contro eventuali abusi nelle operazioni di intercettazioni, dovendo essere avvisate immediatamente della loro conclusione e potendo accedere alle relative registrazioni e trascrizioni, quelle non sospettate, né accusate di un reato, possono venirne a conoscenza solo in modo fortuito o accidentale; che tale circostanza, preclusiva della possibilità di ottenere un controllo effettivo su legittimità e necessità della misura, determina l'inadeguatezza della legge italiana a soddisfare il requisito della "qualità del diritto" e a limitare l'interferenza a quanto necessario in una società democratica.

In particolare, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto incompleta la previsione di cui all'art. 269, comma 2, c.p.p., nella misura in cui, pur consentendo a «tutti gli interessati», e dunque anche alle persone non sottoposte alle indagini, di chiedere al giudice la distruzione della documentazione "non necessaria per il procedimento", preclude loro la possibilità di chiedere e ottenere un vaglio sulla legittimità e sulla necessità del provvedimento che autorizza le intercettazioni⁴⁶; hanno inoltre rilevato come, mentre la persona sottoposta alle indagini è informata della conclusione delle operazioni di intercettazione e ha accesso alla documentazione rilevante, per i soggetti estranei al procedimento non è prevista alcuna notificazione, sicché gli stessi potrebbero non venire mai a conoscenza del proprio coinvolgimento⁴⁷, e, anche se si rendessero conto di essere stati oggetto di una misura di captazione, non disporrebbero di alcuna via d'impugnazione che gli consentisse di chiedere il controllo giurisdizionale delle intercettazioni disposte nei loro confronti. Né è utilizzabile il vaglio giurisdizionale previsto dall'art. 271 c.p.p., volto alla distruzione del materiale reperito al di fuori dei casi consentiti dalla legge, in quanto il meccanismo non è esperibile dai soggetti diversi dalle parti. Eppure – continua la Corte - privare una persona presa di mira da un'intercettazione della possibilità effettiva di impugnare retroattivamente tale provvedimento significa privarla di un'importante garanzia contro possibili abusi, concludendo «che il diritto italiano non prevede garanzie adeguate ed effettive che proteggano dal rischio di abuso le persone interessate da una misura di intercettazione le quali, non essendo sospettate di essere implicate in un reato né imputate dello stesso, rimangono estranee al procedimento. Nella specie, non è previsto che tali persone abbiano la facoltà di rivolgersi a un'autorità giudiziaria per ottenere un controllo efficace della legalità e della necessità della misura e per ottenere, se del caso, una riparazione appropriata»⁴⁸.

Si aggiunga come l'articolo 268, comma 2-*bis*, c.p.p., stabilendo che il pubblico ministero vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini, sembrerebbe far prevalere il diritto alla prova sul diritto alla riservatezza, il quale sarà adeguatamente tutelato solo con riguardo agli atti irrilevanti. Per tale via, il diritto alla riservatezza viene ridotto a corollario del diritto alla difesa, ancorché la titolarità di entrambi i diritti possa non coincidere: possono infatti non convergere gli interessi e quindi gli strumenti di tutela e, secondo l'articolo 268, comma 6, c.p.p., la rilevanza o meno di un atto è rimessa alla valutazione delle parti e del giudice nel corso della procedura di stralcio⁴⁹.

⁴⁶ §69 della sentenza.

⁴⁷ §92 della sentenza.

⁴⁸ § 95 della sentenza.

⁴⁹ Per queste considerazioni v. L. LUDOVICI, *Il danno alla privacy. Le notizie non collegate all'imputazione*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo*, cit., p. 343 ss.

A fronte di tale *vulnus*, uno spunto interessante è da rintracciare nel d.d.l. Mastella (C. n. 1638), presentato nel 2006, il quale prevedeva l'innesto, nella disciplina delle intercettazioni, di un nuovo articolo, il 268 *sexies*, rubricato "avviso a persone non indagate". Nel dettaglio, si proponeva, al comma 1, che, dopo la chiusura delle indagini, il pubblico ministero desse avviso in piego chiuso dell'avvenuta intercettazione ai soggetti, titolari delle utenze in ordine alle quali fosse stata disposta intercettazione delle comunicazioni telefoniche o dei flussi di comunicazione informatiche o telematiche, diversi da quelli nei cui confronti si procedeva e che non risultassero indagati in procedimenti connessi o collegati; al comma 2, che l'avviso contenesse la mera notizia dell'avvenuta intercettazione, la durata e il numero della utenza intercettata, nonché l'indicazione della facoltà di chiedere la distruzione anticipata delle registrazioni ai sensi dell'articolo 269, comma 2; infine, al comma 3 che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicassero, qualora si procedesse per reati *ex art.* 51, comma 3 *bis* e 3 *quater* ecc., se taluna delle intercettazioni fosse stata acquisita al procedimento perché rilevante.

La strada suggerita con tale proposta era quindi quella di estendere la tutela della riservatezza proprio a coloro che si fossero trovati a dovere subire una ingerenza da parte delle autorità nella propria vita privata, pur non essendo stati raggiunti da sospetti di reità, fermo restando che, come più volte affermato dalla Corte di cassazione⁵⁰, l'art. 267 c.p.p. fa riferimento a gravi indizi di reato, e non alla colpevolezza accertata o sospettata di una persona in particolare, sicché è possibile disporre le intercettazioni, quando le stesse sono necessarie per lo svolgimento delle indagini, anche nei confronti di persone contro le quali non è stato trovato alcun indizio di colpevolezza, o che non sono sospettate del reato da cui sono scaturite le indagini. Una strada evidentemente non intrapresa dall'attuale legislatore impegnato a regolamentare l'accesso e l'analisi dei dispositivi sottoposti a sequestro informatico. Come visto, infatti, non solo si propone di consentire agli organi inquirenti di svolgere l'attività volta alla ricerca di dati rilevanti sulla copia clone, effettuata dopo il sequestro informatico del dispositivo, per un tempo indeterminato e senza la partecipazione degli interessati, ma altresì non si prevede che, concluse tali operazioni, la copia integrale venga restituita agli interessati. Una posizione chiaramente in controtendenza rispetto all'orientamento che si è andato con fatica consolidando in tema di sequestro di dispositivi informatici⁵¹. Come afferma attenta dottrina⁵², «il tempo necessario alla selezione di ciò che è necessario ai fini probatori da ciò che deve essere restituito non può essere un fattore neutro, destinato a pregiudicare chi da terzo estraneo al reato ha già subito la limitazione del diritto di sindacare sin da subito con rigore la esistenza del nesso di strumentalità tra *res* e

⁵⁰ Cass., sez. VI, 18 giugno 1999, n. 9428, Patricelli; Cass., sez. V, 7 febbraio 2003, n. 38413, Alvaro; Cass., sez. fer., 22 settembre 2010, n. 34244, Lombardi.

⁵¹ Secondo Cass., sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, Aleotti, la cosiddetta copia integrale costituisce solo una copia mezzo, cioè una copia che consente di restituire il contenitore ma che non legittima affatto il trattenimento dell'insieme di dati appresi; nello stesso senso Cass., sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13156, Scagliarini. V. anche Cass., sez. VI, 26 novembre 2025, n. 38331, in cui i giudici di legittimità, per contrastare le prassi investigative caratterizzate da apprensioni indiscriminate di dati digitali, hanno ribadito la centralità del principio di proporzionalità, definito come vero e proprio "canone di legittimità delle ingerenze lesive dei diritti fondamentali".

⁵² Così, acutamente, F.R. DINACCI, *Sequestro di dispositivi informatici*, cit., p. 8, per il quale, in tal modo, la copia integrale consente di effettuare a sequestro avvenuto ciò che si sarebbe dovuto fare prima, e cioè verificare quali tra i dati acquisiti risultino effettivamente pertinenti rispetto al reato, invertendo il rapporto tra perquisizione e sequestro. In questa prospettiva la copia integrale assume una funzione servente diretta alla creazione di una copia fine, che viene posta quale risultante di un'operazione di selezione dei dati rilevanti ai fini dell'accertamento processuale.

reato». Si tratta di «strumenti di garanzia che non possono essere svuotati e che attengono a inevitabili profili giustificativi e motivazionali di ordine quantitativo qualitativo e temporale del sequestro», onde evitare che il sequestro si presti a meccaniche esplorative.

Come, allora, proteggere i dati dei terzi non indagati che vengono involontariamente coinvolti durante un accesso informatico? Sono diversi gli strumenti normativi che potrebbero essere adottati per una adeguata tutela della loro *privacy*.

Anzitutto le autorità inquirenti devono agire con cautela, concentrandosi sui soli dati pertinenti all'indagine. Questo significa che, durante l'accesso, devono usare strumenti e tecniche idonee a filtrare e isolare le informazioni rilevanti, evitando di copiare dati irrilevanti e personali concernenti i soggetti terzi non indagati. Esistono, a tale scopo, programmi specializzati che consentono di analizzare grandi quantità di dati digitali e di estrarre solo le informazioni rilevanti per l'indagine, limitando, per un verso, l'accesso indiscriminato a dati attribuibili a soggetti terzi, e riducendo, per altro, il rischio di violazioni della *privacy*. Inoltre, prima di procedere alla ricerca, i dati possono essere cifrati o anonimizzati, in modo che le informazioni relative ai terzi non siano immediatamente leggibili o identificabili. Per tale via, solo le parti coinvolte nell'indagine, previa apposita autorizzazione, potrebbero decifrare o ricollegare i dati alle persone interessate. Durante l'analisi, inoltre, si potrebbe adottare una strategia di "selezione mirata", vale a dire ricercare e analizzare solo i file o le informazioni strettamente pertinenti all'indagine, senza accedere agli altri dati, nel rispetto della legge sovranazionale in tema di protezione dei dati, tra cui spicca il *GDPR*, che impone di trattare i dati personali con cautela e di adottare misure tecniche adeguate. In tale ottica, chi effettua le perquisizioni deve essere adeguatamente formato sulle norme di tutela della *privacy* e sulle tecniche di analisi dei dati, proprio per evitare manovre che possano ledere i diritti dei terzi. A tal proposito, non può non rilevarsi come, per l'installazione e la cura dei captatori informatici, lo Stato si affidi il più delle volte a società private. Ciò rende «assai più permeabile la filiera su cui si snoda l'attività di indagine, coinvolgendovi una pluralità di soggetti, spesso privi dei requisiti professionali, organizzativi e persino dell'affidabilità, necessari per svolgere un'attività così delicata»⁵³.

Tra le misure da favorire possono annoverarsi la conservazione sicura dei dati, la limitazione dell'accesso e la cancellazione dei dati non più necessari. Infine, compatibilmente con la prosecuzione delle indagini, si devono informare i terzi interessati circa l'attività investigativa e i dati che li riguardano, e garantire loro il diritto di essere ascoltati e di opporsi a determinate operazioni. Del resto, anche la Corte di giustizia dell'Unione europea, in continuità con quanto affermato dai Giudici di Strasburgo in materia di intercettazioni⁵⁴, prescrive che la legislazione nazionale, per essere conforme agli artt. 13 e 54 della direttiva UE 2016/680, in punto di informazioni da rendere disponibili o da fornire all'interessato e di diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, deve prescrivere l'obbligo, a carico del giudice (o dell'autorità amministrativa indipendente), di informare la persona interessata dei "motivi su cui si basa l'autorizzazione di accesso a tali dati", a partire dal momento in cui tale informazione non compromette le esigenze del procedimento penale⁵⁵.

⁵³ A. SORO, *Intercettazioni e tecnologia: i pericoli da evitare*, Intervento del Presidente del garante per la protezione dei dati personali, in *GPDP*, 24 maggio 2019.

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*; *id.*, 11 gennaio 2022, *Ekimdzhev e altri c. Bulgaria*, cit.

⁵⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 4 ottobre 2024, causa C-541/21, C.G. c. *Bezirkshauptmannschaft Landeck*, cit. Su tali profili v. L. FILIPPI, *La CGUE mette i paletti all'accesso ai dati del*

ABSTRACT: *Wide-ranging Investigative Tools: Online Searches and their Impact on Uninvestigated Third Parties*

The article examines online searches as investigative tools with significant impacts on fundamental rights and privacy, affecting both suspects and uninvolved third parties. In fact, these are investigative methods aimed at the indiscriminate acquisition of data of a communicative and non-communicative nature, without the knowledge of the person under investigation and those with whom he comes into contact, for an indefinite time and in a virtual place. Having highlighted the lack of adequate regulation, the analysis focuses on the necessity to balance investigative needs with the protection of fundamental rights, such as privacy, freedoms and the inviolability of the home. It then dwells on the wavering position of the jurisprudence in relation to the legal nature of the digital data acquired, giving an account of the recent decision of the Constitutional Court which seems to have put a point of clarity on the dichotomy between correspondence and communication. The potential extension of the range of action of online searches to an indeterminate and indeterminable crowd of people unrelated to the facts under investigation requires with the utmost urgency new rules aimed at ensuring certain safeguards also about third parties not under investigation, on which the Author dwells in the conclusions.

cellulare, in *Altalex.com*, 10 ottobre 2024; F.E. MANFRIN, *Le vite degli altri: Italia condannata per intercettazione di terzi non indagati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 1241.

3.

Il terzo nel procedimento di prevenzione

ELENA GUARDIGLI*

MISURE PREVENTIVE PATRIMONIALI ANTIMAFIA: LA TUTELA DEI TERZI TITOLARI DI DIRITTI REALI DI GARANZIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “disponibilità” dei beni, quale presupposto delle misure preventive patrimoniali antimafia: un inquadramento civilistico. – 3. La tutela dei terzi nel Codice antimafia. – 4. (segue) I terzi creditori del proposto. – 5. I titolari di diritti reali di garanzia. La natura dell’acquisto da parte dello Stato. – 6. I profili costituzionale e sovranazionale. – 7. Concludendo.

1. Premessa

La lotta alla criminalità organizzata ha da sempre rappresentato una delle sfide più impegnative e difficili per le moderne democrazie liberali. Negli ultimi decenni è definitivamente maturata la consapevolezza delle profonde alterazioni del tessuto civile, politico ed economico generate dal crimine organizzato. Consapevolezza che, specie sul finire del Novecento, si è diffusa ben oltre i “campi arati” dagli addetti ai lavori, per divenire patrimonio comune della società civile.

Non solo i singoli governi nazionali, ma anche le istituzioni comunitarie e gli organismi internazionali si sono trovati a dover rivolgere la propria attenzione, in generale, al crimine organizzato, prendendo atto dell’espansione esponenziale del fenomeno e della necessità di arginarlo. In seno al più ampio e magmatico processo di globalizzazione, il progressivo svuotamento di significato delle frontiere nazionali ha, infatti, reso insufficiente una reazione da parte dei singoli governi nazionali, pretendendo una risposta comune, il più possibile coordinata a livello sovranazionale¹.

La mafia è un fenomeno pervasivo², il quale mira all’accumulazione di ricchezze illecite e su dette ricchezze fonda la propria forza. Gli strumenti incidenti sul versante di tale

* Professore Associato di Diritto privato Unipegaso.

¹ L’acquisizione di tale consapevolezza non è stata affatto indolore: *leit motiv* delle moderne legislazioni contro la criminalità organizzata è quello di dare luogo a continue tensioni, talvolta anche violente, fra le necessità della prassi e le rassicuranti (o presunte tali) certezze delle garanzie di matrice illuministica. L’esperienza italiana è, per ragioni anche storiche, emblematica al riguardo: da tempo, il tema della criminalità organizzata catalizza un effervescente dibattito, il quale se, da un lato, ha contribuito ad indagare il fenomeno mafioso attraverso una complessa analisi condotta da differenti prospettive, dall’altro lato, ha visto emergere sensibilità e punti di vista non sempre conciliabili nelle loro estreme conseguenze. Se l’imprescindibile base comune è l’assoluta priorità del contrasto alla mafia, le posizioni divergono nell’individuazione e nell’elaborazione degli strumenti più adeguati e idonei allo scopo. Sul tema v. più diffusamente A. MANGIONE, *Politica del diritto e retorica dell’antimafia: riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 1186 ss.

² È stato correttamente osservato come ci si trovi oggi al cospetto di una moderna epifania del fenomeno mafioso, il quale «tende, con sempre maggiore vigore e insistenza, ad infiltrarsi all’interno di compagini economiche sane, al fine di controllarne il mercato e di accumulare ingenti profitti» (così A. MARCHESE, *Soggetto e oggetto nel “diritto civile antimafia”*, Milano, 2017, p. 134).

accumulazione – ci si riferisce, oltre che alle forme specifiche di confisca intesa come misura di sicurezza, disposte al momento della condanna³, alle misure patrimoniali di prevenzione nei confronti dei soggetti sospettati di appartenere ad organizzazioni criminali di stampo mafioso (introdotte dalla l. 13 settembre 1982, n. 646, c.d. legge Rognoni-La Torre) – occupano, pertanto, un ruolo centrale nella lotta al fenomeno mafioso. Ciò nonostante, l'accresciuta sensibilità della cultura penalistica per un più stringente rispetto dei valori scolpiti nella Costituzione, alla luce dei quali, però, appare ormai indifferibile un loro ripensamento.

Ripensamento che, anzitutto, dovrebbe concernere – ed è questo il tema, di natura squisitamente civilistica, che si intende in questa sede sviluppare, con particolare riguardo quei terzi titolari di diritti reali di garanzia – la tutela dei terzi di buona fede⁴ i quali, a vario titolo, vantano diritti sui beni oggetto delle misure preventive patrimoniali antimafia: nell'ottica di un continuo temperamento di contrapposti interessi e nel tentativo di far dialogare tra loro differenti settori del diritto – privato, penale e costituzionale – sempre salvaguardando la coerenza dell'ordinamento giuridico⁵.

La disciplina attualmente vigente è contenuta nel c.d. Codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), così come modificato, da ultimo, dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161⁶, la quale è intervenuta anche su alcune disposizioni in tema di tutela dei terzi, rendendo il relativo statuto (seppur non esente da critiche e censure) più coerente con le garanzie costituzionali.

Le disposizioni normative più importanti da cui prendere le mosse sono quelle del titolo II – dedicato alle misure di prevenzione patrimoniali – e del titolo IV – sulla tutela dei

³ Si pensi alle forme di confisca disciplinate dagli artt. 322 *ter* e 416 *bis* c.p., oltre alla confisca c.d. allargata di cui all'art. 240 *bis* c.p.

⁴ Cfr. F. GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, p. 18, il quale descrive il modo in cui uno storico del futuro, chiamato a descrivere la società del ventesimo secolo esclusivamente in base ad una copia del nostro Codice civile, a lui pervenuta quale unico reperto sopravvissuto ad una devastante guerra atomica, probabilmente riassumerebbe la nostra organizzazione sociale: «La società del ventesimo secolo era divisa in due classi, quella dei terzi di buona fede e quella dei terzi di mala fede. La prima era la classe dominante, alla quale il codice civile riservava ogni privilegio; la seconda era la classe subalterna, che il codice civile sistematicamente piegava agli interessi della prima. Sono così numerosi e così diffusi ovunque gli articoli di questo codice che proteggono i terzi di buona fede e sacrificano i terzi di mala fede, da non lasciare ombra di dubbio sulla fondatezza di questa ricostruzione storica». Ciò, evidentemente, con lo scopo di enfatizzare l'obliquità del diritto, il quale privilegia (o sacrifica) gli interessi di intere classi sociali senza mai esplicitare in modo chiaro simili operazioni. Orbene taluno ha aggiunto che, «con altrettanta probabilità il nostro ipotetico storico dell'era post-atomica sarebbe giunto a conclusioni radicalmente diverse ove, oltre al codice civile, gli fosse pervenuta anche la «disciplina antimafia emanata dal nostro legislatore nel secondo dopoguerra» ove «la classe dominante dei terzi di buona fede perde improvvisamente tutti i privilegi che il codice civile le riserva per soccombere di fronte alle necessità della repressione penale» (cfr. G. SMORTO, *Alcune riflessioni di metodo sulla tutela dei terzi di buona fede in materia di sequestro e confisca antimafia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 141 ss.).

⁵ Tale aspetto è stato adeguatamente posto in luce da A. MARCHESE, *Soggetto e oggetto nel "diritto civile antimafia"*, cit., p. 178 e 183 ss. il quale, sottolineando l'esigenza di conseguire una, almeno tendenziale, razionalizzazione della disciplina, suggerisce di abbandonare una visione parziale – in quanto volta unicamente al diritto penale – del fenomeno mafioso e degli strumenti per la lotta allo stesso «accogliendo appieno l'apporto di meccanismi, giuridici ed economici, propri di altre branche del diritto (quali, segnatamente, il diritto civile e commerciale)» nonché, aggiunge chi scrive, avendo ben presenti i principi di diritto costituzionale.

⁶ Oltre alle due normative citate e, dal punto di vista temporale, tra esse, val la pena ricordare anche il d.l. 14 giugno 1989, n. 230 (convertito nella l. 4 agosto 1989, n. 282), la l. 19 marzo 1990, n. 55, il d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (che ha introdotto la misura della «sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni») e la l. 7 marzo 1996, n. 109. Notevole importanza, poi, riveste la l. n. 228 del 2012, la quale ha dettato una disciplina transitoria per quei procedimenti in relazione ai quali non fosse applicabile *ratione temporis* il d.lgs. n. 159/2011.

terzi e sui rapporti con le procedure concorsuali – del libro I del c.d. Codice antimafia. Quest'ultimo, invero, consente l'aggressione dei beni che risultino nella titolarità formale di terzi qualora il prevenuto ne abbia la disponibilità⁷, nonché di quelli nella titolarità del prevenuto medesimo, ma sui quali i terzi vantano diritti di godimento (reali o personali) o di garanzia.

Una simile possibilità che, indubbiamente, risponde all'esigenza, di carattere pubblicistico, di evitare qualsivoglia vanificazione dell'applicazione degli strumenti patrimoniali antimafia, tramite il ricorso ad espedienti giuridici di interposizione fittizia o reale, da un diverso punto di vista, non può, però, spingersi fino a sacrificare ingiustificatamente i diritti vantati dai terzi di buona fede.

È, così, possibile cogliere sin da subito la collocazione su piani differenti e diametralmente opposti delle esigenze in contesa, le quali, a loro volta, sono espressione di interessi di sicuro rilievo a livello costituzionale. Di modo che, come è stato correttamente posto in luce, qualsivoglia presa di posizione al riguardo impone di superare «una rappresentazione delle misure patrimoniali di prevenzione in chiave esclusivamente “penalistica”, o pressoché fine a se stessa, o anche riduttivamente paradigmatica di una “cultura della legalità”»⁸. Non solo, invero, in generale, le moderne organizzazioni criminali agiscono avvalendosi proprio degli strumenti del diritto comune, ma, nello specifico settore oggetto di attenzione, è riscontrabile l'impiego, da parte del legislatore, di concetti volutamente generici – quale quello di “disponibilità” – alla stregua dei quali andrebbe individuato l'oggetto delle misure di prevenzione patrimoniali.

In siffatta prospettiva, non priva di rilievo appare altresì la complessità della dimensione che contraddistingue i diversi modi di essere della razionalità valutativa che compongono la “cassetta degli attrezzi” rispettivamente del giurista e del politico. Se il primo coltiva un orizzonte che lo vede dedito alla conoscenza, alla sistemazione ed alla concettualizzazione dell'esistente normativo⁹, il secondo tende a procedere per scansioni del reale radicalmente differenti, ove la scelta fra le alternative possibili viene operata sulla base di variabili che poco o nulla hanno in comune con i programmi di razionalità tipici della

⁷ Sul contenuto della nozione di disponibilità in tale preciso contesto e sulla allocazione del relativo onere probatorio si discute in dottrina ed in giurisprudenza. Si vedano, a titolo di esempio, in dottrina, A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema di prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, p. 109 ss.; S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Jus civile (online)*, 2013, p. 410 ss.; ID., *Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 1391 ss.; in giurisprudenza, Cass. Pen., 17 marzo 2000, n. 1520, in *Cassazione penale*, 2001, p. 1327 ss.; Cass. Pen., Sez. Un., 12 marzo 1999, n. 8, *ivi*, 1999, p. 3385 ss.; Cass. Pen., 26 novembre 1998, n. 5897, *ivi*, 1999, p. 2343 ss. Sulla nozione di disponibilità in relazione alle categorie civilistiche di possesso, di detenzione e di titolarità, v. *infra*, § 2.

⁸ Così S. MAZZARESE, *Analisi interdisciplinare delle misure patrimoniali antimafia e riordino di sistema*, in S. MAZZARESE, A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2010, p. 9.

⁹ Nelle scienze sociali il metodo è considerato un modo di procedere ragionato, determinato in funzione degli obiettivi di una ricerca e codificato da regole ordinanti le sue fasi. Applicando il metodo al diritto, si comprende che questo consiste «nello studio dei processi e dei metodi che i giuristi sono portati a praticare nelle loro attività di ricerca, di creazione e applicazione del diritto, e, più generalmente, per pervenire alla soluzione di problemi giuridici» (così G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 358. Sul metodo giuridico v. anche in generale L. MENGONI, *Il problema del metodo*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 150 ss.; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, I. Il concetto di diritto*, Milano, 2008, *passim* e in particolare p. 386 ss.; K. LARENZ., *Storia del metodo della scienza giuridica*, trad. it., a cura di S. VENTURA, Milano, 1966.

scienza giuridica e che assai spesso rispondono ad esigenze contingenti, dando vita ad un quadro normativo tutt'altro che organico e, anzi, sovente, frammentario¹⁰.

V'è infatti da chiedersi – in special modo in una materia particolarmente delicata per le evidenti allusioni simboliche che promanano dal paradigma del «diritto penale in lotta contro la mafia»¹¹ – quale contributo possa provenire da un approccio che intenda ispirarsi a canoni di razionalità scientifica. Questione che rimanda ad interrogativi di fondo, alla cui radice si collocano i rapporti fra scienza giuridica e politica del diritto: da sempre tormentati perché «nessun ramo del diritto ha a che vedere con l'irrazionalità come il diritto penale»¹². Nemmeno troppo latente è, infatti, in questo nevralgico settore del diritto penale, il rischio che, nelle sedi politiche, prevalgano sempre e comunque le diffuse aspettative di sicurezza collettiva, la cui valenza mediatica rappresenta la base per una normazione che voglia esaurire i propri risultati sul terreno del consenso sociale.

In tale contesto, ho già avuto modo di porre in luce come il ruolo che il diritto civile è chiamato a svolgere, possa essere (almeno) duplice: se, per un verso, è avvertita l'esigenza di ordinare e qualificare (all'interno di definite categorie giuridiche) le realtà giuridico-patrimoniali, per così dire, contaminate dal delitto, dunque che devono essere prese in considerazione per l'applicazione delle misure preventive di carattere patrimoniale, per altro verso, si rendono necessarie l'individuazione dei limiti applicativi delle singole misure a carattere patrimoniale e la risoluzione dei conflitti tra Stato e terzi titolari di diritti sui beni oggetto di tali misure, al momento della loro attuazione.

Nell'economia del presente lavoro, ci si soffermerà – anche sollecitati da un recente arresto della Corte Costituzionale relativo ad una tematica contigua¹³ – su una precisa

¹⁰ Cfr. in tal senso A. MANGIONE, *Politica del diritto e retorica dell'antimafia: riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, cit., p. 1189-1190, il quale pone bene in luce come la lotta alla criminalità organizzata assurga a strumento, di carattere penalistico, per il perseguimento del consenso politico (inteso come fattore di aggregazione), dunque, in ultima analisi, per rispondere ad una domanda sociale diffusa nel senso di “mettere fuori gioco” tutti coloro che, deviando dai modelli di comportamento tollerati incarnino il “paradigma dell'autore”. D'altra parte, secondo la teoria penale della prevenzione generale positiva – quella dominante con riferimento alla giustificazione delle leggi penali e della loro applicazione – occorre rafforzare la fedeltà al diritto della popolazione. Detto in altri termini, la giustizia penale genera un effetto di fiducia che discende dall'immagine del «diritto che si impone», effetto accanto al quale se ne realizza uno ulteriore che K. VOLK, *Il diritto penale in tempi postfattuali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2019, p. 91 ss. definisce di «pacificazione», allorché la coscienza collettiva, grazie alla sanzione, si rassereni in merito alla violazione del diritto. Si tratta di nient'altro che di psicologia sociale.

¹¹ Sul tema v. S. MOCCIA, *La 'lotta' alla criminalità organizzata: la simbolicità della legislazione antimafia, il caos normativo, la tipicità inafferrabile della fattispecie associativa e le scorciatoie probatorie delle misure di prevenzione*, in M. VALLEFUOCO, A. GIALANELLA, (a cura di), *La difficile antimafia*, Roma, 2002, p. 149 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1998, p. 853; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in L. PEPINO, (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, p. 15 ss.; ID., *Criminalità organizzata e controllo penale*, ne *L'Indice penale*, 1991, p. 6 ss.; A.I. BARATTA, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, p. 115 ss.; L. STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione d'emergenza*, *ivi*, 1992, p. 39 ss.; E. MUSCO, *Luci ed ombre della legge “Rognoni-La Torre”*, in *La Legislazione penale*, 1986, p. 560.

¹² M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 30.

¹³ Ci si riferisce a C. Cost. (ord.), 3 ottobre 2024, n. 160, in *Dejure*, la quale ha ritenuto fondata la questione – sollevata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3, l. 28 febbraio 1985, n. 47 (recante *Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie*), dichiarando la non conformità alla Costituzione di detta norma, nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell'abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire.

categoria di terzi, ossia quelli titolari di diritti reali di garanzia sui beni assoggettati alle misure preventive patrimoniali.

2. La “disponibilità” dei beni, quale presupposto delle misure preventive patrimoniali antimafia: un inquadramento civilistico

Si è anticipato che affinché possano venire in considerazione le misure preventive patrimoniali antimafia è necessario che il rapporto tra i beni interessati da queste ultime il proposto sia declinabile in termini, quanto meno, di “disponibilità”.

Più in particolare, a mente dell’art. 20, d.lgs. n. 159/2011, il sequestro preventivo di determinati beni può essere disposto sul presupposto che la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulti poter disporre – direttamente o indirettamente – degli stessi, che il loro valore risulti sproporzionato al reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o all’attività economica svolta, ovvero che, sulla base di sufficienti indizi, vi sia motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

La confisca – quale strumento inteso a colpire ogni fenomeno di arricchimento delittuoso comprovato, o che, comunque, la logica indiziaria porti a ritenere ragionevolmente collegato (direttamente o indirettamente) a fattispecie delittuose –, poi, interviene ove la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non sia in grado di giustificare la legittima provenienza dei beni dei quali il proposto «risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo» (art. 24, d.lgs. n. 159/2011)¹⁴.

Nella consapevolezza delle difficoltà, da sempre incontrate dagli studiosi, nel cogliere la complessità del rilievo giuridico delle situazioni di appartenenza, il cui esame inevitabilmente impone di prendere in considerazione oltre al diritto di proprietà e agli altri diritti reali su un dato bene, i diritti di natura obbligatoria, appare pertanto, imprescindibile, in via preliminare, riempire di significato i concetti di “titolarità” e di “disponibilità”, in generale e per come impiegati dal Codice antimafia.

Anzitutto, occorre comprendere cosa si debba intendere per “titolarità”¹⁵ di un bene. Invero nel c.d. “discorso tecnico”, così come nel linguaggio legislativo, viene in considerazione la titolarità di diritti, di obblighi o di doveri e non già di beni. D’altro canto,

¹⁴ Si è avuto modo di argomentare in altra sede – alla quale l’economia del presente lavoro impone di rinviare – come l’unica interpretazione che consente di arginare il rischio di incongruenze normative – dunque di evitare che l’oggetto della confisca sia potenzialmente più ampio di quello del sequestro (il che sarebbe a ben vedere inaccettabile) – è che nel disciplinare i presupposti per il sequestro, il legislatore abbia fatto riferimento al potere di disposizione, distinguendolo, a dispetto della medesima radice semantica, dal concetto di disponibilità, invocato nell’art. 24, d.lgs. n. 159/2011, in tema di confisca. Di guisa che la facoltà di disposizione dovrebbe intendersi tanto in termini giuridici (quale diritto a disporre della cosa, evocato anche dall’art. 832 c.c. nel descrivere il contenuto del diritto di proprietà) – e, in ultima analisi, come quella titolarità invocata dal citato art. 24 – quanto in una prospettiva fattuale, volta a ricomprendere tutte quelle ipotesi riconducibili alla disponibilità a cui lo stesso art. 24 fa riferimento (cfr. E. GUARDIGLI, *Diritti patrimoniali, tutela dei terzi di buona fede e misure preventive patrimoniali antimafia*, Pisa, 2020, p. 51 s.).

¹⁵ Come correttamente posto in luce, effettivamente, il sostantivo titolarità è estraneo al linguaggio del Codice civile, nel quale invece ricorre frequentemente il termine titolare, ad esempio, declinato come “titolare del credito” (art. 1000 c.c.) o come di “titolare del diritto” (artt. 1021, 1023, 1171, 1172, 1992, 2812, 2942, 2943 c.c.). Il primo comma dell’art. 1021 c.c. (differenza del comma secondo) preferisce, in luogo di titolare, utilizzare la perifrasi – peraltro indicativa del significato da attribuire al concetto di titolarità – «chi ha il diritto d’uso di una cosa» (cfr. per tutti N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 65 ss.).

quella di titolarità è nozione differente da quella di pertinenza o di appartenenza, le quali, lungi dal designare la titolarità di un diritto, vogliono indicare la concreta ed effettiva fruizione della cosa da parte di un individuo¹⁶: la titolarità presuppone che il soggetto¹⁷ entri nei cicli fenomenologici del diritto, divenendo destinatario degli effetti ricollegati dal diritto ai singoli atti giuridici o fatti naturali¹⁸. E l'operazione è resa ancor più difficile dalla possibilità che sia configurabile una situazione in cui coesistono più soggetti titolari di diverse pretese esclusive su un medesimo bene.

Nella materia che ci occupa, tuttavia, pare che il Codice antimafia, nel parlare di «titolarità dei beni», abbia inteso fare riferimento ai soli casi in cui il proposto è titolare del diritto di proprietà su determinati beni¹⁹. Sembrano, invero, fuoriuscire dal perimetro della titolarità per rientrare (se in forza di esso il proposto esercita un potere di fatto sul bene) in quello della disponibilità tutte le ipotesi in cui il proposto sia titolare di un diritto reale minore sul bene. Il titolare del diritto di usufrutto su un determinato immobile esercita su di esso un potere di fatto. Egli ha, dunque, la disponibilità dello stesso – al pari, salva chiaramente una diversificazione delle facoltà riconosciute alle differenti categorie di soggetti, del conduttore e, ancora, di chi, detenga l'immobile sulla scorta di un contratto atipico, il cui contenuto sia modulato dalla autonomia delle parti – in forza di un titolo giuridico. Tuttavia il titolare di tale immobile resta, nella divisata prospettiva, il titolare del diritto di proprietà su di esso. Ancora, immaginando un bene di proprietà di terzi, in relazione al quale il soggetto indiziato sia titolare di un diritto reale minore, si rende necessario comprendere se la titolarità del diritto reale minore implichi la disponibilità del bene in capo al proposto, nel senso che quest'ultimo è in grado di determinarne la destinazione e l'impiego. In altre parole – atteso,

¹⁶ V. M. GIORGIANNI, *Corso di diritto civile. L'obbligazione: concetti generali – I soggetti*, Lezioni raccolte da C. Lelli, Milano, 1959, p. 69-70; D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, p. 19, 22, 30; G. SPERDUTI., *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 108 ss.

¹⁷ Per la cui esistenza e definizione non è affatto necessario fare ricorso alla titolarità. Cfr, in tal senso, N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, cit., p. 92, il quale pone in luce che la nozione di titolarità – fondata sul rapporto tra soggetto e contegni dovuti – indica il momento dell'attualità, non necessario alla definizione del soggetto, il quale potrebbe esistere anche senza essere titolare di alcun diritto o obbligo.

¹⁸ Cfr. in tal senso A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 116.

¹⁹ Sembra di diverso avviso A. MARCHESE, *Soggetto e oggetto nel "diritto civile antimafia"*, cit., p. 156, per il quale ricorre il requisito della titolarità tutte le volte che il proposto vanta un diritto reale minore sul bene. Ciò, pare, sul presupposto che la confisca (e il sequestro, prima) abbia ad oggetto diritti. Cionondimeno, che oggetto delle misure preventive patrimoniali antimafia siano beni trova conferma, anzitutto, nel tenore dell'art. 45 Codice antimafia «i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi. La tutela dei diritti dei terzi è garantita entro i limiti e nelle forme di cui al titolo IV». Peraltro, è la stessa giurisprudenza di legittimità, con un'importante pronuncia a Sezioni Unite – nota per essersi, *inter alia*, occupata della natura dell'acquisto del diritto di proprietà sui beni oggetto delle misure preventive patrimoniali antimafia da parte dello Stato – a chiarire e a confermare questa opzione interpretativa. Si legge, invero, in tale arresto: «Ma, quel che pare anche avere avuto soluzione è la natura dell'acquisto del bene confiscato da parte dello Stato che, a seguito dell'estinzione di diritto dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti prima della misura di prevenzione della confisca acquista un bene non più a titolo derivativo, ma libero dai pesi e dagli oneri, pur iscritti o trascritti anteriormente alla misura di prevenzione. In sostanza, superando la condivisa opinione della giurisprudenza civile e penale sulla natura derivativa del titolo di acquisto del bene immobile da parte dello Stato a seguito della confisca, il legislatore ha inteso ricomprendere questa misura nel solco delle cause di estinzione dell'ipoteca disciplinate dall'art. 2878 c.c.» (così Cass. Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, ne *Il Foro italiano*, 2014, I, c. 192). D'altra parte, se lo Stato acquista i beni, dunque il diritto di proprietà sugli stessi, oggetto della confisca non possono che essere i beni medesimi, sul presupposto della titolarità o della disponibilità in capo al soggetto indagato di appartenenza ad associazione di stampo mafioso. Orbene tutte le volte in cui tale ultimo soggetto è titolare di un diritto reale minore sul bene non si versa in una ipotesi di titolarità del bene (intesa come diritto di proprietà sul bene) bensì potrà ricorrere quella della disponibilità.

peraltro, che i provvedimenti ablatori hanno ad oggetto beni e non diritti e tenuto conto che la *ratio* sottesa a tali provvedimenti è quella di sottrarre i beni dal circuito dell'illegalità per ricondurli a quello della legalità – non v'è ragione per confiscare (per ciò solo) i beni su cui il proposto vanta un diritto reale minore, essendo a tal fine necessario verificare se sussistano i presupposti per ritenere che il bene si trovi nella disponibilità dello stesso. Di guisa che solo in caso di risposta affermativa, dovrebbe, ricorrendo gli altri requisiti richiesti dall'art. 24, d.lgs. 159/2011, procedersi al sequestro prima e alla confisca poi (beninteso, sul presupposto, come si è visto, della disponibilità – e non già della titolarità – del bene in capo al proposto).

Si assiste, dunque, ad una deviazione dal modello civilistico, ponendo la titolarità del diritto di proprietà su di un piano differente rispetto a quella degli altri diritti reali minori e personali: solo la prima categoria rientra nel concetto di titolarità fatto proprio dal legislatore antimafia, essendo, di contro, le altre, ricomprese in quello di disponibilità. Disponibilità che, verosimilmente, ricorre tanto in situazioni di diritto, quanto in ogni caso in cui un soggetto eserciti un potere di fatto sulla cosa.

Procedendo con ordine, non si può che prendere le mosse dall'esame delle situazioni disciplinate dal Codice civile che si caratterizzano per la (materiale) disponibilità di un bene in capo ad un soggetto, vale a dire il possesso e la detenzione. Invero – e volendo prescindere in questa sede dal dibattito venutosi a creare intorno alla individuazione dell'elemento di differenziazione tra possesso e detenzione²⁰ – non pare esservi dubbio alcuno sul fatto che il tratto comune debba essere rinvenuto nella relazione materiale o di fatto tra un soggetto ed un bene²¹, dunque nella materiale disponibilità del bene.

È stato allora correttamente osservato che la differenza tra possesso e detenzione va ricercata nel titolo in base al quale un soggetto esercita un potere materiale su di un bene, nel senso che (solo) la detenzione presuppone un apposito titolo²².

²⁰ Si tratta di un dibattito sinteticamente ma efficacemente ripercorso da S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. di diritto civile*, 2003, p. 149 ss. L'A. si pone l'obiettivo di una ricostruzione organica del rapporto tra (proprietà,) possesso, detenzione e le altre situazioni di fatto (si pensi, per tutti, all'uso delle bande o frequenze di onda e, ancora, al *software*). Le riflessioni dell'A. muovono dalla consapevolezza dell'unanimità di vedute sul fatto che l'elemento comune a possesso e detenzione sia la relazione materiale o di fatto tra un soggetto ed un bene per poi interrogarsi su quale sia invece l'elemento distintivo tra i due istituti. La risposta al quesito viene ricercata dall'A. ripercorrendo le teorie di Trabucchi, Rescigno e Bianca: solo il primo di tali studiosi afferma che sull'*animus* si basa la «fondamentale distinzione tra possesso e detenzione» (cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1955, p. 391 ss.). Attraverso la tesi intermedia di P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 444 s. – ad avviso del quale «la qualifica del “potere di fatto” come detenzione o come possesso si dipende dal modo in cui i singoli rapporti sono stati configurati nella realtà sociale», non apparendo condivisibile introdurre un elemento di «incerta natura psichica e spirituale» per dare conto della distinzione tra le due figure in esame – l'A. riporta la posizione di C.M. BIANCA, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 539 ss., il quale nega ogni rilevanza all'elemento soggettivo dell'*animus*, concludendo nel senso che «come per il possesso, così per la detenzione, l'elemento dell'*animus* non ha riscontro nel diritto positivo, rilevando solo il titolo in base al quale un soggetto ha la disponibilità di fatto della cosa». A ben vedere, infatti, solo nel Codice del 1865 – diversamente da quello vigente – il possesso era definito come «detenzione di una cosa (...) con animo di tenere la cosa come propria» (cfr. artt. 685 e 686 Codice civile abrogato).

²¹ V'è invero unanimità di vedute sul fatto che l'elemento comune a possesso e a detenzione sia il «potere di fatto su di un bene» o, che è la stessa cosa, la relazione materiale o di fatto tra un soggetto ed un bene. Cfr. in tal senso R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2014, p. 173-175; A. MASI, *Il possesso, la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno, Proprietà*, II², Torino, 2008, p. 533 ss.; C. TENELLA SILLANI, voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 18 s.; A. GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1990, p. 93; L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952, p. 95; A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, p. 31.

²² Cfr. sempre S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, cit., p. 155 e 162, il quale pone in luce come una siffatta conclusione sia suggerita dal tenore dell'art. 1141 c.c., giusta il quale si presume il possesso in

Il concetto di disponibilità utilizzato dal Codice antimafia va riguardato, dunque, ad avviso di chi scrive, nella medesima prospettiva con cui si studiano possesso e detenzione, avendo in comune con essi il dato materiale. Così facendo – e tenendo conto della *ratio* delle misure preventive patrimoniali antimafia – nella disponibilità vanno ricomprese tanto situazioni di diritto (come, ad esempio, la titolarità di un diritto personale di godimento o di un diritto reale minore, nella misura in cui il contenuto di tali diritti consenta al relativo titolare di esercitare un potere sul bene) quanto situazioni di fatto in cui il proposto eserciti un potere sul bene, pur in assenza della titolarità di un diritto in capo al soggetto agente che ne giustifichi l'esercizio²³.

Portando alle estreme conseguenze tale conclusione, può affermarsi che la nozione di titolarità di cui all'art. 24, d.lgs. n. 159/2011 sia ricompresa in quella di disponibilità, invocata dal medesimo articolo, in tutti quei casi in cui il diritto di proprietà del proposto non coesista con altre situazioni (né di fatto, né di diritto) di materiale disponibilità del bene da parte di soggetti terzi. Il riferimento alla titolarità mira ad attrarre nel perimetro della confisca anche quelle situazioni in cui il proposto è proprietario di un bene su cui altri vantano diritti reali minori o diritti personali di godimento o, anche semplicemente, di cui abbiano la disponibilità. E di ciò si trova conferma nelle previsioni contenute nell'art. 52, d.lgs. n. 159/2011, su cui si tornerà in seguito, le quali disciplinano gli effetti della confisca, tra l'altro, sui diritti reali minori di soggetti terzi.

Così concepita, in termini generali, la disponibilità, è evidente che di essa possano darsi plurime declinazioni. Secondo una prima interpretazione²⁴ è sufficiente, perché sia integrato il presupposto in esame, che l'indiziato eserciti un «potere anche di fatto, tale da determinare e condizionare in maniera decisiva la destinazione e l'impiego dei beni» (ciò persino nell'eventualità in cui tale potere derivi direttamente dalla soggezione che l'indiziato è in grado di incutere nei confronti del formale proprietario del bene).

Sulla scia di detta impostazione, la giurisprudenza di merito ha progressivamente dilatato il concetto di disponibilità, in considerazione della *ratio* e della finalità della normativa in esame – la quale, come noto, tende a stroncare il fenomeno dell'accumulazione e del potere economico mafioso o camorristico, comunque esso si realizzi o si esprima –, ritenendolo

colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato ad esercitarlo semplicemente come detenzione, ossia in forza di un titolo giuridico che attribuisca ad un soggetto la disponibilità di un bene, come ad esempio la detenzione. L'A. giunge ad affermare che la materiale disponibilità della cosa e la possibilità di goderne da parte del proprietario non comportano che questi possiede alla stregua dell'art. 1140 c.c. In altri termini, il possesso di cui all'art. 1140 c.c. è sempre (e solo) una situazione di fatto (a differenza della detenzione che è una situazione di diritto). Di contro, il termine possesso «che ricorre nelle altre norme del codice civile fa riferimento ad una situazione di diritto e non indica quindi l'esercizio di fatto di un potere sulla cosa corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale, bensì la disponibilità materiale del bene da parte del titolare di un diritto».

²³ Ciò di cui si trova conferma nella prospettazione, da parte della dottrina, della distinzione tra possesso (inteso esclusivamente quale situazione di fatto) e «diritto di possedere», cioè una delle facoltà che spettano al proprietario del bene (cfr. A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, cit., p. 14 e 35). Sul punto, più di recente, v. anche S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, cit., p. 162, il quale, al fine di non incorrere in una confusione terminologica, suggerisce di limitare i riferimenti al possesso alle sole situazioni di fatto e di parlare nelle altre ipotesi di «diritto alla materiale disponibilità del bene».

²⁴ Cfr. G. ABBATTISTA, *I profili funzionali e gli standards probatori nei moduli ablativi preventivi dopo l'emanazione del "Codice antimafia"* (D.Lgs. n. 159/2011), Incontro di studio CSM, Roma, 2012; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali*, in F. BASILE (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1533; G. BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1998, p. 445 ss.; A. MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 419.

integrato non solo nelle ipotesi di c.d. *disponibilità indiretta* ove i beni sono nella titolarità formale o nella detenzione di terzi in virtù di operazioni negoziali apparentemente lecite²⁵, bensì anche dal mero potere di fatto sulla *res* – che ben potrebbe trarre origine nella stessa personalità di uomo di rispetto dell'indiziato – da parte del proposto, tale da determinare e condizionare in maniera decisiva la destinazione e l'impiego dei beni²⁶. In questa prospettiva – ma è solamente una suggestione – dinnanzi ad una garanzia pignoratizia “tradizionale” – connotata, quindi, per lo spossamento del debitore – il presupposto della disponibilità, a seconda dei casi, potrebbe ritenersi integrato sia in capo al creditore pignoratizio che abbia ottenuto la custodia della *res* (ovvero al terzo custode nominato ai sensi dell'art. 2786, comma 2 c.c.) sia con riguardo al creditore pignoratizio.

Non può tuttavia tacersi la nozione ristretta disponibilità – comprensiva delle sole ipotesi di «titolarità economico-sostanziale, da parte del prevenuto, del bene oggetto di confisca» – di cui si è fatta portavoce una parte della dottrina²⁷. In tale ottica, andrebbero

²⁵ A titolo meramente esemplificativo, si è ritenuto ricorra il requisito della disponibilità qualora il soggetto indiziato detenga un bene in forza di un contratto di *leasing*. L'aspetto dirimente è rappresentato, oltre che dall'effettiva titolarità del diritto, anche dalla buona fede del terzo concedente, nel senso che solo la tutela del legittimo affidamento di costui è idonea ad impedire la confisca del bene, a nulla rilevando per una sua difesa, l'esistenza di un contratto apparentemente lecito e privo di vizi [cfr. Trib. Taranto, 3 febbraio 2012, in www.penalecontemporaneo.it (online)]. Dunque, lo *ius in re aliena* non esclude affatto la confisca, poiché è considerata prassi diffusa che il soggetto mafioso, proprio facendo valere apparenti titoli negoziali leciti, miri a dimostrare la provenienza regolare del bene oggetto di aggressione.

²⁶ In tal senso v. *ex multis*, Cass. Pen., 17 marzo 2000, n. 1520, cit., la quale puntualizza che «il concetto di disponibilità del bene sottoposto a confisca introdotto dall'articolo 2 ter della legge 575/65 comprende una gamma di ipotesi diversificate che possono andare dal diritto di proprietà vero e proprio a situazioni di intestazione fittizia ad un terzo soggetto, in virtù ad esempio di un contratto simulato o fiduciario, fino a situazioni di mero fatto basate su una posizione di mera soggezione cui soggiace il terzo titolare del bene nei confronti del sottoposto alla misura di prevenzione personale» (nel medesimo senso v. Cass. Pen., 10 gennaio 2012, n. 25228, in G. CAPECCHI e F. BRIZZI, *Le misure di prevenzione patrimoniale: panoramica sulla materia e sulle frange di interferenza con i terzi*, in F. BRIZZI, G. CAPECCHI, G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Torino, 2013, p. 68 e Cass. Pen., 23 gennaio 1996, n. 398, in *Cassazione penale*, 1997, p. 1492 ss.). La medesima giurisprudenza penale ha, poi, peraltro, avuto modo di approfondire il concetto di disponibilità affermando espressamente che lo stesso «non può ritenersi limitato alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene, ma deve essere esteso, al pari della nozione civilistica di possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene medesimo ricada nella sfera degli interessi economici del soggetto anche se costui eserciti il proprio potere su esso per il tramite di altri che pure ne godano direttamente; con la conseguenza che quando la disponibilità diretta, in concreto, della abitazione familiare viene meno in capo all'originario soggetto titolare, il quale sia costretto a lasciarla per causa di forza maggiore ... continuando in essa a dimorare i componenti della sua famiglia legittima o di fatto, non per ciò viene meno anche, per lo stesso, la disponibilità “indiretta” (attraverso l'uso diretto dei familiari), essa pure sufficiente [...] a fondare il provvedimento di confisca» (così Cass. Pen., 9 febbraio 2011, n. 6977, in *Cassazione penale*, 2012, p. 1503 ss.). Nel medesimo senso v. Cass. Pen., 9 marzo 2005, n. 11732, in *DeJure* (online), ove espressamente si conclude nel senso che con l'utilizzo della locuzione «disponibilità a qualsiasi titolo» il legislatore abbia inteso «indubbiamente designare la relazione effettuale del condannato col bene, connotata dall'esercizio di poteri di fatto, corrispondenti al contenuto del diritto di proprietà, in forza dei quali egli può determinare autonomamente la destinazione l'impiego e il godimento del bene stesso», puntualizzando peraltro che «la disponibilità coincide [...] con la signoria di fatto sulla “res”, indipendentemente e al di fuori dalle categorie delineate dal diritto privato: e se ad una di tali categorie vuol farsi proprio riferimento, il richiamo più appropriato risulta essere quello riferito al possesso nella definizione che ne dà l'art. 1140 c.c.».

²⁷ V. in tal senso, A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema di prevenzione patrimoniale antimafia*, cit., p. 128 ss., il quale sostiene l'irriducibilità del criterio della disponibilità a mere situazioni di fatto, dunque della impossibilità di far coincidere il concetto di disponibilità con la categoria civilistica del possesso, argomentando che la confisca antimafia «non si dirige verso i “beni”, bensì verso i “diritti”, esercitati dal prevenuto anche per il tramite di altri e che appunto, al di là di schemi giuridico-formali, devono ritenersi far parte della sua sfera

considerati nella mera disponibilità di fatto del proposto per l'applicazione della misura e, dunque, non sarebbero suscettibili di confisca, tutti quei beni acquistati da terzi con mezzi propri e nel proprio interesse, poi utilizzati (magari a séguito di intimidazioni) secondo le indicazioni del mafioso. I sostenitori di tale interpretazione fanno leva sul principio della personalità della responsabilità penale²⁸, nonché su quelli di giustizia distributiva²⁹ e di affidamento incolpevole.

Volendo tirare le fila del discorso, nel concetto di titolarità di cui all'art. 24 rientrano ad avviso di chi scrive – e ciò appare, come si è visto, pacifico tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – senz'altro, oltre a tutte quelle ipotesi in cui il proposto per l'applicazione della misura risulti formalmente proprietario del bene, anche i casi in cui lo stesso sia proprietario dei beni pur non aparendo tale, in forza di un meccanismo simulatorio.

La disponibilità è, invece, come già posto in luce, un concetto ben più ampio che comprende – oltre alla titolarità, nei limiti e con le precisazioni di cui si è detto *supra*, ossia quando con il diritto di proprietà del proposto non coesistano diritti personali di godimento, diritti reali minori di soggetti terzi o, ancora, situazioni di mero fatto, in cui un terzo abbia la materiale disponibilità del bene –, per opinione condivisa, almeno tutte le ipotesi in cui il bene si trovi nella titolarità formale e sostanziale di un soggetto differente dal proposto per un fenomeno di interposizione reale di persona³⁰.

Vengono al riguardo in considerazione, anzitutto, gli istituti del negozio fiduciario e del mandato ad acquistare senza rappresentanza. Nel primo caso, l'interposto, già investito ad altro titolo di una determinata situazione giuridica (fiducia statica) o della titolarità di un diritto dell'interponente (fiducia dinamica), è obbligato nei confronti del proposto per l'applicazione della misura preventiva patrimoniale antimafia a gestire il bene nell'interesse e secondo le indicazioni di quest'ultimo, nonché a restituirlo allo stesso quando questi lo

patrimoniale»; mentre non sarebbe configurabile il possesso di diritti. E, sulla scorta di tali considerazioni, giunge a sostenere che «ove si volesse comunque far ricorso al concetto di possesso, dovrebbe, anzitutto, abbandonarsi ogni riferimento a quello disciplinato dall'art. 1140 cod. civ. e, poi, (...) ci si dovrebbe tutt'al più accostare a quello di "possesso di diritti", quale concetto descrittivo, in materia di lotta alla mafia, di quelle ipotesi in cui ricorrono gli elementi naturalistici della titolarità del diritto (in capo al prevenuto), come il concreto esercizio dello stesso, ma ne difettano per una deliberata esclusione. Gli elementi formali dell'«investitura»». Così anche S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, cit., p. 410 ss.; ID., *Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata*, cit., p. 1391 ss., nonché, pare, F. CASSANO, *La confisca ed il presupposto della c.d. «disponibilità» dei beni*, in S. MAZZARESE, A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, cit., p. 272-274 e L. MODICA, *Note in tema di tutela dei diritti dei terzi nei cosiddetti «pacchetti sicurezza»*, *ivi*, p. 343.

²⁸ Sancito dall'art. 27 Cost. In proposito v. anche C. Cost., 10 gennaio 1997, n. 1, ne *Il Foro italiano*, 1998, I, c. 2043, la quale ha avuto modo di esprimersi – seppur in tema di confisca penale obbligatoria (il che non rileva nella misura in cui la Corte di Cassazione ammette pacificamente la stretta affinità di questa con la confisca preventiva) – ritenendo la posizione del terzo di buona fede «protetta dal principio dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico», di guisa che «la pretesa dello Stato di aggredire con il provvedimento di confisca il bene del terzo, negandogli persino di dimostrare la propria buona fede nell'acquisto», in quanto non connessa a comportamenti riprovevoli del terzo, «si pone irrimediabilmente in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale».

²⁹ Giusta il quale, la misura sanzionatoria «non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito» (cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 1999, n. 9, in *Studium Juris*, 2000, p. 455 ss.).

³⁰ Diversamente da quanto accade per quella fittizia, per aversi interposizione reale di persona non è necessario che l'altro contraente (ove vi sia) sia consapevole dell'intesa tra l'interponente e l'interposto.

richieda³¹. Ed il presupposto della disponibilità sembrerebbe permanere anche con riferimento ai beni che costituiscano il reimpiego di quelli originariamente trasferiti al fiduciario o, comunque, oggetto del negozio fiduciario. Si immagini, ad esempio, che il fiduciario sia tenuto a permutare o a vendere tali beni e, sempre in forza del *pactum fiduciae*, ad amministrare il nuovo bene in tal modo acquistato, conservandone la titolarità. Il secondo caso ricorre quando il terzo interposto è obbligato a compiere un acquisto in nome proprio e per conto del mandante – ossia l'indagato di appartenenza ad associazione di stampo mafioso. Nel mandato senza rappresentanza, come noto, il mandatario, in esecuzione dell'incarico ricevuto, acquista direttamente i diritti oggetto degli atti giuridici compiuti (art. 1705, comma 1 c.c.) essendo poi tenuto a ritrasferirli al mandante. Situazione alla quale fa, a ben vedere, da contraltare l'intensa tutela riconosciuta dal legislatore al mandante al fine di garantirgli il conseguimento dei risultati dell'attività gestoria posta in essere dal mandatario³².

Tuttavia, quelle sin qui descritte non esauriscono, a mio modo di vedere, le fattispecie ricomprese in quel concetto di disponibilità assunto a presupposto delle misure preventive patrimoniali. Ad un esame attento un indice in tal senso si rinviene proprio nel dato normativo: il legislatore ha avvertito l'esigenza di specificare i concetti di "titolarità" e di "disponibilità", affiancando ad essi la locuzione «anche per interposta persona fisica o giuridica». Appare pertanto chiaro – oltre che coerente con la *ratio* sottesa a tali misure, ossia la riconduzione del bene nel circuito della legalità – che le misure preventive patrimoniali antimafia possano (e in un certo qual modo, intendano) raggiungere anche beni di cui il proposto abbia la disponibilità pur in assenza del fenomeno di interposizione (fittizia o reale) e ciò ove ricorrano gli ulteriori presupposti a tal fine richiesti dalla legge. Ragione per cui non convince l'idea di escludere – come invece pretenderebbe l'evocata tesi restrittiva – la ricorrenza del presupposto della disponibilità utile, ai fini dell'applicazione delle misure preventive patrimoniali, in tutti quei casi in cui il proposto sia di fatto in grado di determinare l'impiego e la destinazione di un bene acquistato da un soggetto terzo con mezzi propri e per interessi propri. L'assunto per cui altrimenti la misura patrimoniale finirebbe per colpire individui, non solo estranei all'attività illecita dell'indagato, bensì addirittura vittime della stessa, i quali si siano trovati costretti a concederne l'utilizzo al mafioso – per quanto, a prima vista, condivisibile – sembra obliterare che la disponibilità non è l'unico presupposto richiesto per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale. In altre parole, il sequestro (prima) e la confisca (poi), oltre alla disponibilità del bene in capo all'indagato per delitti di stampo mafioso, richiedono anche la mancata prova della provenienza lecita del

³¹ Solamente la fiducia in senso romanistico – contrapposta, come noto, alla c.d. fiducia germanica, ricorrendo la quale il conferimento del potere risulta già contenuto entro i limiti dello scopo perseguito, atteso che al fiduciario è attribuito il diritto di esercitare in nome proprio un diritto di cui resta titolare il fiduciante, realizzando una scissione tra titolarità (del fiduciante) e legittimazione (del fiduciario) – integra una ipotesi di interposizione reale di persona, mentre lo schema sotteso a quella di tipo germanico, non facendo venire meno la titolarità del diritto di proprietà in capo al fiduciante, non sembrerebbe dover essere collocata nella categoria della disponibilità (intesa in senso stretto), potendo invece essere ricondotta in quella della titolarità. Sulla fiducia e sul negozio fiduciario, v. *ex multis* L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, p. 315 ss.; U. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico (negozio fiduciario)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1971; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile (Metodo, Teoria, Saggi, Pratica)*, Milano, 1951, p. 201 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, p. 345 ss.

³² Tutela che trova riscontro normativo negli artt. 1705, comma 2 e 1706 c.c.

bene e il valore sproporzionato di tali beni rispetto al reddito del proposto dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o alla attività economica dallo stesso svolta.

Far rientrare le valutazioni sulla provenienza dei beni e sulla condizione soggettiva del proprietario dei beni nel concetto di disponibilità sembra, pertanto, errato e senz'altro non coerente con il dettato normativo, ben potendo e dovendo tali aspetti, essere presi in considerazione distintamente, appunto, dalla disponibilità ed essendo i medesimi in grado di escludere la confisca anche qualora sussista il presupposto della disponibilità. Peraltro, la sola circostanza che il proprietario del bene, di fatto nella disponibilità dell'indagato, sia una vittima del potere di intimidazione di quest'ultimo non appare idonea a far venire meno *ex se* la finalità cui la confisca è preposta. Se invero la *ratio* sottesa alla misura è quella di sottrarre un bene al circuito dell'illegalità per ricondurlo a quello della legalità, non v'è chi non veda come la mera circostanza che il proprietario del bene sia una vittima non garantisca la riconduzione del bene al circuito della legalità.

Ne deriva un ampio raggio di azione consentito alla norma sulla disponibilità³³, senz'altro funzionale all'intercettazione delle più svariate ipotesi di controllo su beni, contribuendo, pertanto, a rafforzare l'intervento preventivo.

3. La tutela dei terzi nel Codice antimafia

Proprio l'amplessimo raggio di azione delle misure preventive patrimoniali antimafia impone un attento vaglio – nell'ottica del contemperamento dei contrapposti interessi in gioco – di adeguatezza delle forme di tutela dei terzi di buona fede che vantino diritti sui beni avvinti dalle evocate misure preventive patrimoniali antimafia.

In termini generali, appare possibile individuare due forme di tutela delle posizioni dei terzi che trovano espresso riconoscimento nel Codice antimafia – gli strumenti di intervento nel corso del procedimento e quelli di intervento successivo alla conclusione del procedimento medesimo –, nonché un tipo di tutela, rappresentato da forme di intervento incidentale atipico, il quale, pur non trovando riconoscimento normativo, rappresenta il precipitato dell'esperienza giurisprudenziale antecedente alla emanazione del d.lgs. n. 159 del 2011.

In primo luogo, quindi, i terzi riconducibili a talune categorie – e, segnatamente, i titolari del diritto di proprietà, i comproprietari, nonché i titolari di diritti reali parziari o di diritti personali di godimento e, ancora, coloro che siano parte di giudizi già avviati aventi ad oggetto il diritto di proprietà ovvero i diritti reali o personali di godimento e i diritti reali di garanzia³⁴ sui beni sequestrati – vengono chiamati ad intervenire – nei trenta giorni successivi al provvedimento che dispone il sequestro – nel procedimento, con la facoltà di svolgere

³³ La quale, è stato fatto notare, «rinviava ad un concetto squisitamente economico irriducibile sia al possesso sia allo strumentario civilistico con cui tipicamente si cede ad altri il potere giuridico di disporre (mandato, negozio fiduciario)» [così L. MODICA, *Note in tema di tutela dei diritti dei terzi nei cosiddetti «pacchetti sicurezza»*, in S. MAZZARESE, A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, cit. p. 342].

³⁴ I titolari di diritti reali di garanzia sono stati inseriti nel novero dei soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento preventivo solo di recente, ad opera della Riforma operata con la l. n. 161/2017.

deduzioni in udienza e di chiedere l'acquisizione degli elementi utili ai fini della decisione sulla confisca; si tratta dunque di litisconsorzio necessario³⁵.

Nel caso in cui – nonostante un simile intervento o in assenza di esso – venga disposta la confisca, a mente dell'art. 26, d.l.gs. n. 159/2011, gli atti di trasferimento o di intestazione fittizia sono affetti da nullità. Nullità che, in quanto tale, non può che travolgere anche i successivi atti i quali presuppongano quello nullo, quindi, senz'altro anche tutti quelli con cui l'intestatario fittizio abbia alienato i beni oggetto dell'atto nullo.

Ai creditori (assistiti o meno da garanzie reali), come si vedrà meglio *infra* – il Codice antimafia riconosce invece una tutela che ricalca quella prevista in ambito concorsuale.

Quanto, poi, alla tutela successiva al procedimento, l'art. 28, d.l.gs. n. 159/2011 disciplina la revocazione della confisca, la quale può essere richiesta laddove emerga un difetto originario dei presupposti di applicazione di siffatta misura, che risulti da prove nuove decisive, sopravvenute rispetto alla conclusione del procedimento, ovvero da fatti accertati con sentenze penali definitive, successive o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, o, ancora, dalla scoperta della falsità (o della rilevanza penale degli stessi come reati) di atti sui quali si è basata la decisione sulla confisca. Al ricorrere di tali ipotesi, pertanto, l'art. 46, d.l.gs. n. 159/2011 dispone che la restituzione possa avvenire anche per equivalente.

Considerato che la revocazione della confisca, richiedendo l'accertamento della carenza dei presupposti necessari per l'applicazione della misura patrimoniale, elide in radice l'esigenza di intervenire per riportare un bene al circuito della legalità, nel quale già si trova, vale la pena evidenziare come la previsione di cui all'art. 46 appaia ultronea rispetto alle finalità sottese alla confisca – pur non essendo su tale fattispecie che in questa sede ci si intende soffermare – e, in un certo qual modo, dissonante rispetto alle medesime³⁶.

Infine, come anticipato, sebbene il legislatore non ne faccia menzione, sembrano altresì configurabili incidenti di esecuzione, aventi ad oggetto questioni non suscettibili di soluzione nell'ambito del litisconsorzio ovvero secondo le logiche della revocazione, dunque con lo scopo di "lasciare aperta una finestra" alla tutela anche dei terzi non espressamente presi in considerazione dal legislatore, oltre che per permettere decisioni d'urgenza che rivedano l'ambito del sequestro o consentano peculiari modalità di sfruttamento dei beni oggetto della misura preventiva, tra cui la loro alienazione prima del relativo deperimento o deterioramento.

L'assenza di rimedi impugnatori contro il sequestro di prevenzione e la natura di subprocedimento di revisione a contraddittorio garantito tendono a considerare l'incidente di esecuzione come strumento suscettibile di incidere su ogni questione che si presenti nel corso del procedimento e appaia idonea ad essere discussa nel contraddittorio tra le parti³⁷, così affrancandolo da una mera logica oppositoria³⁸. Si pensi alle istanze avanzate da taluni

³⁵ Cfr. art. 23, d.l.gs. n. 159/2011, così come modificato dalla l. n. 161/2017.

³⁶ Intesa come eccedenza rispetto al fine sotteso ad una data normativa, dunque come costola del principio di proporzionalità, quale componente del principio di ragionevolezza declinato come principio di razionalità, in senso teleologico. Sul punto v. quanto più diffusamente si dirà *infra* § 6.

³⁷ Si parla, in proposito di «funzione espansiva dell'incidente di esecuzione», cfr. G. CAPECCHI, *Le misure di prevenzione patrimoniale. Laboratorio di esperienze pratiche. Riflessioni comparative e spunti operativi*, Forlì, 2011, p. 129.

³⁸ La dottrina maggioritaria ritiene invero che, in detto ambito, non possa trovare applicazione la tutela cautelare civilistica (si pensi ad esempio alle azioni possessorie, piuttosto che a quelle *ex* art. 700 c.p.c.), di modo che, con riferimento ai beni sottoposti a sequestro o a confisca ma non ancora destinati, appare configurabile, ricorrendo un interesse del soggetto che lo propone, il ricorso proprio allo strumento dell'incidente di esecuzione,

creditori onde tutelare e rendere effettivo il proprio diritto ad insinuarsi utilmente nel procedimento di verifica, nonché, a mero titolo di esempio, alla richiesta di provvedimenti per permettere lo svolgimento, nei locali sequestrati, di un evento già programmato e in relazione al quale sia stato venduto un elevato numero di biglietti ovvero per la manutenzione di beni in *leasing* o, ancora, per la lavorazione di un terreno onde evitarne il depauperamento.

In considerazione dell'ampiezza dell'ambito applicativo delle misure preventive patrimoniali antimafia le categorie di c.d. terzi "interessati" – ossia di quei terzi che subiscono, o corrono attuale e concreto rischio di subire, un danno patrimoniale dallo svolgimento o dall'esito del procedimento di prevenzione – sono plurime.

Ai terzi interessati puri – ossia coloro che temono un depauperamento patrimoniale proprio, personale o familiare – si affiancano i terzi interessati interposti fittizi – i quali solo formalmente intendono tutelare un interesse proprio, ma nei fatti mirano ad evitare una perdita patrimoniale altrui³⁹. Vale a dire che diventa cruciale – per il tramite di una adeguata attività istruttoria – comprendere se il terzo sia estraneo al fenomeno mafioso ovvero sia a conoscenza del rapporto tra quest'ultimo e un dato bene ovvero, ancora, di tale fenomeno sia parte attiva, nell'ottica di considerarlo meritevole o meno di tutela, da parte dell'ordinamento giuridico.

Il problema della tutela dei diritti vantati dai terzi di buona fede sui beni sottoposti a misure di prevenzione antimafia offre, quindi, l'occasione per individuare il punto di equilibrio tra l'interesse pubblicistico alla repressione del fenomeno criminale e l'esigenza di tutelare le situazioni giuridiche facenti capo a soggetti estranei al reato. La salvaguardia del primo richiederebbe, all'evidenza, un procedimento agevole e snello di cancellazione dei diritti e delle garanzie insistenti su tali beni, al fine di sottrarli, nel più breve tempo possibile, alla disponibilità di chi li utilizza, in vario modo, nell'attività illecita; finalità alla quale si aggiunge anche il più ambizioso obiettivo di destinare i suddetti beni al servizio della collettività, inserendoli nel circuito virtuoso della funzionalizzazione ad interessi pubblici: operazione che rileva non solo dal punto di vista economico, ma anche da quello simbolico e culturale. Di contro, l'esigenza di salvaguardare le situazioni giuridiche facenti capo ai terzi è d'ostacolo al sacrificio indiscriminato, in favore dello Stato confiscante, dei diritti da questi ultimi legittimamente acquisiti. E, d'altra parte, nella *ratio* sottesa alle misure preventive patrimoniali antimafia non si ravvisa la necessità che l'«inflexibile scure dello Stato»⁴⁰

sempreché possa escludersi l'intenzione dell'istante di inficiare e di svuotare di contenuto l'ablazione prevenzionale.

³⁹ E, d'altra parte, la giurisprudenza ha, da tempo, avuto modo di precisare che «ai fini dell'applicabilità della misura di prevenzione della confisca, la dizione "terzo" usata dalla legge ha un'accezione non tecnico-civilistica, ma puramente processuale finalizzata alla legittimazione alla "chiamata" nel procedimento, salvo che, proprio in esito alle risultanze del processo stesso, la posizione di estraneità risulti meramente fittizia e il "terzo" perda sotto il profilo sostanziale la posizione autonoma di intestatario del bene che risulta essere nella effettiva disponibilità del prevenuto; il concetto di "disponibilità" da parte di quest'ultimo ha contenuto eminentemente sostanzialistico e di fatto, molto vicino al concetto del possesso, e non legato a categorie e modi di intestazione giuridico-formali» (così App. Pen. Reggio Calabria, decr. 22 gennaio 1986, ne *Il Foro italiano*, 1987, II, c. 364 ss.).

⁴⁰ Così A. MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, cit., p. 412, il quale (evidenziando l'importanza di «evitare che la repressione della criminalità mafiosa penalizzi anche coloro i quali – magari inconsapevolmente – siano entrati appunto in contatto con le articolazioni economiche delle organizzazioni di tipo mafioso, che spesso non sono riconoscibili come tali a priori e dall'esterno dai comuni cittadini») dà conto di come le misure preventive antimafia di carattere patrimoniale, coinvolgendo in «vario modo, vaste categorie di soggetti», sollevino «delicati problemi di contemperamento di due diverse esigenze, in via di principio non confliggenti, ma in concreto non agevolmente conciliabili: non lasciare aperta alcuna maglia all'espansione (anche)

colpisca, oltre al mafioso, tutti i soggetti che, inconsapevolmente e senza colpa, siano venuti in qualche modo in contatto con l'organizzazione illecita. Non vi è infatti alcuna ragione per ritenere inconciliabile l'intransigente repressione dell'organismo mafioso con la salvaguardia dei diritti dei terzi finanziatori, fornitori, creditori della specie più diversa. Ciò che – come si avrà modo di porre in luce con riguardo ai terzi titolari di garanzie reali sui beni oggetto dei provvedimenti ablatori – può avvenire diversamente modulando il requisito soggettivo della buona fede⁴¹.

4. (segue) I terzi creditori del proposto

Venendo, nello specifico, ai terzi creditori del proposto, vale la pena rimarcare che si tratta di una categoria di terzi – non evocata, ove non vengano in considerazione crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni sequestrati e confiscati, dall'art. 23, d.lgs. n. 159/2011 – sfornita, di per sé, di qualsivoglia tutela nella fase intermedia tra il sequestro e la confisca.

È inoltre sancito il divieto assoluto di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni oggetto di sequestro preventivo patrimoniale antimafia. I beni già oggetto di esecuzione sono presi in consegna da parte dell'amministratore giudiziario e le procedure esecutive pendenti restano sospese sino alla conclusione del procedimento di prevenzione, mentre si estinguono in relazione a quei beni per i quali intervenga il provvedimento definitivo di confisca (cfr. art. 55, d.lgs. n. 159/2011)⁴².

D'altro canto, è espressamente escluso dall'art. 52, d.lgs. n. 159/2011 che, al ricorrere di specifiche condizioni, la confisca pregiudichi – oltre ai diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore a tale misura – i diritti di credito dei terzi che risultino da atti aventi data certa anteriore al sequestro⁴³.

La prima delle condizioni richieste dalla legge affinché detti diritti non subiscano pregiudizio – oltre al relativo accertamento «secondo le disposizioni contenute negli articoli

economica delle organizzazioni mafiose; non colpire ingiustamente i terzi che siano entrati in contatto con tali organismi».

⁴¹ V. *infra* §§ 4 e 7.

⁴² Siffatto divieto di procedere esecutivamente sui beni sottoposti a sequestro – indubbiamente ispirato a quello contemplato dall'art. 51 l.fall. (e contenuto anche nell'art. 150 c.c.i.i.), quantunque fondato su ragioni diverse – si spiega col fatto che l'eventuale confisca disposta all'esito del procedimento di prevenzione esclude che il creditore possa ottenere tutela in altra sede. Circostanza, tuttavia, che non si può conoscere se non all'esito (definitivo) dello stesso procedimento di prevenzione. In tale evenienza, l'accertamento dei presupposti (di riconoscimento dei diritti dei terzi ex art. 52, d.lgs. n. 159/2011) non può che competere al giudice della stessa misura di prevenzione, investito anche della fase liquidatoria dei beni, finalizzata alla soddisfazione delle altrui pretese creditorie. Da tanto deriva l'esigenza, da un lato, di mantenere in essere le azioni esecutive preesistenti al sequestro, in attesa dell'esito del procedimento di prevenzione e, dall'altro lato, di evitare – e da qui la previsione che concerne la sospensione della medesima – che nell'ambito della procedura esecutiva siano compiuti atti processuali privi di effetti per il procedimento di prevenzione, destinati poi ad essere travolti, insieme con la stessa azione espropriativa, qualora venga disposta la confisca definitiva.

⁴³ Sul punto si possono rinvenire le pronunce unanimi – anche anteriori al d.lgs. n. 159/2011 – della Cassazione Penale: Cass. Pen., 29 aprile 2010, n. 29378, ne *Il Foro italiano*, 2011, II, c. 158 ss.; Cass. Pen., 21 novembre 2007, n. 45572, in *Dejure (online)*; Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 1999, n. 9, cit.

57, 58 e 59»⁴⁴, le quali contemplano una procedura di stampo concorsuale in cui alla formazione, ad opera dell'amministratore giudiziario, di un elenco dei creditori anteriori al sequestro, seguono le istanze di accertamento dei rispettivi crediti (con l'indicazione delle eventuali cause di prelazione) da parte dei creditori, l'udienza di verifica dei crediti (che deve tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine assegnato ai creditori per il deposito delle istanze), la formazione e la successiva esecutività dello stato passivo – è rappresentata dalla sussistenza, in capo al loro titolare, dei requisiti soggettivi della buona fede e dell'affidamento incolpevole⁴⁵.

Sul contenuto da attribuire al concetto di buona fede, nello specifico contesto di riferimento, si è articolato un ampio dibattito in dottrina ed in giurisprudenza: la tesi maggioritaria riteneva integrata siffatta condizione laddove fosse stata fornita la prova della «mancanza di qualsiasi collegamento del diritto in questione con l'attività illecita del preposto»⁴⁶. Si parlava, dunque, di «buona fede scusante», intesa, come sinonimo di «giustificata pretesa di poter tenere una certa condotta»⁴⁷, nella cui valutazione non appariva possibile – già prima che il legislatore si esprimesse sulla questione – porsi su di un piano meramente interno, essendo, al contrario, opportuno collocarsi nella dimensione obiettiva delle «scelte d'azione»⁴⁸.

Pare aver accolto – almeno in parte – questi approdi il Codice antimafia, il quale, infatti, dà particolare rilievo ad elementi oggettivi, prevedendo che, ai fini della valutazione della buona fede, si debbano tenere in considerazione, tra l'altro, le condizioni delle parti, i rapporti personali e patrimoniali tra le stesse nonché il tipo di attività svolta dal creditore, la sussistenza di specifici obblighi di diligenza nella fase precontrattuale e, ancora, le dimensioni, qualora si tratti di una persona giuridica⁴⁹.

Ancora, per non essere pregiudicati, i diritti di credito devono risultare «da atti aventi data certa anteriore al sequestro» e non devono essere strumentali all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità e salva, per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati, l'eventualità che il proposto disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito⁵⁰. Inoltre, anche

⁴⁴ Cfr. art. 52 commi 1, 2 e 2-bis, d.lgs. n. 159/2011, i quali proseguono: «gli interessi convenzionali, moratori e a qualunque altro titolo dovuti sui crediti di cui al comma 1 sono riconosciuti, nel loro complesso, nella misura massima comunque non superiore al tasso calcolato e pubblicato dalla Banca d'Italia sulla base di un paniere composto dai buoni del tesoro poliennali quotati sul mercato obbligazionario telematico».

⁴⁵ Sulla buona fede, si veda anche G. TRAVAGLINO, *Confisca antimafia e garanzie reali*, ne *Il Corriere del merito*, 2013, p. 1175 ss.

⁴⁶ Nonché dell'«affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'eventuale ignoranza o il difetto di diligenza» (così Cass. Pen., 9 marzo 2005, n. 13413, in *Cassazione penale*, 2006, p. 634 ss.). Analogamente si sono espresse Cass. Pen., 11 febbraio 2005, n. 12317, *ivi*, 2006, p. 638 ss. e Cass. Pen., 19 novembre 2003, n. 47887, *ivi*, 2005, p. 2058 ss.

⁴⁷ Cfr. S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, cit., p. 420. Sul punto si veda anche Cass. Pen., 8 luglio 2011, n. 33796, in *Dejure (online)*.

⁴⁸ Cfr. S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, cit., p. 421.

⁴⁹ Cfr. Art. 52 comma 3, d.lgs. n. 159/2011.

⁵⁰ Si tratta di una condizione sul cui tenore è intervenuta la l. n. 161/2017. La precedente formulazione – giusta la quale i diritti di credito non erano sorniti di tutela a condizione, tra l'altro, che «l'escussione del restante patrimonio del proposto» fosse «risultata insufficiente al soddisfacimento del credito» non era andata esente da critiche. La dottrina, aveva, invero, rilevato come apparisse difficile definire il contenuto materiale dell'onere indicato e comprendere se il terzo fosse tenuto ad attivare anche una procedura giurisdizionale di accertamento e di infruttuosa esecuzione [cfr. G. FICHERA, *Il procedimento di accertamento dei crediti e di liquidazione delle utilità*, in

qualora ricorra una promessa di pagamento o una di ricognizione di debito, deve essere fornita la prova del rapporto fondamentale e, per il caso di titoli di credito, il portatore deve dimostrare oltre all'esistenza di tale rapporto anche quello che ne legittima il possesso.

Verificata, in seno alla cennata procedura di stampo concorsuale, la ricorrenza di tutti i presupposti richiesti dall'art. 52, d.lgs. n. 159/2011, l'amministratore giudiziario procede alla liquidazione dei beni, ove le somme a disposizione non fossero sufficienti a soddisfare i creditori iscritti al passivo.

Successivamente alla formazione dello stato passivo (se non è necessario dare corso alla liquidazione di parte o tutti i beni) o alla liquidazione di cui all'art. 60, d.lgs. n. 159/2011, l'amministratore giudiziario redige il progetto di pagamento, il quale diventa un piano di pagamento definitivo per opera del giudice delegato⁵¹.

In linea con tale ottica, per così dire, concorsuale, i crediti prededucibili sorti nel corso del procedimento di prevenzione, che siano liquidi, esigibili e non contestati, non debbono essere accertati secondo le predette modalità e possono essere soddisfatti al di fuori del piano di riparto, previa autorizzazione del giudice delegato.

Un'ulteriore precisazione risulta fondamentale: ai sensi dell'art. 53, d.lgs. n. 159/2011, i crediti per titolo anteriore al sequestro, verificati ai sensi delle disposizioni appena accennate, non possono essere soddisfatti interamente, bensì solo nel limite del sessanta per cento del più basso tra il valore stimato dei beni oggetto della misura preventiva patrimoniale antimafia e quanto ricavato dalla eventuale vendita degli stessi, al netto delle spese del procedimento di confisca, di amministrazione e dell'eventuale liquidazione.

Siffatta soddisfazione del ceto creditorio, limitata *a priori*, dunque avulsa da qualsivoglia considerazione delle eventuali spese della procedura, sembra atteggiarsi alla stregua di una vera e propria espropriazione, in quanto eccedente il fine sotteso alle misure preventive patrimoniali, ponendosi, piuttosto palesemente, in contrasto con il principio di proporzionalità (quale componente del principio di ragionevolezza, declinato come principio di razionalità, in senso teleologico)⁵².

In altre parole, come già posto in luce, le misure preventive patrimoniali dovrebbero incidere negativamente (ponendoli nel nulla) solamente sui diritti incompatibili con la finalità di sottrarre dal circuito economico di origine i beni appartenenti a soggetti ritenuti pericolosi, onde evitare che gli stessi continuino ad alimentare le attività della criminalità organizzata. In tale ottica, l'art. 53, d.lgs. n. 159/2011 – al pari del comma 203, art. 1, l. n. 228/2012 – prevedendo *a priori* la sottrazione di una percentuale del ricavato alla soddisfazione del ceto creditorio, comporta una ingiustificata espropriazione del 40% (con riguardo alla l. n.

F. BRIZZI, G. CAPECCHI, G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, cit., p. 265 ss.; A. CAIRO, *Sub art. 52 d.lgs. 159/2011*, in CAIRO A. (a cura di), *Codice delle misure di prevenzione*, Molfetta, 2014, p. 624]. E, d'altra parte, era stato fatto notare come una simile previsione ricalcasse sostanzialmente quella di cui all'art. 2304 c.c., in materia di società in nome collettivo, in virtù della quale il creditore sociale non può aggredire il patrimonio personale dei soci se non dopo aver infruttuosamente escusso quello della società. In caso di obbligazioni in solido era stato affermato che l'insinuazione al passivo dovesse essere preceduta dal tentativo di escussione del creditore coobbligato *in bonis*. Ciò in ragione della salvaguardia dei beni acquisiti dallo Stato (così G. TONA, *Gestire o liquidare: i dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del codice antimafia*, in *La Legislazione penale*, 2012, p. 256).

⁵¹ Cfr. in part. art. 61, d.lgs. n. 159/2011.

⁵² Segnatamente appaiono violati l'art. 42 Cost., l'art. 1, prot. 1, CEDU, l'art. 52 della Carta dei diritti Fondamentali Dell'Unione Europea e l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite. Sulla assoluta impossibilità che una siffatta previsione trovi giustificazione nella *ratio* e nello scopo delle misure preventive patrimoniali antimafia, v. anche A. AULETTA, *Misure reali di prevenzione antimafia e procedure esecutive individuali e concorsuali*, ne *Il fallimentarista (online)*, 8 maggio 2017, § 3. Sul tema v. *infra* § 6.

228/2012, del 30%), *rectius* ad una arbitraria riduzione della generica garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

Apparirebbe, pertanto, più ragionevole che tutto quanto ricavato dalla liquidazione dei beni, dedotte ovviamente le eventuali spese della procedura, fosse destinato alla soddisfazione di quei creditori che siano stati ritenuti meritevoli di tutela in forza delle disposizioni del Codice antimafia.

5. I titolari di diritti reali di garanzia. La natura dell'acquisto da parte dello Stato

Stando a quanto sin qui esposto, al di là dell'affermazione di principio – contenuta nel già citato art. 52, d.lgs. n. 159/2011 – per cui i diritti reali di garanzia, a determinate condizioni, non vengono pregiudicati dalla confisca, gli unici meccanismi di tutela predisposti sono quelli che attengono, da un lato, al necessario coinvolgimento (a partire dalla riforma del 2017) dei titolari di siffatti diritti nel procedimento ai sensi dell'art. 23, d.lgs. n. 159/2011 e, dall'altro lato, alle previsioni esaminate in termini generali, con riferimento ai diritti di credito e ai diritti reali e personali di godimento, difettando, invece, disposizioni specifiche intese a garantire la tutela del contenuto proprio del diritto reale di garanzia. Tutto ciò senza considerare che, tra l'altro, le varie disposizioni del Codice antimafia appaiono muoversi verso direzioni differenti. Ci si riferisce all'art. 45, d.lgs. n. 159/2011, il quale prevede l'acquisizione, per effetto del provvedimento definitivo di confisca, dei beni al patrimonio dello Stato liberi da pesi ed oneri e garantisce la tutela dei diritti dei terzi solamente nei limiti e nelle forme di cui al titolo IV del Codice medesimo, ponendosi in evidente contrasto con quanto, in linea di principio, affermato dal successivo art. 52, circa l'assenza di pregiudizio, tra l'altro, dei diritti reali di garanzia.

Più nel dettaglio, nel titolo IV del Codice antimafia si rinvencono – al di là delle modalità, già descritte *supra* per la tutela dei diritti di credito – in particolare, tre previsioni sulle quali vale la pena indugiare ulteriormente: se da un lato, all'art. 52, si legge che «la confisca non pregiudica i diritti reali di garanzia, costituiti in epoca anteriore al sequestro» (ovviamente alle condizioni già descritte *supra*), dall'altro lato, il successivo art. 55 dispone che «a seguito del sequestro non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive» e, ancora, a mente dell'art. 52, comma 4, come modificato dalla l. n. 161/2017, la confisca definitiva, tra l'altro, determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto reale di garanzia, riconoscendo ai titolari di siffatto diritto un equo indennizzo, commisurato alla residua durata del contratto o del diritto.

Non sono, pertanto, predisposti e disciplinati rimedi *ad hoc* esperibili da chi vanti diritti reali di garanzia e, quindi, nello specifico, strumenti intesi a tutelare lo *ius sequelae* e lo *ius distrabendī*⁵³.

⁵³ Sul tema si vedano, *ex multis* G. VILLANACCI, *Le garanzie reali e personali*, Milano, 2024, 128 ss.; E. GABRIELLI, *Del pegno*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della Tutela dei diritti. Artt. 2784-2906, Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, 4 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 7. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, p. 145 ss. e 321 ss.; M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, *passim* e, in particolare, p. 89-106; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. di diritto civile*, Torino, 2010, p. 49 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, Milano, 2006, p. 33 ss.; G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 4^a ed., Bologna-Roma, 1992, 1 ss.; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 740 ss.; ID, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss.; A. MONTEL, voce *Pegno (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 773; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e*

Già prima dell'entrata in vigore del Codice antimafia e della riforma del 2017, il tema del rapporto tra la confisca e i diritti reali di garanzia, specialmente l'ipoteca⁵⁴ e, con esso, quello dell'opponibilità di questi ultimi allo Stato, suscitava particolare interesse.

Invero, onde individuare la sorte dei diritti reali di garanzia e la tutela riconosciuta ai titolari degli stessi è, nell'opinione di molti – ma chi scrive è di diverso avviso⁵⁵ – preliminarmente necessario prendere posizione in merito alla natura dell'acquisto del bene da parte dello Stato: se a titolo originario o a titolo derivativo.

Ebbene, anche dopo il d.lgs. n. 159 del 2011 e almeno fino alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 10532 del 2013, la tesi prevalente era quella della natura derivativa⁵⁶

mobiliare, Milano, 1956, p. 13 ss.; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale, concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, p. 401 ss.

⁵⁴Il tema della prevalenza dell'ipoteca iscritta anteriormente al sequestro ed alla confisca preventiva antimafia è stato, infatti, esaminato dalle sezioni, sia penali, sia civili, della Corte di Cassazione, con risultati, per il vero, non sempre convergenti. La giurisprudenza penale è stata per lungo tempo solida nell'affermare il principio per il quale sussiste a carico del terzo – titolare di un diritto reale di garanzia sul bene oggetto del provvedimento di confisca di prevenzione antimafia – l'onere di dimostrare di avere diligentemente osservato gli obblighi di informazione e di accertamento e, quindi, di avere maturato un affidamento incolpevole, sulla base di una situazione di oggettiva apparenza, relativamente alla effettiva posizione del soggetto nei cui confronti si acquisisce il diritto di garanzia. Muovendo da tale assunto, quindi, ai fini dell'opponibilità del diritto reale di garanzia, non sarebbe sufficiente che l'ipoteca sia stata costituita, mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari, anteriormente alla trascrizione del sequestro, essendo, altresì, richiesto che il creditore ipotecario si sia trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole, dovendo individuarsi in quest'ultimo requisito la base giustificativa della tutela del terzo di fronte al provvedimento di confisca. Quanto all'onere probatorio, la stessa giurisprudenza penale (Cass. Pen., 16 giugno 2009, n. 32648, in *Dejure (online)*, 2009; Cass. Pen., 21 novembre 2007, n. 45572, cit.; Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 1999, n. 9, cit.), nel rilevare la sostanziale identità dei fini sottesi tanto alle misure preventive antimafia in esame, quanto alla confisca, quale misura di sicurezza applicabile per il delitto di usura, ha ritenuto che, anche nel caso della confisca preventiva antimafia, siano i terzi che vantano diritti reali a dovere provare, davanti al giudice della prevenzione, i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata (cfr. Cass. Pen., 18 marzo 2008, n. 16709, in *Dejure (online)*, 2008). Ciò significa che l'onere probatorio, a carico del terzo, ha ad oggetto la dimostrazione del proprio affidamento incolpevole, ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza, che rende scusabile l'ignoranza, l'errore o il difetto di diligenza. Di contro – ad eccezione di Cass. Civ., 12 novembre 1999, n. 12535, in *Dejure (online)* – le sezioni civili della Corte di Cassazione sono attestare sul principio per cui il provvedimento di confisca preventiva antimafia nei confronti di un indiziato di appartenenza ad associazioni di stampo mafioso non possa pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto del provvedimento ablativo, in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione, in favore di terzi estranei ai fatti che hanno dato luogo al procedimento medesimo, giacché i diritti reali di garanzia si estinguono, come noto, per le sole cause indicate dall'art. 2878 c.c. [v. per tutte Cass. Civ., 16 gennaio 2007, n. 845, in *Dejure (online)* – con riferimento alla posizione dell'aggiudicatario di un bene in sede di procedura esecutiva forzata immobiliare – e Cass. Civ., 29 ottobre 2003, n. 16227, *ivi*]. In ordine all'onere probatorio, seppur sotto forma di *obiter dictum*, Cass. Civ., 16 gennaio 2007, n. 845, cit. ha valorizzato l'omessa consultazione delle conservatorie dei registri immobiliari prima di acquistare l'immobile confiscato per escludere lo stato soggettivo di buona fede. Sul tema si vedano, *ex multis*, G. MINUTOLI e G. CAMPAGNA, *La confisca in tema di prevenzione antimafia prevale sull'ipoteca*, 2014, p. 49 ss.; G. TRAVAGLINO, *Confisca antimafia e garanzie reali*, cit., p. 1175 ss.; L. RUGGERI, *Le sez. un. chiariscono i temi discussi nel rapporto tra confisca penale ed ipoteca*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 1908 ss.; S. ZIINO, *Le Sezioni Unite tra nomofiliachia e monocraticità: note critiche ad una recente decisione in materia di espropriazione forzata di beni oggetto di misure di prevenzione patrimoniali*, ne *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, p. 415 ss.; I.G.J. PATRONE, *Le sezioni unite civili, la confisca di prevenzione e qualche discutibile riferimento al diritto "comunitario"*, in *www.penalecontemporaneo.it (online)*.

⁵⁵ V. in proposito quanto si dirà *infra*, nonché – più in particolare – E. GUARDIGLI, *Diritti patrimoniali, tutela dei terzi di buona fede e misure preventive patrimoniali antimafia*, cit., p. 164 ss.

⁵⁶ In dottrina si vedano P. FARINA, *Sulla tutela dei creditori ipotecari e dell'aggiudicatario nell'espropriazione dei beni confiscati*, ne *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, I, p. 496 ss.; F. CASSANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 2155 ss.; P. BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema*

dell'acquisto da parte dello Stato: si muoveva dall'assunto che lo stesso non potesse prescindere dal rapporto (che intende far venire meno) già esistente fra quel bene ed il precedente titolare⁵⁷ e si escludeva che il provvedimento traslativo potesse avere ad oggetto un diritto dal contenuto differente e più ampio rispetto a quello che faceva capo al precedente titolare⁵⁸. Così, a fronte di chi ipotizzava la soluzione dell'incidente di esecuzione dinnanzi al giudice penale, sul presupposto che i diritti dei terzi, di fatto, concorrano a circoscrivere l'oggetto definitivo della confisca (artt. 665 ss. c.p.p.)⁵⁹, non è mancato chi ha affermato che l'unica via fosse quella di avvalersi – dopo il riconoscimento, in sede di incidente di esecuzione penale, della opponibilità del diritto reale di garanzia – dei residui mezzi di tutela offerti dalla legge davanti al giudice civile. L'elemento alla base di quest'ultima affermazione è l'asserita appartenenza dei beni al patrimonio indisponibile dello Stato (risultando dunque soggetti ad un vincolo di destinazione), come tali non suscettibili di assurgere ad oggetto dell'espropriazione forzata immobiliare, che ne modificherebbe la destinazione⁶⁰.

Alla conclusione opposta, della natura originaria dell'acquisto da parte dello Stato, può giungersi – a giudizio della già evocata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione Civile⁶¹, chiamate, nel 2013, a pronunciarsi sulle questioni più problematiche sollevate dal Codice antimafia, in tema di tutela dei terzi⁶² – grazie ad un'interpretazione estensiva dei commi 194-206 dell'art. 1, l. n. 228/2012 – limitatamente ai «beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione per i quali non si applica il d.lgs. 159/2011» (quelli cioè già iniziati alla data di entrata in vigore del decreto stesso) – a particolari categorie di creditori. Stando a questa

delle leggi antimafia, cit., p. 443 ss.; A. AIELLO, *La confisca antimafia e il principio emptio non tollit locatum*, ne *Il Foro italiano*, 2002, I, c. 291 ss.; E. AGUGLIA, *Misure patrimoniali antimafia ed oppressione dei creditori*, ne *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1990, I, p. 613 ss. In sintesi, le argomentazioni principali a sostegno della natura a titolo derivativo dell'acquisto sono che la confisca non può far acquistare allo Stato un diritto maggiore di quello di cui era titolare il prevenuto; che la funzione della confisca è quella di privare il mafioso dei beni che rappresentano il mezzo o il frutto della sua attività quindi, raggiunto tale scopo, non vi è motivo di sacrificare i diritti dei terzi; che il timore di perdere i diritti garantiti da ipoteca sui beni del mafioso potrebbe avere effetti controproducenti, inducendo i creditori di quest'ultimo a non denunciare situazioni sospette; che anche l'acquisto per usucapione, pur ritenuto a titolo originario, non travolge i diritti di garanzia gravanti sul bene acquistato.

⁵⁷ Cfr. Cass. Civ., 3 luglio 1997, n. 5988, in *Giust. civ.*, 1997, p. 2733 ss. Analogamente, Cass. Civ., 5 ottobre 2010, n. 20664, in *Dejure (online)*; Cass. Civ., 30 marzo 2005, n. 6661, in *Dejure (online)*; Cass. Civ., 12 novembre 1999, n. 12535, cit. *Contra*, solamente Cass. Civ., 26 gennaio 2006, n. 1693, in *Dejure (online)*.

⁵⁸ Cfr. Cass. Pen., 29 aprile 2010, n. 29378, cit. Analogamente, Cass. Pen., 21 novembre 2007, n. 45572, cit.; Cass. Pen., 6 febbraio 2007, n. 8015, in *Dejure (online)*; Cass. Pen., 19 febbraio 2003, n. 13081, in *Cassazione penale*, 2004, p. 645 ss.

⁵⁹ Cass. Civ., 12 novembre 1999, n. 12535, cit., secondo la quale stabilire se il diritto del creditore ipotecario sopravviva o meno alla confisca impone un'indagine tanto «estesa ed approfondita» che «può essere svolta solo dal giudice penale in sede di procedimento di esecuzione». Si vedano anche Cass. Pen., 29 aprile 2010, n. 29378, cit.; Cass. Pen., 11 febbraio 2005, n. 12317, cit.

⁶⁰ Cass. Civ., 5 ottobre 2010, n. 20664, cit. e Cass. Civ., 16 gennaio 2007, n. 845, cit., nelle quali la Corte si è espressa nel senso dell'impossibilità che l'incidente di esecuzione penale abbia ad oggetto l'accertamento dell'esistenza di un diritto altrui su un bene sottoposto a confisca penale, in quanto ciò esorbiterebbe dai suoi limiti ma anche nel senso che l'esigenza di contrastare la mafia non possa compromettere il principio della certezza dell'iscrizione di un'ipoteca. Sul punto si veda anche la già citata Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte Suprema di Cassazione, n. 106 del 31 maggio 2012, in particolare, p. 20-22.

⁶¹ Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

⁶² Le ordinanze di remissione sono le n. 2338, 2339, 2340 del 17 febbraio 2012. Si rammenta che tali ordinanze sono anteriori alla l. n. 228/2012, di tal che, quando le Sezioni Unite della Cassazione si pronunciano, hanno una fonte in più da cui attingere ed a cui, per la verità, fanno esplicito riferimento per rispondere alle questioni sollevate con le ordinanze.

impostazione, il legislatore avrebbe risolto nel senso della prevalenza della misura di prevenzione patrimoniale il quesito relativo ai rapporti ipoteca-confisca, indipendentemente dal dato temporale, «con conseguente estinzione di diritto degli oneri e pesi iscritti o trascritti», così offrendo soluzione anche alla differente questione concernente la natura dell'acquisto del bene confiscato da parte dello Stato «che a seguito dell'estinzione di diritto dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti prima della misura di prevenzione della confisca acquista un bene non più a titolo derivativo, ma libero dai pesi e dagli oneri, pur iscritti o trascritti anteriormente alla misura di prevenzione».

I creditori muniti di ipoteca iscritta sui beni oggetto della misura preventiva patrimoniale anteriormente alla trascrizione del sequestro di prevenzione, al pari di quelli che, prima di tale momento, hanno trascritto un pignoramento sul bene nonché coloro che alla data di entrata in vigore della disciplina transitoria sono intervenuti nell'esecuzione iniziata con un pignoramento su beni oggetto della misura preventiva antimafia trascritto prima del sequestro, invero, vengono soddisfatti nei limiti e con le modalità di cui ai commi da 194 a 206, art. 1, l. n. 228/2012. Le disposizioni richiamate prevedono – salvo il caso in cui, alla data di entrata in vigore della legge stessa, il bene sia già stato trasferito o aggiudicato, anche in via provvisoria, ovvero sia costituito da una quota indivisa già pignorata – che «gli oneri e i pesi iscritti o trascritti sui beni di cui al comma 194 anteriormente alla confisca sono estinti di diritto»⁶³.

Si è quindi ritenuto che il legislatore abbia inteso ricomprendere la confisca tra le cause di estinzione dell'ipoteca disciplinate dall'art. 2878 c.c.⁶⁴, prendendo altresì posizione in ordine alla natura dell'acquisto del bene da parte dello Stato: a titolo originario⁶⁵.

Conclusione – già possibile alla luce del solo d.lgs. n. 159/2011, in particolare in ragione del tenore degli artt. 45 e 52 comma 4, non avendo, il comma 197, fatto altro che riprodurre il contenuto dello stesso art. 45, d.lgs. n. 159/2011, sicché delle due l'una: o il legislatore si era già espresso nel senso dell'acquisto a titolo originario, oppure non lo ha fatto nemmeno con la l. n. 228/2012 – che si condivide, pur escludendo, come anticipato *supra*, che la natura dell'acquisto da parte dello Stato rivesta una rilevanza dirimente in ordine alla sorte dei diritti reali di garanzia gravanti sul bene.

Procedendo con ordine, assume importanza cruciale la circostanza che presupposto della confisca (come già detto) non sia la titolarità di un diritto sul bene in capo al proposto, bensì la disponibilità (materiale) del bene medesimo da parte di quest'ultimo. Di modo che, almeno per una parte delle ipotesi oggetto di esame in questa sede, il proposto non potrebbe, pur volendo, trasferire il bene allo Stato, in ogni caso, difettando anche il nesso genetico per cui l'acquisto deriva dalla perdita, verificandosi il contrario: è la perdita che deriva dall'ingresso del bene confiscato nel patrimonio dello Stato. Ciò analogamente a quanto accade con riferimento all'usucapione: invero chi acquista per usucapione non diventa

⁶³ Cfr. comma 197, art. 1, l. n. 228/2012.

⁶⁴ In passato, non sono mancate pronunce delle sezioni civili della Corte di Cassazione le quali avevano ritenuto che il titolare del diritto reale di garanzia vantasse un diritto destinato ad estinguersi solo per le cause tassative indicate dall'art. 2878 c.c. e che potesse, perciò, essere fatto valere con le forme ordinarie (Cass. Civ., 29 ottobre 2003, n. 16227, cit.; Cass. Civ., 16 gennaio 2007, n. 845, cit.).

⁶⁵ Per una tale opzione interpretativa si vedano, oltre a Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit., gli interventi della dottrina, a commento di quest'ultima, tra cui, R. GIUFFRÉ, P. PIAZZA, *Il difficile temperamento fra confisca, ipoteca ed altri pesi ed oneri gravanti sui beni*, ne *Il Corriere giuridico*, 2013, p. 1203 ss.; G. MINUTOLI, G. CAMPAGNA, *La confisca in tema di prevenzione antimafia prevale sull'ipoteca*, cit., p. 49 ss.; G. TRAVAGLINO, *Confisca antimafia e garanzie reali*, cit., p. 1175 ss.; L. RUGGERI, *Le sez. un. chiariscono i temi discussi nel rapporto tra confisca penale ed ipoteca*, cit., p. 1908 ss.

proprietario in base ad un rapporto con il precedente proprietario o con persona facoltizzata a disporre del diritto, bensì in base al possesso prolungato nel tempo. Con la conseguenza che in tali casi la perdita del diritto da parte del precedente proprietario non è un *prius* bensì un *posterius* rispetto all'acquisto da parte del nuovo.

Accedendo alla ricostruzione giusta la quale gli acquisti a titolo originario e a titolo derivativo assurgono a fatti giuridici e, per aversi acquisto a titolo derivativo, è sufficiente la sussistenza di un nesso genetico, in forza del quale l'acquisto deriva dalla perdita, non essendo invece richiesta la volontà del soggetto (come ad esempio nella successione *ex lege*), bensì la circostanza che il primo titolare, avrebbe potuto – qualora lo avesse voluto – produrre l'acquisto col disporre del diritto proprio⁶⁶, l'acquisto da parte dello Stato a séguito della confisca, sembra pertanto doversi qualificare come acquisto a titolo originario.

Ciò non comporta, però, necessariamente il venir meno dei diritti gravanti sul bene. Come già fatto notare, invero, è comunemente ammesso che l'acquisto a titolo originario sia circoscritto al solo diritto di proprietà su un bene, non dovendo lo stesso concernere – con effetto estintivo su di essi – i diritti reali parziari vantati dai terzi. In tale ottica, si è già detto, lo Stato dovrebbe acquistare – a titolo originario – il diritto di proprietà sul bene oggetto della misura preventiva nonché tutti e soli quei diritti (sul bene medesimo) il cui permanere in capo a soggetti terzi appaia di ostacolo al perseguimento del fine avuto di mira dal sistema di prevenzione patrimoniale antimafia. E, ciò, in quanto il principio che deve guidare l'interprete nella individuazione della soluzione – come a più riprese sottolineato – è quello per cui fin dove si estende il perseguimento dell'interesse sotteso alla misura preventiva patrimoniale antimafia non sia configurabile la coesistenza di un interesse privato che si risolva in un ostacolo alla realizzazione del preminente interesse pubblico. Dove, invece, tale realizzazione si arresti, il terzo non può rimanere privo di tutela, posto che la condizione giuridica di beni del patrimonio pubblico non preclude, in astratto ed in termini assoluti, l'esercizio di diritti privati nelle forme con essa compatibili. Considerazione che vale, a maggior ragione, quando il diritto del privato trovi il proprio fondamento in un atto anteriore al provvedimento di confisca⁶⁷.

Tanto considerato, può fondatamente sostenersi che l'art. 45, d.lgs. 159/2011 (al pari del comma 197, art. 1, l. n. 228/2012) – oltre ad essere in contrasto con l'affermazione di principio contenuta nel successivo art. 52 – appare sproporzionato rispetto al fine sotteso alle misure preventive patrimoniali antimafia: evitare che beni nella disponibilità di soggetti considerati pericolosi continuino ad alimentare le attività della criminalità organizzata,

⁶⁶ Ci si riferisce a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 28 s.

⁶⁷ A ben vedere, un siffatto principio è stato affermato più volte dalla giurisprudenza di legittimità in tema di confisca amministrativa: Cass. Civ., Sez. Un., 30 maggio 1989, n. 2635, in *Relazione su questione di massima di particolare importanza*, Ufficio del massimario e del ruolo della Corte Suprema di Cassazione, Roma, 31 maggio 2012, nonché Cass. Civ., 30 maggio 1967, n. 1207, in *Giustizia civile*, 1968, I, p. 108 ss., con nota di E. CIACCIO, *Effetti della confisca repressiva di un autoveicolo sulla ipoteca iscritta su di esso*. Tale ultima pronuncia, pur riconoscendo alla confisca il carattere di modo di acquisto a titolo originario a favore dello Stato, ha ritenuto che non ne consegua, come effetto necessario ed indiscriminato, l'estinzione di ogni diritto reale di godimento e di garanzia reale gravante sulla cosa, in quanto siffatta estinzione opera unicamente con riferimento a quei diritti reali di godimento o di garanzia che appaiano, nelle singole ipotesi, incompatibili con la funzione e con gli scopi in vista dei quali è previsto il sorgere di un diritto a titolo originario, ossia in ragione dei quali è disposta la confisca. In argomento, v. anche la recentissima C. Cost., 3 ottobre 2024, n. 160, cit., di cui si è detto *supra* nota 13, in materia di confisca *ex art. 7*, comma 3, l. n. 47/1985. Sul fatto che l'acquisto a titolo originario della proprietà di un dato bene non comporti l'automatico travolgimento degli ulteriori diritti di soggetti terzi inerenti il bene, cfr. (in tema di usucapione) E. CIACCIO, *Effetti della confisca repressiva di autoveicolo sulla ipoteca iscritta su di esso*, cit., p. 110 ss. e F. SANTORO PASSARELLI, *Possesso della cosa come libera. Usucapione*, in *Rivista di diritto civile*, 1941, p. 85.

inserendoli in una realtà esente da condizionamenti criminali⁶⁸, dunque, in ultima analisi, riconducendoli all'interno del circuito della legalità⁶⁹. Gli effetti delle misure oggetto della presente trattazione dovrebbero, in altre parole, essere limitati ai soli diritti che, di volta in volta, si accertino essere incompatibili con tale fine.

6. I profili costituzionale e sovranazionale: cenni

La disciplina dei meccanismi di tutela dei terzi di buona fede che sui beni sequestrati (prima) e confiscati (poi) vantino diritti (nella specie reali di garanzia) – i quali, per effetto del provvedimento ablatorio, vedano diminuita la generica garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. – è chiamata, come si è visto, a dialogare con il sistema costituzionale. Ciò quantomeno da un duplice punto di vista: quello della lettura e dell'interpretazione della normativa in una prospettiva che tenga in massimo grado conto del rilievo costituzionale dei plurimi interessi coinvolti⁷⁰; quello della messa in luce dei dubbi di legittimità costituzionale cui la normativa può dar luogo, così come testimoniato dai plurimi interventi del Giudice delle leggi⁷¹, principalmente nell'ottica di quel giudizio di contemperamento, da sempre coltivato allorché vi siano interessi in conflitto reputati egualmente meritevoli di tutela.

⁶⁸ Così testualmente Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *Dejure (online)*, nella quale si pone in luce come siffatta *ratio* vada «al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso», rendendo quindi possibile e necessario recuperare i beni interessati «anche presso gli aventi causa a titolo universale, in caso di morte del soggetto pericoloso».

⁶⁹ Sulla finalità sottesa alle misure preventive patrimoniali antimafia v. Cass. Pen., 4 marzo 2015, n. 12638, in *Dejure (online)*; S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, cit., p. 435.

⁷⁰ Viene, così, in considerazione la ponderazione del più adeguato punto di equilibrio tra l'interesse pubblicistico alla repressione del fenomeno mafioso e l'esigenza di tutelare le situazioni giuridiche di soggetti terzi, estranei al reato, passa necessariamente attraverso un'opera di costituzionalizzazione tanto del diritto civile quanto del diritto penale, onde dare vita ad un sistema delle misure di prevenzione patrimoniale antimafia il più possibile coerente con i principi applicabili, così come contemplati nei plurimi settori dell'ordinamento e, ancor più, nella Carta Costituzionale. E, d'altra parte, già M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 441 ss., in particolare p. 455 s., denunciava come le antiche linee di demarcazione tra i differenti settori dell'ordinamento non valgano più: se, da un lato, il diritto privato si deve occupare di settori una volta lasciati al pubblico, dall'altro lato, appare evidente l'ingresso del diritto pubblico «nell'antico recinto del diritto privato». Fermo restando che occorre evitare i rischi di un «costituzionalismo di maniera, in cui il richiamo ai principi fondamentali della nostra carta fondamentale serve esclusivamente ad avvalorare soluzioni interpretative fondate su percorsi argomentativi del tutto diversi, spesso in sospetta armonia con le soluzioni giuridiche imposte da necessità contingenti».

⁷¹ Si considerino, tra le altre, C.Cost., 28 maggio 2015, n. 94, ne *Il Corriere giuridico*, 2016, p. 32 ss., con nota di E. GUARDIGLI, *Le misure preventive patrimoniali antimafia al cospetto dei diritti vantati dai terzi di buona fede*, la quale ha ritenuto fondata, con riferimento all'art. 36 Cost., la questione di legittimità costituzionale del comma 198 dell'art. 1, n. 228/2012 che è stato, dunque, dichiarato illegittimo nella parte in cui non includeva tra i creditori da soddisfare nei limiti e con le modalità indicati anche i titolari di crediti da lavoro subordinato (sia consentito, in proposito, rinviare a E. GUARDIGLI, *Le misure preventive patrimoniali antimafia al cospetto dei diritti vantati dai terzi di buona fede*, cit., p. 34 ss.); C.Cost., 10 gennaio 1997, n. 1, cit. che, in tema di confisca delle cose oggetto del reato di contrabbando, ha considerato eccessivo il sacrificio imposto ai terzi di buona fede nell'ipotesi in cui si ammetta la confisca anche dei beni di cui un soggetto estraneo al reato sia divenuto proprietario.

In tal guisa, è stato rilevato come la disciplina compendiata nel titolo IV del Codice antimafia sollevi dubbi di costituzionalità alla luce degli artt. 27, 41, comma 1 e 42 Cost.⁷², oltre a porsi, sotto molteplici punti di vista, in contrasto con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, apparendo spesso irragionevole o, comunque, sproporzionata rispetto all'obiettivo di contrasto alla criminalità organizzata perseguito dalla confisca di prevenzione⁷³.

Quest'ultimo è senz'altro un profilo di grande rilievo: un ruolo centrale nello studio delle misure preventive patrimoniali antimafia, in relazione alla tutela dei terzi di buona fede, assume, infatti, l'art. 3 Cost., e, in particolare, il principio di ragionevolezza, il quale, pur discendendo dal primo, ha via via assunto un'autonoma connotazione, finendo con l'informare di sé una pluralità di giudizi, accomunati dall'attenzione per il concreto contesto in cui, di volta in volta, ci si trovi ad operare⁷⁴.

Come noto, il giudizio di ragionevolezza⁷⁵ può essere declinato, non solo come giudizio di eguaglianza-ragionevolezza⁷⁶ – implicante la messa a confronto di almeno due *res* (al fine

⁷² E, prima della riforma del 2017, anche dell'art. 24 Cost., nella misura in cui negava anche ai titolari dei diritti reali di garanzia qualsivoglia forma di tutela tra il sequestro e la confisca. Sul tema v. S. ZIINO, *Le Sezioni Unite tra nomofiliachia e monocraticità: note critiche ad una recente decisione in materia di espropriazione forzata di beni oggetto di misure di prevenzione patrimoniali*, cit., p. 415 ss., il quale ha, invero, criticamente, osservato come le Sezioni Unite, nel 2013, si siano lasciate sfuggire l'opportunità di prendere posizione sugli aspetti più delicati della nuova disciplina

⁷³ V. per tutti S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, cit., p. 433, il quale rileva come l'espropriazione del credito che il privato vanta nei confronti dell'indiziato di mafia appaia «irragionevole, perché la modalità ordinaria di esercizio del diritto di credito – l'esecuzione per espropriazione – non si pone in contrasto con la finalità precipua della misura di prevenzione patrimoniale, ovvero il recupero del bene confiscato al circuito dell'economia legale; sproporzionata perché l'aspirazione a costituire un compendio patrimoniale quanto più vasto possibile da destinare a fini sociali a partire dai beni confiscati non appare interesse idoneo a giustificare, nel bilanciamento di interessi, il sacrificio dei terzi di buona fede».

⁷⁴ Tant'è che si è parlato di una «clausola generale di ragionevolezza» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II*, Padova, 1984, p. 372) e di un «*Passepartout*», ossia di un concetto chiave che potrebbe aprire ogni disposizione della costituzione e chiudere qualsiasi tipo di giudizio costituzionale (R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, p. 229 ss.). Di modo che è stato correttamente affermato che «la ragionevolezza ... aggrega i diritti e i poteri in una costituzione, la cui unità diventa sempre meno un fondamento dato a priori e sempre più invece un compito di fondazione e rifondazione, un risultato a posteriori degli sforzi di composizione dei principi e valori» (così J. LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XXII, Torino, 1997, p. 341 ss.).

⁷⁵ Per un approfondito e puntuale studio del principio di ragionevolezza e dei molteplici contesti nei quali il medesimo viene in considerazione, si vedano, tra gli altri, S. TROIANO, voce *Ragionevolezza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 763 ss.; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 1 ss.; S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, p. 97; A. BORTOLUZZI, voce *Proporzionalità*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Agg. III, Torino, 2007, p. 1100 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, *passim*; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, *passim*; S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, *passim*; M. LA TORRE, A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, *passim*; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, *passim*; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 899 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., p. 341 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1994 (e aggiornamento del 2005), p. 1 ss.

⁷⁶ Il giudizio di eguaglianza-ragionevolezza costituisce la forma, per così dire, embrionale del principio di ragionevolezza e altro non è se non una modalità di esplicazione del giudizio di conformità delle norme di legge al principio di uguaglianza, volto ad evitare tanto il trattamento eguale di situazioni diverse quanto il trattamento differenziato di situazioni analoghe (cfr. C.Cost., 26 gennaio 1957, n. 3, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, p. 11 ss.).

di stabilire il rapporto che tra le medesime intercorre), ovvero di una disposizione con la *ratio legis* o la *ratio iuris* ad essa sottesa⁷⁷ – ma anche come giudizio di razionalità, ossia di coerenza del sistema in sé e nelle sue parti. Infine, può aversi un giudizio di ragionevole bilanciamento di valori e interessi costituzionali, rilevante sul presupposto che vi sia un conflitto tra interessi costituzionali non legati tra loro da una gerarchia prestabilita.

Proprio sul giudizio di razionalità vale la pena indugiare, seppur nei limiti che l'economia del presente lavoro impone: esso è suscettibile di essere destrutturato in una pluralità di figure tipiche, a seconda che la coerenza sistematica venga colta sotto il profilo logico⁷⁸, storico-cronologico⁷⁹ o teleologico⁸⁰. In tale ultima prospettiva, si può apprezzare il rapporto tra i fini a cui mira una disposizione ed i mezzi utilizzati dal legislatore per raggiungerli, valutando la compatibilità tra questi ultimi e i primi (i fini) – coerenza – e l'idoneità della disposizione a conseguire il risultato avuto di mira dal legislatore, ossia l'adeguatezza della disposizione al raggiungimento del fine⁸¹. Si può, inoltre, apprezzare la congruità di una previsione normativa, ossia la razionalità di essa e appare, altresì, possibile operare un giudizio di proporzionalità⁸², nell'ambito del quale tenere conto, cioè, del rapporto mezzi-fini.

In particolare, il giudizio intorno alla proporzionalità opera su plurimi piani, implicando valutazioni circa la gradualità⁸³, il rispetto del divieto di automatismi legislativi⁸⁴

⁷⁷ Ma C.Cost., 14 aprile 1980, n. 49, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1980, p. 339 ss., facendo riferimento al fatto che il principio di uguaglianza può essere invocato anche quando consti l'assoluta indeterminatezza della norma impugnata, che si traduca in «ineluttabile disparità della sua applicazione e, quindi, in concreta disuguaglianza imputabile alla norma stessa», lascia intendere che l'irragionevolezza potrebbe discendere dalle caratteristiche intrinseche della disposizione impugnata, senza alcuna necessità di ricorrere al confronto con altri termini di raffronto. Sul punto v. diffusamente A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 129 ss.

⁷⁸ Vale a dire che la legge non deve essere «illogica», nel senso che le prescrizioni normative non possono creare contenuti prescrittivi in contraddizione reciproca: il vaglio di non contraddizione deve concernere sia la medesima legge (si parla di non contraddizione *intra legem*), sia un dato sistema o sottosistema di norme (definita come non contraddizione *intra ius*). Nel primo senso v., *ex multis*, C.Cost., 26 febbraio 1998, n. 27, ne *Il Foro italiano*, 1998, I, c. 1370 ss.; C.Cost., 10 marzo 1988, n. 279, in *Dejure (online)*. Nel secondo senso v. invece C.Cost., 3 dicembre 1969, n. 145, in *Dejure (online)*; C.Cost., 29 maggio 1968, n. 54, ne *Il Foro italiano*, 1968, I, c. 1370 ss.

⁷⁹ In tale ottica viene in considerazione un giudizio incentrato direttamente sulla *ratio legis* di una determinata disposizione riguardata sotto il profilo della sua perdurante utilità, nonostante il decorso del tempo. Di modo che sussiste anacronismo legislativo costituzionalmente rilevante ogniqualvolta la disciplina positiva, illuminata allo scopo di legge, per effetto del decorso del tempo, non corrisponde più adeguatamente alle esigenze per cui era stata posta in essere, ovvero alle strutture sociali di riferimento. In proposito v. E. SPAGNA, *Norme anacronistiche e norme costituzionalmente illegittime*, ne *Il Foro italiano*, 1973, I, c. 2721 ss.; C.Cost., 25 ottobre 2000, n. 440 in *Giur. cost.*, 2000, p. 3302; C.Cost., 4 maggio 1960, n. 29, in *Dejure (online)*.

⁸⁰ Attraverso il sindacato di ragionevolezza, inteso come controllo intorno alla razionalità della legge, la Corte Costituzionale, per utilizzare una metafora dalla medesima coniata, provvede ad assicurare al gregge costituito dalle disposizioni giuridiche, quel *pastore* necessario affinché le singole parti del fenomeno giuridico possano considerarsi un ordinamento (cfr. C.Cost., 30 novembre 1982, n. 204, ne *Il Foro italiano*, 1983, I, c. 854).

⁸¹ In tal caso, oggetto del sindacato di costituzionalità è la rispondenza della misura legislativa al fine legale, nel senso che l'accertamento negativo della non idoneità della disciplina positiva a realizzare la *ratio legis* è motivo della pronuncia di illegittimità costituzionale. Sul concetto di *adeguatezza al fine*, v. C.Cost., 2 febbraio 1972, n. 12, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1972, p. 44; C.Cost., 16 giugno 1970, n. 97, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, p. 1150.

⁸² Per cui v. anche art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁸³ Cfr. C.Cost., 10 giugno 1994 n. 240, ne *Il Corriere giuridico*, 1994, p. 816 ss.; C.Cost., 20 dicembre 1988, n. 1116, in *Dejure (online)*.

⁸⁴ L'automatismo legislativo è configurabile quando la legge detta norme giuridiche nelle quali il rapporto tra protasi ed apodosi non è proporzionato, ovvero quando una disposizione è eccessivamente rigida in quanto

e, infine, la ricorrenza di eventuali vizi di eccedenza o di deviazione (*aberratio legis*) rispetto ai fini di un dato *corpus* normativo. Segnatamente, il vaglio concernente il rapporto mezzi-fini deve essere diretto ad accertare che la disciplina legislativa trovi la sua misura ed il suo ragionevole limite nella rispondenza alle finalità che la giustificano, per il tramite quindi di un giudizio di proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità che si intendono perseguire, tenuto conto delle circostanze che connotano il caso concreto. Di modo che si ha un vizio di eccedenza della norma rispetto allo scopo quando il contenuto prescrittivo di una disposizione ecceda ed esorbits la *ratio legis*. Per converso, ricorre il vizio di deviazione della norma dal fine legale, allorché, posto un determinato risultato da perseguire, il legislatore elabori disposizioni che, anziché conseguirlo, volgono altrove il loro segno.

Proprio siffatto giudizio di proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità che si intendono perseguire si rivela – come già in parte posto in luce – cruciale nell'esame del trattamento riservato, dalla normativa antimafia, ai terzi di buona fede i quali, a vario titolo, vantano diritti sui beni oggetto delle misure preventive patrimoniali, apparendo fondamentale non solo per evidenziare le criticità della normativa vigente, ma anche e soprattutto per individuare possibili soluzioni interpretative o, addirittura, per formulare proposte di riforma della stessa.

Superando una visione meramente interna delle misure di prevenzione patrimoniale antimafia, non si può non rilevare come anche dalle fonti sovranazionali, europee⁸⁵ ed internazionali, sebbene si riferiscano, nella maggior parte dei casi, alla confisca penale, possano desumersi principi di carattere generale suscettibili di assumere rilievo con riferimento alle misure ablatorie oggetto di studio in questa sede.

In sintesi, il legislatore europeo, nel ritenere necessario un sistema di misure preventive patrimoniali antimafia in grado di reperire, attrarre e vincolare anche quei beni che siano stati trasferiti e ceduti dall'indagato o dall'imputato al solo fine di sottrarli a provvedimenti ablatori, evidenzia l'impossibilità di prescindere dall'offrire una tutela effettiva ai soggetti destinatari di dette misure. Ciò di cui si trova conferma anche nell'art. 52 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea⁸⁶, il quale richiama il, già evocato, principio di

priva di duttilità sul piano applicativo, ossia di possibilità di deroga per casi della vita che invece imporrebbero un trattamento specifico, necessario per non incorrere in una lesione di interessi costituzionalmente garantiti. Cfr. per tutte C.Cost., 2 novembre 2000, n. 510, in *Cassazione Penale*, 2001, p. 807 ss.

⁸⁵ Non sono, invero, mancate le occasioni per la Corte EDU di esaminare la disciplina italiana delle misure preventive patrimoniali antimafia, vagliandone la compatibilità rispetto ai principi che presiedono all'ordinamento europeo. L'introduzione di una serie di misure sostanzialmente espropriative ha sollevato dubbi di compatibilità anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (v. per tutte Corte EDU, 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia*).

⁸⁶ Ma v. anche, senza pretesa di esaustività: (1) la decisione quadro n. 2005/212/ GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, la quale – sebbene mai recepita nel nostro ordinamento – impone a ciascuno Stato membro: (i) di adottare le misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi (art. 2), ma anche (ii) di adottare le misure necessarie ad assicurare che le persone, alle quali venga applicata la misura preventiva patrimoniale della confisca, dispongano di effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti (art. 4); (2) la direttiva 2014/42/UE, del 3 aprile 2014 (del Parlamento Europeo e del Consiglio) relativa al «congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea», adottata ai sensi degli artt. 82, par. 2, lett. b) e 83, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la quale prevede l'adozione di «norme minime relative al congelamento di beni, in vista di un'eventuale conseguente confisca e alla confisca di beni in materia penale», dedicando altresì l'intero art. 6 alla confisca nei confronti di terzi. In via di massima sintesi, gli Stati membri sono, pertanto, liberi di definire la confisca nei confronti di terzi come sussidiaria o alternativa alla confisca

proporzionalità, imponendo che le eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta – possibili solamente laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui – siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà.

Approccio confermato anche dalla Corte di Strasburgo, facendo applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con la l. n. 848 del 1955, la quale all'art. 1, protocollo addizionale 1 (adottato a Parigi il 20 marzo 1952, a tutela della proprietà privata) recita: «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà, se non per causa d'utilità pubblica e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

Nel contesto dell'ordinamento propriamente internazionale, poi, vengono in considerazione plurime Convenzioni⁸⁷, tra le quali vale la pena menzionare la Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990, sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato⁸⁸, per cui ciascuno degli Stati aderenti è tenuto all'adozione di tutte le misure necessarie ad assicurare che gli interessati dalla confisca dispongano di effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti, consentendo ad uno Stato di rifiutare il riconoscimento di provvedimenti stranieri, tra l'altro, quando «i terzi non hanno avuto sufficiente possibilità di far valere i propri diritti» (art. 22).

7. Concludendo

Volendo tirare le fila del discorso, va senz'altro stigmatizzato, guardando al tenore dell'art. 53, d.lgs. n. 159/2011, l'evidente sacrificio⁸⁹ della posizione del terzo, di buona fede, titolare del diritto reale di garanzia sul bene, il quale, non solo viene privato di un contenuto

diretta, senza, però, perdere di vista l'esigenza di evitare che i diritti dei terzi in buona fede siano pregiudicati. A tal riguardo, il considerando n. 33 della direttiva, nel riconoscere le rilevanti conseguenze di quest'ultima sui diritti non solo degli indagati (e degli imputati) ma anche dei terzi estranei al procedimento penale, sottolinea come sia fondamentale, nell'ottica della salvaguardia dei diritti fondamentali di tale categoria di soggetti, la previsione di specifiche garanzie e mezzi di ricorso, tra i quali senz'altro va annoverato il diritto dei terzi che sostengono di essere proprietari del bene in questione o di godere di altri diritti patrimoniali sui beni oggetto di sequestro o confisca, di essere ascoltati.

⁸⁷ Si pensi – oltre alla Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990, evocata nel testo – alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (Palermo 12-15 dicembre 2000), il cui art. 12, § 8 sancisce chiaramente che «l'interpretazione delle disposizioni del presente articolo non deve ledere i diritti dei terzi in buona fede», nonché alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, adottata a Vienna il 20 dicembre 1988, ratificata con l. n. 328 del 1990, la quale, nel prevedere l'adozione dei «provvedimenti che si rivelano necessari per consentire la confisca...dei proventi ricavati da reati stabiliti [...] o di beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi», si premura di disporre all'art. 8, comma 5, che non devono essere pregiudicati «i diritti dei terzi in buona fede».

⁸⁸ Ratificata dall'Italia con la l. 9 agosto 1993, n. 328, la quale disciplina l'adozione di «misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie per consentire di procedere alla confisca di strumenti e di proventi, o di valori patrimoniali il cui valore corrisponde a tali proventi» e, all'art. 21, dispone che «nell'esaminare le richieste di cooperazione [...], la Parte richiedente riconosce qualsiasi decisione giudiziaria presa nella Parte richiedente per quanto riguarda i diritti rivendicati dai terzi. Il riconoscimento può essere rifiutato se: a. i terzi non hanno avuto sufficiente possibilità di far valere i propri diritti [...]».

⁸⁹ Che potrebbe apparire in contrasto con il già evocato principio di cui al protocollo 1, art. 1 della CEDU.

tipico della propria garanzia (*ius distrabendi*)⁹⁰, ma ha diritto alla soddisfazione del proprio credito solamente (e del tutto immotivatamente) entro un tetto massimo determinato *ex lege*, indipendentemente dalle circostanze del caso concreto⁹¹.

D'altra parte, il sacrificio imposto ai terzi di buona fede appare vieppiù rilevante se si presta attenzione al profilo della reimmersione dei beni confiscati sul mercato a mezzo di asta, in quanto le modalità di vendita non consentono di escludere che l'aggiudicatario sia un altro colluso con il proposto, non essendo previsti meccanismi atti ad impedire ciò. Di guisa che, da un lato, si sacrificano i diritti dei terzi di buona fede in nome di un interesse superiore – l'eliminazione del bene dal circuito economico di origine (ossia quello della criminalità organizzata) per ricondurlo in quello della legalità – e, dall'altro lato, tale interesse superiore, in realtà, non viene perseguito e tutelato in ogni fase del procedimento medesimo⁹².

Nella prospettiva di tracciare la linea di confine oltre la quale la disciplina delle misure patrimoniali di prevenzione esorbita rispetto allo scopo suo proprio e, dunque, quello sopportato dai terzi di buona fede (nel caso di specie, titolari di diritti reali di garanzia sui beni oggetto di tali misure) sia irragionevole o, in ogni caso, sproporzionato rispetto all'obiettivo di contrasto alla criminalità organizzata, un ruolo senz'altro centrale – senza voler in questa sede indagare il suo collocarsi nella dialettica con *errore*, *ignoranza* e *dubbio*, né indugiare sul momento in cui apprezzarla e sul connesso onere probatorio⁹³ – può assumere il vaglio inerente alla buona fede, nello specifico contesto di riferimento⁹⁴, volto a ricercare, alternando norma rigide e norme elastiche⁹⁵, un equilibrio tra certezza e adattabilità al caso di specie.

Ciò che può verificarsi, ad esempio, sul piano delle valutazioni inerenti al rapporto tra buona fede e colpa: se la prima esclude di per sé, in quanto suo naturale contrario, il dolo,

⁹⁰ Sul punto, S. ZIINO, *Le Sezioni Unite tra nomofiliachia e monocraticità: note critiche ad una recente decisione in materia di espropriazione forzata di beni oggetto di misure di prevenzione patrimoniali*, cit., p. 415 ss. mette in evidenza come «l'effettività della tutela esecutiva» sia «parte integrante della tutela costituzionalmente garantita dall'art. 24 Cost.».

⁹¹ Lo fanno notare: R. GIUFFRÉ, P. PIAZZA, *Il difficile contemperamento fra confisca, ipoteca ed altri pesi ed oneri gravanti sui beni*, cit., p. 1203 ss.; G. TRAVAGLINO, *Confisca antimafia e garanzie reali*, cit., p. 1175 ss.

⁹² In tal senso si esprimono, sempre, R. GIUFFRÉ, P. PIAZZA, *Il difficile contemperamento fra confisca, ipoteca ed altri pesi ed oneri gravanti sui beni*, cit., p. 1203 ss.

⁹³ Profili per i quali sia consentito rinviare a E. GUARDIGLI, *Diritti patrimoniali, tutela dei terzi di buona fede e misure preventive patrimoniali antimafia*, cit., p. 176 ss.

⁹⁴ Del medesimo avviso è anche C. VINCENTI, *La confisca e la tutela dei terzi*, in S. MAZZARESE, A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, cit., p. 322, il quale pone in luce come il punto di equilibrio tra le pretese legittime dei terzi creditori e quella dello Stato alla ablazione dei beni debba essere individuato nella definizione e nell'accertamento della buona fede, operazioni nelle quali va ricercato il giusto contemperamento tra la necessità di tutelare i terzi incolpevoli e quella di colpire i patrimoni frutto di arricchimento illecito scongiurando il rischio che il mafioso costituisca titoli di comodo, per il tramite di contratti simulati o della concessione di ipoteche su beni, allo scopo di evitare l'applicazione delle misure preventive patrimoniali antimafia. E, d'altra parte, la buona fede rappresenta il fondamento etico-giuridico del diritto e di qualsivoglia ordinamento, nonché il necessario presupposto di esso ed il normale limite (tanto positivo, quanto negativo) del diritto soggettivo del singolo, nell'ottica della tutela dell'ordinamento giuridico (così A. LEVI, *Sul concetto di buona fede: appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, 1912, p. 5-6).

⁹⁵ Giacché norme rigide e norme elastiche si ispirano ad un medesimo principio politico legislativo – non ponendosi tra loro in un rapporto regola-eccezione –, dunque convivono le une accanto alle altre, come applicazioni di una unica direttiva (cfr. R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 76).

essa resta invece logicamente compatibile con l'elemento della colpa, la quale non contraddice, in astratto ed in termini generali, l'effetto sanante della buona fede⁹⁶.

In assenza di un limite differente, implicitamente o esplicitamente individuato dal legislatore in considerazione della natura delle situazioni di volta in volta considerate, la misura limite oltre la quale la buona fede non parrebbe produrre i suoi effetti di tutela è quella della *culpa lata*⁹⁷. Invero, dove non si riscontrino peculiari esigenze in senso contrario, è ragionevole, attesa la naturale propensione della buona fede a privilegiare la posizione del soggetto agente, imporre le cautele strettamente necessarie per evitare il sacrificio dell'altrui interesse.

Cionondimeno, nella materia che ci occupa, non si può obliterare che l'interesse contrapposto a quello dei terzi di buona fede è quello, di carattere pubblicistico, sotteso alle misure preventive patrimoniali, cioè sottrarre un determinato bene, che sia nella disponibilità del proposto, al circuito economico di provenienza (ossia dell'illegalità) per riportarlo in quello della legalità; ciò in una prospettiva, più ampia, di repressione di fenomeni criminali a forte disvalore sociale. Proprio in tale ottica – e non *a priori*, bensì attraverso un esame caso per caso delle singole situazioni concrete – ritengo si possa costruire un equilibrio, ancorché delicato (ciò di cui deve esservi piena consapevolezza) tra le posizioni dei terzi di volta in volta coinvolti e l'interesse pubblico alla confisca.

Pare allora che con riferimento al proprietario formale di un bene, nella materiale disponibilità di un soggetto indagato di appartenenza ad associazioni mafiose, tenuto conto delle particolari circostanze, sia ragionevole valutare rigorosamente la scusabilità, imponendo soglie certamente elevate, in considerazione del fatto che la prevalenza della posizione del terzo rispetto alla confisca deve in ogni caso apparire idonea a garantire la sottrazione del bene al fenomeno mafioso e al circuito economico dal medesimo gestito. Diversamente, in relazione al terzo titolare di una ipoteca su di un bene nella disponibilità del soggetto indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa, è necessario elevare l'asticella della scusabilità, giacché i tratti oggettivi che caratterizzano la fattispecie non rendono patente un legame (che, anzi, ben potrebbe non esistere) con il proposto e con l'attività dal medesimo esercitata, non permettendo di avanzare alcuna presunzione in tal senso.

Se questo è solamente un esempio, l'auspicio è che l'attenzione degli interpreti sia intesa a ricercare e ad offrire una lettura delle norme in questione il più possibile aderente al dettato costituzionale, facendo propria l'applicazione del principio di ragionevolezza, volta a sfruttare appieno l'elasticità del testo normativo al fine di evitare, ove sia possibile, tanto i contrasti con la Costituzione, quanto i compulsivi e caotici interventi legislativi. Ferma restando la necessità di un intervento legislativo volto a modificare quelle norme – si pensi ad esempio all'art. 53, d.lgs. 159/2011 – con riferimento alle quali non sia sufficiente agire sul piano interpretativo.

ABSTRACT: *Anti-Mafia Preventive Asset Measures: The Protection of Third-Party Holders of Security Interests*

⁹⁶ In altre parole «buone intenzioni ed imprevidenza non si negano a vicenda, e un errore, ancorché imputabile a negligenza, resta sempre un errore», rilevante, come tale, in assoluto, salvi i casi in cui è la stessa legge ad escluderlo (cfr. G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, p. 346. Nel medesimo senso, v. anche P. BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto con la teoria dell'errore*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1926, p. 743-744).

⁹⁷ L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, II, Torino, 1988, p. 161s.

The pervasiveness of anti-mafia preventive asset measures requires a critical perspective that, at the same time, safeguards their underlying ratio. The Author provides a comprehensive examination of the legislative framework established by the so-called Anti-Mafia Code, with a specific focus on the nuanced distinction between “availability” and “ownership” of confiscated assets. The scope is to evaluate the critical aspects of current legislation regarding the protection of bona fide third parties holding rights over seized and confiscated property. Furthermore, the analysis outlines several proposals – both *de iure condito* and *de iure condendo* – aimed at aligning the Anti-Mafia Code’s provisions on “third-party protection” with the fundamental interests of the civil law system, as well as with constitutional principles and supranational sources.

ALBERTO MARCHESE*

**«QUALITÀ» DI MAFIOSO, USO DELLE NUOVE TECNOLOGIE
E TUTELA DELLA PERSONALITÀ UMANA****

SOMMARIO: – 1. Contesto giuridico di riferimento e attualizzazione della problematica relativa alla possibile incidenza dello *status personae* nella relazione giuridica tra soggetto, beni e infrastrutture informatiche e telematiche. – 2. Una ridefinizione concettuale della problematica alla luce del costante e sempre più pervasivo utilizzo delle c.dd. nuove tecnologie.

1. Contesto giuridico di riferimento e attualizzazione della problematica relativa alla possibile incidenza dello status personae nella relazione giuridica tra soggetto, beni e infrastrutture informatiche e telematiche

Interrogarsi, nell'attuale panorama giuridico, sulla relazione tra diritto civile e diritto penale implica necessariamente l'accettazione della progressiva relativizzazione dei rispettivi confini disciplinari¹.

Tali confini, infatti, si rivelano sempre più mutevoli, rispondendo a una dinamica interna di trasformazione che riflette l'evoluzione del contesto giuridico-comunitario nel suo complesso. Questa fluidità concettuale comporta, quale esito ineludibile, un'intersezione tra profili normativi tradizionalmente distinti, ponendo il giurista dinanzi a nuove sfide interpretative e metodologiche che lo spingono verso inedite traiettorie di ricerca.

Dal punto di vista epistemologico, un passaggio cruciale si realizza nel momento in cui si supera la fase iniziale di coesistenza disordinata dei dati normativi per giungere all'individuazione di una rinnovata *ratio* unificatrice. Tale processo conduce a una vera e propria "fusione degli orizzonti" della ricerca giuridica, nella quale il superamento delle distinzioni tradizionali non si traduce in una mera sovrapposizione di categorie, bensì in una loro ridefinizione progressiva, con un conseguente ampliamento delle frontiere disciplinari.

* Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi di Messina.

¹ La sintesi delle complessità trova una sua appagante razionalizzazione nell'applicazione costruttiva delle categorie dell'ermeneutica di H.G. GADAMER (*Wahrheit und Methode - Verità e metodo*, 1960, trad. it. a cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano, 1983), pp. 356-357: «In realtà, l'orizzonte del presente è sempre in atto di farsi, in quanto noi non possiamo far altro che mettere continuamente alla prova i nostri pregiudizi. Di questa continua messa alla prova fa parte anche, in prima linea, l'incontro con il passato e la comprensione della tradizione da cui veniamo. L'orizzonte del presente non si costruisce dunque in modo indipendente e separato dal passato. Un orizzonte del presente come qualcosa di separato è altrettanto astratto quanto gli orizzonti storici singoli che si tratterebbe di acquisire uscendo da esso. *La comprensione, invece, è sempre il processo di fusione di questi orizzonti che si ritengono indipendenti tra loro*». La sintesi (ri)costruttiva è data dall'incontro tra due orizzonti storici, quello (esterno) del testo da interpretare e quello (interno) dell'interprete; sicché l'interpretazione altro non è che un compromesso sulla verità, tra ciò che dice il testo e ciò che, di quel testo, pensa colui il quale lo legge. Ogni nuova interpretazione si colloca, come un ulteriore anello, nella catena della *Wirkungsgeschichte*: il comprendere è, dunque, un processo in perenne divenire, mai concluso e definitivo. Si possono sempre aprire, nel rapporto con ogni nuovo interprete, inimmaginabili possibilità di senso e di significato. Lo studioso è parte attiva del circolo ermeneutico, in cui si unificano interpretazione e testo.

Il dibattito sui nuovi confini del diritto privato² non è certo inedito: illustri Maestri quali Pugliatti, Vassalli, Giorgianni, Calamandrei – ciascuno nel proprio tempo e con il proprio approccio – hanno indagato le dinamiche trasformative del diritto in relazione alla classica dicotomia tra pubblico e privato. Tuttavia, l'elemento di assoluta novità nel dibattito odierno risiede nella constatazione che l'elaborazione di nuove categorie normative si realizza attraverso la contaminazione tra principi e rimedi provenienti da settori eterogenei dell'ordinamento giuridico.

Questo processo, spesso generativo di soluzioni innovative, si manifesta sovente quale risposta a eventi imprevisi o difficilmente prevedibili, i quali impongono l'adozione di rimedi emergenziali. Nel caso specifico, si assiste a un progressivo smantellamento della rigida distinzione tra diritto civile e diritto penale, fino a interrogarsi sulla possibilità stessa di concepire, per riprendere la formula di un mio precedente contributo sul tema, un «diritto civile antimafia»³.

Per affrontare tale quesito, appare imprescindibile un'indagine che prenda le mosse dalla legislazione speciale, la cui interpretazione ed applicazione da parte della giurisprudenza forniscono un punto di osservazione privilegiato.

In questa prospettiva, lo studio teorico-generale delle intersezioni tra diritto civile e penale si pone l'obiettivo di sciogliere alcuni nodi concettuali fondamentali, contribuendo

² A partire dagli anni immediatamente successivi alla fine del secondo conflitto mondiale il dibattito su questo tema sembra suscitare un vivo interesse nei più illustri studiosi del tempo: P. CALAMANDREI (*Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Istituto di Scienze sociali "Cesare Alfieri" di Firenze, 21 novembre 1920, ora in ID., *Opere Giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli, 1968, spec. pp. 32-51) segnalava le importanti conseguenze che l'introduzione delle giurisdizioni di tipo equitativo, moltiplicatesi durante gli anni della guerra, avevano prodotto non solo nel campo del diritto processuale ma anche e soprattutto in quello del diritto sostanziale, interessando la stessa teoria generale delle fonti (la tematica era stata affrontata, prima di C., anche da F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. commerciale*, f. 17, 1919, 1, pp. 1 ss. e da V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Riv. dir. civile*, 105, 1919, p. 117 ss.). Per S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in R.I.S.G., 1950 ora in *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 134 «la razionalizzazione del diritto lascia residui (irrazionali) e la concettualizzazione sistematica mostra una tal quale rigidità, non ci si deve sorprendere: non è difetto della giurisprudenza, per cui si debba senz'altro affermare che a torto essa si fregia del nome di scienza» ed ancora p. 135 «Il testo della legge non è testo sacro, trascendente, immutabile e rivelato. Esso è, anzitutto, nel dominio della contingenza storica, e, si può dire, dettato dallo stesso destinatario della norma, in quanto si realizzi come unità elementare del gruppo sociale»; in definitiva, per P. (*La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 197 ss., ora in ID., *Diritto civile Metodo Teoria Pratica*, Giuffrè, Milano, 1951) p. 683: «... si potrebbe pure preconizzare l'avvento di una fase preparatoria per la nuova scienza giuridica, la quale di fronte alla vasta e complessa opera di riforma di tutta la codificazione, si potrà trovare da prima alle prese con le immediate esigenze dell'applicazione della legge, e dovrà quindi subito tentare la spiegazione di singole norme e di piccoli gruppi di norme, poi spingersi a sistemazioni a grandi linee [...] infine [...] comincerà a ritessere, [...] sulla più minuta trama, il quadro compiuto e preciso che presenterà, nell'insieme e nei particolari, la nuova fisionomia dell'ordinamento giuridico[...], sicché l'osmosi tra le varie branche del diritto non è più, e ammesso che lo sia mai stata, una esperienza isolata e contingente bensì un'autentica necessità, nella piena consapevolezza che, talvolta, singoli episodi apparentemente transitori gettano le basi di riforme epocali.

³ Su questo specifico profilo, sia consentito un rinvio al nostro «Soggetto e Oggetto nel diritto civile antimafia», Giuffrè, Milano, 2017 ove si precisa, tra l'altro, che l'espressione, particolarmente icastica e suggestiva, è stata a sua volta «presa a prestito» da Silvio Mazzarese. Per ulteriori notazioni al riguardo, cfr., dunque, S. MAZZARESE, *Analisi interdisciplinare delle misure patrimoniali antimafia e riordino di sistema*, in ID. - A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. pp. 3-41.

alla costruzione di un paradigma giuridico sempre più coerente con la fenomenologia sociale e istituzionale contemporanea⁴.

Nel tentativo di affrontare, su un piano teorico-generale, alcune questioni di fondo concernenti il rapporto tra diritto civile e diritto penale nell'ambito della disciplina antimafia, si evidenzia come la riflessione sulla necessità di un diritto civile antimafia comporti, inevitabilmente, una messa in discussione dell'essenza stessa di entrambe le discipline. Queste ultime, infatti, non solo costituiscono le sedi di espressione di interessi (o, più propriamente, di valori) non negoziabili, ma rappresentano altresì gli ambiti in cui la loro tutela deve essere garantita nella forma più adeguata e con il massimo grado di effettività.

Ne deriva l'esigenza di individuare criteri selettivi ulteriori che consentano di delimitare l'ambito di incidenza della normativa di prevenzione⁵, in armonia con le previsioni della Carta costituzionale e della normativa sovranazionale⁶.

⁴ Uno, tra i molti riferimenti possibili, è senz'altro quello per così dire "ispirato" alla «teoria dei rapporti sociali» così come sviluppatasi ed affermata nell'elaborazione dogmatica di lingua tedesca. Tra i precursori più importanti dell'analisi razionale e comportamentale si deve ricordare un pensatore dai molteplici interessi speculativi, scientifici e artistici come Johann Gottfried Herder, secondo il quale la relazionalità è la caratteristica principale dell'umanità (e del diritto): è questa l'idea nuova che si ritrova, a cui si aggiunge un riferimento alla nazione. Herder stabilisce così una stretta interdipendenza tra relazionalità, linguaggio, umanità e nazione. Dietro questa concezione c'è una nuova antropologia, non ancora definita compiutamente, ma aperta a riassumere le istanze di un'epoca, come quella attraversata da Herder, che dall'illuminismo trapassa nel romanticismo. Pur rimanendo fortemente ancorato su un orizzonte ermeneutico religioso, Herder fa riferimento a una antropologia sempre meno vincolata a una concezione religiosa. La caratteristica della relazionalità coinvolge l'essere umano in senso sia positivo che negativo, allorché lo stesso comunichi e si assoggetti, per ragioni di coerenza o di concreta soccombenza, ad altri uomini. In questo il fondamento della relazione di clientela che diviene vincolo comportamentale. La grande eredità di idee e di intuizioni lasciata da Herder sopravvive ancora oggi, ove si rifletta sullo specifico oggetto dei suoi interessi in questo campo, delle sue ricerche e delle conclusioni da lui proposte; e su quanto la modernità ha ripreso dalle sue concezioni. In questi termini, con specifico riferimento al tema del linguaggio, R. PITTITO, *Herder o la ragione umana come linguaggio*, in ID. *La ragione linguistica*, Aracne Editrice, Roma, 2008.

⁵ Analoghe strategie di normazione è dato rinvenire anche all'estero, presso autorità giudiziarie straniere che hanno introdotto, ad opera dei singoli legislatori nazionali, nuove tipologie di sanzioni patrimoniali (di natura prettamente punitiva), in cui viene sacrificato il diritto individuale (di proprietà o altro diritto reale limitato) per colpire il frutto del reato: si pensi, ad esempio, alla sanzione della *Vermögensstrafesshungentreit*, introdotta nell'ordinamento tedesco nel 1996, ovvero al *civil compartment forfeitures*, particolare forma di confisca del bene, in quanto contaminato dal reato, senza condanna del proprietario e prescindendo dall'eventuale colpevolezza del medesimo, prevista nell'ordinamento nord americano, che ne riserva l'adozione all'F.B.I., come forma di antagonismo al traffico di stupefacenti. Si tratta di modelli di intervento assai disomogenei, a seconda delle singole nazionalità, in cui si trascorre da ipotesi in cui la sanzione patrimoniale non viene concepita come sanzione penale, ma viene irrogata in un procedimento di carattere amministrativo (o civile) ad ipotesi di procedimento di confisca assolutamente autonome, sino ad ipotesi in cui il procedimento si caratterizza come accessorio rispetto al processo penale presupposto.

⁶ Viene, pertanto, comunemente avvertita l'esigenza di armonizzare l'intervento ablativo preventivo con i principi costituzionali di legalità (art. 25 cost.), di presunzione di non colpevolezza e personalità della responsabilità penale (art. 27 cost.), di libertà di iniziativa economica privata (art. 41 cost.) e di riconoscimento e tutela legislativa della proprietà privata (art. 42 cost.). Su questi profili, cfr., A. CERATTI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Roma, 2008. Si osserva che la Corte Costituzionale non si esprime in maniera diretta sulla compatibilità delle misure di prevenzione patrimoniali con la garanzia del diritto di proprietà e con la presunzione d'innocenza, ma da talune pronunce su fattispecie affini (art. 708 c.p., art. 12-*quinqies* e art. 12-*sexies* l. 306 del 1992) si evince che la Corte, pur riconoscendo che dette misure sono basate su una presunzione di provenienza illecita del patrimonio, fondata sulla qualità di indiziato (con connesso giudizio di pericolosità sociale) e sull'elemento della sproporzione tra il patrimonio posseduto e il reddito e l'attività economica esercitata, ritiene tale presunzione ragionevole e conforme ai principi costituzionali. In particolare, dall'applicazione di detta presunzione non deriverebbe la violazione del diritto di proprietà, che ben può essere

In tale contesto, resta tuttavia irrisolta la questione relativa al corretto bilanciamento tra diritto civile e diritto penale, così da garantire una tutela coerente con le esigenze sistemiche.

L'analisi della prevenzione antimafia presuppone, in primo luogo, una comprensione approfondita del fenomeno mafioso e delle sue interconnessioni con il complesso delle norme esistenti, tanto in riferimento ai beni quanto, soprattutto, ai soggetti coinvolti⁷.

limitato per consentirgli di svolgere la sua funzione sociale; in tal caso, la limitazione della garanzia costituzionale della proprietà è considerata funzionale alla lotta contro il crimine organizzato e alla tutela del mercato e della libera concorrenza, minacciati dall'infiltrazione di capitali illeciti. (cfr., *ex plurimis*, Corte cost. n. 464 del 1992 in *dejure.it*; Corte cost. n. 48 del 1994 in *dejure.it*; Corte cost. ord. n. 18 del 1996 in *dejure.it*; e, da ultimo, Corte cost., ord. n. 101 del 2015 in *giurcost.org* e Corte cost. n. 94 del 2015 in *dejure.it*). Più nel dettaglio, il sistema di confisca di prevenzione delineato dal Codice antimafia prevede che, una volta accertata la diretta (o indiretta) disponibilità sul singolo bene contaminato da delitto, è indispensabile verificare la *sproporzione* tra il valore di ogni *singolo bene* rientrante nel patrimonio ed il reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o l'attività economica esercitata dal proposto. Questi, peraltro, potrà paralizzare l'iniziativa ablativa fornendo, in ogni caso, la giustificazione della legittima provenienza dei beni. Il requisito della sproporzione, in ogni caso, riguarda principalmente il momento dell'acquisto del singolo bene e non può, pertanto, essere confuso con il reimpiego od il frutto dell'attività illecita, pure menzionati nella citata norma. Per focalizzare la differenza concettuale si pensi al caso di un commerciante, proposto per la misura di prevenzione, che all'inizio della propria attività economica non aveva ancora instaurato rapporti con il sodalizio mafioso, e pur tuttavia già in quel periodo aveva acquistato dei beni risultati all'esito del giudizio di valore sproporzionato ai redditi dichiarati o all'attività economica svolta; in tale ipotesi la confisca dei questi ultimi beni potrà basarsi sulla sproporzione mentre la confisca dell'attività aziendale, dal medesimo avviata, potrà seguire ritenendola frutto o reimpiego di un'attività illecita. Vi è, dunque, una profonda autonomia normativa tra il requisito della sproporzione ed il riferimento al frutto o reimpiego del bene derivante da attività illecita. Nella valutazione sulla sproporzione, si impongono al Giudice alcune regole di fondo: 1) il reddito non potrà essere preso in considerazione nel suo ammontare lordo, ma nella parte che residua dopo l'imposizione fiscale; 2) dall'ammontare netto del reddito dovranno poi scomputarsi le spese sostenute per il mantenimento del nucleo familiare del proposto; 3) il valore del bene immobile non potrà mai essere quello dichiarato in atti, solitamente inferiore rispetto all'effettivo valore di mercato, ma andrà stimato mediante accertamenti tecnici effettuati secondo il criterio del valore medio di mercato per metro quadrato, corretto con gli opportuni coefficienti zionali, al fine di ottenere dei valori che siano parametrabili a quelli *standards* di vendita. Merita, poi, di essere ricordato che la proporzione (o la legittima provenienza dei capitali) non potrà essere giustificata mediante l'allegazione di ricevute di vincite al "totocalcio", al "superenalotto" e concorsi simili, trattandosi di documenti, in genere, anonimi da reputare una sorta di "titoli al portatore", in quanto tali inidonei a riferire la effettiva vincita alla persona fisica del proposto. Risulta abbastanza nota la prassi, seguita da numerosi *clan* criminali, di fare incetta di ricevute di vincite in simili concorsi onde preconstituirsì un comodo alibi. Quanto, invece, all'attività economica esercitata deve, infine, essere adeguatamente lumeggiato come si possa verificare il caso che, a fronte di attività avviate in epoca risalente, non si trovi più alcuna traccia di tali somme nelle dichiarazioni dei redditi a suo tempo presentate. In tale evenienza, il proposto potrà giustificare la legittima provenienza del bene mediante l'allegazione di elementi ed atti idonei a comprovarne l'acquisto con utili derivanti dall'esercizio dell'attività economica svolta lecitamente a suo tempo.

⁷ A tal riguardo, basti il richiamo alle riflessioni del sociologo francese Edgar Morin che, nel sintetizzare la propria teoria della complessità, non ha mancato di mettere in luce anche taluni aspetti distorsivi dei rapporti inter-soggettivi; tra questi spicca, senza dubbio, proprio il rapporto di sovra-ordinazione tipico dei rapporti basati sulla relazione clientelare. Secondo M.: «Il pensiero complesso è consapevole in partenza dell'impossibilità della conoscenza completa: uno degli assiomi della complessità è l'impossibilità, anche teorica, dell'onniscienza. Riconoscimento di un principio di incompletezza e di incertezza. Il pensiero complesso è animato da una tensione permanente tra l'aspirazione a un sapere non parcellizzato, non settoriale, non riduttivo, e il riconoscimento dell'incompletezza e della incompletezza di ogni conoscenza. Questa tensione ha animato tutta la mia vita [...] Per tutta la vita [...] ho sempre aspirato ad un pensiero multidimensionale. [...] Ho sempre sentito che alcune verità profonde, antagoniste tra loro, erano per me complementari, senza smettere di essere antagoniste» (Così, E. MORIN, *Complessità e metodo — interviste sulla complessità*, in *repubblica.it*). Proprio la citata multidimensionalità porta con sé — quale implicita conseguenza — l'inasprirsi delle situazioni di conflitto

Gli effetti – diretti e indiretti – delle misure di sequestro e confisca sui beni in disponibilità dei soggetti sottoposti a misure di prevenzione sono ormai ben noti.

Tuttavia, l'analisi del sistema non può limitarsi al solo profilo oggettivo, ovvero alla natura giuridica dei beni e ai rapporti di titolarità, ma deve necessariamente estendersi anche alla dimensione soggettiva del fenomeno.

Come suggerisce Henner Hess nella sua opera *La mafia come metodo*, uno studio circoscritto alla sola dimensione visibile del fenomeno risulterebbe irrimediabilmente parziale.

Da questa prospettiva, è essenziale considerare il concetto di appartenenza come elemento chiave di un'analisi sistematica. Tale concetto, in ogni sua declinazione, evoca il richiamo a un soggetto determinato, autentico centro di imputazione di interessi autonomi, titolare di diritti reali o personali su beni, con un livello di inerenza talmente profondo da poter essere inteso come una «egoità» proiettata nel reale.

Una compiuta riflessione giuridica sul piano della soggettività non può essere condotta in maniera astratta o ideale, ma deve piuttosto calarsi nella concretezza dell'esistenza e delle dinamiche relazionali che legano diritti, persone e beni, nella prospettiva heideggeriana dell'«Esserci»⁸ contestualizzato nel presente.

sociale, spesso risolte attraverso il ricorso alla “logica del più forte”. Secondo M. sono enucleabili tre principi ordinatori della complessità: a) il primo è il principio che M. stesso chiama “dialogico”, il principio dialogico consente di mantenere la dualità in seno all'unità: associando due termini complementari e insieme antagonisti; b) il secondo principio è quello c.d. di “ricorso di organizzazione”, un processo ricorsivo è un processo in cui i prodotti e gli effetti sono contemporaneamente cause e produttori di ciò che li produce, l'idea insita nel ricorso è dunque un'idea di rottura rispetto all'idea lineare di causa/effetto, di prodotto/produttore, di struttura/sovrastuttura; c) il terzo principio è il principio ologrammatico, non solo la parte è nel tutto, ma il tutto è nella parte. Il principio ologrammatico è presente nel mondo biologico e nel mondo sociologico. L'idea dell'ologramma costituisce dunque un superamento tanto rispetto al riduzionismo che non vede che le parti, quanto rispetto all'olismo che non vede che il tutto. Le minacce più gravi cui l'umanità va oggi incontro sono legate per M. al progresso cieco e incontrollato ed al predominio della “legge del più forte”, di cui — a ben vedere — lo strapotere mafioso è un'emblematica manifestazione. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, cfr. E. MORIN, *La via per l'avvenire dell'umanità*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2012, *passim*.

⁸ *Dasein* inteso come *da-Sein* è, in Heidegger, il segno dell'affrancamento dalla metafisica. La logica dell'esistente contribuisce a sorreggere un'umanità che non sia più incardinata, contro la propria natura, nell'istintività animalesca o nel mero sopravvivere. In Italia, l'ormai consolidata interpretazione del *da-Sein* nella formula di sintesi “esserci” è ritenuta non solo in sé consona, ma addirittura come la più felice fra quelle finora proposte nelle varie lingue. Nella prima parte di *Essere e tempo* Heidegger affronta il tema dell'analitica esistenziale, cioè dell'analisi dell'Esserci, che ha origine dalla definizione dell'essenza dell'uomo come esistenza, come *poter-essere*. L'uomo, unico ente fra gli enti che è in grado di porsi la domanda circa l'Essere, è definito *da-Sein*, cioè *Esserci*. Il prefisso “da” (ci), è la denotazione ontologica per eccellenza che qualifica la totalità dell'uomo nella sua ontologia. Così Heidegger stesso spiega il significato del termine *Dasein*: «Mentre nell'uomo l'essere, il *sein* del *Dasein*, l'Essere dell'Essere, esprime la possibilità da parte di questo ente di essere tale quale esso progetta di essere; l'Esserci è tale che, nel suo essere, questo stesso essere è in gioco. Quindi il solo dell'uomo si può dire che ha “l'esistenza”, che *ex-siste*, che, auto-progettandosi, è esposto alla possibilità di realizzarsi (nell'autenticità) o perdersi (nell'inautenticità)» (*Essere e Tempo*, par. 3). L'analitica esistenziale studia dunque l'Esserci nel carattere assolutamente singolare del suo essere (esistenza), non nei caratteri che esprimono la diversità fra individuo e individuo (essa ha portata esistenziale, non esistenziale); perciò non può risolversi nell'antropologia, nella psicologia, nell'etnologia, nella biologia. Essa studia la realtà umana nella sua struttura e non nel suo apparire. Nella lingua tedesca comune *Dasein* equivale ad «esistenza» (*Existenz*) intesa nel senso della “realtà effettiva” (*Wirklichkeit*) o dell'essere “davanti a qualcosa” (*Vorhandensein*). Heidegger conferisce al termine un significato particolare e lo trasforma in un concetto cardine sul quale impenna tutta la sua prospettiva filosofica: esso indica quindi il peculiare modo di essere della vita umana, radicalmente distinto dal modo d'essere di tutto ciò che non è umano. Per ulteriori approfondimenti cfr. M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, *Essere e Tempo*, I ed., Halle, 1927 trad. it. per Mondadori, Milano, 2011, pp. I-614; ed ancora ID., *Che cos'è Metafisica*, Adelphi, Milano, 2001.

Lo studio della «soggettività mafiosa» conduce, inevitabilmente, a una riflessione più ampia sull'evoluzione concettuale di alcune categorie fondamentali del diritto civile.

Emblematico, a tal proposito, è il concetto di *status*⁹, inteso come sintesi¹⁰ delle situazioni giuridiche (attive e passive) spettanti a un soggetto in ragione della sua appartenenza a un determinato gruppo sociale. Se finora lo status è stato prevalentemente utilizzato in chiave «solidaristico-promozionale», volto alla riduzione delle disuguaglianze, se ne propone qui una lettura differente, in chiave «solidaristico-protettiva».

In questa prospettiva, lo status assume una funzione centrale nella protezione dei valori fondamentali della giustizia e della sicurezza collettiva, in risposta ai fenomeni di criminalità organizzata che impongono un intervento repressivo da parte dello Stato.

La pervasività del fenomeno mafioso ha ridefinito le relazioni tra Stato e cittadino, conducendo lo Stato a una ridefinizione della propria funzione punitiva, fino ad ammettere

⁹ Sul concetto di *status* la letteratura civilistica italiana è estremamente vasta. Per una disamina completa di tale figura e l'individuazione delle sue peculiarità rispetto alle situazioni giuridiche soggettive ordinarie e, in particolare, ai distinti concetti di capacità giuridica e d'agire, cfr., P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss., anche per ampi richiami alla letteratura straniera; G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 157 ss.; A. IANNELLI, *Stati della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984; ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, p. 3 ss. Per ulteriori riferimenti di carattere generale v. anche C. GRASSETTI, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 49 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, p. 23 ss.; G. TAMBURINO, *Le persone fisiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1990, p. 286 ss. Assai vasta è altresì la letteratura straniera in particolare quella anglo-americana, per limitare il riferimento alle opere più note cfr. C. ALLEN, *Status and capacity*, in *The Law Quarterly Review*, 1930, p. 277 ss.; H.S. MAINE, *Ancient law*, London-New York, 1965, p. 99 ss.; R. H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, London, 1953; P. FRIEDMANN, *Some Reflections on Status and Freedom*, in *Concepts of Jurisprudence. Essay in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 222 ss.; M. REHBINDER, *Status, contract and the Welfare-state*, in *Stanford law rev.*, 1971, XXIII, n. 5, p. 941 ss.

¹⁰ Nei più recenti contributi della dottrina si pone, infatti, in luce come, in seguito allo sviluppo della tutela, legislativa e amministrativa, delle categorie di cittadini più deboli, debba accogliersi una più ampia nozione di *status*, inteso come posizione soggettiva, sintesi di un insieme normativo applicabile ad una determinata persona e rilevante per il diritto in maniera non precaria né discontinua; una situazione che secondo l'apprezzamento comune distingue un soggetto dagli altri. Benché questa posizione soggettiva sia caratterizzata principalmente dalla potenzialità ossia dall'impossibilità di definire *a priori* il contenuto, si concorda che essa possa essere accertata in sede giudiziaria, e più precisamente possano essere accertati i fatti costitutivi, poiché il convenuto può valutarne, sia pure con approssimazione, gli effetti per lui svantaggiosi e così apprestare la propria difesa. Sul punto si veda E. GALOPPINI, *Democrazia, uguaglianza, differenze: il caso dell'immigrazione islamica*, cit., 123 ss.; ed ancora U. MATTEI, *I confini della terra promessa. Immigrazione, povertà, razzismo ed i limiti del diritto*, cit., 260 ss. Utili argomentazioni in tal senso si riscontrano, poi, anche in giurisprudenza: a favore della possibilità di accertare lo *status* di invalido nel processo civile vi sono diverse pronunce della sezione lavoro della Cassazione (Cass. 6 luglio 1998, n. 6894, in *Foro it.*, 1998, I, p. 2775 ss., con nota di B. Tonoletti; Cass. 15 luglio 1987, n. 6192, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2983 ss.), sia successive a Cass., SS. UU., 2000/483 (cfr. Cass. 20 febbraio 2006, n. 3595, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 694 ss.; Cass. 22 giugno 2002, n. 9146, in *Foro it.*, 2002, p. 1324 ss.). In senso contrario si devono, tuttavia, registrare alcune pronunce successive al 2000, secondo le quali dovrebbe negarsi accesso alla tutela di accertamento in relazione allo *status* d'invalido per carenza di interesse ad agire in relazione al nuovo quadro normativo in materia, di seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 112 del 1998, sul presupposto che l'accertamento del c.d. requisito sanitario per il trattamento economico dell'invalido civile sia attribuito in esclusiva all'INPS (Cass. 17 giugno 2003, n. 9681, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; Cass., 24 settembre 2002, n. 13892, in *Mass. Giust. civ.*, 2002). Pure in altre occasioni la sezione lavoro della Cassazione ha adottato una nozione ampia di *status*, al fine di consentire la tutela di accertamento, ad es. in tema di stato di gravidanza della lavoratrice negato dall'ispettorato del lavoro (Cass. 7 novembre 1998, n. 11250, in *Orient. g. lav.*, 1998, I, p. 1026 ss.). Un'isolata pronuncia riconosce persino alla posizione del lavoratore subordinato la qualifica di situazione «assimilabile ad uno *status*» ai fini dell'accesso alla tutela di accertamento: cfr. Cass. 17 novembre 1999, n. 12778, in *Mass. Giust. civ.*, 1999.

strumenti quali la collaborazione con la giustizia e la protezione dei collaboratori mediante il mutamento d'identità¹¹.

Questo processo si iscrive in una più ampia ridefinizione del ruolo dello status, che assume una connotazione «negativa», ossia volta alla protezione dell'ordinamento attraverso l'imposizione di limitazioni e divieti finalizzati alla neutralizzazione delle transazioni illecite e, più in generale, delle attività criminose¹².

In tale contesto, vanno rilette le limitazioni imposte dalla normativa antimafia ai soggetti sottoposti a misure di prevenzione e ai loro familiari.

Si assiste, in particolare, all'emersione di una nuova forma di presunzione legale di illegittimità degli acquisti, fondata sulla condizione soggettiva del prevenuto e, addirittura, dei suoi congiunti¹³.

¹¹ La prospettazione legislativa non è sul punto esente da critiche. La legge sui collaboratori di giustizia (L. 13 febbraio 2001, n.45) è stata, fin da subito, accolta da un coro pressoché unanime di positivi apprezzamenti, il che non impedisce di rilevarne tuttavia alcuni difetti e lacune. Secondo un certo orientamento di pensiero vi sarebbe il rischio che una sua pedissequa attuazione finisca con l'inaridire il fenomeno della collaborazione processuale, che pure — come segnalato — tanta parte ha avuto, negli ultimi anni, nel contrasto della criminalità mafiosa e nell'accertamento delle responsabilità per gravissimi reati. Sul tema, per ulteriori approfondimenti, cfr., R.A. RUGGIERO, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Giappichelli, Torino, 2012; F. MOLLACE, *La collaborazione*, cit., p. 417 ss.; A. DINO (a cura di), *Pentiti*, Donzelli, Milano, 2006; e, in chiave assolutamente critica, A. BECCARIA, *Pentiti di niente*, S.A., Roma, 2008.

¹² Come più diffusamente argomentato nel nostro *Soggetto e Oggetto...*, cit., spec. p. 90 ss.: «[...] si parlerà - a seconda del contesto di riferimento - di *status* acquisitivo (o ad efficacia ampliativa) e, per converso, di *status* negativo (o con funzione privativa). Sul piano propriamente tecnico-giuridico si potrà distinguere, invece, una legittimazione “positiva/attiva” da una “negativa/passiva”. Si ha legittimazione “positiva/attiva” rispetto ad un rapporto giuridico, ad esempio, nel caso dell'investitura possessoria rispetto alla detenzione titolata di un titolo di credito, o — per la tutela della buona fede — nel caso di acquisto di beni mobili (art. 1153 c.c.) o di beni immobili per usucapione abbreviata (art. 1159 c.c.) da parte di chi, pur possedendo, non potrebbe, *pleno jure*, qualificarsi proprietario; ed ancora, si parla di legittimazione — propriamente *ad acta* — per identificare la posizione del rappresentante rispetto agli atti compiuti a beneficio del rappresentato così come pure, in ambito processuale, in una svariata serie di altri casi. Sotto il profilo “negativo/passivo”, si parla invece di difetto (o, più precisamente, di carenza) di legittimazione, per indicare quelle ipotesi nelle quali un determinato soggetto non può partecipare ad un rapporto giuridico o essere titolare di una specifica situazione giuridica. Ipotesi classica è quella contemplata nell'art. 323 c.c., che vieta al genitore, esercente la responsabilità genitoriale, di rendersi acquirente rispetto ai beni o a diritti del figlio minore *in potestate* (e divieto analogo incombe sul tutore o protutore ai sensi dell'art. 378 c.c.). Sempre per rimanere nell'ambito dei rapporti patrimoniali, può richiamarsi l'ipotesi contemplata dall'art. 597 c.c. che vieta al notaio (e al testimone e all'interprete presenti alla redazione di un testamento pubblico) di poter ricevere alcunché per il tramite del testamento pubblico dallo stesso rogato. Ma questi sono soltanto alcuni esempi, essendo il nostro codice attento nel disciplinare ulteriori ipotesi, specialmente in ambito di diritto delle successioni: è questo il caso delle previsioni degli artt. 596 e 598 c.c. Esistono poi alcune situazioni che potremmo definire assolutamente *border line* perché inscindibilmente collocate sul crinale normo-positivo tra l'istituto di cui si discorre - la legittimazione, appunto - e altri quali la capacità giuridica e il più volte menzionato *status personae*.

¹³ Singolare e, per certi aspetti, emblematico è il raffronto tra lo *status* del coniuge di un soggetto sottoposto a misure di prevenzione e quello, parimenti identificativo, del coniuge (cittadino straniero o apolide) di un italiano. Secondo accreditata giurisprudenza, in questa seconda ipotesi, il diritto soggettivo del coniuge (appunto, straniero o apolide) di cittadino italiano è suscettibile di affievolirsi ad interesse legittimo solo in presenza dell'esercizio, da parte della Pubblica Amministrazione, di un potere (discrezionale) di valutazione circa l'esistenza di motivi di sicurezza pubblica. Pertanto, una volta che tale potere di accertamento si sia esaurito (senza emanazione di un provvedimento di diniego), ne risulta precluso l'ulteriore esercizio con la conseguenza che sussiste il diritto soggettivo all'emanazione del decreto di cittadinanza direttamente a favore del richiedente, che ben potrà adire il giudice ordinario per far dichiarare — previa verifica dei requisiti di legge — che egli è cittadino. Così, *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, sez. II, 15 maggio 2008, n. 4273. Nel caso invece dell'applicazione di misure a carattere ablatorio a carico del coniuge del soggetto prevenuto, nessuna preclusione sembra sussistere

L'inversione dell'onere probatorio, che impone al soggetto di dimostrare la liceità dell'origine dei beni, evidenzia la portata innovativa (e dirompente) di tali disposizioni, con effetti di forte tensione sistematica rispetto ai principi classici del diritto civile, come nel caso del coordinamento tra la disciplina della confisca antimafia e l'acquisto a titolo originario per usucapione¹⁴.

2. Una ridefinizione concettuale della problematica alla luce del costante e sempre più pervasivo utilizzo delle c.dd. nuove tecnologie

Ulteriore profilo critico è quello che si manifesta, con particolare evidenza, nel contesto dell'impiego, sempre più pervasivo, delle c.dd. nuove tecnologie.

In particolare, con ordinanza della Quinta Sezione penale della Corte di Cassazione¹⁵ è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 4, d.lgs. 6 settembre

in ordine al potere di accertamento demandato ai giudici inquirenti, con la conseguenza che la privazione dei cespiti patrimoniali potrà avvenire — per così dire, *jure communicationis* — in qualsiasi tempo.

¹⁴ In tema di acquisto per usucapione, istituto classico del diritto privato, cfr. C. RUPERTO, *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1022 ss.; G. CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, parte II, p. 251 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato Vassalli*, vol. IV, tomo V, Torino, 1972, p. 582 ss.; D. BARBERO, *Il Sistema del Diritto Privato*, Milano, 1993, p. 190 ss. ed ancora, A. FALZEA, voce "Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1992, p. 502 ss. Come noto, l'usucapione contribuisce, al pari della prescrizione, alla fisiologica certezza del diritto. Perché si possa dire compiutamente realizzata la fattispecie (a formazione progressiva) che conduce all'acquisto *ex nihilo* in capo all'usucapiente, è necessaria la compresenza di due fondamentali requisiti: il possesso della *res* ed il decorso ininterrotto di un congruo termine, normativamente determinato in ragione della natura del bene posseduto e dallo stato soggettivo iniziale del possessore (buona o mala fede). La presenza, invece, di elementi ulteriori - quali la *bona fides*, la *traditio cognita causa*, il *titulus transferendi* e, infine, la trascrizione nei registri dei beni immobili - comporta esclusivamente una riduzione del termine per usucapire (c.d., usucapione abbreviata). È, dunque, necessario che il possessore dimostri inequivocabilmente la sua intenzione di esercitare sulla *res* un potere di fatto, un'indomita signoria (o, se si vuole, un'*unbeugsamen Herrschaft*), corrispondente in pieno al diritto del proprietario (o di altro soggetto che possa vantare un diritto reale sul bene); il possesso dovrà essere, pertanto, oltre che continuo e ininterrotto, pubblico e pacifico, acquistato *nec vi, nec clam, nec precario*. La Suprema Corte ha precisato, in varie pronunce, che «l'*animus possidendi* consiste unicamente nell'intento di tenere la cosa come propria o di esercitare il diritto come a sé spettante, indipendentemente dalla conoscenza che si abbia del diritto altrui e del regime giuridico del bene su cui si esercita il potere di fatto: ai fini dell'usucapione, l'*animus rem sibi habendi* non deve necessariamente consistere nella convinzione di esercitare un potere di fatto in quanto titolare del relativo diritto, essendo sufficiente che tale potere venga esercitato come se si fosse titolare del corrispondente diritto». Così, Cass. civ., 23 settembre 2002, n. 6079, in *Guida al dir.*, 2002, p. 31 ss. Mentre, in relazione alla legittimità del possesso — che il codice vigente assoggetta alle stesse condizioni contemplate dal precedente codice del 1865 — che «tale requisito non può essere escluso per la sola circostanza che il preteso titolare del diritto manifesti una volontà contraria all'altrui possesso, trattandosi di elemento rilevante al diverso fine di evidenziare la mala fede del possessore, con la conseguente applicabilità del termine ventennale» (così, Cass. civ., S.U., 14 marzo 1990, n. 2088, in *Mass. giur. it.*, 1990). Diversa l'impostazione seguita con riferimento all'accessione atteso che, da ultimo, la Suprema Corte ha affermato che «in tema di misure di prevenzione, è legittima la confisca di un edificio realizzato con fondi di provenienza illecita su un suolo di provenienza lecita, se il primo abbia un valore preponderante rispetto al secondo, poiché, quando un bene si compone di più unità, il regime penalistico cui assoggettare il cespite nella sua interezza è quello proprio della parte di valore economico e di utilizzabilità nettamente prevalenti, diventando irrilevante il principio civilistico dell'accessione» (così, Cass. pen., sez. II, 8 giugno 2016, n. 23805 in *CED Cass.*).

¹⁵ Cfr. Cass., sez. V, ord. 25 ottobre 2021 (dep. 16 dicembre 2021), n. 46076, Pres. Sabeone, rel. Riccardi, ric. Boccabella. La Suprema Corte — nell'ambito di un giudizio di opposizione promosso dal ricorrente avverso un provvedimento di avviso orale emanato dal Questore e impositivo, tra l'altro, del divieto di possesso e utilizzo di apparati di comunicazione radiotrasmettente e del divieto di accesso a internet — ha dubitato della

2011, n. 159, nella parte in cui non prevede limiti temporali per i divieti di utilizzo di apparecchiature di comunicazione, incluso l'accesso a internet, imposti dall'avviso orale del Questore.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 2 del 2023¹⁶, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 15 cost., nella parte in cui consente al Questore di vietare il possesso e l'uso del telefono cellulare, incidendo in modo sproporzionato sulla libertà di comunicazione.

La questione solleva un nodo concettuale di particolare rilievo: la privazione della legittimazione giuridica e la conseguente menomazione della personalità sociale del soggetto, che si spinge sino alla negazione di diritti fondamentali.

In tale prospettiva, appare lecito interrogarsi se la «morte telematica», intesa come interdizione all'uso delle tecnologie di comunicazione, non costituisca oggi una forma rinnovata di «morte civile».

Emerge nitidamente come il bilanciamento tra esigenze di prevenzione antimafia e tutela dei diritti fondamentali costituisca una sfida cruciale per il sistema giuridico contemporaneo.

Se da un lato la necessità di strumenti efficaci di contrasto alla criminalità organizzata è indiscutibile, dall'altro la portata delle limitazioni imposte deve essere oggetto di una riflessione attenta e trasparente, evitando soluzioni che, sotto la veste di provvedimenti amministrativi, celino un sacrificio eccessivo delle libertà fondamentali.

Prescindendo dagli altri divieti, che pure concernono altre libertà personali, senza tuttavia comprimerle del tutto (si pensi alla circolazione con mezzi di trasporto modificati) occorre concentrare l'attenzione sui divieti «di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente», oggetto precipuo dell'avviso orale sottoponibile a ricorso, per la potenziale capacità di compromettere del tutto, o comunque in maniera significativa, le libertà fondamentali connesse, ove si consideri che essi comprendono il telefono cellulare, la televisione, i *tablet* i pc e gli altri apparecchi connessi a reti telematiche.

costituzionalità dell'art. 3, quarto comma, cod. antimafia, «nella parte in cui omette di prevedere la durata minima e massima dei divieti imponibili» dal questore, e «nella parte in cui affida il potere di limitazione all'autorità amministrativa», per contrasto con gli artt. 3, 15, 21 e 117 cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 10 CEDU. Preliminarmente, i giudici di legittimità evidenziano come la vigente disciplina dell'avviso orale, nella parte in cui consente al questore di imporre all'avvisato il «divieto di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente», interferisca con due libertà fondamentali tutelate dalla Costituzione e dalla CEDU. In primo luogo, l'art. 3 cod. antimafia in *parte qua* interferirebbe con la libertà di comunicazione tutelata dall'art. 15 Cost. e dall'art. 8 CEDU. Quanto alla disposizione costituzionale, la Corte di cassazione ricorda che essa protegge «qualsiasi forma di “corrispondenza” e di “comunicazione”», ivi comprese «le comunicazioni telefoniche, per messaggi – sms o tramite applicativi (whatsapp, telegram, ecc.) –». Con riferimento, invece, all'art. 8 CEDU, i giudici rimettenti ricordano l'ampia nozione di “corrispondenza” elaborata dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale ricomprende tutte le comunicazioni che avvengono attraverso strumenti tecnologici come la posta elettronica o il mezzo di internet. L'avviso orale corredato dal divieto in questione interferirebbe, poi, con la libertà di espressione – da intendersi ovviamente nella sua triplice declinazione di libertà d'opinione, libertà di essere informati (o di ricevere informazioni) e libertà di informarsi (o di ricercare informazioni) – la quale viene protetta dagli artt. 21 cost. e 10 CEDU anche nel caso in cui il reperimento di informazioni o la diffusione di opinioni avvengano attraverso internet.

¹⁶ Cfr., al riguardo, Corte cost., sent. 20 dicembre 2022 (dep. 12 gennaio 2023), n. 2, Pres. Sciarra, Red. Zanon – che dichiara costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 15 della Costituzione, l'art. 3, comma 4, cod. antimafia, nella parte in cui consente al questore di vietare, in tutto o in parte, il possesso e l'utilizzo del telefono cellulare.

Nello specifico, viene dunque in rilievo una serie di divieti concernenti il possesso e l'utilizzazione del telefono cellulare, ma anche di altri apparati di comunicazione (televisione, radio, ecc.), nonché l'accesso ad internet, che comprimono la libertà di comunicazione (art. 15 cost.) e la libertà di espressione (art. 21 cost.), anche nella sua dimensione «passiva» - come enucleata espressamente dall'art. 10 CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e rilevante quale parametro interposto, ai sensi dell'art. 117 cost. - quale «libertà di ricevere informazioni».

In particolare, l'art. 15 Cost., nel sancire l'inviolabilità della corrispondenza e di «ogni altra forma di comunicazione», prevede che «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge»: la norma protegge, dunque, qualsiasi forma di «corrispondenza» e di «comunicazione», che, nella realtà sociale odierna, comprende evidentemente anche le comunicazioni telefoniche, per messaggi - sms o tramite applicativi (*whatsapp*, *telegram*, ecc.) -, e il profilo della «libertà» è distinto, e più ampio, rispetto al profilo della «segretezza».

Nell'ambito delle «comunicazioni», peraltro, se l'art. 15 cost. considera le comunicazioni interpersonali, rivolte a destinatari previamente individuati, l'art. 21 cost. protegge, invece, le comunicazioni alla generalità degli individui; sicché li divieto di possedere e utilizzare qualsiasi apparecchio di comunicazione risulta suscettibile di compromettere, sotto aspetti complementari, entrambe le libertà costituzionali richiamate.

Ancora una volta, e proprio da questo momento in avanti, il soggetto - gravato da uno *status personae* «deteriore» - così come ha perduto la legittimazione al possesso e con essa la capacità di concludere validi negozi traslativi - perde altresì la possibilità di esprimere la sua personalità nella dimensione del sociale anche là dove ciò non configuri il presupposto di alcuna attività delittuosa.

In questo contesto, un problema del tutto particolare è certamente quello legato alle c.dd. fonti OSINT, vale a dire, dell'*open source intelligence*¹⁷, un processo di raccolta e analisi

¹⁷ Prima di verificarne l'efficacia, quale complementare strumento d'indagine investigativa, è necessario tenere presente che le c.dd. «attività di *preliminary due diligence*» rappresentano ormai una prassi consolidata all'interno delle funzioni di *risk & compliance* delle multinazionali e stanno acquisendo una rilevanza crescente anche tra le piccole e medie imprese (PMI). Queste analisi preliminari costituiscono la base informativa necessaria per supportare le decisioni strategiche aziendali, consentendo alle imprese di affrontare i negoziati con una conoscenza approfondita delle informazioni pubblicamente disponibili relative alla controparte; si tratta di una fase iniziale del processo di valutazione di una controparte commerciale, finalizzata alla raccolta sistematica di dati e informazioni in un momento antecedente alla formalizzazione di un accordo di collaborazione o di una *partnership*. Tale indagine preliminare si avvale di specifiche metodologie di *Open Source Intelligence* (OSINT), attraverso cui vengono acquisite informazioni utili a delineare un quadro conoscitivo iniziale della controparte. Il principale obiettivo di questa attività non è quello di analizzare aspetti tecnici o specifici del settore di riferimento, bensì di identificare potenziali criticità che potrebbero necessitare di un approfondimento successivo. Per esempio, qualora emergessero segnalazioni negative in rassegne stampa riguardanti difficoltà finanziarie di un'impresa, potrebbe rendersi necessaria un'analisi più dettagliata del suo bilancio d'esercizio. Oltre a mitigare i rischi connessi a nuove collaborazioni commerciali, contratti di fornitura o operazioni di acquisizione, la *preliminary due diligence* si configura come un valido strumento di valutazione per ulteriori ambiti aziendali. Un caso emblematico è quello dell'inserimento di un nuovo manager in una posizione apicale, in cui è fondamentale verificare la veridicità delle esperienze professionali dichiarate nel curriculum vitae e la sua reputazione. L'OSINT rappresenta l'elemento operativo chiave di queste attività, garantendo un approccio metodico e prudente alla gestione del rischio aziendale. Questo aspetto risulta particolarmente rilevante per le imprese che operano in settori considerati ad alto rischio, come quelli soggetti a verifiche per l'iscrizione alla *white list* della prefettura competente, al fine di prevenire eventuali infiltrazioni di matrice criminale. Le informazioni raccolte attraverso la *preliminary due diligence* variano a seconda degli obiettivi concordati con il cliente e possono includere: - a) l'analisi della documentazione della Camera di Commercio, con particolare

delle informazioni pubblicamente disponibili particolarmente utile, a fini investigativi, per valutare le minacce, prendere decisioni o rispondere a domande specifiche in tema di sicurezza pubblica. Molti enti utilizzano le fonti OSINT come strumento di sicurezza informatica per aiutare a valutare i rischi per la sicurezza e identificare le vulnerabilità nei propri sistemi IT. Al di là dei profili di *cyber security*¹⁸, nelle operazioni collegate alle procedure

attenzione a eventuali modifiche societarie insolite; - b) la verifica del background professionale e imprenditoriale di soci e dirigenti; - c) l'identificazione di criticità economiche, come gravami immobiliari, protesti o pregiudizievoli; - d) la consultazione delle principali banche dati antiriciclaggio; - e) l'analisi di rassegne stampa contenenti riferimenti a problematiche legate alla controparte oggetto di studio. Il monitoraggio OSINT non si limita alla consultazione delle tradizionali banche dati commerciali, ma si estende all'analisi della stampa nazionale e locale, incluse fonti di informazione meno istituzionali. Inoltre, un ruolo cruciale è svolto dall'osservazione dei *social network*, attraverso cui è possibile individuare eventuali legami anomali o potenzialmente rischiosi. Un esempio significativo potrebbe essere la relazione tra un dipendente di un ufficio gare e un imprenditore che partecipa a un bando di gara nello stesso comune, o la presenza di commenti negativi su un'azienda da parte di clienti e fornitori. L'utilizzo di questo tipo di procedura si configura come un elemento di valore aggiunto rispetto ai metodi tradizionali di valutazione delle controparti commerciali, i quali spesso si basano su criteri standardizzati e su informazioni estratte esclusivamente dai registri camerali. L'analisi OSINT, oltre a raccogliere e documentare le informazioni reperite attraverso fonti aperte, svolge un ruolo essenziale nell'interpretazione dei dati, fornendo una visione integrata e contestualizzata della controparte, con particolare attenzione agli aspetti reputazionali. Questo approccio permette alle imprese di ottenere una comprensione più approfondita dei soggetti con cui intendono instaurare relazioni commerciali, contribuendo a una gestione più consapevole e strategica del rischio aziendale.

¹⁸ Di recente la normativa italiana in materia di sicurezza informatica, l. n. 90 del 2024 rubricata «Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici», rappresenta un significativo avanzamento nella strategia nazionale per la protezione delle infrastrutture digitali e il contrasto alla criminalità informatica. Il nuovo testo legislativo si articola in 24 articoli, introducendo misure finalizzate a potenziare la resilienza delle infrastrutture critiche, a regolamentare con maggiore rigore l'accesso ai dati sensibili e a inasprire le sanzioni per i reati informatici. Tuttavia, un'analisi critica delle disposizioni *in* contenute evidenzia alcuni aspetti controversi, soprattutto in relazione alla coerenza con il quadro normativo europeo e con le strategie di *cybersecurity* adottate dall'Unione Europea. Nonostante le modifiche migliorative introdotte nella versione definitiva della legge, tra cui l'accento posto sugli obblighi di segnalazione e il potenziamento delle misure di sicurezza mediante crittografia (artt. 9 e 10), persistono alcune criticità. In particolare, la previsione di nuove fattispecie di reato e il rafforzamento delle pene sollevano interrogativi sulla loro effettiva efficacia nel contrastare il crimine informatico. Uno degli elementi cardine della normativa è l'introduzione di criteri preferenziali per le tecnologie di cybersicurezza sviluppate in Italia, in ambito europeo o NATO. Sebbene tale misura miri a garantire una maggiore sicurezza negli approvvigionamenti di tecnologie strategiche, essa pone interrogativi in merito alla compatibilità con i principi di concorrenza e libero mercato stabiliti dal diritto europeo. Se da un lato questa scelta legislativa rafforza l'autonomia tecnologica nazionale, dall'altro potrebbe ridurre la competitività, escludendo fornitori extra-UE potenzialmente in grado di offrire soluzioni innovative ed efficienti. A livello comunitario, la strategia per la sicurezza informatica si fonda su un equilibrio tra protezionismo strategico e apertura al mercato globale, come emerge dal *Cybersecurity Act* e dalla direttiva NIS2, i quali privilegiano la certificazione dei prodotti senza introdurre barriere di tipo protezionistico. Un ulteriore aspetto rilevante della normativa riguarda l'inasprimento delle sanzioni per i reati informatici. Le modifiche al codice penale prevedono un aumento delle sanzioni per l'accesso abusivo ai sistemi informatici e per le estorsioni digitali. Questo intervento normativo è giustificato dall'incremento delle minacce informatiche, che non si limitano più a episodi isolati di *hacking*, ma coinvolgono reti criminali transnazionali. Tuttavia, l'inasprimento delle pene non si rivela sempre uno strumento deterrente efficace se non accompagnato da un potenziamento delle capacità di *enforcement*. In ambito europeo, il rafforzamento della cooperazione tra gli Stati membri, attraverso iniziative quali la Strategia dell'UE per la cybersicurezza e la *Joint Cyber Unit*, ha dimostrato che la prevenzione e la collaborazione internazionale risultano più efficaci dell'aumento delle pene detentive. Tra le novità introdotte vi è il rafforzamento del ruolo dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), che assume una funzione centrale nella gestione degli incidenti informatici e nella comunicazione con la Procura Nazionale Antimafia nei casi di attacchi riconducibili a organizzazioni criminali. L'ACN è inoltre autorizzata a presenziare agli accertamenti tecnici irripetibili e a partecipare agli incidenti probatori (art. 22, comma 4-bis.4),

di intercettazione la gestione investigativa di tali fonti *open source* si rivela, paradossalmente, molto utile e pertanto andrebbe evitato di inibire del tutto i mezzi di comunicazione in capo ai soggetti sottoposti a regime di restrizione carceraria, proprio al fine di poterne trarre utili informazioni.

Ciò che, nella logica della normativa di prevenzione, assume rilievo, è, in definitiva, sempre e soltanto la posizione (attuale e) relazionale tra il soggetto e il bene (apparecchiatura analogica o tecnologica che sia), a prescindere dalla titolarità (formale) di un diritto all'utilizzo della *res*. Ancora una volta, è proprio in termini di difetto (assoluto o relativo) di legittimazione che è possibile spiegare le limitazioni giuridiche cui vengono sottoposti i soggetti coinvolti ad ampio raggio nel procedimento di prevenzione antimafia.

È chiaramente una soluzione drastica, che proprio in virtù di questa sua drasticità, merita una più attenta considerazione.

Da qui un interrogativo la cui risposta non è per nulla scontata: cosa pende oggi sui piatti della bilancia di Temi?

Se ne potrebbe dedurre che la libertà di pensiero e quella di azione pesino meno delle legittime esigenze della prevenzione antimafia e questo, sia chiaro, non è un male in termini assoluti ma andrebbe, è ovvio, chiaramente esplicitato e non già malcelato dietro ad apparentemente asettici provvedimenti amministrativi.

Per preservare l'essenza della personalità umana¹⁹, è forse il caso di togliere il velo e mostrare la verità... «nuda» quale essa, in effetti, dovrebbe sempre essere.

sollevando dubbi circa l'indipendenza delle indagini giudiziarie. In particolare, il comma 4-bis.4 dell'articolo 22 stabilisce che il pubblico ministero, in caso di accertamenti tecnici irripetibili per i reati previsti dalla legge, debba informare l'ACN, che avrà facoltà di assistere alla designazione degli incarichi e di partecipare agli accertamenti, anche in sede di incidente probatorio. Tale disposizione solleva interrogativi sulla separazione dei poteri tra autorità giudiziaria e un'agenzia amministrativa che collabora anche con i servizi di intelligence, tematica già evidenziata dall'Osservatorio «Scienza, processo e intelligenza artificiale», che ha segnalato potenziali rischi per la trasparenza processuale. Dal punto di vista delle procedure investigative, la nuova normativa prevede un'estensione dell'uso delle intercettazioni per i reati informatici e un prolungamento dei tempi per le indagini preliminari nei casi di attacchi contro infrastrutture critiche. Se da un lato queste misure forniscono agli inquirenti strumenti adeguati al fine di affrontare minacce complesse, dall'altro pongono questioni di compatibilità con la tutela della *privacy* e dei diritti fondamentali. Nell'ordinamento europeo, il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) impone vincoli stringenti sulla raccolta e l'utilizzo delle informazioni personali, e l'estensione delle intercettazioni potrebbe entrare in conflitto con tali principi. Il dibattito su questo tema è già stato affrontato nel contesto della proposta di regolamento *e-Evidence*, relativa alla cooperazione giudiziaria in materia di acquisizione di prove digitali tra Stati membri. Vengono introdotti specifici obblighi per la Pubblica Amministrazione e per il settore privato, con particolare riguardo alla gestione degli incidenti informatici. Ai sensi dell'articolo 1, le amministrazioni pubbliche e le imprese operanti in settori critici sono tenute a segnalare tempestivamente eventuali incidenti all'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale, con una prima notifica entro 24 ore e un rapporto conclusivo entro 72 ore. Tuttavia, la definizione dell'ambito di applicazione non appare del tutto chiara, a causa dei riferimenti a normative preesistenti che ne complicano l'interpretazione. Inoltre, la previsione dell'istituzione di una struttura dedicata alla cybersicurezza e della nomina di un referente in materia, priva di requisiti stringenti di indipendenza, potrebbe rappresentare un ostacolo per le realtà di dimensioni minori prive di risorse adeguate.

¹⁹ Sulla doverosità, quale riferita a un vero e proprio diritto inviolabile, della tutela della personalità umana, v., per tutti, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Camerino – Scuola di perfezionamento in diritto civile – Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri, 1972, 2^a rist., Esi, Napoli, 1982, *passim*.

ABSTRACT: *«Quality» of Mafioso, Use of New Technologies and Protection of Human Personality*

This article explores the evolving intersections between civil law and criminal law within the framework of anti-mafia legislation, questioning the very feasibility of a «civil anti-mafia law». The study begins with an analysis of special legislation and its judicial interpretation, offering a privileged perspective on the issue. By examining the conceptual foundations of both legal disciplines, the paper seeks to construct a coherent legal paradigm that aligns with contemporary social and institutional needs. A central focus is the notion of «mafia subjectivity», which calls for a re-evaluation of the legal status concept, shifting from a solidarity-based, promotional function to a protective one. This reconceptualization entails the imposition of legal limitations aimed at neutralizing illicit transactions and organized crime activities. The discussion extends to the impact of preventive measures, such as asset seizure and confiscation, highlighting their legal and systemic implications. The second part of the study critically assesses the increasing role of new technologies in anti-mafia prevention, particularly the controversial restrictions on communication devices imposed on individuals under preventive measures. A recent ruling by the Italian Constitutional Court declared such restrictions unconstitutional, citing violations of fundamental rights such as freedom of communication and expression. The study questions whether the prohibition of digital access constitutes a modern form of «civil death», effectively erasing individuals from social existence beyond the scope of their criminal activities. The paper also addresses the paradoxical role of OSINT (open-source intelligence) in investigative processes, arguing that complete communication bans may counteract law enforcement objectives by eliminating valuable intelligence sources. Ultimately, this study underscores the need for a transparent and balanced approach to anti-mafia measures, ensuring that fundamental freedoms are not unduly sacrificed in the name of crime prevention. The dilemma remains: in the scales of justice, should the weight of security measures outweigh the intrinsic value of human personality and fundamental rights?

FRANCESCO BARTOLO MORELLI*

**L'IRRIMEDIABILE ATTRITO TRA L'ATTUALE DISCIPLINA DELLE MISURE DI
PREVENZIONE PATRIMONIALE E I DIRITTI CIVILI ELEMENTARI:
IL CASO PARADOSSALE DELLA CONFISCA ALL'ASSOLTO**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il nodo (apparente) della presunzione di innocenza. — 3. Il paradosso probatorio: introdurre elementi conoscitivi in assenza di imputazione. — 4. Un procedimento strutturalmente emancipato dai fatti.

1. *Premessa*

I rimaneggiamenti giurisprudenziali della disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali e il continuo controllo che essi subiscono presso gli organi sovranazionali di tutela dell'individuo continuano a generare l'illusione che sia possibile, attraverso mirati aggiustamenti, sagaci interpretazioni e continue verifiche, assicurare che l'impianto normativo in materia possa infine giungere a garantire una sistematica applicazione di misure preventive patrimoniali coerente con i meccanismi di tutela dei diritti individuali delle persone coinvolte, siano essi i destinatari del giudizio di pericolosità o i terzi proprietari dei beni.

Si tratta tuttavia di un'illusione e ciò pare dimostrabile alla luce di ogni singolo passaggio che s'aggiunge nelle vicende sovranazionali che la confisca italiana vive di fronte alla Corte E.D.U.¹. Stessa impressione si matura esaminando la giurisprudenza nazionale che, in effetti, continua a allentare le briglie dell'autorità preventiva, stringendo al contempo i lacci che avvolgono i patrimoni dei prevenuti, e le posizioni dell'autorità di governo la quale, su questo tema specifico, appare in inusuale sintonia con l'intransigente posizione della magistratura italiana nel difendere un istituto che è in frontale contrasto con la maggior parte dei canoni costituzionali della giurisdizione².

Non servirà qui ripercorrere tutti i passaggi critici, ma basterà probabilmente concentrarsi su quelli che il ricorso n. 47278/16 *Cavallotti and Others vs Italy* ha portato

* Professore associato di diritto processuale penale, Università degli Studi di Messina.

¹ Da ultimo, si può limitare l'esame a Corte eur. dir. uomo, 13 febbraio 2025, ricorso n. 47278/16, *Garofalo e altri c. Italia*, e al caso *Cavallotti e altri c. Italia*, sul quale si sofferma il parere di P. PINTO DEL ALBUQUERQUE, *Confisca senza condanna per appartenenza alla mafia. Parere indipendente*, liberamente consultabile in https://www.camerepenali.it/cat/13247/confisca_senza_condanna_per_appartenenza_alla_mafia.html

² In riferimento al nostro tema, l'abitudine invalsa, oramai, è quella di assumere un vuoto atteggiamento garantista privo di qualsivoglia significato giuridico o operativo, come ad esempio attesta Cass., VI, 1° luglio 2024, Curcio, in *Ced.rv.* 287931-01: «In tema di misure di prevenzione, l'inquadramento del preposto in uno dei profili di pericolosità soggettiva può essere fondato anche sulla autonoma valutazione di fatti oggetto di procedimenti penali non definiti con sentenza di condanna, purché, in tal caso, l'accertamento della sussistenza dei presupposti della misura sia svolto con tanto più rigore quanto più l'esito del procedimento penale sia stato favorevole al preposto». Il rigore motivazionale invocato è solo di facciata, non esistendo alcun criterio legale attraverso cui si possa esprimere e, soprattutto, non esistendo alcuna possibilità di permettere alla Cassazione stessa un reale sindacato sulla motivazione, essendo preclusa l'impugnazione per il motivo corrispondente.

all'attenzione della Corte E.D.U. la quale s'accinge a rispondere e avrà certamente già compreso la portata della questione ricevendo le ampie difese del Governo italiano.

2. Il nodo (apparente) della presunzione di innocenza

La questione capitale, quella che attiene alla rilevanza della presunzione di innocenza nella disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali, è una questione in fondo apparente, ma sulla quale si gioca la tenuta di tutto l'impianto.

Si ha a volte l'impressione che solo un uso strumentale e manipolatorio della tecnica giuridica possa tenere in piedi un dubbio che, agli occhi di chi si limiti ad utilizzare logica elementare, non potrebbe esistere³. È necessariamente in gioco la presunzione di innocenza quando il presupposto della pericolosità che innesca le misure preventive sta in reati determinati o in un'attività criminosa o illecita genericamente intesa. Non sarebbe così, e la prevenzione godrebbe di una effettiva autonomia applicativa, se i suoi presupposti fossero entità diverse dai reati, ossia non-reati. Ma scorrendo gli artt. 1 e 4 del d. lgs. n. 159 del 2001, è ovvio come senza la categoria del reato non esisterebbero i presupposti sostanziali delle misure preventive patrimoniali. Tanto il reato è materia necessaria al processo penale, quanto esso è necessario al giudizio di pericolosità nel procedimento preventivo. Quello che qui non serve è solo l'*accertamento* del reato⁴. E sta proprio in questo passaggio la palese violazione della presunzione di innocenza.

Rappresenta quindi una autentica perversione teorica quella che vede scalzata la presunzione di innocenza dalla questione della prevenzione patrimoniale in forza del principio di autonomia tra procedimento penale e procedimento preventivo (da sempre invocato dalla Cassazione e da sempre difeso dai Governi, soprattutto davanti alla Corte E.D.U.)⁵.

Al contrario di quanto la giurisprudenza di Cassazione attesta, la legge non prescrive alcuna autonomia tra procedimento preventivo e processo penale. Semplicemente non disciplina le interferenze, che sono tuttavia innegabili se i fatti sono rilevanti tanto nella cognizione quanto nella prevenzione. La norma da cui questa indipendenza sarebbe prescritta è l'art. 29 d. lgs. n. 159 del 2011 il quale si limita a questa sola frase: «l'azione di

³ Un dubbio che la Corte costituzionale ha sciolto, in senso negativo, con la sent. 24 gennaio 2019, n. 24, senza tuttavia riuscire ad essere convincente nelle argomentazioni proposte, come si vedrà.

⁴ Per tutti, F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *disCrimen*, 12 settembre 2018, p. 5: «oggi quasi tutte le misure di prevenzione hanno il reato come punto di riferimento *passato*: lo presuppongono, cioè, assumendo nella sostanza la finalità intrinsecamente incostituzionale di colpirlo altrimenti nell'impossibilità di provarne l'esistenza nell'ordinario processo di cognizione».

⁵ Si veda Cass., II, 25 gennaio 2023, Ruffini, in *Ced rv.* 284488-01 a cui pare contrapporsi Cass, VI, 30 ottobre 2024, Curci, in *Ced rv.* 287312-01, la quale tuttavia si riferisce a assoluzioni *in iure* non traendosi indicazioni conclusive circa il caso in cui la sentenza di assoluzione attesti, ad esempio, il dubbio sul fatto recepito dall'imputazione: «in tema di misure di prevenzione, il giudice, *nonostante l'autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione*, non può attribuire rilevanza, al fine di giungere ad un'affermazione di pericolosità generica del proposto ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, a fatti per i quali sia intervenuta sentenza definitiva di assoluzione posto che, in virtù del principio di non contraddizione dell'ordinamento e della presunzione di innocenza come interpretata dalla Corte EDU, la negazione penale irrevocabile di un determinato fatto impedisce di assumerlo come elemento indiziante ai fini del giudizio di pericolosità». L'ambiguità nasce soprattutto dalla scelta argomentativa si salvare e non smentire, come invece sarebbe coerente fare, il principio dell'autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione.

prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'azione penale». Ossia esprime la realtà di un fatto che sarebbe vero anche se non questa prescrizione non esistesse. Non è reggendosi su questa frase che si può determinare se le due azioni sono tematicamente autonome o meno. Intanto la norma si limita a dire che l'una azione può essere esercitata indipendentemente dall'altra, ma sulle interferenze tematiche tra le due azioni, quando entrambe esercitate, non dice nulla. E difatti le comunanze dei temi si verificano sovente: la Cassazione ci vorrebbe forse convincere che sulla base dell'art. 29 d. lgs. n. 159 del 2011 è legittimo e perfettamente normale che il giudice della prevenzione affermi un fatto che il giudice penale nega e viceversa? Questa conclusione non è permessa da quanto la norma dice, non è conforme alla presunzione di innocenza e non è ciò che può accadere in un ordinamento asservito a rigidi principi costituzionali.

Tali interferenze tra prevenzione e processo penale esistono e sono determinate dalla stessa legge: essa, difatti, non esclude affatto che processo penale e procedimento preventivo si basino sui medesimi fatti, che sono tutti inevitabilmente fatti di reato, senza neppure stabilire una necessaria successione cronologica tra processo penale (sui fatti di reato) e processo preventivo (sulla pericolosità che deriva comunque sempre e senza eccezioni dall'aver commesso un fatto di reato, nel nostro caso, il medesimo oggetto del processo penale)⁶.

Si potrebbe parlare di autonomia solo se la legge tenesse distinto l'oggetto del processo preventivo da quello del processo penale. Ma non lo fa. La Cassazione insiste sull'«un'indiscussa autonomia» che regola i due procedimenti, ma la Corte E.D.U., nel procinto di decidere i ricorsi pendenti, non troverà alcuna norma che supporti questa conclusione. Basta svolgere pochi passaggi sulle norme. Limitandoci alla fattispecie inerente alla criminalità mafiosa: l'art. 16 d. lgs. n. 159 del 2011 prescrive che i destinatari delle misure di prevenzione sono «i soggetti di cui all'art. 4». All'art. 4 sono nominati gli «indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 bis c.p.». Dove stia l'autonomia non si capisce, se appartenere alla associazione mafiosa è materia buona per innescare il processo penale per il delitto di cui all'art. 416 bis c.p., e appartenere alla associazione di cui all'art. 416 bis c.p. è anche presupposto applicativo della misura patrimoniale.

Da questa insuperabile aporia, artificiale in quanto determinata da un cattivo ragionamento, nascono ragionamenti ancor più paradossali⁷.

Verrebbe cioè sostenuto che “appartenere” all'associazione mafiosa, ossia prestare un “contributo fattuale” all'associazione mafiosa senza esserne partecipe, sia una condotta idonea a innescare la misura preventiva patrimoniale, ma non ad integrare il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso o di concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso⁸.

⁶ I presupposti della confisca preventiva si possono individuare nel modo seguente, ripercorrendo le prescrizioni di cui all'art. 4, richiamato dall'art. 16, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che include le lettere b) e c) dell'art. 1 del medesimo provvedimento, il quale evoca esclusivamente reati. Ne consegue che, se d'un tratto scomparisse l'ordinamento penale, crollerebbe l'intera impalcatura preventiva. Solo in casi marginali i presupposti della misura di prevenzione sono riconducibili agli “atti preparatori o esecutivi” di gravi delitti.

⁷ Secondo il motto scolastico *ex falso, quodlibet sequitur*.

⁸ Cass. S.U., 30 novembre 2017, Gattuso, in *Ced. rev.* 271511-01, la quale ammette «la possibilità di valorizzare, al fine dell'accertamento della pericolosità [data dall'appartenenza all'associazione criminale, n.d.r.], specifiche circostanze di fatto che emergano da pronunce liberatorie, condizione che risulta fisiologicamente connessa alla mancanza di correlazione tra le misure di prevenzione e la consumazione dei reati». Esisterebbe dunque una appartenenza alla associazione mafiosa che non integra alcun reato; quindi, anche se intervenisse l'assoluzione per quel fatto non sarebbe scongiurata la misura preventiva.

Fortunatamente si può sostenere con grande tranquillità che ciò sia falso. In Italia appartenere all'associazione mafiosa integra il reato di cui all'art. 416 bis c.p., o il reato di "concorso esterno" (art. 110 c.p.) nel reato di cui all'art. 416 bis c.p. La distinzione tra appartenenza e partecipazione è fittizia e strumentalmente introdotta per la salvezza delle misure di prevenzione patrimoniali, incapaci strutturalmente di soddisfare lo standard di tutela costituzionale: non si viene assolti in un procedimento penale perché "si appartiene" all'associazione senza parteciparvi, ma perché non è mai stata provata alcuna "appartenenza" all'associazione. E ciò si dice perché sta nelle norme, non nelle sentenze⁹.

Ciò è particolarmente importante nei casi in cui i destinatari delle misure patrimoniali sono soggetti assolti in sede penale. Nelle sentenze di assoluzione il giudice della prevenzione ha ritenuto di rinvenire tutta una serie di indizi di appartenenza all'associazione da cui sarebbero stati gravati gli imputati, ma ciò che quel giudice non chiarisce è che essi sono stati necessariamente giudicati inconsistenti in sede penale, poiché se quelle circostanze fossero state oggetto di prova positiva gli imputati sarebbero stati condannati. Non conta che una serie di circostanze indizianti esista, conta come siano state valutate dal giudice penale: e questo giudice le ha valutate insufficienti a decidere per la condanna, e difatti ha assolto. Conseguentemente nessuna appartenenza può dirsi provata¹⁰.

Non esiste dunque, in nessuna norma del diritto italiano, una nozione di appartenenza che possa costituire un tema di prova diverso dalla partecipazione o dal concorso nella partecipazione all'associazione criminale.

Nel caso della misura preventiva applicata all'assolto, che la Corte E.D.U. presto dovrà vagliare alla luce della Convenzione, la violazione della presunzione di innocenza diventa autoevidente. I medesimi elementi che hanno portato all'assoluzione nel processo penale, proprio gli stessi, servono per la confisca dei beni nell'altro procedimento, quello preventivo. La pericolosità, considerata un tema diverso dalla commissione del reato, è solo una illusione ottica, perché essa è data (artt. 1, 4, 16 d. lgs. 159/2011) dall'essere indiziati del reato. Se quegli indizi portano alla assoluzione dall'imputazione nel processo penale, gli stessi indizi non possono portare alla affermazione della pericolosità, poiché essa dipende dal reato. È un dato normativo semplice, ovviamente sottovalutato dalla giurisprudenza, che così può legittimare la confisca quando il processo esiti in assoluzioni. Se ne deduce che non si può sostenere che in Italia la prevenzione sia uno strumento di lotta alla mafia: esso, infatti, implicherebbe l'accertamento di ciò che è mafia. Essa è piuttosto la seconda *chance* concessa all'autorità dopo il fallimento dell'obiettivo della condanna penale. E la prevenzione è un procedimento così poco garantito da non poter mancare l'obiettivo della soccombenza del privato, di modo che, quand'anche egli collezioni assoluzioni, la magistratura requirente incarnerà sempre una autorità infallibile.

L'appartenenza alla associazione, come requisito esclusivo della misura preventiva, è una seconda illusione ottica, poiché, un «contributo fattuale» ad una associazione criminale è punito (sarebbe scandaloso che così non fosse) a titolo di partecipazione o concorso esterno

⁹ Sul punto, diffusamente, P. PINTO DEL ALBUQUERQUE, *Confisca senza condanna per appartenenza alla mafia*, cit., p. 104 ss.

¹⁰ Oltre ad indizi che hanno prodotto l'assoluzione restano solo sospetti irrilevanti. Il mero indizio, difatti, può portare alla condanna penale, secondo l'art. 192 c.p.p. che qui però non c'è stata. Quindi l'indizio non dimostrava a sufficienza, e pertanto può restare solo il sospetto. Trasportare questi elementi nel processo di prevenzione non permette loro di aumentare la forza dimostrativa, poiché restano comunque non concludenti. Zero valevano nel processo penale, zero valgono nel processo di prevenzione: rappresentano solo l'innescio di sospetti che non raggiungono neppure lo stato embrionale di indizi. E ciò si dice guardando all'esito del processo penale, senza alcuna necessità di doverli esaminare o analizzare uno ad uno.

nella associazione da altri partecipata. Ma non è penalmente irrilevante. Dunque se non è provato il concorso o la partecipazione non può sussistere alcuna appartenenza. Questa seconda illusione ottica produce anch'essa l'esito di legittimare la confisca dei beni sulla base dell'appartenenza alla associazione, nei confronti di soggetti che sono stati assolti proprio dalla condotta rappresentata...dall'appartenenza all'associazione.

La confisca preventiva, che non può vantare alcuna autonomia, né rispetto all'oggetto né ai temi probatori né alle condotte, col processo penale serve solo a punire patrimonialmente coloro che il processo penale congeda come innocenti. Ma un conto è una *non-conviction based confiscation*, un conto è una confisca che si giustifica attribuendo a soggetti assolti nel processo penale i medesimi comportamenti oggetto del medesimo. Dopo l'assoluzione, o la confisca si basa su circostanze diverse da quelle contenute nell'azione penale, o su quei fatti residuano solo sospetti avendone decretato il processo penale l'impossibile accertamento. E questa è una conclusione che il sistema normativo rende inevitabile.

La disciplina della confisca preventiva italiana non si limita a violare frontalmente la presunzione di innocenza, ma è strutturalmente creata per aggirarla, in deliberato e pieno contrasto con la Convenzione E.D.U. e la Costituzione italiana.

Ciò risulta chiaro proprio leggendo la sentenza della Corte costituzionale che, paradossalmente, salva le confische preventive dalla dichiarazione di incostituzionalità. In questa sentenza, è indiscutibile il legame, normativamente inevitabile, tra il reato e la confisca preventiva¹¹: «In effetti, nell'ottica del sistema, l'ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina – come ben evidenziato dalla recente pronuncia, già menzionata, delle sezioni unite della Corte di cassazione – un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità [...]. In presenza, insomma, di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita – presunzione a sua volta fondata sul puntuale riscontro, da parte del giudice, dei requisiti dettati dalla normativa in esame –, o a fortiori in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere. In assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Quest'ultimo potrà, così, essere sottratto al circuito criminale».

Si affanna molto la Corte costituzionale per sottrarre la confisca preventiva a ogni possibile regola di garanzia che presidia la giurisdizione penale e la prova penale, ma non può affrancarla dall'esistenza di un reato che rende illecita l'acquisizione del bene e dunque la sua "pericolosità". E non affronta mai il tema della compatibilità del sistema preventivo con la presunzione di innocenza, sia che la confisca segua ad un processo penale finito con l'assoluzione, sia che ne prescinda. E non lo fa perché non può farlo senza esporsi a critiche cruciali: come può sussistere la prova dell'attività criminosa presupposto della confisca senza

¹¹ Si tratta di Corte cost., sent. 24 gennaio 2019, n. 24.

un processo penale? Come può l'ordinamento presumere ("provare cioè attraverso presunzioni", secondo l'assurda espressione della Cassazione¹²) una condotta criminosa, facendone scaturire conseguenze negative per la persona, siano esse punitive, ripristinatorie, o altro? E se questa condotta criminosa venisse smentita dal processo penale, come può risorgere nel processo di prevenzione? È la stessa Corte costituzionale, leggendola bene, che nel salvare le confische preventive dalla incostituzionalità ne dimostra, richiamando i reati inevitabilmente presupposti, la totale incompatibilità con l'art. 27 comma 2 Cost. e 6 § 2 Conv. E.D.U.

L'attività criminosa di cui la Corte parla, riferibile a reati specifici e nominati o semplicemente riconducibile a non meglio identificata attività illecita, e che serve a qualificare il bene come pericoloso, è rappresentata da reati, potenzialmente sempre possibile oggetto di un procedimento penale. L'illusione ottica che l'ordinamento italiano si ostina a usare per salvare questo strumento ablatorio in totale violazione delle garanzie fondamentali della persona è quella di degradare la prova del reato a non-prova, a presunzioni, sintomi, sospetti; degradare le condotte di partecipazione all'associazione mafiosa a mera appartenenza. Si gioca con le parole, ma nessuna norma configura i fatti di reato in forma degradata o attenuata ai fini dell'applicazione della misura preventiva: i reati restano sempre tali, legalmente definiti e descritti, provati da un processo, corrispondente ai canoni convenzionali e costituzionali della giurisdizione, in cui la prova del reato sconfigga la presunzione di innocenza. Se non fosse così il sistema di legalità penale e processuale crollerebbe all'istante.

Un soggetto, nel contesto convenzionale e costituzionale e, prima ancora, in un ordinamento razionale, non può versare in uno stato di sovrapposizione quantistica come fosse il gatto di Schrödinger¹³: innocente e non innocente al medesimo tempo, in ordine ai medesimi fatti. Innocente per l'ordinamento penale, che si occupa di indagare i reati con il massimo dell'approfondimento; ma non innocente per il sistema preventivo, il quale applica la misura ablatoria sul presupposto dei fatti oggetto dell'assoluzione, riabilitando elementi di conoscenza fattuale degradati, attraverso un procedimento che non conosce la disciplina del contenuto dell'atto introduttivo, del *thema probandum*, dello stesso procedimento probatorio, e che quindi non è in grado di approfondire autonomamente, quand'anche fosse consentito, l'accertamento di alcuna condotta materiale.

Ora, se la confisca viene disposta in totale assenza di un processo penale, ciò è inaccettabile perché significa che condotte penalmente rilevanti possono essere accertate senza le garanzie della giurisdizione penale e nondimeno avere conseguenze negative su persone ancora presunte innocenti. Ma quando la confisca viene disposta dopo un processo penale conclusosi con l'assoluzione ne esce disintegrato il nucleo minimo di garanzia della presunzione di innocenza, perché significa che, per i fatti considerati da entrambi i procedimenti, una persona non può godere della garanzia della presunzione di innocenza neppure dopo l'assoluzione.

In sintesi, la persona è libera da conseguenze ablatorie solo in presenza di un accertamento negativo del reato sia in sede penale che in sede preventiva. Ma ciò è possibile solo in un ordinamento in cui non sia vigente la presunzione di innocenza, perché essa serve

¹² Indulge al paradosso Cass., S.U., 24.6.2014, Spinelli, in *Ced* rv. 262606-01, la quale ci informa che la pericolosità può essere dimostrata «anche in base a presunzioni», la cui funzione tipica è proprio quella di evitare che debba essere fornita la prova di un fatto, non di provvedervi.

¹³ Per la compiuta spiegazione di questa metafora sia consentito rinviare a F. B. MORELLI, *Il percorso processuale della mediazione e l'imputato di Schrödinger*, in A. CAPPUCIO-S. RUGGERI (a cura di), *Antichi e nuovi modelli di giustizia partecipata e cultura della giurisdizione. Verso una tutela penale più umana e egualitaria*, Milano, 2024, p. 365 ss.

proprio a permettere che la garanzia della persona possa cedere solo davanti all'accertamento positivo del reato, restando immune al mancato accertamento negativo del medesimo¹⁴.

3. *Il paradosso probatorio: introdurre elementi conoscitivi in assenza di imputazione*

Se ci si addentra nella dinamica probatoria del procedimento preventivo, occorre premettere un dato fondamentale: nessuna norma prescrive che la pericolosità della cosa, desunta sempre, per disposto normativo, da un reato che ne rappresenta la genesi, sia individuata mediante la descrizione precisa di tale reato, la descrizione cioè della condotta concreta nel caso individuale. Manca, cioè, qualsiasi atto che sia paragonabile all'imputazione¹⁵. Difatti, secondo l'art. 7 co. 2 d.lgs. n. 159 del 2011¹⁶, l'avviso dell'udienza, notificato all'interessato, contiene soltanto «la concisa esposizione dei contenuti della proposta», i quali però potrebbero non comprendere una precisa individuazione e esposizione dei fatti che fungono da presupposto della confisca.

Dunque si conceda pure che la persona sia ammessa a richiedere prove a sua difesa nel procedimento di prevenzione, dal momento che, secondo l'art. 7 comma 4-*bis* d.lgs. n. 159 del 2011, «il tribunale ammette le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue». Ma prove riferite a cosa? A quale condotta? Di chi? A quale momento storico?

Il tema della prova non è affatto definito dalla richiesta, poiché nessuna norma ne disciplina il contenuto.

Finché la legge non determinerà il tema della prova in un atto introduttivo che espliciti i fatti concreti, importa poco che il procedimento preventivo contempli aperture probatorie. È vero che il proposto può chiedere l'ammissione di prove «rilevanti», ma rilevanti rispetto a cosa? La rilevanza è un concetto di relazione, una prova può essere rilevante solo rispetto a un tema concreto, tema che qui manca¹⁶.

Si aggiunga che il giudice, poiché la legge non esplicita alcun criterio per definire il concetto di rilevanza e non essendoci un atto introduttivo assimilabile all'imputazione, è liberissimo di dichiarare una prova richiesta rilevante o irrilevante in totale incontrollato arbitrio, secondo valutazioni che non è neppure tenuto ad ben esplicitare, poiché, come si sa, il controllo sulla logicità della motivazione in Cassazione è espressamente escluso per provvedimenti che applicano misure preventive (art. 10 comma 3 d. lgs. n. 159 del 2011).

Inoltre, alla potenza investigativa dell'autorità nel reperire fonti di ogni tipo si contrappone la possibilità del proposto di richiedere l'assunzione di prove che verranno, se ammesse, assunte «senza formalità», ossia senza regolamentazione, senza alcuna disciplina che scandisca l'attività.

¹⁴ R. ORLANDI, *Procedimento di prevenzione e presunzione di innocenza*, in D. NEGRI-L. ZILLETI (a cura di), *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, Milano, 2019, p. 94, ricorda, come pare serva, che la presunzione di innocenza vale anche nei confronti di soggetti «attualmente non (o non ancora coinvolti) in procedimenti penali».

¹⁵ G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sistema penale*, 2020, n. 2, p. 21; E. VALENTINI, *Le modifiche al procedimento applicativo e alla disciplina delle impugnazioni delle misure di prevenzione personali*, in F.S. CASSIBBA (a cura di), *Il codice antimafia riformato*, Torino, 2019, p. 108.

¹⁶ Il che porta F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, p. 61 a sostenere che «il vizio strutturale del procedimento di prevenzione è tuttora costituito dal suo oggetto»: «irrimediabilmente anticognitivo».

L'art. 7 co. 9 d.lgs. n. 159 del 2011 si riferisce all'art. 666 c.p.p. per la disciplina di quanto non previsto in ambito preventivo, ivi compreso il procedimento probatorio. L'art. 666 c.p.p., a sua volta va letto assieme all'art. 185 disp. att. c.p.p. Questo labirinto di rinvii risulta però francamente eccessivo, dal momento che quest'ultima norma si risolve nella proclamazione di una disciplina vuota: «il giudice nell'assumere la prova a norma dell'art. 666 co. 5 del codice, procede senza formalità anche per quanto riguarda la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia». L'instaurazione di qualsivoglia contraddittorio probatorio risulterà quindi inutile, poiché esso non riuscirà a svolgere la benchè minima funzione cognitiva, non essendo regolato, consegnato com'è all'arbitrio del giudice¹⁷.

Il paradosso massimo è descritto proprio dalla vicenda del ricorso Cavallotti e altri: siccome il procedimento probatorio preventivo non esiste, e quindi non c'è alcun controllo sulla attendibilità e sulla legittimità stessa del prodotto probatorio, la fonte cognitiva viene importata nel procedimento di prevenzione dal processo penale. Tuttavia, di quest'ultimo non si recepiscono le valutazioni finali che hanno portato all'assoluzione poiché la legge, non disciplinando nulla, consente tutto. Quindi una medesima dichiarazione, che nel procedimento penale non ha significato nulla, nel procedimento di prevenzione significa tutto. Le medesime prove usate per assolvere gli imputati sono state acquisite nel procedimento preventivo e, poste a fondamento dell'affermazione degli stessi fatti che hanno riguardato l'assoluzione, hanno portato all'applicazione della misura, a causa della asserita appartenenza dei propositi al sodalizio mafioso, espressamente esclusa dall'assoluzione penale.

Per contrastare questo fenomeno giuridicamente aberrante il proposto non dispone né di una definizione giuridica dell'area di rilevanza disegnata dal *thema probandum* (mancando un atto assimilabile all'imputazione), né di criteri legali di ammissione della prova, né di regole di esclusione probatoria, né di un procedimento di acquisizione legalmente disciplinato, che possa chiarire quali sono i diritti, i margini, gli spazi o i limiti dell'intervento del privato in questa fase né, infine, di criteri di valutazione della prova introdotta. Non solo non vige la regola della formazione della prova in contraddittorio, ma non vige alcuna regola in materia probatoria. Tutti gli elementi proposti dall'autorità richiedente vengono ammessi, acquisiti, valutati, se e come vuole il giudice, non essendo questi vincolato da nessuna norma di legge che non sia quella, del tutto inutile, che ricorda che vengono ammesse le prove rilevanti (inutile perché non si capisce come si possa valutare questa rilevanza, non essendoci alcuna disciplina legale del contenuto della richiesta di confisca), o quella che consente al giudice di assumere la prova “senza formalità” (inutile perché vuota).

Si tratta di una disciplina giuridicamente inaccettabile, ma anche in difetto di senso logico.

4. Un procedimento strutturalmente emancipato dai fatti

¹⁷ Sebbene prevalentemente riferite al contraddittorio nella formazione della prova nel contesto dibattimentale, restano preziose le parole di M. Busetto, *Il contraddittorio per la legalità, la legalità per il contraddittorio*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, p. 354, del tutto adatte a inquadrare la ragione ultima del fallimento di momenti di contraddittorio meno intenso o strutturalmente diverso da quello caratteristico del processo penale di cognizione: «Contraddittorio, difesa, oralità servono, sono indispensabili per una corretta decisione e perciò per una corretta applicazione della legge, ma se i parametri legali cui quei valore a loro volta dovrebbero ancorarsi s'annacquano o scompaiono, dando la stura a soluzioni da ricostruire di volta in volta in virtù della singola vicenda processuale, quegli stessi valori rischiano d'annebbiarsi e rimanere in balia della prassi applicativa e dei suoi mutevoli “umori”».

A confermare che la misura viene adottata presumendo una attività illecita ma in assenza della prova di alcunché sta il meccanismo della duplice presunzione.

Sia consentito il ricorso ad una metafora: collegare nominalmente la misura al reato, o alla attività criminosa, o all'origine illecita del bene, serve solo ad entrare in casa del proposto; ma per portargli via i beni non serve provare nessuna delle condotte nominate, basta riscontrare una sproporzione tra i beni in possesso della persona e i suoi redditi, non importa a cosa essa sia dovuta.

Questa sproporzione non è definita dalla legge e non si capisce come si possa declinare con precisione uniforme. All'autorità non è richiesto di giustificarla, poiché la prova della non confiscabilità dei beni spetta al proposto, ma è impedita da due presunzioni legali. Una assoluta e una relativa.

Trattandosi di presunzioni, va chiarito che dove esse agiscano, per definizione, non sussiste la prova di alcunché. Questo meccanismo giuridico è congegnato, invero, proprio al fine di evitare la prova di un fatto, la quale viene sostituita, imperativamente, dalla previsione di legge¹⁸.

Anzitutto, il proposto non è ammesso a provare che le alienazioni, anche a titolo oneroso, a congiunti non siano in realtà intestazioni fittizie.

Questo è lo strumento con cui l'Italia intende sconfiggere la mafia: impedire a un soggetto di provare che ha effettivamente venduto l'auto a suo figlio, anche se il passaggio di proprietà è regolarmente formalizzato e registrato, le tasse sono pagate, il prezzo (corrispondente a quello di mercato) è stato corrisposto. Quell'auto sarà sempre nel patrimonio del soggetto proposto, al quale verranno imputati sia l'auto che il suo prezzo, regolarmente corrisposto dal figlio. Si fa presto in questo modo a sostenere che un soggetto possiede mezzi in misura sproporzionata al suo reddito, poiché la legge lo duplica fittiziamente presumendo che certe alienazioni siano...fittizie.

Più frequente il ricorso all'altro tipo di presunzione. Una presunzione relativa secondo cui ogni bene posseduto in misura sproporzionata si considera proveniente dall'attività illecita, ma il proposto è ammesso a provarne l'origine lecita.

Si ricordi che la sproporzione sta lì dove pubblico ministero e poi giudice la vogliono vedere, poiché la legge non ne stabilisce la misura o la sostanza. È importante fare degli esempi, per capire gli scenari del tutto irrispettosi dei diritti individuali che l'assenza di disciplina consente, rimettendo ogni decisione all'arbitrio del giudice.

Per esempio, la Cassazione ha stabilito che l'acquisto di una abitazione con un contratto di mutuo le cui rate mensili non facessero residuare sostanze sufficienti alla vita quotidiana del proposto, secondo il personalissimo calcolo del giudice, desse luogo al requisito della sproporzione¹⁹. Come farà in questa situazione il proposto a giustificare il possesso del bene ritenuto sproporzionato rispetto al reddito? Produrrà il contratto di mutuo, ovviamente. Ma non basterà, perché nonostante questo il giudice, non essendo guidato da alcuna disciplina, potrebbe andare oltre al titolo giuridico di proprietà del bene e considerare esistente la

¹⁸ M. TARUFFO, voce *Presunzioni*. I) *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Milano, 1991, p. 3 descrive in modo efficacissimo la funzione di una presunzione, ossia quella di evitare la dimostrazione di una circostanza di fatto: essa «consta semplicemente di una norma che esclude la necessità di provare un elemento della fattispecie»; aggiungendo, poi, che «è evidentemente assurda una conoscenza predeterminata dalla legge».

¹⁹ Cass., VI, 9.12.2015, P.G. in proc. Catalano, in *Ced* rv. 264461-01.

sproporzione sebbene vi sia una dinamica di acquisto in cui la provenienza del denaro è dimostrata.

Come fare a giustificare l'acquisto lecito di un immobile per cui se viene acceso un mutuo all'80% e se il 20% restante, per esempio, è stato coperto dai genitori del proposto, anche attraverso bonifico, quando l'autorità può semplicemente insinuare con successo, pur senza dimostrare nulla, che i genitori del proposto si sono resi disponibili a consegnargli per bonifico i suoi stessi denari per renderli "visibili"? È possibile che questo ragionamento disinnesci ogni tentativo del proposto di provare il legittimo possesso dei suoi beni, posto che nessuna disciplina definisce il concetto di sproporzione né presidia la valutazione da parte del giudice attraverso concreti elementi di conoscenza²⁰. Ci si deve rendere conto che l'autorità non deve provare nulla davanti al bene di valore asseritamente eccedente rispetto a quanto il giudice stesso decide che il proposto si possa permettere di possedere secondo le sue sostanze lecite: deve solo dichiarare la presenza di tale sproporzione relativamente a beni determinati, e sarà poi il privato a dover provare che la provenienza del bene non solo non è sproporzionata, ma è anche lecita. Ma la legge non indica come è configurata, strutturata o che contenuto debba avere la prova che lo libera. La legge tace, anzi: essa precisa che dimostrare che i proventi con cui il bene è stato acquisito provengono dall'evasione fiscale non vale a impedire la misura, che pure si deve basare su indizi di reato che nulla avrebbero a che vedere con l'evasione delle tasse²¹. Per questa ragione si è prima ricordato che, di fatto, l'indizio di reato serve non a giustificare l'ablazione ma a permettere l'accesso ai beni del soggetto. Sarà poi una vaga ed indefinita sproporzione, unita all'inversione dell'onere della prova sulla provenienza lecita dei beni, che incombe sul privato, a determinare la confisca.

Quindi o si confisca perché il bene viene ricondotto ad una origine illecita senza il minimo accertamento del reato con cui questa illiceità si sarebbe realizzata, o si confisca perché il bene è considerato sproporzionato rispetto al reddito dichiarato, secondo un concetto di sproporzione che la legge affida completamente all'arbitrio giudiziale.

Insomma, alla luce di questa normativa, se il pubblico ministero entrasse in una casa a caso di una città a caso troverebbe il modo di richiedere una confisca che apparirebbe plausibile al giudice, il quale motiverebbe su tale "nulla cognitivo" una misura che sarebbe inattaccabile in Cassazione, poiché presso la massima Corte non sono denunciabili i vizi logici della motivazione del provvedimento di prevenzione.

²⁰ D. NEGRI, *Prova della confisca*, in T. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 1256 parla di una «ulteriore, implicita e più pericolosa presunzione: ossia quella per cui l'indagine degli organi di polizia, potendo attingere agevolmente da ogni fonte in ambito amministrativo e tributario, è gioco-forza completa, dunque se gli acquisti in rilievo fossero legittimi, tale circostanza sarebbe emersa già in quella sede». Da tale osservazione segue anche la allarmata convinzione che tutto il procedimento di prevenzione sia in sostanza consegnato nelle mani dell'autorità di polizia e che la sua legittimità si fondi sulla fiducia che si è deciso di attribuire a questa autorità, quando invece tutto l'ingranaggio democratico impone di non fidarsi incondizionatamente di nessuna emanazione del potere statale e di controllarne l'attività con i procedimenti di volta in volta previsti e regolati dalla legge.

²¹ Come è noto «in ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale», secondo l'art. 24 co. 1 d.lgs. n. 159 del 2011. Il che non desta particolari sussulti, se non fosse che appare stupefacente che un procedimento preventivo reale possa iniziare nei confronti di «indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.» e finisca col riscontrare solo fatti di rilevanza tributaria o anche penal-tributaria; ed è francamente meschino marchiare con lo stigma della mafia chi in definitiva subisca una confisca per aver evaso dei tributi. Sul punto, ampiamente, M. DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca di prevenzione per la soluzione del problema dell'evasione fiscale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 1, p. 282, spec. 288.

L'onere dell'autorità di individuare i reati che rendono pericolosa la cosa è solo apparente. Una volta *affermato* che il soggetto appartiene all'associazione mafiosa, o vive di attività criminosa, il bene può essere aggredito in totale assenza anche del minimo indizio sul fatto, basta che appaia sproporzionato rispetto al reddito, secondo un concetto di sproporzione non definito dal legislatore.

Per queste ragioni le misure di prevenzione patrimoniali vivono attraverso un sistema che non è contingentemente incapace di rispettare principi supremi quali la presunzione di innocenza, ma è strutturalmente fondato su quella violazione. Non solo si fondano su un reato attribuito al proposto senza che debba essere accertato e senza che possa rilevare il suo acceramento negativo da parte della giurisdizione penale, ma il procedimento preventivo esclude ogni meccanismo che possa far emergere l'innocenza, ossia una disciplina probatoria minimamente partecipata e vagamente cognitiva e il controllo della logica della motivazione.

La speranza è che la Corte E.D.U. possa presto condurre a coerenza le sue recenti affermazioni prendendo posizioni decise in ordine ai diritti dei singoli che la convenzione deve proteggere: «However, in keeping with the need to ensure that the right guaranteed by Article 6 § 2 is practical and effective, the Court has, over time, developed a “second aspect” to the presumption of innocence, which comes into play after the criminal proceedings have concluded, either with an acquittal or a discontinuance. Regardless of the nature of the case, the Court has maintained that the principal aim of the presumption of innocence in its second aspect is to protect individuals who have been acquitted of a criminal charge or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty of the offence charged»²².

Se tali affermazioni fossero presto coerentemente sviluppate dalla Corte E.D.U. s'addiverrebbe di certo alla tutela quantomeno dell'assolto il quale, come il non condannato, gode della medesima presunzione d'innocenza ma che, a differenza di quest'ultimo, l'ha vista uscire vincente dal tentativo dell'autorità statale di rovesciarla.

ABSTRACT: *The Irremediable Friction Between the Current Regulations on Asset Prevention Measures and Basic Civil Rights: the Paradoxical Case of Confiscation after Acquittal*

This paper aims to demonstrate how the asset prevention system is structured around the systemic violation of constitutional principles on which the life of a democratic society depends, first and foremost the presumption of innocence, followed by the right to defence and the right to a fair hearing. This dynamic is well illustrated by the case of the measure applied to the acquitted person for the same facts dealt with in the trial.

²² Corte eur. dir. uomo, *Garofalo e altri c. Italia*, cit., § 143.

ALESSIA FUSCO*

**DIRITTI FONDAMENTALI, CONFISCA SENZA CONDANNA
E TUTELA DEL TERZO NEL MONDO DIGITALE:
UNO SGUARDO AGLI STANDARD SOVRANAZIONALI♦**

SOMMARIO: 1. *Ratio* e delimitazione dell'indagine. – 2. Le novità della direttiva UE 1260/2024 del Parlamento europeo e del Consiglio – 3. Le indicazioni provenienti dal sistema convenzionale del Consiglio d'Europa – 4. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Ratio e delimitazione dell'indagine*

«Il diritto costituzionale occupa saldamente un crocevia in cui molte discipline si incontrano: è quindi inevitabile che il numero delle consorelle con cui mantiene rapporti, talora di cooperazione, talora di concorrenza, sia molto più elevato di quanto avviene per le discipline i cui confini sono più netti, o che operano in territori meno affollati»¹: così Alessandro Pizzorusso analizzava il rapporto tra la Costituzione, i costituzionalisti e le altre discipline sulla Rivista di Diritto costituzionale, alla fine del secolo scorso, ricordando come già per Pellegrino Rossi la disciplina in questione abbracciasse le *têtes de chapitre* delle altre, «fornendone quasi una sorta di indice o riassunto»². A distanza giusto di qualche pagina, Francesco Palazzo ragionava «di una sorta di *costituzionalismo intrinseco* al diritto penale», attesa una «persistente e diffusa esigenza di garanzia nei confronti del potere punitivo statale»³.

Ebbene, oggetti di studi quali i procedimenti di prevenzione e la tutela del terzo nel mondo digitale riportano alla mente le coordinate di metodo tracciate da Pizzorusso e Palazzo e fanno sì che l'intervento di una prospettiva di diritto costituzionale possa non essere considerato integrante la fattispecie di pascolo abusivo nello studio generale che si svolge in queste pagine, di taglio tendenzialmente processualpenalistico; anzi, non osservare quanto e come i procedimenti di prevenzione - sistema parapenale, “fondato sul sospetto”, sollevino interrogativi sempre crescenti circa il rispetto delle garanzie dei diritti fondamentali affatica ancora di più le prospettive del penalista e del processualpenalista, maggiormente concentrate sul dettaglio a scapito, talvolta, della visione d'insieme. In questo senso, i procedimenti di prevenzione sono oggi uno degli ambiti in cui l'esigenza garantista e il rispetto dei diritti fondamentali – e, dunque, della Costituzione – si stagliano all'orizzonte come un faro nella notte. In più, l'esigenza garantista si complica e non poco, qualora si intenda condurre uno studio su tali procedimenti concentrando il *focus* sulla tutela del terzo – *rectius*, dei terzi – relativamente a un ambito empirico di notevole potenza euristica, quale è

* Ricercatrice in *tenure track* di Istituzioni di Diritto pubblico, Università del Piemonte Orientale.

♦ Lo scritto è aggiornato al 15 ottobre 2025.

¹ A. PIZZORUSSO, *La Costituzione, i costituzionalisti e le altre discipline (Come vedono i costituzionalisti l'utilizzo della Costituzione da parte delle altre discipline)*, in *Riv. Dir. Cost.-Rivista dell'Associazione Gruppo di Pisa*, Torino 1996, p. 182.

² *Ibidem*, p. 183.

³ F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale. Un appunto sulla vicenda italiana*, in *Riv. Dir. Cost.*, cit., p. 167.

il mondo digitale, latore sia di sfide non da poco sul fronte della regolazione giuridica sia di una grammatica nuova dei diritti e dei doveri⁴.

Terzo è categoria contrassegnata da una dimensione relazionale rispetto a un primo e a un secondo. Se già il procedimento penale conosce difficoltà applicative di questa categoria, mutuata dal lessico del diritto civile e processuale civile e, ancor prima, da quello giusromanistico, *a fortiori* è così per i procedimenti di prevenzione, dove le maglie definitorie della categoria del terzo si ampliano a dismisura. Terzo è una categoria che, nella materia della prevenzione, sconta, sia sul piano sostanziale sia sul piano processuale, la circostanza di dover essere mutuata da altre branche del diritto, rinvenendo le sue radici in terreni teorico-dogmatici antichissimi: sul piano sostanziale, quelli del diritto romano e del diritto civile; sul piano processuale, non può essere sottaciuta la difficoltà di applicare gli schemi dell'intervento del terzo propri della disciplina processualcivile. Nonostante la normativa di riferimento menzioni esplicitamente il terzo⁵, risulta più opportuno discorrere di terze parti, atteso che terzi possono essere soggetti vicini al preposto, da questi usati *ad hoc*, ma, in generale, persone che vantano un legittimo diritto sui beni sottoposti a sequestro o confisca.

Lungo questa direttrice, nella prospettiva dell'ordinamento complesso, che impone di inquadrare l'ordinamento nella molteplicità di fonti del diritto che lo compongono, provenienti da più ordinamenti e sistemi che si innestano in quello nazionale e costituiscono con esso un tutt'uno, si è scelto di dedicare l'analisi allo studio degli *standard* sovranazionali in tema di tutela del terzo nel mondo digitale nell'ambito dei procedimenti di prevenzione patrimoniale, con particolare riferimento all'istituto della confisca senza condanna. Le ragioni della scelta si rinvergono su più piani. Il primo riguarda l'interesse nei confronti dell'ultimo atto normativo con cui l'Unione europea ha mostrato di volere prendere in carico le sfide della criminalità organizzata e dei procedimenti di prevenzione patrimoniale, varando la direttiva 1260/2024, considerata un vero e proprio 'testo unico' europeo sulla confisca⁶. Da questo punto di vista, comprendere quali nuove prescrizioni il legislatore dell'Unione europea abbia dettato riguardo a un oggetto così intricato e quali siano gli obiettivi da esse fissati, che dovranno essere perseguiti dal legislatore di recepimento interno, offre alcuni aspetti di cui tenere conto nell'analisi di un ambito giuridico poliedrico quale la prevenzione patrimoniale è. Di poi, spostandosi sul fronte della 'Grande Europa', volgere lo sguardo al sistema del Consiglio d'Europa restituisce un'ulteriore dimensione di cui tener conto per comporre il *puzzle* degli *standard* sovranazionali sul tema.

2. Le novità della direttiva UE 1260/2024 del Parlamento europeo e del Consiglio

Definita «una legge Rognoni-La Torre europea»⁷, «pienamente sovrapponibile»⁸ alla sfera applicativa del Regolamento (UE) 2018/1805 del 14 novembre 2018 relativo al

⁴ Sulle sfide del costituzionalismo digitale v., di recente, O. POLLICINO, *Costituzionalismo digitale. Pensare la democrazia ai tempi dell'AI*, Bologna, 2025 e A. J. GOLIA, *Critique of Digital Constitutionalism: Deconstruction and Reconstruction from a Societal Perspective*, in *Global Constitutionalism*, 13(3), 2023.

⁵ Cfr. art. 23 d. lgs. n. 159 del 2011.

⁶ Cfr. F. THOFERN, *La nuova Direttiva 2024/1260/UE riguardante il recupero e la confisca dei beni: brevi considerazioni di carattere comparativo-concettuale a fronte delle persistenti ambizioni di introduzione di una confisca senza condanna eurolunitaria*, in *Arch. pen.*, (1), 2025, p. 2.

⁷ A. BALSAMO, *L'impatto sulla normativa nazionale antimafia della Direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024, riguardante il recupero e la confisca dei beni*, in *Sistema penale*, 5 novembre 2024, p. 1.

⁸ *Ibidem*, p. 4.

riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca⁹, la direttiva UE 1260/2024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024 riguardante il recupero e la confisca dei beni rappresenta il nuovo passo compiuto dal legislatore eurounitario nel contrasto alla criminalità organizzata¹⁰.

Ai fini della presente indagine, rileva osservare se e come il legislatore dell'Unione europea abbia preso in carico i problemi inerenti al recupero e alla confisca dei beni con specifico riferimento alle esigenze di tutela che emergono nel mondo digitale. La risposta è affermativa, nei termini che seguono.

Le esigenze in oggetto appaiono centrali già in apertura del testo della direttiva, a cominciare dalla precisazione della *ratio* giuridica della stessa. Nel Considerando numero 1, si apprende che la direttiva sulla confisca è dettata dall'Unione Europea col preciso obiettivo di «adeguare i servizi di contrasto e le autorità giudiziarie all'era digitale». Pertanto, la minaccia rappresentata dalla criminalità organizzata e dalle forme gravi di criminalità ha evidenziato come e quanto il mondo criminale si avvalga anche di strumenti afferenti al mondo digitale. Appunto con riferimento al nuovo contesto in cui la nuova direttiva affonda le sue radici e alla sua ragione d'essere nasce l'esigenza di adeguare i servizi di contrasto e le autorità giudiziarie all'era digitale. Le disposizioni dettate a mezzo della direttiva sono preposte a questo preciso obiettivo.

Il mondo è in trasformazione, anche all'insegna del digitale, e che la normativa debba camminare al passo con i tempi è chiaro anche con riferimento alla necessità di ampliare il perimetro concettuale della nozione di “beni” sottoposti a confisca. Nel Considerando numero 12, a tale proposito, si legge che «per bloccare beni che potrebbero essere trasformati o trasferiti per nascondere l'origine e per garantire armonizzazione e chiarezza nelle definizioni di tutta l'Unione» - problema questo che era ben noto già a partire dai primordi dei lavori del Parlamento Europeo e del Consiglio - «è opportuno definire in senso ampio il concetto di bene che può essere sottoposto a congelamento e confisca». La preoccupazione definitoria del legislatore si concretizza in un notevole grado di precisione: nel novero dei “beni” si specifica a chiare lettere che rientrano «i documenti giuridici o gli strumenti compreso il formato elettronico digitale che attestano un titolo o un diritto sui beni sottoposti a congelamento o confisca, compresi, ad esempio, strumenti finanziari, fondi fiduciari, o documenti che possono far sorgere diritti di credito e di norma si trovano in possesso della persona interessata dalle procedure in questione»¹¹.

Pertanto, anche la nozione di bene nel dettato della direttiva è modulata alla luce delle nuove esigenze che emergono dal nuovo contesto digitale in cui situare la lotta alla criminalità organizzata. Il riferimento ai *cryptoassets*, in questo senso, è stato considerato «di significativo valore aggiunto rispetto alla legislazione interna»¹²: sia al Considerando n. 12, sia all'art. 3.2, le cripto-attività, esempio di «beni che potrebbero sparire molto rapidamente»¹³, accedono al catalogo dei beni. Capire cosa la direttiva qualifichi come ‘bene’ è dirimente anche in relazione al secondo punto su cui concentrare l'analisi, ossia le novità introdotte a proposito del riconoscimento reciproco e dell'esecuzione dei provvedimenti di congelamento e confisca. A tal fine, può essere utile compiere un passo indietro e andare a osservare l'*iter* di formazione dell'atto legislativo.

⁹ Disponibile all'URL <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1805>

¹⁰ Disponibile all'URL https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401260

¹¹ Cfr. il Considerando n. 12.

¹² A. BALSAMO, p. 4.

¹³ Cfr. il Considerando n. 23.

Merita rilevare, infatti, che, nel maggio 2023, la Presidenza del Consiglio aveva trasmesso al Comitato dei Rappresentanti Permanenti e al Consiglio stesso un *General Approach* relativo alla proposta della Commissione che aveva segnato il ‘calcio d’inizio’ della partita sul confezionamento della direttiva in oggetto¹⁴. Si tratta di uno strumento attraverso cui l’istituzione si preoccupava di fornire agli Stati membri indicazioni circa il recepimento della direttiva, in particolare per quel che concerne le operazioni di individuazione dei beni che saranno da organizzarsi secondo le regole degli ordinamenti interni e che si dovranno svolgere in sinergia con i *recovery offices*. Già in quel testo il riferimento al trattamento dei dati era assai pregnante: in particolare veniva sottolineata l’esigenza dell’immediatezza attraverso cui esso sarebbe stato da garantirsi con speciale riferimento alle categorie di dati sensibili quali i dati fiscali e i dati nazionali di sicurezza sociale: relativamente a queste categorie, gli Stati membri dovranno garantire ai *recovery offices* un accesso rapido in conformità al diritto nazionale e nella misura in cui ciò sia necessario al fine del rintracciamento e dell’identificazione di proventi, strumenti e proprietà. Se tali indicazioni concernenti la tutela del mondo digitale erano ben presenti già nel citato *General Approach*, su questa linea, nel testo entrato in vigore si apprende di un potenziamento del ruolo degli *asset recovery offices* (d’ora in poi: ARO), ossia degli uffici per il recupero dei beni. A tal riguardo, in particolare agli articoli 5, 6 e 7 del testo della direttiva, si dispone che ciascun Stato membro istituisce almeno un ufficio per il recupero dei beni per agevolare la cooperazione transfrontaliera in relazione alle indagini per il loro reperimento.

Anche dai lavori preparatori emerge come questo sia da sempre il problema di fondo della cooperazione in ordine al coordinamento dell’esecuzione dei provvedimenti di confisca. Con riferimento ai compiti attribuiti agli uffici per il recupero dei beni, l’articolo 5 introduce un catalogo abbastanza dettagliato delle prerogative a essi assegnati: questi dovranno reperire e identificare beni strumentali, proventi o beni ove necessario per coadiuvare altre autorità competenti nazionali responsabili delle indagini per il reperimento dei beni; dovranno reperire e identificare beni strumentali, proventi o beni, sempre nella nozione poc’anzi spiegata, che potrebbero diventare oggetto di un provvedimento di congelamento o confisca emesso da un’autorità competente in un altro Stato membro, oltre a una serie di attribuzioni ben dettagliate. Agli ARO è attribuita la facoltà di reperire e identificare beni di persone ed entità oggetto di misure restrittive dell’Unione a condizione che ciò sia necessario per agevolare l’accertamento dei reati indicati dalla direttiva. Lo scambio di informazioni con altri Stati si conferma momento centrale nel compimento della procedura.

Risulta fondamentale capire dove e come tali informazioni possano essere reperite. In questo senso, l’articolo 6 ci fornisce delle indicazioni preziose in ordine all’accesso alle stesse. Gli Stati membri provvedono affinché gli ARO possano avere accesso alle informazioni previste dal dettato dell’articolo 6 «nella misura in cui esse siano necessarie per il reperimento e l’identificazione di beni strumentali, proventi o beni». In particolare, è compito degli Stati membri operare perché l’accesso immediato e diretto a una serie di informazioni sia garantito agli ARO: si deve trattare, in ogni caso, di informazioni contenute in banche dati o registri centralizzati o interconnessi detenuti da autorità pubblica¹⁵.

¹⁴ Disponibile all’URL <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9314-2023-INIT/en/pdf>.

¹⁵ *Infra* si dispone che, nel caso di informazioni non contenute in fonti simili, incombe comunque sugli Stati membri l’obbligo di spendersi perché gli ARO riescano comunque a ottenerle «dagli enti pertinenti con altri mezzi in modo semplificato e standardizzato».

Con la stessa puntualità con cui il legislatore indica quali siano i registri in questione¹⁶, ci si concentra parimenti sul tipo di informazioni considerate di interesse per gli ARO. Il catalogo è amplissimo e spazia dai dati fiscali ai dati della sicurezza sociale nazionale, oltre a informazioni di natura assai eterogenea, che vanno da quelle relative a titoli e bilanci annuali delle società sino a quelle sui conti di criptoattività.

Gli istituti della confisca¹⁷ sono significativamente interessati dalla Direttiva: non solo la confisca “classica”, ma anche due forme di confisca senza condanna, disciplinate agli articoli 15 e 16¹⁸. Si tratta della già nota *not convicted based confiscation* (d’ora in poi: NCB) e di un’ulteriore ipotesi, anch’essa rientrante nello spettro tipologico della NCB, ossia la confisca di patrimonio ingiustificato collegato a condotte criminose. Appunto con riferimento a questi due istituti, come osservato, la direttiva «evidenzia maggiore rilevanza innovativa»¹⁹. La confisca non basata sulla condanna *ex* articolo 15 della Direttiva allarga il perimetro applicativo dell’istituto in oggetto rispetto al quadro normativo eurolunitario precedente.

Gli Stati membri infatti adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni strumentali, proventi o beni trasferiti ai terzi, nei casi in cui il procedimento penale sia stato avviato ma non sia stato possibile farlo proseguire a causa di una o più determinate circostanze: rispetto alla normativa di riferimento precedente, scompaiono immunità e amnistia ma sono introdotti decesso e decorso dei termini prescrizionali, qualora inferiori a quindici anni²⁰. In assenza di queste circostanze, ricorrere alla NCB incontra dei limiti: essa è praticabile allorché «il procedimento penale pertinente avrebbe potuto portare a una condanna penale perlomeno per i reati che possono produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole, e se l’organo giurisdizionale nazionale è convinto che i beni strumentali, i proventi o i beni da confiscare derivino dal reato in questione o siano ad esso connessi direttamente o indirettamente»²¹: precisazione, questa, di un certo rilievo, giacché chiarisce i contorni dello strumento e vincola l’attività del giudice al mero giudizio di confisca.

Un esplicito riferimento alla tutela degli interessi dei terzi compare nell’articolo successivo, che introduce un nuovo modello di confisca senza condanna, la c.d. confisca di patrimonio ingiustificato collegato a condotte criminose. Si tratta di un tipo confiscatorio che presenta forti analogie con il modello italiano della confisca di prevenzione²², esperibile qualora i tipi previsti alle disposizioni precedenti – subordinati a una condanna o di questa privi – non possano incontrare applicazione. Trattandosi di una «confisca di beni identificati nel contesto di un’indagine connessa a un reato purché l’organo giurisdizionale nazionale sia convinto che i beni identificati derivino da condotte criminose commesse nel quadro di un’organizzazione criminale e tali condotte possano produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole»²³, la preoccupazione del legislatore nei confronti della tutela degli interessi dei terzi in buona fede è indicativa della consapevolezza della

¹⁶ Nell’elenco molto dettagliato previsto dalla normativa il riferimento puntuale è a registri immobiliari nazionali o sistemi elettronici di reperimento dei dati e registri fondiari e catastali, registri anagrafici nazionali delle persone fisiche, registri nazionali dei veicoli a motore, degli aeromobili e delle unità da diporto *et cetera*.

¹⁷ C. PANSINI, *Aspetti innovativi e problematici della nuova Direttiva (UE) 2024/1260 sul recupero e confisca di beni*, in *Processo penale e giustizia*, 4, 2025, p. 965.

¹⁸ A. BALSAMO, *L’impatto*, cit.

¹⁹ C. PANSINI, *Aspetti innovativi*, cit.,

²⁰ Sul punto, v. C. PANSINI, *Aspetti innovativi*, cit., p. 955.

²¹ Art. 15.

²² Così, C. PANSINI, *Aspetti*, cit., p. 957.

²³ Art. 16.

problematicità di un'ablazione compiuta sulla base di un'indagine, priva di tutto il corredo delle garanzie del processo penale.

Quest'ultimo esempio induce a considerare quanto misure restrittive della capacità patrimoniale del soggetto come quelle appena prese in esame chiamano in gioco numerosi diritti fondamentali. Da questo punto di vista, la direttiva contiene un rimando esplicito al rispetto di questi ultimi, per come previsto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e segnatamente a quella clausola contenuta nell'art. 52 che pone in stretta relazione principio di proporzionalità e finalità legittima di realizzare obiettivi di interesse generale dell'Unione europea e salvaguardia dei diritti e delle libertà di tutti. L'ingerenza a opera delle misure proposte nei diritti fondamentali, compreso il diritto di proprietà, è giustificata dalla necessità di privare efficacemente i criminali – e, in particolare, la criminalità organizzata – dei loro beni illeciti, perché questi rappresentano la principale ragione che li induce a commettere reati ma anche i mezzi per proseguire ed espandere le loro attività criminose.

3. *Le indicazioni provenienti dal sistema convenzionale del Consiglio d'Europa*

Il sistema convenzionale del Consiglio d'Europa ha posto attenzione al tema del *criminal asset recovery* già da prima che questo diventasse uno dei centri di interesse dell'ordinamento dell'Unione europea. Come spesso accade quando la galassia del Consiglio d'Europa è resa oggetto di indagine, già solo tralasciando la ben più nota giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴, a catturare l'attenzione è la ricchezza non solo di atti normativi, sia di *hard* sia di *soft law*, ma anche di uffici e attività che rendono il sistema convenzionale in oggetto una vera e propria miniera da esplorare. Così è anche per quanto concerne il tema di cui qui ci si occupa.

Sul piano degli atti normativi di carattere vincolante²⁵, già nel 1990 il Consiglio d'Europa vara la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, divenuta poi nota come “la Convenzione di Strasburgo”, che si distingue per essere il primo trattato internazionale che si occupa nello specifico e in via esclusiva di riciclaggio di denaro²⁶. Sul piano delle fonti del diritto internazionale convenzionale, tra quelle che maggiormente disciplinano l'oggetto in questione, è opportuno fare riferimento alla Convenzione ONU di Palermo, alla Convenzione di Vienna e alla Convenzione di Merida. Merita rilevare che, già in questo primo atto normativo, nell'occuparsi di cooperazione internazionale (Cap. III), il legislatore convenzionale valuta la posizione dei terzi interessati dalle misure provvisorie e dai provvedimenti di confisca (Sez. VI)²⁷. In questi ambiti operativi,

²⁴ Sul punto della tutela degli interessi dei terzi nei procedimenti di confisca, vanno menzionate, almeno; Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 28 luglio 2016, ric. n. 74681/11, *Sulejmani v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 4 ottobre 2017, *S.C. Service Benzi Com s.r.l. c. Roumanie*, ric. n. 58045/11; Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 23 novembre 2019, *Yaşar c. Romania*, ric. n. 64863/13.

²⁵ Per quanto concerne gli atti normativi di carattere non vincolante, va rilevato che il Consiglio d'Europa, nel 1980, aveva adottato il primo atto internazionale contro il riciclaggio di denaro: si tratta della raccomandazione n. R(80) 10 sulle misure contro il trasferimento e la custodia di fondi di origine criminale.

²⁶ Reperibile all'URL <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=141>. È stata ratificata da quarantanove Stati. L'Italia ha proceduto alla ratifica in data 20 gennaio 1994.

²⁷ Della confisca, peraltro, la Convenzione dà una definizione precisa, nei termini di uno strumento «following proceedings in relation to a criminal offence or criminal offences resulting in the final deprivation of property»

in particolare sul punto del riconoscimento delle decisioni straniere (art. 22), i diritti rivendicati dai terzi assumono una posizione preminente: si stabilisce, infatti, la centralità dell'obbligo di riconoscimento in capo alla parte richiesta di qualsiasi decisione giudiziaria assunta nella parte richiedente. Anche nella tipologia dei casi di rifiuto di riconoscimento gli interessi dei terzi sono espressamente presi in considerazione: si dispone, infatti, che il riconoscimento può essere rifiutato allorché essi non hanno avuto la possibilità di far valere sufficientemente i propri diritti. A surrogare la centralità della posizione del terzo vi è poi la previsione che concerne il piano probatorio della richiesta di cooperazione internazionale in materia di confisca: se i terzi hanno avuto la possibilità di far valere i propri diritti, la richiesta deve contenere i documenti comprovanti (art. 27).

L'interesse del legislatore convenzionale per il riciclaggio di denaro è andato crescendo negli anni ed è approdato al varo di un secondo trattato. La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la perquisizione, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo del 2005 fa per molti aspetti da pioniera, similmente alla Convenzione del 1990: essa prende abbrivio dalla constatazione, sorta dopo i fatti di terrorismo del 2001, delle forti somiglianze che caratterizzano i processi volti al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo internazionale.

L'attenzione prestata sin dal 1990 al tema in oggetto non è venuta meno negli anni. Di recente, nel 2023, è nato il *Committee of Experts on Criminal National Recovery (PC-RAC)*, investito dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del compito di predisporre un Protocollo addizionale alla Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990.

Fra i *reference documents* dell'attività del PC-RAC c'è un documento denominato *The Use of Non-Conviction Based Seizure and Confiscation*, elaborato dall'*Economic Crime and Cooperation Division* (di seguito: ECCD) del Consiglio d'Europa per consegnare alla comunità del sistema convenzionale alcune "istruzioni per l'uso" riferite allo strumento della NCB²⁸.

L'ECCD compie un'interessante rassegna della confisca in vari ordinamenti - non solo degli Stati parte del Consiglio d'Europa - volta a dimostrare come lo strumento della NCB si sia inverato in modi differenti nelle esperienze dei singoli Stati e come, in alcuni Paesi, la cattura dei proventi illeciti non sia condotta in alcun modo

Tra i modelli presi in considerazione, oltre a quelli australiano, bulgaro, nigeriano, peruviano, filippino e del Regno Unito, compare quello italiano, con un chiaro riferimento al codice antimafia (art. 1) e alla confisca di prevenzione in esso disciplinata. Sul punto della definizione della pericolosità generica, non appare corretto il riferimento all'art. 1 del Codice antimafia, in particolare ove si afferma che il carattere di detta pericolosità è da provarsi in relazione alle stesse regole che presiedono la prova nel processo penale.

Il tratto distintivo della NCB che si ricava dall'analisi dei vari modelli presentati è da rinvenirsi in una base probatoria solida su cui fondare lo strumento e nella remissione della valutazione in capo all'applicazione della confisca a un tribunale specializzato o a un giudice anziano.

Centrale è altresì l'analisi dei *benefits* e *challenges* compiuta dall'ECCD.

L'attenzione è focalizzata su un punto chiave della NCB. Procedere a un recupero dei beni attraverso questo strumento ha un suo potenziale attrattivo perché presenta un

²⁸ Le considerazioni di seguito riportate riprendono, con alcune modifiche, il paragrafo n. 4 di A. BALSAMO, A. FUSCO, *Fairness procedimentale e prevenzione patrimoniale: verso un "giusto procedimento di prevenzione"*, in *Giustiziainsieme*, 2023.

vantaggio di fondo: eludere i limiti e l'incertezza di un procedimento penale e presentarsi, in questo senso, come una *faster route*.

Il piano delle sfide è dominato dai rischi connessi al mancato presidio delle garanzie processuali penali. Applicare una NCB significa incidere in modo massiccio nell'ambito dei diritti fondamentali della persona, che viene spogliata dei suoi beni, senza che tale procedimento sia garantito dalle regole del processo penale. In particolare, non dovrebbero essere sottovalutati lo stress e lo stato di incertezza giuridica arrecati al preposto. Un pregiudizio serio si misura in relazione all'ambito della *civic constitutional culture* e all'impatto che un procedimento di prevenzione potrebbe avere sul cittadino. Un soggetto cui è applicata la misura della confisca – che comporta un depauperamento della sua capacità patrimoniale – potrebbe erroneamente credere di essere coinvolto in un procedimento penale, a motivo della rilevanza delle accuse a suo carico.

Da un lato, a ben vedere, la confisca dei beni acquisiti illegalmente – che pure colpisce le proprietà e non la persona – ha effetti che si avvicinano nella percezione sociale a quelli dei procedimenti penali. Dall'altro, una puntuale informazione dei soggetti coinvolti è resa necessaria dall'assenza di connessione automatica tra sequestro dei beni e comportamento illecito del loro detentore, laddove la proprietà confiscata sia passata nelle mani di terzi, i quali non siano direttamente responsabili di comportamenti di rilevanza penale. Questi ultimi devono in ogni momento poter esercitare il loro diritto alla conoscenza della natura dei procedimenti in corso ed essere in grado di opporvisi.

Un'ulteriore criticità collegata alla NCB risiede nella debolezza dell'onere della prova e nel conseguente rischio che la sanzione comminata risulti sproporzionata rispetto all'entità delle situazioni contestabili sulla base delle prove fornite. La relativa facilità con cui è possibile accedere a misure gravemente penalizzanti sul piano patrimoniale potrebbe incoraggiare le autorità giudiziarie a servirsi di preferenza della via civile, anziché della via penale, come strumento di sanzione dell'illecito. Strategie di questo tipo, emerse per esempio nel Regno Unito (nell'ambito della causa *Regina vs. Innospec Limited*), hanno suscitato i rilievi critici degli osservatori, colpiti dalle potenzialità delegittimanti che, agli occhi dell'opinione pubblica, può avere la scelta di perseguire comportamenti criminali gravi – in quel caso, la corruzione di pubblici ufficiali – con dei mezzi civili, i quali del resto, non prevedendo misure di custodia, rischiano di essere inefficaci nel disincentivare dai reati contestati.

Garanzie per i soggetti coinvolti e uso non arbitrario sono, insomma, le condizioni necessarie di un efficace esercizio della NCB, che non può servire come un surrogato del processo penale laddove questo sia possibile e opportuno, ma si rivela efficace nella misura in cui, venuta meno la possibilità di perseguire penalmente i presunti criminali, permette di danneggiarli concretamente sul piano economico.

4. *Alcune considerazioni conclusive*

La ricerca sin qui svolta ha dato conto di alcuni *standard* sovranazionali – della “piccola” e della “grande” Europa – maturati nel corso degli ultimi anni, relativi alla tutela del terzo nei procedimenti di prevenzione patrimoniale con puntuale riferimento al mondo digitale. Nella prospettiva dell'ordinamento complesso, tali *standard*, ove previsti in atti normativi, come la direttiva 1260/2024 e le Convenzioni del Consiglio d'Europa, fanno parte a pieno titolo del quadro ordinamentale. Per quanto attiene alla direttiva, nel momento in cui essa sarà recepita – il termine, si ricordi, è fissato in data 23 novembre 2026 – lo scopo individuato nel testo dal

legislatore dell'Unione europea potrà essere sicuramente modulato attraverso i mezzi che i singoli Stati membri riterranno più idonei. Va tenuto però presente che alcuni profili, quale, a mero titolo esemplificativo, l'accesso alle informazioni, dovranno essere oggetto di estrema attenzione secondo questo quadro così preciso e dettagliato. Sarà infatti necessario che essi trovino adeguato recepimento, ove si consideri che i punti dell'accesso alle informazioni e della sinergia tra gli Stati nell'esecuzione dei provvedimenti in oggetto sono stati da sempre dei *fil rouge* della normativa eurounitaria in tema di confisca.

Sul fronte del Consiglio d'Europa, la ricca galassia di fonti normative, attività degli uffici e documenti è a vario titolo imprescindibile perché l'ordinamento interno possa improntare progressivamente la materia della prevenzione a *standard* che pongono al centro i diritti fondamentali della persona - proposto o terzo che sia - e apprestare modelli informati a un giusto procedimento di prevenzione.

Gli *standard* sovranazionali presi in esame ci inducono a riflettere che canoni assiologici in tema di prevenzione patrimoniale non possono dipendere dalle scelte contingenti di indirizzare un'attività preventiva o di indagine penale nei confronti di un soggetto; dall'altro lato, non possono essere rimessi neanche alla qualificazione - penale o amministrativa - che un determinato ordinamento fa nei confronti di quell'ambito di disciplina: se il confine è delineato, il limite è da rispettarsi in ogni caso. Per il legislatore nazionale della prevenzione patrimoniale, la strada da percorrere è ancora lunga e le sfide sono molteplici, ma guardare "oltre le colonne d'Ercole" delle fonti squisitamente "domestiche" è operazione al tempo stesso necessaria e auspicabile.

ABSTRACT: *Fundamental Rights, Not-Convicted -Based Confiscation and Third-party Protection in the Digital World: Looking at supranational standards*

This article deals with the issue of supranational standards on third-party protection and non convicted-based confiscation. On the one hand, it examines the provisions of the EU directive 1260/2024 in order to understand whether and how the European Union has addressed issues related to the recovery and confiscation of assets, with specific reference to the protection arising in the digital world. On the other hand, looking at the Council of Europe system, it is shown how the topic has always been taken into account, both in hard law and soft law. Particular attention is devoted to a document titled "The Use of Non-Conviction-Based Seizure and Confiscation", prepared by the Economic Crime and Cooperation Division.

MARIA VERMIGLIO*

LO STANDARD PROBATORIO NEI PROCEDIMENTI DI PREVENZIONE E GLI SPAZI DI TUTELA DEL TERZO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il giudizio bifasico. – 3. La fase prognostica del giudizio di prevenzione personale. – 4. L'attualità della misura di prevenzione personale. – 5. Le misure di prevenzione patrimoniali. – 6. La perimetrazione degli acquisti. – 7. L'oggetto del vincolo ablativo. – 8. Cenni sul procedimento di confisca dei beni. – 9. Gli spazi di tutela del terzo.

1. Premessa

Il tema dello *standard* probatorio richiesto nei procedimenti di prevenzione e dei conseguenti spazi di tutela riservati al terzo che risulta titolare fittizio dei beni oggetto di confisca richiede una preliminare disamina sia della natura delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, sia della valutazione che il Tribunale della Prevenzione è chiamato ad effettuare sulla richiesta avanzata dall'organo proponente.

Deve, innanzitutto, considerarsi che le misure di prevenzione, storicamente introdotte dal legislatore per essere strumento di contrasto al disagio sociale e al dissenso politico¹ e che, in origine, presentavano un tasso di indeterminatezza tale da avere indotto la dottrina² a far

* Giudice presso il Tribunale di Messina, Seconda Sezione Penale.

¹ Le misure di prevenzione sono state disciplinate per la prima volta nell'ordinamento con la legge 1409 del 1863, quale strumento per contrastare il fenomeno del brigantaggio, all'inizio dell'unità d'Italia. Successivamente, durante il periodo fascista, le misure di prevenzione (ancora solo a carattere personale) hanno trovato un'ulteriore affermazione attraverso i due testi unici di pubblica sicurezza del 1926 e del 1931. Con la proclamazione della Repubblica e l'entrata in vigore della Costituzione, le misure di prevenzione – non previste dalla Carta costituzionale – sono state comunque ritenute legittime dalla Corte costituzionale attraverso le sentenze n. 2 e n. 11 del 1956. A seguito delle suddette pronunce il legislatore ha introdotto con la legge n. 1423/1956 "Misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità" e con la legge n. 575 del 1966 disposizioni contro la mafia.

In particolare, proprio in quest'ultima legge è stato introdotto espressamente e normativamente il termine "mafia" ed è stato anticipato il concetto di "associazione mafiosa" che sarà poi previsto quale reato tipico di cui all'art. 416 *bis* c. p. come associazione di tipo mafioso dalla legge 646/1982 Rognoni – La Torre.

Con quest'ultimo intervento legislativo, infatti, sono state affiancate alle misure di prevenzione personale, quelle di natura patrimoniale che ad oggi costituiscono gli strumenti più efficaci nel contrasto alla criminalità organizzata, fondandosi sulla sottrazione da parte dello Stato dei beni e dei patrimoni ritenuti di illecita provenienza e detenuti illecitamente. Nel 2011, con il d.lgs. n. 159 è stato adottato il c.d. Codice Antimafia (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione) che ha abrogato e sostituito la legge n. 575/1965. Nel 2017, il legislatore ha, infine, approvato la legge n. 161/2017 con la quale sono state apportate alcune integrazioni e modifiche al C.A.M., prevedendo anche un'estensione dell'applicazione delle misure di prevenzione ad indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di alcuni reati contro la Pubblica amministrazione oltre che di terrorismo, truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche erogazioni e di *stalking*.

² Cfr. G. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema Costituzionale*, in *Sistema penale (web)*, 14 febbraio 2020, p. 1 s. e, segnatamente il passaggio di cui alla p. 2, che di seguito si riporta («iniziando a considerare ora brevemente il fenomeno della crescente espansione delle misure di prevenzione – ripetutamente sottolineato dalla dottrina – si deve rilevare che, dopo la riforma del 1988, le figure di pericolosità generica –

parlare delle stesse come di provvedimenti fondati sul “sospetto”, oggi, alla luce degli arresti ai quali è pervenuta la giurisprudenza costituzionale e convenzionale³ - che ha espunto dal sistema delle misure di prevenzione personale ogni richiamo alla presunzione e, al contempo, ha scandito e regolato i passaggi logici della valutazione che deve compiere il giudice allorché

che ritroviamo nell'art. 1 d.lgs. 159/2011 – sono diventate «nell'applicazione giurisprudenziale figure onnivore capaci di espandersi al di fuori dell'originaria cerchia criminologicamente connotata dei soggetti a marginalità sociale, così da essere applicate anche alla criminalità dei colletti bianchi». Con la riforma del 1988 si sono eliminate infatti alcune figure di pericolosità generica, che colpivano forme di emarginazione sociale e che apparivano il retaggio di concezioni ottocentesche; le misure di prevenzione sono divenute un moderno strumento di politica criminale, colpendo nuove forme di criminalità del profitto». Ed ancora M. PELLISERO, *La “fattispecie di pericolosità”: i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggetti. I destinatari della prevenzione praeter delictum; la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 145; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 48; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, p. 71 s.; G. LA CORTE, *La disciplina delle misure di prevenzione, tra passato e presente, al vaglio (nuovamente) della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza penale (web)*, 2019, p. 6 s.; Atti dell'incontro di studio, *Le misure di prevenzione*, Scuola Superiore Magistratura, 5 giugno 2019; F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali) da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, relazione presentata al convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale “G. D. Pisapia”, Cagliari, 29-30 ottobre 2015.

³ Vedi sentenza Corte Cost., n. 24/2019. Con la suddetta sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della lettera c) dell'art. 4 del Capo II (misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria) nella parte in cui stabiliva che i provvedimenti previsti dal medesimo Capo II si applicassero anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. a) attesa l'indeterminatezza del riferimento “traffici delittuosi”, in quanto non rispondenti ai requisiti di “precisione” e “completezza” richiesti dalla Corte EDU, in quanto non consentivano al cittadino di conoscere preventivamente le condotte da evitare per non subire l'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali. Sullo stesso principio la Corte Costituzionale ha dichiarato, tra l'altro, illegittimità costituzionale dell'art. 16 del d.lgs. 159/11 nella parte in cui stabiliva che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applicassero ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lett. a). Vedi anche, per completezza, Corte Cass., Sez. Un., 30 novembre 2017, n. 111, in ordine all'accertamento “dell'attualità” della pericolosità sociale del proposto anche nei confronti di indiziati di appartenenza ad un'associazione mafiosa, secondo la quale «nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di «appartenere» ad un'associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito «dell'attualità» della pericolosità del proposto». Nello stesso senso, anche, Cass. pen., Sez. II, n. 30974/2018 secondo cui «la confisca di prevenzione ex art. 24, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per la pericolosità generica ha nella pericolosità sociale del proposto oltre che il presupposto anche “la misura temporale”, sicché sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco temporale in cui si è manifestata». Vedi anche Cass. pen., Sez. VI, n. 53126/2014 sulla pericolosità sociale quale “misura temporale” e Cass., Sez. Un., n. 4880/2015. Più di recente sullo stesso tema, Cass., n. 12329/2020.

Per quanto concerne la giurisprudenza convenzionale, vedi la decisione della Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 23 febbraio, 2017, *De Tommaso c. Italia*, per l'affermazione che le misure di prevenzione non rientrano nella materia penale, ma restano comunque misure fortemente invasive nella materia dei diritti soggettivi coinvolti: la libertà di circolazione, nel caso della sorveglianza speciale di p.s., con o senza obbligo di dimora, diritto di proprietà, nell'ipotesi di confisca di prevenzione. Le ricadute della sentenza De Tommaso sono state articolate in un primo orientamento che ha cercato di neutralizzarne il significato, ritenendo che la sentenza della Grande Camera, non potesse essere ricondotta nella nozione di “orientamento consolidato”. La stessa Corte eur. dir. uomo, però, con la decisione del 28 giugno 2018, nei casi *G.I.E.M. s.r.l. ed altri c. Italia Cedu*, al paragrafo 252, ha ricordato che le proprie decisioni hanno tutte lo stesso valore giuridico e la stessa autorità “interpretativa”. Per un secondo indirizzo, invece, dovrebbe farsi diretta applicazione di tali principi tramite l'interpretazione conforme, come ha fatto, Sez. Un., n. 40076 del 27/04/2017 Paternò la quale ha adottato un'interpretazione tassativizzante della fattispecie per allinearla ai principi indicati dalla Corte Europea, così massimata «l'inosservanza delle prescrizioni generiche di “vivere onestamente” e di «rispettare le leggi», da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non configura il reato previsto dall'art. 75, comma secondo, d.lgs. n. 159/2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni c.d. specifiche; la predetta inosservanza può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione».

è chiamato ad applicare una misura di prevenzione - hanno perduto l'originaria connotazione, essendo state, anche per effetto dei correttivi apportati dalla legge n. 161/2017, "giurisdizionalizzate" e adottate all'esito di un procedimento.

Siffatto procedimento, tuttavia, non gode di un autonomo statuto processuale e, in ampia misura, continua ancora ad uniformarsi sul paradigma del rito camerale, previsto dagli artt. 127 e 666 del codice di rito che non sempre risulta del tutto funzionale alle verifiche richieste al giudice prima di adottare la misura.

E ciò riguarda non solo il procedimento volto all'applicazione delle misure personali ma anche quelle patrimoniali, siano esse ablativo ovvero di minore impatto sul patrimonio del proposto, come lo strumento dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi alle attività economiche *ex* art. 34 del decreto legislativo n. 159/11 o del controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34 *bis* dello stesso decreto che è stato oggetto di un significativo intervento legislativo proprio in forza della legge 161/2017⁴.

Per tutte le misure patrimoniali, infatti, l'art. 23 comma 1 del decreto legislativo 159/11 rimanda, in quanto compatibile, alla disciplina prevista per le misure personali che prevede, come anticipato, il rito camerale di cui all'art. 127 c.p.p.

I problemi che si pongono, pertanto, afferiscono al diritto alla prova giacché, pur considerate le significative puntualizzazioni contenute negli arresti giurisprudenziali della Suprema Corte, rimangono nell'applicazione pratica plurime incertezze che attengono al concreto svolgimento del procedimento camerale in oggetto, anche perché, il più delle volte, nella prassi, l'udienza camerale che ha ad oggetto le richieste di misura di prevenzione personale viene, di fatto, celebrata senza che venga articolato alcun mezzo di prova.

Lo stesso contraddittorio tra le parti si traduce in una sequenza in cui, sovente, l'organo proponente si limita ad insistere nella richiesta di misura e la difesa a chiederne il rigetto. Il procedimento appare, pertanto, una sorta di celebrazione formale e spesso "sterile" dove le parti si confrontano su un materiale probatorio già preconfezionato che è allegato alla proposta di misura con buona pace dei principi di oralità e di formazione della prova⁵.

A ben vedere, infatti, anche quello che dovrebbe essere soltanto l'atto introduttivo del giudizio (la proposta di misura) consiste, invece, in una prova che è già stata preconfezionata

⁴ Per approfondimenti sulla misura del controllo giudiziario volontario si veda: C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario volontario: una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutelare recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto alla infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, p. 237 s.; R. CANTONE, B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, *ivi*, p. 283 s.; A. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Archivio penale*, 2018, p. 368 s.

⁵ Tra le questioni contrastanti che si pongono e che necessiterebbero invece un effettivo contraddittorio vi è il caso in cui il Tribunale irroghi una misura di prevenzione personale ritenendo la sussistenza di un'ipotesi di pericolosità generica anziché di pericolosità qualificata come richiesto dall'organo proponente (sulla possibilità di procedere in tal modo si è formato in giurisprudenza un orientamento che può dirsi consolidato che esclude il difetto di correlazione tra la contestazione e la decisione. Sul punto, fra le pronunce di legittimità, va richiamata Cass. pen., sez. II, 6 marzo 2008, n. 28638 ed ancora Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2013, n. 32032 che è la prima decisione di legittimità ad avere affrontato la questione anche con riferimento ai principi affermati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, in particolare con la decisione dell'11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, escludendo che nel procedimento di prevenzione possa venire in rilievo un deficit di contraddittorio laddove la difesa non sia stata chiamata ad esprimersi prima delle decisione sulle diverse ipotesi qualificatorie del reato e, più di recente, Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2019, n. 8038 che esclude la violazione del principio di correlazione tra contestazione e decisione purché la nuova definizione giuridica sia fondata sui medesimi elementi di fatto posti a fondamento della proposta, in relazione ai quali sia stato assicurato alla difesa un contraddittorio effettivo e congruo).

in una fase precedente d'indagine e che è appannaggio esclusivo dell'organo proponente dal momento che alla richiesta devono necessariamente essere allegati tutti gli elementi sui quali l'organo decidente può formulare il suo apprezzamento.

Da qui il primo interrogativo si pone e, cioè, come sia possibile coniugare questo sistema con quanto recita l'art. 7 del CAM nella parte in cui prevede che il giudice, dopo avere verificato la regolare costituzione delle parti, ammette le prove, previo accertamento della loro rilevanza nel procedimento, ed esclude quelle superflue e vietate.

Di fatto, come anticipato, spesso questi procedimenti si aprono e si concludono con la discussione delle parti senza che vi sia alcuna attività istruttoria compiuta nel contraddittorio, nonostante l'allegazione sulla quale l'organo proponente fonda la sua richiesta possa persino derivare, ad esempio, dai fatti oggetto di un decreto di archiviazione, o da vicende accertate in sede penale che non abbiano poi dato luogo a sentenza di condanna⁶.

Ecco allora che la completezza e la precisione degli elementi allegati alla proposta costituiscono un presupposto ineludibile del giudizio di prevenzione che ha una sua peculiarità perché l'apprezzamento che il Tribunale della prevenzione è chiamato ad operare non si basa su prove che si formano dinanzi al Collegio nel contraddittorio delle parti ma su allegazioni di fatti la cui esistenza è già stata accertata fuori dal procedimento.

Va rilevato, però, che il Tribunale non è chiamato ad accertare la responsabilità penale del proposto, bensì ad effettuare un apprezzamento sulla pericolosità sociale di quest'ultimo, vaglio che deve snodarsi in due momenti logicamente distinti: la fase c.d. constatativa e quella di tipo prognostico.

In un primo momento, per l'appunto, il Collegio è chiamato a valutare tutti gli elementi di fatto o i sufficienti indizi in forza dei quali il soggetto nei cui confronti è avanzata richiesta di misura, sia essa personale o patrimoniale, rientri nella categoria di pericolosità tipizzata dal legislatore⁷.

Trattasi di una fase imprescindibile della valutazione perché consente al decidente di apprezzare se sussistono concreti elementi in forza dei quali possa formularsi un giudizio di pericolosità generico o qualificato.

A ben vedere, però, già questa operazione si rivela tutt'altro che semplice perché occorre intendersi su quali siano i fatti che possano concorrere a delineare la pericolosità del proposto.

Già sotto questo profilo appare il caso di segnalare come gli organi proponenti abbiano nel tempo sempre più arricchito la produzione allegata alla proposta in modo da consentire ai giudici di avere una piattaforma più ampia sulla quale fondare il proprio convincimento non potendo a tale scopo essere sufficiente il solo certificato penale del proposto o quello dei suoi carichi pendenti.

Se, infatti, in passato, spettava al giudice il compito di completare d'ufficio la base probatoria sulla quale doveva poi operare la sua valutazione oggi, invece, l'orientamento prevalente è quello di allegare alla proposta tutta una serie di indici ritenuti indicatori della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o

⁶ G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità, o somiglianza con il processo penale*, in *Sistema penale*, 2020, p. 5 s.

⁷ Cass. pen., sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, che così si è espressa al riguardo: «La valutazione del giudice deve fondarsi, anzitutto, su un'ineliminabile componente ricostruttiva (la c.d. fase constatativa) tesa a rappresentare l'apprezzamento dei «fatti» idonei (o meno) a garantire l'iscrizione del soggetto proposto in una delle «categorie» richiamate»; nonché Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, Mondini.

dell'ordine economico in rapporto alle disposizioni di legge che qualificano le diverse categorie di pericolosità.

Ciò appare essenziale perché nel procedimento di prevenzione il tema di prova non ha ad oggetto un fatto di reato, ma piuttosto la pericolosità di una persona che può essere misurata solo sulla base di condotte precedenti o concomitanti che integrano specifici fatti di reato.

I problemi che si pongono in questo caso, però, sono duplici, innanzitutto ci si interroga su quale debba essere la base probatoria in forza della quale il decidente possa compiere questa valutazione: e quindi, per intenderci, se, ad esempio, per i casi di pericolosità qualificata, per disporre l'applicazione di una misura di prevenzione personale, sia sufficiente la commissione di un unico episodio di *stalking* che, magari, ha portato il giudice della cautela nel procedimento penale all'applicazione di una misura cautelare e se, ancora, in caso di risposta affermativa, in cosa la misura di prevenzione debba presentare, nella sua applicazione pratica e nelle prescrizioni adottate, un tratto di originalità per distinguersi dalla misura cautelare già disposta e per non diventare un'inutile duplicazione di quest'ultima.

Non si deve trascurare di rilevare, infatti, che, nella prassi, le richieste con le quali l'organo proponente invoca l'applicazione della misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno sono spesso modellate su analoghe e concomitanti richieste che l'Ufficio di Procura ha già avanzato al G.I.P. per l'applicazione di una misura cautelare personale nei confronti del medesimo soggetto che, perciò, può assumere al contempo sia la qualità di indagato/imputato che quella di indiziato di reato.

È evidente, pertanto, come l'inserimento nelle categorie di pericolosità dei cosiddetti reati da "Codice rosso" rischia di portare ad un'indebita duplicazione di provvedimenti (quello cautelare e quello di prevenzione) con la conseguenza che al provvedimento di prevenzione residua uno spazio di operatività ridottissimo.

A ciò deve aggiungersi che spesso in questi casi il procedimento camerale rischia di essere, come prima anticipato, un giudizio senza contraddittorio dove le parti si limitano ad insistere nell'accoglimento e nel rigetto della proposta o di diventare, al contrario, una duplicazione del procedimento penale con il rischio che si anticipino prove (come, ad esempio, l'audizione della persona offesa e di eventuali informatori) non ancora assunte in dibattimento (si pensi alla persona offesa che dopo l'applicazione della misura non è ancora stata sentita in incidente probatorio o in dibattimento) e con l'aggravante che nel giudizio di prevenzione non è prevista l'applicazione delle regole di audizione dei testimoni dettate dal codice di rito.

Nella suddetta sede, infatti, i testi non sono escussi con la *cross examination* e il giudice, dinanzi al quale la prova viene assunta, non è "vergine" nel senso che, come il giudice del dibattimento penale, nulla deve conoscere di quanto accaduto in fase di indagine, ma ha piena cognizione degli elementi di fatto sui quali si fonda la proposta perché questi devono essere necessariamente allegati dall'organo proponente al suo fascicolo.

A ciò deve aggiungersi che è il Presidente del Collegio a condurre l'esame del testimone e ad avere il potere di adottare d'ufficio le iniziative istruttorie che ritiene necessarie per formare il suo convincimento. Il procedimento, quindi, a differenza di quello penale, non procede ad impulso di parte e la stessa regola prevista dall'art. 507 c.p.p. - che costituisce un'eccezione del sistema per come disciplinata dal codice di rito - diventa, a ben vedere, in questo contesto la regola che governa il giudizio di prevenzione

2. *Il giudizio bifasico*

Deve osservarsi ancora, per rimanere al *thema probandum* ed allo *standard* probatorio richiesto per la prevenzione personale, che l'elaborazione giurisprudenziale che ha portato a "giurisdizionalizzare" le misure di prevenzione personale ha espunto dalla categoria della pericolosità generica quelle presunzioni in forza delle quali in precedenza il decidente era chiamato a formulare il suo giudizio. Il Collegio competente a decidere sull'applicazione di una misura di prevenzione personale è tenuto a compiere un apprezzamento che, come visto, è innanzitutto di tipo constattativo, dovendo verificare essenzialmente tre circostanze:

- 1) la realizzazione di attività delittuose che siano state esercitate dal preposto per un significativo intervallo temporale e, quindi, in modo non episodico;
- 2) l'attuazione di condotte delittuose che siano produttive di reddito illecito;
- 3) la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento di bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare.

Ne segue, pertanto, che l'attività *contra legem* (che il giudice della prevenzione importa dal parallelo procedimento penale o ricostruisce in maniera autonoma in sede di prevenzione) deve caratterizzarsi in termini di "delitto lucrogenetico", non potendosi fondare un giudizio di pericolosità su reati contravvenzionali.

La norma, infatti, che disciplina la pericolosità generica non eleva a presupposto di "pericolosità generica" qualsiasi illecito penale, ma solo quelli produttivi di reddito.

Le caratteristiche sin qui delineate permettono di comprendere la ragione per la quale la richiesta di una misura di prevenzione non possa essere avanzata ad un giudice "vergine" e per quale ragione alla stessa debbano essere allegati tutti i fatti che consentano di formulare un completo giudizio sulla sussistenza dei tre profili innanzi richiamati.

È chiaro, pertanto, che il giudizio non può fondarsi esclusivamente sulle notizie tratte dal certificato penale o da quello dei carichi pendenti, né tantomeno può fondarsi sulla mera iscrizione del preposto nel registro degli indagati.

Occorre, invece, che sia raggiunta la "certezza" della commissione di un pregresso delitto o che vi siano gravi indizi della commissione di un pregresso delitto. A fondamento del giudizio constattativo il Collegio dovrà, quindi, apprezzare le sentenze definitive, le ordinanze applicative di misure cautelari.

Non sarà, peraltro, sufficiente allegare o indicare nel percorso motivazionale meri decreti di sequestro che si fondano, ad esempio, sul *fumus commissi delicti*, o richiamare sufficienti indizi di reato per giustificare l'inquadramento del preposto in una determinata categoria di pericolosità.

3. *La fase prognostica del giudizio di prevenzione personale*

Il giudizio di pericolosità sociale richiede, poi, anche l'accertamento in concreto della pericolosità sociale (fase prognostica). In tal senso è univoco l'orientamento della Corte Costituzionale⁸ per cui l'appartenenza di una persona alle categorie di pericolosità è

⁸ Cfr. Corte Cost., 27 febbraio 2019, n. 24 per una prima approfondita ricostruzione del sistema delle misure di prevenzione anche a seguito dei numerosi interventi legislativi sulla materia.

condizione necessaria ma non sufficiente, essendo richiesto che la condotta di vita evidenzii “una pericolosità effettiva ed attuale e non meramente potenziale”, giacché solo se l’indiziato di reato è socialmente pericoloso per la sicurezza pubblica è necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi preposti alla tutela della collettività.

Ora la giurisprudenza nel ricondurre in ambiti costituzionalmente e convenzionalmente compatibili le misure di prevenzione personali ha espunto dal giudizio di prevenzione qualsiasi presunzione⁹. La pericolosità sociale, infatti, non può desumersi dalla mera appartenenza ad una delle categorie previste, ma occorre un accertamento specifico come visto della pericolosità concretamente espressa dal proposto.

Così interpretate le disposizioni normative in materia di prevenzione personale appare utile richiamare alcune condotte considerate, nell’elaborazione giurisprudenziale, sintomatiche di pericolosità sociale.

La sistematica evasione fiscale, ad esempio, si inquadra perfettamente nella categoria di pericolosità delineata dal combinato disposto dell’art. 4 lett. c e 1 lett. b) del decreto legislativo 159/11 in quanto il soggetto vive con il provento dell’attività delittuosa che consiste, per l’appunto, in redditi illeciti derivanti da attività economiche astrattamente lecite¹⁰.

Ricadono nella stessa categoria di pericolosità anche le sistematiche condotte elusive degli obblighi contributivi, giacché, anche in questo caso, l’indiziato del suddetto reato realizza una provvista finanziaria da considerarsi comunque “provento” di delitto, ricavando un sostanziale vantaggio economico dall’omesso versamento delle ritenute previdenziali. Ed ecco, quindi, che se la quota trattenuta viene successivamente reinvestita in attività di tipo commerciale, i profitti di tale attività devono ritenersi inquinati dal reinvestimento della frazione di profitto imputabile alle pregresse attività elusive. Lì dove il soggetto tragga mezzi di sostentamento anche in via di fatto, non essendo titolare formale delle compagini societarie, può senza dubbio affermarsi che costui viva, almeno in parte, con i proventi di attività delittuose, con ciò integrando il presupposto di legge.

La stessa norma è stata utilizzata anche per il corruttore abituale e per il bancarottiere abituale.

Ora, il panorama sin qui passato in rassegna permette di concludere che, nel valutare la sussistenza della pericolosità sociale, il giudice della prevenzione non solo debba avvalersi dei principi del diritto penale, ma sia chiamato a descrivere con sempre maggiore precisione

⁹ Mentre nel Testo Unico di Pubblica Sicurezza del 1926 le misure di prevenzione erano considerate uno strumento cardine del controllo poliziesco dell’epoca fascista; il confino, infatti, poteva essere disposto, attraverso un procedimento di carattere amministrativo, a tutela dell’ordine pubblico, anche in presenza di una sola trasgressione alle prescrizioni impartite dall’Autorità di Pubblica Sicurezza, già la Corte Costituzionale con le sentenze Corte Cost., 14 giugno 1956, n. 2 e Corte Cost., 19 giugno 1956, n. 11, pur riconoscendo la legittimità costituzionale di un sistema di prevenzione dei fatti illeciti hanno ricondotto tali strumenti nell’alveo dei principi costituzionali, prevedendo il rispetto del principio di legalità e di un’adeguata tutela giurisdizionale.

La Corte, pertanto, dichiarava l’illegittimità costituzionale delle disposizioni che consentivano all’Autorità di Pubblica Sicurezza di applicare una misura restrittiva della libertà personale mediante un mero procedimento amministrativo. Provvedimenti che non solo violavano quanto disposto dall’art. 13 della Costituzione ma non consentivano un adeguato esercizio del diritto di difesa del proposto.

¹⁰ Cfr. tra le tante, Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2013, n. 7289, Repaci ed altri. (Nella specie il Tribunale ha applicato la misura di prevenzione della sorveglianza speciale a persona risultata dedita ad attività fraudolenta sul piano tributario sin dal 1993, con notevole impulso a partire dagli anni 2004-2005, ed ha contestualmente disposto il sequestro di numerosi beni intestati a prestanome).

la pericolosità sociale del preposto, avvicinando il giudizio compiuto a quello espresso, sia pure a diversi fini, dal giudice penale della cognizione.

La diversa metodologia di approccio nel giudizio sulle misure di prevenzione personali le rende, pertanto, compatibili con i principi della Carta Costituzionale e delle Convenzioni Comunitarie, permettendo di superare le diffidenze iniziali derivanti dall'origine storica di tali strumenti.

Si assiste, pertanto, oggi, ad una mutazione genetica dell'intero settore che ha portato le misure di prevenzione dall'essere non più pene del *sospetto* ma strumenti di "verifica giurisdizionale incidentale" di comportamenti illeciti già realizzati indicativi di una pericolosità reiterativa.

4. *L'attualità della misura di prevenzione personale*

Accertata la riconducibilità della persona ad una categoria di pericolosità e la presenza in concreto di pericolosità sociale per applicare la misura personale occorre, come detto, che la pericolosità accertata sussista al momento della decisione. Va da sé, infatti, che ove la suddetta pericolosità, pur in precedenza esistente, sia cessata non vi possa essere spazio per la prevenzione, non occorrendo alcuno specifico controllo sulle condotte del preposto.

Di conseguenza, in tal caso, la misura di prevenzione ove applicata deve essere revocata *ex nunc*.

L'attualità della pericolosità sociale, infatti, non deve essere potenziale ma concreta e specifica e deve essere desunta da comportamenti che devono risultare in atto nel momento in cui la misura deve essere applicata.

Ciò riguarda anche i casi di pericolosità qualificata perché, in linea con l'indirizzo formatosi nella giurisprudenza della Suprema Corte in materia cautelare, anche in sede di prevenzione si è ritenuto che la pericolosità sociale anche di un indiziato di appartenenza ad una consorteria mafiosa debba essere contraddistinta dal profilo dell'attualità.

Nelle sentenze più recenti¹¹, infatti, in caso di indici rilevatori di inserimento del preposto in sodalizi lontani nel tempo rispetto al momento del giudizio, il giudice deve

¹¹ Vedi Cass. pen., sez. II, 14 gennaio 2020, n. 8541, Capizzi: così recita la massima: «Ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto, sicché, a fronte di elementi positivi denotanti l'abbandono di logiche criminali di appartenenza all'associazione, l'applicazione della misura nei confronti di soggetti già detenuti per lunghi periodi temporali non può essere fondata sulla presunzione di permanenza desunta dalla condotta precedente alla pronuncia di condanna emessa nel separato giudizio penale. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio il decreto impugnato, rilevando l'omessa valutazione da parte della Corte di appello di una nota della D.I.A. attestante che il ricorrente svolgeva regolare attività lavorativa e che non risultavano circostanze successive alla sua scarcerazione idonee ad evidenziarne la pericolosità sociale). Ed ancora, Cass. pen., sez. VI, 7 luglio 2020, n. 20577, Mariniello: «Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità e, laddove sussistano elementi sintomatici di una "partecipazione" del proposto al sodalizio mafioso, è possibile applicare la presunzione semplice relativa alla stabilità del vincolo associativo purché la sua validità sia verificata alla luce degli specifici elementi di fatto desumibili dal caso concreto e la stessa non sia posta quale unico fondamento dell'accertamento di attualità della pericolosità. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio il provvedimento impugnato, sul rilievo della omessa valutazione, da parte della corte di appello, del lungo periodo di permanenza del ricorrente in stato detentivo, della confessione resa e della formulazione da parte sua di un'offerta reale alle persone offese dei

procedere ai necessari accertamenti, fornendo giustificazione adeguata sulla persistenza della pericolosità al momento della formulazione del giudizio sulla prevenzione, dovendosi escludere ogni automatismo o l'operatività di una presunzione di pericolosità sociale derivante dall'appartenenza del soggetto ad un sodalizio di stampo mafioso.

Deve rilevarsi, tuttavia, che il difetto di attualità della pericolosità sociale è ostativo soltanto all'irrogazione di una misura di prevenzione personale, non impedendo, ove ne ricorrano i presupposti, l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale.

5. *Le misure di prevenzione patrimoniali*

Tratti distintivi diversi presenta invece il giudizio di prevenzione patrimoniale, contraddistinto sia da una fase interinale che da una fase di merito.

È noto come la prima finalizzata all'adozione di un provvedimento di sequestro sia di esclusiva competenza, per quanto riguarda le indagini, dell'organo proponente e, poi, per la fase valutativa del Collegio della prevenzione che, al pari di un giudice cautelare, nella massima segretezza, compie un apprezzamento degli elementi posti a base della proposta e, laddove ne sussistono i presupposti, appone, con decreto, il vincolo reale.

La verifica in tali casi passa ancora una volta dall'apprezzamento della pericolosità sociale del proposto che segue le stesse linee valutative del giudizio compiuto in sede di applicazione della misura personale poiché il vaglio si appunta sull'inquadramento del proposto in una delle categorie di pericolosità generica o qualificata indicata dal legislatore, operazione che può risultare agevole laddove il giudizio poggi su indizi di pericolosità che risultano suffragati da sentenze irrevocabili che acclarano, ad esempio, l'appartenenza del proposto ad uno storico sodalizio mafioso o su ordinanze cautelari sulle quali si è formato un giudicato cautelare. Più complessa è invece l'operazione richiesta al decidente nel caso in cui la base probatoria sulla quale fondare il convincimento non è costituita da fatti accertati con sentenze irrevocabili in sede penale o comunque su vicende che risultano acclarate da un giudizio di merito conclusosi in primo e secondo grado, ma si fonda, piuttosto su prove indirette, o su chiamate in correità o in reità o, addirittura, su fatti oggetto di un procedimento definito con l'archiviazione o con una sentenza di proscioglimento.

In questi casi lo *standard* probatorio richiesto nel giudizio di prevenzione è tuttora inferiore rispetto alle garanzie del processo penale, seppure il giudice sia tenuto ad effettuare un vaglio critico delle allegazioni alla richiesta di misura avanzata dall'organo proponente.

Ne discende, ad esempio, che l'apprezzamento sulla prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 c.p.p., e le chiamate in correità o in reità non devono necessariamente essere sorrette da riscontri individualizzanti per potere essere poste a base del giudizio¹².

reati, a fini risarcitori, elementi di cui era necessario accertare se denotassero l'abbandono delle logiche criminali in precedenza condivise all'interno del sodalizio camorristico)».

¹² Cfr. sul punto Cass. pen., Sez. V, 8 ottobre 2019, n. 50202, Cottitto Gioacchino Francesco, ove la Corte ha escluso che potesse avere effetto preclusivo della configurabilità della pericolosità sociale del proposto la ritenuta esclusione, nel processo di merito, dell'aggravante mafiosa, giustificata non su una verifica negativa di attendibilità di un collaboratore di giustizia, ma sull'assenza di idonei riscontri ex art. 192 c.p.p.

Al contempo, il decidente può fondare il proprio convincimento anche su fatti oggetto di sentenze di patteggiamento o su vicende accertate in procedimenti definiti con un decreto di archiviazione o con sentenze di proscioglimento per cause di rito (prescrizione, tardività querela) lì dove risulti delineato con sufficiente chiarezza il fatto.

Ciò è dovuto non solo all'autonomia del giudizio di prevenzione rispetto a quello penale ma alla diversa finalità sottesa a questo tipo di giudizio rispetto a quello di merito.

La non perfetta coincidenza tra i due giudizi comporta, pertanto, che possono essere vagliati e posti a base di una misura patrimoniale anche tutte quelle circostanze che, seppure in sede di merito non sono state ritenute sufficienti a pervenire alla condanna dell'imputato, risultino in questa diversa sede rivelatrici della pericolosità sociale del proposto.

Andando, poi, ai profili più specifici relativi all'inutilizzabilità delle prove deve ricordarsi che l'inesistenza nel processo di prevenzione di un doppio fascicolo (il fascicolo del P.M. e quello del giudice del dibattimento) esclude la rilevanza della cosiddetta inutilizzabilità fisiologica degli atti contenuti nell'unico fascicolo a disposizione del giudice. Non vi sono pertanto ipotesi di inutilizzabilità relativa stabilite dalla legge con riferimento alla fase dibattimentale, né l'utilizzabilità degli atti è subordinata al consenso delle parti.

Di converso opera nel procedimento di prevenzione l'inutilizzabilità patologica che riguarda le prove assunte *contra legem* o in violazione di divieti probatori (dichiarazioni indirette su notizie che non possono essere verificate, su voci correnti del pubblico, o testimonianze indirette che non consentono identificazione della fonte conoscitiva).

6. *La perimetrazione degli acquisti*

Ciò posto, segue alla fase constatativa innanzi descritta, una fase di verifica della perimetrazione temporale degli acquisti ritenuti di illecita provenienza.

Quest'operazione precede l'ulteriore valutazione dei criteri indicati dall'art. 20 del CAM e cioè sulla mancanza di proporzione tra i beni per i quali si chiede il sequestro o dell'apprezzamento se i beni costituiscano il reimpiego o frutto di attività illecite del proposto.

Può accadere, infatti, che l'apprezzamento sulla pericolosità sociale del proposto abbia avuto esito positivo e che quindi la fase constatativa abbia portato il decidente a ritenere che concretamente dagli elementi indiziaria forniti dall'organo proponente si possano trarre elementi per formulare un giudizio di pericolosità sociale a carico dello stesso ma che poi i beni per i quali si richiede l'adozione del provvedimento interinale siano entrati nella sua disponibilità o in quella dei suoi familiari in epoca talmente successiva rispetto a quella di manifestazione della pericolosità che l'acquisto, ricadendo al di fuori della perimetrazione suindicata, non consente l'utilizzo dello strumento ablatorio, pur in presenza per ipotesi di una notevole sproporzione tra le entrate di cui dispone il proposto e gli acquisti effettuati.

Se la questione così come descritta appare di facile interpretazione e spedizione, in realtà, nella pratica, non è così perché si possono verificare situazioni in cui si può concludere che il proposto appartenga, ad esempio, ad un'associazione mafiosa radicata sul territorio ma la sentenza irrevocabile che acclara la sua partecipazione alla compagine associativa si arresti ad esempio, all'anno 2000, e successivamente a tale data non risultino dal certificato penale del proposto ulteriori delitti lucrogenetici indicativi di una sua persistente attività delittuosa.

Superata questa fase l'ulteriore aspetto che il decidente deve prendere in considerazione nell'apprezzamento della proposta che pone profili di criticità è che cosa in concreto si debba sottoporre a vincolo reale.

Spesso l'organo proponente indica in maniera confusa beni che risultano nella disponibilità del proposto e beni che, invero, costituiscono il complesso aziendale di società intestate a terzi che risultano comunque gestite dal proposto.

Ebbene nei casi in cui vi sia confusione nel patrimonio del proposto – dedito ad attività commerciali o imprenditoriali – tra beni di provenienza lecita e beni di provenienza illecita, plurimi sono i criteri interpretativi che possono essere seguiti per comprendere quali siano i beni suscettibili di apprensione.

Un primo elemento di valutazione è dato, per esempio, dalla prevalenza degli affari illeciti condotti dall'imprenditore rispetto a quelli leciti (dai bilanci della società risultava, ad esempio, un notevole incremento nel volume d'affari in corrispondenza con la manifestazione iniziale di pericolosità sociale del proposto); un ulteriore indice si trae dalla considerevole durata nel tempo di quello che si potrebbe definire asservimento dell'impresa alle finalità illecite perseguite dal proposto; un altro criterio di apprezzamento può ricavarsi dall'elevata incidenza dell'illecito profitto rispetto al valore intrinseco dell'azienda e delle quote di partecipazione nella società.

Si tratta di criteri che costituiscono applicazione concreta e sviluppo dei principi fissati dalla giurisprudenza di legittimità sulla c.d. "impresa illecita" secondo cui «non può scindersi, ai fini ablatori, la quota ideale riconducibile all'utilizzo di risorse illecite, essendo impossibile distinguerla da quella riferibile alla capacità e all'iniziativa imprenditoriale legittima»¹³.

L'accertamento della natura illecita dell'impresa richiede un rigoroso *standard* probatorio, dovendosi accertare che l'azienda sia il frutto di un'attività illecita.

Dovrà essere apprezzata, pertanto, la sussistenza dei seguenti profili e, cioè, se:

- 1) l'acquisto originario sia stato reso possibile dall'attività illecita dell'acquirente o del fondatore dell'impresa;
- 2) la crescita e l'accumulo di ricchezza della società sia stata concretamente agevolata dall'attività illecita del titolare, perché solo in questo caso può dirsi – stando al dettato normativo – che l'incremento patrimoniale sia frutto di attività illecite. Va rilevato, al riguardo, che possono formare oggetto di sequestro e di confisca oltre ai beni frutto di attività illecita anche quelli oggetto di reimpiego, atteso che la *ratio* è quella di sottrarre al soggetto pericoloso ogni utilità inquinata perché derivante direttamente o indirettamente, dal crimine.

Preme rilevare che la distinzione chiara sotto il profilo teorico, può non esserla altrettanto in pratica in quanto si assiste spesso alla commistione, nello stesso bene, di capitali leciti e illeciti, proprio perché nella prassi i contributi di provenienza lecita finiscono per fondersi in un tutt'uno inscindibile con quelli illeciti.

7. L'oggetto del vincolo ablativo

¹³ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 14 luglio 2021, n. 7072, Zummo. Nella massima si legge testualmente: «in tema di confisca di prevenzione laddove un'attività imprenditoriale si sia sviluppata ed espansa con l'ausilio e sotto la protezione di un'associazione mafiosa, ne risulta contaminato tutto il capitale sociale e l'intero patrimonio aziendale, divenendo essi stessi parti dell'impresa a partecipazione mafiosa che, come tali, sono soggette a confisca, a nulla rilevando l'iniziale carattere lecito delle quote versate dai diversi soci».

Fatte queste necessarie premesse una volta adottata la misura interinale si apre l'autonomo procedimento finalizzato alla confisca dei beni e anche qui si pongono dei problemi sul *quomodo* della prova, cioè sulle modalità di accertamento probatorio nel giudizio.

Un primo dato da cui occorre muovere che nel procedimento di prevenzione non è previsto il c.d. doppio fascicolo (PM, dibattimento) che nel processo penale è dato dalla opzione legislativa che distingue la fase delle indagini preliminari dalla fase dibattimentale. Nel procedimento di prevenzione, infatti, l'organo proponente non è solo il Procuratore della Repubblica) quindi non esiste un fascicolo del P.M. processualmente distinto – una volta esercitata l'azione di prevenzione – dal fascicolo del Tribunale.

Sono quindi utilizzabili ai fini della decisione anche elementi di prova che non si sono formati nel contraddittorio delle parti, compresi quelli acquisiti tramite le indagini difensive. Nella prassi, difatti, alla proposta si accompagnano anche elementi diversi dalle prove dibattimentali e, i difensori, negli anni sempre più spesso producono sia al fine di ottenere il rigetto del provvedimento definitorio sia al fine di chiedere la revoca del provvedimento interinale l'esito delle investigazioni da loro svolte. La base probatoria sulla quale il Tribunale dovrà decidere come già osservato nella prevenzione personale è già precostituita con buona pace del principio di oralità e di rispetto del contraddittorio e si è formata in altri procedimenti che possono essere penali, come civili ed amministrativi. Non è raro, a dire il vero, che il giudice utilizzi nell'applicazione della confisca prove assunte in altri procedimenti penali anche senza il contraddittorio con il proposto che, però, facendo parte del fascicolo del P.M. sono legittimamente allegati alla proposta.

Preme rilevare, altresì, che anche le indagini relative alle misure di prevenzione delegate alla guardia di finanza o alla polizia giudiziaria, sono effettuate senza che vi sia una disciplina dettagliata né con riferimento all'oggetto delle indagini, né ai mezzi di ricerca della prova.

L'art. 19 del CAM, infatti, indica i soggetti cui è attribuito il compimento delle indagini, vale a dire i medesimi uffici proponenti, specificando che questi ultimi possono svolgerle anche a mezzo della guardia di finanza o della polizia giudiziaria; le persone rispetto alle quali le indagini devono essere svolte, ossia i soggetti nei cui confronti può essere proposta la misura (familiari e conviventi);

l'oggetto delle indagini, individuato nel tenore di vita, nelle disponibilità finanziarie, nel patrimonio del proposto e congiunti, nell'attività economica facente capo a costoro in modo da individuare tutte le fonti di reddito e le attività economiche del proposto, compresa l'erogazione da parte dello Stato di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni comunque denominate.

La norma soffre di indeterminatezza sugli strumenti con i quali ricercare i dati summenzionati: l'art. 19 indica, infatti, una disciplina piuttosto scarna perché onera l'organo proponente di richiedere ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio, nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei soggetti già menzionati o richiede di accedere al sistema (SID) di interscambio di flussi di dati dell'Agenzia delle Entrate per acquisire elementi utili alle indagini.

La polizia giudiziaria a norma del comma 4 dell'art. 19 può procedere al sequestro dei documenti o allo svolgimento di ulteriori indagini anche su indicazione del giudice delegato.

Sia prima che dopo il sequestro, infatti, il Tribunale può procedere anche d'ufficio ad ulteriori indagini rispetto a quelle già compiute dall'organo proponente. Nella prassi non sono infrequenti casi in cui il Tribunale redige vere e proprie deleghe d'indagine alla polizia giudiziaria sia al fine di decidere in ordine all'applicazione della misura ablativa, sia al fine di

estendere il sequestro ad altri beni ritenuti strumenti dell'attività illecita del proposto che sono stati rinvenuti solo in occasione del sequestro, oppure anche al solo fine di decidere sulla domanda ablativa.

L'art. 20, comma 2 prevede e, in questo si coglie la diversità del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, che il Tribunale, investito di una proposta di sequestro finalizzato alla confisca, prima di fissare l'udienza, restituisca gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini siano incomplete ed indichi ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli artt. 34 e 34 *bis* CAM.

Per il resto questa fase d'indagine che precede l'adozione di una misura patrimoniale non è disciplinata in alcun modo da altre norme al di là di quelle richiamate sull'organo proponente, sul destinatario della proposta e sull'oggetto delle indagini e ciò induce a ritenere che vi sia un'ampia autonomia operativa dei titolari dell'azione di prevenzione e un'ampia libertà di forme nella raccolta di dati informativi da parte di costoro con l'unico limite coesistente al sistema e ai principi dello Stato di diritto, del rispetto della persona e delle prescrizioni del codice di rito sulle prove illegali perché assunte in violazione dei criteri di legge (intercettazioni senza motivazione se eseguite *extraordinem*). L'art. 19 CAM preclude, infatti, in qualsiasi tipo di procedimento, compreso quello di prevenzione, l'utilizzo di queste prove.

Da quanto sin qui descritto appare evidente che le garanzie previste dal codice di procedura nella fase delle indagini preliminari e per intenderci il sistema di controllo demandato al giudice per le indagini preliminari sulla completezza e legittimità delle indagini che l'organo d'accusa compie nell'esercizio dell'azione penale non si applichino alle indagini di prevenzione.

L'attività che precede l'applicazione della misura patrimoniale è esclusivamente inquisitoria e segreta ed è esclusa la partecipazione dell'interessato, a meno che non si compiano atti che interferiscano con i diritti fondamentali della persona e richiedano l'assistenza difensiva.

Una volta esercitata l'azione di prevenzione e instaurato il contraddittorio, invece, l'interessato ha diritto di esaminare gli atti ottenuti e formati nel corso delle indagini e di avere piena contezza del contenuto e della valenza dimostrativa di essi, oltre che di controdedurre, indicando elementi di prova documentali o dichiarativi, allegando l'esito di indagini difensive e sollecitando l'esercizio dei poteri officiosi del giudice previsti dall'art. 19 co. 5 CAM.

Va da sé che anche le risultanze acquisite a seguito degli accertamenti disposti dal Tribunale *ex art.* 19, c. 5, *cit.* il cui compimento rimane pure segreto, possono essere poste a fondamento della confisca solo dopo che saranno rese ostensibili agli interessati nel contraddittorio, potendo formarsi su di essi, inaudita altera parte, solo una decisione cautelare.

8. *Cenni sul procedimento di confisca dei beni*

Fatte queste premesse sulla fase delle indagini deve osservarsi che solo con l'intervento legislativo 161/17 è stato previsto la contestazione degli elementi a suo carico. In precedenza, infatti, al proposto veniva soltanto notificata la data dell'udienza senza alcuna indicazione al riguardo, oggi invece, all'interessato è notificata la richiesta di confisca che contiene gli

elementi di addebito a suo carico. Si può registrare sotto questo profilo, pertanto, una sorta di parallelismo con quanto previsto dall'art. 417 c.p.p. sulla contestazione nel processo penale.

Nonostante la ravvisata similitudine sono più gli elementi di diversità che caratterizzano i due istituti: nella richiesta di rinvio a giudizio e nella contestazione è descritto un fatto di reato, una condotta addebitata all'imputato, nella proposta di prevenzione non viene indicato un fatto o una condotta, ma il contenuto di una proposta che, però, non viene specificatamente disciplinata dal codice antimafia.

9. *Gli spazi di tutela del terzo*

Ciò posto, occorre verificare quali siano gli spazi di tutela riconosciuti al terzo titolare dei beni sottoposti a vincolo che deve essere necessariamente citato nel processo per potere far valere le sue pretese.

Diversi sono infatti gli spazi di tutela riconosciuti a quest'ultimo rispetto a quelli del proposto, così come diversi sono gli oneri di allegazione che gravano su costoro.

Il terzo, infatti, può contestare nel processo esclusivamente l'apprezzamento compiuto dal giudice della prevenzione sulla riconducibilità dei beni al proposto, rivendicandone la titolarità, assolvendo al relativo onere di allegazione, ma non è legittimato a contestare i presupposti per l'applicazione della misura¹⁴.

In altri termini il terzo intestatario del bene può ottenere il più favorevole dei risultati, e cioè, la revoca della confisca, solo dimostrando che la titolarità del bene è reale e non meramente fittizia. Una volta fornita la prova di tale dato, per quest'ultimo sono del tutto indifferenti le sorti della misura di prevenzione, personale e reale, disposta nei confronti del proposto, proprio perché si tratta di una vicenda processuale inidonea a produrre effetti negativi nei suoi confronti.

Quanto detto comporta che in capo al terzo che invochi l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione sussiste, al più, un mero interesse di fatto all'esito della procedura che, tuttavia, non può costituire il fondamento della legittimazione processuale, individuabile solo a fronte di un interesse giuridicamente tutelato.

A ben vedere, infatti, tutti gli aspetti che concernono i presupposti applicativi della misura sono estranei alla sfera soggettiva del terzo intestatario, sicché ammettere la possibilità di una contestazione di tali aspetti, andrebbe a ledere il fondamentale principio secondo cui la legittimazione ad agire deve essere individuata in relazione alla titolarità del diritto oggetto del giudizio, non potendosi consentire una sorta di intervento *ad adiuvandum* del terzo in favore del destinatario della misura.

Né appare dirimente l'osservazione secondo cui l'interposizione fittizia, essendo riconducibile all'istituto civilistico della simulazione relativa del contratto, non individua di per sé una condotta illecita.

L'osservazione per quanto corretta deve essere ulteriormente sviluppata dovendosi sottolineare come proprio la disciplina civilistica dettata dall'art. 1414 c.c. prevede che, se le parti hanno inteso concludere un contratto diverso da quello apparente, tra le stesse ha effetto il contratto dissimulato. Ne consegue che, nei rapporti interni tra il terzo simulato

¹⁴ Cfr. sul punto Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2024, n. 1251, Scozzari.

proprietario e reale titolare del bene, prevale non già il dato formale insito nella fittizia intestazione, bensì il dato reale.

Traslando tali concetti nell'ambito della confisca di prevenzione, ne deriva che l'unico soggetto legittimato a chiedere la restituzione del bene – anche nell'ambito del rapporto interno con il fittizio intestatario – è il titolare reale dello stesso, non potendo il terzo agire in giudizio per far valere un diritto altrui.

Le brevi note rassegnate permettono di concludere, pertanto, che, a ben vedere, gli spazi di tutela del terzo nel procedimento di prevenzione risultano assai limitati, sia per il ristretto ambito della sua legittimazione ad agire in giudizio sia per il difficile onere di allegazione che gli spetta dovendo fornire al giudice concreti elementi di fatto a sostegno della titolarità dei beni di cui rivendica la restituzione.

ABSTRACT: The Standard of Proof in Preventive Proceedings and the Scope of Protection for Third Parties

This paper undertakes a critical examination of the evidentiary standard applicable in proceedings for personal and asset-based preventive measures, focusing in particular on the structural tensions that such proceedings reveal when compared with adjudication on the merits.

It therefore explores the distinctive features of personal and patrimonial prevention proceedings vis-à-vis the ordinary criminal trial, highlighting the procedural and epistemological divergences that define the preventive model. In its final part, the analysis turns specifically to the forms of protection afforded to third parties claiming title to assets subjected to restraint within confiscation proceedings.

IL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE DAL PUNTO DI VISTA DEI TERZI. SPUNTI DI RIFLESSIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I terzi fonte di prova. - 3. I terzi titolari di diritti patrimoniali. - 4. I terzi successori nel caso di sequestro dopo il decesso del soggetto indiziato. - 5. I terzi intestatari di beni del proposto. - 6. I comproprietari. I titolari di diritti parziari. - 7. I soci. Le persone giuridiche sottoposte a sequestro o confisca. - 8. La gestione delle aziende sequestrate. I terzi contraenti e i lavoratori dipendenti. - 9. I creditori. - 10. Considerazioni finali.

1. Premessa

La natura dei procedimenti per misure di prevenzione costituisce oggetto di un ampio dibattito¹, che ha trovato nuovi sviluppi a seguito della giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo².

Il tema della posizione dei terzi presenta notevole interesse nei procedimenti per misure di prevenzione sia per gli aspetti personali che per quelli patrimoniali.

La costruzione della categoria dei “terzi” rispetto al procedimento presenta un margine di arbitrarietà; con questa consapevolezza, per affrontare il tema occorre preliminarmente determinare quali sono i soggetti del procedimento e quindi individuare i “terzi”.

* Professore Associato di diritto processuale civile, Università degli Studi di Palermo.

** Contributo aggiornato a settembre 2025.

¹ Per richiami, tra i tanti, A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile. Con la collaborazione di Vittoria Piera D'Agostino*, Pisa, 2019, *passim*; A. MANGIONE, *Misura di prevenzione (dir. pen.)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Bergamo, 2007, p. 609 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 610 ss.;

² Adeguandosi alla giurisprudenza interna, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 gennaio 2025, *Garofalo e altri c. Italia*, ricorsi n. 47269/18, 47426/18, 47793/18 e 47996/18, (commentata da FINOCCHIARO “*Garofalo e altri c. Italia*”: la Corte Edu afferma la legittimità della confisca di prevenzione e ne riconosce, per la prima volta, la natura ripristinatoria, in *Sistema penale*, 2025, I, p. 157 ss.), ha affermato che la confisca di prevenzione italiana possiede «natura riparatoria e non penale» («*restorative and not punitive nature*»), escludendo così la applicazione degli articoli 6 e 7 Cedu (per il processo penale) e dell'art. 4 Protocollo n. 7, privilegiando le esigenze repressive (o, come usa dirsi, preventive) al rispetto dei diritti umani riconosciuti dalla Convenzione.

Tuttavia l'art. 6 Cedu è stato ritenuto applicabile nel caso di confisca, perché il procedimento diretto alla confisca è stato considerato relativi a diritti e doveri di carattere civile in quanto diretto a recuperare beni acquistati illecitamente (Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2025, Ricorsi n. 36551/22, 36926/22 e 37907/22, *Isaia e altri c. Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 giugno 2014, Ricorso n. 29797/09, *Cacucci e Sabatelli c. Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 novembre 2007, Ricorso n. 399/02, *Bocellari e Rizza c. Italia*). Nel procedimento di prevenzione diretto alla confisca inoltre devono trovare applicazione le garanzie al diritto di proprietà riconosciute dall'art. 1, Protocollo 1, Cedu (per tutte Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2025, Ricorsi n. 36551/22, 36926/22 e 37907/22, *Isaia e altri c. Italia*). Il sistema delle misure di prevenzione al momento è sotto esame anche nel ricorso n. 29614/16, *Cavallotti c. Italia*, nel quale la Corte europea dei diritti dell'uomo, con provvedimento interlocutorio del 10 luglio 2023, ha posto alcuni quesiti al Governo Italiano.

La proposta di applicazione della misura può essere presentata dal questore, dal procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, dal procuratore della Repubblica e dal direttore della Direzione investigativa antimafia: tutti questi soggetti promuovono l'azione e non sono terzi.

L'altra parte del procedimento è il proposto, ovvero il soggetto nei cui confronti viene chiesta la applicazione della misura personale o reale.

Per convenzione e per semplicità di esposizione consideriamo parti soltanto questi soggetti; più avanti valuteremo se esistono altre figure che sono considerate come "terzi" ma dovrebbero essere considerate parti, o la cui posizione comunque dovrebbe essere parificata a quella del proposto.

La individuazione della categoria dei "terzi" però deve essere in qualche modo limitata per avere una concreta utilità, e anche per evitare che la trattazione debba espandere i suoi confini in modo smisurato.

Come dato di partenza possiamo considerare come terzi i soggetti diversi dalle parti in senso tecnico, che tuttavia sono coinvolti nel procedimento e pertanto hanno un interesse qualificato o un ruolo specifico. Può trattarsi di persone fisiche o di soggetti diversi dalle persone fisiche.

Per questa ragione, innanzitutto, non rileva la posizione dei terzi come appartenenti alla comunità sociale: tutti i cittadini sono interessati al corretto esercizio della giurisdizione, che viene esercitata in nome del popolo italiano; vi è pure un pubblico interesse alla diffusione del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali sia per la rilevanza sociale degli argomenti che vengono esaminati dalle decisioni sia per la natura di "precedente" che ogni provvedimento acquista nel momento in cui viene depositato.

Allo stesso modo sono estranei al tema gli ausiliari dell'autorità giudiziaria, come l'amministratore giudiziario, i testimoni e l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (in avanti Agenzia o ANBSC), la quale dopo la confisca di primo grado gestisce, in collaborazione con l'autorità giudiziaria, i beni sequestrati e, dopo la confisca definitiva, amministra i beni confiscati e decide la loro destinazione³.

La nostra attenzione sarà concentrata sui terzi privati che possono essere coinvolti nel procedimento per misure di prevenzione regolato dagli artt. 7 ss. e 23 ss. del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (in avanti, codice antimafia), il quale ha abrogato la l. 27 dicembre 1956, n. 1423, in materia di misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità, la l. 31 maggio 1965, n. 575, in materia di misure di prevenzione antimafia, e le altre disposizioni che disciplinavano la materia⁴.

³ Il ruolo e le funzioni di ANBSC sono stati esaminati in diverse occasioni della giurisprudenza, sia amministrativa che civile: cfr. Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2022, n. 12871, *cit.*, richiamata da Corte Cost. 8 febbraio 2024, n. 12, che ha qualificato ANBSC come «ente ausiliario rispetto all'organo giurisdizionale» con mera discrezionalità tecnica nella fase della liquidazione dei beni confiscati, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario nel caso di inerzia. In altri casi invece ANBSC opera con discrezionalità amministrativa, con conseguente giurisdizione dei giudici amministrativi a conoscere della impugnazione dei suoi atti (per tutte Cons. Stato, sez. III, 24 marzo 2025, n. 2411).

⁴ Non tratteremo la posizione dei terzi che possono essere coinvolti nella fase delle indagini, anche se il tema richiederebbe l'attenzione dello studioso, soprattutto quanto la proposta viene formulata da soggetti diversi dal Pubblico Ministero e al di fuori delle ordinarie indagini penali. Non va peraltro taciuta la particolare incisività, nei confronti dei terzi, delle indagini patrimoniali, che spesso coinvolgono i beni di terzi che, secondo gli investigatori, rientrano nella disponibilità diretta ed indiretta del proposto.

I terzi possono essere coinvolti sia in procedimenti diretti all'applicazione di misure personali che in procedimenti diretti all'applicazione di misure patrimoniali⁵.

L'ipotesi più complessa ed interessante per lo studio della posizione dei terzi è certamente la seconda. L'applicazione delle misure patrimoniali, peraltro, comporta pure un accertamento sulla pericolosità sociale (attuale o pregressa) e quindi ricomprende sempre la verifica dei presupposti delle misure personali.

2. I terzi fonte di prova

In ragione dell'oggetto multiforme delle misure di prevenzione, che si presentano sia come azioni *in personam* che, come azioni *in rem*, le categorie di soggetti diversi dalle parti, che possono essere coinvolti, è certamente più ampia rispetto alle categorie di terzi che possono essere coinvolti in procedimenti penali in senso stretto.

In via preliminare occorre una precisazione: nel procedimento per misure di prevenzione non c'è spazio per la persona offesa e non è prevista la costituzione di parte civile. La ragione è abbastanza ovvia: il procedimento di prevenzione non mira a punire la commissione di reati specifici e pertanto la proposta non deve contestare al proposto reati specifici, la cui commissione deve essere provata dalla pubblica accusa. In mancanza di specifici reati, non vi è spazio per la costituzione di soggetti danneggiati dai comportamenti antigiuridici del proposto.

Nel contempo la stessa costruzione delle fattispecie che possono portare all'applicazione delle misure (personali o patrimoniali) comporta un maggiore coinvolgimento di terzi come fonte di prova⁶.

L'oggetto degli accertamenti demandati all'autorità giudiziaria (gli indizi di pericolosità sociale e la appartenenza dei beni) comporta una significativa invasione nella sfera giuridica di terzi e spesso coinvolge terzi che hanno avuto contatti anche soltanto occasionali con il proposto e con gli altri soggetti che sono stati oggetto delle indagini.

Ricordiamo che, ai fini della applicazione delle misure personali, il codice antimafia contiene definizioni di fattispecie vaghe, che fanno riferimenti a indizi e in generale a comportamenti *ante, praeter o extra delictum*.

Non vige il principio di tassatività e le fattispecie di pericolosità generica contemplate nell'art. 1, codice antimafia, costruiscono la tipologia soggettiva sull'indizio di reità, sulla figura del presunto autore di reato e richiamano elementi come la condotta o il tenore di vita,

⁵ Nella delimitazione dell'oggetto dell'indagine resta esclusa la posizione dei terzi nelle procedure di amministrazione giudiziaria e di controllo giudiziario (artt. 34 e 34 *bis*, codice antimafia), che hanno caratteristiche diverse dal sequestro di prevenzione. Questi procedimenti, che nascono per evitare infiltrazioni e quindi sono rivolti sin dall'origine nei confronti di soggetti diversi dal proposto, sono molto invasivi e comportano l'esautorazione del potere dell'imprenditore o degli organi amministrativi degli enti, con possibili gravi pregiudizi per l'attività economica e talvolta portano alla cessazione dell'attività economica. Un caso rilevante è stato quello della TECNIS s.p.a., che all'esito della amministrazione giudiziaria è stata ammessa all'amministrazione giudiziaria per le grandi imprese in crisi.

⁶ Per comodità espositiva e per evitare di affrontare temi che esulano dal presente scritto, immaginiamo il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione come un procedimento accusatorio con l'onere della prova a carico dell'accusa, anche se tale principio non sembra trovare concreta applicazione nelle misure di prevenzione, trattandosi di un procedimento indiziario nel quale trovano applicazione numerose inversioni dell'onere della prova di creazione giurisprudenziale. Inoltre il tribunale ha ampi poteri inquisitori e talvolta è il vero motore dell'accusa: dispone il sequestro dei beni *inaudita altera parte*, gestisce i patrimoni oggetto di sequestro e assume di ufficio tutte le prove che ritiene utili ai fini della applicazione della misura.

la «dedizione alla commissione di delitti» o il «vivere coi relativi proventi»; le fattispecie di cui all'art. 4, codice antimafia, sono invece basate sul modello dell'«indiziato di reato»⁷.

La Suprema Corte ha più volte affermato che il giudizio di pericolosità sociale «va scisso - nelle sue componenti logiche - in una prima fase di tipo “constatativo” rapportata alla importazione di dati cognitivi idonei a rappresentare l'avvenuta condotta contraria alle ordinarie regole di convivenza tenuta - in passato - dal soggetto proposto (tra cui, ovviamente, ben possono rientrare i pregiudizi penali derivanti dall'accertamento di fatti costituenti reato) cui si unisce una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come “probabile” il ripetersi di condotte antisociali, inquadrare nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge. L'esistenza di tale duplice profilo consente - anche in chiave di rispetto dei valori costituzionali di tutela dell'individuo - di adottare le limitazioni alla sfera di libertà del soggetto raggiunto da tale prognosi; di qui il rilievo che anche il giudizio di prevenzione, lungi dal consistere in una mera valutazione di pericolosità soggettiva (la parte prognostica del giudizio) si alimenta in primis dall'apprezzamento di “fatti” storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta “indicatori” della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio)»⁸.

La ricostruzione del giudizio di pericolosità sociale enunciata dalla giurisprudenza appare intrinsecamente contraddittoria perché nella prima parte sembra ipotizzare un accertamento prognostico autonomo rispetto all'accertamento della condotta pregressa mentre nella seconda parte - con maggiore aderenza rispetto alle prassi applicative - riconosce l'automatismo con cui vengono applicate le misure sulla base di una presunzione di pericolosità sociale in forza dei “fatti” pregressi, che di per sé sono considerati indicatori della pericolosità sociale, se rientrano nelle categorie criminologiche⁹.

Ma quel che va sottolineato è che la misura di prevenzione si basa su “fatti” già commessi o in corso di commissione ma non accertati in un processo penale, con le relative garanzie, le quali non trovano applicazione nel procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Per la ricostruzione delle abitudini di vita e per la ricerca di indizi da assommare, in mancanza di precedenti accertamenti penali, le prove più diffuse sono costituite dagli esiti di intercettazioni ambientali e captazioni, spesso disposte senza le garanzie proprie del processo penale o in procedimenti relativi a soggetti diversi.

Il mancato rispetto del principio di tassatività da parte della normativa in materia di misure di prevenzione e la inapplicabilità delle garanzie proprie del processo penale, anche in punto di formazione della prova in dibattimento nel contraddittorio tra le parti, si traduce in un maggiore coinvolgimento (involontario) dei terzi, le cui conversazioni o la cui corrispondenza telematica con il proposto e con altri soggetti viene acquisita nel

⁷ Per questa ragione è stato scritto che nelle misure di prevenzione «All'accertamento del fatto illecito la norma sostituisce l'indizio, sul quale il giudice fonda la prognosi di pericolosità: non l'indizio (quale elemento direttamente o indirettamente dimostrativo) di un fatto concreto, ma l'apparenza di un fatto puramente ipotetico»: M. CERESA - C. CASTALDO, *L'insanabile antinomia della «giustizia penale preventiva»*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 300.

⁸ Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2025 (ud. 6 novembre 2024), n. 2133, ed ivi numerosi richiami.

⁹ Per ulteriori profili critici alla posizione della giurisprudenza richiamata nel testo, A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera. Nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 3, p. 25.

procedimento.

Dalle intercettazioni possono ricavarsi informazioni personali che rivelano lo stile di vita del proposto ma anche dei suoi familiari o affini, soci o dipendenti. I dati ricavati vengono riversati nel procedimento insieme alle risultanze delle indagini condotte nei confronti di una pluralità di soggetti (proposto e suoi familiari, anche non conviventi, soci e soggetti con cui essi hanno avuto contratti), all'esito, tuttavia, di una selezione operata dagli organi investigativi, senza alcuna forma di controllo.

Non essendo necessario provare fatti concreti, le indagini si espandono a 360 gradi sul proposto e i suoi familiari per ricostruire lo stile di vita e alla ricerca di indizi e il materiale investigativo automaticamente va poi a confluire negli atti del procedimento di prevenzione.

La sentenza della Corte costituzionale¹⁰ che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1, lett. c), codice antimafia, per indeterminatezza della fattispecie, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche a coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi, è intervenuta soltanto su un punto specifico della normativa vigente, ma l'assetto normativo, basato sulla ricerca di indizi e sullo stile di vita del proposto, è rimasto immutato.

Il coinvolgimento dei terzi nel procedimento si manifesta con il deposito delle intercettazioni ambientali o telefoniche, ed anche con il deposito delle acquisizioni documentali, come gli estratti conti dei rapporti bancari o delle carte di credito dei terzi, dai quali ormai risultano le abitudini di vita di ognuno di noi.

3. I terzi titolari di diritti patrimoniali

Nel procedimento di prevenzione assumono una particolare posizione i terzi che subiscono un pregiudizio in quanto titolari dei beni che vengono assoggettati a sequestro in funzione della successiva confisca.

I terzi che subiscono pregiudizi dal sequestro o dalla confisca penale trovano una tutela nelle norme eurounitarie in materia sequestro e confisca e segnatamente nel regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, in *GUCE L* del 28 novembre 2018, p. 301, e nella direttiva (UE) 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia, in *GUCE L* del 2 maggio 2024, p. 28 che ha sostituito la direttiva (UE) 42/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, in *GUCE L* del 29 aprile 2014, p. 137¹¹.

Questi provvedimenti normativi riguardano il sequestro e la confisca in materia penale. Il regolamento 2018/1805 comprende anche le misure ablativo "connesse" alla commissione di reati (art. 2) mentre la direttiva 2024/1260 «non impedisce agli Stati membri di adottare misure che consentano la confisca di patrimonio ingiustificato per altri reati o circostanze»

¹⁰ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, p. 292, con nota di V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, e di N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*.

¹¹ Sulla direttiva n. 1260/2024, v. A.M. MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1734947988_maugeri-direttiva-20241260.pdf.

(considerando n. 35); tuttavia la connessione con il reato è un legame troppo blando per la applicazione alle misure di prevenzione, che non richiedono la prova di commissione di reati, e il considerando n. 35 specifica che «L'oggetto della presente direttiva è limitato ai procedimenti in materia penale». Pertanto non sembra possano estendersi ai sequestri e alle confische per misure di prevenzione.

Tuttavia questi provvedimenti contengono importanti disposizioni a tutela del terzo (*third party*) e sottolineano che sequestro e confisca non devono pregiudicare i diritti dei terzi di buona fede¹².

Secondo la direttiva 2024/1260, in caso di sequestro o di confisca, la categoria dei terzi non comprende soltanto i titolari del diritto di proprietà ma anche i titolari di «altri diritti patrimoniali»¹³.

Sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 1 Protocollo 1 della Convenzione, che tutela la proprietà dei beni, l'espressione deve ritenersi comprensiva dei diritti diversi dalla proprietà, ma suscettibili di valutazione economica.

La direttiva estende ai terzi e agli interessati una serie di garanzie e l'art. 24, sui «Mezzi di ricorso», stabilisce che i terzi devono potere far valere i loro diritti di proprietà o altri diritti patrimoniali.

La necessità di tutelare i diritti dei terzi è sottolineata nei Considerando alla direttiva e al regolamento; le fonti eurounitarie però non dettano disposizioni specifiche e *standard* minimi di tutela e si limitano a prevedere la opportunità che i diritti dei terzi in buona fede siano tutelati conformemente al diritto nazionale.

Cercheremo adesso di esaminare, senza pretesa di completezza, le principali categorie di terzi, i cui diritti patrimoniali o le cui posizioni economiche possono essere pregiudicate dai provvedimenti di sequestro o di confisca di prevenzione, individuando gli strumenti di tutela in favore dei terzi.

Il tema presenta un particolare interesse anche perché le norme del titolo IV del primo libro del codice antimafia sulla «tutela dei terzi» nel tempo sono state gradualmente estese ai sequestri penali e pertanto oggi costituiscono il modello di riferimento della tutela dei terzi anche al di fuori dei procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione¹⁴.

¹² Considerando 15 e 46 del regolamento 2018/1805; Considerando 28 e 33 e artt. 13 e 16 della direttiva 2024/1216.

¹³ Art. 24, Nel testo inglese: *other property rights*.

¹⁴ Nel corso degli anni il legislatore, intervenendo in molteplici occasioni sull'art. 104 *bis*, disp. att., c.p.p., ha gradualmente esteso le norme sulla tutela dei terzi (o forse sarebbe meglio dire: le norme sugli effetti del sequestro e della confisca) contenute nel codice antimafia al sequestro preventivo ed alla confisca penale. A seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, le norme sulla tutela dei terzi contenute nel codice antimafia trovano applicazione in tutte le ipotesi di confisca penale: in questo senso Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2024 (ud. 18 aprile 2024), n. 23565; Cass. pen., sez. I, 7 ottobre 2024 (ud. 28 giugno 2024), n. 37108. La giurisprudenza civile non ha ancora integralmente recepito queste novità: il tribunale di Pavia con ordinanza 8 aprile 2025 ha sollevato alla Corte di cassazione civile rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363 *bis* c.p.c. chiedendo alla Suprema Corte di chiarire se le norme del codice antimafia trovano applicazione in tutte le ipotesi di confisca. Con provvedimento del 3 giugno 2025, depositato il 5 giugno 2025, il Primo Presidente della Corte di cassazione ha ritenuto ammissibile la questione ed ha rimesso la trattazione alla terza sezione civile, la quale con ordinanza del 9 ottobre 2025, n. 27111, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 104 *bis*, co. 1 *bis*, secondo periodo, disp. att., c.p.p. (come novellato dal d.lgs. n. 14 del 2019 e applicabile dal 15 luglio 2022, nella parte in cui prevede che, nei rapporti con le procedure esecutive individuali, anche al sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente ai sensi degli artt. 321, co. 2, c.p.p. e 322 *ter* c.p.p., nonché alla confisca stessa, si applica la disciplina del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, anziché la regola dell'*ordo temporalis* delle formalità pubblicitarie.

4. I terzi successori nel caso di sequestro dopo il decesso del soggetto indiziato

Una prima importante categoria è quella degli eredi. A seguito di una serie di modifiche, che hanno attribuito una “soggettività” al patrimonio del proposto e hanno superato le censure di legittimità costituzionale, il procedimento per la applicazione della misura di prevenzione patrimoniale può proseguire anche se il proposto muore durante il procedimento.

In questo caso il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa (art. 18, co. 2, codice antimafia)¹⁵.

Il procedimento di prevenzione patrimoniale può anche essere iniziato «in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca»; la richiesta di applicazione della misura di prevenzione va proposta nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare entro il termine di cinque anni dal decesso (art. 18, co. 3, codice antimafia, che riproduce il contenuto dell’art. 2 *ter*, l. n. 575/1965)¹⁶.

L’espressione utilizzata del legislatore fa sorridere: se l’indiziato di comportamenti illeciti è deceduto, non esiste un soggetto «nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca» e la confisca colpisce direttamente ed esclusivamente gli eredi e quindi soggetti terzi¹⁷.

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla analoga previsione che era contenuta nell’art. 2-*ter*, l. n. 575/1965, ed ha rigettato le questioni di legittimità, che erano state sollevate per violazione dell’art. 24 e dell’art. 111 Cost., affermando che «Per quanto riguarda la prima delle due prospettive argomentative sviluppate dal rimettente, è sufficiente osservare che, nel procedimento delineato dalla disposizione censurata, parti sono i «successori a titolo universale o particolare» del «soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta» e non quest’ultimo: sono dunque del tutto prive di fondamento le argomentazioni volte a riferire le ipotizzate violazioni del diritto di difesa e del principio del contraddittorio al soggetto deceduto e non ai suoi successori»¹⁸.

Con questa decisione la Corte costituzionale ha consentito al procedimento di avere

¹⁵ La possibilità di procedere alla confisca nel caso di morte del proposto nel corso del procedimento di prevenzione era stata affermata dalla giurisprudenza, anche se mancava una norma espressa, quando era vigente la l. 31 maggio 1965, n. 575, che regolava le misure di prevenzione antimafia prima della entrata in vigore del codice antimafia: cfr. Cass. pen., sez. un., 17 luglio 1996, (ud. 3 luglio 1996), n. 18.

¹⁶ La possibilità di instaurare il procedimento di prevenzione patrimoniale (*rectius*: procedimento diretto alla confisca) dopo la morte del proposto è stata introdotta dal d.l. 25 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125, che ha modificato gli artt. 2 *bis* e 2 *ter*, l. n. 575/1965. Il d.l. n. 92/2008 ha pure sancito il principio di applicazione disgiunta della misura patrimoniale rispetto alla misura personale ed ha stabilito, da un lato, che le misure patrimoniali possono essere applicate indipendentemente dalla pericolosità sociale del proposto al momento della richiesta (art. 2 *bis*, co. 6 *bis*, l. n. 575/1965) e dall’altro lato che il procedimento per la confisca dei beni può essere instaurato, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso (art. 2 *ter*, co. 11, l. n. 575/1965).

¹⁷ Sul procedimento di confisca nei confronti degli eredi v. Cass. pen., Sez. Un., 16 marzo 2017 (ud. 22 dicembre 2016), n. 12621, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 2504, con nota di F. CAVALLI, *Le Sez. Un. sulle misure preventive patrimoniali dopo la morte del soggetto pericoloso*, la quale ha precisato che le nozioni di «erede» e di «successore a titolo universale o particolare», cui fa riferimento l’art. 18 codice antimafia sono quelle proprie del codice civile, senza alcuna possibilità di dare rilievo all’anomala figura di «erede o successore di fatto». Nello stesso senso, in precedenza Cass. pen., Sez. VI, 11 gennaio 2016 (ud. 16 dicembre 2015), n. 579.

¹⁸ Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21, sulla quale v. F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del ‘morto’. Un non liquet della Corte costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Commento%20Menditto.pdf>.

una direzione soggettiva (almeno nella forma), ma ha mutato il destinatario della confisca, che è un soggetto estraneo alla commissione degli ipotetici illeciti.

Il riconoscimento all'erede del ruolo di parte tuttavia non è diretto a tutelare il terzo, ma ad evitare la pronuncia di illegittimità costituzionale della norma. Gli eredi infatti restano "terzi" rispetto ai presunti illeciti commessi dal dante causa: non li hanno commessi e non erano compartecipi (neppure a livello indiziario); non avendo vissuto in prima persona i presunti illeciti non hanno elementi per contrastare i risultati delle indagini, spesso molto invasive, portate avanti dagli organi dello Stato e di fatto non hanno la possibilità di difendersi¹⁹.

Il procedimento contro gli eredi conosce una ulteriore categoria di terzi, *id est*: i terzi intestatari di beni che al momento del decesso erano nella disponibilità dell'ipotetico proposto.

Segnatamente, secondo la giurisprudenza, la disponibilità in capo al proposto non viene meno con il decesso e l'«azione patrimoniale» può essere orientata anche sui beni frutto di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego formalmente intestati a terzi dal *de cuius*²⁰, anche se il decesso ha chiaramente fatto venire meno la intestazione formale. La confisca, in questo caso, è conseguenza della (originaria) intestazione da parte del *de cuius* e non è richiesto un accertamento sulla perdurante intestazione fittizia in favore degli eredi.

Gli intestatari formali, che sono estranei ai presunti illeciti, dovranno essere chiamati ad intervenire e per loro trovano applicazione le disposizioni che regolano la partecipazione al procedimento dei terzi intestatari di beni sequestrati.

5. I terzi intestatari di beni del proposto

Altra importante categoria di terzi è costituita dai proprietari di beni che secondo il tribunale rientrano nella disponibilità del proposto, i c.d. terzi intestatari fittizi.

Ai sensi dell'art. 20 codice antimafia il tribunale, anche d'ufficio, con decreto motivato, ordina il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è stata presentata la proposta «risulta poter disporre, direttamente o indirettamente», quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

Il sequestro viene disposto senza alcun preventivo contraddittorio e non è soggetto ad impugnazione immediata; sarà lo stesso tribunale, in deroga al principio di terzietà e imparzialità del giudice, a pronunciarsi sulla confisca all'esito degli accertamenti necessari per la verifica dei presupposti della misura di prevenzione personale e patrimoniale.

Il sequestro quindi permarrà fino alla conclusione del primo grado senza la possibilità di un riesame immediato²¹.

¹⁹ P. MORELLO, *La problematica disciplina degli eredi nel processo di prevenzione valutata alla prova dei fatti*, in *Archivio Penale*, 2019, n. 3, p. 14, parla di «difesa impossibile», perché gli eredi del soggetto che sarebbe stato soggetto alla misura di prevenzione (se vivo) non possono conoscere i fatti spesso remoti che riguardavano il dante causa e quindi concretamente non hanno elementi per difendersi.

²⁰ Cass. pen., sez. un., 16 marzo 2017 (ud. 22 dicembre 2016), n. 12621, cit.; Cass. pen., sez. I, 9 novembre 2016 (ud. 27 maggio 2016), n. 47215, le quali usano l'espressione «azione patrimoniale» per indicare l'azione promossa dallo Stato dopo il decesso del proposto.

²¹ Cass. pen., sez. I, 11 settembre 2023 (ud. 8 giugno 2023), n. 37078; Cass. pen., sez. un., 19 novembre 2019 (ud. 26 settembre 2019), n. 46898; *contra*, ma la giurisprudenza ha poi definitivamente mutato indirizzo, Cass.

Questi terzi, anche se nei loro confronti non sussistono indizi di pericolosità sociale, sono immediatamente privati del godimento dei loro beni, comprese le disponibilità bancarie.

L'art. 24 codice antimafia prevede la confisca dei beni sequestrati di cui il proposto non possa giustificare la legittima provenienza e di cui il proposto, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego; la stessa disposizione aggiunge che il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale.

Il concetto di disponibilità non coincide con quello civilistico di proprietà; ai fini del sequestro e della successiva confisca non occorre neppure la prova di una interposizione fittizia, in senso civilistico²². La giurisprudenza ha affermato che la disponibilità «a qualsiasi titolo» da parte del proposto, è una formula ampia ed aperta a qualsiasi figura giuridica²³.

Il terzo per evitare la confisca deve dimostrare di avere acquistato il bene con provvista propria e deve dimostrare che il bene non è nella disponibilità del proposto, con una sostanziale inversione dell'onere della prova.

Nel caso della moglie, dei figli (anche non conviventi) e dei conviventi, la semplice sperequazione tra i redditi e gli impieghi del nucleo familiare costituisce presunzione di disponibilità dei beni in capo al proposto²⁴.

L'art. 26 codice antimafia prevede la ulteriore ipotesi in cui il tribunale accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi; in questo caso con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione.

La stessa disposizione aggiunge che, fino a prova contraria, si presumono fittizi:

a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;

b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione.

Si tratta di ipotesi ulteriori rispetto ai casi di diretta o indiretta disponibilità dei beni in

pen., sez. VI, 11 gennaio 2016 (ud. 16 dicembre 2015), n. 579, che aveva ammesso la impugnazione immediata del decreto di rigetto della istanza di revoca del sequestro.

²² Il tema richiederebbe un autonomo approfondimento. Sul tema e su ulteriori aspetti legati alla tutela dei terzi intestatari, v. C. BRIGNONE, *Orientamenti giurisprudenziali recenti sui confini (incerti) dei diritti di difesa del terzo intestatario del bene rispetto alla confisca di prevenzione*, in *Sistema penale*, 2024, fasc. 10, p. 5 ss.; Per una casistica si vedano, tra le tante, Cass. pen., sez. V, 12 maggio 2025 (ud. 28 gennaio 2025), n. 17822; Cass. pen., sez. V, 6 luglio 2017, (ud. 11 aprile 2017), n. 32996.

²³ A titolo esemplificativo, si è affermata la disponibilità in capo al proposto (con conseguente confisca) nel caso di conduzione di beni in leasing o nel caso in cui il proposto conduca in affitto una azienda: Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2017 (ud. 31 marzo 2017), n. 33538. Per una possibile distinzione tra leasing finanziario e leasing traslativo, v. però Cass. pen., sez. II, 20 settembre 2023, (ud. 14 giugno 2023), n. 38433.

²⁴ Per tutte, Cass. pen., sez. VI, 9 marzo 2023, (ud. 11 gennaio 2023), n. 10063, ed ivi numerosi richiami anche sulla irrilevanza di eventuali finanziamenti bancari per l'acquisto, se il terzo non prova di avere avuto disponibilità proprie per rimborsare il finanziamento. Una apertura parziale per la tutela del terzo è offerta dalla giurisprudenza che consente ai terzi, che intendono rivendicare l'effettiva disponibilità dei beni, ritenuti del proposto e a loro solo fittiziamente intestati, di giustificare la proporzione tra quanto posseduto e la propria capacità economica attraverso proventi derivanti da evasione fiscale: Cass. pen., sez. V, 12 maggio 2025 (ud. 28 gennaio 2025), n. 17822. *Contra* v. però Cass. pen., sez. I, 21 marzo 2019 (ud. 16 gennaio 2019), n. 12629.

capo al proposto e la giurisprudenza afferma che la dichiarazione di intestazione fittizie non è un presupposto necessario per la confisca²⁵.

Per quanto riguarda i rimedi e le facoltà processuali concesse dall'ordinamento ai terzi intestatari, l'art. 23 codice antimafia stabilisce che sono chiamati ad intervenire nel procedimento; inoltre possono proporre impugnazione alla corte di appello contro il decreto di confisca emesso dal tribunale. Contro il decreto di secondo grado i terzi possono proporre ricorso per cassazione ma – al pari del proposto – soltanto per violazione di legge o in caso di motivazione del tutto mancante oppure apparente e, dunque, inesistente. Si tratta di casi limite, nei quali la motivazione è del tutto avulsa dalle risultanze processuali o si avvalga di argomentazioni di puro genere o di asserzioni apodittiche o di proposizioni prive di efficacia dimostrativa, o comunque il giudice non dia in realtà conto del percorso logico seguito per pervenire alla conclusione che adotta, argomentando per clausole di stile o affermazioni generiche non pertinenti allo specifico caso sottoposto alla sua valutazione²⁶.

Non è consentito invece il ricorso per illogicità o contraddittorietà della motivazione ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p.²⁷.

La limitazione dei motivi di ricorso suscita dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. Se è vero infatti che – secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo – i procedimenti per misure di prevenzione non rientrano nella materia penale, essi comportano una interferenza con la proprietà, tutelata dall'art. 1, protocollo 1, Cedu con conseguente diritto ad un processo equo²⁸, che comprende il diritto ad una base legale della confisca e ad una decisione sufficientemente motivata²⁹.

Altro rilevante limite ai poteri di impugnazione dei terzi intervenienti è stato introdotto dalla giurisprudenza, che consente al terzo di provare soltanto la mancanza di disponibilità del bene in capo al proposto, ma non gli consente di contestare i presupposti della confisca in capo al proposto, e in particolare i presupposti della pericolosità sociale e della sperequazione³⁰.

²⁵ Cass. pen., sez. un., 16 marzo 2017 (ud. 22 dicembre 2016), n. 12621, cit.

²⁶ Per tutte Cass. pen., Sez. V, 5 marzo 2015 (ud. 14 luglio 2014) n. 9677; Cass. Pen., sez. I, 23 luglio 2025 (ud. 16 aprile 2025) n. 26962, la quale ricorda pure che nel procedimento di prevenzione il vizio di travisamento della prova per omissione ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p. è estraneo al procedimento di legittimità, a meno che il travisamento non abbia investito plurime circostanze decisive totalmente ignorate ovvero ricostruite dai giudici di merito in modo talmente erroneo da trasfondersi in una motivazione apparente o inesistente, riconducibile alla violazione di legge.

²⁷ Non è neppure ammesso il ricorso per il motivo previsto dalla lett. e) dell'art. 606 nel caso di mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, co. 2, c.p.p., stanti le caratteristiche del procedimento camerale.

²⁸ Si vedano le decisioni *British-American Tobacco Company Ltd v. Paesi Bassi*, 20 novembre 1995, § 67 e *Raimondo v. Italia*, 22 febbraio 1994, § 43.

²⁹ *H. v. Belgio*, 30 novembre 1987, § 53.

³⁰ In questo senso, di recente e per richiami, Cass. pen., sez. un., 5 settembre 2025 (ud. 27 marzo 2025), n. 30355, ha risolto il contrasto di giurisprudenza recependo l'orientamento restrittivo, che peraltro era nettamente maggioritario – v. per tutte, Cass. pen., sez. I, 23 luglio 2025 (ud. 16 aprile 2025) n. 26962. – ed ha affermato che in caso di confisca di prevenzione avente ad oggetto beni ritenuti fittiziamente intestati a un terzo, quest'ultimo può rivendicare esclusivamente l'effettiva titolarità dei beni confiscati. Un orientamento minoritario consentiva al terzo poteva contestare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione della misura personale nei confronti del proposto, mentre un terzo orientamento, pure minoritario, consentiva al terzo di contestare i presupposti oggettivi della confisca (*id est*: la sproporzione e la provenienza del bene), ma non quelli soggettivi. La soluzione del contrasto era stata sollecitata da Cass. pen., sez. V, 27 novembre 2024 (ud. 7

Nel processo penale invece la giurisprudenza ha recentemente manifestato una maggiore apertura in favore del terzo titolare di beni sui quali sia disposto il sequestro finalizzato alla confisca allargata (o confisca in casi particolari) *ex art. 240 bis c.p.* e consente al terzo di contrastare la legittimità in quanto tale della confisca sottolineando che «la predisposizione di garanzie procedurali ‘effettive’ nel sistema interno, a tutela della posizione del soggetto terzo, coinvolto in procedure tese alla ablazione del diritto di proprietà, è condizione più volte rimarcata dalla Corte Edu come necessaria, a pena di accertamento della violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione Edu agli articoli 1 Prot. Add. (tutela della proprietà) e 13 Conv. (effettività della tutela giurisdizionale) » e che l'interesse del terzo «può essere diretto non soltanto a contestare la validità degli elementi introdotti dall'accusa a sostegno della fittizietà della intestazione, ma può dirigersi anche verso la dimostrazione dell'assenza di altri ‘presupposti legali’ della confisca, tra cui in particolare la esigenza di ‘ragionevolezza temporale’ tra acquisto e commissione del fatto di reato legittimante l'ablazione, ferma restando la estraneità della difesa del terzo (...) ai temi di prova strettamente correlati alla colpevolezza dell'imputato per il reato-spia della confisca estesa o alla sussistenza della condizione soggettiva di pericolosità in prevenzione»³¹.

A causa di questa posizione della giurisprudenza il terzo subisce di riflesso le conseguenze della inerzia del proposto e può esercitare solo in modo limitato il diritto di difesa in giudizio.

6. I comproprietari. I titolari di diritti parziali

La misura di prevenzione patrimoniale sin dal sequestro produce gravi effetti pure nei confronti di altre categorie di soggetti estranei ai presunti illeciti, che però intrattengono rapporti giuridici con il proposto.

Una prima categoria, diversa dai terzi intestatari, è costituita da quelli che possiamo definire i “terzi comproprietari”, espressione con la quale intendiamo indicare i titolari di quote di beni che non sono state sottoposte a sequestro o confisca (c.d. quote libere), nel caso in cui il bene è stato sottoposto a sequestro soltanto *pro quota* perché il proposto aveva la disponibilità diretta o indiretta soltanto di una quota del bene.

Le quote sequestrate o confiscate possono essere intestate al proposto o anche a terzi.

In questo caso il codice antimafia, per favorire la posizione dell'amministratore giudiziario, introduce una serie di deroghe alle norme del codice civile con conseguente pregiudizio a carico del terzo incolpevole.

Innanzitutto l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, può chiedere al giudice civile di essere nominato amministratore della comunione (art. 40, co. 5, codice antimafia), in deroga alle disposizioni del codice civile che rimettono alla maggioranza la nomina dell'amministratore (cfr. art. 1106 c.c.).

Se l'amministratore giudiziario diventa anche amministratore della comunione, il terzo

novembre 2024), n. 43160, la quale aveva rimesso alle sezioni unite la seguente questione interpretativa «se, in caso di confisca di prevenzione avente ad oggetto beni ritenuti fittiziamente intestati a un terzo, quest'ultimo sia legittimato e/o abbia interesse a contestare i presupposti per l'applicazione della misura nei confronti del proposto, quali la condizione di pericolosità, la sproporzione fra il valore del bene confiscato e il reddito dichiarato, nonché la provenienza del bene stesso». In dottrina sul tema, C. BRIGNONE, *Orientamenti giurisprudenziali recenti*, cit., p. 5 ss.

³¹ Cass. pen., sez. I, 14 maggio 2021 (ud. 15 dicembre 2020), n. 19094.

comproprietario perde la possibilità di partecipare alla gestione; va pure considerato che l'amministratore giudiziario opera come ausiliario del tribunale e il terzo comproprietario non è "parte" del procedimento di prevenzione e non rientra nel novero dei soggetti legittimati ad intervenire³². Di conseguenza non ha neppure conoscenza degli atti del procedimento (né tanto meno per lui è agevole ottenere copia delle eventuali istanze o dei provvedimenti emessi dal giudice delegato alla procedura, che vengono considerati atti non ostensibili).

Le disposizioni in materia di destinazione dei beni confiscati stabiliscono che, dopo la confisca, l'Agenzia o il partecipante alla comunione promuovono incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. e il tribunale, disposti i necessari accertamenti tecnici, adotta gli opportuni provvedimenti per la divisione del bene.

Qualora il bene risulti indivisibile, i partecipanti in buona fede possono chiedere l'assegnazione dell'immobile oggetto di divisione, previa corresponsione del conguaglio dovuto in favore degli aventi diritto, in conformità al valore determinato dal perito nominato dal tribunale.

Quando l'assegnazione è richiesta da più partecipanti alla comunione, si fa luogo alla stessa in favore del partecipante titolare della quota maggiore o anche in favore di più partecipanti, se questi la chiedono congiuntamente.

Se non è chiesta l'assegnazione, si fa luogo alla vendita a cura dell'Agenzia e osservate, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura civile; in alternativa, l'Agenzia può disporre l'acquisizione del bene per intero al patrimonio dello Stato e gli altri partecipanti alla comunione hanno diritto alla corresponsione di una somma equivalente al valore determinato dal perito nominato dal tribunale, con salvezza dei diritti dei creditori iscritti e dei cessionari.

In caso di acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, il tribunale ordina il pagamento delle somme, ponendole a carico del Fondo Unico Giustizia.

Qualora il partecipante alla comunione non dimostri la propria buona fede, la relativa quota viene acquisita a titolo gratuito al patrimonio dello Stato ai sensi dell'art. 45, co. 1, codice antimafia.³³

La disciplina appena richiamata rimette il processo di divisione al giudice delle misure di prevenzione, in deroga ai criteri ordinari di determinazione della competenza³⁴; non è chiaro neppure quale accertamento debba essere compiuto ai sensi dell'art. 45, co. 1, codice antimafia sulla buona fede: il procedimento per misure di prevenzione si è già concluso e

³² L'art. 23, codice antimafia, stabilisce che i «terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio». La norma fa riferimento ai proprietari e ai comproprietari «dei beni sequestrati» di cui agli articoli precedenti, e quindi agli intestatari dei beni (o delle quote) che sono stati sequestrati, non ai comproprietari di c.d. quote libere, i quali infatti nella prassi non vengono chiamati nel procedimento.

³³ Art. 48, co. 7 *ter*, codice antimafia, come modificato dall'art. dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132.

³⁴ I giudici penali, peraltro, sono restii ad occuparsi di aspetti civilistici. Con decreto 20 dicembre 2024/8 gennaio 2025, inedito, il tribunale di Trapani, sezione misure di prevenzione, chiamato ad emettere i provvedimenti necessari per la divisione di alcuni beni che erano stati confiscati pro quota ed appartenevano ad una società, ha dichiarato inammissibile l'istanza motivando che nel caso di confisca di compendi aziendali la destinazione dei beni è rimessa in via esclusiva alla Agenzia ai sensi dell'art. 48, co. 8, codice antimafia. Cass. pen., sez. VI, 12 settembre 2025 (ud. 27 giugno 2025), n. 30613, ha annullato il decreto con rinvio, ritenendo inconferente il riferimento all'art. 48, co. 8, codice antimafia, il quale presuppone «in caso di enti sociali, che si verta in ipotesi di unitaria apprensione del relativo compendio».

porre a carico del terzo una ulteriore prova della buona fede costituisce una deroga ai principi, anche in materia di onere della prova, che dovrebbero regolare la confisca dei beni di terzi.

Suscita perplessità pure la previsione che rimette alla Agenzia la vendita dei beni, perché questa previsione lascia il privato alla mercé dei tempi della Agenzia (sul tema v. pure *infra*).

Una seconda categoria di terzi, che trova espresso riconoscimento legislativo, è costituita dai titolari di diritti reali o personali di godimento nonché diritti reali di garanzia sui beni in sequestro (art. 20, co. 4, codice antimafia).

Questi soggetti sono chiamati ad intervenire nel procedimento e possono svolgere le loro deduzioni con l'assistenza di un difensore, nonché chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca³⁵; tuttavia non possono proporre impugnazioni per contestare i presupposti della confisca, trattandosi di soggetti diversi dal proposto.

I diritti parziari di godimento e i diritti reali di garanzia, anche se muniti di data certa³⁶, sono destinati ad essere travolti nel caso di confisca in forza dell'art. 52, co. 4, codice antimafia, il quale stabilisce che la confisca definitiva di un bene determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento o un diritto reale di garanzia, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento e di garanzia sui beni stessi (la posizione dei creditori muniti di diritti reali di garanzia sarà approfondita più avanti).

I titolari di diritti parziari possono chiedere soltanto il riconoscimento di un equo indennizzo in loro favore (e quindi si trasformano in creditori). La misura dell'indennizzo deve essere commisurata alla durata residua del contratto o alla durata del diritto reale e le modalità di calcolo devono essere stabilite con decreto da emanarsi dal Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro della giustizia (art. 52, co. 5, codice antimafia).

7. I soci. Le persone giuridiche sottoposte a sequestro o confisca

Il sequestro e la confisca possono avere ad oggetto quote o azioni di società e compendi aziendali.

Nel caso di sequestro non totalitario viene in rilievo la posizione dei soci di buona fede, che devono confrontarsi con un nuovo soggetto che è l'amministratore giudiziario e, dopo la confisca, l'Agenzia.

Nel caso di sequestro e di confisca di partecipazioni, l'amministratore giudiziario e l'Agenzia operano come socio.

La giurisprudenza afferma che le società di capitali attinte da sequestro o da confisca, parziale o totalitaria che sia, non si sottraggono allo statuto normativo proprio delle società di capitali,³⁷ ma questo principio subisce numerose deroghe e spesso viene riconosciuta al socio pubblico una posizione speciale: ad esempio, lo Stato non è vincolato non solo da

³⁵ V. art. 23, co. 3, codice antimafia, e Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2024 (ud. 19 novembre 2024), n. 43700.

³⁶ In mancanza di data certa i terzi non godono di alcuna tutela. Ai sensi dell'art. 21, co. 2, codice antimafia, il giudice delegato alla procedura, sentito l'amministratore giudiziario, valutate le circostanze, può ordinare lo sgombero degli immobili occupati senza titolo ovvero sulla scorta di titolo privo di data certa anteriore al sequestro, mediante l'ausilio della forza pubblica. La norma pregiudica i terzi, anche se di buona fede, prima ancora di una pronuncia di primo grado ed anche se mancano specifiche esigenze cautelari.

³⁷ Cass. pen., sez. VI, 12 settembre 2025 (ud. 27 giugno 2025), n. 30613.

eventuali accordi tra i soci, ma neppure dallo statuto societario e può disconoscere l'efficacia di singole clausole nei suoi confronti, in quanto la confisca costituisce una forma di acquisto a titolo originario³⁸.

Il codice antimafia, in deroga ai principi del diritto civile e commerciale, prevede la possibilità che il sequestro o la confisca, anche parziale, abbiano ad oggetto sia le quote rappresentative del capitale sociale (o le azioni, nel caso di società per azioni) sia il patrimonio della società, costituito in azienda.

Le quote e il patrimonio aziendale, ai fini del sequestro e della confisca, sono considerate entità distinte, suscettibili di autonomi provvedimenti ablatori.

In particolare, il sequestro e la confisca del compendio aziendale sono previsti dall'art. 20 e dall'art. 24 codice antimafia, i quali stabiliscono che il sequestro (o la confisca) delle partecipazioni totalitarie si estende automaticamente ai relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli artt. 2555 ss. c.c. Nella prassi e nell'art. 112, co. 5, lett. b), codice antimafia, il complesso dei beni costituito in azienda viene denominato compendio aziendale.

I beni che costituiscono l'azienda vengono così colpiti dalla misura due volte: in via diretta, tramite il sequestro o la confisca del compendio aziendale, e in via indiretta tramite il sequestro o la confisca delle partecipazioni sociali.

La giurisprudenza ritiene possibile il sequestro e la confisca dei complessi aziendali anche nel caso in cui non vi è un sequestro o una confisca di partecipazioni totalitarie³⁹.

Questo regime produce effetti nei confronti dei soci del proposto, che possono subire il sequestro del compendio aziendale anche se restano titolari delle quote.

Il sequestro del compendio aziendale comporta un esautoramento dei poteri degli organi societari e la gestione dell'azienda passa all'amministratore giudiziario⁴⁰.

Qualora il sequestro abbia ad oggetto partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze dei voti in assemblea, il tribunale impartisce le direttive sull'eventuale revoca dell'amministratore della società, che può essere nominato nella persona dell'amministratore giudiziario. Se viene nominato un amministratore diverso all'amministratore giudiziario, il tribunale determina le modalità di controllo e di esercizio dei poteri da parte dell'amministratore giudiziario; allo stesso modo il tribunale impartisce le opportune direttive qualora il sequestro abbia ad oggetto partecipazioni societarie che non assicurino le maggioranze in assemblea.

L'esigenza di tutelare i soci di buona fede viene in rilievo pure nel caso di sequestro dell'intero compendio aziendale di una società in cui un terzo ha una quota di minoranza: in questa ipotesi il terzo si trova formalmente intestatario di quote, alle quali però non corrisponde alcun valore economico.

La giurisprudenza ammette anche il sequestro o la confisca di una quota del compendio

³⁸ Cass. civ., sez. VI, 4 marzo 2021, n. 6068, ha affermato che la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società non è opponibile allo Stato, divenuto socio a seguito della confisca delle partecipazioni societarie che costituisce una forma di acquisto a titolo originario.

³⁹ Cass. pen., sez. I, 26 luglio 2019 (ud. 4 luglio 2019), n. 34094.

⁴⁰ Per tutte Cass. civ., sez. III, 10 dicembre 2021, n. 39231. A seguito del sequestro del compendio aziendale, l'organo amministrativo della società viene esautorato e «resta nella titolarità di tutte le funzioni non riguardanti la gestione del patrimonio»: così, in motivazione, Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2016, n. 25736; nello stesso senso Cass. civ., Sez. VI-1, 4 novembre 2014, n. 23461. In dottrina, F. FIMMANÒ - R. RANUCCI, *Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res" e amministratori volontari delle persone giuridiche*, in https://www.ilcaso.it/uploads/allegati_saggi/fimmano-ranucci-21-10-2015.pdf.

aziendale⁴¹. In questo caso, la società e il socio di buona fede si vedono privati della corrispondente porzione del patrimonio aziendale e si verifica una situazione giuridica non regolata dal codice civile, in cui un terzo (lo Stato, che è anche socio) diventa comproprietario *pro indiviso* e a titolo originario di una quota del compendio aziendale. Per effetto della confisca sorge una comunione avente ad oggetto una universalità di beni soggetti a regimi giuridici diversi.

Questa nuova forma di comunione comporta una serie di problemi pratici sia per il socio di buona fede sia per i terzi che contrattano per la società. In sede di redazione del bilancio, ad esempio, dovrebbe espungersi la quota di patrimonio che è stata confiscata e i terzi creditori della società si trovano nella impossibilità di aggredire il patrimonio sociale, in quanto i beni societari appartengono *pro quota* all'Erario e la competenza per il giudizio di divisione appartiene in via esclusiva al tribunale che ha disposto la confisca⁴².

Nei rapporti tra soci si pone pure il tema della gestione del patrimonio societario, che costituisce una comunione tra soggetti diversi: la società da un lato e lo Stato dall'altra.

Allo stesso modo, nel caso di confisca integrale del compendio, si assiste ad un fenomeno giuridico unico: la società non è più proprietaria di alcun asset, ma continua ad operare nei rapporti con i terzi⁴³; il patrimonio appartiene all'erario⁴⁴ e secondo la giurisprudenza (anche costituzionale) non può essere aggredito dai creditori: non soltanto dai creditori anteriori al sequestro, ma neppure dai creditori che hanno contrattato con

⁴¹ Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2019 (ud. 5 febbraio 2019), n. 19280.

⁴² Il tema è complesso e solleva numerosi dubbi. Si deve ritenere che in questo caso il creditore della società possa aggredire *pro quota* le somme liquide, trattandosi di beni separabili in natura, mentre non sembra possibile promuovere una espropriazione sui beni immobili indivisi, perché la comunione riguarda il compendio aziendale e non singoli beni. Per altro verso, in forza delle disposizioni del codice di procedura civile il creditore non può pignorare universalità di beni, come l'azienda, e la situazione appare assimilabile alla comunione ereditaria: nel caso di beni in comunione ereditaria, la giurisprudenza ritiene che sia possibile procedere ad esecuzione (nelle forme dalla espropriazione dei beni indivisi) soltanto nel caso in cui vengano pignorati tutti i beni in comunione; ove ciò non sia possibile perché la comunione è costituita da beni di diversa natura, il creditore deve prima proporre in via surrogatoria un giudizio di divisione: Cass. civ., sez. II, 17 agosto 2022, n. 24833; Cass. civ., sez. VI - 3, 19 marzo 2013, n. 6809; Cass. civ., sez. I, 23 ottobre 1967, n. 2615; Cass. civ., sez. III, 13 agosto 1964 n. 2308. Ina ulteriore complicazione però deriva dal fatto che nel caso di confisca di prevenzione di quote di beni il codice antimafia però rimette il giudizio di divisione al tribunale penale e le quote di beni immobili confiscati entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello stato e non possono essere distolti dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubblicistiche previste dal codice antimafia (Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2025, n. 720). Questo speciale regime dei beni confiscati induce a dubitare della possibilità, per i creditori, di promuovere un procedimento di espropriazione dei beni indivisi e non è agevole individuare le possibili forme di tutela in favore dei creditori.

⁴³ I bilanci delle società il cui patrimonio è interamente confiscato, salvo rarissime eccezioni, non danno atto di queste peculiarità. Anche nel caso in cui i bilanci menzionano la confisca del patrimonio, spesso continuano a riportare il capitale sociale, che invece dovrebbe essere azzerato perché non vi è nessuna voce dell'attivo che possa bilanciare il capitale sociale, che, come noto, viene iscritto tra le voci del passivo.

⁴⁴ Per questa ragione in catasto i beni immobili vengono intestati all'Erario dello Stato. Ai sensi dell'art. 48 codice antimafia, a seguito della confisca, l'Agenzia, se non decide di destinare i beni aziendali a scopi di utilità sociale, può concedere in affitto o in locazione l'azienda. A seguito delle modifiche introdotte dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, l'art. 48, co. 15 *ter*, codice antimafia, al fine di consentire la prosecuzione delle attività, prevede la possibilità che i beni immobili confiscati già facenti parte del patrimonio aziendale di società, le cui partecipazioni sociali siano state confiscate in via totalitaria o siano comunque tali da assicurare il controllo della società, vengano nuovamente intestati alla società, che in questo modo ottiene la reimmersione dei cespiti nel patrimonio aziendale. In questo modo la società viene reintegrata del suo patrimonio per proseguire la sua attività e in vista di eventuali alienazioni; come ulteriore effetto, i creditori potranno nuovamente fare affidamento sul patrimonio della società per la soddisfazione dei loro diritti.

l'amministratore giudiziario o dal coadiutore nominato dall'Agenzia dopo la confisca⁴⁵.

Questi creditori rischiano quindi di non potere soddisfare i propri crediti e restano privi di concreti strumenti di tutela.

Un cenno, infine, alla posizione della società nel procedimento per misure di prevenzione.

Nel caso di sequestro, totale o parziale, del compendio aziendale, la società, quale terzo titolare di beni sequestrati, viene chiamata ad intervenire e può costituirsi attraverso i propri organi, i quali tuttavia, quali terzi intervenienti, hanno poteri processuali molto limitati.

L'amministratore giudiziario potrebbe nominare come nuovo legale rappresentante se stesso o un soggetto di sua fiducia. In questa ipotesi è difficile che la società possa avere una rappresentanza effettiva nel procedimento e questo potrebbe danneggiare la società ed i soci, i quali non hanno titolo per intervenire nel procedimento di prevenzione.

8. *La gestione delle aziende sequestrate. I terzi contraenti e i lavoratori dipendenti*

Le misure di prevenzione patrimoniali colpiscono il patrimonio del proposto e comunque i beni che rientrano nella sua disponibilità diretta ed indiretta, comprese le società e i complessi aziendali.

Il codice antimafia dedica particolare attenzione alla gestione delle aziende sequestrate, che continuano ad operare anche grazie ad alcune norme speciali, che possono pregiudicare la posizione dei terzi.

Purtroppo, la prosecuzione dell'attività aziendale spesso si è rivelata (e si rileva) antieconomica e può portare alla chiusura o al fallimento della società o dell'impresa individuale⁴⁶.

Per questa ragione l'art. 41 codice antimafia, pone a carico dell'amministratore giudiziario una serie di adempimenti per valutare la economicità della prosecuzione della gestione. La norma è stata più volte modificata per rafforzare questi oneri, ma ancora oggi molto spesso la gestione delle imprese sottoposte a sequestro antimafia è antieconomica.

Le imprese in amministrazione giudiziaria beneficiano di una disciplina speciale, più favorevole di quella della generalità degli altri imprenditori e possono restare sul mercato e apparire solvibili, anche se sono sostanzialmente insolventi. Basti pensare che le imprese sottoposte a sequestro non devono pagare i debiti pregressi, non possono subire azioni esecutive, hanno diritto di essere preferite se altre imprese sequestrate o confiscate devono stipulare contratti e, soprattutto, vedono sospesi tutti i procedimenti di riscossione di imposte e contributi: per questa ragione spesso le imposte e i contributi non vengono pagati nella prospettiva della confisca (che comporta la estinzione dei crediti erariali per confusione in quanto soggetto creditore e soggetto debitore vengono a coincidere a seguito della

⁴⁵ Corte cost., 8 febbraio 2024, n. 12, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2014, p. 315, con nota di A. AULETTA, *La tutela dei creditori (prededucibili) nel caso in cui i beni del debitore siano stati attinti da una confisca antimafia: la parola alla Corte costituzionale*.

⁴⁶ Nel caso di impresa individuale secondo la giurisprudenza fallisce la persona fisica (che potrebbe essere un terzo intestatario) e non rileva se l'insolvenza è una conseguenza dell'operato dell'amministratore giudiziario. Se l'impresa era gestita da un terzo, questi subirà le conseguenze civili e penale derivanti dalla dichiarazione di fallimento (ora: liquidazione giudiziale): per tutte App. Palermo, Sez. III civile, 16 novembre 2023 n. 1915.

confisca)⁴⁷.

Nel caso di dissequestro questi privilegi vengono meno e l'impresa torna ad essere regolata dalla disciplina ordinaria: pertanto spesso è costretta a cessare l'attività (se non era ancora cessata) o a chiedere l'apertura di una procedura concorsuale, con conseguenti pregiudizi per i terzi che avevano contratto con l'impresa e per i dipendenti.

Il codice antimafia, sulla falsariga della allora vigente legge fallimentare⁴⁸, contiene una speciale disciplina sui rapporti contrattuali pendenti e rimette all'amministratore giudiziario, in via esclusiva, la scelta se subentrare o meno nei contratti in corso di esecuzione (art. 56 codice antimafia).

In particolare se, al momento dell'esecuzione del sequestro, un contratto relativo all'azienda sequestrata o stipulato dal proposto in relazione ad un bene sequestrato deve essere in tutto o in parte ancora eseguito, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

La dichiarazione dell'amministratore giudiziario deve essere resa entro sei mesi dall'immissione nel possesso (termine non perentorio).

Il terzo contraente si trova in una posizione di soggezione rispetto alle scelte dell'amministratore giudiziario⁴⁹. Nel caso abbastanza frequente di inerzia dell'amministratore giudiziario il terzo contraente può metterlo in mora⁵⁰, mediante un procedimento farraginoso: il terzo non può procedere ad una intimazione all'amministratore giudiziario, ma deve presentare una istanza al Giudice Delegato, che assegna un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende risolto.

Nel caso di risoluzione del contratto è fatto salvo il diritto del terzo al risarcimento del danno nei soli confronti del proposto e il contraente ha diritto di far valere nel passivo i propri crediti.

L'amministratore giudiziario gode pure di una ulteriore prerogativa: previa autorizzazione del giudice delegato, può proseguire "temporaneamente" il rapporto pendente se dalla sospensione del contratto può derivare un danno grave al bene o all'azienda.

In questo modo l'amministratore giudiziario ottiene la prosecuzione del rapporto, ma

⁴⁷ Cfr. artt. 41, co. 1 *quater* (sull'affidamento dei lavori), 50 (sulla riscossione dei crediti erariali e previdenziali e sulla estinzione dei debiti per confusione a seguito della confisca), 51 (sui redditi prodotti da immobili) codice antimafia. A questi privilegi di diritto vanno aggiunte prassi diffuse, tollerate dal giudice delle misure di prevenzione, come il mancato deposito dei bilanci annuali. Va pure segnalato che gli amministratori giudiziari possono subentrare negli affidamenti bancari e in forza della Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 (e successive modifiche) della Banca d'Italia, che regola le segnalazioni in Centrale dei rischi, i finanziamenti alle imprese sottoposte a sequestro antimafia sono regolati da uno speciale regime per agevolare la concessione del credito. Nel caso di revoca del sequestro e di restituzione dei beni, questo speciale regime viene meno.

⁴⁸ Come noto, la legge fallimentare, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, è stata sostituita dal Codice della crisi e dell'insolvenza, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Le norme del codice antimafia sono state introdotte quando era ancora vigente la legge fallimentare.

⁴⁹ Tra i terzi contraenti, ai sensi dell'art. 56 co. 5, codice antimafia rientrano pure i promissari acquirenti di immobili, che possono trovarsi a subire la confisca dei beni da loro detenuti. In caso di scioglimento del contratto preliminare, l'acquirente può soltanto far valere il proprio credito e non gli è dovuto alcun risarcimento o indennizzo.

⁵⁰ Nel senso che si tratta di una mera facoltà del terzo e non di un obbligo, Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2024 (ud. 10 settembre 2024), n. 39680, che sul punto ha cassato la pronuncia del giudice di merito.

resta sempre libero di sciogliersi dal contratto in qualunque momento; il terzo contraente può soltanto subire questa iniziativa. Per superare l'incertezza deve rivolgersi al giudice delegato per chiedere la assegnazione del termine per l'eventuale subentro.

Nel codice antimafia manca un sistema organico di regole dedicato alla gestione dei rapporti di lavoro. Da qui la torsione giuslavoristica delle norme del codice antimafia e la creazione in via giurisprudenziale di nuove regole su istituti particolarmente critici come il licenziamento⁵¹.

La giurisprudenza, in particolare, ha affermato che la disciplina sul subentro nei rapporti contrattuali pendenti trovi applicazione anche per i rapporti di lavoro, trattandosi di disposizione di ordine pubblico applicabile a tutti i contratti relativi all'azienda sequestrata. Se l'amministratore giudiziario decide di non subentrare nel rapporto di lavoro, il licenziamento non ha natura disciplinare e non trovano applicazione le relative garanzie.

L'amministratore giudiziario può anche optare per il subentro "provvisorio" e riservarsi di risolvere il rapporto in un secondo momento, privando il lavoratore delle ordinarie garanzie⁵².

Ha inoltre il potere di procedere al licenziamento dei parenti del proposto e di altri soggetti al solo fine di ripristinare la legalità, anche in mancanza di elementi indiziari sulla commissione di illeciti da parte di questi soggetti⁵³.

L'esame dei rapporti tra misure di prevenzione e rapporti di lavoro meriterebbe una autonoma trattazione⁵⁴.

Valga soltanto sottolineare che i dipendenti sono consapevoli del fatto che il sequestro mira a recuperare l'impresa al mercato legale, anche se a fondamento delle misure di prevenzione potrebbe non esserci una condanna penale, ma soltanto la sussistenza di indizi.

I dipendenti assistono ad importanti modifiche nella gestione dell'impresa, che viene amministrata da uno o più soggetti che svolgono una professione (avvocato o dottore commercialista), non lavorano a tempo pieno per l'attività e di solito non sono esperti del settore in cui opera la singola azienda; i dipendenti vengono pure a conoscenza del fatto che non godono più delle ordinarie tutele che spettano ai lavoratori dipendenti⁵⁵.

Il tema della prosecuzione dei rapporti di lavoro è di estrema rilevanza sociale e può

⁵¹ L. DENTICI, *La tutela del lavoro nell'impresa sequestrata o confiscata tra contratto e mercato*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 773 ss.

⁵² Per tutte Cass. civ., sez. lav., 2 agosto 2024 n. 21917.

⁵³ Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2023 n. 1600; L. DENTICI, *Lavoro e tutele nel sistema di prevenzione antimafia*, Torino, 2024, p. 150 ss. L'art. 45 bis, co. 1-bis, codice antimafia, introdotto dal d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito, senza modificazioni, dalla l. 9 giugno 2025, n. 80, stabilisce che dopo la definitività del provvedimento di confisca non possono prestare lavoro presso l'impresa confiscata i soggetti che sono parenti, coniugi, affini o conviventi del destinatario della confisca né coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per il reato di cui all'articolo 416-bis del codice penale. I relativi contratti sono risolti di diritto.

⁵⁴ L. DENTICI, *Lavoro e tutele nel sistema di prevenzione antimafia*, cit., *passim*.

⁵⁵ Basti considerare che nel caso di mancato pagamento delle retribuzioni non possono agire contro il datore di lavoro. Nel caso di confisca, se l'attività prosegue comunque lo Stato non risponde dei debiti contratti dall'amministratore giudiziario e i dipendenti non possono invocare nei confronti dello Stato la responsabilità solidale ai sensi dell'art. 2112 c.c.: Cass. civ., sez. lav., 11 giugno 2018, n. 15085. Per fugare ogni dubbio sulla responsabilità dello Stato per i debiti contratti dall'amministratore giudiziario il d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito, senza modificazioni, dalla l. 9 giugno 2025, n. 80, ha modificato l'art. 54 codice antimafia, il quale adesso stabilisce espressamente che, se la confisca ha ad oggetto beni organizzati in azienda e il tribunale ha autorizzato la prosecuzione dell'attività, la distribuzione dell'attivo «avviene mediante prelievo delle somme disponibili nel patrimonio aziendale secondo criteri di graduazione e proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge».

essere affrontato compiutamente soltanto se si supera la disciplina speciale che regola le imprese assoggettate a sequestro, si rimette la gestione di queste aziende a soggetti diversi dall'amministratore giudiziario, che abbiano specifiche competenze, e si introduce una valutazione preliminare di pericolosità sociale attuale del proposto e dei suoi collaboratori, come presupposto per la loro estromissione dall'impresa, soprattutto nel caso di imprese di medie e piccole dimensioni.

9. I creditori

Tra i soggetti che possono subire un pregiudizio dal sequestro e dalla confisca rivestono particolare importanza i creditori: in questa categoria rientrano siano i creditori del proposto che i creditori delle società sottoposte a sequestro, nonché i creditori dei terzi, il cui patrimonio è stato sequestrato.

Il tema della tutela dei creditori nel caso di confisca antimafia è stato oggetto di numerosi studi e in questa sede ci si limita a brevi considerazioni di carattere generale, tralasciando l'evoluzione della disciplina nel tempo⁵⁶.

In forza delle disposizioni contenute nel codice antimafia, lo stato acquista la proprietà dei beni confiscati a titolo originario, liberi da pesi e vincoli⁵⁷.

Il primo effetto del sequestro è il divieto, per i creditori, di iniziare azioni esecutive sui beni soggetti a sequestro (art. 55 codice antimafia).

I creditori conservano la possibilità di ottenere una soddisfazione dei propri diritti soltanto se ricorrono una serie di condizioni, all'esito di un complesso procedimento

⁵⁶ Sulla tutela dei creditori ipotecari e dell'aggiudicatario nell'espropriazione dei beni confiscati, e sulla evoluzione della disciplina, si rinvia agli scritti di G. BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema della legge antimafia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 445 ss.; ID., *Proposte per una urgente modifica delle norme sul sequestro e la confisca dei beni dell'imprenditore mafioso*, in *Foro italiano*, 1984, V, col. 267 e, anche per richiami, a P. FARINA, *Sulla tutela dei creditori ipotecari e dell'aggiudicatario nell'espropriazione dei beni confiscati*, in *Rivista di diritto fallimentare*, 2008, p. 204 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 133 e *passim*; nonché S. ZIINO, *La tutela dei creditori nel caso di confisca per misura di prevenzione: le novità introdotte dalla Legge di stabilità 2013*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2013, p. 251 ss. Più di recente, e per richiami, A. AULETTA, *La tutela dei creditori (prededucibili)*, cit.

⁵⁷ Prima della entrata in vigore del codice antimafia si discuteva in dottrina e in giurisprudenza sulla natura della confisca (per richiami si vedano gli autori richiamati nella nota precedente). La legge di stabilità 2013 (l. 24 dicembre 2012, n. 448) ha esteso ai procedimenti di prevenzione promossi in data anteriore all'entrata in vigore del codice antimafia una forma di verifica del passivo sulla falsariga del codice antimafia (v. *infra*) disponendo che anche per le vecchie procedure lo stato acquista la proprietà dei beni confiscati senza oneri o pesi. Le norme sulla tutela dei creditori introdotte dalla legge di stabilità 2013 erano manifestamente illegittime perché limitavano la possibilità di chiedere il riconoscimento dei crediti ai creditori muniti di ipoteca prima del sequestro di prevenzione e ai creditori che avevano trascritto un pignoramento o erano intervenuti in una espropriazione prima del sequestro di prevenzione. Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94 ha dichiarato illegittimo l'art. 1, co. 198, della l. 228/2012 nella parte in cui non consentiva ai lavoratori dipendenti ante sequestro di proporre istanza di riconoscimento dei loro crediti e Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 26 ha esteso la facoltà a tutti i creditori di data certa anteriore al sequestro. L'impatto pratico delle due pronunce della Corte costituzionale è stato comunque nullo, perché secondo la giurisprudenza di merito i creditori avevano comunque l'onere di proporre l'istanza di riconoscimento dei crediti entro centottanta giorni dalla entrata in vigore della l. n. 228/2012 (v. Trib. Palermo, sez. misure di prevenzione, 1/7 dicembre 2023; Trib. Trapani, sez. misure di prevenzione, 13 novembre 2020). Cass. pen., sez. VI, 4 aprile 2022 (ud. 13 luglio 2021) n. 12503, ha invece più correttamente affermato che il termine doveva decorrere la pronuncia di illegittimità costituzionale n. 29 del 2019. Stante il tempo che era oramai decorso tra la entrata in vigore della l. 228/2012 e la pronuncia però non è detto che il creditore potesse avere ancora memoria del credito.

introdotto dal codice antimafia e articolato in varie fasi, che vengono di seguito brevemente illustrate:

1) il creditore deve attendere che il giudice delegato presso il tribunale che ha disposto il sequestro fissi l'udienza di verifica dei crediti⁵⁸. L'udienza deve essere fissata dopo la confisca di primo grado (art. 57 codice antimafia), ma nella prassi spesso il tribunale attende che la confisca diventi definitiva;

2) con il provvedimento che fissa l'udienza di verifica, il tribunale assegna ai creditori un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per il deposito delle istanze di riconoscimento dei crediti ai sensi degli artt. 57 ss. codice antimafia⁵⁹; il decreto viene trasmesso ai creditori dall'amministratore giudiziario⁶⁰;

3) il creditore deve provare che il credito ha data certa anteriore al sequestro e gli ulteriori presupposti richiesti dall'art. 52 codice antimafia, che vengono di seguito ricordati:

a) il proposto non deve disporre di altri beni sui quali il creditore può fare valere la garanzia patrimoniale del credito; questo requisito non è richiesto se il credito è assistito da cause legittime di prelazione su beni sequestrati;

b) il credito non deve essere strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento⁶¹;

c) nel caso di promessa di pagamento, di ricognizione di debito o di titoli di credito, il creditore deve provare il rapporto fondamentale;

4) dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande, l'amministratore giudiziario redige un progetto di stato passivo e lo deposita in cancelleria. I creditori possono presentare osservazioni fino a cinque giorni prima dell'udienza: questo termine è l'ultimo momento utile per il deposito di eventuali documenti da parte dei creditori;

5) il giudice delegato all'esito dell'udienza forma lo stato passivo. I creditori esclusi dallo stato passivo possono proporre opposizione davanti al tribunale in composizione collegiale entro trenta giorni (art. 59 codice antimafia). Il provvedimento emesso dal collegio è ricorribile in cassazione⁶²;

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 23, co. 4, codice antimafia il creditore ipotecario (al pari dei terzi titolari di diritti di godimento sui beni sequestrati) deve essere chiamato ad intervenire. Tuttavia questo intervento non mira alla soddisfazione del creditore e non lo esonera dall'onere di presentare domanda di ammissione del credito. La giurisprudenza ha chiarito che si tratta di un intervento facoltativo perché la sede naturale in cui il creditore deve potere far valere, nella maniera più ampia possibile, le proprie ragioni a tutela del diritto vantato è il procedimento di ammissione dei crediti; l'intervento nel procedimento di prevenzione è «una mera facoltà accordatagli dal legislatore per ampliare le proprie difese nel confronto dialettico con i temi attinenti ai presupposti per l'applicazione al proposto della misura di prevenzione reale»: Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2024 (ud. 19 novembre 2024), n. 43700.

⁵⁹ Il codice antimafia non prevede un termine minimo.

⁶⁰ Spesso il provvedimento di confisca coinvolge soggetti diversi dal proposto e per i creditori non è agevole, in un breve arco di tempo e ad anni di distanza dal sequestro originario, individuare i rapporti e i nomi dei soggetti coinvolti dal sequestro, reperire la documentazione e presentare l'istanza di riconoscimento dei crediti.

⁶¹ Questo requisito è stato oggetto di numerosi contrasti interpretativi. Per uno stato della giurisprudenza, si vedano Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2023 (ud. 11 novembre 2022) n. 525; Cass. pen., sez. I, 12 gennaio 2024 (ud. 19 settembre 2023), n. 1543; Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 2021 (ud. 8 giugno 2021), n. 28034).

⁶² Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, il ricorso per cassazione avverso il decreto che decide sulle opposizioni allo stato passivo e sulle impugnazioni dei crediti ammessi nel procedimento di accertamento dei diritti dei terzi può essere proposto per tutti i motivi di cui all'art. 606 c.p.p., non essendo applicabili gli artt. 10 e 27, stesso decreto, che limitano i vizi deducibili alla sola violazione di legge: per tutte Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2023 (ud. 11 novembre 2022) n. 525; Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2024 (ud. 10 settembre 2024), n. 39680.

6) all'esito della formazione dello stato passivo, i creditori devono attendere che la Agenzia, dopo la confisca definitiva, alieni i beni confiscati. Dal ricavato della loro vendita devono essere detratte le spese del procedimento di confisca e di amministrazione dei beni. Inoltre deve essere detratto il 40% del valore dei beni confiscati e il residuo 60% può essere distribuito dai creditori (cfr. art. 53 codice antimafia);

7) dopo la vendita l'agenzia deve formare un progetto di distribuzione. Se non sorgono contestazioni si procede al riparto. Le eventuali contestazioni sono decise dalla corte di appello civile.

Da questa sintesi delle varie fasi, emerge che la soddisfazione dei creditori è posticipata all'esito di una serie di adempimenti, che allontanano nel tempo la possibilità di incassare i crediti e riducono l'importo destinato ai creditori. La disciplina, per ragioni di politica criminale, sacrifica la tutela dei terzi e mira a fare "terra bruciata" intorno al proposto.

Va peraltro segnalato che le Sezioni Unite Penali della Corte di cassazione hanno recentemente ristretto il novero dei creditori legittimati a presentare istanza di riconoscimento dei crediti ed hanno affermato che, ai fini dell'ammissione allo stato passivo, il credito del terzo derivante da fatto illecito commesso in suo danno non soltanto deve essere sorto antecedentemente all'applicazione della misura cautelare ma deve essere stato in giudizio (dal giudice civile o penale, nel caso di creditore derivante da reato e costituzione di parte civile) entro il termine previsto per l'ammissione ordinaria o tardiva al passivo. Se l'accertamento si è svolto in sede penale, esso essere definitivo, mentre, in sede civile, è sufficiente che sia provvisoriamente esecutivo. Questa posizione lascia privi di tutela numerosi creditori, compresi i soggetti danneggiati da illeciti penali del soggetto che ha subito la confisca⁶³.

Per quanto riguarda la posizione dei creditori, i cui crediti sono sorti dopo il sequestro, il codice antimafia stabilisce che questi crediti sono «prededucibili».

I crediti prededucibili, se sono liquidi, esigibili e non contestati, non debbono essere accertati secondo le modalità previste per i creditori anteriori al sequestro e possono essere soddisfatti, in tutto o in parte, al di fuori del piano di riparto, previa autorizzazione del giudice delegato, mediante prelievo delle somme disponibili nel patrimonio aziendale (art. 54 codice antimafia).

Se però i crediti sorti dopo il sequestro sono contestati o comunque non vengono soddisfatti dall'amministratore giudiziario, i creditori devono presentare istanza di

⁶³ Cass. pen., sez. un., 14 novembre 2025 (ud. 29 maggio 2025), n. 37200. La decisione ha pure precisato che il credito per le spese giudiziali riconosciute al danneggiato deve essere liquidato in una decisione intervenuta prima dell'applicazione di prevenzione. La pronuncia ha risolto un contrasto di giurisprudenza a seguito dell'applicazione di rimessione Cass. pen., sez. V, 20 dicembre 2024 (ud. 3 dicembre 2024, n.47294, che aveva chiesto alle Sezioni Unite di pronunciarsi sulla seguente questione: se ai fini dell'ammissione allo stato passivo del credito del terzo, derivante da fatto illecito commesso dal proposto, l'art. 52, c. 1, codice antimafia, debba interpretarsi nel senso che il relativo diritto sia sorto antecedentemente all'applicazione della misura cautelare, anche se accertato e liquidato successivamente dall'autorità giudiziaria, ovvero se debba essere anteriore al sequestro anche l'accertamento giudiziale del credito. La pronuncia delle Sezioni Unite, che limita i diritti dei creditori da fatto illecito, suscita molte perplessità e non sembra in sintonia con i principi affermati dalla Corte Costituzionale, la quale ha riconosciuto a tutti i creditori la possibilità di presentare istanza di riconoscimento dei crediti nei procedimenti regolati dalle disposizioni anteriori all'entrata in vigore del codice antimafia, e la giurisprudenza delle Sezioni Unite civili, la quale afferma che il «sistema di tutela» introdotto dal codice antimafia «offre possibilità di riconoscimento della buona fede a tutti i portatori di un diritto di credito» (v. la giurisprudenza richiamata *supra* nota 57 e *infra*, note 67 e 68).

ammissione ai sensi degli artt. 57 ss. codice antimafia⁶⁴.

La Corte di cassazione ha affermato che il codice antimafia ha introdotto «un vero e proprio sub-procedimento (art. 52 e ss.) teso a regolamentare in sede di prevenzione patrimoniale i criteri di parziale inopponibilità della confisca ai terzi creditori di buona fede, a determinare le condizioni di accesso al riconoscimento di detti crediti, con soddisfazione concessa nei limiti del 70%⁶⁵ del valore dei beni sequestrati o confiscati (risultante dalla stima redatta dall'amministratore o dalla minor somma eventualmente ricavata dalla vendita, art. 53), a tutelare la par condicio creditorum (art. 57 e ss.) ad estinguere il contenzioso civilistico eventualmente in atto con affidamento esclusivo al giudice della prevenzione del compito di verificare la posizione creditoria sottostante (D.Lgs. n. 159, art. 55), solo per segnalarne alcuni punti qualificanti. Si tratta di una disciplina particolarmente articolata, mossa dalla esigenza primaria di qualificare in diritto le modalità di acquisto al patrimonio dello Stato dei beni confiscati in via definitiva (a titolo originario, come viene espresso nel D.Lgs. n. 159, art. 45) al contempo fornendo tutela ai creditori ante-sequestro di accertata buona fede (siano essi assistiti o meno da diritti reali di garanzia) e ciò allo scopo di ridurre le incertezze manifestatesi in passato sul tema (anche nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte di legittimità) e rendere omogenei e prevedibili nei loro esiti i contenziosi, di notevole impatto economico. L'opzione legislativa di fondo è del tutto chiara: l'estinzione di diritto delle garanzie reali (all'atto della confisca) in tanto è possibile in quanto venga contestualmente fornita al titolare del diritto di credito una adeguata tutela delle sue ragioni. Si tratta di due facce della stessa medaglia, che portano a compimento la lunga elaborazione concettuale di dottrina e giurisprudenza sul tema. (...)

Va pertanto precisato che:

- a) il sistema di tutela descritto nelle norme in questione offre possibilità di riconoscimento della buona fede a tutti i portatori di un diritto di credito e non soltanto ai titolari di crediti assistiti da garanzie reali (art. 52 co. 1);
- b) la concreta graduazione della possibilità di soddisfacimento delle posizioni creditorie (una volta riconosciuta la tutelabilità in rapporto alle previsioni di legge) è invece rapportata alle caratteristiche particolari del credito, secondo il modello descritto dagli art. 54 per i crediti prededucibili e art. 61, co. 2 (ordine delle posizioni creditorie) del medesimo D.Lgs. n. 159 del 2011» (i grassetti sono stati aggiunti)⁶⁶.

Nello stesso senso la Corte costituzionale ha affermato che il codice antimafia ha «introdotto un sistema organico di tutela esteso alla generalità dei creditori del proposto, imperniato su un procedimento incidentale di verifica dei crediti in contraddittorio e sulla

⁶⁴ Il tema forma oggetto di contrasti e spesso in sede di verifica i giudici di merito dichiarano inammissibili le istanze presentate dai creditori in prededuzione insoddisfatti. Nel senso indicato nel testo, v. in modo esplicito Cass. pen., sez. I, 22 luglio 2022 (ud. 31 marzo 2022), n. 29108, Cass. pen., sez. I, 22 luglio 2022 (ud. 31 marzo 2022), n. 29110. Nello stesso senso, in motivazione, Corte cost. 8 febbraio 2024, n. 12, cit. Secondo la giurisprudenza la prededuzione vale soltanto nell'ambito della misura di prevenzione e viene meno nel caso di dichiarazione di fallimento o di altra procedura concorsuale e pertanto ha una efficacia limitata: Cass. civ., sez. I, 24 dicembre 2024, n. 34266, in *Il fallimento*, 2025, p. 483, con nota di L. PANZANI, *Ancora sulla consecuzione di procedure: amministrazione giudiziaria di prevenzione e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, che esprime dubbi sulla legittimità costituzionale della attuale disciplina; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2025, n. 18043; Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2025, n. 17884.

⁶⁵ La percentuale destinata ai creditori in origine era il 70%; è stata ridotta al 60% dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147; alcuni anni dopo la l. 17 ottobre 2017, n. 161 ha modificato l'art. 53 codice antimafia, adeguando il suo contenuto a quanto stabilito dalla l. n. 147/2013.

⁶⁶ Cass. pen., sez. I, 23 marzo 2016 (ud. 15 febbraio 2016), n. 12362.

successiva formazione di un “piano di pagamento”, secondo cadenze mutate in larga misura dai corrispondenti istituti previsti dalla legge fallimentare»⁶⁷.

A fronte di questo sistema però non può nascondersi che nel diritto vivente il creditore è sostanzialmente privo di tutela perché, come rilevato dalla Corte di cassazione, prevale l'esigenza primaria di consentire allo stato di acquisire i beni confiscati a titolo originario, liberi da oneri e pesi.

A fronte della confisca a titolo originario, la giurisprudenza non ha chiarito quale sia la sorte del diritto di credito e, in particolare, il rapporto tra il credito originario e il credito che deve essere soddisfatto dallo Stato, tramite la Agenzia.

Nel 2013 la Corte di cassazione, Sezioni Unite Civili, ha affermato che il creditore, a fronte del preminente interesse pubblico, perde la garanzia ed è «ammesso, ora, ad una tutela di tipo risarcitorio»⁶⁸. Il diritto di credito si trasformerebbe quindi in una pretesa risarcitoria verso lo Stato.

Non appare tuttavia corretto qualificare il diritto verso lo stato come un credito risarcitorio, stante che il “risarcimento” presuppone un illecito mentre la confisca è prevista dalla legge. Forse per questa ragione le Sezioni Unite Civili, con riferimento al diritto del creditore che è stato ammesso al passivo della procedura, hanno successivamente affermato che «si tratta di un diritto soggettivo di natura indennitaria/risarcitoria (di “un equo indennizzo”, sia pure per la fonte diversa dei diritti di godimento sui beni confiscati, già era comparsa la figura nel Codice Antimafia, l'art. 52, comma 5)»⁶⁹.

I dubbi sulla natura giuridica del diritto del creditore hanno notevoli ricadute pratiche: basti considerare che soltanto dopo un *iter* travagliato la Corte di cassazione ha ritenuto legittima la cessione dei crediti nei confronti del proposto e dei terzi che hanno subito la confisca, superando un orientamento più restrittivo e severo che vietava la cessione dei crediti⁷⁰.

Va pure considerato che il procedimento di verifica presenta una serie di ostacoli per i creditori.

Basti considerare che, secondo la giurisprudenza, i creditori, anche se non sono parti, devono seguire il procedimento di prevenzione e il suo sviluppo (per vari anni e vari gradi di giudizio) per rispettare i termini per presentare l'istanza; eventuali istanze presentate dopo la

⁶⁷ Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 94.

⁶⁸ Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2013 n. 10532, in *Rivista di diritto fallimentare*, 2013, p. 416 ss., con nota di S. ZIINO, *Le Sezioni Unite tra nomofilachia e monocriticità: note critiche ad una recente decisione in materia di espropriazione forzata di beni oggetto di misure di prevenzione patrimoniali*.

⁶⁹ Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2022 n. 12871 e n. 12872.

⁷⁰ Il tema riguardava, in particolare, le cessioni massive da parte delle banche ed è stato risolto da Cass. pen., sez. un., 3 luglio 2018 (ud. 31 maggio 2018), n. 29847. Sulla cessione dei crediti v. pure Cass. pen., sez. I, 7 ottobre 2024 (ud. 28 giugno 2024) n. 37108 dove si legge che «il trasferimento riguarda tutte le utilità che il creditore può trarre dall'esercizio del diritto ceduto, intendendosi come tale ogni situazione direttamente collegata con il diritto stesso e che, in quanto priva di profili di autonomia, integri il suo contenuto economico o ne specifichi la funzione (sez. I civ., n. 2978 del 16 febbraio 2016, Rv. 638677)». Con questa espressione ampia la Suprema Corte evita di entrare nel dettaglio sull'oggetto della cessione; subito dopo aggiunge che «Il cessionario, subentrando nella stessa posizione giuridica del cedente, assume la titolarità del credito anche nella possibilità di far valere le condizioni, a quel credito afferenti, per l'ammissione dello stesso al riparto in caso di confisca del bene oggetto del diritto di garanzia associato al credito». Ai fini della ammissione del credito il cessionario può avvalersi della condizione di buona fede sussistente in capo al creditore originario e può produrre gli elementi tesi a dimostrare, in caso di strumentalità del credito alla prosecuzione dell'attività illecita, la buona fede del creditore originario. Una volta dimostrata la buona fede del creditore originario, il creditore deve provare la “propria” buona fede, intesa come mancanza di accordi fraudolenti con il proposto.

scadenza dei termini assegnati dal tribunale sono ammissibili soltanto se il creditore prova di non avere avuto conoscenza del procedimento di prevenzione o di non avere potuto presentare l'istanza per altra causa a lui non imputabile e, secondo alcune decisioni, non è sufficiente per il creditore dimostrare di non avere ricevuto il decreto di fissazione dell'udienza di verifica⁷¹.

I termini per presentare l'istanza e per il deposito di documenti sono molto brevi e arrivano a distanza di molti anni dal sequestro e, secondo la giurisprudenza di merito⁷², il creditore non può depositare documenti nuovi in sede di opposizione, limitazione particolarmente grave anche perché il tribunale può rigettare l'istanza sulla base di tutto il materiale acquisito durante il procedimento di prevenzione, al quale il creditore non aveva partecipato; materiale di cui il creditore a volte ha conoscenza soltanto attraverso la lettura del provvedimento di rigetto dell'istanza o soltanto attraverso il provvedimento di rigetto dell'opposizione.

Questi gravi limitazioni dei diritti dei terzi riguardano la fase della verifica dei crediti, ma la tutela effettiva dei creditori è ancora molto lontana anche per altre, più gravi ragioni e uno sguardo verso l'orizzonte non fa ben sperare.

Ad oggi, infatti, non risulta che la Agenzia abbia alienato beni nell'interesse dei creditori e abbia redatto piani di riparto.

La Corte di cassazione ha affermato che il giudizio contro l'Agenzia per fare valere l'inerzia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario⁷³ e alcuni tribunali civili hanno condannato l'Agenzia a provvedere⁷⁴, ma le sentenze ad oggi sono rimaste inadempite.

10. Considerazioni finali

Le categorie di terzi, che possono subire gli effetti del procedimento di prevenzione, sono numerose e il tema assume una particolare gravità nelle misure di prevenzione patrimoniali.

I terzi spesso sono considerati corpi estranei rispetto al procedimento di prevenzione e un ostacolo nel percorso verso la confisca a titolo originario. Per provvedere sulle istanze di tutela dei creditori, dei lavoratori e degli altri terzi titolari di diritti, il giudice penale si trova a trattare complesse materie estranee all'oggetto della sua attività ordinaria, che richiedono specifiche competenze e una propensione alla gestione dei patrimoni.

Per comprendere le difficoltà in cui si trova il terzo, più della norma astratta occorre considerare la *law in action*, la sua applicazione pratica e un esempio tratto dalla giurisprudenza sembra utile per illustrare le difficoltà incontrate dai creditori e la particolare severità di parte della giurisprudenza⁷⁵.

Dopo la confisca di primo grado, con decreto del 24 novembre 2017 il giudice delegato

⁷¹ Cass. pen., sez. un., 3 settembre 2018 (ud. 22 febbraio 2018), n. 39608. Cass. pen., sez. II, 3 febbraio 2023 (ud. 16 dicembre 2022), n. 4884, ha affermato che in ogni caso dopo un anno dalla esecutività dello stato passivo il creditore, anche se mai avvertito, non può più chiedere il riconoscimento dei crediti.

⁷² Per la possibilità di proporre documenti con l'atto di opposizione, si pronunciano invece i giudici di legittimità: v. Cass. pen., sez. II, 14 agosto 2024 (ud. 15 maggio 2024), n. 32597; Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023 (ud. 28 marzo 2023), n. 19847, che hanno cassato i provvedimenti dei giudici di merito.

⁷³ Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2022 n. 12871 e n. 12872.

⁷⁴ Vedi Trib. Reggio Calabria 16 aprile 2024, n. 520; Trib. Roma 3 aprile 2025, n. 5124; Trib. Caltanissetta, 27 gennaio 2025, n. 71.

⁷⁵ Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2020 (ud. 14 ottobre 2019) n. 8450.

presso il tribunale di Trapani, sezione misure di prevenzione, rigettava le istanze di ammissione al passivo proposte dai creditori. Le opposizioni venivano rigettate con decreto del 19 settembre 2018 e alcuni creditori tenaci proponevano ricorso per cassazione.

Prima della fissazione dell'udienza in Cassazione, la Corte di appello di Palermo riformava la pronuncia del tribunale di Trapani, rigettava la richiesta di applicazione della misura di prevenzione personale e patrimoniale e revocava la confisca dell'intero patrimonio⁷⁶. La pronuncia di appello diventava definitiva.

Nelle memorie in cassazione i creditori rappresentavano che, a seguito della pronuncia di appello, era stato definitivamente accertato che il proposto non era un soggetto socialmente pericoloso quando aveva contrattato con i creditori e che tutto il patrimonio era stato dissequestrato perché di provenienza lecita. Rappresentavano pure che a seguito della pronuncia della Corte di appello gli accertamenti del tribunale sulla presunta pericolosità sociale erano stati ormai travolti ed era venuto meno lo stesso presupposto che aveva consentito al tribunale di ritenere che tutti i creditori fossero in mala fede.

Nonostante questi elementi, la Corte di cassazione ha integralmente confermato il decreto del tribunale che aveva escluso la buona fede dei creditori.

La decisione della Corte di cassazione non ha provocato particolari pregiudizi ai creditori perché il patrimonio e le società erano stati dissequestrati⁷⁷ e i creditori avevano riacquisito la possibilità di gire sui beni che erano stati sequestrati.

La decisione però è emblematica di un atteggiamento che deve essere superato, se si vuole garantire la tutela dei diritti dei terzi.

ABSTRACT: *Il procedimento di prevenzione dal punto di vista dei terzi. Spunti di riflessione*

The article analyzes the legal standing of third parties within prevention proceedings (*procedimenti per misure di prevenzione*) as governed by the Italian Code of Anti-Mafia Laws. The author identifies specific categories of stakeholders – distinct from the primary defendant – whose interests are jeopardized by preventive seizures and subsequent confiscations. By evaluating current procedural safeguards and their practical application, the study reveals a systemic erosion of third-party rights. Furthermore, the author highlights a critical failure in the protection of creditors: even when their claims are legally recognized, significant procedural delays and barriers render their rights effectively unenforceable.

⁷⁶ Come risulta dalla lettura della decisione della Corte di cassazione, veniva confermata soltanto una pregressa pericolosità sociale, anteriore al 1993, ma non vi era stata sperequazione. Pertanto tutto il patrimonio, comprese le società, risultava di provenienza lecita e veniva dissequestrato.

⁷⁷ La pronuncia della Corte di cassazione ha provocato un danno ai creditori perché ha posto a loro carico il pagamento delle spese processuali. Inoltre il rigetto di istanze proposte da istituti di credito ha comportato la trasmissione del provvedimento alla Banca d'Italia per l'esercizio dei poteri ispettivi (v. art. 52 co., 3 *bis*, codice antimafia).

4.

Tutela dei terzi e giudizio penale

SERENA CACCIATORE*

LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA DEL TERZO NEL PROCEDIMENTO PENALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La protezione dei dati personali e i rischi per la privacy del terzo. – 3. Il terzo nel processo penale: definizione e diritti – 4. Gli strumenti a tutela della riservatezza del terzo. – 5. Il “caso Contrada”: rilievi di sintesi. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

In un contesto sempre più digitalizzato, dove si presenta con forza l'esigenza di garantire la protezione dei dati personali, un tema spesso trascurato sta assumendo una posizione di primaria importanza: quello della tutela della riservatezza del “terzo”.

Nel presente contributo, il “terzo” al quale si intende fare riferimento - figura di difficile inquadramento, per la molteplicità di soggetti che possono assumere questa “posizione” - è colui che riveste il ruolo di testimone diretto o indiretto¹ oppure che viene menzionato in un documento acquisito al processo. L'ingresso nella scena processuale di questo soggetto, il quale potrebbe anche appartenere alla categoria dei “vulnerabili”, pone la necessità di avviare una riflessione sulla tutela della sua riservatezza², messa a rischio dal principio di pubblicità che governa il processo penale³, presidio del principio di derivazione costituzionale della partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia *ex art. 101 Cost*⁴. Un principio che non è assoluto⁵: la pubblicazione degli atti deve avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità e nei limiti di quanto strettamente necessario per assicurare la funzione informativa e la trasparenza della giurisdizione.

Nell'ambito del procedimento penale, negli anni, sono stati adottati alcuni strumenti normativi a tutela della riservatezza dei dati che si riferiscono all'ampia categoria dei “soggetti interessati”: in questo panorama si colloca il d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia

* Assegnista di Ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Palermo – Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ Il primo ha una conoscenza diretta quando ha percepito personalmente il fatto da provare con uno dei cinque sensi. Il secondo una conoscenza indiretta (detta anche *de relato* o *de auditu*) quando ha appreso il fatto da una rappresentazione che altri hanno riferito a voce o con altro mezzo (es. con immagini o gesti). Cfr. P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2024, p. 314.

² Si pensi all'art. 198 c.p.p.: il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una responsabilità penale a suo carico.

³ Cfr. art. 471 c.p.p.

⁴ Testualmente: «La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge». Il principio per cui “la giustizia è amministrata in nome del popolo”, evidenzia la derivazione democratica della funzione giurisdizionale, la quale, pur esercitata da giudici indipendenti, trova la sua legittimazione nel popolo sovrano. Cfr. F. DAL CANTO, E. Malfatti, S. Panizza, A. Pertici, E. Rossi, *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Torino, 2024, p. 24.

⁵ Che il principio non sia assoluto lo desumiamo dalle deroghe che il sistema prevede: come il c.p.p. e disp. att. c.p.p. sulle riprese televisive.

di protezione dei dati personali)⁶ e, in particolare, l'art. 2-*duodecies* il quale, in relazione al trattamento dei dati per ragioni di giustizia, definisce i limiti e le modalità di esercizio dei diritti degli interessati (compresi i terzi), subordinandoli alla disciplina processuale e alle finalità della giurisdizione.

Assumono rilievo, riguardo al “terzo”, anche i provvedimenti adottati dal Garante per la protezione dei dati personali⁷. Così, in tema di pubblicazione delle sentenze penali, è stato ribadito il principio di anonimizzazione dei dati di terzi non direttamente coinvolti; mentre, per quanto concerne i fascicoli processuali, si è raccomandato di non diffondere nomi, recapiti e dati sanitari, appunto, di terzi.

Sul piano europeo, il *Report Annuale 2024*⁸ sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo affronta il tema della pubblicazione degli atti, sottolineando la funzione informativa e di tutela della giurisdizione che assolve. Allo stesso tempo, però, si afferma la necessità di bilanciare il diritto alla pubblicazione con la necessità di proteggere i dati personali e la riservatezza dei soggetti coinvolti (anche terzi).

2. La protezione dei dati personali e i rischi per la privacy del terzo

Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale si è affermato con evidenza nel contesto europeo sulla scorta dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)⁹, diventata, com'è noto, giuridicamente vincolante con la firma del Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009.

Già in precedenza, si discuteva di *diritto alla privacy* e, nel nostro ordinamento, il c.d. diritto alla riservatezza ha trovato sicuri riferimenti nella Carta costituzionale che sancisce, in particolare, l'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.)¹⁰, la libertà e la segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.)¹¹ e, soprattutto, riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona, «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art.

⁶ Noto come Codice della privacy (d.lgs. n. 196/2003): Titolo così modificato dall' art. 1, comma 1, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE. Testo del D.lgs. n. 196/2003 aggiornato con le modifiche apportate, da ultimo, dalla L. 29 aprile 2024, n. 56.

⁷ Disponibile in <https://www.garanteprivacy.it/home/ricerca/-/search/tipologia/Provvedimenti>

⁸ Il 31 gennaio 2025 è stato pubblicato il Report Annuale sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel corso dell'anno 2024, disponibile: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/annual-report-2024-eng>

⁹ L'articolo, –rubricato “Protezione dei dati di carattere personale”, prevede che: «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente». Cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016, p. 56.

¹⁰ Testualmente: «Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale (...)». Per un approfondimento, cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, C. CARUSO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2024.

¹¹ Cfr. art. 15 Cost. «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge». Cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, C. CARUSO, *Corso di diritto costituzionale*, cit. p. 36.

2). Il concetto di *privacy* si è poi imposto sul piano culturale, assumendo connotazioni sempre più ampie, a fronte di cambiamenti che mettevano - e mettono - a rischio le informazioni e i dati la cui diffusione può ledere la dignità delle persone. In Italia, si è fatto fronte a questa esigenza con l'adozione del "Codice in materia di protezione dei dati personali" (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), più volte modificato, oggi conosciuto come "Codice della privacy"¹².

Di rilievo è, tra gli altri, l'art. 167 il quale disciplina, nello specifico, le ipotesi di trattamento illecito di dati personali che determinino un effettivo nocumento all'interessato, realizzate con dolo, ossia con l'intento di trarre un profitto per sé o per altri oppure di arrecare un danno al titolare dei dati¹³. La Corte di Cassazione¹⁴ ha chiarito i confini applicativi di questa fattispecie, specificando che la diffusione non autorizzata di dati personali e giudiziari è sanzionabile anche qualora tali informazioni provengano da atti giudiziari pubblici.

La pronuncia è intervenuta in seguito all'impugnazione di una sentenza della Corte di appello di Genova, che aveva confermato la condanna dell'imputato per la diffusione non autorizzata di una sentenza e di altri atti amministrativi, relativi alla parte civile, a favore di alcuni vicini di casa, per finalità lesive. Secondo la difesa poiché gli atti erano già pubblici e liberamente consultabili, la loro diffusione non avrebbe violato la normativa sulla privacy. Inoltre, alla luce di quanto stabilito dall'art. 52 del *Codice della Privacy* - che disciplina le modalità e i limiti di diffusione dei dati personali contenuti in atti e documenti accessibili al pubblico - si riteneva che, in mancanza di una specifica opposizione da parte dell'interessato, la diffusione fosse da considerare lecita.

La Corte, nel rigettare le doglianze difensive, ha chiarito che l'art. 52 del *Codice della Privacy* regola esclusivamente la diffusione di provvedimenti giudiziari per «finalità di informazione giuridica», quali lo studio e la documentazione in ambito scientifico e di ricerca. La norma, quindi, non giustifica la diffusione dei provvedimenti giudiziari in contesti privati o per scopi diversi da quelli fissati dalla legge. Preso atto dell'incoerenza del richiamo all'art. 52, i giudici di legittimità hanno confermato che la diffusione dei dati giudiziari tra i vicini di casa violava la normativa sulla protezione dei dati, non disponendo l'imputato dell'autorizzazione dell'interessato né di un'autorizzazione legale.

Nel contesto europeo, l'art. 5 del GDPR - sui principi applicabili al trattamento di dati personali - stabilisce che i dati personali devono essere trattati in modo «pertinente» e non eccedente rispetto alle finalità processuali. Tale principio impone una selezione rigorosa delle informazioni utilizzabili nel processo penale. I dati dei terzi citati incidentalmente devono essere omessi o oscurati, ogni qualvolta non siano rilevanti ai fini del procedimento. Tra gli strumenti normativi per la tutela della riservatezza del terzo rientra l'obbligo di «minimizzazione» (art. 5, § 1, lettera c): i provvedimenti giudiziari dovrebbero rispettare tale

¹² V. *supra*, nota n. 7.

¹³ La norma punisce tali condotte con la reclusione, graduata in base alla gravità dell'infrazione. In particolare, si prevede una pena detentiva da sei mesi a un anno e sei mesi per chi violi le disposizioni relative ai dati trattati nell'ambito delle comunicazioni elettroniche o in diffamità a un provvedimento del Garante, mentre è più severa (da uno a tre anni) la sanzione per chi tratti illecitamente categorie particolari di dati personali o dati giudiziari, in violazione delle garanzie previste dal legislatore nazionale. Lo stesso trattamento sanzionatorio si applica nei casi di trasferimento illecito di dati verso Paesi terzi o organizzazioni internazionali al di fuori dei limiti stabiliti dal Regolamento (UE) 2016/679. Il pubblico ministero, una volta ricevuta notizia di uno dei reati contemplati, è tenuto a informare il Garante, il quale a sua volta, qualora emergano elementi di rilevanza penale nel corso delle sue attività ispettive, trasmette al pubblico ministero la documentazione raccolta. Infine, è prevista una diminuzione di pena qualora per lo stesso fatto sia già stata irrogata e riscossa una sanzione amministrativa pecuniaria da parte dell'Autorità garante.

¹⁴ V. Cass. Pen., sez. III, 2 febbraio 2022, n. 3702, ECLI:IT:CASS:2022:3702PEN.

principio, ossia limitarsi al trattamento dei soli dati strettamente necessari e rilevanti, evitando quindi di includere dettagli non indispensabili riguardanti i terzi. La pertinenza e la rilevanza delle informazioni rispetto ai fatti di causa devono essere valutate in relazione all'oggetto della prova e alla necessità di garantire un processo equo¹⁵. In linea con quanto finora esposto, merita particolare attenzione una recente pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁶, nella quale si è affermato che anche una commissione parlamentare d'inchiesta, istituita nell'ambito dell'attività legislativa di uno Stato membro, è - in via di principio - soggetta all'applicazione del GDPR. L'unica eccezione a questo principio si verifica laddove la commissione eserciti un'attività effettivamente riconducibile alla salvaguardia della sicurezza nazionale, ambito che resta escluso dal campo di applicazione del menzionato Regolamento. Tuttavia, nel caso concreto sottoposto al vaglio della Corte - relativo alla pubblicazione del nome di un testimone, agente sotto copertura, durante un'audizione parlamentare - non è emerso alcun fondamento legislativo né una motivazione concreta legata alla sicurezza nazionale che potesse giustificare una deroga ai diritti riconosciuti dal Regolamento. La Corte ha inoltre ribadito il principio secondo cui, in presenza di un'unica autorità di controllo nazionale designata ai sensi del GDPR, questa è competente a vigilare sull'osservanza del Regolamento anche nei confronti di organi parlamentari, nonostante il principio della separazione dei poteri. La decisione riafferma, in tal modo, il primato del diritto dell'Unione e l'effetto diretto delle sue norme, anche laddove queste incidano su prerogative costituzionali degli Stati membri.

Nel contesto del processo penale, una delle principali questioni in materia di protezione dei dati personali riguarda l'uso delle videoriprese durante il dibattimento. In particolare, ci si interroga sulla liceità della videoregistrazione di quanto avviene in aula, alla luce del principio di pubblicità del processo e della necessità di tutelare i diritti delle persone riprese. Generalmente, il consenso degli interessati non è richiesto per le riprese effettuate nel corso dell'udienza pubblica, in quanto la stessa è, per sua natura, accessibile. Tuttavia, resta essenziale garantire che tali riprese siano disciplinate in modo da tutelare la dignità e la riservatezza delle persone coinvolte, specialmente nei casi in cui il dibattimento riguardi dati sensibili o minori. Diverso è il discorso per le videoregistrazioni disposte durante le indagini preliminari, il cui utilizzo processuale richiede un'attenta valutazione da parte del giudice, ai sensi dell'art. 189 c.p.p.¹⁷, che disciplina l'ammissione delle prove atipiche. In tale contesto, il giudice deve verificare, nel contraddittorio tra le parti, le modalità di acquisizione e ammissione del materiale audiovisivo (es. visione in aula, perizia tecnica, ecc.)¹⁸. Secondo un orientamento interpretativo diffuso, tale verifica non deve necessariamente avvenire nella fase delle indagini, potendo svolgersi in forma differita durante il dibattimento, dove il contraddittorio viene pienamente ristabilito. In conclusione, è necessario distinguere nettamente tra videoriprese effettuate nel corso dell'udienza - normalmente ammesse e

¹⁵ Letteralmente: «c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati ("minimizzazione dei dati")».

¹⁶ CGUE, Grande Sezione, del 16 gennaio 2024, Causa C-33/22, *Österreichische Datenschutzbehörde*, ECLI:EU:C:2024:46.

¹⁷ Precisamente «1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova». Cfr. E. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, in *E.S.I.*, 2013, p. 468.

¹⁸ V. Cass., sez. un., 28 di marzo del 2006, n. 26795, ECLI:IT:CASS:2006:UN.26795.

disciplinate da criteri di pubblicità e garanzia – e riprese effettuate nelle indagini, che richiedono invece un vaglio più rigoroso in sede processuale¹⁹.

3. Il terzo nel processo penale: definizione e diritti

La partecipazione al procedimento di un soggetto estraneo alla struttura triadica tipica del processo penale può dar luogo a rilevanti implicazioni giuridiche. Un primo profilo è quello della diffusione di dati per il tramite di provvedimenti giurisdizionali (ordinanze cautelari, sentenze) di dati che consentano di pervenire all'identificazione del "terzo" e di dettagli privati resi nel corso di una deposizione testimoniale – come informazioni di natura personale o familiare – tali da produrre conseguenze negative sulla sua sfera di riservatezza²⁰: situazione che determina una violazione dei diritti ai sensi del Regolamento generale sulla Protezione dei Dati (GDPR)²¹, nonché delle normative nazionali sulla protezione dei dati personali.

Il "terzo" può essere un testimone che, pur obbligato a deporre, conserva il diritto alla riservatezza nei limiti dell'oggetto della testimonianza²². A tal proposito, l'ordinamento processuale italiano prevede specifiche forme di tutela, volte a proteggere la dignità e la sfera personale del testimone, in particolare nei casi in cui questi possa essere esposto a domande

¹⁹ Nel senso che, le videoregistrazioni relative ad attività investigative non ripetibili, possono essere allegate al relativo verbale ed inserite nel fascicolo per il dibattimento come attività atipiche, v. Cass., sez. I, 13 gennaio 2009, n. 7455, in C.E.D. Cass., n. 242875; V. TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite cronaca di una travagliata evoluzione giurisprudenziale (in attesa del legislatore)*, in *Iurisdicio*, 2023, n. 4, pp. 41-63, p. 54 ss.

²⁰ A. CENTONZE, *Il diritto alla riservatezza e la tutela dei dati personali nei provvedimenti giurisdizionali della Corte di cassazione*, in *Giustizia insieme*, 2023, n. 68.

²¹ Regolamento (UE) n. 679/2016, relativo alla tutela dei dati personali e della privacy (conosciuto come GDPR) in G.U.U.E. L 119/1 del 4 maggio 2016. Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, in *Quaderno 5 SSM - Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario*, 2021, p. 21; sulla stessa tematica v. D. NEGRI, *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, p. 59 ss.

Le norme che vengono in considerazione a tal riguardo sono, l'art. 4, par. 1, definizione di "dato personale": «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile»; l'art. 5, Principi applicabili al trattamento dei dati personali: «liceità, correttezza e trasparenza»; «limitazione della finalità»: i dati devono essere raccolti per finalità determinate e non trattati ulteriormente in modo incompatibile con tali scopi; «minimizzazione dei dati»: ovvero, trattare solo i dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità; «limitazione della conservazione»; «integrità e riservatezza: protezione da divulgazione non autorizzata». Si segnala anche, l'art. 6 – Liceità del trattamento; art. 9 – Trattamento di categorie particolari di dati personali; art. 14 – Dati personali non ottenuti presso l'interessato: informazioni da fornire: anche se il dato personale del terzo è ottenuto indirettamente (come accade nel processo), l'interessato deve essere informato, salvo eccezioni (es. impossibilità, sproporzione dello sforzo, rischio per l'indagine). In tal senso, G. ALPA, *La 'proprietà' dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR* Milano, 2019, pp. 11-34; F. BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, pp. 110-193; C. KUNER- L.A. BYGRAVE- C. DOCKSEY- L. DRECHSLER, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford, 2019.

²² Un'altra ipotesi che può verificarsi riguarda il testimone che rifiuta di deporre fuori dai casi espressamente previsti dalla legge. In tal caso il giudice provvede ad avvertirlo sull'obbligo di deporre secondo verità. Se il testimone persiste nel rifiuto, il giudice «dispone l'immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero perché proceda a norma di legge» (art. 207, comma 1 c.p.p.), a tal proposito v. P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, cit. p. 330.

irrilevanti, intrusive o lesive della propria integrità morale e privata. In tale prospettiva, si colloca anche il divieto di porre domande sulla vita sessuale del testimone stesso o della persona offesa, quando non strettamente rilevanti per l'accertamento dei fatti. Questo principio trova applicazione, ad esempio, nei procedimenti per reati sessuali, dove è espressamente previsto il divieto di formulare quesiti o di fare insinuazioni che mirino a screditare la persona offesa sulla base della sua condotta sessuale pregressa, in assenza di effettiva pertinenza con il fatto oggetto del processo. Tale divieto, disciplinato dall'art. 472 comma 3-*bis* c.p.p. (per l'udienza dibattimentale a porte chiuse in relazione all'accertamento di reati sessuali) e, più in generale, fondato sul rispetto della persona umana, ha la funzione di garantire che la partecipazione del testimone (o della persona offesa) non si trasformi in una violazione gratuita della sua riservatezza o in una nuova forma di vittimizzazione. Una tutela che risponde anche agli standard sovranazionali, come stabiliti dalla Corte di Strasburgo in materia di protezione della vita privata (art. 8 CEDU)²³, mediante il divieto, in capo agli Stati di evitare esposizioni inutili di dati personali o aspetti intimi di soggetti non imputati.

La lesione della riservatezza del “terzo”, come anticipato, è posta a rischio dal principio di pubblicità. Sul piano degli strumenti che vi derogano il codice contempla, nella fase delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare – al di là delle norme sulla tutela del segreto “esterno” - l'incidente probatorio, *ex* art. 392 c.p.p., con il quale si consente l'assunzione anticipata della prova testimoniale quando vi è il rischio che questa possa essere dispersa o alterata nel tempo²⁴ o, ancora, quando – a fronte di testimoni vulnerabili – vi è l'esigenza di evitare fenomeni di “vittimizzazione secondaria”. Il predetto incidente probatorio, pur attuando il principio del contraddittorio, deroga allo *strepitus fori* connesso alla celebrazione del processo a porte aperte, quantomeno fino alla formazione del fascicolo per il dibattimento, nel quale i relativi atti confluiranno.

In dibattimento, la tutela della riservatezza è garantita attraverso l'art. 472 c.p.p. che disciplina la celebrazione dell'udienza a porte chiuse, nei casi in cui sia necessario salvaguardare la riservatezza di chi partecipa al processo, inclusi i testimoni vulnerabili. Si tratta di una previsione che, pur derogando al principio generale di pubblicità dell'udienza, non lo elimina del tutto: la trasparenza processuale continua a essere garantita tramite il controllo

²³ A tal proposito, si richiama la Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, del 6 febbraio 2025 - Ricorsi nn. 36617/18 e altri 12 - Causa Italgomme Pneumatici S.r.l. e altri c. Italia. Nel febbraio 2025, la Corte di Strasburgo ha emesso una importante sentenza nell'ambito del ricorso promosso da Italgomme Pneumatici S.r.l. e altri contro l'Italia. Nello specifico, l'organo di giustizia ha riconosciuto che la normativa italiana in materia di verifiche fiscali viola l'art. 8 della CEDU, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e del domicilio. Secondo il *decisum*, la normativa italiana attribuisce alle autorità fiscali un ampio margine di discrezionalità nell'eseguire accessi, ispezioni e acquisizioni di documenti, senza però assicurare adeguate garanzie procedurali a tutela dei cittadini. In particolare, la Corte ha evidenziato l'assenza di un controllo preventivo da parte di un'autorità indipendente (come un giudice), nonché la mancanza di un effettivo controllo successivo sull'operato della Guardia di Finanza e dell'Agenzia delle Entrate, in relazione alla proporzionalità e necessità delle misure adottate. Tale carenza di controllo, sia *ex ante* che *ex post*, è stata ritenuta incompatibile con gli standard dell'art. 8 CEDU. Pur trattandosi di una materia estranea al diritto penale, la sentenza riveste particolare interesse in quanto mette in luce una criticità strutturale dell'ordinamento italiano nella protezione dei diritti fondamentali del cittadino, in un contesto – quello fiscale – in cui il potere pubblico è dotato di strumenti incisivi e potenzialmente lesivi della sfera privata. La decisione si inserisce, quindi, in una più ampia riflessione sul bilanciamento tra esigenze di efficacia amministrativa e garanzie costituzionali, con evidenti implicazioni anche sul piano sistemico e comparato.

²⁴ Così come l'art. 498 che regola le modalità di esame dei testimoni, prevedendo, tra l'altro, che il giudice possa adottare misure per proteggere il testimone durante la deposizione, come l'uso di schermi o collegamenti audiovisivi a distanza, al fine di tutelarne l'incolumità.

giurisdizionale e la verbalizzazione degli atti: profili che assicurano comunque la documentazione delle attività svolte in aula. Tuttavia, la riservatezza assicurata durante l'udienza non esclude che le informazioni sensibili fornite da soggetti vulnerabili possano essere divulgate in una fase successiva: al momento della pubblicazione della sentenza: è questo il momento più delicato.

La diffusione di dati personali attraverso la sentenza, ancorché formalmente legittima, può determinare un grave pregiudizio alla persona offesa o al testimone vulnerabile, soprattutto quando si tratti di informazioni attinenti alla sfera familiare, alla salute o ad altri aspetti sensibili. La possibilità che tali informazioni siano indicizzate *online* o riprese dai mezzi di informazione può infatti amplificarne la portata lesiva, rendendo di fatto permanente - e difficilmente reversibile - l'esposizione del soggetto, anche ben oltre la conclusione del procedimento.

Infine, pur in presenza di un'udienza celebrata a porte chiuse, non tutti i contributi dei soggetti processuali restano effettivamente riservati: è dunque necessario interrogarsi su quali contenuti possano essere legittimamente diffusi e su quali debbano invece essere oggetto di oscuramento o anonimizzazione.

La giurisprudenza e il c.d. Garante della *privacy* hanno più volte ribadito l'importanza di un'attenta valutazione, anche da parte del giudice²⁵, circa l'opportunità di riportare nel testo della sentenza dati idonei a identificare soggetti vulnerabili, così da evitare una lesione del diritto alla riservatezza non più rimediabile. L'oscuramento dei dati del terzo garantisce questo bilanciamento: si tutela la dignità della persona estranea al processo, pur garantendo la pubblicità delle decisioni giurisdizionali.

Per ultimo, come anticipato, tra le figure di "terzo incidentalmente citato" rientra colui che, pur non essendo testimone, è menzionato nei documenti giudiziari come, ad esempio, in motivazioni di sentenze, verbali o atti istruttori. In tale ipotesi, il trattamento dei dati personali avviene nell'ambito dell'esercizio della funzione giurisdizionale e rientra nel regime speciale previsto dal *Codice della Privacy* (art. 2-sexies e art. 52), secondo cui i diritti e gli obblighi previsti dal GDPR non si applicano quando il trattamento è effettuato per finalità giurisdizionali da autorità giudiziarie nell'esercizio delle loro funzioni²⁶.

4. Gli strumenti a tutela della riservatezza del terzo

In considerazione dell'esigenza di garantire una tutela effettiva della riservatezza del terzo sia nella fase di pubblicazione degli atti giudiziari, sia nel corso del dibattimento, si impone una riflessione sulle misure concretamente applicabili.

Tra gli strumenti più efficaci si annovera, in primo luogo, l'adozione di tecniche di anonimizzazione dei dati identificativi dei terzi, in particolare quando tali informazioni non risultino indispensabili. In via subordinata, potrebbe essere opportuno prevedere forme di accesso selettivo agli atti processuali, consentendo la consultazione integrale unicamente ai soggetti direttamente coinvolti nel procedimento e limitando la divulgazione esterna a quanto

²⁵ In linea con quanto affermato da B. GALGANI, testo della Relazione svolta nell'ambito dell'*International Conference "Third parties and the developments in criminal justice in the digital world"*, Siracusa, 27 giugno 2025, secondo la quale, il giudice penale non si occupa della configurazione 'naturale' del terzo.

²⁶ In particolare, quando i provvedimenti vengono pubblicati integralmente nei siti istituzionali. La questione è approfondita da L. LUPÁRIA DONATI, *Privacy, diritto della persona e processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2019, p. 1448 ss.

strettamente necessario, in presenza di un interesse pubblico prevalente²⁷. Attualmente, l'art. 116 c.p.p. riconosce un diritto generalizzato di visione e copia degli atti una volta cessato il segreto investigativo, fatta eccezione per i verbali e i contenuti delle intercettazioni, che sono soggetti a un regime speciale. Questi ultimi, infatti, possono essere inseriti nel fascicolo solo se rilevanti ai fini del processo, previo vaglio del giudice ai sensi degli artt. 268 e 415-*bis* c.p.p., e non sono automaticamente accessibili ai terzi, anche dopo la chiusura delle indagini. Ciò pone interrogativi in termini di protezione dei dati personali e della riservatezza, specie quando gli atti contengono informazioni riferibili a soggetti estranei al processo, come testimoni o persone menzionate incidentalmente. Per quanto riguarda la pubblicazione delle sentenze, poi, questa dovrebbe essere accompagnata da una verifica accurata delle informazioni personali contenute, omettendo o oscurando quelle che potrebbero causare pregiudizio a terzi.

Il tema della riservatezza del terzo esige, come già anticipato, un bilanciamento costante con il principio di pubblicità. Da un lato, la trasparenza del procedimento penale è una garanzia di democraticità e tutela della collettività; dall'altro, l'esposizione involontaria di terzi non coinvolti direttamente nel fatto di reato può risultare lesiva dei principi di necessità e proporzionalità del trattamento dei dati personali. In tale ambito assume rilievo la Direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti (di seguito: Direttiva 2016/680/UE)²⁸, traspunta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51.

A tale riguardo, l'art. 14 – relativo alle limitazioni dell'esercizio dei diritti dell'interessato – attribuisce, a «chiunque vi abbia interesse» (dunque anche al terzo), il potere di richiedere «la rettifica, la cancellazione o limitazione» dei suoi dati contenuti in atti giudiziari o indagini, anche in sede processuale, con le modalità di cui all'art. 116 c. p. p.²⁹ e con le forme della correzione dell'errore materiale, di cui all'art. 130 c.p.p.³⁰.

La norma va letta in combinato disposto con il Considerando n. 40 della Direttiva 2016/680/UE, secondo cui: «è opportuno predisporre modalità volte ad agevolare l'esercizio, da parte dell'interessato, dei propri diritti conformemente alle disposizioni adottate a norma della presente Direttiva, compresi i meccanismi per richiedere e, se possibile, ottenere,

²⁷ A. TIGRINO, *Procedimento penale e diffusione dei dati personali: stato dell'arte e quesiti posti dalla riforma Cartabia* in *MediaLaws*, 2023, pp. 272-298, p. 275 ss., così come M. TORRE, *Privacy e indagini penali*, Milano, 2020.

²⁸ Direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in G.U.U.E L 119/89 del 4 maggio 2016.

²⁹ Intitolata «Copie, estratti e certificati», la disposizione di cui all'art. 166 c.p.p., in merito alle *modalità* della richiesta, specifica che essa può essere proposta «durante il procedimento e dopo la sua definizione».

³⁰ In particolare, il comma 1 dell'art. 130 c.p.p. com'è noto recita: «1. La correzione delle sentenze, delle ordinanze e dei decreti inficiati da errori od omissioni che non determinano nullità, e la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto, è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, e l'impugnazione non è dichiarata inammissibile, la correzione è disposta dal giudice competente a conoscere dell'impugnazione.1-bis. Quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'art. 619, comma 2. 2. Il giudice provvede in camera di consiglio a norma dell'articolo 127. Dell'ordinanza che ha disposto la correzione è fatta annotazione sull'originale dell'atto». Cfr. F. LOMBARDI, *Sulla correzione dell'errore materiale nel caso di difformità, in punto di concessione della pena sospesa, tra dispositivo e motivazione non contestuale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, n.11.

gratuitamente, in particolare, l'accesso ai propri dati personali, la loro rettifica o cancellazione e la limitazione del trattamento». Considerata l'ampiezza interpretativa della nozione di dato personale contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 51/2018³¹, la norma è inequivocabilmente applicabile anche ai dati contenuti alle conversazioni intercettate, sia nella forma del *file* audio che della relativa trascrizione. A supporto di questa lettura rilevano sia i provvedimenti adottati dal Garante per la protezione dei dati personali, sia la giurisprudenza pronunciata in anni di vigenza del d. lgs. n. 196 del 2003³².

In virtù dell'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 14, comma 1, d. lgs. n. 51/2018, anche con riguardo ai dati personali eventualmente ricavabili dalle conversazioni intercettate, trascritte nei brogliacci o registrate in *file* audio, la norma riconosce non solo alle parti processuali, ma anche ai soggetti terzi, la titolarità del diritto di richiedere – attraverso le modalità semplificate previste dagli artt. 116 e 130 c.p.p.³³ – la rettifica, la cancellazione ovvero la limitazione del trattamento dei dati che li riguardano. Tale interpretazione è desumibile dal Considerando n. 47 della Direttiva 2016/680, nonché dalla interpretazione “ufficiale” fornita dal Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, nell'ambito della Relazione 2018, secondo cui:

*«È significativa, ad esempio, la previsione del diritto della persona (a prescindere dalla posizione processuale, includendovi anche il terzo estraneo alle indagini) di richiedere, con una procedura particolarmente agile, la cancellazione o rettifica dei propri dati illegittimamente trattati in ambito giudiziario penale. Norma, questa, che potrebbe risultare particolarmente utile anche rispetto alle conversazioni intercettate»*³⁴.

Qualora la cancellazione debba essere rigettata per esigenze di conservazione probatoria, l'interessato può però chiedere la limitazione del trattamento che consiste essenzialmente nel trasferire i dati “ad altro sistema di archiviazione” o nel renderli inaccessibili.

La rettifica concerne invece la correzione di dati inesatti:

«Una persona fisica dovrebbe avere il diritto di ottenere la rettifica di dati personali inesatti che la riguardano, in particolare se relativi a fatti, e il diritto alla cancellazione quando il trattamento di tali dati viola la presente direttiva. Il diritto di rettifica, tuttavia, non dovrebbe avere effetti, ad esempio, sul contenuto di una prova testimoniale» (Direttiva 2016 n.680, C 47)³⁵.

Al fine di scongiurare la diffusione non controllata di dati personali e garantire la tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nei procedimenti giudiziari, la Corte Suprema di Cassazione ha emesso le *Linee guida in materia trattamento dei dati personali nella riproduzione dei provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica*, con l'obiettivo di assicurare che tali pubblicazioni rispettino le normative sulla *privacy*. Le indicazioni metodologiche e interpretative riguardano, in particolare, le modalità con cui garantire un equilibrio tra trasparenza e tutela della riservatezza nella pubblicazione dei provvedimenti giurisdizionali, mediante:

³¹ Cfr. «dati personali: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»).

³² F. RESTA, *La Direttiva sulla protezione dei dati personali in ambito giudiziario penale e di polizia e la tutela dei terzi*, in *Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario*, Roma, 2021, p. 44.

³³ Nell'ordine indicato, «Copie, estratti e certificati» e «Correzione di errori materiali».

³⁴ F. RESTA, *La Direttiva sulla protezione dei dati personali in ambito giudiziario penale e di polizia e la tutela dei terzi*, cit., p. 39.

³⁵ La limitazione riguarda, per altro verso, i casi nei quali la legittimità del trattamento del dato sia in discussione ma non possa accertarsi, almeno nel momento considerato, l'effettiva fondatezza della richiesta o, comunque, sussistano esigenze di conservazione dei dati a fini probatori (cfr. Considerando n. 47 della Direttiva).

-la gestione dei dati personali nei provvedimenti pubblicati, richiede particolare attenzione all'anonimizzazione o pseudonimizzazione delle informazioni così da tutelare la riservatezza dei soggetti coinvolti, limitando i riferimenti che possano rendere identificabili le parti, i testimoni o i terzi;

-le informazioni contenute nei provvedimenti devono rispettare i principi di proporzionalità e pertinenza, pubblicando esclusivamente i dati necessari alla comprensione del contesto giuridico della decisione;

-gli uffici giudiziari sono chiamati a seguire queste indicazioni nella preparazione e diffusione degli atti, adottando misure di sicurezza e di gestione dei dati che prevengano la diffusione non autorizzata o non necessaria di informazioni personali.

L'obiettivo è garantire un equilibrio tra l'esigenza di trasparenza delle decisioni giudiziarie e la tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti. Tuttavia, permangono criticità applicative legate alla disomogeneità delle prassi adottate nei diversi uffici giudiziari e all'assenza di meccanismi automatizzati e uniformi di oscuramento. Ciò rende necessaria una riflessione più ampia su strumenti e garanzie che assicurino un'effettiva protezione dei dati personali, senza compromettere il diritto all'informazione giuridica.

Con riguardo all'oscuramento dei dati, appare di interesse un provvedimento con il quale la Corte di Cassazione³⁶ si è pronunciata in materia di trattamento dei dati identificativi contenuti nei provvedimenti giurisdizionali, delineando i presupposti affinché i soggetti interessati possano legittimamente richiedere l'oscuramento di tali dati. In continuità con precedenti indirizzi giurisprudenziali, la Corte ha ribadito che l'istanza, da presentarsi in pendenza del giudizio ai sensi dell'art. 52 del *Codice Privacy*, deve essere sorretta da motivi legittimi esplicitamente indicati, oggetto di valutazione da parte del giudice. Richiamando le Linee guida del Garante del 2 dicembre 2010, la Corte ha individuato, a titolo meramente esemplificativo, come motivi legittimi, la presenza di dati sensibili o la particolare delicatezza della vicenda oggetto del giudizio. Nel caso di specie, l'istanza era stata rigettata in quanto sprovvista di adeguata motivazione e relativa a una controversia priva di elementi tali da giustificare una deroga alla regola della piena divulgabilità.

La pronuncia consente altresì di soffermarsi sui limiti operativi della disciplina in materia, così come delineata dagli artt. 51 e 52 del *Codice Privacy*. In particolare, se da un lato l'art. 51 sancisce il principio della diffusione dei provvedimenti giudiziari anche per via telematica, l'art. 52 introduce una procedura che, come accennato, consente l'oscuramento dei dati identificativi degli interessati, previa istanza fondata su motivi legittimi. Tale procedura si applica a qualunque soggetto sia identificabile nel provvedimento (comprese parti, testimoni e consulenti), richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria procedente e può essere attivata anche d'ufficio nei casi in cui sia necessario tutelare diritti o dignità degli interessati: specie quando vi siano dati appartenenti a categorie particolari ai sensi dell'art. 9 GDPR. In caso di omessa valutazione dell'istanza o di diffusione non autorizzata di provvedimenti soggetti a oscuramento, sono esperibili diversi rimedi: dalla diffida rivolta all'amministrazione competente, all'istanza *ex post* di anonimizzazione, fino alla tutela risarcitoria per violazione della disciplina sul trattamento dei dati personali. Si conferma, pertanto, la responsabilità del soggetto che diffonda in modo illecito provvedimenti giudiziari contenenti dati soggetti a obbligo di oscuramento, anche qualora la finalità sia meramente informativa.

Proseguendo oltre, è opportuno precisare che, nell'ordinamento italiano, al di là degli strumenti di tutela delle informazioni personali già analizzati, esistono ulteriori forme di

³⁶ Ordinanza del 10 agosto 2021, n. 22561, Corte di Cassazione, Sezione V (Tributaria).

protezione in ambito civilistico. In particolare, il codice civile, anche alla luce delle modifiche intervenute in conseguenza dell'adeguamento al GDPR e al d.lgs. n. 101/2018³⁷, prevede azioni risarcitorie in favore del soggetto leso, fondate sull' art. 2043 c.c.³⁸ in combinato disposto con l'art. 82 GDPR, riconoscendo il diritto al risarcimento del danno, materiale e immateriale derivante dal trattamento illecito dei dati personali. Ancora, il *Codice della Privacy* riconosce la possibilità di rivolgersi all'autorità garante per ottenere la tutela amministrativa³⁹ e la cessazione della condotta pregiudizievole.

Ebbene, l'apparato di protezione risulta meno articolato in sede penale. Attualmente, l'ordinamento non contempla rimedi specifici volti a tutelare direttamente la riservatezza del terzo nell'ambito del procedimento penale, se non in via mediata attraverso l'incriminazione di condotte particolarmente gravi, quali il trattamento illecito di dati personali *ex* art. 167 d.lgs. n. 196/2003 o la rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio *ex* art. 326 c.p. Tali fattispecie, tuttavia, presuppongono la configurazione di un reato, escludendo così strumenti immediati e autonomi di tutela preventiva o risarcitoria per il terzo danneggiato.

La lacuna si manifesta in maniera evidente nei casi in cui il trattamento di dati riferibili a terzi, avvenuto in seno alle indagini preliminari o al dibattimento, non integri una fattispecie penalmente rilevante, ma sia comunque idoneo a ledere la riservatezza e la dignità della persona. In tali ipotesi, il "terzo" è costretto a ricorrere alla giustizia civile per la tutela dei propri diritti, con evidenti ripercussioni in termini di effettività e tempestività della protezione. Alla luce di tali considerazioni, appare auspicabile un intervento normativo che colmi questo vuoto di tutela, introducendo strumenti *ad hoc*, anche in ambito penale, idonei a garantire la protezione della riservatezza del terzo in ogni fase del procedimento.

Questa lacuna si riflette sul versante delle indagini transfrontaliere condotte dalla Procura europea. L'art. 42 del Regolamento (UE) 2017/1939⁴⁰, nel disciplinare il controllo giurisdizionale sulle attività investigative della Procura europea, stabilisce che tale controllo è esercitato dai giudici nazionali competenti, secondo le regole processuali interne dello Stato membro anche a garanzia dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, inclusi i soggetti terzi non formalmente indagati. Ebbene, nella lettura offerta dalla Corte di Giustizia il terzo - inteso nella nozione ampia - dovrebbe beneficiare delle stesse forme di tutela giurisdizionale previste dal diritto nazionale dello Stato membro in cui si svolgono le indagini. Ciò implica che anche i soggetti terzi, incidentalmente coinvolti in attività istruttorie o menzionati nei provvedimenti della Procura, possano attivare i rimedi di tutela previsti dall'ordinamento nazionale per contestare l'eventuale trattamento illecito dei propri dati personali. Tale previsione rafforza il principio del contraddittorio e della garanzia dell'equità del procedimento, estendendo le tutele tipiche dell'imputato o dell'indagato anche a coloro la cui

³⁷ Decreto Legislativo del 10 agosto 2018, n. 101. Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (18G00129) in GU Serie Generale n. 205 del 4 settembre del 2018.

³⁸ «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

³⁹ Cfr. PARTE III, TITOLO I: Tutela amministrativa e giurisdizionale. Al riguardo, M. FONTI, *Violazioni privacy: obbligatorio il reclamo al Garante prima di ricorrere a Strasburgo*, in *Altalex*, 2025, disponibile in <https://www.altalex.com/documents/news/2025/02/10/violazioni-privacy-obbligatorio-reclamo-garante-prima-ricorrere-strasburgo>

⁴⁰ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPP»), in G.U. L283/1 del 31 ottobre 2017, pp. 1-71.

sfera privata risulti compromessa per effetto di atti investigativi, a salvaguardia del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali garantiti, tra l'altro, dal GDPR.

Tuttavia, la Corte richiama il principio di equivalenza, secondo cui i rimedi giurisdizionali previsti per la tutela dei diritti dell'Unione devono essere effettivi e non meno incisivi rispetto a quelli contemplati per analoghe situazioni di diritto interno. Proprio su questo fronte emergono le maggiori criticità: l'ordinamento italiano, infatti, non sempre garantisce strumenti adeguati e tempestivi ai soggetti terzi per reagire a possibili violazioni, specie in assenza di uno *status* processuale definito. Tale debolezza compromette, in concreto, l'effettività delle garanzie riconosciute a livello europeo.

5. Il caso “Contrada”: rilievi di sintesi

Sebbene lo spazio a disposizione non consenta di approfondire esaustivamente tutte le ricadute che l'avvio di un procedimento penale può avere sulla posizione del terzo, la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo offre un ulteriore spunto di riflessione legato all'uso delle intercettazioni, mezzo di ricerca della prova particolarmente pervasivo.

La questione della tutela del terzo in questo contesto è stata oggetto di approfondimento a opera della sentenza della Corte Edu, in relazione al caso *Contrada c. Italia*⁴¹. La Corte di Strasburgo ha evidenziato la violazione dell'art. 8 CEDU per l'insufficienza delle garanzie offerte dall'ordinamento italiano a soggetti non formalmente indagati, in particolare con riferimento alle intercettazioni telefoniche.

Per assicurare una tutela effettiva dei terzi, sarebbe opportuno attribuire al pubblico ministero un onere informativo, al fine di evitare che il soggetto venga a conoscenza della presenza di proprie conversazioni all'interno di atti processuali solo attraverso la stampa, quando un eventuale intervento ablativo risulterebbe ormai tardivo. In alternativa, qualora tale obbligo fosse ritenuto eccessivamente oneroso, specie in considerazione della necessità di informare una pluralità di soggetti, si potrebbe riconoscere al terzo la facoltà di ottenere, in via preliminare, conferma dell'eventuale esistenza di intercettazioni che lo riguardino e, previa verifica del contenuto delle registrazioni, attivare la procedura di eliminazione prevista dall'art. 269 c.p.p., ovvero esercitare i propri diritti alla limitazione o rettifica dei dati⁴².

In questa cornice, si evidenzia la mancanza di una riflessione normativa. Il caso *Contrada*, dunque, pur focalizzandosi su un profilo specifico, contribuisce a sollecitare una riflessione più ampia sull'esigenza di rafforzare la tutela dei diritti del terzo nel processo penale, anche

⁴¹ G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?* C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n.3), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pp. 1-18, p. 13; S. E. GIORDANO, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 2, pp. 1-23; S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema Penale*, 2020, disponibile <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/sezioni-unite-8544-2019-fratelli-minori-contrada>

⁴² Un simile meccanismo, attraverso il coordinamento tra l'art. 14 del d.lgs. n. 51 del 2018 e l'art. 269 c.p.p. – che fa espresso riferimento agli «interessati» –, consentirebbe di garantire un'adeguata tutela anche ai soggetti le cui comunicazioni siano state occasionalmente captate nell'ambito di attività di intercettazione. Resta comunque necessario individuare soluzioni operative che, pur non gravando eccessivamente sugli uffici giudiziari, siano idonee a garantire la protezione effettiva della riservatezza sia delle parti sia dei terzi coinvolti. F. RESTA, *Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario*, op. cit. p. 46.

nella sua fase genetica, laddove i confini tra imputato, indagato e terzo si fanno più labili. In particolare, dalla pronuncia della Corte EDU si ricava un principio fondamentale: anche i soggetti non formalmente coinvolti nel procedimento – quali appunto i terzi – possono subire interferenze significative nella propria sfera privata, senza tuttavia disporre di strumenti effettivi per opporvisi. La Corte sottolinea così la necessità che gli ordinamenti nazionali garantiscano forme di controllo giurisdizionale e di tutela dei diritti fondamentali anche nei confronti di coloro che, pur estranei al procedimento, risultino incisi da misure investigative invasive, quali le intercettazioni o le perquisizioni.

6. Conclusioni

La riflessione sin qui condotta sulla tutela della riservatezza del terzo nel procedimento penale dimostra l'esigenza di procedere a una riconsiderazione critica dell'equilibrio tra le esigenze di trasparenza del processo e i diritti fondamentali di coloro che a vario titolo si trovino a vivere la dimensione del processo penale. Quest'ultimo rischia infatti di diventare una "pena" non soltanto per il suo protagonista – l'imputato – ma anche per tutti coloro che pur non assumendo tale veste, diventano portatori di istanze di tutela: dal terzo titolare di diritti di proprietà sulla cosa sequestrata, al testimone, fino al soggetto estraneo menzionato incidentalmente in un'intercettazione, o al familiare dell'imputato la cui sfera privata risulti comunque incisa da atti istruttori. Si impone, pertanto, una riflessione più ampia sul riconoscimento di garanzie effettive, che siano a disposizione anche di tali soggetti, affinché il processo penale non degeneri in una forma indiretta di stigmatizzazione o compressione indebita dei diritti fondamentali.

Indubbiamente il principio di pubblicità costituisce un cardine del *giusto processo*, ma, al contempo, può trasformarsi in una minaccia, incidendo sulla protezione dei dati personali e sulla reputazione dei terzi. La normativa europea, in particolare il GDPR, e quella nazionale, offrono un quadro giuridico volto a rafforzare le garanzie di riservatezza, ma evidenziano ancora numerose criticità applicative, soprattutto con riferimento alla fase di pubblicazione degli atti giudiziari e alla diffusione mediatica delle informazioni processuali. Nel breve periodo, l'adozione di tecniche di anonimizzazione, la predisposizione di strumenti efficaci di opposizione alla diffusione indebita dei dati, nonché un approccio giurisprudenziale più attento alla posizione del terzo, possono rappresentare un buon punto di partenza. Ciò nell'attesa di un intervento normativo organico che disciplini in modo puntuale la posizione del terzo nel processo penale, prevedendo meccanismi di tutela tempestivi ed efficaci. Solo attraverso un bilanciamento ponderato e dinamico tra i diversi interessi in gioco sarà possibile garantire un sistema processuale che non sacrifichi la dignità e la riservatezza del singolo, sull'altare dell'interesse pubblico alla conoscibilità del procedimento.

ABSTRACT: *Protection of the Confidentiality of Third Parties in Criminal Proceedings*

The paper examines the protection of third parties' privacy in criminal proceedings, a topic often overlooked yet crucial in safeguarding individuals from disproportionate exposure. Starting from the principle of publicity in trials, it explores the need to balance transparency and personal data protection under both national (Italian Privacy Code, Legislative Decree

No. 196/2003) and European law (GDPR and Directive 2016/680/EU). The study focuses on key protective measures – such as anonymization, data redaction, and the rights to rectification or erasure of personal data – and highlights the *Contrada v. Italy* case, in which the European Court of Human Rights stressed the duty of States to ensure effective safeguards for persons not formally involved in proceedings. The paper concludes by advocating a comprehensive legislative reform to fill existing gaps and to strengthen the timely and effective protection of third parties' dignity and privacy within the criminal justice system.

**LE POTENZIALITÀ E I LIMITI DEL PROCESSO TECNOLOGICO A TUTELA DEL
TERZO OFFESO DAL REATO ESALTANO LA CENTRALITÀ DEL GIUDICE**

SOMMARIO: 1. L'apporto della tecnologia per ridurre i rischi di vittimizzazione secondaria. – 2. L'esame a distanza della vittima vulnerabile. – 3. La videoregistrazione delle dichiarazioni orali delle fonti vulnerabili. – 4. L'adeguamento delle aule di giustizia e l'effettività dell'obbligo di documentazione rafforzata. – 5. La centralità dell'incidente probatorio a tutela della dichiarante vulnerabile. – 6. L'acquisizione in giudizio delle registrazioni audio e video. – 7. La lettura quale unica modalità di acquisizione della contestazione probatoria. – 8. La tecnologia e la valutazione *del risk assessment*. – 9. I metodi di valutazione individualizzata del rischio e la loro diffusione. – 10. I sistemi attuariali di valutazione del rischio: la sperimentazione del sistema *VioGén* in Spagna. – 11. Il progresso tecnologico non supera la centralità del giudice uomo.

1. *L'apporto della tecnologia per ridurre i rischi di vittimizzazione secondaria*

C'è un terzo nel nostro sistema processuale penale che si trova in una posizione del tutto peculiare: l'offeso dal reato¹. Indubbiamente, infatti, non si tratta di un terzo qualsiasi, ma in virtù di un ossimoro, un “terzo interessato”, il quale, peraltro, anche quando non ha alcun interesse ad esercitare i poteri e le facoltà previste dalla legge poiché desidererebbe non essere coinvolto nel procedimento penale in corso, è tenuto ad un obbligo al quale non può sottrarsi: rendere testimonianza².

Ne consegue che se, da una parte, la persona offesa deve rendere testimonianza, dall'altra, poiché è innegabile la “violenza esercitata dal processo”³, occorre ridurre i rischi di vittimizzazione secondaria nel caso cui sussista una condizione di vulnerabilità.

Tale esigenza è sottolineata da tutte le fonti internazionali in tema di tutela dei diritti delle vittime. Innanzitutto, ove si tratti di minorenni, specie se vittime di abusi sessuali, o di vittime di violenza di genere o di violenza domestica, visti gli effetti psicologici devastanti che sono collegati a queste forme di violenza, che rischiano di compromettere gravemente la salute e lo sviluppo psico-sociale dei soggetti coinvolti.

* Professoressa Associata di Diritto processuale penale, Università Kore di Enna.

¹ L'offeso dal reato, invero, è terzo rispetto alle parti e interviene, pertanto, nel processo come testimone. Per ulteriori approfondimenti, per tutti, v. A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano.

² Come osservato, in particolare, da A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, cit., p. 383, «la persona offesa, almeno nella fase dibattimentale, acquista la veste di un testimone essenziale, da cui non è lecito, in linea di massima, prescindere». Di recente, la Corte costituzionale ha riconosciuto come ragionevole la sussistenza dell'obbligo di testimoniare della persona offesa nei confronti dell'imputato prossimo congiunto, in deroga alla facoltà prevista dall'art. 199 c.p.p., ritenendo che, in questi casi, tale deroga «opera anche come forma di protezione per la vittima, avendo il legislatore in tal modo pensato di prevenire le eventuali intimidazioni che sovente accompagnano i reati maturati in ambito familiare, al fine di indurre il teste a non deporre» (Corte cost., 16 dicembre 2024, n. 200).

³ Sul punto G. DI CHIARA, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo: l'orizzonte-parametro del danno da attività giudiziaria penale tra oneri organizzativi e prevenzione dell'incommensurabile*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale*, Torino, 2017, p. 453.

Al riguardo, tra le principali Convenzioni internazionali sottoscritte e ratificate dall'Italia⁴ e che hanno peraltro assunto un ruolo significativo nella elaborazione di un vero e proprio Statuto dei diritti delle vittime⁵, sia la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale⁶, che la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica⁷, sottolineano l'importanza di proteggere le vittime in sede giurisdizionale affidandosi anche all'apporto offerto della tecnologia.

Più precisamente, secondo l'art. 56, lett. i), della Convenzione di Istanbul, occorre consentire alle vittime di testimoniare in aula, senza essere fisicamente presenti, o almeno senza la presenza del presunto autore del reato, grazie in particolare al ricorso a tecnologie di comunicazione adeguate, se sono disponibili. Alla stessa stregua, l'art. 36 della Convenzione di Lanzarote prevede che vada garantita la possibilità alla vittima di essere ascoltata in aula senza essere presente, in particolare attraverso l'uso di appropriate tecnologie di comunicazione.

Anche l'Unione Europea ha posto i diritti delle vittime al centro delle proprie iniziative in tema di politiche penali⁸, anzitutto, con l'approvazione della Direttiva 2012/29/UE che

⁴ Particolare rilievo assume la Convenzione per l'Eliminazione di tutte le Forme di Discriminazione delle Donne (Cedaw) adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 e ratificata dall'Italia con la l. 14 marzo 1985, n. 132, entrata in vigore il 10 luglio del 1985. Si tratta di una Convenzione a vocazione universale che ha costituito la più estesa Carta mondiale dei diritti delle donne e stabilito gli standard di uguaglianza per il genere femminile nel mondo, impegnando gli Stati a eliminare le discriminazioni più evidenti in tutte le principali aree di diritti civili, economici, sociali e politici, e a promuovere l'uguaglianza di opportunità attraverso misure positive. Il comitato Cedaw, il 26 luglio del 2017, ha poi approvato la Raccomandazione n. 35, in cui qualifica le norme contro la violenza sulle donne come patrimonio irrinunciabile della comunità internazionale da ricondursi al diritto consuetudinario. Di particolare rilievo è, inoltre, la previsione contenuta nell'art. 17 della Cedaw, che prevede l'istituzione di un Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne con il compito di esaminare i progressi realizzati nell'esecuzione degli obblighi derivanti dalla Convenzione assunti parte degli Stati contraenti.

⁵ In tal senso, ad esempio, v. S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 1; G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.* 2010, p. 985; A. CONFALONIERI, *La persona offesa dal reato*, in G. DEAN (a cura di), *Soggetti e atti*, in *Trattato di procedura penale*, dir. da G. SPANGHER, Torino, 2008, p. 656 s.

⁶ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale*, firmata il 25 ottobre 2007, ed entrata in vigore il 1° luglio 2010, è stata ratificata dall'Italia con l. 1° ottobre 2012, n. 172.

⁷ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione di Istanbul sulla prevenzione della lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*, firmata l'11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77, è entrata in vigore il 1° agosto 2014. L'Unione Europea ha concluso il processo di adesione alla Convenzione il 1° giugno 2023. La Convenzione ha istituito un Gruppo di Esperti sulla lotta contro la Violenza nei confronti delle Donne e la Violenza Domestica (Grevio) costituito da professionisti indipendenti, incaricati di monitorare l'attuazione della Convenzione da parte degli Stati aderenti attraverso questionari, visite, inchieste e rapporti di conformità degli ordinamenti interni agli standard convenzionali, raccomandazioni generali ecc.

⁸ Com'è stato osservato, la tutela della vittima può ben dirsi rappresenti uno dei capisaldi della costruzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia in Europa (In tal senso, ad esempio, S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, 2016, p. 3 s.; C. AMALFITANO, *La tutela delle vittime nelle fonti dell'Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Vittime e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 91 s.; ID., *Il processo penale ai tempi della vittima, passim*; E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, p. 186; FONSECA MORILLO-BELLANDER TODINO, *The Victim's Rights Directive: Origins and expectations*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Vittime di*

istituisce norme minime riguardanti la protezione delle vittime di reato⁹. Tale indirizzo ha trovato conferma anche nel piano strategico per il 2020 e il 2025¹⁰, che contiene, peraltro, una proposta di aggiornamento della Direttiva del 2012¹¹.

Ebbene, anche in questo contesto è stato dato risalto all'importanza di proteggere le vittime dal rischio di vittimizzazione secondaria, specialmente ove all'interno degli ordinamenti, sussistendo l'obbligo di partecipare attivamente ad un processo in quanto testimoni, ciò le espone in maggior misura al pericolo di subire un ulteriore trauma e quindi occorre adottare tutte le misure utili per evitarlo.

In particolare, la Direttiva 2012/29/UE, al considerando 53, sottolinea l'opportunità di:

- limitare il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni – da parte dell'autore del reato o a seguito della partecipazione al procedimento penale – svolgendo il procedimento in un modo coordinato e rispettoso, che consenta alle vittime di stabilire un clima di fiducia con le autorità.
- È opportuno che l'interazione con le autorità competenti avvenga nel modo più agevole possibile ma che si limiti al tempo stesso il numero di contatti non necessari fra queste e la vittima, ricorrendo ad esempio a registrazioni video delle audizioni e consentendone l'uso nei procedimenti giudiziari.
- È opportuno che gli operatori della giustizia abbiano a disposizione una gamma quanto più varia possibile di misure per evitare sofferenza alle vittime durante il procedimento giudiziario, soprattutto a causa di un eventuale contatto visivo con l'autore del reato, i suoi familiari, i suoi complici o i cittadini che assistono al processo. A tal fine gli Stati membri dovrebbero adottare, specialmente nei tribunali e nelle stazioni di polizia, misure pratiche e realizzabili dirette alla creazione di strutture che assicurino ingressi e luoghi d'attesa separati per le vittime. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero, nella misura del possibile, organizzare lo svolgimento del procedimento penale in modo da evitare eventuali contatti tra la vittima e i suoi familiari con il presunto autore del reato; ad esempio, convocando alle udienze la vittima e l'imputato in orari diversi.

Misure ancora più specifiche di protezione, poi, si precisa vadano assicurate alle vittime identificate come vulnerabili. Tali misure devono essere determinate in base ad una valutazione individuale, tenendo conto dei desideri delle vittime, fermo restando i diritti della difesa e nel rispetto della discrezionalità giudiziale.

Ecco allora che nell'articolato nella direttiva, al capo IV, oltre a ribadirsi un generico diritto di protezione di tutte le vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, per quanto riguarda le vittime con specifiche esigenze di protezione (individuate ai sensi dell'art. 22),

reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri, cit., p. 3 s.; L. LUPÁRIA, *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in R. MASTROIANNI-D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013, p. 91 s.; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, p. 27 ss.; B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, Milano, 2023, p. 69 ss.

⁹ PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*.

¹⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)*, 24 giugno 2020 COM (2020)258.

¹¹ La proposta di aggiornamento è stata formulata dalla Commissione Europea con Atto n. COM/2023/424/UE del 12 luglio 2023.

all'art. 23, si fa espresso riferimento all'uso delle tecnologie per ridurre i rischi di vittimizzazione secondaria:

a) misure per evitare il contatto visivo fra le vittime e gli autori dei reati, anche durante le deposizioni, ricorrendo a mezzi adeguati, fra cui l'uso delle tecnologie di comunicazione;

b) misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione.

Il richiamo alle registrazioni audiovideo contenuto nel considerando 53, viene poi ripreso più specificamente dall'art. 24 a proposito delle audizioni dei minorenni, con l'indicazione che «a) nell'ambito delle indagini penali tutte le audizioni del minore vittima di reato possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali».

Tali indicazioni sono state ulteriormente ribadite dalla recente Direttiva 2024/1385/UE sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, che all'art. 16 ha previsto, per l'appunto, che gli Stati applichino le misure di protezione indicate dalla direttiva 2012/29/UE agli artt. 23 e 24¹².

Com'è stato messo in luce¹³, deve prendersi atto che per mezzo di una serie di interventi di natura internazionale e sovranazionale sono stati delineati i contorni di una categoria di “super vittime”, con riferimento a specifici reati, a cui occorre accordare speciali misure di protezione anche avvalendosi del ricorso alle tecnologie. Misure che, poi, vanno riconosciute, in via generale, a tutte le vittime che, alla luce di una valutazione individuale, siano considerate particolarmente vulnerabili.

Un punto pare dunque potersi tenere fermo: la tecnologia può essere impiegata proprio per proteggere i dichiaranti vulnerabili che in quanto obbligati a partecipare al processo non dovrebbero, tuttavia, subire una vittimizzazione secondaria.

2. *L'esame a distanza della vittima vulnerabile*

Per fronteggiare le esigenze di protezione della vittima, anzitutto, la tecnologia può consentire di condurre l'esame a distanza, evitando la presenza del testimone vulnerabile in aula. Soluzione che sembra trovare un fondamento nella Direttiva 2012/29/UE e che risulta compatibile con le indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU¹⁴.

Secondo un consolidato orientamento della Corte di Strasburgo, infatti, l'art. 6 comma 3 lett. d Cedu, ancorché presupponga il diritto dell'imputato ad un'adeguata e sufficiente opportunità di confrontarsi con il testimone, deve essere interpretato nel senso che il

¹² PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Direttiva (UE) 2024/1385, del 14 maggio 2024, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, entrata in vigore il 14 giugno 2024 e che dovrà essere adottata dagli Stati membri entro il 14 giugno 2027.

¹³ In tal senso, per tutti, v. M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ (a cura di), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime tra Europa e Italia*, cit., p. 60.

¹⁴ In tal senso v. C. CESARI, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame testimoniale del teste minorenne*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, Milano, 2008, p. 316 s.; analogamente v. B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, cit., p. 177. Per una riflessione sull'esame a distanza dei testi vulnerabili, altresì, v. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, p. 36 ss.; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., p. 443.

controesame non debba necessariamente svolgersi contestualmente all'esame dei testimoni, essendo conformi alla Convenzione anche forme differite di contraddittorio¹⁵.

Ciò, però, non è sufficiente ad escludere un contrasto con i principi del giusto processo posti a fondamento dell'art. 111 Cost. quali garanzie della giurisdizione.

Ed invero, l'immediatezza, che si alimenta del contraddittorio tra le parti¹⁶, non vi è dubbio che di fatto risulti indebolita dal ricorso al *medium* tecnologico¹⁷.

Se il contenuto minimo ed essenziale del canone in parola deve farsi coincidere con l'esigenza che la decisione del giudice si fondi su elementi di prova da questi direttamente osservati, percepiti e sentiti; corollario di tale premessa è che ogni sentenza si regga sulla valutazione diretta delle prove, sulla possibilità di percepire fisicamente i comportamenti delle parti, ascoltarne le argomentazioni, e vagliare le comunicazioni non verbali (espressioni facciali, movimenti del corpo, inflessioni della voce) e l'affidabilità o inaffidabilità degli esiti dell'esame incrociato¹⁸.

Ne consegue che quando la percezione e la valutazione diretta delle prove dichiarative è veicolata da uno schermo, l'immediatezza ne risulta affievolita¹⁹.

Con l'esame a distanza si perde la capacità dello sguardo²⁰, nonché la vividezza della tensione, spesso drammatica, della *cross examination*, resa ancor più intensa dalle implicazioni psicologiche ed emotive dell'accertamento di fatti che coinvolgono la sfera più intima della persona: il sesso, l'amore, gli affetti familiari²¹.

¹⁵ Ad esempio, Corte edu, 20 aprile 2006, Carta c. Italia, in *www.coe.int*. Per un approfondimento dell'argomento, tra gli altri, v. S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008.

¹⁶ Sull'argomento, tra le opere monografiche, in particolare, v. P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005.

¹⁷ In questi termini v. S. SIGNORATO, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 2017, p. 12. In argomento, per tutti, v. A. GARAPON, *La despaializzazione della giustizia*, Milano-Udine, 2021, *passim*; altresì, *ex multis*, v. B. GALGANI, *Il processo penale in 'ambiente' digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Quest. giust.*, 17 gennaio 2022; R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2021, 3, p. 807 ss.; R. PARADISI, *L'oralità digitale e il simulacro dell'immediatezza: è ancora un processo accusatorio?* in *Iudicium*, 13 gennaio 2025.

¹⁸ Per O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 9, «Anche il più sofisticato software di video conferenza non sarà mai in grado di restituire l'immediatezza di cui necessita il processo e di garantire l'effettività del contraddittorio».

¹⁹ Come evidenzia, tra gli altri, M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sist. Pen.*, 2021/2, p. 65, «La presenza digitale, "in imagine", è ontologicamente diversa da quella "in corpore". Denota un'esperienza percettiva contaminata da un'alterazione dei naturali canali di comunicazione intersoggettiva, purtroppo non priva di conseguenze sulla forza euristica dell'esame incrociato. Anche potendo avvalersi delle più avanzate tecnologie, la riproduzione digitale dei volti, dei corpi e dei suoni sconta un insopprimibile margine di artificiosità. Le distorsioni cognitive che ne risultano – di cui ancora non vi è piena consapevolezza neppure a livello scientifico – producono un profondo impatto sulla capacità di comunicazione e di ascolto, distorcendo gli indici di credibilità delle testimonianze»; altresì, cfr. ID., *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino 2012, p. 14; nonché, A. FALCONE, *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 6 settembre 2023, p. 29.

²⁰ D. NEGRI, *Atti e udienze a distanza: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 455.

²¹ V. F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 483. Evidenzia, invece, alcuni aspetti positivi che sotto il profilo psicologico si possono ottenere dall'esame a distanza del testimone R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?* in *Sist. pen.*, 2021, n. 2, p. 137 s.

Anche il contraddittorio orale subisce una limitazione per effetto della partecipazione a distanza²². Com'è stato osservato²³ «il processo accusatorio si interessa delle sensazioni sperimentate nella sala d'udienza quale bussola, dispositivo di attenzione e propellente della dinamica di escussione». Il contraddittorio orale, in particolare, presuppone la presenza contestuale degli interlocutori e quindi, l'immediato susseguirsi, senza intervalli e senza intermediari delle domande e delle risposte²⁴.

Ed ancora: «la contiguità durante lo sviluppo della *cross-examination* è il modo migliore di valutare tatticamente e strategicamente sin dove convenga spingersi, e come, nel complesso, irripetibile tentativo di attrarre la personalità del dichiarante, insieme ai contenuti della sua narrazione, entro l'orbita della propria tesi e a beneficio della progressiva persuasione del giudice»²⁵. L'immediatezza «permette la *creazione* della prova, e fa sì che la genesi del dato probatorio sia percepita nell'unico momento in cui può essere percepita, ossia quando avviene»²⁶.

Secondo parte della dottrina²⁷, di conseguenza, la perdita di prossimità fisica tra i protagonisti dell'attività dialettica si traduce in una deroga al canone di accertamento sancito dall'art. 111 comma 4 Cost., giustificabile nei limiti indicati dal comma 5 o in ragione di valori fondamentali prevalenti e sempre nel rispetto del principio di legalità processuale.

Il punto, nondimeno – a mio avviso –, è che se non vi è dubbio che occorre molta cautela nel lasciare che le aule di giustizia si svuotino e che anche il contraddittorio e l'immediatezza possano subire il filtro di uno schermo per soddisfare esigenze di efficienza, è allo stesso tempo innegabile che quando vengono in gioco degli interessi superiori come le esigenze di protezione della incolumità fisica o psicologica delle vittime vulnerabili, la modalità di escussione a distanza possa rappresentare una modalità adeguata per equilibrare gli interessi in gioco²⁸.

È solo la legge, però, che deve indicare tale ipotesi tra le eccezioni possibili.

Né a conclusioni diverse è possibile pervenire sostenendo che in questi casi il ricorso all'esame a distanza può trovare fondamento direttamente nell'art. 23 della Direttiva 2012/29/UE, in quanto non si tratta di disposizioni *self executing*.

Ai sensi dell'art. 496 c.p.p., dunque, al di fuori delle ipotesi disciplinate espressamente dall'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., solo il giudice può disporre l'esame a distanza dei testimoni, ancorché vulnerabili. Non basta. Occorre vi sia il consenso delle parti. È chiaro: il legislatore – come ha affermato la Corte di cassazione – ha considerato l'assunzione “in presenza” della testimonianza il sistema ordinario sostituibile da quello “da remoto” soltanto ove sussistano specifici presupposti o condizioni, tra cui il consenso delle parti, anche nell'ipotesi estrema in cui ad essere esaminata è una persona offesa “vulnerabile”. Ne consegue che, in assenza

²² Al riguardo, *ex plurimis*, v. R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in AA.VV., *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2024, p. 34, il quale, in particolare, sottolinea che l'avvento delle tecnologie consente di realizzare una forma “attenuata” di oralità, rimane, comunque, uno «iato incolmabile con la dichiarazione testimoniale formata nel rispetto anche del principio di immediatezza».

²³ In questi termini v. D. NEGRI, *Atti e udienze “a distanza”*, cit., p. 464.

²⁴ P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Nuovo dig. it.*, IX, 1940, pp. 178-179.

²⁵ D. NEGRI, *Atti e udienze “a distanza”*, cit., p. 464.

²⁶ Così F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in AA.VV., *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 172.

²⁷ In tal senso v. M. DANIELE, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in D. NEGRI-R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, p. 132 e 141; D. NEGRI, *Atti e udienze “a distanza”*, cit., p. 466 s.

²⁸ Cfr. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, cit., p. 42.

del presupposto legittimante la deroga, la prova testimoniale assunta a distanza, non è utilizzabile per la decisione ai sensi dell'art. 191, comma 1, c.p.p. perché acquisita in violazione del divieto previsto dall'art. 496, comma 2-*bis*, c.p.p.²⁹.

3. *La videoregistrazione delle dichiarazioni orali delle fonti vulnerabili*

Un altro strumento tecnologico fortemente raccomandato per ridurre i rischi di vittimizzazione secondaria e tutelare la genuinità della prova è la videoregistrazione delle dichiarazioni orali delle fonti vulnerabili. Questa modalità di documentazione rafforzata, da una parte, dovrebbe essere funzionale ad evitare che la vittima sia chiamata a rievocare più volte un evento dal forte impatto traumatico, interrompendo o comunque ostacolando il percorso di progressiva guarigione o le terapie eventualmente in atto³⁰.

Nel caso, poi, dei testimoni vulnerabili, la videoregistrazione è direttamente correlata allo scopo del processo: ricostruire una verità il più possibile esente da errore, atteso che la videoregistrazione consente di esercitare un controllo sulla genuinità delle dichiarazioni acquisite³¹.

Nel caso dei minorenni, in particolare, occorre tenere in considerazione i meccanismi di elaborazione del ricordo che mutano a seconda della fascia di età³². La memoria dei bambini, in particolare, subisce nel corso della crescita numerose trasformazioni; solo a partire dal secondo anno di età si può parlare delle prime forme evolute della memoria

²⁹ Cass., sez. I, 10 dicembre 2024, n. 5827, in *www.canestrinilex.com*. La Corte, nondimeno, nel caso di specie ha evidenziato come la norma contempli la possibilità di altre deroghe, se previste espressamente. Tra queste, rientra la disciplina introdotta dall'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 52 del 2017 secondo cui l'autorità giudiziaria procedente può richiedere «l'audizione a distanza del testimone ... direttamente all'autorità competente di altro Stato Parte... a) quando il soggetto ... si trova nel territorio dello Stato Parte e ricorrono giustificati motivi che rendono non opportuna la sua presenza nel territorio nazionale».

³⁰ Sul punto, per tutti, v. A. FORZA, *L'ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 143; L. MUSSONI, *Il processo penale e il minore. Problematiche e spunti di riflessione*, in F. POZZOLINI (a cura di), *Quando la giustizia incontra il minore*, Firenze, 2013.

³¹ Cfr., volendo, v. A. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Proc. pen. giust.*, fasc. straord., 2023, p. 67 ss.

³² Sull'ascolto del minorenne, tra le opere monografiche v. L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Milano, 2017; N. PASCUCCHI, *La testimonianza del testimone minorenne. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino, 2020; B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, cit.; L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000; F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età*, Padova, 2017. Altresì, *ex plurimis*, v. L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 173 ss.; A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 344; M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, cit., p. 121 ss.; C. FIANDANESE, *Il minore vittima di reato*, Milano, 2022, p. 349 ss.; G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1026-1027; S. LORUSSO, *Il rafforzamento del micro-sistema processuale per i reati a sfondo sessuale commessi nei confronti dei minori*, in S. LORUSSO-A. MANNA (a cura di), *L'abuso sessuale su minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Milano, 2007, p. 116 ss.; V. MOTTA, *La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 980; O. MURRO, *Le modalità di assunzione della testimonianza del minore: insidie e difficoltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 580; A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, p. 133 s.; S. RECCHIONE, *Opinioni a confronto. La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, p. 281; S. SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, p. 74 ss.

autobiografica il cui processo di sviluppo evolve in fasi gradualmente sino a raggiungere una struttura simile a quella dell'adulto verso i 7-8 anni. Il suo evolversi, inoltre, è strettamente legato allo sviluppo cognitivo e linguistico del bambino³³.

I ricordi autobiografici, poi, tendono progressivamente a degradarsi. Questo meccanismo è noto come “processo di rimozione”³⁴, che, in particolare, in presenza di un evento traumatico può determinare la messa in atto di strategie di evitamento di pensieri ed emozioni di quest'ultimo³⁵. L'evento che poi diventa ricordo dell'evento è filtrato dalla memoria, dalla fantasia, da altri fattori emotivi e cognitivi che determinano la loro elaborazione e utilizzazione nella vita. La sfumatura emotiva di un ricordo, dunque, muta nel tempo e le emozioni del momento vanno in seguito a guidare la ricostruzione della memoria.

Ed ancora: com'è stato evidenziato anche dalle Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore, «i bambini “ricordano raccontando”, nel senso che costruiscono il ricordo attraverso la sua narrazione. In bambini fino a circa sei anni questa narrazione avviene di solito in collaborazione con un adulto, che può quindi influenzarne il contenuto. Nelle narrazioni successive di un evento, ciò che il bambino presenta come “ricordo” può essere influenzato non solo da ciò che egli ha narrato la volta precedente, ma anche da fattori esterni, dal parlarne ad esempio con coetanei o adulti, da informazioni o suggerimenti ricevuti, ecc. Da qui l'importanza della ‘prima dichiarazione e della modalità con cui viene assunta» (§ 2.22)³⁶.

Occorre, pertanto, tenere in considerazione la particolare suggestionabilità dei bambini³⁷, nonché adottare tecniche d'intervista adeguate all'età e condotte nel rispetto dei protocolli elaborati dagli esperti. Soprattutto è importante evitare la reiterazione del racconto e, per la ragioni sopra dette, cristallizzare il ricordo in un momento il più possibile vicino al fatto al fine di evitare che esso possa essere distorto³⁸.

³³ *Ex multis*, v. S. CODOGNOTTO-T. MAGRO, *La testimonianza del minore. Strumenti e protocolli operativi*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, p. 61 ss.; A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2018, p. 272 ss.

³⁴ Come evidenziato anche dalle *Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore testimone* approvate a Roma, il 6 novembre 2010, dalle principali Società scientifiche che si occupano della materia (Società Italiana di Criminologia, Società Italiana di Medicina legale e delle Assicurazioni, Società Italiana di Neuropsichiatria infantile, Società Italiana di Neuropsicologia, Società Italiana di Psichiatria, Società di Psicologia giuridica), in www.sinpia.eu, esiste, altresì, una fascia d'età critica per il ricordo nella quale agisce la cosiddetta *amnesia infantile*, ossia «l'incapacità di ricordare, da adulto, eventi autobiografici avvenuti prima di una soglia che la letteratura colloca tra i 2.5 e i 3 anni di età» (§ 2.23).

³⁵ Cfr., C.R. BREWIN-T. DALGLEISH-S. JOSEPH, *A dual representation theory of posttraumatic stress disorder*, in *Psychol. Revue*, 1996, p. 670 ss.

³⁶ *Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore testimone*, cit. Sulla memoria autobiografica, ad esempio, v. W. HIRST-D. MANIER, *Remembering as communication: a family recounts its past*, in D.C. RUBIN (a cura di), *Remembering our past: Studies in autobiographical memory*, Cambridge, 1996, p. 271, i quali evidenziano che «remembering can be viewed as an act of communication».

³⁷ V. L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, p. 59 ss.; N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 181, nota 116; B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, cit., p. 204; F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, cit., p. 137; P. TONINI-C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXV ed., Milano, 2024, p. 1244.

³⁸ Poiché, infatti, in questi casi il ricordo si affievolisce rapidamente, occorre procedere all'ascolto del bambino nel tempo più breve possibile, evitando di sollecitarlo più volte sul tema giacché la ripetizione è fattore di rischio di distorsione del ricordo e di formazione di possibili errori, che incorporati nel ricordo stesso e poi ripetuti ne divengono parte integrante al punto di essere percepiti dal soggetto come veritieri (In questi termini cfr. i punti 2.17 e 2.18 delle *Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore testimone* approvate a Roma, il 6 novembre 2010, dalle principali Società scientifiche che si occupano della materia: Società Italiana di Criminologia, Società Italiana di

In altri termini, poiché quando si assume la testimonianza di un minorente risulta dirimente non tanto la sua capacità di ricordare, quanto la modalità con la quale il ricordo viene rievocato³⁹, è altrettanto centrale videoregistrare questo avvenimento.

La video registrazione permetterà di poter apprezzare più volte sia la narrazione nel suo originario tenore (comprensivo di tono della voce, pause, intonazione e quant'altro riconducibile ai tratti prosodici), sia l'atteggiamento del dichiarante (con tutte le sfaccettature che porta con sé), come pure l'interazione tra domanda e risposta alla luce delle indicazioni ormai assodate della psicologia giuridica⁴⁰. Oltre a consentire di esercitare un controllo sulle modalità di interazione dell'esperto; aspetto anch'esso fondamentale per la valutazione della testimonianza, pure nei gradi successivi del processo⁴¹, visto che la genuinità e la spontaneità delle dichiarazioni possono essere fortemente compromesse dall'atteggiamento degli interroganti⁴².

4. *L'adeguamento delle aule di giustizia e l'effettività dell'obbligo di documentazione rafforzata*

Sennonché, la previsione di tale modalità di documentazione rafforzata, della quale si sollecitava la previsione da anni quando si tratta di soggetti vulnerabili (soprattutto ove ricorrano i presupposti per non reiterare l'esame in dibattimento)⁴³, è stata introdotta da una riforma in cui il legislatore sembra più preoccuparsi di rincorrere le istanze efficientistiche reclamate dalla giurisprudenza, piuttosto che essere funzionale a consentire al giudice di disporre di una verbalizzazione attendibile e puntuale della prova assunta in precedenza nelle ipotesi in cui essa entri nel fascicolo del dibattimento.

La disciplina appare disorganica e presenta numerose criticità.

Sebbene, infatti, come si è detto, le principali fonti internazionali, quali ad esempio la Convenzione di Lanzarote (art. 35) o la Direttiva 2012/29/UE (art. 24), evidenzino che tutte le audizioni, in particolare se si tratta di un minorente, debbano essere oggetto di registrazione audiovisiva e che tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei

Medicina legale e delle Assicurazioni, Società Italiana di Neuropsichiatria infantile, Società Italiana di Neuropsicologia, Società Italiana di Psichiatria, Società di Psicologia giuridica).

³⁹ Per tutti, v. A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, cit., p. 266 ss.

⁴⁰ Al riguardo, v. C. BONZANO, *Documentazione delle dichiarazioni: ancora incompiuto l'incerto cammino verso il sinolo aristotelico di sostanza e forma*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, p. 116; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali*, in www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022, p. 25.

⁴¹ Fra gli altri v. A. FORZA, *Ancora sul tema delle garanzie metodologiche della Carta di Noto. L'attendibilità della prova testimoniale oltre le apparenze*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 602; F. TRIBISONNA, *Non è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia infantile nell'esame del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 77.

⁴² Ciò spiega come nella prassi, non siano rari i casi in cui il giudizio di primo grado venga sovvertito in grado di appello proprio a seguito della rivalutazione della testimonianza delle presunte vittime di abusi sessuali, ritenute inattendibili a causa della inadeguatezza delle modalità di conduzione dell'esame assunto nel corso dell'incidente probatorio (cfr., per tutti, Corte app. Brescia, 2 luglio, 2004, G. e altri, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1199, con nota di A. FORZA, *La genuinità della prova testimoniale e le garanzie metodologiche della Carta di Noto*). Cfr., altresì, fra gli altri, E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, p. 57.

⁴³ Volendo v. A. CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parte*, in *Cass. pen.*, 2020, 3293; EAD., *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'Appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 900.

procedimenti penali⁴⁴; che analoga raccomandazione è espressa dagli esperti del settore, in particolare, sia dalla Carta di Noto (art. 10)⁴⁵, che dalle Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore⁴⁶ (art. 3.10). Ed ancora: nonostante si tratti di una tecnologia che – come si legge nella Relazione Lattanzi – sia «posta a servizio delle garanzie di una corretta esecuzione dell'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini e, almeno nella forma della audio registrazione, dell'assunzione di informazioni dai potenziali testimoni»⁴⁷, non si comprende come il legislatore possa, da una parte, richiederne l'osservanza a pena di inutilizzabilità⁴⁸, e, dall'altra consenta di derogare a tale obbligo ove si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto.

Ed invero, pare del tutto irragionevole che tale prescrizione, posta a tutela della trasparenza dell'atto e della attendibilità di una prova che può risultare decisiva ai fini dell'accertamento della colpevolezza dell'imputato, possa essere recessiva rispetto alla incapacità del sistema di assicurare che le amministrazioni si dotino degli equipaggiamenti necessari⁴⁹.

È chiaro che non può bastare una difficoltà di tipo organizzativo per giustificare il mancato rispetto dell'obbligo di documentazione rafforzata. Del resto, oggi è possibile procedere agevolmente ad una videoregistrazione. Le videocamere hanno costi accessibili ed è sempre possibile fare ricorso ad uno smartphone⁵⁰.

Al riguardo, si deve pertanto pervenire a conclusioni analoghe a quanto affermato a proposito della insufficienza o della inidoneità delle attrezzature installate nelle procure della Repubblica, richiamate dall'art. 268 c.p.p., secondo cui l'«insufficienza» deve alludere a situazioni concrete e non di tipo meramente organizzativo, come nell'evenienza in cui tutte le attrezzature siano occupate per altre operazioni e che l'inidoneità riguardi, ad esempio, eventuali problemi tecnici, quali guasti e malfunzionamenti⁵¹. Al fine, peraltro, di verificare

⁴⁴ Dello stesso tenore è l'art. 15, punto 4, della Direttiva 2011/36/UE del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011 *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*.

⁴⁵ La *Carta di Noto – Linee guida per l'esame del minore in caso di abuso sessuale*, com'è noto, è un Documento nato dalla collaborazione interdisciplinare tra avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri, criminologi e medici legali dopo il convegno «Abuso sessuale sui minori e processo penale», tenutosi a Noto il 9 giugno 1996 ed organizzato dalla prof.ssa Luisella De Cataldo Neuburger e dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali. La Carta è stata aggiornata più volte, l'ultima il 14 ottobre 2017. In tutti i documenti è segnalata l'importanza della videoregistrazione delle dichiarazioni rese dal minore.

⁴⁶ *Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore testimone* approvate a Roma, il 6 novembre 2010, dalle principali Società scientifiche che si occupano della materia (Società Italiana di Criminologia, Società Italiana di Medicina legale e delle Assicurazioni, Società Italiana di Neuropsichiatria infantile, Società Italiana di Neuropsicologia, Società Italiana di Psichiatria, Società di Psicologia giuridica).

⁴⁷ *Riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio e della prescrizione del reato: la relazione finale della Commissione Lattanzi*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, p. 16.

⁴⁸ Cass., sez. II, 29 gennaio 2025, n. 6217, D., in *Ced Cass.*, n. 287581.

⁴⁹ A. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa* cit., p. 74.

⁵⁰ Al riguardo, in particolare, le Linee Guida della Procura della Repubblica di Tivoli, con riferimento ai reati di violenza di genere, dispongono doversi comunque ricorrere alla videoregistrazione «avendo disposto questo Procuratore di procedere anche a mezzo di smartphone» (Procura Repubblica Tivoli, Direttiva 22 settembre 2023, prot. n. 2191/23U, *Aggiornamento delle linee guida per l'applicazione della legge n. 69/2019 (cd. Codice Rosso), a seguito dell'approvazione della legge n. 122 del 2023*, in *Sist. pen.*, 29 settembre 2023, p. 19). Per una presa di posizione critica contro il provvedimento della Procura v. *La Camera penale di Tivoli sulla pubblicazione delle linee guida della Procura in tema di violenza di genere*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2024.

⁵¹ Cass., sez. IV., 13 maggio 2003, n. 27970, Pronestì, in *Ced Cass.*, n. 225772.

la sussistenza o meno di queste situazioni, è implicito che esse dovranno essere illustrate in un apposito decreto motivato, e che nei casi previsti dall'art. 373, comma 2-*quater*, c.p.p., dovrebbero anche indicare le specifiche ragioni di urgenza, ovvero precisare quale grave pregiudizio alle indagini conseguirebbe in caso di ritardo nella assunzione delle dichiarazioni del soggetto vulnerabile⁵².

È importante quindi che quanto meno in ogni tribunale o procura sia possibile disporre di una saletta attrezzata dotata di videocamera e di arredi adeguati, avendo cura di allestire un setting non ansiogeno: un luogo accogliente, silenzioso, tranquillo e appositamente organizzato per l'ascolto⁵³. Tali salette nel corso del tempo sono sorte anche per accogliere le vittime di violenza di genere. Talvolta la stessa stanza, all'occorrenza, viene adattata a seconda se debba accogliere un minore o un adulto, modificando alcuni elementi dell'arredo, ad esempio, il tendaggio. Sono previsti anche dei kit informatici portatili, ciascuno con la dotazione di un videoregistratore⁵⁴.

Molte di queste salette sono state arredate con fondi di associazioni di volontariato e la buona volontà di qualche magistrato o dirigente delle forze di polizia, in alcuni casi con il contributo dell'avvocatura. Di tali costi, però, deve doverosamente farsi carico lo Stato, con i necessari finanziamenti, sia per evitare che si sviluppino sul territorio prassi disomogenee con conseguenti disparità di trattamento tra imputati e vittime, sia soprattutto per dare dimostrazione concreta che si intenda realmente investire sull'idea che la verbalizzazione rafforzata meglio garantisca di quella scritta la tutela dei dichiaranti vulnerabili e la genuinità delle loro dichiarazioni.

5. *La centralità dell'incidente probatorio a tutela della dichiarante vulnerabile*

⁵² In questi termini, altresì, volendo, v. A. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, cit., p. 73.

⁵³ L'opportunità di incontri preparatori è sottolineata dagli esperti del settore, in quanto può essere utile a rafforzare la genuinità e l'attendibilità della testimonianza del minore, purché sia condotto nel rispetto di alcune regole fondamentali, chiaramente indicate dalla Carta di Noto o dalle Linee Guida Nazionali. Diversamente, è alta la probabilità di produrre l'effetto opposto, inquinando l'attendibilità della prova (Cfr. A. BALABIO, *Sul ruolo dell'esperto*, in G. GULOTTA-G.B. CAMERINI (a cura di), *Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone. Commentate articolo per articolo*, Milano, 2014, p. 237). Gli ambienti, in particolare, dovrebbero avere caratteristiche tali da mettere a loro agio i testimoni, specie se si tratta di bambini o di presunte vittime di reati a sfondo sessuale, alle quali dovrebbe essere garantita la necessaria *privacy* e l'assenza di interferenze come, per esempio, la vista di poliziotti in divisa che accompagnano persone in stato di arresto, oppure di personale che in quel momento sta svolgendo altre attività, telefoni che squillano, voci alte nelle stanze vicine etc.

⁵⁴ Segnatamente, con il progetto "Una stanza tutta per sé", l'associazione Soroptimist International ha stipulato degli accordi con l'Arma dei Carabinieri e la Polizia di Stato con lo scopo di accogliere e ascoltare le donne, incoraggiarle a rivolgersi alle Forze dell'Ordine nei casi di violenza e abusi e sostenerle nel delicato momento della denuncia. Un luogo protetto e confortevole dove poter raccontare quanto accaduto, determinando un rapporto meno traumatico con gli investigatori. A tal fine sono state definite le linee guida per l'arredo delle stanze, che tengono conto della psicologia dei colori e delle immagini sul comportamento umano e di come l'ambiente esterno può influenzare le emozioni. Il progetto è stato successivamente ampliato con "Una stanza tutta per sé, portatile" – una valigetta con kit informatico audio-video per la verbalizzazione e registrazione delle denunce – per i casi in cui risulti preferibile raccogliere la testimonianza in luogo diverso da quello istituzionale (per es. abitazione, pronto soccorso o altro ambiente in grado di supportare al meglio la vittima) – al fine di raggiungere in ogni caso e in modo più immediato le vittime vulnerabili. Dal 2014 alla fine del 2024 sono state realizzate 289 stanze e il progetto proseguirà anche nel 2025 (Cfr. www.soroptimist.it).

La centralità della videoregistrazione deve essere assicurata specialmente in caso di incidente probatorio. Sul punto, l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., per i casi c.d. di incidente probatorio atipico o speciale previsti dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., dispone che le dichiarazioni testimoniali debbano essere documentate «integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia, ovvero della consulenza tecnica. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti».

La disciplina contenuta nell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., invero, risponde esattamente all'intento di avvicinare al momento del fatto l'escussione del testimone minorenni o della persona offesa nei casi di reati considerati ad alto impatto traumatico o, in via generale, della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità. Il fine è appunto quello di soddisfare l'esigenza – sopra richiamata – di garantire l'acquisizione di un racconto il più possibile genuino e di evitare la reiterazione dell'ascolto per ridurre gli effetti della vittimizzazione secondaria⁵⁵.

Ebbene, in questi casi, la videoregistrazione, più che la fonoregistrazione, deve assolutamente rappresentare la forma privilegiata di documentazione, in quanto trattandosi di prove formate prima del dibattimento nel contraddittorio delle parti e destinate ad essere utilizzate a fini probatori, essa è l'unica che consente al giudice del giudizio di rivivere l'intera esperienza probatoria con tutti i suoi contenuti gnoseologici, verbali ed extraverbali. Più precisamente, con la videoregistrazione sarà possibile far rivivere «l'oralità intrinseca della prova – quella cioè consustanziale alle domande e alle risposte rese nel contesto della *cross examination* – la quale, permettendo al giudice di conoscere – sia pure *ex post* ed *ab extrinseco* (*i.e.* in differita) – i tratti prosodici del discorso, soddisfa uno dei due presupposti – l'altro è appunto la possibilità per il giudice di concorrere alla formazione della prova – dalla cui combinazione il principio di immediatezza/immutabilità del giudice deriva tutta la sua forza epistemica»⁵⁶.

Ciò vale ancor più quando, trattandosi dei delitti di cui agli articoli 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 *quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* c.p., la formazione anticipata della prova rappresenta il presupposto per non sottoporre ad un nuovo esame i testimoni minorenni o le persone offese particolarmente vulnerabili, dal momento che, ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p., l'esame in dibattimento non verrà disposto salvo che esso riguardi fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni, o se il giudice o le parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

Appare chiaro che la videoregistrazione, in questi casi, vada considerata uno strumento compensativo rispetto alla perdita dell'immediatezza⁵⁷. Una soluzione che si fonda su valori più solidi di quelli di matrice meramente efficientista che si nascondono dietro l'introduzione dell'art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p., il cui fine sembra invece più chiaramente rivolto a dare una giustificazione teorica ai casi in cui, a seguito del mutamento del giudice, si voglia evitare di

⁵⁵ Corte cost., 27 aprile, 2018, n. 92, *passim*. Altresì, cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2024, n. 10869, con nota, volendo, di A. CIAVOLA, *La protezione del testimone vulnerabile nel e dal giusto processo: il ruolo dell'incidente probatorio*, in *Proc. pen. giust.* 2025, n. 4, p. 868 ss.

⁵⁶ L. LUDOVICI, *Il "nuovo" giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuri del futuro*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit., p. 521, nota 39.

⁵⁷ Al riguardo sono note le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale nella sentenza del 29 maggio 2019 n. 132, in www.cortecostituzionale.it. Tra i numerosi commenti, ad esempio, v. D. NEGRI, *La Corte Costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.

rinnovare il dibattimento, con conseguente allungamento dei tempi di svolgimento del processo.

Poiché, quindi, la videoregistrazione serve a rendere più completa e, di conseguenza, più fedele la verbalizzazione⁵⁸, ove sussistono esigenze di garanzia della genuinità del risultato probatorio o della vulnerabilità della fonte che non consentono di eleggere il dibattimento come fase privilegiata per la formazione della prova, deve esprimersi una ferma critica per la mancata previsione di una sanzione processuale nei casi in cui si proceda con una modalità di documentazione meno garantita⁵⁹.

Al riguardo, purtroppo, la posizione della giurisprudenza è ferma: l'obbligo di documentazione fotografica e audiovisiva della testimonianza del soggetto vulnerabile è sfornito di sanzione, con la conseguenza che la sua inosservanza non è causa di alcuna nullità o inutilizzabilità, ma, ostacolando il necessario controllo sulla genuinità delle dichiarazioni rese, può incidere sulla valutazione dell'attendibilità intrinseca delle stesse⁶⁰.

In verità, secondo parte della dottrina⁶¹, si tratta di un evidente errore di impostazione: la violazione delle regole processuali assuntive viene sanata dal libero convincimento del giudice mediante un'indebita sovrapposizione del piano dell'acquisizione probatoria con quella della valutazione dei risultati di prova. Ed invece deve sostenersi che, quando si verifica la violazione di una regola processuale fondamentale posta a presidio della genuinità e dell'attendibilità del risultato probatorio, ai sensi del combinato disposto degli articoli 526 e 191 c.p.p., dovrebbe pervenirsi alla conclusione che poiché la prova non è stata legittimamente, acquisita essa non è utilizzabile per la decisione⁶².

Se, come ha affermato la Corte costituzionale, la documentazione integrale, con mezzi di produzione fonografica o audiovisiva, deve intendersi posta a presidio dei diritti del soggetto indagato, «perché scongiura l'eventualità che i contenuti della testimonianza assunta in sede incidentale nelle forme dell'audizione protetta vengano documentati, in vista del loro utilizzo in dibattimento, nelle ordinarie forme solamente scritte»⁶³, dovrebbe risultare conseguente ritenere che il giudice del dibattimento non possa utilizzare le dichiarazioni assunte in incidente probatorio ove manchi l'audio o la video registrazione. In particolare, quando tale modalità di verbalizzazione svolge anche la funzione di strumento compensativo della perdita di immediatezza del contraddittorio dibattimentale, nei casi in cui, ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p., l'assunzione della prova non verrà ripetuta, sicché il giudice, in assenza della videoregistrazione, non potrà né valutare i tratti della comunicazione non verbale, né le modalità di assunzione della testimonianza, che in queste fattispecie assumono peculiare rilievo ai fini della valutazione sulla genuinità del risultato probatorio.

⁵⁸ Cfr. C. BONZANO, *Documentazione delle dichiarazioni: ancora incompiuto l'incerto cammino verso il sinolo aristotelico di sostanza e forma*, cit., p. 116.

⁵⁹ Sulla opportunità di prevedere un obbligo generalizzato, a pena di inutilizzabilità, di videoregistrare ogni dichiarazione o, perlomeno, quelle rese dal testimone minorenne e dalla persona offesa particolarmente vulnerabile, ad esempio, v. N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, cit., p. 301.

⁶⁰ Cass., sez. III, 28 ottobre 2021, n. 1337, in *Ced Cass.*, n. 282617; Cass., sez. III, 5 novembre 2015, n. 2972, *in*, 266178; Cass., sez. III, 9 luglio 2008, n. 32580, *in*, 240746.

⁶¹ O. MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in D. NEGRI-R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni al contraddittorio*, cit., p. 143.

⁶² Come evidenziato da una parte della dottrina, la disciplina dell'inutilizzabilità della prova si pone a presidio e a limite dell'ammissibilità e dell'utilizzazione giudiziale dei mezzi di prova difformi da quelli previsti dal codice, o formati in violazione delle disposizioni legali (Al riguardo, per tutti, v. A. MELCHIONDA, voce *Prova in generale* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, pp. 854-855; E. ZAPPALÀ, *La deliberazione della sentenza e gli atti successivi*, in *Il nuovo rito penale*, Latina, 1989, p. 166).

⁶³ Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14, in www.cortecostituzionale.it.

In subordine, ove tale tesi continui a non trovare accoglimento in ragione della assenza di un divieto probatorio espresso, prendendo spunto dagli insegnamenti della giurisprudenza della Corte EDU⁶⁴, si deve sostenere che occorra, quanto meno, una motivazione rafforzata da parte del giudice relativamente alla valutazione sulla attendibilità della prova che, non essendo video o audio registrata, risulti gnoseologicamente meno affidabile.

Del resto, è a queste conclusioni che è pervenuta la stessa giurisprudenza, sia pure con riferimento alla testimonianza del minorenne vittima di abusi sessuali, affermando che «la violazione delle metodiche di assunzione e di valutazione della prova suggerite dalla cd. “Carta di Noto”, pur non determinando l’inutilizzabilità della deposizione, impone al giudice di illustrare le ragioni per le quali, secondo il suo libero, ma non arbitrario convincimento, la prova dichiarativa assunta senza l’osservanza di dette metodiche debba ritenersi comunque attendibile, assolvendo ad un onere motivazionale tanto più stringente quanto più grave e patente sia stato, anche alla luce delle eccezioni difensive, lo scostamento dalle menzionate linee guida»⁶⁵. Tra tali casi rientra senza alcun dubbio proprio la mancata videoregistrazione dell’audizione del minore, posto che le Linee guida della Carta di Noto sottolineano l’importanza che le interviste vadano «opportunamente audio-videoregistrate avendo cura che vengano documentate anche le modalità dell’interazione dell’esperto con il minore (comunicazione non verbale, feedback, ecc.)» (§ 8); ed ancora che «Tutto il materiale audio-videoregistrato, anche in contesti quotidiani e domestici, relativo all’ascolto di minori da parte di figure adulte significative, deve essere acquisito agli atti al fine di valutare l’eventuale presenza di elementi suggestivi» (§ 21).

Sennonché, non pare possa negarsi che tali argomentazioni dovrebbero valere per tutti i casi in cui la dichiarazione riguardi un testimone particolarmente vulnerabile.

Non è, peraltro, da escludere che il giudice del dibattimento, ove si tratti, in particolare, dell’unica o, comunque, della principale prova a sostegno della colpevolezza dell’imputato, non potendo confidare sulla audio o video registrazione, possa disporre l’esame del testimone in dibattimento ritenendo sussistano “specifiche esigenze” funzionali al recupero dell’oralità e immediatezza quale metodo più attendibile per il superamento dell’oltre ogni ragionevole dubbio.

Ma si tratta di una soluzione che lascerebbe ampi margini di insoddisfazione, in quanto oltre ad esporre la vittima ad una vittimizzazione secondaria, vista la fragilità della fonte e l’incidenza che il decorso del tempo può esercitare sul ricordo di soggetti minorenni o particolarmente vulnerabili, impedirebbe comunque di confidare sul risultato massimamente genuino.

6. *L’acquisizione in giudizio delle registrazioni audio e video*

Rimane aperta, poi, la questione delle modalità di acquisizione delle audio e video registrazioni. Questione sulla quale il legislatore tace.

Si possono, al riguardo, distinguere diverse situazioni.

⁶⁴ Per un’analisi critica alle posizioni della Corte europea sull’“utilizzabilità limitata” delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio con l’imputato, v. M. BIRAL, *L’overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.* 2013, 1, p. 1 ss. Di recente, più diffusamente, altresì v. A. ZAPPULLA, *Il testimone senza identità*, Milano, 2025.

⁶⁵ In tal senso v. Cass., sez. III, 27 ottobre 2022, n. 5433, in *Ced. Cass.*, n. 284136; Cass., sez. III, 11 ottobre 2016, n. 648, *in v.*, 268738.

La prima: l'audio o video registrazione è inserita nel fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., o perché si tratta della verbalizzazione rafforzata di un incidente probatorio speciale o perché le parti ne hanno concordato l'acquisizione. L'atto, pertanto, diverrà utilizzabile in seguito alla sua lettura, ex art. 511 c.p.p.

Ebbene, in questi casi può il giudice autonomamente decidere se e quando ascoltare o visionare il documento fono o video registrato? Occorre un momento di riproduzione della registrazione in aula? Si può applicare la regola prevista dall'art. 511, comma 5, c.p.p. e sostituire la visione con la mera indicazione?

Si tratta di interrogativi che, al momento, sono stati perlopiù formulati con riferimento alla nuova regolamentazione della rinnovazione della prova dibattimentale, che però hanno una portata generale.

L'Unione delle Camere penali⁶⁶, all'indomani della riforma, aveva suggerito di inserire l'obbligo di procedere alla riproduzione in aula della video registrazione. Ma la proposta dell'avvocatura è caduta nel vuoto. Il rischio, dunque, è che si equipari al "dar per letto", previsto nell'art. 511 c.p.p., il "dar per visto"⁶⁷. Rimane fermo, tuttavia, che trattandosi di dichiarazioni, debba trovare applicazione anche il comma 5 dell'art. 511 c.p.p., sicché, ove le parti ne facciano richiesta, il giudice debba procedere alla visione parziale o integrale del verbale.

Una richiesta che doverosamente le parti dovrebbero presentare al fine di esaminare insieme al giudice il documento, così da verificare la sua attenzione e partecipazione all'ascolto del dichiarante vulnerabile, restituendo al dibattimento almeno una parte di quella immediatezza che con l'anticipazione della prova si è inevitabilmente perduta, specie, come si è più volte detto, se ricorre una delle ipotesi di cui all'art. 190-*bis* c.p.p.⁶⁸. Si tratterà di un'immediatezza "differita"⁶⁹ o "sbiadita"⁷⁰, ma di certo non di un'immediatezza soltanto "apparente".

A conclusioni analoghe si dovrebbe pervenire ove la richiesta di lettura fosse formulata ai sensi dell'art. 512 c.p.p., trattandosi di una dichiarazione divenuta irripetibile per una causa sopravvenuta. In questi casi la visione in aula, unitamente alla lettura del verbale e delle eventuali trascrizioni, dovrebbe risultare ancor più doverosa, trattandosi di una prova formata fuori dal contraddittorio e a maggior ragione quale strumento compensativo della impossibilità di ripetere la prova in dibattimento. La registrazione, in altri termini, restituirebbe al giudice «il reale contributo dichiarativo senza il filtro della verbalizzazione, che è per sua natura manipolativa»⁷¹.

Né si può opporre che la visione in aula determinerebbe un allungamento dei tempi di svolgimento del dibattimento. Non è, invero, revocabile in dubbio che l'efficienza e la ragionevole durata del processo siano valori recessivi rispetto all'obiettivo di una ricostruzione il più possibile attendibile della verità processuale; non è «ammissibile l'efficienza del far presto purchessia, sganciata dal risultato conoscitivo e dalle regole del

⁶⁶ UNIONE CAMERE PENALI, *Proposte UCPI di emendamenti al dlgs 150/2022*, p. 15, in www.camerepenali.it, 7 febbraio 2023.

⁶⁷ O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, p. 21.

⁶⁸ Cfr., altresì, volendo, A. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, cit., p. 80.

⁶⁹ G. RANALDI, *Il dibattimento che verrà, prolegomeni di una riforma in fieri*, in A. MARANDOLA (a cura di), *La legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Padova, 2022, p. 221.

⁷⁰ Così P. DELL'ANNO, *L'evoluzione del principio di immutabilità del giudice e l'immediatezza sbiadita*, in *Dirittifondamentali.it*, 2024, n. 2, p. 120 ss.

⁷¹ T. POLITI, *La documentazione audiovisiva delle sommarie informazioni*, cit., p. 1.

processo»⁷². La riproduzione dell'audio o del video delle dichiarazioni del testimone vulnerabile, quindi, non può essere un atto privato del giudice e non si può nemmeno ipotizzare che avvenga direttamente in camera di consiglio. Occorre rispettare la ritualità formale del processo⁷³. Le parti devono essere sicure che le registrazioni siano visionate e che il giudice entri in contatto con la prova dichiarativa.

7. *La lettura quale unica modalità di acquisizione della contestazione probatoria*

Più delicata è la questione dell'utilizzo della audio o videoregistrazione ai fini delle contestazioni probatorie *ex art.* 500 c.p.p.⁷⁴

In questi casi occorre essere più cauti nell'ammettere che ai fini delle contestazioni, piuttosto che dare lettura delle dichiarazioni rese in precedenza, si possa riprodurre la fono o video registrazione.

Ritenere possibile un uso diretto delle registrazioni rischia di alterare gli equilibri del sistema, permettendo ad una prova formata unilateralmente di acquisire una vividezza che potrebbe offuscare la credibilità della prova acquisita oralmente e nel contraddittorio tra le parti⁷⁵. Si aprirebbe uno spazio in favore delle logiche che, a suo tempo, furono poste a fondamento dei noti interventi demolitori della Corte costituzionale del 1992⁷⁶, in cui si sostenne che se è vero che il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità; non può altresì non considerarsi che «accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale»⁷⁷. Si offrirebbe l'occasione per tornare a sostenere che «vi sono dichiarazioni predibattimentali che per le loro caratteristiche (precisione, ricchezza di particolari) possono essere ritenute, ed a ragione, non meno veritiere»⁷⁸. Ed anche rimanendo entro i confini dell'art. 500, comma 3, c.p.p., si aprirebbe la strada ad un uso di queste dichiarazioni che, difficilmente, potrebbe rimanere confinato alla valutazione della credibilità del teste, esercitando una forte suggestione sul giudice⁷⁹.

Senza poi considerare le difficoltà di tipo pratico: come si potrebbe fare una contestazione con visione della registrazione della sola parte inerente alla dichiarazione resa in modo difforme da quella dibattimentale?

Alla luce di queste considerazioni si deve, dunque, concludere che non debba riconoscersi alcuna possibilità di utilizzare ai fini contestativi direttamente le registrazioni.

⁷² O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, cit., p. 3.

⁷³ O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, cit., p. 22.

⁷⁴ Al riguardo, volendo, altresì, v. A. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, cit., p. 76.

⁷⁵ G. DUCOLI, *Registrazione audio e video*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., p. 501.

⁷⁶ Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24; Corte cost., 3 giugno 1992 n. 254; Corte cost., 3 giugno 1992 n. 255.

Così Corte cost., 18 maggio 1992 n. 255. Al riguardo, sia pure con riferimento alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, cfr L. SURACI, *La parabola dell'immediatezza nel processo penale*, in *Penale dir. e proc.*, 18 febbraio 2020.

⁷⁷ Così Corte cost., 3 giugno 1992 n. 255, § 2.2.

⁷⁸ Corte cost., 18 maggio 1992 n. 255, § 3.

⁷⁹ G. DUCOLI, *Registrazione audio e video*, cit., p. 505.

Ecco perché ove dovesse emergere una discrepanza tra la verbalizzazione e l'audio-video o la parte avesse interesse a far rilevare una parte della dichiarazione non riportata nel verbale eventualmente redatto in forma riassuntiva, dovrà essere sua cura chiederne la trascrizione. Ciò in quanto, successivamente, solo i verbali e le trascrizioni deve ritenersi possano essere impiegati ai fini contestativi.

Questa posizione deve essere mantenuta con fermezza anche per scoraggiare la diffusa tendenza dei magistrati di poter contare su un ampio uso delle contestazioni per il recupero delle dichiarazioni rese in precedenza dal teste vulnerabile.

Come emerge dalla casistica della giurisprudenza, infatti, è frequente l'utilizzo con valore probatorio delle dichiarazioni rese dal teste vulnerabile a causa delle intimidazioni subite *ex art.* 500, comma 4, c.p.p. Minacce che si ritiene possano essere anche implicite e possano dedursi dalla paura di un condizionamento economico o che possano ricavarsi dal contegno del teste in aula o dalla ritrattazione delle accuse precedentemente formulate o dal riavvicinamento o dalla riappacificazione tra la vittima e il maltrattante o il persecutore⁸⁰.

Si tratta di elementi spesso sintomatici della vulnerabilità del dichiarante che, piuttosto, dovrebbero indurre le parti, specialmente il pubblico ministero, ad anticipare la prova in incidente probatorio proprio per evitare che il decorso del tempo possa favorire quei condizionamenti che, all'interno di relazioni disfunzionali, sono peraltro frequenti (c.d. ciclo della luna di miele).

Si comprende, dunque, che se si potesse confidare sull'utilizzo probatorio delle video registrazioni ai fini contestativi, si ridurrebbe l'interesse ad anticipare la prova in incidente probatorio; ciò vale soprattutto per la pubblica accusa, in ragione della *discovery* anticipata prevista nei casi di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. a garanzia della effettività del contraddittorio con la difesa.

È chiaro: per evitare che il contenuto dell'atto videoregistrato finisca con il rappresentare un'ipoteca sulle elaborazioni probatorie dibattimentali⁸¹, occorre porre delle barriere a tenuta del sistema. La permeabilità tra le fasi va limitata ai soli casi in cui il contraddittorio non è possibile o non è rinviabile. Pertanto, ove le parti – e primo fra tutti il pubblico ministero – intendano assicurarsi che il giudice del dibattimento possa conoscere l'audio o la video registrazione delle dichiarazioni assunte in prossimità dell'evento, sarà necessario fare richiesta di incidente probatorio. Così facendo, oltre a ridursi il numero delle audizioni, si cristallizzerà sia la parte narrativa del racconto sia quella emozionale, che – come si è più volte detto – nelle vicende altamente traumatizzanti spesso costituisce un aspetto essenziale per valutare l'autenticità del fatto narrato.

8. *La tecnologia e la valutazione del risk assessment*

Altro profilo, infine, sempre collegato alle esigenze di protezione delle vittime, attiene più in generale all'impiego delle tecnologie ai fini della previsione del rischio di reiterazione del reato e di ri-vittimizzazione primaria. Previsioni che sono indispensabili, anzitutto,

⁸⁰ Cass., sez. III, 4 marzo 2015, n. 27117, N., in *Ced Cass.*, n. 264032; analogamente, v. Cass., sez. V, 18 gennaio 2021, n. 8895, D., *invi.*, n. 280641. La Corte, nondimeno, ha puntualizzato che ai fini dell'acquisizione al fascicolo del dibattimento *ex art.* 500, comma 4, c.p.p. delle dichiarazioni in precedenza rese dal teste che rifiuti di deporre, è richiesta la sussistenza di "elementi concreti" per ritenere che il già menzionato sia stato sottoposto a pressioni, desumibili da qualunque circostanza sintomatica della subita intimidazione, purché connotata da obiettività e significatività (Cass., 10 aprile 2019, n. 29342, D., *invi.*, 276279). In argomento, ad esempio, cfr. E. LICATA, *Ritrattazioni nei processi per violenza domestica*, in *Sist. pen.*, 2025, 2, p. 5 ss.

⁸¹ L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., p. 451.

relativamente all'applicazione di misure cautelari ma anche per la valutazione delle priorità nella trattazione dei procedimenti o, ad esempio, per la esperibilità di un programma di giustizia riparativa, che va escluso quando ciò possa mettere in pericolo la vittima.

La capacità di valutare il rischio è strettamente correlata alla capacità di assicurare protezione alle vittime. Si tratta di un obbligo che, secondo quanto espressamente previsto dalla Convenzione di Istanbul, grava sugli Stati, i quali devono impegnarsi ad adottare le misure che consentano alle autorità di affrontare in modo tempestivo e appropriato la violenza, così da offrire una protezione adeguata ed immediata alle vittime (art. 51).

Anche la Corte EDU ha in modo sempre più chiaro sottolineato la centralità dei sistemi di valutazione e gestione del rischio per misurare il grado di responsabilità degli Stati per la violazione dell'obbligo di proteggere la vittima da aggressioni commesse da terze parti in presenza di un reale immediato rischio di morte (art. 2 CEDU) o di lesioni gravi (art. 3 CEDU)⁸².

Occorre, a tal fine, che gli Stati implementino sistemi volti a garantire un intervento il più possibile tempestivo e adeguato, in un settore che, da una parte, richiede delle competenze specifiche sulla struttura e le dinamiche della violenza di genere e delle relazioni intime, dall'altra, impone di dover esaminare e farsi carico di un numero sempre crescente di situazioni riconducibili a questo ambito.

Com'è stato sottolineato da parte della dottrina⁸³, l'eterogeneità e l'elevato numero dei fattori di rischio che debbono essere considerati, unitamente alla necessità di avvalersi di consulenze per altre aree del sapere, rendono la procedura particolarmente impegnativa, tanto che diventa difficile ipotizzarne il regolare svolgimento in tutti i procedimenti per fatti di violenza domestica e relazionale, lungo tutto l'arco del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, reiterandolo ogni qual volta se ne presenti la necessità per il mutare di tali fattori. Il numero elevato (e crescente) di notizie di reato che riguardano questo settore criminologico sembra consegnare un simile obbligo all'area della inesigibilità oppure rappresentare l'occasione per sperimentare sistemi di lettura e analisi dei dati di tipo computazionale.

Non vi è dubbio che le evoluzioni della scienza abbiano aperto orizzonti inediti, lanciato nuove sfide, ma suscitino, al contempo, delle preoccupazioni⁸⁴.

⁸² Corte edu, Grande camera, 15 giugno 2021, Kurtz c. Austria, § 140, che individua come elementi di valutazione storici, ossia da apprezzarsi in prospettiva statica per il fatto di essersi verificati in passato, «previous act of violence, [...] the prior issuing of a restrictive measure, [...] threats to take away common children, acts of sexual violence, threats to kill the victim and her children, threats of suicide», mentre possono essere compendiate tra i fattori dinamici, che possono variare a seconda del momento in cui viene condotta la valutazione «the fact that the victim had filed for separation or the break-up of the relationship, [...] psychological problems of the perpetrator, [...] and coercitive and controlling behaviour», con una speciale attenzione al possesso o all'accesso ad armi da fuoco, come richiesto espressamente dal § 2 dell'art. 51 Convenzione di Istanbul». Per ulteriori approfondimenti, per tutti, v. V. BONINI, *Protezione della vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni*, in *Sist. pen.*, 2023, n. 3, p. 58.

⁸³ In questi termini v. V. BONINI, *Protezione della vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni*, cit., p. 66.

⁸⁴ In effetti, «La possibilità che un giudice umano formuli prognosi di rischio sulla base di criteri vaghi, per lo più non riscontrabili (tranne nel caso di precedenti penali) in modo oggettivo e, di conseguenza, interpretati necessariamente in modo personale, così come il potere della giuria di emettere “oracoli” è talvolta criticata, ma solitamente accettata come legittima. Al contrario, quando valutazioni simili sono rese da sistemi A/IA, la legittimità di tale scelta di politica criminale è ad oggi fortemente contrastata, specialmente in diverse giurisdizioni europee. In tal senso, alcuni autori hanno sottolineato come “noi umani” siamo piuttosto

Al riguardo, in particolare, non può sottacersi che oggi, anche grazie alle aspettative che sembra sollecitare l'IA, la società non confida solo sul fatto che la polizia reagisca agli incidenti stradali, ai furti in luoghi di turismo o ad alterchi e aggressioni violente connesse con manifestazioni sportive o politiche, ma confida che essi non avvengano, che si intervenga anche prima che ciò accada. Questo – com'è stato osservato⁸⁵ –, in parte è dovuto all'*hype*, in parte al senso della speranza più alta, in quella che viene chiamata la polizia predittiva che, a sua volta, nasce dalla fusione tra le tecniche criminologiche dell'analisi criminale, gli strumenti di valutazione del rischio attuariale e l'intelligenza artificiale⁸⁶.

In effetti, l'individuazione di criteri a supporto della magistratura e della polizia giudiziaria per la valutazione del c.d. *risk assessment* in materia di violenza di genere potrebbe essere di ausilio per adottare misure di protezione della vittima più efficaci; con ricadute positive anche sul piano della fiducia delle persone offese nel sistema giudiziario e un conseguente aumento delle denunce per reati. Al contempo occorre porre dei punti fermi, soprattutto per non superare i limiti imposti dal Regolamento europeo 2024/1689/UE che istituisce norme armonizzate in materia di IA e che ha individuato un catalogo di sistemi di intelligenza artificiale vietati, in quanto portatori di un livello di rischio "inaccettabile", in ragione della potenziale violazione di diritti fondamentali degli individui. In particolare, è vietata la polizia predittiva mediante l'uso di sistemi di intelligenza artificiale per effettuare valutazioni sul rischio di commissione di un reato o di recidiva di una persona fisica o di un gruppo, sulla base della profilazione o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità (art. 5.1, par. 1, lett. d)⁸⁷.

9. *I metodi di valutazione individualizzata del rischio e la loro diffusione*

In Italia l'utilizzo di moduli di valutazione individualizzata finalizzati a verificare se sussista il pericolo di recidiva o che l'aggressore eserciti la violenza o la minaccia per

indulgenti (forse non ci interessi ammettere) verso gli errori e i fallimenti della nostra specie. Tolleriamo invece molto meno la capacità di tali fallimenti nelle nostre macchine. In altre parole, probabilmente ci aspettiamo di più dalle nostre macchine che da noi stessi». Ecco perché risulta fondamentale, non tanto negare l'utilizzo di A/IA nella giustizia penale, quanto realizzare un apparato di garanzie tecniche e giuridiche in grado di evitare che esso si traduca in chiare violazioni dei diritti fondamentali (G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Dir. di internet*, 2019, n. 4, pp. 630-631).

⁸⁵ In questi termini v. F. MIRÓ LLINARES, *El modelo policial que viene: Mitos y realidades del impacto de la inteligencia artificial y la ciencia de datos en la prevención policial del crimen*, in J. MARTÍNEZ ESPASA (a cura di), *Libro blanco de la prevención y seguridad local valenciana: Conclusiones y propuestas del Congreso Valenciano de Seguridad Local: la prevención del siglo XXI*, Agència Valenciana de Seguretat, 2019, p. 100.

⁸⁶ In argomento, da ultimo, ad esempio, L. PULITO, *Algoritmi predittivi e valutazione della pericolosità sociale: livelli di rischio alla luce dell'AI Act e prospettive interne di impiego*, in *Arch. pen.*, 2025, 3, p. 1 ss., a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti bibliografici.

⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Regolamento 2024/1689/UE, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale)*. Al riguardo, si veda altresì la "Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari", adottata alla sessione plenaria della CEPJ del 3-4 dicembre 2018. Con la l. 23 settembre 2025, n. 132 sono state approvate le "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale".

condizionare la vittima⁸⁸, pur essendo conosciuti⁸⁹, non sono diffusi in modo omogeneo sul territorio⁹⁰.

Ad esempio, il D.P.C.M. del 24 novembre 2017 in G.U. 30 gennaio 2018 in relazione alle procedure d'intervento sanitario in sede di pronto soccorso – per il cd. Codice Rosa – cita il *Brief Risk Assessment for the Emergency Department* (composto da cinque *items*).

Le forze di polizia, sia pure in via sperimentale, e alcune associazioni che si occupano di violenza di genere⁹¹ utilizzano, invece, sistemi di valutazione del rischio basati sulla elaborazione di risposte ad un apposito questionario sottoposto alle vittime. Si tratta del S.A.R.A. (*Spousal Assault Risk Assessment*) che, nella versione originale, si componeva di 20 indicatori, successivamente semplificati nella versione screening S.A.R.A.-S, nella analisi di dieci fattori di rischio che riflettono vari aspetti relativi alla storia di violenza, ai procedimenti penali, al funzionamento e adattamento sociale e alla salute mentale dell'autore della violenza, più 5 relativi alla vulnerabilità della donna. L'operatore che effettua la valutazione del

⁸⁸ A livello internazionale, tra gli strumenti attuariali più diffusi – che si basano su modelli statistici e algoritmi predittivi, standardizzati su ampi campioni di popolazione – troviamo il VRAG (*Violence giarda Appraisal Guide*), che è uno degli strumenti più noti e ampiamente validati, che valuta il rischio di recidiva violenta attraverso 12 variabili statistiche e storiche, come precedenti penali, diagnosi psichiatriche e storia familiare e ODARA (*Ontario Domestic Assault Risk Assessment*): specificamente progettato per valutare il rischio di recidiva in contesti di violenza domestica. ODARA è stato sviluppato in Canada da *Wayne Petherick Research Group* e da *Hilton, Harris, Rice e altri* nei primi anni 2000 e si compone di 13 *items*.

⁸⁹ Il Piano nazionale antiviolenza (2017-2020) si impegnava a istituire un tavolo tecnico per definire un modello di approccio, trattazione, gestione e valutazione del rischio, con particolare riferimento ai casi che avvengono in ambito domestico e alle violenze sessuali (DIPARTIMENTO PER LE PARI OPPORTUNITÀ DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020*, p. 32). Il Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2021-2023 ha riconosciuto che l'incapacità delle autorità di condurre adeguatamente ed in maniera efficace la valutazione del rischio rappresenta una carenza persistente del sistema italiano. Per l'effetto lo Stato italiano ha fissato fra le sue priorità quella di: «Garantire procedure e strumenti condivisi per la tutela delle donne vittime di violenza che consentano una efficace e rapida valutazione e gestione del rischio di letalità, di reiterazione e di recidiva anche attraverso il rafforzamento della collaborazione tra tutti gli *stakeholder* istituzionali coinvolti» (Cfr. (DIPARTIMENTO PER LE PARI OPPORTUNITÀ DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2021-2023 e 2025-2027*), tuttavia, nonostante queste dichiarazioni di intenti, nei Piani strategici nazionali sulla violenza maschile contro le donne più recenti non vi è menzione del protocollo SARA e del suo utilizzo, né vengono previste misure concrete per assicurare una effettiva e rapida valutazione del rischio. Una specifica attenzione al rilevamento e valutazione del rischio con indicazione dei relativi fattori è contenuta nel *Libro bianco per la formazione*, a cura del Comitato tecnico-scientifico dell'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica, il quale definisce linee guida strategiche per gli operatori che contrastano la violenza di genere.

⁹⁰ È interessante segnalare che la Procura di Tivoli ha adottato una *Guida alla rilevazione di indicatori e fattori di rischio per il contrasto alla violenza domestica e nei confronti delle donne*, allegata alla Direttiva alla polizia giudiziaria “Protocolli investigativi e buone prassi per la polizia giudiziaria in materia di reati di violenza di genere n. 2/2019 aggiornata con direttiva 1/2024 del 24 maggio 2024”, finalizzata alla formazione degli operatori giudiziari, a partire dalla polizia giudiziaria, per rilevare i dati da cui desumere i rischi della ripetizione di violenze e/o gravi danni alle donne da parte di un partner intimo o ex partner. La Guida si compone dei fattori di rischio desunti dal DA-5 di Snider (Danger Assessment, Brief Risk Assessment for the Emergency Department, Snider et al. Stati Uniti) e da indicatori e fattori di rischio desunti dalla ricerca qualitativa allargata a più esperienze di rilevazione del rischio presenti in ambito internazionale. In particolare, DA-20 (Danger Assessment, Campbell et al., Stati Uniti); SPECSS e CUSCAAM (Risk Identification, Assessment and Management Model for Domestic Violence Cases, Polizia metropolitana Londra 3); RIC (CAADA-DASH Risk Identification Checklist, UK); ODARA (Ontario Domestic Assault Risk Assessment, Canada); Controllo Coercitivo (Intimate Femicide: The Role Of Coercive Control, University Canada, Australia, UK), in www.procura.tivoli.giustizia.it.

⁹¹ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a A.C. BALDRY, *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, 6ª ed., Milano, 2006.

pericolo con il metodo S.A.R.A.-S procede a stabilire il livello del rischio (basso, medio o alto) e se è immediato (entro due mesi) o più a lungo termine (dopo due mesi). Al valutatore viene anche chiesto di verificare se esiste un rischio di violenza letale e se ci possa essere un'escalation dell'atto violento.

Tali risultati sono stati sottoposti ad un riscontro da parte dell'Istat che ha concluso che le proposte contenute nel S.A.R.A. trovano conferma nei dati⁹². Tra questi ultimi, in particolare, emerge che le limitazioni economiche dell'ex partner sono associate a un rischio maggiore di essere ri-vittimizzati. La concomitanza delle situazioni in cui la donna lascia il partner violento e denuncia alcuni eventi alla polizia sono entrambi fattori protettivi in termini di rischio di recidiva. Al contempo, denunciare e rimanere con il partner è un fattore di rischio. Ma soprattutto, il rischio di recidiva è spesso correlato alla presenza di bambini che assistono alla violenza ripetuta (circa 3 volte superiore): in molti studi sulla difficoltà della vittima di sfuggire alla violenza, la donna mostra forti ambivalenze circa la scelta se è meglio rimanere con il partner violento per il bene dei propri figli o lasciarlo; ambivalenza che sembrerebbe diminuire al verificarsi di una grave escalation di eventi che coinvolgono anch'essi, che finalmente la indurrebbe a lasciare il partner violento⁹³.

Le forze di polizia, poi, seguono il Protocollo E.V.A. (Esame Violenze Agite), una procedura che codifica le modalità di intervento nei casi di liti in famiglia e consente di inserire nella banca dati delle forze di polizia (SDI) – indipendentemente dalla proposizione di una denuncia o querela – una serie di informazioni utili a ricostruire tutti gli episodi di violenza⁹⁴. Analoghe finalità sono perseguite con il progetto SCUDO. Si tratta dell'applicativo interforze, sviluppato dal Servizio per i sistemi informativi interforze della direzione centrale della Polizia Criminale d'intesa con l'Ufficio per il coordinamento e la pianificazione delle Forze di polizia. Il programma consente la consultazione di dati, integrando i sistemi operativi multimediali e informativi già in uso alle Forze di polizia e, in quanto applicativo del portale del Sistema informativo interforze, permette di evidenziare i precedenti interventi degli equipaggi nei confronti di vittime di lite, o violenza, anche nei casi in cui non sia stata proposta denuncia o querela⁹⁵. Nel futuro esso potrebbe evolvere in una rete di protezione intelligente, capace di dialogare con fascicoli giudiziari, servizi sociali e strumenti predittivi.

Un altro strumento è, poi, il sistema ISA (*Increasing self-awareness*), il quale mira ad aiutare le donne vittime di violenza nelle relazioni strette a prendere coscienza della violenza che hanno subito, del livello di rischio di recidiva e dei potenziali percorsi per uscire dalla violenza. La violenza nelle relazioni intime è spesso caratterizzata da comportamenti che possono non essere sempre riconosciuti come violenti dalle donne che ne sono vittima. Molto spesso, infatti, coloro che sperimentano la violenza possono sottovalutare il pericolo, specialmente quando vivono con l'autore della violenza. Con l'utilizzo di tale metodo si punta

⁹² I. CORAZZIARI, *Il Metodo Spousal Assault Risk Assessment (Sara): un'applicazione ai dati da indagine*, Istat, 2023.

⁹³ I. CORAZZIARI, *Il Metodo Spousal Assault Risk Assessment (Sara): un'applicazione ai dati da indagine*, cit.

⁹⁴ Il Protocollo E.V.A., siglato il 6 marzo 2017 dal Capo della Polizia di Stato, Franco Gabrielli, ha codificato in linee guida le *Best Practice* per la gestione degli interventi legati alla violenza di genere in caso di primo intervento degli addetti al controllo del territorio, attraverso l'elaborazione di una "Processing Card" composta di schede che i poliziotti devono compilare ed inserire negli archivi informatici di polizia quando intervengono a seguito di segnalazione di violenza di genere.

⁹⁵ Il sistema è operativo dal marzo del 2021; per approfondimenti cfr. www.interno.gov.it.

a ridurre la possibilità di ri-vittimizzazione aiutando le donne a riconoscere la violenza e ad acquisire padronanza delle strategie per reagire⁹⁶.

Di fronte a questi diversi metodi di valutazione del rischio e in assenza, peraltro, di una normativa di riferimento, è chiaro che occorrerebbero delle prassi condivise, nonché la formulazione di linee guida, al fine di evitare di dare risposte disomogenee⁹⁷. In Italia, però, nonostante il GREVIO, nel Rapporto del 2020⁹⁸ e da ultimo nel Rapporto del 2025⁹⁹, abbia rilevato in modo critico la carenza di tali procedure e ne abbia sollecitato l'adozione¹⁰⁰, allo stato, ancora non si sono fatti concreti passi in avanti in questa direzione.

10. I sistemi attuariali di valutazione del rischio: la sperimentazione del sistema VioGén in Spagna

In questo senso alcuni ordinamenti sono andati oltre, in particolare, la Spagna, che con la Ley Orgánica del 28 dicembre 2004, n. 1, “*de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”, ha adottato un modello considerato, sotto diversi aspetti, all'avanguardia. Tra le misure di protezione globale contro la violenza di genere vi è il sistema *VioGén*: un protocollo di valutazione del rischio per la vittima ad uso delle Forze e del Corpo di Sicurezza¹⁰¹.

Il Ministero dell'Interno, cioè, ha creato e implementato un Sistema di monitoraggio completo dei casi di violenza di genere, fornendo la modulistica informatizzata per amministrare anche le valutazioni del rischio delle vittime così come le funzionalità precise

⁹⁶ Al riguardo v. G. FIORAVANTI-C. PAFUNDI-M. SPIOTTA-I. BOIANO, *Guide Lines of the risk of recidivism of male violence against women in intimate relationships for the assessment and self-assessment*, in *Differenza Donna APS ONG*, 2024, in www.differenzadonna.org.

⁹⁷ In tal senso, ad esempio, v. PROCURA GENERALE CORTE DI CASSAZIONE, *Orientamenti in materia di violenza di genere*, 3 maggio 2023, in www.procuracassazione.it.

⁹⁸ Il GREVIO, riportando la relazione della Commissione d'inchiesta del Parlamento sul femminicidio e la violenza basata sul genere del 2018, ha evidenziato che sebbene vi sia stato un aumento della consapevolezza e della professionalità in questo settore, persistono degli elevati livelli d'inefficienza, e dunque in molti casi di violenza basata sul genere la valutazione del rischio non viene affatto eseguita, mentre in altri casi, gli ufficiali di polizia valutano il rischio in base alle proprie esperienze e capacità intuitive e non in base a parametri strutturati e standardizzati (GREVIO, *Rapporto di valutazione di base Italia*, 2020, § 228, in www.coe.int/conventionviolence).

⁹⁹ Cfr. altresì GREVIO, *Primo rapporto di valutazione tematica Italia*, 2025, § 228, in <https://rm.coe.int/first-thematic-evaluation-report-building-trust-by-delivering-support-/4880299441>).

¹⁰⁰ Il GREVIO sollecita le autorità italiane affinché: elaborino ulteriormente le procedure di valutazione e gestione del rischio e ne garantiscano la diffusione nell'ambito di tutti gli enti istituzionali che si occupano di casi di violenza basata sul genere; garantiscano che le valutazioni del rischio siano ripetute in tutte le fasi del procedimento, in particolare alla scadenza delle misure cautelari, e che tali valutazioni tengano conto delle opinioni e dalle preoccupazioni espresse dalle vittime; garantiscano che le procedure di valutazione e gestione del rischio rappresentino l'elemento cardine di una risposta multiagenzia e coordinata in tutti i casi di violenza contro le donne contemplati dalla Convenzione di Istanbul, compreso il matrimonio forzato e le mutilazioni genitali femminili; considerino l'ipotesi di introdurre un sistema, come ad esempio un meccanismo di revisione critica dell'omicidio, per analizzare tutti i casi di omicidio di donne basate sul genere- femminicidio, al fine di prevenirli in futuro, tutelando la sicurezza delle donne e obbligando a rispondere sia gli autori delle violenze, sia le varie organizzazioni che sono entrate in contatto con le parti (GREVIO, *Rapporto di valutazione di base Italia*, 2020, cit., § 233; analogamente v. GREVIO, *Primo rapporto di valutazione tematica Italia*, 2025, § 140).

¹⁰¹ Al riguardo, ad esempio, v. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA, *Inteligencia artificial, policía predictiva y prevención de la violencia de género*, in *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2023, n. 39, p. 1 ss.; ID., *Inteligencia artificial, policía predictiva y prevención de la violencia de género*, in *Revista de Victimología e Justiça Restaurativa*, Vol. II - Jul. 2023, p. 86 ss.; ELISA SIMÓ-SOLER, *Domestic Violence in Spain from A Gender Perspective: Risk Assessment and Analysis*, in RAHIME ERBAS (editor), *Criminal Prosecution of Domestic Violence. A Comparative Analysis*, Springer, 2025, p. 77 ss.

per eseguire il monitoraggio di tali casi e l'attuazione delle misure di sicurezza e protezione da parte della polizia in conformità con i livelli di rischio rilevati. L'ultimo aggiornamento è stato eseguito nel 2025 quando è stato lanciato il sistema *VioGén 2*, una versione rinnovata e più avanzata della piattaforma per il monitoraggio completo dei casi di violenza di genere¹⁰².

VioGén cerca di adempiere al mandato dell'articolo 282 c.p.p., dove è previsto che quando le vittime entrano in contatto con la Polizia Giudiziaria, [questa] rispetterà gli obblighi di informazione previsti dalla normativa vigente. Allo stesso modo, effettuerà una valutazione delle condizioni particolari delle vittime per determinare provvisoriamente quali misure di protezione dovranno essere adottate per garantire loro un'adeguata tutela, fatta salva la decisione finale che sarà adottata dal giudice o dal tribunale¹⁰³.

Gli obiettivi perseguiti dal sistema *VioGén* sono:

- a) Riunire le diverse istituzioni pubbliche che hanno poteri in materia di violenza di genere.
- b) Integrare tutte le informazioni di interesse considerate necessarie, favorendo il loro agile scambio.
- c) Facilitare la valutazione del rischio che si verifichi ancora violenza.
- d) In base al livello di rischio, fornire follow-up e, se necessario, garantire la tutela delle vittime, nell'intero territorio nazionale.
- e) Aiutare la vittima a sviluppare un "piano di sicurezza personalizzato", con relative misure di autotutela e alla loro portata.
- f) Facilitare il lavoro preventivo, emettendo avvisi e allarmi attraverso un sottosistema di notifiche automatizzate, quando viene rilevato un incidente o un evento che potrebbe mettere in pericolo l'integrità della vittima.

Questo strumento predittivo non è, in senso stretto, "intelligenza" "artificiale" (AI), poiché non utilizza algoritmi che "imparano" dal trattamento dei dati¹⁰⁴.

¹⁰² Questo aggiornamento rappresenta un salto di qualità tecnologico e funzionale con l'obiettivo di migliorare la valutazione dei rischi, rafforzare il coordinamento tra le istituzioni e offrire una risposta più efficace e adeguata da parte delle forze dell'ordine (Cfr. www.sistemariogen.ses.mir.es). In precedenza, un altro aggiornamento era stato deliberato dal Segretario di Stato per la Sicurezza con il numero di istruzione 4/2019.

¹⁰³ «La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal» (art. 282 Código procesal penal).

¹⁰⁴ In tal senso, ad esempio, v. J.L. GONZÁLEZ ÁLVAREZ-J.L. LÓPEZ OSSORIO-C. URRUELA-M. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence. VioGén System*, in *Behavior & Law Journal*, vol. 4, 2018, n. 1, p. 40; P. MARTÍN RÍOS, *Predictive algorithms and criminal justice: expectations, challenges and a particular view of the Spanish VioGén system*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 2024, n. 2, p. 558. Secondo la definizione contenuta nel Regolamento 2024/1689/UE un sistema di IA è «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali» (art. 3). Sennonché, gli strumenti attuariali, basati sul calcolo di elementi già a disposizione dell'amministrazione, senza interazione, né nella somministrazione, né nella valutazione del livello di rischio, di un esperto, che non ricerca le ragioni della possibile recidiva, ma semplicemente la rileva, con il tempo, si sono trasformati da strumento analogico in un software. La transizione digitale, però, «determina l'incorporazione di tale teoria in un contesto potenzialmente opaco, poiché non sempre l'output di un software può essere adeguatamente ricostruito sul piano della sequenza causale» (S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e processo penale: le novità dell'AI act*, in www.dirittodidifesa.eu).

VioGén è un sistema attuariale che utilizza modelli statistici per dedurre il rischio che una vittima può correre (sia di aggressione che di omicidio) così come la sua evoluzione basata su una serie di indicatori che sono stati determinati e successivamente valutati da un gruppo di esperti¹⁰⁵.

Gli spazi di questo lavoro non consentono di approfondire adeguatamente l'argomento, è interessante, però, analizzare le criticità evidenziate nell'applicazione del sistema *VioGén*.

Sebbene, in generale, ogni qual volta occorra compiere delle valutazioni prognostiche sia rischioso affidare anche al giudice la decisione circa il calcolo stimato di probabilità (tenendo conto dell'imprevedibilità della natura umana), in molti hanno espresso delle riserve contro questo sistema, anzitutto, relativamente ad alcuni dei dati su cui esso si basa. Si è osservato che talune informazioni contenute nel questionario che "alimenta" gli algoritmi su cui si basa la previsione sono particolarmente delicate. Il richiamo, in particolare, è alle domande che alludono all'esistenza di gelosia o al desiderio di controllo da parte del partner, chiari indicatori di una certa personalità, se non addirittura di una vera e propria psicopatologia. Altrettanto è chiedere direttamente, come si fa nel modulo VPR, l'esistenza di un disturbo mentale o psichiatrico del presunto autore del reato. Si tratta, inoltre, di informazioni fornite dalla presunta vittima del reato (sulla base, quindi, di un dato inevitabilmente di tipo soggettivo). La possibilità, dunque, che da tali elementi si possano trarre valutazioni su un certo livello di rischio, da cui possa derivare l'imposizione di misure restrittive della libertà del presunto aggressore, ha suscitato perplessità, soprattutto in ragione del fatto che tale diagnosi di pericolosità non può essere agevolmente contraddetta, con una evidente compressione del diritto di difesa e del principio della presunzione di innocenza¹⁰⁶. In effetti, come sottolineato dal Regolamento 2024/1689/UE, al considerando n. 42, sia pure con riferimento ai sistemi di IA, «In linea con la presunzione di innocenza, le persone fisiche nell'Unione dovrebbero sempre essere giudicate in base al loro comportamento effettivo. Le persone fisiche non dovrebbero mai essere giudicate sulla base di un comportamento previsto dall'IA basato unicamente sulla profilazione, sui tratti della personalità [...], senza che vi sia un ragionevole sospetto che la persona sia coinvolta in un'attività criminosa sulla base di fatti oggettivi verificabili e senza una valutazione umana al riguardo. Pertanto, dovrebbero essere vietate le valutazioni del rischio effettuate in relazione a persone fisiche intese a determinare la probabilità che queste ultime commettano un reato o volte a prevedere il verificarsi di un reato effettivo o potenziale unicamente sulla base della loro profilazione o della valutazione dei loro tratti della personalità e delle loro caratteristiche»¹⁰⁷.

In altri termini, è essenziale evitare di basare l'adozione di una misura (precauzionale o definitiva) su previsioni che prendono in considerazione un'ipotetica predisposizione personale a commettere un reato, in particolare quando tali previsioni siano l'esito

¹⁰⁵ ETICAS FOUNDATION, *Can IA solve gender violence? Auditing the use of IA to assess risk. The case of Viogén*, Marzo 2022, in www.eticafoundation.org, p. 10. Va, altresì, evidenziato che, pur essendo un sistema attuariale, il suo obiettivo non è solo la valutazione del rischio (*risk assessment*), soprattutto la gestione dei rischi (*risk management*). Così, una delle criticità evidenziate è che i sistemi di gestione del rischio possono attribuire delle valutazioni positive errate a causa della protezione delle vittime (i soggetti a rischio sono controllati e, pertanto, non si prevede una loro ricaduta nonostante sia stato calcolato un rischio elevato). Per approfondimenti J.J. LÓPEZ-OSSORIO-J.L. GONZÁLEZ-ÁLVAREZ-I. LOINAZ-A. MARTÍNEZ-MARTÍNEZ-D. PINEDA, *Intimate Partner Homicide Risk Assessment by Police in Spain: The Dual Protocol VPR5.0-H*, in *Psychosocial Intervention*, September, 2020, p. 177.

¹⁰⁶ P. MARTÍN RÍOS, *Predictive algorithms and criminal justice: expectations, challenges and a particular view on the Spanish VioGén system*, cit., p. 558 ss.

¹⁰⁷ PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *Regolamento 2024/1689/UE, del 13 giugno 2024*, cit., § 42.

automatico di un'applicazione algoritmica che utilizzi dati potenzialmente indicativi di determinati tratti della personalità, anche psicopatologici, senza che siano già stati raccolti elementi di colpevolezza a carico del soggetto presunto autore del reato¹⁰⁸.

11. *Il progresso tecnologico non supera la centralità del giudice uomo*

Non è semplice trovare un equilibrio tra i vantaggi e i limiti che un sistema di tipo algoritmico può presentare ai fini della valutazione delle esigenze di protezione della vittima e alla conseguente applicazione di una misura cautelare; appare, nondimeno, fondamentale, in via di premessa, che si utilizzino solo metodologie poste a supporto e non in sostituzione della decisione del giudice e che si possa esercitare un controllo sulla tipologia dei dati utilizzati¹⁰⁹.

In quest'ottica, un sistema come quello di *VioGén* oltre a sollevare perplessità per la tipologia dei dati raccolti, ha evidenziato alcune criticità sul piano applicativo. A preoccupare è il modo in cui il sistema è impostato, la formazione di coloro che devono valutare il risultato che produce e l'assenza di una supervisione esperta prima che il risultato ottenuto venga trasmesso al giudice. Secondo, in particolare, quanto è emerso a seguito di una disamina del modello effettuata da *Eticas Foundation*, no-profit spagnola che si occupa di *auditing* algoritmico, quando il rischio viene classificato come troppo basso le donne non ricevono alcun aiuto¹¹⁰.

L'analisi ha permesso di svelare alcuni potenziali problemi dell'algoritmo: ha rivelato, per esempio, che nel 2021 solo una donna su sette ha ricevuto aiuto dopo la denuncia. «Il *bias* più evidente è la tendenza alla sottovalutazione del rischio delle donne quando queste non hanno figli»¹¹¹.

Il punto è che in assenza di educazione e preparazione in materia di violenza di genere, l'uso di algoritmi da parte della polizia può finire col perpetuare gli stereotipi di genere invece di sradicarli¹¹². Inoltre, nel 95% dei casi, gli agenti di polizia si sono attenuti al punteggio di rischio offerto dal sistema. Il che non è affatto un dato sorprendente: molte situazioni simili hanno mostrato che l'automazione dei processi decisionali porta a percepire la macchina come sostituta e non come supporto alle decisioni umane¹¹³. Ossia c'è la

¹⁰⁸ P. MARTÍN RÍOS, *Predictive algorithms and criminal justice: expectations, challenges and a particular view of the Spanish VioGén system*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 11 settembre 2024, p. 14.

¹⁰⁹ In tal senso, tra gli altri, v. F. GALLI-G. SARTORI, *AI approaches to predictive justice: a critical assessment*, in *Humanities and Rights Global Network Journal*, 2023, n. 2, p. 210 s.; M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019; L. LUPÁRIA DONATI, *La promessa della giustizia tecnologica*, in *Sist. pen.*, 1° agosto 2024; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *DisCrimen*, 15 maggio 2020; S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.* 2019, p. 1748; EAD., *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Alessandria, 2020; N. SCERBO, *Algoritmi predittivi, law enforcement*, in *Arch. pen.*, 2025, 3, p. 1 ss.

¹¹⁰ Per un'analisi dettagliata del Rapporto v. ETICAS FOUNDATION, *Can LA solve gender violence? Auditing the use of LA to assess risk. The case of Viogén*, cit.

¹¹¹ D. HUISKES-S. SEMEZIN, *In Spagna un algoritmo valuta il rischio di violenza contro le donne. Ma ha fallito*, 5 aprile 2022, in *www.wired.it*.

¹¹² Al riguardo, *ex plurimis*, v. S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giur. pen. Web*, 2019, n. 2.

¹¹³ Sul punto, ad esempio, L. COTINO HUESO, *Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público*, in E. GAMERO CASADO, F.L. PÉREZ GUERRERO (a cura di), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites*

tendenza, da parte di chi li impiega, ad avere una fiducia incondizionata nel sistema; con conseguente deresponsabilizzazione dei preposti. La mancanza di controllo umano può portare a cortocircuiti non previsti anche in un sistema come VioGén nato con le migliori intenzioni. Ciò evidenzia che si dovrebbe considerare la capacità umana di integrare il *software* in un contesto più esteso di azioni, dove questi sistemi dovrebbero servire solo come componenti di supporto.

In altri termini, appare sempre più chiaro che le macchine possano aiutare gli operatori e i magistrati nella adozione di scelte molto delicate, ma è indubbio che ciò imponga prima di tutto una formazione specifica di giudici, avvocati, pubblici ministeri e forze di polizia.

Senonché, in Italia, la l. 19 luglio 2019, n. 69 ha previsto un obbligo di formazione solo per le forze di polizia; non altrettanto per magistrati, avvocati, operatori sociosanitari o assistenti sociali.

Una delle novità più apprezzabili della recente l. 2 dicembre 2025, n. 181, pertanto, è stato proprio il rafforzamento degli obblighi formativi in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica per i magistrati e per i professionisti sanitari.

L'art. 8, in particolare, dispone che la partecipazione ad almeno uno dei corsi formativi sia obbligatoria per i magistrati con funzioni di merito o di legittimità assegnati, anche in via non esclusiva, alla trattazione di procedimenti in materia di famiglia o di violenza contro le donne o domestica o materie ad essa connesse.

In precedenza, sia pure in assenza di un'indicazione espressa da parte del legislatore, in verità, si era diffusa la consapevolezza, anche da parte della magistratura, che la specializzazione e la formazione fossero fondamentali per l'individuazione e corretta gestione delle situazioni di vulnerabilità. Il Consiglio Superiore della Magistratura¹¹⁴, al riguardo, ha sottolineato «la valenza irrinunciabile della specializzazione degli uffici – requirenti e giudicanti – che trattano i procedimenti relativi ai reati di violenza di genere»¹¹⁵; precisando che, relativamente alla organizzazione degli uffici delle Procure, devono essere costituiti dipartimenti o gruppi specializzati.

Tali indicazioni sono state recepite dalle linee guida emanate dalla Procura Generale della Cassazione¹¹⁶, in cui è stata sottolineata la rilevanza della specializzazione degli uffici requirenti – non solo di grandi dimensioni – mediante la previsione di gruppi di lavoro che si occupino abitualmente di reati in tema di violenza di genere; nonché la formazione specialistica dei magistrati che trattano la materia, il cui aggiornamento va costantemente curato attraverso la partecipazione a corsi, da organizzare in sede centrale e distrettuale, e periodiche riunioni finalizzate ad affinare gli strumenti applicativi e le modalità condivise di azione e dirette anche al confronto su casi specifici ricorrenti.

Importanti criticità, invece, si sono riscontrate con riguardo alla specializzazione della magistratura giudicante, spesso meno frequente soprattutto negli uffici g.i.p. e g.u.p. di tutto

y medios, Tirant lo blanch, 2023, p. 270. Si parla a questo proposito del cd. “effetto caprone”, tra gli altri, v. G. CANZIO, *IA, algoritmi e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2021; F. DE SIMONE, *L'implementazione delle nuove tecnologie*, in in G. BALBI-F. DE SIMONE-A. ESPOSITO-S. MANACORDA (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale “Nuovi scenari”*, Torino, 2022, p. 73,

¹¹⁴ Da ultimo v. CSM, *Esiti del monitoraggio effettuato dal Gruppo di lavoro sull'applicazione delle “Linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica”*, 7 maggio 2025.

¹¹⁵ In questi termini v. CSM, *Risultati del monitoraggio sull'applicazione delle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica*, 3 novembre 2021, p. 2.

¹¹⁶ CORTE DI CASSAZIONE, PROCURA GENERALE, *Orientamenti in materia di violenza di genere*, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2023, p. 9.

il Paese¹¹⁷. Un dato che non può non allarmare in considerazione del fatto che i g.i.p. sono chiamati, tra i primi, ad adottare provvedimenti che presuppongono il corretto inquadramento della vicenda.

Sennonché, in assenza di una formazione specifica, risulta concreto il rischio di non saper adeguatamente apprezzare la differenza tra i casi di violenza e quelli di mera conflittualità familiare. O ancora, di non saper valutare proprio i fattori di rilevazione del rischio. Si pensi alla ritrattazione delle denunce, spesso considerata – e anche a ragione – un elemento di scarsa attendibilità del denunciante, ma che, al contrario, se contestualizzata all'interno di una violenza di genere o di una relazione affettiva squilibrata e malsana, invece, può essere sintomatica proprio della vulnerabilità della vittima.

Si tratta di criticità che non è detto che questa riforma permetterà di superare.

Non convince, innanzitutto, la specificazione che la formazione è obbligatoria per i magistrati di merito e di legittimità. Qualche dubbio, in particolare, può generare il riferimento al merito. Tecnicamente, infatti, i giudici per le indagini preliminari non esercitano una funzione di merito; poiché, tuttavia, secondo i noti insegnamenti della Corte costituzionale «le pronunce cautelari presuppongono sempre un giudizio prognostico di segno positivo sulla responsabilità»¹¹⁸ e poiché, dunque, i g.i.p. compiono delle valutazioni idonee a comportare un pregiudizio sul merito dell'accusa, si può sostenere rientrano anche loro tra i magistrati tenuti all'obbligo formativo¹¹⁹.

Più difficile potrebbe essere superare il dato testuale riguardo alla magistratura di sorveglianza, sebbene la delicatezza delle decisioni in tema di misure alternative o di permessi necessiterebbe di un bagaglio di competenze multidisciplinare e specialistico in materia di violenza di genere.

Probabilmente, però, il riferimento al merito è stato inteso in senso generale e per differenziare ma al contempo consentire di specificare che anche i magistrati di legittimità avranno l'obbligo della formazione.

Di certo, invece, la partecipazione ad un solo corso l'anno non può considerarsi sufficiente per ritenere soddisfatto l'obiettivo di alta specializzazione della magistratura, quale si auspica si possa pervenire¹²⁰. Ma è un passo in avanti, che con il tempo permetterà di registrare il perfezionarsi tali competenze.

¹¹⁷ CSM, *Esiti del monitoraggio effettuato dal Gruppo di lavoro sull'applicazione delle "Linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica"*, cit., p. 9 ss.; altresì, v. CSM, *Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica*, 9 maggio 2018. V. anche M. MONTELEONE, *L'insostenibile "inadeguatezza" del contrasto giudiziario alla violenza di genere*, in *Quest. giust.*, 2022, n. 4, p. 64 ss., che peraltro, evidenzia come un tema di centrale importanza, che condiziona significativamente la qualità della risposta giudiziaria alla violenza di genere e domestica, attiene al ruolo che di fatto svolge la magistratura onoraria, in specie i VPO, il cui non corretto impiego favorisce distorsioni e criticità (p. 69).

¹¹⁸ Da ultimo v. Corte cost., 30 dicembre 2025, n. 212.

¹¹⁹ Va altresì considerato che i giudici dell'Ufficio G.I.P., quando svolgono le funzioni di g.u.p. adottano decisioni di merito: ad esempio, in caso di giudizio abbreviato. Ma non solo. Alla luce delle modifiche della disciplina dell'udienza preliminare succedutesi nel tempo, non è più revocabile in dubbio che il g.u.p. anche ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere sia chiamato ad una valutazione di merito (Cfr., ad esempio, Corte cost., 6 luglio, 2001, n. 224; Corte cost., 12 luglio 2002, n. 335; Cass., sez. V, 27 gennaio 2017, n. 4175, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 4).

¹²⁰ Analogamente v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI-F. MENDITTO, *Legge sul femminicidio*, Milano, 2025, p. 70.

Il punto è che per dare una corretta lettura di questi fenomeni occorre avere acquisito la capacità di indossare le cosiddette “lenti di genere”¹²¹. Come ha osservato la Suprema corte¹²², ad esempio, nell’ambito della violenza domestica, è solo in base ad una attenta analisi dei dati di contesto che occorrerà valutare le ritrattazioni della persona offesa, così come le remissioni di querela. Esse, infatti, come già anticipato, non necessariamente sono sintomatiche della inattendibilità della vittima; sicché, piuttosto che supportare decisioni volte ad escludere il reato o la responsabilità dell’imputato, possono essere al contrario sintomatiche dell’esposizione della vittima alla prosecuzione o all’aggravamento della relazione maltrattante attraverso minacce, ricatti, intimidazioni, rappresaglie o condizionamenti a maggior ragione quando le persone offese sono minorenni o donne con prole minorenne.

Ecco perché, in assenza di tale capacità di analisi, non si può immaginare di fare affidamento sull’effettività del ruolo di controllo che i giudici dovrebbero assolvere nella comprensione dei risultati elaborati sulla base di algoritmi o, eventualmente, da sistemi di IA. Il rischio, infatti, potrebbe essere quello di un appiattimento su questi risultati, analogamente a quanto riscontrato in Spagna, con conseguente perdita della abilità di saper “leggere” i particolari, che i sistemi di giustizia predittiva non riescono ad interpretare, e l’inverarsi del pericolo della “robotizzazione” della giustizia¹²³.

A ben vedere, quindi, per affrontare in modo più efficace il contrasto alla violenza di genere e la tutela dei terzi vulnerabili è imprescindibile puntare sulla formazione specialistica degli operatori. L’obiettivo, dunque, dovrebbe essere quello di rendere obbligatoria la formazione per tutti i magistrati, compresa la magistratura onoraria, nella consapevolezza che la tutela delle vittime, per essere effettiva, necessita di un intervento condiviso e coordinato di uffici, con competenze e poteri d’intervento diversi¹²⁴. Analoga specializzazione dovrebbe essere prevista per i difensori, la cui assistenza sarebbe opportuno diventasse obbligatoria per le vittime particolarmente vulnerabili; in più, si potrebbe puntare ad introdurre un sistema di difensori d’ufficio iscritti in appositi elenchi dopo aver seguito un corso di formazione e superato un esame che ne certifica la preparazione e le competenze¹²⁵.

¹²¹ Al riguardo, in particolare, v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI-F. MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, cit., p. 94 s.; P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *La mia parola contro la sua. Ovvero quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Milano, HarperCollins Italia, 2018, *passim*; EAD., *Impariamo a usare le lenti di genere*, in www.giudice.donna.it, 2018, 1, p. 1 ss.

¹²² Così Cass., sez. VI, 27 settembre 2024, n. 39562, in www.misterlex.it. Più di recente, v. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2025, n. 4913, *in*, 287599 che ha affermato che la ripresa della convivenza e la ritrattazione da parte della persona offesa, soprattutto nel caso in cui questa versi in condizioni di particolare vulnerabilità, devono essere oggetto di attento vaglio critico, al fine di verificare se siano significative di inattendibilità delle originarie accuse ovvero se siano conseguenti alla prosecuzione ed alla ingravescenza della condotta maltrattante».

¹²³ Cfr. P. MARTÍN RÍOS, *Predictive algorithms and criminal justice: expectations, challenges and a particular view of the Spanish VioGén system*, cit., p. 555.

¹²⁴ C. PECORELLA, *Il nuovo Codice Rosso*, di Paola Di Nicola Travaglini e Francesco Menditto: un libro da leggere, non da consultare, in *Sist. pen.*, 12 settembre 2024, che rimanda a P. DI NICOLA TRAVAGLINI-F. MENDITTO, *Il nuovo codice rosso*, cit., p. 553 ss. in Italia, ad eccezione per le grandi città, i giudici non sono specializzati, mentre il 95% dei tribunali civili non è formato dal punto di vista giuridico e culturale a identificare i casi di violenza domestica nelle cause di separazione coniugale, secondo il Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella giustizia della Commissione femminicidi. Ai 25 eventi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura ha partecipato solo il 13% dei magistrati, nei 100 del Consiglio Nazionale Forense lo 0,4% degli avvocati. In molti casi i giudici non sono consapevoli degli strumenti che hanno a disposizione (*Il Fatto Quotidiano*, 2022).

¹²⁵ Sull’importanza dell’assistenza di un difensore v. L. PARLATO-M. PALMISANO, *Right to Access a Lawyer for Victims of Domestic Violence: The Example of Italian Criminal Justice*, in RAHIME ERBAŞ (editor), *Criminal Prosecution of Domestic Violence. A Comparative Analysis*, cit., p. 131 ss., a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

In futuro, poi, l'auspicio potrebbe essere quello di creare degli organi specializzati. Ancora una volta è interessante guardare all'esperienza spagnola, che con la Ley organica n. 1 del 2004 ha attribuito a “*Los Juzgados de Violencia sobre la Mujeres*” competenze in materia penale e civili nei procedimenti per specifici reati riconducibili alla violenza di genere. Segnatamente, in ambito penale, tali giudici svolgono la funzione di istruire la causa e di adottare ordini di protezione per le vittime. La Ley organica 2 gennaio 2025 n. 1, recentemente, ha modificato l'art. 89 Ley Organica del Poder Judicial, ampliando le competenze de “*Las Secciones de Violencia sobre la Mujer*”, in particolare, includendo i reati contro la sfera sessuale. E l'esperienza ha evidenziato che l'esistenza di questi organi ha portato a una maggiore specializzazione di tutto il personale giudiziario¹²⁶.

In conclusione, pare sia possibile giungere a considerazioni analoghe a quelle formulate per il procedimento a carico di imputati minorenni, ovvero che nei procedimenti con vittima vulnerabile è estremamente complesso e pericoloso affidarsi a sistemi di valutazione basati su elementi standardizzati; la discrezionalità serve per immergersi nella viva realtà dell'episodio concreto, per coglierne le più velate sfumature e tensioni¹²⁷. Ebbene, i rischi connessi all'uso di tale discrezionalità non si contrastano facendo ricorso a metodi computazionali¹²⁸, bensì affidandone l'esercizio ad un giudice altamente qualificato.

ABSTRACT: *The Potential and Limitations of the Technological Process for Protecting the Third Injured Party Highlight the Central Role of the Judge*

The victim of a crime within the criminal justice system occupies a very peculiar position, presenting itself as a “third interested party” who, even when wishing to remain extraneous to the proceedings, may be compelled to give testimony. The use of technology, as also highlighted by international and European sources, can help reduce the risks of secondary victimization, particularly where a condition of vulnerability exists. Nevertheless, the use of technological tools, such as remote examination or the video recording of statements, affects the principles of orality, immediacy, and adversarial proceedings, thus requiring a careful balancing of the interests at stake in order to avoid unreasonably altering the principles of a fair trial. For the purposes of risk assessment, attention is also paid to both the potential and the limits of actuarial models, such as the *VioGén* system, which has been used in Spain since 2004. One point, however, is beyond doubt: technological progress cannot replace human

¹²⁶ Artículo 47. Formación. «El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses».

¹²⁷ Al riguardo, in particolare, v. E. ZAPPALÀ, *La specializzazione nelle funzioni giudiziarie minorili*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Torino, 2019, p. 39, le cui considerazioni nel testo sono state parafrasate.

¹²⁸ Sul punto, in particolare, cfr. A. ESPOSITO, *Note sparse sull'intelligenza artificiale*, in G. BALBI-F. DE SIMONE-A. ESPOSITO-S. MANACORDA (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale “Nuovi scenari”*, cit., p. 48. È nota, peraltro, la preoccupazione della dottrina che l'impiego di modelli computazionali possa comportare un arretramento verso dottrine deterministiche (In tal senso, ad esempio, v. S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Legisl. pen.*, 22 marzo 2018, p. 10; nonché C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?* in *Quest. giust.*, 2018, 4, p. 194).

evaluation and, moreover, in particularly complex matters such as gender-based violence, it requires reliance on a highly specialized judge.

GIUSEPPE CORASANTI*

**LA TUTELA DEI TERZI NEL PROCESSO PENALE E LA DIGITALIZZAZIONE:
TRA TENSIONI E GARANZIE****

SOMMARIO: 1. Uno scenario in continua evoluzione: la tutela del terzo come tutela dei rapporti civili. – 2. La tutela dei dati personali di terzi nella acquisizione, nel trattamento e nella diffusione. – 3. La tutela del terzo tra tecnologia e logiche condivise di responsabilità deontologica e prudenza comunicativa: la difficile ricerca di una “essenzialità” processuale digitale.

1. Uno scenario in continua evoluzione: la tutela del terzo come tutela dei rapporti civili.

La digitalizzazione ha trasformato radicalmente anche il processo penale, introducendo nuovi strumenti di indagine, comunicazione e gestione delle informazioni ed aprendo nuovi scenari nei quali proprio queste innovazioni tecnologiche¹ sollevano interrogativi che riguardano appunto proprio la tutela dei diritti dei terzi, cioè dei soggetti estranei al procedimento stesso che potrebbero esservi coinvolti involontariamente, che potrebbero subire una compromissione nei loro diritti e nei propri modi di vita anche se non direttamente parti, e quindi in grado di esercitare pienamente il contraddittorio e di sottoporre a verifica le prove o le affermazioni che a vario titolo vi rientrano e comunque incidono su una penale affermazione di responsabilità che non li riguarda direttamente. La transizione digitale – peraltro ancora ben lungi dall’essere ancora ben compiuta – nel Paese si colloca perciò esattamente al centro della trasformazione anche del processo penale contemporaneo, con un impatto profondo su ogni aspetto della giustizia penale: dalla raccolta delle prove alla gestione delle udienze, fino alla decisione giudiziaria. Certamente essa incide ed inciderà sempre più in termini di efficienza e velocità degli accertamenti processuali, perché riduce i tempi e i costi del processo. Inoltre, i sistemi digitali rendono tendenzialmente più facile per le parti accedere agli atti processuali e monitorare continuamente l’andamento dei procedimenti. Il che certamente contribuisce alla trasparenza e insieme può favorire e rendere persino più effettivo il diritto alla difesa. Strumenti digitali possono automatizzare attività e accertamenti ripetitivi consentendo alle parti coinvolte di concentrarsi su questioni di maggiore rilevanza giuridica, ma soprattutto incide sempre di più nella fase della gestione delle prove, poiché consente una raccolta, conservazione e analisi delle prove più precisa, soprattutto nei casi in cui le evidenze siano di natura digitale (e-mail, chat, video). E tutto ciò oltre a svolgersi in un contesto tecnologico sempre più automatico incide, a vario titolo su diritti, e aspettative di terzi.

* Professore Ordinario di Informatica giuridica ed etica digitale, Università Mercatorum Roma.

** Lo scritto riproduce, con note e integrazioni, l’intervento svolto in occasione del convegno su *Tutela dei terzi e giudizio penale nell’era della digitalizzazione*, organizzato nell’ambito progetto PRIN 2022 su *Criminal proceedings and the protection of third parties: old and new challenges in the digital era*, Università di Catania, 11 novembre 2024.

¹ Cfr. L. LUPARIA, *Processo penale e tecnologia informatica*, in *Diritto dell’Internet*, 2008, p. 221.

Ogni genere di tecnologia digitale viene spesso da noi percepita come neutrale, ma in realtà in alcuni casi non lo è affatto. Perché gli strumenti digitali talora inevitabilmente producono e moltiplicano errori o sottovalutazioni o sopravvalutazioni, che possono trasformarsi in pregiudizi, e possono così rispecchiarsi nel processo assurgendo in qualche caso a fattori incontestati ed apparentemente incontestabili dalle parti. Ad esempio, un *software* utilizzato sistematicamente per analizzare dati probatori può sicuramente introdurre *bias*, anche inconsapevolmente, che compromettono l'equità del processo.

Ciò poi rischia di accentuare sensibilmente la disparità tra le parti processuali, non soli in termini di accesso potenziale alle tecnologie più avanzate o in termini di disponibilità di risorse tecnologiche adeguate, ma anche e soprattutto in considerazione della "comprensione" e "ricomprensione" tecnologica come condizione ottimale per il miglior esercizio delle funzioni processuali.

Il che poi è un tema che riguarda a pari titolo accusa e difesa di parte, e riguarda anche e soprattutto forze di polizia giudiziaria, i loro ausiliari e infine i consulenti in ambito processuale, perché in entrambe le prospettive la spinta crescente alla digitalizzazione incide e può rafforzare la propria tesi o la propria strategia o al contrario indebolirla od attenuarla senza una adeguata cultura della prova digitale o delle acquisizioni di prove tradizionali in forma digitale diretta o indiretta².

La questione assume allora una sua propria rilevanza generale, in un certo senso indipendentemente dal tipo di tecnologia adottata e dal carattere rappresentativo o meno della prova stessa, fino ad assumere gradualmente profili di carattere metodologico e logico tra la conformità tecnica e la idoneità delle procedure acquisitive, così come dei mezzi di raccolta e di conservazione adottati. Ne emerge un panorama piuttosto vasto che influisce da un lato nella definizione graduale di una accuratezza di classificazione e di raccolta del materiale probatorio e che incide sempre di più in senso generale su tutti i processi penali, definendo prassi operative come evidenziando criticità o zone d'ombra, e che richiede una costante attenzione ai cambiamenti di carattere logico e tecnologico, insieme alla trasparente responsabilità dei diversi soggetti cui in qualche modo si riferisce non solo la tipologia di informazioni, ma la stessa attendibilità di quanto raccolto e registrato, evidenziandone il contributo così come le relazioni in modo coordinato e sistematico, nel quadro di un processo accertativo così come di una relazione associativa, personale, patrimoniale.

In questo senso allora la stessa prova digitale diviene sempre più prova paradigmatica e diretta e sempre meno prova descrittiva e le fasi della raccolta e della sua successiva considerazione o riconsiderazione dipendono da quanto risulta espressamente classificato o riconducibile, lasciando talora ben pochi spazi di interpretazione alternativa dei fatti riportati, il che spiega i suoi effetti ben oltre la stessa attribuibilità dell'azione incriminata, e spesso si ripercuote in un ambito relazionale sempre più vasto e peraltro difficilmente gestibile in concreto senza strumenti tecnologici adeguati³.

² Cfr. F. CERQUA, L. LUPÁRIA, *La versione della Consulta sulla corrispondenza elettronica. Un "bouleversement" in materia di prova digitale?*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2023, p. 718; S. BUSILIO, *Conservazione e produzione della prova digitale nella nuova disciplina europea: il potenziale disallineamento con i principi espressi dalla giurisprudenza di settore*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, p. 27; F. GRAZIANI, *La ricerca della prova digitale mediante captatore informatico nella prassi degli Stati e nell'ordinamento italiano: il difficile equilibrio tra prevenzione dei reati e tutela della riservatezza informatica*, in *La Comunità Internazionale*, 2019, p. 389; G. CASCELLA, *L'onere della prova "digitale" secondo la Cassazione ed i potenziali riflessi sul contenzioso risarcitorio da circolazione stradale*, in *Il processo*, 2023, p. 563.

³ Cfr. M. TORRE, *La raccolta della prova digitale in Italia: dagli accertamenti statici al captatore itinerante in Informatica e diritto*, 2016, p. 157; Id., *Aspetti giuridici e tecnici relativi al trattamento della prova digitale nel processo penale. La prova*

E allora l'affermazione della tecnologia digitale nel processo penale rappresenta in pari tempo una straordinaria opportunità per migliorare l'efficienza e l'equità della giustizia, ma comporta insieme rischi significativi e potenzialmente incontrollabili e costanti se non affrontati con consapevolezza tecnologica, con sensibilità e conoscenza tecnica ed insieme con attenzione giuridica. La questione può perciò innanzitutto definirsi come uno snodo principale che sembra perciò dipanarsi gradualmente entro un ambito già di per sé garantito, eppure coinvolgente nei fatti quelle che sono aspettative e garanzie proprie di soggetti esterni, ai quali spesso non è data adeguata tutela diretta o meglio forse tale tutela richiede una costante sensibilizzazione ed iniziativa proprio di quei soggetti che invece operano a vario titolo proprio all'interno del processo penale, esercitando il tale perimetro quelle che sono le prerogative che solo ad essi la legge riserva in funzione del solo risultato utile in senso processuale, ovvero l'accertamento o la contestazione di una "verità" sulla base di quanto in esso viene acquisito e la affermazione con forza di giudicato delle conseguenze normativamente previste. In tale ottica appare evidente che si pone il problema costante di un approccio integrato che bilanci l'efficienza stessa del sistema penale con il rispetto delle garanzie fondamentali.

Un primo ma determinante ambito problematico può esser definito nella stessa esigenza – di rilevanza attuale sul piano della regolamentazione europea – di adeguata protezione dei dati personali e sensibili. E ciò in quanto proprio la transizione digitale e conseguentemente l'investigazione che si avvale di tecnologie digitali implica un'ampia raccolta e trattamento di dati personali, spesso riguardanti anche soggetti terzi.

In questo contesto, si avverte l'esigenza di adozione di misure più efficaci e rigorose per tutelare la riservatezza specie rispetto ad intercettazioni di comunicazioni⁴ e l'integrità dei dati, tanto più se gli stessi dati sono o appaiono riferibili a terzi che non hanno avuto modo di esercitare i propri diritti nel processo stesso e magari non ne sono stati neppure informati e non hanno alcun interesse alla divulgazione di elementi informativi contestuali (rapporti con le parti, con i testimoni, con un certo scenario nel quale le parti si collocano) in quanto da un lato si tratta di elementi inutili e dall'altro essi non sono stati spesso neppure oggetto di una doverosa – e magari anche minima – azione di verifica e di riscontro⁵. Il che, poi,

informatica nella legge 18 marzo 2008, n. 48, in *Informatica e diritto*, 2015, p. 65; E. DE GREGORIO, *Riflessioni in tema di attualità e prospettive della raccolta e dello scambio della prova digitale*, in *Informatica e diritto*, 2016, p. 171; F. COSTANTINI, M. A. DE STEFANI, *Il "controllo" della prova digitale. Questioni teoretiche, organizzative e operative*, in *Informatica e diritto*, 2015, p. 105.; D. LA MUSCATELLA, *Il trattamento della prova digitale nel sistema processuale penale italiano. Anamnesi e prognosi di una patologia classica, declinata in una (apparente) riforma*, in *Informatica e diritto*, 2015, p. 263; C. ANGLANO, "Cloud forensics" e prova digitale: problematiche e soluzioni, in *Informatica e diritto*, 2015, p. 281; N. BASSETTI, *Il repertamento e l'analisi della fonte di prova digitale in casi atipici: "best practices"*, in *Informatica e diritto*, 2015, p. 361; M. EPIFANI, D. LA MUSCATELLA, C. MEDA, *Guida alla prova digitale: il primo approccio del Consiglio d'Europa all'armonizzazione delle diverse metodologie investigative*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2014, p. 375; S. ATERNO, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, p. 955; F. M. MOLINARI, *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 1259; A. LEOPIZZI, *Osservazioni sulla irripetibilità dell'acquisizione e dell'analisi della prova digitale*, in *La Giustizia Penale*, 2012, p. 480; D. LA MUSCATELLA, *La genesi della prova digitale: analisi prospettica dell'ingresso dell'informatica forense nel processo penale*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2012, p. 385. Id., *La ricerca della prova digitale e la violazione delle best practices: un'attività investigativa complessa tra recenti riforme e principi consolidati*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2011, p. 221; M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 283.

⁴ Cfr. M. GIALUZ, *Riservatezza e nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Rivista penale*, 2020, p. 667; C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017 p. 6; L. MELICA, *Riservatezza nelle indagini e primazia della Costituzione*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, p. 955.

⁵ Cfr. B. PANATTONI, *Intelligenza Artificiale: le sfide per il diritto penale nel passaggio dall'automazione tecnologica all'autonomia artificiale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 317; I. BORASI, "Due diligence"

sembra prospettarsi anche in ragione di interessi più vasti come quelli, ad esempio apprezzabili di utenti o consumatori rispetto ai quali magari spiega indirettamente i suoi effetti un provvedimento di sequestri di uno strumento di comunicazione e registrazione digitale utilizzato collettivamente come un *server*, indipendentemente dalla specifica utilità e proporzionalità della misura in rapporto alla fruizione delle relative risorse informative⁶.

In questa prospettiva perciò la tutela diretta dei terzi nel processo non può essere vista solo in ottica ausiliaria o rafforzativa rispetto alle posizioni di parte, ma in qualche modo resta autonoma, non vincolata rispetto alle posizioni processuali già assestate e sostanzialmente attenta a che il rapporto processuale non si sviluppi estendendosi oltre i confini stretti di un costituendo giudicato e le condizioni che (solo) le parti pongono nella sua graduale definizione. Nel processo penale italiano, infatti la tutela dei diritti dei terzi e la gestione concreta dei conflitti tra interessi esterni rappresentano tematiche di rilevante importanza, soprattutto in relazione alle misure ablativo come il sequestro e la confisca, ed in tal senso forse la giurisprudenza ne ha rimarcato la centralità.

Appare anche evidente come i confini del processo penale sono ben più ampi dal punto di vista sociale rispetto alle problematiche che possono derivare nel giudizio civile, ove si tratta in buona sostanza di definire l'attribuibilità di un bene giuridico in contestazione come la effettività di una tutela sostanzialmente patrimoniale che solo eccezionalmente rileva sul piano esterno, come ad esempio in materia di rapporti familiari o di lesione del credito. E tali confini tendono a dilatarsi sempre di più mettendo in gioco continuamente i rapporti con i terzi, ed in ciò hanno sempre più peso le tecnologie intese nella loro dimensione relazionale e funzionale.

In ambito penale sono state le misure cautelari reali, quali il sequestro preventivo e la confisca, a porsi più direttamente in incisione con diritti patrimoniali di soggetti estranei al reato, e quindi agli accertamenti derivanti dal reato e confluiti nel processo per la verifica delle correlative responsabilità. Per garantire la tutela di questi terzi, l'ordinamento prevede già anche a livello processuale specifici strumenti giuridici. Ad esempio, il terzo che si ritiene leso da un provvedimento di sequestro può presentare istanza di riesame o appello, dimostrando la propria buona fede e l'estraneità al reato. Inoltre, in fase esecutiva, è possibile proporre opposizione all'esecuzione della confisca, fornendo prova della legittima provenienza e titolarità dei beni. La giurisprudenza, come si dirà, ha sempre avuto modo e cercato gradualmente di sottolineare l'importanza di bilanciare l'efficacia delle misure ablativo con la protezione dei diritti dei terzi in buona fede. In particolare, si è evidenziato come l'applicazione di tali misure non deve tradursi in un'ingiustificata compressione dei diritti di soggetti estranei al reato, richiedendo un attento esame delle posizioni giuridiche coinvolte. Ovviamente anche in questa dimensione sono proprio le tecnologie digitali ad assicurare elementi di sostegno in una direzione o in un'altra poiché la classica prova documentale tende sempre di più a trasformarsi in senso digitale, tanto più in un contesto patrimoniale o di gestione di rapporti articolati, essa occorre tanto per documentare una relazione effettiva quanto per documentarne l'apparenza e la sostanziale riconducibilità ad altri per esempio di

processuale come "mosca cocchiera" nella relatività penale (afflato dell'intelligenza artificiale), in *Rivista penale*, 2019, p. 1203; C. PARODI C., V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale molte speranze e qualche equivoco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, p. 47; C. BURCHARD, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1909.

⁶ Cfr. D. SIBILIO, *Il prolungato sequestro di un server nell'ambito di un'indagine penale verso terzi può ledere sia la libertà di espressione che il diritto alla proprietà dell'amministratore del sito web*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, p. 1631.

situazioni di disponibilità o gestione patrimoniale (si pensi per esempio ai reati di bancarotta fraudolenta ed in genere alle varie forme di criminalità economica e tributaria). È proprio la stessa tecnologia digitale, il più delle volte a “fare” la differenza tra una tesi fondata e una tesi velleitaria e non documentata, tra una tesi incentrata su un preciso riscontro di carattere confermativo (si pensi al posizionamento di un dispositivo telefonico o informatico mobile apparato telefonico o al traffico telefonico o agli accessi ad un sistema informatico mediante credenziali qualificate ad opera di soggetti o di altri per disporre determinate operazioni oggetto di indagine).

Al di là del profilo di stretta rilevanza processuale in molti casi vengono in gioco proprio più problematiche che attengono – anche congiuntamente – a interessi di terzi, che si risolvono in responsabilità o in esposizione di questi all’indagine e che in genere richiedono ai terzi di contribuire come persone informate sui fatti accedendo al contraddittorio processuale proprio in funzione di un ruolo confermativo o di smentita o ridimensionamento delle acquisizioni di parte.

Sono talora in qualche caso i terzi a definire gli equilibri di un giudizio, come consulenti qualificati le stesse sorti del procedimento penale quando, avvalendosi di cognizioni scientifiche o tecnologiche, essi hanno modo di interloquire su impulso di parte apportando un contributo critico e specialistico che può rivelarsi essenziale proprio per sostenere o per contraddire efficacemente una certa prospettazione, ed in questo senso la tecnologia digitale tende a muoversi in modo e con metodi sempre più espansivi ed assorbenti, anche in relazione alla crescente rilevanza e incombenza delle tecniche di intelligenza artificiale in ogni settore. essa entra in gioco come fattore di analisi del materiale raccolto, come strumento per la produzione di contenuti o come fattore di decisione o di ponderazione di elementi decisionali anche di carattere predittivo, che possono riguardare ora il giudice o il pubblico ministero ora al contrario l’avvocato, in una prospettiva che può essere esaminata in senso funzionale da punti di vista differenti e che impegna risorse informative altrettanto differenti⁷. Il tema è oggi estremamente complesso, anzi forse è il più complesso dei temi, ma tuttavia occorre cogliere ai fini della presente analisi solo un aspetto: quello che attiene i rapporti e le relazioni tra le parti, e soprattutto l’apporto che gli elementi informativi che riguardano terzi le parti stesse immettono negli accertamenti e negli adempimenti processuali, la relativa giustificabilità e funzione, la capacità di rappresentare contenuti e situazioni non solo affidabili ma rispondenti ad un interesse, e a volte ad un impulso di parte (si pensi alla chiamata di una persona informata sui fatti o di un consulente). Pur tuttavia ciò rileva solo per giustificare le parti ad adottare determinate scelte (anche se poi potrebbe essere verificata in concreto sul piano della correttezza anche la modalità di espletamento di tale contributo informativo (ascolto protetto, uso di strumenti particolari per la ricostruzione di un evento) ma non riguarda direttamente l’esercizio di un diritto da parte del terzo che non interviene per sua iniziativa o per difendere una sua pretesa ma per dare corpo ad una strategia difensiva cui deve contribuire, talora in modo essenziale.

⁷ Cfr. R. E. KOSTORIS, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *Cassazione penale*, 2024, p. 1642; L. PICOTTI, *Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali*, in *Diritto penale e processo*, 2024, p. 293; G. UBERTIS, *Processo penale telematico, intelligenza artificiale e Costituzione*, in *Cassazione penale*, 2024, p. 439; L. CAMALDO, *Intelligenza artificiale e investigazione penale predittiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, p. 233; M. R. MAGLIULO, *L’Intelligenza Artificiale nel processo penale: progresso o rischio per la tutela dei diritti costituzionali?*, in *Il processo*, 2022, p. 559; G. PADUA, *Intelligenza artificiale e giudizio penale: scenari, limiti e prospettive*, in *Processo penale e Giustizia*, 2021, p. 1479; G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cassazione penale*, 2021, p. 797; S. QUATTROCOLO, *Per un’intelligenza artificiale utile al giudizio penale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021, p. 387.

Accanto a tale tematica entrano in gioco invece, nel panorama tecnologico anche altre figure, per esempio coloro che hanno subito una situazione analoga rispetto a quella presente nel giudizio penale, hanno partecipato agli accertamenti preliminari e possono confermare o smentire la tesi di altri, o semplicemente sono stati citati in un contesto magari provò di riscontri e che non ha dato luogo a particolari accertamenti o che ancora possono far valere una pre-condizione futura (ad esempio in tema di interessi collettivi, in tema di lavoro o sicurezza sul lavoro o appunto di tutela di dati personali) che si sta delineando e che può coinvolgerli in senso negativo o positivo.

La Costituzione italiana, nel garantire attraverso l'articolo 111, il diritto ad un giusto processo, assicurando che ogni parte coinvolta possa far valere le proprie ragioni davanti a un giudice imparziale implica indirettamente che anche i terzi, i cui diritti possono essere concretamente pregiudicati da provvedimenti penali, abbiano accesso a mezzi di tutela efficaci, e ciò in conseguenza del rilievo costituzionale del preminente diritto alla difesa (art. 24 cost.) che ha una sua dimensione universale e trasversale nel prevedere che chiunque si ritenga leso nei propri diritti o interessi legittimi possa agire in giudizio per tutelarli, in ogni genere di processo e ciò rappresenta un diritto inviolabile *“in ogni stato e grado”* del procedimento. Il che appunto impone e comprende una garanzia piena, non limitata a singole fasi processuali e quindi non circoscritta a determinati contorni procedurali e aperta anche ad un intervento pubblico di sostegno con appositi istituti per i non abbienti attraverso *«mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione»*⁸.

Peraltro il quadro costituzionale va inevitabilmente integrato con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che sancisce il diritto all'equità del processo quale diritto di chiunque (quindi anche del terzo estraneo) a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti, il che sembra poi schiudere una duplice dimensione processuale, da un lato la tutela ampia e generale in tema dei diritti o doveri in ambito civile e dall'altro il contraddittorio che si dirige alla parte processuale, rispetto alla quale si indirizzano in modo protettivo le ulteriori garanzie previste nei suoi riguardi focalizzate sulla posizione dell'accusato, garanzie che poi si comprendono in buona sostanza sotto l'aspetto del rapporto conflittuale tra autorità e libertà e che non possono che non prevedersi se non sul piano di una relazione contrapposta, che è quella tra chi esercita l'azione penale cioè lo Stato e chi la subisce, cui si deve una attenzione specifica per impedire abusi e per assicurarne la difesa sostanziale e processuale in condizioni di pari opportunità. Giusto processo e tecnologie digitali non vanno intesi come concetti in contrapposizione, ma devono ragionevolmente e reciprocamente integrarsi anche in rapporto alla sfera giuridica di terzi.

Le posizioni giuridiche dei terzi non si pongono solitamente in relazione diretta né con la pretesa punitiva né con una esigenza individuale difensiva, ma non fanno altro che esercitare, esattamente come esercitano in ambito civile, i propri diritti patrimoniali o non patrimoniali attraverso strumenti di vario genere, alcuni tipicamente civilistici come l'accertamento di un fatto illecito ai loro danni o la tutela cautelare rispetto a ingiustificate compressioni delle loro libertà civili o economiche. La tutela dei terzi nel processo penale si

⁸ M. CANEPA, D. M. PONTON, *Fair Trial in the Digital Era. English and Italian standpoint*, in *MediaLaws*, 2019, p. 206. Declinano infatti la dimensione digitale del giusto processo. Cfr. anche R. PRETTATO, *Digitalizzazione e giusto processo: la “digital evidence” nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *DPCE online*, 2024, p. 721.

presenta, allora, come un tema tanto stimolante quanto complesso, perché si confronta con la pretesa punitiva che si articola in diverse possibili situazioni, a seconda del tipo di procedimento e del provvedimento che incide sui loro diritti. I terzi, pur non essendo "parte" del procedimento penale, possono vedere il loro diritto di proprietà aggredito nel caso in cui un bene di loro titolarità sia ritenuto nella disponibilità dell'imputato. E peraltro tutto ciò tende ad avere nella prospettiva digitale una sua propria dimensione accertativa e di allargamento informativo.

Così in caso di confisca "allargata" (art. 240-*bis* c.p.) o di confisca di prevenzione, i terzi hanno visto riconosciuto il diritto di partecipare al giudizio di merito, possono cioè contestare la titolarità di un bene desunta processualmente ma a loro riferibile o essere in grado di vanificare determinate condizioni restrittive ad esso riferibili⁹. Così ancora si è dato spazio ad una composizione di tali conflitti entro un progressivo bilanciamento tra quella che è l'esigenza stretta di efficacia dell'azione penale esercitata in concreto e la salvaguardia effettiva dei diritti dei terzi specie in occasione di misure di restrizione o ablazione patrimoniale che li coinvolgono¹⁰.

La giurisprudenza ha poi sempre riconosciuto che l'interesse alla persecuzione penale non è assoluto, ma deve appunto essere temperato con altri valori costituzionalmente protetti, come il diritto di proprietà e la tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi, e in tal senso si prevedono specifici meccanismi specifici per la tutela dei terzi e per la risoluzione dei conflitti tra interessi esterni, al fine di garantire un equilibrio tra l'efficacia dell'azione penale e la protezione dei diritti individuali. Si tratta tuttavia di un equilibrio assai precario nel quale spesso sono proprio i criteri civilistici classici come quello di buona fede e della diligenza del buon padre di famiglia a definire ambiti tutelabili e conseguenti responsabilità nelle aspettative di terzi che subiscono gli effetti di misure patrimoniali penali restrittive¹¹.

In sede penale come è noto (Cass. Sez II, sent. n. 38821 del 28/03/2017) la posizione dei terzi è stata valutata¹² rispetto alle misure di sicurezza patrimoniale nel caso di cessionario

⁹ Questa partecipazione è in parte garantita dall'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. che peraltro fa riferimento diretto ad esigenze di terzi quali quelle aziendali o riferite ai lavoratori nei cui riguardi si pone il problema della garanzia di una continuità produttiva e di salvaguardia delle condizioni di lavoro in rapporto a beni produttivi sequestrati, ed in tal senso pone una esplicita condizione di bilanciamento tendenziale nella gestione di questi imponendo tra l'altro al comma 1-*quiquies* la citazione nel processo di cognizione dei terzi titolari di diritti reali di godimento sui beni sequestrati di cui l'imputato aveva avuto la disponibilità a qualsiasi titolo.

¹⁰ Cfr. D. FRUSTAGLI, G. FURCINITI, *La tutela giurisdizionale dei terzi prestanome nella confisca penale allargata e nella confisca di prevenzione*, in *Rivista penale*, 2017, p. 315; M. ORLANDO, *Provvedimenti ablativi di natura penale e processi esecutivi individuali o concorsuali: esigenze di tutela dei terzi*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 4331; G. RAGUSA MAGGIORE, *Confisca penale di beni dei mafiosi e tutela dei terzi*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1994, p. 869.

¹¹ Così Cass. Sez. II, sent. n. 41016 del 21/02/2018 ha affermato come in tema di misure di prevenzione reali, la sussistenza della buona fede del terzo creditore va verificata con riferimento sia al momento dell'affidamento che al momento dell'eventuale rinnovo, ampliamento o rimodulazione delle linee di credito, essendo necessario che questi, adoperando la diligenza del buon padre di famiglia, abbia proceduto all'analisi globale dell'attività d'impresa del debitore e alla valutazione di attendibilità delle scritture contabili e delle poste di bilancio. (In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto corretta la decisione che aveva rigettato, per insussistenza del requisito della buona fede, l'opposizione, proposta dal terzo creditore ex art. 59 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, atteso che, al momento della concessione del fido, l'impresa beneficiaria risultava, tra l'altro, esposta per importi rilevanti nei confronti di istituti previdenziali ed era stata raggiunta da iscrizioni a ruolo, fermi amministrativi di mezzi e iscrizioni ipotecarie).

¹² Nello stesso senso vanno peraltro le sentenze n. 10770 del 2015, 28839 del 2015, 38821 del 2015, 7694 del 2016. La Corte sembra più volte rimarcare come il terzo debba dimostrare non solo la sua estraneità ad ogni riconduzione diretta o indiretta dei suoi interessi agli interessi di chi è oggetto di indagine e poi coinvolto

di credito ipotecario assicurando tutela al terzo cessionario di credito garantito da ipoteca su beni sottoposti a sequestro e a confisca di prevenzione con il riconoscimento della medesima posizione del creditore originario, sempre a condizione che risultino, anche nei suoi confronti, l'antiorità dell'iscrizione dell'ipoteca e l'antiorità della cessione rispetto al sequestro per consentire la prova della buona fede, intesa come affidamento incolpevole, non potendosi ritenere sufficiente che tali condizioni si siano realizzate in capo al solo cedente. Il tema è analogamente affrontato nel caso della confisca (Cass. Sez. I, sent. n. 9677 del 07/02/2017) sia pure focalizzando sempre l'attenzione alla buona fede del terzo nella conduzione dei suoi rapporti patrimoniali, e sono così proprio le norme civili a determinare quella che è la prospettiva di presenza concreta del terzo nel processo penale, determinandosi alla costituzione in giudizio fondata sul preteso danno conseguente al reato.

In tal caso la giurisprudenza è sembrata attenta a valorizzare proprio l'aspetto civilistico dell'interesse tutelabile processualmente mediante una ricognizione dei beni giuridici concretamente riconducibili alla norma penale¹³. Nel contesto specifico delle misure cautelari reali, infatti è stato, ad esempio, stabilito che il curatore fallimentare ha ad esempio un interesse tutelabile ad opporsi a provvedimenti di sequestro e confisca solo se questi arrecano un effettivo pregiudizio alla massa fallimentare e più di recente¹⁴ che solo questi e non anche un terzo possa essere legittimato in tal senso. In tale prospettiva quindi la tutela dei terzi nel processo penale si articola attraverso diversi meccanismi, che mirano comunque a bilanciare le esigenze di accertamento della verità e di punizione dei colpevoli con la tutela dei diritti di soggetti estranei al fatto illecito. È necessario considerare la varietà delle situazioni possibili e le peculiarità di ogni singolo procedimento per comprendere appieno la portata di tale tutela. Del resto, se la stessa partecipazione processuale di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato viene subordinata in base all'art. 92 del codice di procedura penale al consenso della persona offesa e se il medesimo consenso deve esprimersi con determinate forme e ciò implica un legame sostanziale tra la posizione della parte offesa che ne risulta in qualche modo rafforzata da una presenza di supporto volta a rendere più efficaci le difese. Ma ciò non esclude che siano presenti altri soggetti appunto terzi in senso stretto che possano ritenersi comunque parti offese negli accertamenti processuali poiché in grado di documentare una vera e propria autonoma lesione degli interessi collettivi cui si riferiscono¹⁵.

nell'azione penale e perciò fa uso di criteri pur sempre riconducibili alla dimensione civilistica, in qualche modo richiamando esegeticamente la condizione del possesso di beni o del rapporto obbligatorio in buona fede.

¹³ Il semplice fatto della costruzione abusiva di un'opera edilizia non fa sorgere, di per sé solo, alcun diritto risarcitorio nel privato confinante. La Costituzione di parte civile nel processo penale contro il costruttore abusivo e, pertanto, possibile solo se siano state violate anche norme di natura civilistica (quali quelle che impongono limiti al diritto di proprietà, che stabiliscono distanze, volumetrie, altezze, che abbiano cagionato un danno patrimoniale al terzo (Cass. Sez. III, Sentenza n. 8806 del 29/05/1979). Inoltre, (si v. Cass. Sez. VI, Ordinanza n. 2499 del 18/11/1977 e Cass. Sez. F, Sent. n. 37812 del 12/08/2003) il "denunciante" rimasto estraneo al giudizio non riveste la qualifica di parte e perciò non può impugnare la sentenza nei casi di reato perseguibile d'ufficio.

¹⁴ Cass. Sez. V, Sentenza n. 1826 del 17/10/2023, secondo cui «in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, qualora a seguito di azione revocatoria fallimentare sia stata dichiarata l'inefficacia di un atto dispositivo del fallito nei confronti di un terzo, la legittimazione a impugnare i provvedimenti relativi al sequestro preventivo impeditivo del bene distratto spetta solo al curatore, e non anche al terzo proprietario, poiché, in caso di accoglimento dell'impugnazione, il destinatario esclusivo del bene è il solo curatore».

¹⁵ Così (Sez. III, Sentenza n. 554 del 14/11/2006) le formazioni sociali ambientaliste portatrici di interessi superindividuali possono costituirsi parte civile, quando ne sussistano i presupposti, o intervenire nel processo ai sensi dell'art. 91 cod. proc. pen. previo consenso della persona offesa, atteso che ai sensi dell'art. 212 norme di att. cod. proc. pen. le forme atipiche di intervento nel processo sono possibili nei limiti ed alle condizioni di

La linea evolutiva sembra cioè muoversi nella definizione di soggetti terzi i quali abbiano e intendano fare valere un interesse loro riferibile più specifico e, soprattutto in qualche modo autonomo rispetto alle parti, sui cui interessi l'accertamento penale incide direttamente ed indirettamente, sacrificando o limitando la loro sfera giuridica senza aver dato loro alcuna possibilità di essere informati e comunque di interloquire sull'azione di accertamento che appunto finisce per coinvolgerli. Il problema allora, proprio per restare in una prospettiva più strettamente civilistica, è quello della regolazione dei confini dell'accertamento penale, che invece oggi tendono sempre di più a dilatarsi proprio attraverso l'impulso tecnologico e a moltiplicare quelle che sono le informazioni o gli effetti sfavorevoli ai terzi, proiettando sul piano della negatività o dello stigma sociale quelli che sono gli aspetti conseguenti all'indagine prima ed al giudizio poi, spesso senza offrire un presidio adeguato per le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, a livello individuale e collettivo.

A ciò si aggiunga che oggi rendono attuale il drammatico rapporto esistente tra processo penale e società civile, estendendo la visibilità dei rapporti che sono oggetto di attenzione punitiva alle relazioni, ai contesti, alla stessa formazione di situazioni criminali nelle quali il reato si è maturato. Il rapporto tra società e processo penale è stato sempre centrale nella riflessione giuridica e filosofica, poiché tocca le fondamenta della legittimazione dell'autorità statale e della tutela dei diritti fondamentali, ed oggi questo tema tende a confrontarsi da un lato con una concezione di "terzi" che può apparire sempre più comprensiva e dall'altro con le crescenti dinamiche di una società digitalizzata e che utilizza sistematicamente sistemi di analisi e di informazione che ormai non possono escludersi in qualunque accertamento penale, e che richiedono capacità ricostruttive insieme a capacità di lettura dei dati e delle metodologie, tanto più nel momento in cui si confrontano con l'esercizio di una pretesa punitiva pubblica.

Ogni processo penale infatti non rappresenta solamente una questione ristretta tra imputato e Stato, ma coinvolge l'intera società. In esso si rispecchiano non solo le differenti dinamiche del rapporto punitivo e del modo in cui lo si promuove o contrasta, ma lo stesso senso di coerenza ed efficienza istituzionale dell'amministrazione della giustizia dal quale le vittime e l'intera comunità si attendono giustizia intesa come manifestazione non solo di ristoro patrimoniale o morale ma proiettata all'esterno, quasi in funzione preventiva di potenziale aggressione di interessi generali e collettivi con le medesime forme di quelle già incriminate. Il che certamente induce a più di una riflessione, e sicuramente ad un approfondimento più ampio sul piano delle norme processuali, sulle tematiche del rapporto tra pressione sociale e trasparenza nell'azione penale esercitata e dal lato opposto l'esigenza, altrettanto essenziale di ogni democrazia di evitare storture funzionali ed abusi e garantire che il potere punitivo sia sempre esercitato in modo legittimo. La trasparenza, intesa come accesso pubblico agli atti processuali e alle motivazioni delle decisioni, è il meccanismo che allora consente di bilanciare questi aspetti, evitando sia l'arbitrio giudiziario sia il dominio

cui agli artt. 91 e segg. cod. proc. pen., tra cui il consenso della persona offesa previsto dall'art. 92 cod. proc. pen. Analogamente (Sez. VI, Sent. n. 7259 del 04/11/2004) si è ribadito come in tema di risarcimento del danno, il soggetto legittimato all'azione civile non è solo il soggetto passivo del reato, ma anche il danneggiato, ossia chiunque abbia riportato un danno eziologicamente riferibile all'azione od omissione del soggetto attivo del reato. (si trattava di una associazione a delinquere e truffa, e la Corte ha ritenuto titolare all'azione civile, in quanto danneggiato nel proprio "diritto alla privacy", un minore, i cui dati personali sensibili, nella specie lo stato di grave malattia necessitante interventi chirurgici e cure costose, erano stati strumentalizzati – ad insaputa dello stesso e degli esercenti la di lui potestà – per indurre in errore altri soggetti, i quali si erano determinati a consegnare agli imputati delle somme di denaro per tale scopo di beneficenza, somme delle quali gli imputati si erano invece appropriati).

dell'emotività collettiva. Ma tutto ciò implica che le posizioni di terzi possano essere comunque coinvolte e che la tecnologia digitale esplori proprio e sempre di più funzioni di allargamento dei contenuti e degli ambiti degli accertamenti disposti in relazione a pretese che possono apparire esigibili da tutte le parti in senso di approfondimento e di tutela di profili relazionali e di motivazioni individuale di rapporti e relazioni emergenti nell'ambito processuale. Ma nel contempo ogni processo penale non può essere mai separato dai valori democratici di equità funzionale e dignità della persona (valore sempre più centrale e direttamente correlato all'art. 2 della Costituzione e sicuramente sempre correlato a posizioni di terzi) ed ogni processo penale oggi sempre di più tende a riferirsi alle tecnologie digitali come strumento di verifica ulteriore, persino di sintesi o di sostituzione, essendo questa la miglior tecnica disponibile, rispetto alle dinamiche del contraddittorio processuale che invece debbono estendersi ed approfondire ogni singolo aspetto che venga dedotto nella prospettazione delle parti, con argomenti fondati e pertinenti e soprattutto forse con la miglior conoscenza e con il miglior uso di esse a fini di accusa o di difesa. Il che poi ricomprende anche una visione problematica più ampia, che, rispetto alle posizioni di terzi coinvolti, specie in relazione a pretese non di carattere patrimoniale, non può che oggi assumere una più estesa dimensione europea¹⁶.

2. La tutela dei dati personali di terzi nella acquisizione, nel trattamento e nella diffusione

Sulla base del Regolamento (Ue) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – GDPR*) può enuclearsi anche nell'ambito processuale penale il principio di fondo della *minimizzazione dei dati*: In ossequio a tale principio occorrerebbe raccogliere solo le informazioni strettamente necessarie al procedimento, evitando di includere dati di terzi non rilevanti¹⁷. Il che in particolari casi potrebbe richiedere appunto tecniche digitali di anonimizzazione e anche di pseudonimizzazione proprio al fine di rendere il dato processuale non direttamente riconoscibile e quindi utilizzabile in senso motivazionale ma non per riferire precisamente una identità o un indirizzo, cioè una informazione di dettaglio informativo che non ha una precisa utilizzazione processuale ma può gratuitamente esporre i terzi ad un riconoscimento o ad una potenziale violazione domiciliare circostanze entrambe in grado di produrre conseguenze dannose sul piano patrimoniale e non patrimoniale.

Quando possibile, quindi i dati che identificano (compiutamente) i terzi in quanto individui e che sono stati raccolti funzionalmente ed in un contesto estraneo a quelli che sono i diretti accertamenti processuali dovrebbero sempre essere anonimizzati o resi non identificabili. Tale tecnica peraltro risulta già adottata persino per la diffusione pubblica dei dati di parte o non inerenti direttamente all'accertamento stesso o comunque tali da pregiudicarne la dignità e la riservatezza individuale.

¹⁶ V. VASTA, *Diritto dell'Unione Europea e intelligenza artificiale. Riflessi sul procedimento penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, p. 271; G. BARONE, *Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del Parlamento europeo. Considerazioni a margine della risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, in *Cassazione penale*, 2022, p. 1180. Sulle problematichità nel contesto della nuova regolamentazione europea cfr. G. SUFFIA, A. LAVORGNA, *La nuova proposta europea per regolamentare i Sistemi di Intelligenza Artificiale e la sua rilevanza nell'ambito della giustizia penale: un passo necessario, ma non sufficiente, nella giusta direzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2021, p. 88.

¹⁷ Cfr. E. SCORZA, *Diritto al rispetto della vita privata, procedimento penale e mezzi di ricerca della prova: la Corte EDU si pronuncia sulla tutela dei terzi*, in *Cassazione penale*, 2024, p. 2840.

Sul piano pratico ciò sembra implicitamente suggerire anche l'idea di un controllo sugli accessi alla documentazione processuale, specie allorquando questa documentazione contenga elementi individualizzanti utili alla tesi dell'accusa o della difesa o della parte civile ma tali di per sé da esporre all'attenzione soggetti estranei al contorno processuale, richiamati come testimoni, come riferimenti o fonti che sono già state valutate non direttamente funzionali alla strategia processuale prescelta, il che ovviamente pone la problematica concreta anche circa la sfera di protezione delle persone chiamate a deporre quali testimoni di una tesi o piuttosto di un'altra, rispetto ai quali incide profondamente lo spazio della deontologia professionale difensiva che dovrebbe autolimitarsi in presenza di concreti elementi informativi che appaiono estranei alle dinamiche processuali stesse, elementi certo non privi di una certa suggestività mediatica, persino dal punto di vista dell'interesse pubblico all'informazione, ma che sicuramente rischiano di introdurre aspetti fuorvianti, giudizi di responsabilità diretta o indiretta entro un quadro non pienamente garantito, o meglio garantito solo "parzialmente" e potenzialmente in grado di produrre nocumento evidente a causa di una esposizione che appare anche estranea agli stessi interessi di parte che rimangono concentrati sul tema stesso dell'accertamento come intrinsecamente oggetto già articolato della stessa dialettica processuale soggetta alle regole formali e sostanziali del contraddittorio.

L'art. 52 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) esprime ancora una precisa disciplina dei dati identificativi degli "interessati" riferendosi cioè non solo alle parti in senso stretto ma a tutti i soggetti menzionati in ambito processuale negli atti di parte o attraverso questi riconoscibili. E perciò prevede che anche la redazione e il contenuto di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado, può essere condizionata dal mancato consenso dell'interessato al trattamento dei suoi dati identificativi, potendo questi chiedere per motivi legittimi, con richiesta depositata nella cancelleria o segreteria dell'ufficio che procede prima che sia definito il relativo grado di giudizio, che sia apposta a cura della medesima cancelleria o segreteria, sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a *precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento*¹⁸.

La stessa norma inquadra un generale principio di precauzione informativa accanto all'articolo 734-bis del codice penale che prevede invece una precisa fattispecie nel caso di diffusione dei dati personali di persone offese da atti di violenza sessuale, rivolgendosi a *chiunque diffonde* sentenze o altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado sottolineando come sussista un vero e proprio obbligo (civilmente e deontologicamente rilevante) ad omettere in ogni caso, anche in mancanza dell'annotazione formale, *«le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone»*.

¹⁸ Su tale richiesta provvede in calce con decreto, senza ulteriori formalità, l'autorità che pronuncia la sentenza o adotta il provvedimento. La medesima autorità può disporre d'ufficio che sia apposta l'annotazione a tutela dei diritti o della dignità degli interessati. In tali casi all'atto del deposito della sentenza o provvedimento, la cancelleria o segreteria vi appone e sottoscrive anche con timbro la seguente annotazione, recante l'indicazione degli estremi del presente articolo: "In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi di...". In caso di diffusione anche da parte di terzi di sentenze o di altri provvedimenti recanti tale annotazione o delle relative massime giuridiche, è omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi dell'interessato

Quindi l'ambito della riservatezza assoluta appare ben circoscritto ad indicazioni riguardanti minori o delle parti nei procedimenti civili e in particolari procedimenti più sensibili quali quelli inerenti al riconoscimento del proprio stato civile, negli altri casi occorre una precisa istanza rivolta al giudice da parte del soggetto interessato, che peraltro può agire in tal senso solo se sia a conoscenza effettiva della pendenza del procedimento penale che lo menziona o ne menziona riferimenti anche indirettamente identificativi. Tale norma è estesa anche nei casi di lodo arbitrale in caso di richiesta di una parte. Fuori dai predetti casi deve ritenersi comunque ammessa la diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali. Il tema tuttavia va coordinato con le disposizioni vigenti del regolamento europeo sul trattamento dei dati giudiziari.

Il trattamento dei dati personali relativi a condanne penali, reati o misure di sicurezza connesse dovrebbe perciò avvenire sempre sotto il controllo diretto dell'autorità pubblica. Il che implica poi che tali dati possono essere trattati con un metodo trasparente e con una supervisione imparziale e responsabile. Inoltre, con specifico riferimento ai casi di trattamento dei dati giudiziari questo può avvenire anche se autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, a condizione che tale diritto preveda *garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati*. Si tratta di acquisire un consenso al trattamento che sia specifico, fornendo quindi una base legale per il trattamento e assicurando la protezione dei diritti fondamentali delle persone.

In particolare ma menzionato il riferimento contenuto all'art. 9 lettera f) circa i dati sensibili cioè i dati personali il cui trattamento è tendenzialmente vietato in assenza del consenso dell'interessato "che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale" o i dati "genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. Per cui ogni trattamento deve essere consentito quando *è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniquale volta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali*.

Peraltro, l'art. 17 esonera il titolare del trattamento dalla cancellazione dei dati raccolti nel rispetto del diritto all'oblio quando il trattamento risulti necessario ai sensi del punto e) *per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria*. Analoga disposizione è posta all'art. 18 lettera c) proprio nelle medesime ipotesi anche indipendentemente dalle esigenze del titolare che ne dispone per il diritto alla limitazione del trattamento. Inoltre, le finalità di 'accertamento, esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria base al successivo art. 21 prevalgono sul diritto di opposizione dell'interessato e tra le limitazioni più estese al trattamento poste dall'art. 23 si comprendono situazioni riguardanti terzi in funzione di una convivenza civile e dell'esercizio di funzioni pubbliche fondamentali e quasi tutte in una dimensione processuale ¹⁹. E tra le deroghe in specifiche situazioni poste dall'art. 49 sono ricomprese anche quelle operanti verso paesi terzi qualora il trasferimento di dati personali sia necessario per *accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria* o il trasferimento sia del pari necessario per tutelare gli interessi vitali dell'interessato *o di altre persone*, qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso.

¹⁹ Sono quelle elencate ai punti : d) la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica; f) salvaguardia dell'indipendenza della magistratura e dei procedimenti giudiziari; g) attività volte a prevenire, indagare, accertare e perseguire violazioni della deontologia delle professioni regolamentate; h) una funzione di controllo, d'ispezione o di regolamentazione connessa, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri i) la tutela dell'interessato o dei diritti e delle libertà altrui; j) l'esecuzione delle azioni civili.

In pratica il regolamento europeo pone una disciplina generale per cui il trattamento dei dati giudiziari può essere autorizzato da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento ma con la previsione di garanzie adeguate per i diritti e le libertà degli interessati (art. 6) compresi i diritti di accesso e di rettifica (art. 15 e 16) implicando perciò che i dati giudiziari sono soggetti a un trattamento particolarmente controllato e protetto, richiedendo una base giuridica “*di impatto*” per il trattamento (art. 33) e conseguenti garanzie adeguate per la tutela dei diritti e delle libertà delle persone comunque coinvolte. Tra le misure di sicurezza previste dall’art. 32 sono ricomprese misure che, tenendo conto dello stato dell’arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell’oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, siano in carico al titolare del trattamento e al responsabile del trattamento sul piano tecnico ed organizzativo per garantire un livello di sicurezza dei sistemi di trattamento pienamente allineato ed adeguato al rischio e tale appunto da prevedere apposite misure tecniche o organizzative ritenute in tal senso efficaci ed idonee²⁰.

La tutela dei terzi nel processo penale sul piano tecnologico è allora una tematica che si colloca proprio all’intersezione tra quella che è la necessità di garantire anche effettivamente i diritti delle parti processuali e quella di proteggere altrettanto efficacemente gli interessi di soggetti estranei al processo, i quali possono subire conseguenze dirette o indirette dall’attività giudiziaria, intesa come circostanza che ne intacca la sfera giuridica, esponendoli a rischi o a danni patrimoniali o non patrimoniali nella loro vita di relazione, su due piani distinti che poi non sempre sono necessariamente allineati ma che entrambi appaiono causati e contestuali rispetto all’azione penale o di prevenzione.

Inoltre, vanno considerate le posizioni più volte espresse dal Garante per la protezione dei dati personali che -proprio riguardo al trattamento dei dati personali di terzi nei procedimenti penali- ha affermato in molte occasioni l’esigenza di salvaguardare con particolare attenzione alla tutela della loro riservatezza e dignità. Il Garante ha sempre sottolineato la necessità di tutelare i diritti delle persone coinvolte, anche indirettamente, in conversazioni legalmente intercettate, a maggior ragione quando queste riguardano terzi non indagati, persone lese dal reato o del tutto estranee ai fatti oggetto di indagine penale, ovvero relazioni o comportamenti personali o familiari. Inoltre, è stato ribadito che nel trattamento di dati e immagini relativi a persone vittime di episodi criminosi, o di soggetti coinvolti in procedimenti penali, la loro identità deve essere tutelata, ad esempio nel caso di familiari (anche minorenni) o parti lese. È stata ribadita la cautela nel pubblicare, senza il consenso dei genitori, la notizia che un minore è figlio adottivo, né si può rivelare la sua provenienza geografica. Il Garante ha infatti posto più volte e talora anche ben prima della diretta previsione normativa anche europea, il tema dei limiti precisi dettati dalla legge in relazione a crimini specifici, ad esempio a tutela delle vittime di reati sessuali.

Inoltre, è stata inibita l’ulteriore comunicazione a terzi dei dati personali riferiti a una reclamante, limitatamente al procedimento penale pendente e alle denunce penali presentate a suo carico. È stato affermato che è lecito raccogliere informazioni personali senza consenso e senza una specifica informativa, e che è legittimo utilizzarle in modo proporzionato per esigenze di difesa anche quando il procedimento civile o penale di riferimento non sia ancora

²⁰ Esse comprendono, tra le altre, se del caso: la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali e la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l’integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l’accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l’efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento.

instaurato. Il Garante ha sempre evidenziato la necessità di bilanciare il diritto-dovere dei mezzi di informazione di rendere edotta la collettività su fatti di rilievo pubblico e il diritto delle persone coinvolte in fatti di cronaca di non subire dannose ed ingiustificate intrusioni nella propria vita privata. Ciò è particolarmente importante quando si tratta della pubblicazione di informazioni su minori, persone sottoposte ad abusi, malati o soggetti sottoposti a indagini giudiziarie. È necessario, in tale prospettiva, precludere la divulgazione impropria di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione dei minori coinvolti in vicende di cronaca, e ciò in ragione della esistenza di limiti precisi dettati dalla legge e dalla regolamentazione europea in relazione a crimini specifici, ad esempio a tutela delle vittime di reati sessuali. In particolare, è stata anche più volte evidenziato che i fornitori di servizi telefonici e telematici devono rispettare le misure di sicurezza per il trattamento dei dati personali nell'ambito delle attività di intercettazione, soprattutto per quanto riguarda i rapporti con l'autorità giudiziaria. È stato sottolineato l'obbligo di subordinare l'accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche ad un controllo preventivo effettuato da un giudice o da un organo amministrativo indipendente ed anche gli stessi trattamenti svolti da avvocati nell'esercizio del mandato difensivo o da investigatori privati sono stati al centro di alcune significative pronunce che hanno messo in luce il complesso rapporto fra legittimo esercizio del diritto di difesa e tutela della riservatezza. Così i dati personali trattati per lo svolgimento di investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria devono comunque rispettare i diritti, le libertà fondamentali e la dignità delle persone interessate, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali.

È stata sottolineata la necessità di conciliare le diverse esigenze di trasparenza della giustizia e di libero convincimento dei giudici, con la tutela della dignità umana, della *privacy*, della reputazione e con la garanzia della presunzione di innocenza e più specificamente si è espressa preoccupazione per il trasferimento dei dati dei passeggeri alle autorità doganali di Paesi non appartenenti all'Unione europea, sottolineando la necessità di rispettare il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e la cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea. Quanto ai dati trattati in sede giudiziaria si è determinato il principio di fondo per cui anche le autorità giudiziarie hanno l'obbligo di assicurare la protezione dei dati personali in loro possesso. Questo quadro problematico, che si rileva dall'esame delle relazioni pubblicate dallo stesso Garante si riferisce ad una esigenza unica, che è quella di adottare una serie di provvedimenti organizzativi e di apprezzamenti rispetto al trattamento di dati in ambito processuale mediante le tecnologie digitali, in particolare assicurando una sistematicità di valutazioni di impatto combinate con una più diffusa metodologia volta invece ad assicurare l'esercizio dei diritti di terzi oggi concentrati nella regolamentazione europea. Il che richiede una particolare sensibilità da parte di chi conduce gli accertamenti giudiziari, a partire dalla polizia giudiziaria fino alla magistratura prima requirente, e poi giudicante cui i dati sono rivolti in modo contestuale per informare circa le condotte di reato e per circoscriverne i contorni anche per definire persone informate sui fatti in grado di offrire un utile apporto agli accertamenti in corso. Ciò evidentemente implica una dinamica processuale più sensibile e rivolta a tutti i partecipanti al processo anche in posizione ausiliaria come testimoni o consulenti di parte o periti nominati dal giudice.

Già l'ampia rassegna delle relazioni annuali del Garante²¹ costituisce un primo tema, che naturalmente va approfondito nella sua dimensione oggettivamente tecnologica. Ma in tale contesto assumono sempre più peso e rilevanza anche le prescrizioni deontologiche ed i codici etici destinati a regolare una materia estremamente delicata, che non sempre appare riconducibile ad una violazione di legge, ma piuttosto rispondente ai canoni della correttezza e della rispondenza ad un generale principio di precauzione in sede processuale rispetto alle posizioni giuridiche ed alla sensibilità relazionale di terzi specie se minori o in condizioni di disagio, che riguarda a pari titolo tutti i soggetti coinvolti.

3. La tutela del terzo tra tecnologia e logiche condivise di responsabilità deontologica e prudenza comunicativa: la difficile ricerca di una "essenzialità" processuale digitale.

Il tema della protezione di interessi che non si rispecchiano direttamente nelle dinamiche processuali riguarda poi l'accesso agli atti processuali contenenti informazioni su terzi deve essere limitato a soli soggetti legittimati, mediante l'uso di sistemi sicuri e tracciabili. Circa la responsabilità dei trattamenti, anche in conformità con i principi espressi in materia di dati personali a livello europeo i soggetti coinvolti nella gestione delle prove digitali devono adottare misure adeguate proprio a favore di soggetti terzi per prevenire abusi o diffusioni non autorizzate.

Nel caso di acquisizione di documenti digitali (e-mail o messaggi), quindi sembra necessario escludere dalle prove le conversazioni che non riguardano direttamente il reato, proprio per evitare la violazione della privacy di terzi. L'uso delle tecnologie digitali ha ampliato considerevolmente le capacità investigative, ma ha anche aumentato il rischio di coinvolgere informazioni irrilevanti o sensibili di terzi, il che impone che occorre prevedere meccanismi – anche di carattere autoregolamentare – per escludere dal fascicolo processuale le informazioni che coinvolgono terzi estranei, qualora non siano pertinenti ai fini del giudizio.

Le informazioni raccolte dovrebbero essere raccolte e archiviate in sistemi sicuri, con l'impiego di crittografia avanzata e protocolli di accesso controllato. La raccolta massiva di dati (mediante *spyware* o programmi di sorveglianza sia pure autorizzata legittimamente a fini processuali) può portare alla registrazione di informazioni su soggetti non indagati. Ma si pone sempre di più anche il tema degli algoritmi utilizzati per analizzare le prove digitali possono essere opachi, rendendo difficile valutare eventuali errori o discriminazioni.

La tutela dei terzi nella digitalizzazione passa prima di tutto dal loro diritto di essere informati e, ove necessario, di aver modo di interloquire e, ove necessario, partecipare al processo per difendere i propri diritti. Occorrono meccanismi per garantire loro modalità agevoli per presentare opposizioni o ricorsi, anche mediante l'utilizzo di strumenti telematici e magari di potere sollecitare modalità di accesso alle udienze digitali in grado di tutelarne adeguatamente le esigenze di riservatezza, senza per questo attenuare le garanzie per i soggetti che sono presenti nel contraddittorio processuale. Con la diffusione delle udienze da remoto, i terzi che partecipano al processo devono avere accesso a piattaforme sicure e tecnologie adeguate a garantire la piena partecipazione.

²¹ Reperibili tutte sul sito: <https://www.garanteprivacy.it/home/attivita-e-documenti/documenti/relazioni-annuali>.

L'utilizzo di strumenti tecnologici più avanzati, e segnatamente di algoritmi di analisi predittiva o sistemi di intelligenza artificiale, può finire per influenzare profondamente il processo penale. Per tutelare i diritti dei terzi, è necessario ribadire la piena trasparenza degli strumenti tecnologici proprio per assicurare che gli algoritmi utilizzati (per esempio per compilare una lista delle persone informate sui fatti da chiamare a deporre in dibattimento o anche una analisi automatica dei contenuti di un verbale di udienza o di una trascrizione di una intercettazione) devono essere così trasparenti e verificabili, per garantire che non producano risultati discriminatori o arbitrari. Tutti i soggetti coinvolti nel processo, indipendentemente dal ruolo assunto di "parte" devono avere il diritto di ottenere una spiegazione chiara e comprensibile delle modalità con cui sono state elaborate le informazioni. Il che poi include e includerà sempre più il diritto a chiedere e ottenere una supervisione giurisdizionale e una argomentazione sempre plausibile e coerente in termini di adeguatezza e di ragionevolezza circa la loro presenza o la loro esclusione in ambito processuale.

L'utilizzo di strumenti tecnologici deve essere così sempre autorizzato e in qualche modo anche verificato e se occorre controllato in modo approfondito dal giudice, che deve valutarne caso per caso la proporzionalità e l'affidabilità. Ma tutto ciò pone il tema anche della esigenza di formazione e sensibilizzazione degli operatori giuridici in ambito processuale, perché proprio la complessità delle tecnologie digitali richiede una preparazione continua e soprattutto adeguata da parte di magistrati, avvocati e forze dell'ordine, ma anche di funzionari amministrativi e soggetti esterni al processo stesso (si pensi alla predisposizione di programmi di formazione specifici sulle nuove tecnologie e sulle implicazioni giuridiche del loro utilizzo) e anche sulla generale esigenza di creare apposite linee guida operative per garantire una gestione uniforme e rispettosa dei diritti dei terzi degli adempimenti processuali.

L'articolo 146-bis del Codice di procedura penale consente già l'uso delle videoconferenze per le udienze quando il testimone, per motivi di sicurezza o di salute, non può essere presente fisicamente. Durante la pandemia, questa modalità è stata utilizzata ampiamente, e ha dimostrato vantaggi nella gestione del tempo e della sicurezza. Il che si ricollega, sia pure indirettamente, ad esigenze di protezione di terzi perché il collegamento da un luogo sicuro ne garantisce l'incolumità. Tale aspetto, tuttavia, è in un certo senso marginale rispetto al tema qui affrontato, richiede una sensibilità piuttosto alle oggettive esigenze di una certa situazione soggettiva che sollecita l'adozione di una misura che dispiega l'oralità e l'immediatezza in senso digitale, ma non ha direttamente a che fare con il trattamento sistematico e la registrazione dei dati, attenendo più allo svolgimento e alla organizzazione funzionale delle udienze che non alla acquisizione della prova ²².

Si tratta in questo caso di un intervento concepito come straordinario, di una deroga al principio generale di presenza fisica cui il giudice o anche la parte può ricorrere anche per promuovere insieme l'efficienza processuale e l'esigenza di apprezzamento degli interessi del soggetto chiamato a deporre. In pratica qui l'esigenza del terzo è resa compatibile rispetto a quella della parte che dovrà comunque argomentare circa l'esigenza di una apprezzabile ragione per preferire una tecnica o un'altra in grado di assicurare la presenza "compatibile" del terzo conforme alle esigenze processuali di parte. In sostanza in questo caso l'esigenza del terzo si coordina con l'esigenza di parte e il giudice ne valuta in termini positivi o negativi la priorità spostando forse sul terreno della motivazione quello che è un apprezzamento

²² Sul punto si vedano già le intuizioni di G. F. LANZARA, *Tecnologia, "sensemaking" e contesto formativo nel lavoro giudiziario. Gli esperimenti di videoregistrazione del processo penale*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1995.

pratico ed effettivo, come d'altronde si comprende nei confronti di problematiche legate all'assenza giustificabile dei testimoni citati in relazione all'economia processuale, che è costituita da incombenze precise e calendarizzate. Il tema del confronto tra esigenze di terzi e esigenze di coerenza processuale si specifica anche in una altra dimensione tecnologica che è data dall'uso di strumenti intercettativi digitali.

I cosiddetti *Trojan horse*, ovvero software di sorveglianza per dispositivi mobili, (*Remote access tools*) sono strumenti usati solo in indagini particolarmente gravi, come quelle legate alla criminalità organizzata. L'articolo 266-bis del codice di procedura penale ne è in fondo un esempio paradigmatico nel prevedere che il loro uso sia espressamente autorizzato da un giudice, e solo per gravi reati specifici. Gli investigatori tramite tali tecniche sono in condizione di monitorare in tempo reale tutte le comunicazioni, ma dovrebbero anche porsi insieme il tema della rilevanza delle informazioni acquisite in relazione al prevedibile loro sviluppo processuale, garantendo però nel contempo la protezione dei dati non rilevanti per il reato preminentemente riferibili a terze persone estranee all'indagine in corso. Ma ciò non si pone solo come risultato di buona tecnica investigativa, ma sempre di più richiede una altrettanto capace strategia difensiva, attenta a leggere la realtà e la condizione dei dati acquisiti rispetto proprio a imprecisioni o a falsificazioni che le tecnologie digitali rendono sempre più praticabili (anche in ambiti prima inimmaginabili, si pensi alla acquisizione di elementi audio o video o persino di comunicazioni privi di adeguati riscontri di carattere digitale per verificarne la riferibilità, l'originalità o la non alterazione)²³. Il che non è affatto

²³ Cfr. G. SPANGHER, *Utilizzo del trojan, motivazione ad hoc sul ricorso allo strumento intercettivo* (La conversione del D.L. 30 settembre 2021 n. 132), in *Guida al Diritto*, 2021, p. 20; Id., *Intercettazione in procedimento separato e uso del trojan*, in *Giurisprudenza italiana*, 2024, p. 2202; M. MIRAGLIA, *Il "Trojan (non) di Stato": una disciplina da completare*, in *Processo penale e Giustizia*, 2023, p. 1227; F. BERETTA, P. M. CASSAMAGNAGHI, *L'utilizzo del captatore informatico "Trojan Horse" nei luoghi di privata dimora: disciplina normativa*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2023, p. 100; M. T. MORCELLA, *Sky ECC: una storia fatta di intercettazioni, trojan, criptofonini e O.E.I.*, in *Studium iuris*, 2023, p. 506; R. APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico*, in *Cassazione penale*, 2021, p. 441; D. FOTI, *La nuova disciplina del captatore informatico. Un disfunzionale equilibrio?*, in *Processo penale e Giustizia*, 2021, p. 202; M. GRIFFO, *Rilievi sull'impiego del "trojan" nei procedimenti per i reati contro la pubblica amministrazione*, in *Processo penale e Giustizia*, 2020, p. 482; V. FANCHIOTTI, *La Corte costituzionale annienta un "trojan" virus normativo*, in *Diritto penale e processo*, 2019, p. 670; F. GRAZIANI, *La ricerca della prova digitale mediante captatore informatico nella prassi degli Stati e nell'ordinamento italiano: il difficile equilibrio tra prevenzione dei reati e tutela della riservatezza informatica*, in *La Comunità Internazionale*, 2019, p. 389; S. GRIECO, *L'introduzione del virus di Stato nelle intercettazioni ambientali: il trojan e le sue ricadute costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, p. 10; A. ZAMPAGLIONE, *Il recupero della funzione di garanzia del decreto autorizzativo quale "strada maestra" per arginare le potenzialità invasive del "trojan" e salvaguardare valori di rilievo costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, 30; A. L. VALVO, *"Trojan" di Stato: lotta al terrorismo, sicurezza e tutela dei dati sensibili dei cittadini*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2018, p. 53; O. CALAVITA, *L'odissea del "Trojan Horse". Tra potenzialità tecniche e lacune normative*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 45; S. ATERNO, *La Cassazione, alle prese con il captatore informatico, non convince sull'acquisizione mediante "screen shot"*, in *Diritto penale e processo*, 2018, p. 1065; B. INDOVINA, *I captatori informatici: una riforma troppo contenuta per uno strumento investigativo così pervasivo*, in *MediaLaws*, 2018, p. 15; E. TURCO, *Il "trojan horse" tra i "dicta" delle sezioni unite e le direttive della legge "Orlando"*, in *Il Foro italiano*, 2017, p. 348; F. RUGGERI, *L'impatto delle nuove tecnologie informatiche: il captatore informatico. L'art. 1 c. 84 lett. e del d.d.l. Orlando: attuazione e considerazioni di sistema*, in *JusOnline*, 2017, p. 14; D. CURTOTTI, *Il captatore informatico nella legislazione italiana*, in *JusOnline*, 2017, p. 16.; M. TORRE, *Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*, in *JusOnline*, 2017, p. 18; V. CUPELLI, F. DITARANTO, R. RUGGERI, *Nuove tecniche di investigazione nell'era digitale: il "malware" di Stato*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2017, p. 113; F. CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 4140; W. NOCERINO, *Le Sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 3565; F. ARGIRÒ, *L'ammissibilità delle intercettazioni telematiche (on-line Durchsuchungen) al vaglio del Bundesgerichtshof: il caso dei c.d. Bundestrojaner*, in *Archivio penale*, 2008, p. 263.

un compito semplice e spesso richiede un equilibrio tra visione analitico- sistematica insieme informatica e giuridica in relazione al concreto contesto processuale e capacità di enucleare quanto vi è invece estraneo, non solo perché riferibile a terzi in rapporto con indagati ma soprattutto perché processualmente inutile, perché non aggiunge nulla in termini di concreta efficacia dell'esercizio nell'azione esercitata, ed anzi a volte rischia proprio di comprometterne la fondatezza. Ed in tale contesto, è bene ribadirlo, vanno considerate figure professionali ben differenti che si relazionano reciprocamente e che contribuiscono a vario titolo agli accertamenti processuali in ogni singola fase.

Sono proprio forse gli aspetti deontologici che, in rapporto alle tecnologie digitali oggi potrebbero rappresentare un aspetto non secondario dei profili della tutela dei terzi. Le norme deontologiche regolano il comportamento degli avvocati e dei magistrati, garantendo che agiscano sempre in modo da temere conto della esigenza del rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, anche quando questi non sono propriamente né rappresentati né intervenuti negli accertamenti processuali. In via generale si può osservare come il tema risulti effettivamente molto vasto ed in un certo qual modo, assolutamente trasversale in ambito processuale ponendosi, cioè entro dinamiche ben diverse che quali qualificano ed in un certo qual modo determinano gli aspetti prevalenti ed assorbenti di ogni accertamento processuale anche in ambito civile per esempio ed amministrativo.

Si pone spesso cioè il tema di definire l'oggetto dell'accertamento nei suoi limiti oggettivi correlati alla soddisfazione e dalla migliore strategia esplicabile ad opera delle parti coinvolte spesso tralasciando interessi e diritti dei soggetti che, a vario titolo, sono appena lambiti dall'accertamento processuale eppure rischiano di essere in qualche modo danneggiati dalle modalità, sia pur legittime, dell'accertamento stesso che ne espone senza giustificato motivo pubblicamente relazioni o documentazioni concepite in un quadro di riservatezza o di limitata diffusione.

Appare chiaro che ciò si ricollega anche prioritariamente alla tutela costituzionale della corrispondenza definibile in base all'articolo 15 della Costituzione che italiana stabilisce che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. Questo significa poi che nessuno può interferire o violare la segretezza delle comunicazioni private senza il consenso del destinatario. Eventuali limitazioni a questa libertà possono avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria, nel rispetto delle garanzie stabilite dalla legge. E qui il tema si fa più sensibile se posto in relazione ad accertamenti che abbiano una precisa connotazione funzionale in rapporto alle esigenze processuali al cui controllo sostanzialmente appare posta l'esigenza motivazionale ovvero anche ad ogni relazione intersoggettiva o sociale la cui esposizione non sia pienamente giustificata o giustificabile in relazione a un interesse sociale oggettivo.

Si pone in altri termini una questione sostanziale molto simile a ciò che normalmente viene affrontato nell'ambito del reato di diffamazione, solitamente esaminando quanto nella sia pur tendenzialmente illecita diffusione di dati o informazioni sia da ricollegare invece ad un generale obiettivo di pubblica utilità che deve però manifestarsi con riguardo alle caratteristiche riconoscibili del soggetto coinvolto o per esempio dall'azione dalla azione o dalla funzione a questo riferibile che l'accertamento processuale in qualche modo rispecchia.

Si tratta del tema fondamentale delimitato dall'art. 8 della Convenzione europea Convenzione europea dei diritti dell'uomo che enuclea un preciso "diritto al rispetto della vita privata e familiare" spettante cioè ad un nucleo privato e sociale cui si ricollega appunto la presenza di altri soggetti la cui vita di relazione può essere compromessa nel suo svolgersi a causa di interventi esterni che dovrebbero essere sempre giustificabili e necessari. In tal

senso la norma oltre a definire il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza, e quindi un diritto che ha un contenuto generale e che coinvolge insieme soggetti pubblici e soggetti privati (ad esempio un'impresa o una amministrazione intesa nella relazione con i suoi dipendenti, in rapporto ad ogni possibile implicazione o intromissione che appaia non solo ingiustificata ma esorbitante rispetto all'obiettivo perseguito o dichiarato).

E infatti nel 2° comma dell'art. 8 si definisce una nozione di "ingerenza" puntualmente rivolta alle autorità pubbliche e tendenzialmente limitata, ma a maggior ragione riferibile anche alle attività di soggetti privati. Se si riconosce il diritto al rispetto di una dimensione strettamente individuale e personale quale quella che si esprime socialmente in modo più intimo e quindi in ambito di vita privata e familiare è chiaro che ogni possibile forma di compromissione diretta o indiretta riferibile ad azioni pubbliche o private deve corrispondere ad un quadro di piena trasparenza che la norma stessa definisce, richiedendo che tale ingerenza ove esercitata "sia prevista dalla legge" e che «costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Si tratta di esigenze completamente diversificate sia di carattere pubblico che di carattere privato, che però sembrano qualificare un ambito di compromissione giustificabile in ragione della necessità stessa di garanzia di un altrettanto rilevante interesse giuridico, definito da una norma positiva e riguardante ambiti democraticamente funzionali ad obiettivi di convivenza comune rispetto ai quali l'interesse protetto è destinato a confrontarsi e talora anche a recedere²⁴, ma appare fondamentale che ogni intromissione sia giuridicamente giustificabile, si fondi su una pretesa qualificata chiaramente da una norma di legge vigente in ragione a diritti o a funzioni rispetto ai quali la stessa indicazione di "necessarietà" implica una condizione fondamentale: quella di risultare essenziali per il soddisfacimento immediato di un interesse prevalente che ogni ordinamento democratico qualifica come basilare e persino fondante.

La stessa limitazione del concetto di "intimità" al comportamento individuale riportato in ambito processuale tende a qualificarsi sempre nel senso di una ben riscontrabile evidenza sociale, di una ricomprensione sociale che riguarda un singolo comportamento e che entra in causa quale pretesa conferma sintomatica di una tesi di parte cui non possono ricollegarsi spazi se non in diretto rapporto ad una previsione normativa che la implica o che al limite la renda persino doverosa in determinate circostanze.

Va menzionato inoltre l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01) che predispone il diritto a un ricorso "effettivo" e a un giudice imparziale in capo ad ogni soggetto cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati. Tale diritto comprende un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, come la pretesa che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un

²⁴ L'analisi della giurisprudenza più recente della CEDU chiarisce ad esempio come i messaggi privati pubblicati dal proprio coniuge su un sito di incontri possono essere usati nella causa di divorzio, sempreché la divulgazione della corrispondenza abbia un effetto limitato sulla sua privacy. Non sussisterebbe, infatti, alcuna violazione dell'articolo 8 della Cedu, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza, nel caso di presentazione in giudizio della corrispondenza online del coniuge con divulgazione dei messaggi sulle chat su un sito di incontri. (Corte europea diritti dell'uomo sez. IV, 7 settembre 2021, n. 27516). In un procedimento penale relativo ad un presunto stupro subito da una donna, sono stati ritenuti del tutto ingiustificati persino i riferimenti fatti dai giudici nella motivazione a particolari quali la biancheria intima indossata, nonché i commenti sulla sua presunta bisessualità (Corte europea diritti dell'uomo sez. I, 27 maggio 2021, n. 5671).

giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Il che poi corrisponde ad un esteso diritto (evidentemente ricomprendente anche i terzi) della facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. e di disporre del patrocinio a spese dello Stato nel caso di non disponibilità di mezzi sufficienti, il tutto per *«per assicurare un accesso effettivo alla giustizia»*.

Si tratta perciò di comprendere anche quale sia lo spazio tutelato “effettivamente” dalla norma anche nel caso di divulgazione di dettagli significativi che riguardino terzi e che abbiano una generale o particolare rilevanza persino in ambiti differenti. Il che peraltro interviene abbastanza spesso per esempio nei processi civili aventi ad oggetto separazione o divorzio nel caso di procedimenti penali paralleli e non sempre poi neppure connessi, per esempio, la rivelazione di particolari circa le relazioni del coniuge o sui figli della coppia, informazioni spesso generiche o quanto meno non strettamente rilevanti o autorizzate.

Il Codice etico dei magistrati all'art. 12 infatti puntualizza come il giudice (penale o anche civile) nella sua condotta : *«nelle motivazioni dei provvedimenti e nella conduzione dell'udienza esamina i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti, evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa, di emettere giudizi o valutazioni sulla capacità professionale di altri magistrati o dei difensori, ovvero - quando non siano indispensabili ai fini della decisione - sui soggetti coinvolti nel processo. Così anche il pubblico ministero che all'art. 13 “...evita di esprimere valutazioni sulle persone delle parti, dei testimoni e dei terzi, che non sia conferenti rispetto alla decisione del giudice, e si astiene da critiche o apprezzamenti sulla professionalità del giudice e dei difensori»*²⁵. Si tratta di disposizioni che appaiono sensibili non solo all'equilibrio delle parti nel processo, ma sono sostanzialmente mitrate anche alla adeguata protezione degli interessi non patrimoniali di terzi, quando inevitabilmente il processo penale deve a loro riferirsi.

L'intento appare allora quello di considerare gli interessi dei terzi sempre degni di una tutela in base ad un apprezzamento univoco, attraverso un comportamento più attento ad evitarne inutili, e soprattutto potenzialmente dannose, valutazioni o impropri riferimenti.

In pari tempo l'art. 52 del codice deontologico forense²⁶ preclude agli avvocati – come è noto – l'uso di espressioni “*offensive*” o “*sconvenienti*” anche se rivolte a terzi estranei all'ambito processuale, all'art. 55 sul tema delle indagini difensive, oggettivamente indirizzate ad un ambito esterno al perimetro processuale, si ribadisce come il difensore, nell'ambito del procedimento penale, ha facoltà di procedere ad investigazioni difensive nei modi e termini previsti dalla legge e nel rispetto delle disposizioni in materia di tutela dei dati personali con un generale divieto di diffondere informazioni dettagliate “*salva la rivelazione per giusta causa nell'interesse della parte assistita.*”

Importanti appaiono le disposizioni che l'art. 56 in tema di ascolto di minori condizionato al consenso degli esercenti la potestà genitoriale sul minore stesso sempre che

²⁵ Cfr. R. SABATO, *I recenti strumenti del Consiglio d'Europa in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici. Il codice etico dell'Associazione nazionale magistrati, Premessa*, in *Il Foro italiano*, 2011, p. 116; G. NATOLI, *Giustizia e deontologia. Il codice etico dei magistrati tra effettività, prassi e tempo*, in *Giustizia insieme*, 2010, p. 27; D. BIFULCO, *Giustizia e deontologia. Il codice etico dei magistrati tra effettività, prassi e tempo*, in *Giustizia insieme*, 2010, p. 34-42; G. CONTI, *Il codice etico dei magistrati. Un passo in avanti o un'occasione perduta?*, in *Criminalia*, 2010, p. 531; F. IPPOLITO, *Per un rinnovato codice etico dei magistrati*, in *Questione Giustizia*, 2003, p. 1149; V. MELE, *Codice etico per i magistrati: comportamenti e indipendenza*, in *Rassegna Parlamentare*, 1996, p. 843.

²⁶ Cfr. F. TOSCHI VESPASIANI, *Il codice deontologico forense. Uno sguardo d'insieme*, in *Studium iuris*, 2015, p. 629; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sul nuovo codice deontologico forense*, in *Il Foro italiano*, 2014, p. 245; G. ALPA, *L'illecito deontologico e il procedimento disciplinare nell'ordinamento della professione forense*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, p. 188; D. CASTELLANO, *Etica e metodo della professione forense. La riforma del codice deontologico: un'occasione per riflettere*, in *Cultura e diritti*, 2014, p. 103; R. DANOVÌ, *Il nuovo codice deontologico forense in*, *Istituta*, 2014, p. 157.

non vi sia conflitto di interessi con questi e con particolare cautela rispetto a controversie in materia familiare o minorile, evitando ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori proprio sulle circostanze oggetto delle stesse. Nei procedimenti penali il difensore per conferire con persona minore, assumere informazioni dalla stessa o richiederle dichiarazioni scritte, deve sempre invitare formalmente gli esercenti la responsabilità genitoriale, con indicazione della facoltà di intervenire all'atto, fatto salvo l'obbligo della presenza dell'esperto nei casi previsti dalla legge e in ogni caso in cui il minore sia persona offesa dal reato. Si tratta di un bilanciamento tra acquisizione e partecipazione e "impatto" sul minore che deve essere valutato in termini di compatibilità e di essenzialità mediante un'azione ed una sensibilità che a sua volta deve definirsi con metodi ed equilibrio di esercizio concreto.

E lo stesso tema generale della responsabilità deontologica forense sembra porsi comunque in relazione al preminente impegno posto dall'art. 50 circa il "*dovere di verità*"²⁷ che sembra qualificarsi in modo assorbente su tutto ciò che si introduce nell'accertamento giudiziale in termini di autenticità piuttosto che sulla diretta rilevanza giudiziale, anche in rapporto ad interessi di terzi di ogni singolo apporto informativo potenziale o implicitamente desumibile dalle ragioni funzionali di ogni raccolta informativa o dal contributo diretto o indiretto di terzi estranei al giudizio alla raccolta informativa processuale.

Il che comporta forse poi più di una riflessione ulteriore anche e soprattutto in rapporto alle tecnologie digitali ed invasive allorquando queste si riversano negli atti prodromici ad un giudizio, ad esempio sulle modalità dei rapporti con i terzi²⁸ chiamati all'interno di accertamenti più delicati e alla conduzione dell'esame delle parti processuali in virtù di un generale principio di moderazione soprattutto senza toni inutilmente aggressivi o su dettagli non rilevanti rispetto al contesto processuale. Solo la deontologia professionale congiunta per avvocati e magistrati può garantire che il processo penale si svolga nel rispetto della correttezza e dell'etica.

Ma è necessaria anche una consapevolezza piena e forse più ampia rivolta tanto alle categorie professionali che intervengono anche loro come "*terzi*" nel processo stesso (consulenti tecnici e testimoni) ma soprattutto all'esterno, in particolare nel mondo dell'informazione. Ed in tal senso il riferimento resta soprattutto anche il codice deontologico dell'Ordine dei giornalisti varato nel 1996 e più volte aggiornato²⁹ che all'art. 5 afferma un canone di correttezza professionale fondamentale per cui nel raccogliere dati personali atti a rivelare origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, opinioni politiche, adesioni a partiti, sindacati, associazioni o organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché dati atti a rivelare le condizioni di salute e la sfera sessuale, il giornalista garantisce il diritto all'informazione su fatti di interesse pubblico, nel rispetto dell'essenzialità dell'informazione, evitando riferimenti a congiunti o ad altri soggetti non interessati ai fatti. In relazione a dati riguardanti circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati o attraverso loro comportamenti in pubblico, è fatto salvo il diritto di addurre successivamente motivi legittimi meritevoli di tutela.

Tutto ciò si ricollega alla centrale e sicuramente anche delicatissima definizione di "*essenzialità*" dell'informazione definita all'art. 6 del codice stesso per cui anche la

²⁷ F. ARCARIA, *Il 'dovere di verità'. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2019, p. 6.

²⁸ S. CHIARAMONTE, *I rapporti dell'avvocato con i terzi e le controparti*, in *Rassegna Forense*, 2014, p. 29.

²⁹ Cfr. A. PALMIERI, *Trattamento dei dati sensibili e codice di deontologia in materia giornalistica*, in *Il Foro italiano*, 2/2007, p. 105; S. NICODEMO, *Il codice di "deontologia giornalistica": una fonte atipica?* in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, p. 85.

divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, *anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti*. Così la sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica. E commenti e opinioni del giornalista appartengono esclusivamente alla libertà di informazione nonché alla libertà di parola e di pensiero costituzionalmente garantita a tutti.

Nel medesimo contesto deontologico, all'art. 8 viene riconosciuto l'aspetto di protezione della dignità delle persone per cui "fatta l'essenzialità dell'informazione" il giornalista non dovrebbe fornire «*notizie o pubblica immagini o fotografie di soggetti coinvolti in fatti di cronaca lesive della dignità della persona, né si sofferma su dettagli di violenza, a meno che ravvisi la rilevanza sociale della notizia o dell'immagine. Salvo rilevanti motivi di interesse pubblico o comprovati fini di giustizia e di polizia, il giornalista non riprende né produce immagini e foto di persone in stato di detenzione senza il consenso dell'interessato*». Infine, le persone non possono essere mai presentate con ferri o manette ai polsi, salvo che ciò sia necessario per segnalare abusi.

Viene quindi promossa la tutela effettiva degli interessati rispetto alle fonti informative per cui nell'esercitare il diritto-dovere di cronaca, il giornalista è sempre tenuto a rispettare il diritto della persona alla non discriminazione per razza, religione, opinioni politiche, sesso, condizioni personali, fisiche o mentali (art. 9) e particolare attenzione viene rivolta alle persone malate (art. 10) con cautele ai riferimenti allo stato di salute di una determinata persona, identificata o identificabile, ne rispetta sempre la dignità, il diritto alla riservatezza e al decoro personale, specie nei casi di malattie gravi o terminali, e si astiene dal pubblicare dati analitici di interesse strettamente clinico. La pubblicazione di eventuali dettagli è ammessa nell'ambito del perseguimento appunto dell'"essenzialità" dell'informazione e sempre nel preliminare rispetto della dignità della persona se questa riveste una posizione di particolare rilevanza sociale o pubblica.

Anche riguardo alla tutela della sfera sessuale delle persone (art. 11) il giornalista si astiene dalla descrizione di abitudini sessuali riferite ad una determinata persona, identificata o identificabile ma la pubblicazione è ammessa nell'ambito del perseguimento dell'essenzialità dell'informazione e sempre nel rispetto della dignità della persona se questa riveste una posizione di particolare rilevanza sociale o pubblica.

Il concetto di "essenzialità" diviene allora fondamentale per cogliere e approfondire le differenti tematiche sviluppate a livello deontologico, specie con riguardo al rapporto problematico che le tecnologie digitali introducono e in un certo senso ampliano. Tale concetto può in fondo costituire il minimo comun denominatore per modulare metodologie comuni, per meglio definire le prescrizioni già vigenti come per adattare alle trasformazioni e alle nuove utilizzazioni degli strumenti processuali digitali.

Per rendere più efficaci le regole deontologiche e i codici di condotta nell'ambito delle tecnologie applicate ai processi penali, è fondamentale anche adottare un approccio multidimensionale che coinvolga diversi attori e aspetti del sistema giudiziario. Appare allora essenziale che le associazioni professionali e gli organismi rappresentativi elaborino codici di condotta aggiornati e sempre attenti alla evoluzione informatica, che tengano conto delle peculiarità delle tecnologie emergenti e del loro impatto sui processi penali. Tali forme di autoregolamentazione dovrebbero sempre fornire linee guida chiare su aspetti come la raccolta, l'analisi e la presentazione delle prove digitali, garantendo al contempo il rispetto dei diritti fondamentali degli individui coinvolti anche se estranei al giudizio. Magistrati,

avvocati ma anche tutti i soggetti che a vario titolo partecipano al processo dovrebbero così essere costantemente formati ed aggiornati sulle nuove tecnologie e sulle relative implicazioni giuridiche ed etiche. Appare allora in definitiva cruciale fornire sempre una formazione adeguata ai soggetti esterni e anche non professionali sull'uso etico e responsabile delle tecnologie digitali nel contesto del processo penale, rafforzandone la formazione consapevole dei principi di fondo del trattamento di dati personali e in materia di sicurezza informatica e protezione dei dati stessi, per tutelare l'originalità e l'integrità di questi e assicurare così il rispetto dei diritti di tutti gli individui coinvolti nella loro dimensione esistenziale più intima come nelle loro relazioni sociali e private. Ed in tale prospettiva le Università e le organizzazioni professionali e di tutela degli interessi collettivi potrebbero, magari congiuntamente, svolgere un ruolo straordinario. È necessaria però una costante prospettiva interdisciplinare ed una capacità di sapere confrontarsi con l'evoluzione tecnologica ed un grande senso di umiltà perché, come amava ripetere il Mahatma Gandhi (che era poi un avvocato) «*il cercatore di verità dovrebbe essere più umile della polvere*».

ABSTRACT: *La tutela dei terzi nel processo penale e la digitalizzazione: tra tensioni e garanzie*

The article analyzes the impact of digitization on the criminal process, with particular attention to the protection of the rights of third parties, i.e. subjects unrelated to the proceedings who may suffer indirect consequences. Digitalisation offers opportunities to improve the efficiency and transparency of the justice system, but it also raises ethical and legal questions, especially with regard to the protection of personal data and the management of digital evidence. The need to balance the effectiveness of criminal prosecution with the protection of fundamental rights, including those of third parties, is highlighted. The importance of adopting technological and regulatory measures to ensure the confidentiality, data security and transparency of digital tools, such as algorithms and artificial intelligence systems, is emphasized. In addition, emphasis is placed on the ethical responsibility of legal practitioners and the importance of continuous training to address the challenges posed by emerging technologies. Finally, a multidimensional and interdisciplinary approach is proposed to promote ethical and responsible management of digital technologies in the criminal process, protecting the rights of all individuals involved, including third parties.

MALPRACTICE SANITARIA E PERIZIA: PROFILI DI CONTINUITÀ E NUOVE PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. (Cenni) la responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria. – 3. La complessità dell’indagine peritale in ambito sanitario. – 4. Le possibili applicazioni dell’IA nell’accertamento della responsabilità medica. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il perito può essere qualificato, dopo il giudice, come il soggetto “più terzo fra i terzi” del procedimento penale¹. Il legislatore ne riconosce la terzietà anche attraverso l’indicazione dei casi di incompatibilità, astensione e ricusazione, rispettivamente a norma degli artt. 222 c.p.p. e 223, comma 2, c.p.p. La giurisprudenza, invece, riflette la terzietà sul piano probatorio, qualificando la perizia come prova neutra, sottratta alla disponibilità delle parti e oggetto di disposizione da parte del solo giudice².

La figura del perito presenta affinità con quella del giudice anche per la libertà metodologica con cui egli può svolgere la sua attività di accertamento, pur nel rispetto del contraddittorio “tecnico” con le parti (art. 230 c.p.p.). Questa libertà emerge nel dettato normativo dell’art. 228, comma 1, c.p.p. che riconosce al giudice il potere di autorizzare il perito a prendere visione di atti, cose o documenti ovvero ad assistere all’esame delle parti e all’assunzione di prove, nonché a servirsi di ausiliari.

Oggi, il ruolo del perito nel processo penale è andato vieppiù crescendo, inevitabile conseguenza dell’avanzare della prova scientifica nel processo penale³. Tuttavia, la sfida più complessa si gioca sul campo inesplorato dell’intelligenza artificiale (IA). È vero che la dottrina ha già rilevato e consolidato i limiti e le criticità connesse all’impiego dell’IA nel

* Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università di Catania.

¹ Sul terzo nel procedimento penale v. V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Introduction. The Role and Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: Old and New Challenges for Fundamental Rights and Procedural Safeguards*, in A. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, Berlin, 2024, p. 1 ss.

² Sul punto Cass., sez. un., sent. 23 marzo 2017, n. 39746 ha chiarito che «il diniego della perizia è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata motivazione». In proposito si veda la nota di E. ANDOLFATTO, *Dichiarazione di incompetenza per materia nei procedimenti per reati di competenza distrettuale: per le Sezioni Unite è legittima la diretta trasmissione degli atti al giudice competente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2017. *Contra* v. P. RIVELLO, *La perizia*, in P. FERRUA, E. MARZADURI, G. SPANGHER (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, p. 417.

³ Cfr. P. TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 401 ss.; C. CONTI, A. MARANDOLA, *La prova scientifica*, Milano 2023, 443 ss.; G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, p. 19 ss.; G. DI PAOLO, (voce) *La prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano 2013, 736 ss.; G. ZICCARDI, *L’ingresso della computer forensics nel sistema processuale italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in L. LUPARIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, Milano 2009, 165 ss.; P. RIVELLO, *La perizia*, cit., p. 399; A. DASTOLI, *Prova dichiarativa e prova scientifica dalla marginalità della prima ad una nuova prova “regina”*, in *Arch. pen.*, 2013, 1 ss.

settore della giustizia penale, tanto nell'ambito probatorio⁴ quanto in quello investigativo⁵, ma non ha ancora dedicato specifiche riflessioni sull'uso dell'IA in seno alla perizia.

Tra i diversi settori normativi, quello che richiede maggiore attenzione sembra essere l'accertamento della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, cui il legislatore dedica autonome disposizioni in tema di perizia. Difatti, partendo dall'assunto che la moderna strumentazione medica è spesso dotata di sistemi di intelligenza artificiale a supporto dell'attività del professionista⁶, sembra ormai imprescindibile che anche il perito si confronti con l'uso dei medesimi modelli predittivi di IA utilizzati nella pratica clinica. Diversamente, la valutazione delle condotte causali di un evento infausto e della sua concreta prevedibilità ed evitabilità da parte del professionista potrebbe risultare alterata, se non del tutto errata.

2. (Cenni) la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria

Sull'accertamento della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, il legislatore è intervenuto per la prima volta in modo organico con il c.d. decreto Balduzzi (d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012)⁷, che introduceva una causa di non punibilità per colpa lieve in favore del sanitario osservante delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'obiettivo era quello di contrastare la medicina difensiva⁸, fenomeno che aveva inciso e incide tuttora negativamente sia sull'economia pubblica, sia sull'efficienza del sistema sanitario.

⁴ Cfr. G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 12; M. DANIELE, *Le finzioni d'algebra dell'art. 192 c.p.p.*, in *Cassazione Penale*, 2025, 1742 ss.; M. GIALUZ, *Prove fondate sull'intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, in *Diritto di difesa*, 15 gennaio 2025; L. PRESSACCO, *Intelligenza artificiale e ragionamento probatorio nel processo penale*, in *BioLaw Journal*, 2022, p. 503 ss.; J. SALLANTIN, J.J. SZCZECINIARZ, *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2005.

⁵ Cfr. L. CAMALDO, *Intelligenza artificiale e investigazione penale predittiva*, in F. BASILE, M. BIASI, L. CAMALDO, G. CANESCHI, B. FRAGASSO, D. MILANI (a cura di), *Intelligenza artificiale. Diritto, giustizia, economia ed etica*, Torino, 2025, p. 61 ss.; ALGERI, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 724 ss.;

⁶ Sull'uso dell'intelligenza artificiale in ambito endoscopico per la diagnosi delle neoplasie gastriche v. SX. QUEK, JW. LEE, Z. FENG, MM. SOH, M. TOKANO, YK. GUAN, *Comparing artificial intelligence to humans for endoscopic diagnosis of gastric neoplasia: an external validation study*, in *Gastroenterol Hepatol*, 2023, p. 1587 ss.; sul miglioramento dell'efficienza e dell'interpretazione nelle operazioni guidate da ultrasuoni con l'uso di metodi basati anche sul *machine learning* v. H. YANG, C. SHAN, A.F. KOLEN, PHN DE WITH, *Medical instrument detection in ultrasound: a review*, in *Artificial Intelligence Review*, 2023, 4363 ss. Sul miglioramento della tracciabilità e della sicurezza degli strumenti medici riutilizzabili, grazie all'uso dell'intelligenza artificiale, in particolare del modello LSTM, che consente di monitorare la storia d'uso, fornendo informazioni precise prima dell'utilizzo v. M.A. GOWDA AG, H.-K. SU, W. K. KUO, *Medical Instruments Whereabouts Using Artificial Intelligence*, in *International Conference on Computational Performance Evaluation*, 2021, p. 983 ss. Sul miglioramento degli standard di accuratezza e dei tempi grazie all'uso dell'intelligenza artificiale nei processi di controllo qualità degli strumenti chirurgici, come i fili di sutura sternale, mediante l'integrazione di sistemi di visione, v. N. HOUSHMANDSHARIFI, M. T. BİLİŞİK, *Ensuring the Quality of Surgical Instruments with Artificial Intelligence: A Focus on Sternum Wire*, in *Applied Medical Informatics*, 2025, 1 ss.

⁷ Legge n. 158 del 2012, convertito in legge 189/2012 (c.d. decreto Balduzzi). Sulla riforma v. per tutti F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 159 ss.

⁸ Cfr. A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale: tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; F. POGGI, *La medicina difensiva: nozioni, problemi e possibili rimedi*, Modena, 2018.

Nel 2017, il legislatore interviene nuovamente, con la c.d. legge Gelli-Bianco (l. 24/2017), che introduce l'art. 590-*sexies* c.p. attraverso cui si dispone che «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Con questa norma, il legislatore sembrava voler eliminare la distinzione tra colpa grave e colpa lieve, circoscrivendo la non punibilità al solo caso di imperizia, ove fossero state rispettate le linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali. Tuttavia, con la nota sentenza del 2018⁹, le Sezioni Unite hanno ridimensionato il tenore letterale della norma, riconducendo l'imperizia non punibile alla sola colpa lieve, purché il sanitario abbia correttamente individuato le linee guida da applicare. Ne è derivata una reintroduzione ermeneutica della distinzione tra colpa lieve e colpa grave, giustificata dalla necessità di evitare un'eccessiva deresponsabilizzazione del sanitario e per garantire una tutela effettiva del bene salute.

Il consolidamento di questo indirizzo giurisprudenziale, in evidente contrasto con il tenore letterale dell'art. 590-*sexies* c.p., ha indotto il nostro legislatore a intraprendere nel novembre 2025¹⁰ un percorso normativo che segna un ufficiale ritorno alla disciplina dell'art. 3 della l. 189/2012¹¹. Il progetto di riforma, attualmente assegnato alla Commissione XII Affari sociali in sede referente della Camera dei Deputati, infatti, intende ripristinare la non punibilità per colpa lieve, quando l'esercente la professione sanitaria «si attiene alle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge o alle buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le predette raccomandazioni o buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto»; peraltro, senza alcun richiamo alla *species* della colpa (imperizia, negligenza o imprudenza).

Invero, già il documento tecnico della Commissione ministeriale “D'Ippolito”¹² aveva suggerito di recuperare normativamente la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, incidendo direttamente sulla tipicità del reato, oltre a proporre rilevanti innovazioni processuali come l'introduzione di un'art. 411-*bis* c.p.p., per sanzionare le notizie di reato temerarie in materia di responsabilità medica, e di un art. 73-*bis* disp. att. c.p.p., per disciplinare nel dettaglio la nomina dei periti e dei consulenti tecnici in ambito sanitario. Si suggeriva, inoltre, la modifica dell'art. 221 c.p.p. sulla perizia, e l'art. 73 disp. att. c.p.p. sulla nomina del consulente tecnico da parte del pubblico ministero. La proposta della Commissione, insomma, mirava ad innalzare i requisiti specialistici richiesti per ricoprire il ruolo del perito, estendendoli anche ai consulenti del pubblico ministero, riconoscendo «l'importanza (se non la decisività) del

⁹ Cass., sez. un., 22 febbraio 2018, *Mariotti*, n. 8770. Secondo la Corte la distinzione tra colpa lieve e colpa grave è necessaria perché «la tutela contro la “medicina difensiva” e, in definitiva, il miglior perseguimento della salute del cittadino [...] non potrebbero essere compatibili con l'indifferenza dell'ordinamento penale rispetto a gravi infedeltà alle *leges artis*».

¹⁰ Si tratta del DDL CAMERA DEI DEPUTATI, *Delega al Governo in materia di professioni sanitarie e disposizioni relative alla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, Atto c.2700, 13 novembre 2025, consultabile all'indirizzo www.camera.it.

¹¹ Cfr. P. PIRAS, *La proposta di legge Matone sulla responsabilità sanitaria e le conseguenze della sua approvazione*, in *Sistema penale*, 18 gennaio 2024 che, confrontando le due norme, rileva le differenze, spesso prive di un'effettiva portata sostanziale.

¹² Commissione D'Ippolito - Commissione per lo studio e l'approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica, istituita con decreto del Ministero della Giustizia del 28 marzo 2023. Il testo è integralmente consultabile sul sito del Ministero all'indirizzo www.giustizia.it. Per un commento sulla proposta v. P. PIRAS, *I nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p. nella proposta della Commissione D'Ippolito*, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2025.

parere degli esperti nei procedimenti giudiziari che definiscono l'eventuale responsabilità penale del sanitario»¹³.

Sia la proposta della Commissione, sia l'attuale Disegno di Legge, in definitiva, si indirizzano verso il rafforzamento del ruolo delle valutazioni tecniche, rischiando di insidiare il presidio giurisdizionale nella scena processuale¹⁴.

3. La complessità dell'indagine peritale in ambito sanitario

L'accertamento della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria ha senza alcun dubbio natura scientifica, perché «il giudizio di inferenza probatoria, che è alla base dell'accertamento del fatto, comporta per il giudice l'impiego di conoscenze che vanno oltre il sapere dell'uomo medio»¹⁵. Dalla scientificità di queste valutazioni dipende l'assoluta indispensabilità della nomina del perito¹⁶. In ambito medico, il legislatore ha perfino imposto la presenza collegiale di più periti (art. 15, comma 3, l. 24/2017).

La complessità degli accertamenti medico-scientifici, in effetti, è evidente negli articolati elementi che determinano la punibilità del reato di cui all'art. 590-*sexies* c.p., in particolare, l'accertamento del nesso causale e la causa di non punibilità per colpa lieve.

Sul fronte della causalità, la scienza medica riesce raramente a spiegare gli eventi in termini di certezza assoluta, applicando leggi universali¹⁷. Più frequentemente, infatti, il giudizio causale si fonda su leggi statistiche, in cui il nesso tra condotta ed evento non si configura come necessario, ma soltanto come probabile o, talvolta, come meramente possibile¹⁸.

Ne consegue che l'accertamento causale della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria può dipendere non solo da una prova positiva, che collochi concretamente la condotta all'interno di una classe di eventi statisticamente correlati all'esito dannoso; ma può essere la conseguenza di una o più prove negative, che consentono di escludere la concreta incidenza causale di fattori alternativi. In quest'ultimo caso, la ricostruzione causale si fonda su un procedimento inferenziale *ex negativo*, che, pur in presenza di una legge statistica anche solo astrattamente meno plausibile, consente di ascrivere l'evento alla condotta per via di esclusione con un'elevata probabilità logica¹⁹.

¹³ V. Commissione D'Ippolito - Commissione per lo studio e l'approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica, istituita con decreto del Ministero della Giustizia del 28 marzo 2023. Il testo è integralmente consultabile sul sito del Ministero all'indirizzo www.giustizia.it, p. 12.

¹⁴ Cfr. F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3523 ss.

¹⁵ Così V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414 ss. Cfr. O. DOMINIONI, *Prova scientifica (diritto processuale penale)*, in *ED, Annali II*, Vol. 1, 2008, 977.

¹⁶ Nello stesso senso v. P. RIVELLO, *La perizia*, cit., p. 400.

¹⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, p. 1 ss.

¹⁸ Per un'analisi del rapporto tra causalità e leggi statistiche in ambito medico v. Cass., sez. IV, 11 dicembre 2024, n. 45399, in *Sistema penale*, con nota di M. TRIMBOLI, *Responsabilità medica e leggi statistiche: la Cassazione ribadisce che il rapporto di causalità tra omissione ed evento deve essere verificato alla luce di un giudizio di alta probabilità logica*, 8 gennaio 2025.

¹⁹ In giurisprudenza, lo si desume indirettamente dalle osservazioni di Cass., sez. IV, 11 dicembre 2024, n. 45399 cit. in cui si afferma che «non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica di riferimento la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale,

Evidente è anche lo sforzo epistemologico richiesto al giudice, che, pur avvalendosi del perito, deve essere in grado di confrontare e soppesare le diverse teorie causali (magari discordanti o contestate tra consulenti tecnici e perito) e di motivare nella sentenza le ragioni che inducono a preferire una teoria scientifica in luogo di un'altra²⁰; il che si estende anche alla motivazione circa «la validità nel caso concreto» della legge statistica «sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile»²¹.

Sul versante della valutazione della colpa, invece, le principali criticità sono contenute nella corretta distinzione tra il tipo di colpa (negligenza, imperizia o imprudenza) e il grado della colpa (grave o lieve). Da essa dipende, infatti, la concreta punibilità del reato. Dal punto di vista processuale, su tale valutazione, rimessa al giudice, incide inevitabilmente il previo accertamento, da parte del perito, del tipo di errore commesso e della prevedibilità dell'esito infausto.

Il giudizio sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, così, diventa una sorta di “co-valutazione” tra il perito (sul profilo tecnico) e il giudice (sul profilo giuridico), in cui il primo offre un'interpretazione scientifica, mentre il giudice è chiamato a valutare la sostenibilità della valutazione tecnica dal punto di vista giuridico.

4. Le possibili applicazioni dell'IA nell'accertamento della responsabilità medica

Come si è già avuto modo di vedere, i quesiti peritali sono indirizzati a chiarire principalmente la causalità scientifica degli eventi e la prevedibilità ed evitabilità degli stessi da parte del personale sanitario.

Anche le potenziali applicazioni dell'intelligenza artificiale nell'ambito delle attività peritali, dunque, si riflettono sulla causalità, prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo. Dal punto di vista della causalità, gli algoritmi di intelligenza artificiale potrebbero coadiuvare l'esperto nella corretta individuazione e applicazione della legge scientifica al caso concreto. Soprattutto nel caso di leggi statistiche in cui l'evento è astrattamente riconducibile a più cause, è indispensabile coordinare correttamente la concretezza dei dati clinici con l'astrattezza delle leggi statistiche, per ottenere un valore percentuale di probabilità che provi, oltre ogni ragionevole dubbio, che l'evento è la diretta e concreta conseguenza della condotta dell'imputato.

A questo fine, il supporto dell'IA potrebbe agevolare calcoli e statistiche, specialmente quando sussistono molteplici ed interdipendenti variabili. Chiaramente, all'IA non potrebbe essere devoluto un ruolo decisionale della questione scientifica, anche in virtù dei numerosi errori in cui può incorrere l'algoritmo²², ma potrebbe essergli riconosciuto un ruolo di ausilio

poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile». Partendo da questa premessa M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, n. 2, p. 539 evidenzia che l'affidabilità del perito non risiede soltanto nel rigore delle sue conclusioni scientifiche, ma anche nella sua capacità di conformare le inferenze scientifiche alle necessità del processo giuridico, con particolare attenzione alla probabilità qualificata.

²⁰ In questo senso v. Cass., sez. IV, 1° luglio 2008, n. 33384, in *Guida al diritto*, 2008, 85.

²¹ Così Cass., sez. IV, 11 dicembre 2024, n. 45399 cit.

²² Un'accurata analisi dei possibili errori dell'IA applicata all'ambito medico-sanitario è contenuta in C. TERRANOVA, C. CESTONARO, L. FAVA L., A. CINQUETTI, *AI and professional liability assessment in healthcare. A revolution in legal medicine?*, in *Front. Med.*, 8 gennaio 2024.

tecnico. Assimilando l'intelligenza artificiale all'“ausiliare” del perito, tuttavia, si rischia di andare incontro al divieto sancito dall'art. 228, comma 2, c.p.p., secondo cui il perito – su autorizzazione del giudice – può servirsi di ausiliari di sua fiducia limitatamente per lo «svolgimento di attività materiali *non* implicanti apprezzamenti e valutazioni». L'IA, invece, apporterebbe apprezzamenti e valutazioni tecniche. Il suo uso, quindi, sarebbe vietato espressamente dalla legge²³.

Al contrario, riconoscendo l'intelligenza artificiale come uno strumento per svolgere gli accertamenti tecnico-scientifici, si rischia di impattare sull'attuale assenza di validità scientifica degli algoritmi di IA²⁴. Ne consegue che, se anche il perito volesse affidarsi all'intelligenza artificiale per calcolare il rischio associato a diversi fattori causali, tale calcolo non potrebbe entrare nel contraddittorio tecnico tra le parti in sede di svolgimento delle attività peritali, perché si tratterebbe di compiere valutazioni con metodi non qualificabili come scientifici.

Pur dovendosi riconoscere l'impossibilità di ritagliare uno spazio applicativo formale all'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'indagine peritale è, tuttavia, opportuno osservare che – analogamente a quanto accade nel settore giuridico – non può escludersi un impiego “informale” dell'IA da parte del perito. Non potrebbe, infatti, considerarsi invalida la perizia svolta secondo rigorosi criteri scientifici, quando essa sia stata orientata dalla previa interrogazione di un algoritmo di intelligenza artificiale che ne abbia esclusivamente guidato l'attività preliminare e preparatoria all'indagine peritale. Questa lettura è confortata anche dalla *ratio* contenuta nell'art. 15 della l. 132/2025²⁵ in cui si afferma che i «sistemi di intelligenza artificiale [possono essere impiegati] per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia, per la semplificazione del lavoro giudiziario e per le attività amministrative accessorie»²⁶.

Un altro fronte innovativo riguarda l'uso dell'IA per agevolare o, talvolta, anche integrare la valutazione della colpa medica. In primo luogo, i modelli di intelligenza artificiale potrebbero guidare la definizione dell'agente modello, cioè dell'“*homo eiusdem condicionis et qualitatis*”²⁷, con cui parametrare la colpa dell'imputato.

Considerato che l'art. 590-*sexies* c.p. presuppone la corretta individuazione ed applicazione delle linee guida (per integrare la causa di non punibilità in caso di colpa lieve dovuta ad imperizia), l'uso dell'IA potrebbe essere funzionale: preliminarmente, per analizzare la prassi medica, attraverso modelli predittivi in grado di simulare come un medico esperto avrebbe agito in circostanze simili; successivamente, per generare una figura più accurata di agente modello. Anche in questo caso, tuttavia, si ricadrebbe nei divieti e nei limiti della non scientificità di cui si è detto *supra* relativamente all'accertamento della causalità.

L'uso dell'intelligenza artificiale, invece, trova legittima dimora se applicata per simulare il contesto operativo in cui ha agito il professionista. L'eventuale errore dell'algoritmo di IA, nel segnalare all'operatore la corretta diagnosi o il piano di trattamento o intervento da eseguire, rappresenta sicuramente un elemento utile per valutare in concreto

²³ Cfr. R. ADORNO, sub *artt.* 220-233, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Vol. I, Padova, 2023, p. 3034 ss.

²⁴ *Ex multis* v. G. UBERTIS, *Perizia, prova scientifica e intelligenza artificiale nel processo penale*, in *Sistema penale*, 3 giugno 2024.

²⁵ Legge 23 settembre 2025, n. 132.

²⁶ Disegno di Legge, atto n. 1146-B, consultabile in www.senato.it.

²⁷ Si veda *ex multis* la ricostruzione in argomento di M. CAPUTO, *La ‘regola di Sully’. L'incidenza del fattore umano sulla costruzione dell'homo eiusdem professionis et condicionis*, in *disCrimen*, 30 giugno 2023.

la colpa dell'esercente la professione sanitaria. Ciò accade sia in senso favorevole all'imputato, quando l'evento dannoso è dovuto ad un errore del professionista in esecuzione del *feedback* diagnostico o terapeutico fornito dall'IA; sia in senso sfavorevole all'imputato, quando l'evento dannoso è dovuto all'immotivato ed erroneo scostamento dai suggerimenti dell'IA. In questi casi, il giudice dovrà chiarire in che misura l'affidamento o il mancato affidamento sull'IA aggravi o meno il grado della colpa o, in alcuni casi, muti il tipo di colpa.

Si tratta di un uso imprescindibile, considerato che la Corte di cassazione ha in più occasioni chiarito che, nel «tentativo di personalizzare il rimprovero dell'agente attraverso l'introduzione di una doppia misura del dovere di diligenza, che tenga conto non solo dell'oggettiva violazione di norme cautelari ma anche della concreta possibilità dell'agente di uniformarsi alla regola» occorre valutare «le sue specifiche qualità personali e la situazione di fatto in cui ha operato»²⁸.

Ricostruire gli scenari clinici in cui l'IA è stata adottata implica, dunque, un uso della stessa, per fini simulatori, anche in sede peritale, onde far emergere i margini di incertezza e di errore cui era esposto il medico all'epoca dei fatti, consentendo così al perito di stimare se, in quel contesto, l'errore fosse effettivamente evitabile o se fosse un risultato conforme alle condizioni operative del tempo.

Dal momento che la corretta ricostruzione del quadro clinico-medico esistente all'epoca dei fatti dipende anche dall'uso della tecnologia, sembra inevitabile l'obbligo di integrare il collegio peritale, di cui all'art. 15 della legge 24/2017, con la figura di un esperto informatico. A quest'ultimo, infatti, spetta il compito di garantire la scientificità delle operazioni di simulazione, attraverso cui, in presenza delle medesime condizioni esistenti all'epoca dei fatti, si può ricostruire il *feedback* di diagnosi o trattamento terapeutico suggerito al professionista dalla strumentazione medica.

Una strada alternativa e scientificamente più affidabile, invero, esisterebbe, qualora la strumentazione medica fosse dotata di un dispositivo elettronico di registrazione dei dati (c.d. scatola nera), in grado di registrare su *file logs* ogni *input* e *output* fornito dalla macchina al professionista. In un simile contesto, infatti, sarebbe sufficiente una perizia sulla strumentazione medica per estrarre i *data logs*, senza dovere ricorrere all'intelligenza artificiale in sede di indagine peritale²⁹. Anche questa futuribile alternativa, tuttavia, si orienta verso l'ormai irrinunciabile presenza dell'esperto informatico tra i componenti del collegio dei periti.

A supporto di una maggiore trasparenza e verificabilità scientifica, invero, sarebbe auspicabile standardizzare l'uso anche dell'IA nell'ambito medico, già a partire dalle linee guida. In questo modo, infatti, la scelta di discostarsi dalle soluzioni proposte dall'IA risulterebbe non solo valida ai fini della valutazione della negligenza, ma anche dell'imperizia, ove la condotta non fosse ascrivibile al primo tipo di colpa. Così, il medico che disattendesse le soluzioni proposte dall'IA potrebbe godere della causa di non punibilità per colpa lieve solo se riuscisse a provare che tali soluzioni non risultavano «adeguate alle specificità del caso concreto», ai sensi del vigente art. 590-*sexies* c.p.

²⁸ Così Cass., sez. IV, 13 gennaio 2021, *Verondini*, n. 2096. Conf. Cass., sez. IV, 16 aprile 2019, *Romano Anna Antonia*, n. 32507; Cass., sez. IV, 19 novembre 2015, *Barberi ed altri*, n. 12478; Cass., sez. IV, 3 novembre 2016, *Bordogna e altri*, n. 12175.

²⁹ Cfr. M. FERRAZZANO, L. SUMMA, *La selezione di dati informatici in ambito giudiziario: prassi e modalità operative*, in *Informatica giuridica*, 2022, p. 61 ss.

5. Conclusioni

Si è visto che l'accertamento della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria consiste in un'attività complessa, in cui la collaborazione tra giudice e perito è fondamentale per garantire una valutazione, al contempo, scientificamente attendibile e giuridicamente motivata. In questo contesto, l'introduzione dell'intelligenza artificiale nell'ambito della perizia non appare più solo una possibilità, ma una necessità per ricostruire in modo accurato il contesto clinico-medico esistente all'epoca dei fatti.

Se da un lato l'IA può rappresentare uno strumento di supporto per l'analisi causale dell'evento, la simulazione della condotta dell'imputato e la definizione di un agente modello per la valutazione della colpa medica, dall'altro, è indispensabile riconoscerne i limiti tecnici e i vincoli normativi che ne impediscono l'applicazione nel processo penale.

Per questo motivo, appare essenziale limitare l'uso dell'IA a un'ottica ricostruttiva del contesto clinico-medico da accertare. L'attuale impiego dell'IA nella pratica medica incide inevitabilmente sul processo decisionale e operativo del professionista, rendendo indispensabile per il perito un'analisi approfondita degli strumenti di IA adottati all'epoca dei fatti, per una corretta valutazione del nesso causale e, ancor più, del tipo e del grado di colpa medica.

In tale ambito, la figura del perito informatico diventa essenziale all'interno del collegio peritale, perché garantisce la trasparenza e la scientificità delle simulazioni volte a ricostruire anche il contesto tecnico-informatico in cui versava l'imputato. Si tratta di un'integrazione necessaria, sebbene sia auspicabile una standardizzazione e formalizzazione dell'uso dell'IA in ambito medico, attraverso un'esplicita regolamentazione all'interno delle linee guida, la quale rappresenterebbe una svolta decisiva verso la piena integrazione dell'uso dell'IA nella pratica professionale e, di conseguenza, nell'accertamento della responsabilità medica.

ABSTRACT

The evolution of investigative techniques and the introduction of new technologies in the medico-legal field have progressively enhanced the role of expert testimony in cases of medical malpractice. After reconstructing the legislative and jurisprudential developments that have led to the current formulation of Article 590-*sexies* of the Penal Code, the author examines the issues related to the judicial determination of the causal link and culpability, particularly in light of the increasing use of technological tools and artificial intelligence (AI) in clinical practice. Although the use of AI as a tool for conducting expert evaluations does not yet appear to be legally sustainable, it could, in fact, represent a valuable instrument for simulating the clinical context to be examined in court. From this perspective, the adoption of artificial intelligence as part of the expertise becomes indispensable, through the inclusion of an IT expert in the expert panel (Article 15 of Law No. 24/2017), in order to ensure transparency and rigour in the analysis and reconstruction of the defendant's use, at the time of the events, of medical devices equipped with artificial intelligence.

5.

Il terzo nella giustizia penale straniera e comparata

Sez. 1

La prospettiva nazionale

AUTHORITIES AND PARTICIPANTS BEYOND THE THIRD PARTY IN CRIMINAL PROCEEDINGS: LESSONS AND A REPORT FROM CHINA

SUMMARY: 1. Introduction: Rethinking the Definition of Third Party. – 2. Pretext Challenge: The Primary Parties as the First and Second Parties. – 3. Authorities of Criminal Proceedings in China. – 4. Formal Participants of Criminal Proceedings in China. – 5. The Informal Participants of Criminal Proceedings in China. – 6. Conclusions: Focus on the Specified Parties beyond Third Parties.

1. Introduction: Rethinking the Definition of Third Party

Although the ordinal expression “third party” literally means a singular party, nevertheless the third party in criminal law has not been deemed a singular individual but instead is a plural representative of many diverse subjects. Some definitions of the third party have been constrained into a very limited number of subjects, whereas other definitions have included very extensive parties. Some of the literature has utilized the expression *third party*¹, while in recent decades various branches of the literature have applied the term “*third parties*” to explore the different participants and interests of criminal proceedings². In fact, authors in previous studies tended not to seriously differentiate between the terms “the third party” and “third parties” and thus used both in their publications. Disregarding the difference between a singular party and plural parties, however, it is still very difficult to find a general common-sense meaning across the various definitions and contexts.

In their brief overview of the different meanings of thirdness, in Di Nuzzo and Falcone’s discussion of the concept of thirdness in criminal proceedings, the term seems to «pertain to the involvement and role of individuals or entities beyond the primary parties — the prosecution and the defence»³. In this vein, their concept of thirdness mainly included

* Chair and Professor of the Institute of Criminal Law, Law School of Southwestern University of Finance and Economics. He is an adjunct lawyer practicing in the Sichuan Haoda Law Firm, and he serves as the President of the Asian Criminological Society, China Chapter, and Vice President of the Sichuan Criminal Law Association and Sichuan Criminal Execution Law in China, and others. Correspondence via email: xiongmoulin@swufe.edu.cn.

¹ See H. FRIMAN, *The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party to the Proceedings?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2009, 22(3), p. 485; L. ZEGVELD, *Victims as a Third Party: Empowerment of Victims?*, in *International Criminal Law Review*, 2019, 19(2), p. 321; E. P. PANGALANGAN, *Criminal Evidence: Admissibility of Third Party Declarations against Penal Interest*, in *Ateneo Law Journal*, 1952, 1(4), p. 173.

² See L. J. BARKER, *Third Parties in Litigation: A Systemic View of the Judicial Function*, in *The Journal of Politics*, 1967, 29(1), p. 41; M. ARDEN, *Privacy and Third Parties to Criminal Proceedings*, in *Cambridge Law Journal*, 2017, 76(3), p. 469; S. K. SMITH, *Landlord Liability for the Criminal Acts of Third Parties: Recent Developments in Connecticut*, in *Connecticut Law Review*, 1982, 14(4), p. 843; L. ALEKSANDROVA, E. NIKIFOROVA, *On Some Problems of Protecting Interests of Third Parties in Criminal Proceedings*, in *Russian Juridical Journal Electronic Supplement*, 2019(3), p. 19; H. LORENZ, *Criminal Liability of Third Parties with Regard to Free-Responsible Suicide: New Developments in the German Jurisdiction*, in *Juridica International*, 2019, 28, p. 79; J. A. GILL, *Continuing Criminal Enterprise Statute: Effect of Forfeiture Provisions on Third Parties*, in *Duquesne Law Review*, 1983, 22(1), p. 171.

³ V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Introduction. The Role and Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: Old and New Challenges for Fundamental Rights and Procedural Safeguards*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds), *Third Parties in Criminal Proceedings: A Comparative Law Study*, Cham, 2024, p. 7.

victims, family members of the accused and the victims, witnesses, experts, and other involved parties⁴. In contrast, the third party defined in other discussions is completely different. Some definitions regarding the third party have relied on the objects and targets of offences — that is, the victim or the general public, without specified victims. Sebba focused on victims' interests and called for third-party liability, to address liability for the victims in order to «develop civil-law remedies vis-a-vis persons or organizations that failed to prevent the victimization»⁵. Friman and Zegveld limited the third party to the victim and their call for the victim's participation in international criminal proceedings.⁶ Similarly, Brown defined third parties as «people other than the offender, the direct crime victim, or the general public who are much more directly affected by crime and punishment than the general public»⁷. Barker narrowed informally the participation of third parties as those «sponsoring litigation and filing amicus briefs»⁸.

Given the breadth of the third party on the perspective of evidence, the definitions have been diversified across streams of literature as well. Pangalanga defined the third party as a person (supposedly Abner) who confessed to offences, and the issue of whether the confession should be admitted as evidence against the accused offender (supposedly Palooka)⁹. Alternatively, Tan defined the third party as the previously convicted individuals who are irrelevant to the current cases, saying that «a third party's conviction can be admitted as evidence in criminal proceedings»¹⁰. Pattenden discussed the admissibility of evidence from «a third party who is not available to give oral evidence»¹¹. Taylor defined the third party as «the documents in question were not in the possession of the police but, instead, remained with the company, which was a third party»¹².

Sometimes the third party is denoted by individuals or entities who are irrelevant to the charged person. In the comments for *Khuja v Times Newspapers Ltd.*, Aeden commented that «the appellant failed to obtain an injunction restraining two newspapers from publishing information given about him in a criminal trial in which he had been a third party»¹³. Wenige used third parties to discuss the situation in which third parties are those «not named in the arrest warrant when their homes are searched for a suspect absent their consent or exigent circumstances»¹⁴. Varsam discussed the situation of a pretrial restraining order for the defendant's property, in which this order endangered the third parties, because

⁴ See V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Introduction. The Role and Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: Old and New Challenges for Fundamental Rights and Procedural Safeguards*, cit., p. 7-8.

⁵ L. SEBBA, *Third Parties: Victims and the Criminal Justice System*, 1996, Columbus, p. 337.

⁶ See H. FRIMAN, *The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party to the Proceedings?*, cit., p. 485; L. ZEGVELD, *Victims as a Third Party: Empowerment of Victims?*, cit., p. 321.

⁷ D. K. BROWN, *Third Party Interests in Criminal Law*, in *Texas Law Review*, 2002, 80(6), p. 1385.

⁸ L. J. BARKER, *Third Parties in Litigation: A Systemic View of the Judicial Function*, cit., p. 41.

⁹ See E. P. PANGALANGAN, *Criminal Evidence: Admissibility of Third Party Declarations against Penal Interest*, cit., p. 173.

¹⁰ B. TAN, *Use of Third Party Conviction as Evidence in Susequent Criminal Proceedings*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2016(2), p. 356.

¹¹ R. PATTENDEN, *Admissibility in Criminal Proceedings of Third Party and Real Evidence Obtained by Methods Prohibited by UNCAT*, in *International Journal of Evidence & Proof*, 2006, 10(1), p. 1.

¹² C. TAYLOR, *Third Party Disclosure*, in *Journal of Criminal Law*, 2006, 70(5), p. 377.

¹³ D. M. ARDEN, *Privacy and Third Parties to Criminal Proceedings*, cit., p. 469.

¹⁴ L. O. WENIGE, *Criminal Law and Procedure Searches of Third Party Homes Adequacy of Arrest Warrant to Protect Third Party's Privacy Rights*, in *Tennessee Law Review*, 1982, 49(3), pp. 651-652.

they «hold similar property interests in the defendant's business, a restraint on the business' underlying assets can deprive these third parties of their property interests»¹⁵.

All in all, this literature review for the definition of a third party indicates that it is extremely difficult to define who/what the third party is, for a reason that is simple and straightforward — many subjects must be directly and indirectly included in the criminal proceedings, while different authors have their own research perspectives and interests. Those bilateral aspects and reasons imply that often it is very difficult and sometimes even impossible to identify and categorize into the third party all of the parties that are beyond the primary parties.

2. Pretext Challenge: The Primary Parties as the First and Second Parties

Akin to the issue of defining the third party, the primary parties in criminal proceedings should literally be divided into the first party and the second party. Nevertheless, the equality of criminal proceedings in modern society denotes that all participants should be equal under the law and that none of the participants have any privilege to take advantage of a counterpart, thus rendering it difficult to decide which party should be the first party and which other party should be the second party. Thus, because it is often impossible to decide the first party and the second party, to date there is no literature that defines the first party and the second party. In that light, Di Nuzzo and Falcone utilized the primary parties to describe the prosecution and the defence in an adversarial system, but the respective subjects of the prosecution and the defence may not be clear¹⁶.

On one hand, Di Nuzzo and Falcone utilised the formal participant term “public prosecutor” to represent the prosecution as one primary party, while they used “the accused” to represent “the defence” as another primary party, because without them «a criminal trial is not even conceivable»¹⁷. Their analysis is basically appropriate because both the public prosecutor and the accused are normally the core of criminal proceedings. Nevertheless, thinking about the parties in criminal proceedings as a generalized model, the fundamental problem is whether the primary parties are clear, and if not, how does the third party figure into the situation. Thus, it can be problematic as to whether it is possible to generalize the primary parties as the public prosecutor/prosecution or the accused/the defence. In regard to the prosecution, for example, private prosecutions in some countries have no prosecutor, and the victims might prosecute the offenders as private prosecutors. Moreover, the private attorney acts as the prosecutor in some countries, such as the U.K., and in that situation the prosecutors do not exist in the criminal procedural system at all. Private prosecutors brought only a few cases to the courts many years ago, and times have changed in recent years. For example, according to a recent report, in 2023, 325,256 defendants (26%) dealt with in the magistrate court were from private prosecutors, while 832,865 defendants (66%) were from

¹⁵ N. H. VARSAM, *Assets Held Hostage: Pretrial Restraint of Third-Party Property under Criminal RICO*, in *Washington University Law Quarterly*, 1989, 67(4), p. 1188.

¹⁶ See V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Introduction. The Role and Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: Old and New Challenges for Fundamental Rights and Procedural Safeguards*, cit., p. 7-8.

¹⁷ See V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Introduction. The Role and Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: Old and New Challenges for Fundamental Rights and Procedural Safeguards*, cit., p. 8.

the police, crown prosecution service, or the British transport police¹⁸. Furthermore, regarding the accused, what is the role of defense attorney for the accused? Normally, the defense attorney always represents the accused defendants, but conflicts between lawyers and clients have not been unusual¹⁹. Thus, it is still problematic to unify the defense attorney with the accused, when the accused has declared innocence, but the defense attorney would like to promote a plea bargain.

Importantly, the third party cannot be clear if the primary party is not clear. Di Nuzzo and Falcone regarded the law enforcement entities as the primary parties²⁰, but Taylor believed that the police should not be regarded as the third party²¹. Sometimes law enforcement may act as the prosecutors, depending on the criminal proceedings in different jurisdictions and different offences. In a country in which law enforcement performs prosecutions in summary criminal proceedings or summary trials in magistrate courts, the police may not act as the law enforcement but instead serve as a prosecutor and a quasi-judge for some minor offences or misdemeanours²². Both the police and the prosecutor are bonded together as usual, because the prosecution cannot begin without work completed by the police²³. However, law enforcement entities are normally not prosecutors nor do they conduct the prosecution, in which situations the classification of parties includes a different definition of the third party and/or the primary parties. In some extreme cases, the prosecutors may even act as the police in a city without designated police or with few police²⁴. Furthermore, when we think about the bulk of plea bargains and the role of prosecutors in courts around the world, the prosecutor may actually act as the judges as well²⁵.

In general, then, the precise distinction between the primary parties (first or second) and third parties is very difficult, if we have to insist on the notion and concept of thirdness.

¹⁸ See "Consultation on the oversight and regulation of private prosecutors in the criminal justice system" (March 2025), retrieved on October 7, 2025 from Ministry of Justice, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/67c57c4f72e83aab48866ce8/oversight-regulation-private-prosecutors-consultation.pdf>, p. 11.

¹⁹ See W. I. AURAN, *Attorney and Client: Conflict of Interest - Professional Ethics -Government Attorneys*, in *Dicta*, 1957, 34(2), pp. 123-127; R. A. BURT, *Conflict and Trust between Attorney and Client*, in *Georgetown Law Journal*, 1981, 69(4), p. 1015; D. LISKOV, *Criminal Defendant Perjury: A Lawyer's Choice between Ethics, the Constitution, and the Truth*, in *New England Law Review*, 1994, 28(3), p. 881; R. E. EISENBERG, *The Lawyer's Role When the Defendant Seeks Death*, in *Capital Defense Journal*, 2001, 14(1), p. 55; R. J. MCKOSKI, *Prospective Perjury by a Criminal Defendant: It's All about the Lawyer*, in *Arizona State Law Journal*, 2012, 44(4), p. 1575.

²⁰ See V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Introduction. The Role and Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: Old and New Challenges for Fundamental Rights and Procedural Safeguards*, cit., p. 7.

²¹ See C. TAYLOR, *Third Party Disclosure*, cit., pp. 377-382.

²² See N. FRYE, *Allowing New Hampshire Police Officers to Prosecute: Concerns with the Practice and a Solution*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 2012, 38(2), p. 339 (2012); H. FILIPOVIC, D. JURAS, D. POSILOVIC, *The Role and Status of the Police as Prosecutors in Misdemeanour Proceedings*, in *Croatian Annual of Criminal Sciences and Practice*, 2023, 30(2), p. 605; A. W. DUNPHY, *Police Prosecutors in Rhode Island: The Wisdom of Separate Lanes*, in *Roger Williams University Law Review*, 2024, 29(4), p. 762.

²³ See S. P. KENNEDY, *Prosecutors and Police-Their Common Bond*, in *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1958, 49(4), pp. 367-369; C. PYO, *Prosecutor, Police and Criminal Investigation in Korea: A Critical Review*, in *Journal of Korean Law*, 2007, 6(2), p. 191; S. M. SOKOVIC, V. M. TURANJANIN, D. S. CVOROVIC, *Cooperation between Police and Public Prosecutor - Law and Practice in Serbia*, in *Zbornik Radova*, 2017, 51(2), p. 337; M. ROMERO, *Prosecutors and Police: An Unholy Union*, in *University of Richmond Law Review*, 2020, 54(4), p. 1097.

²⁴ See *Prosecuting in the Police-less City: Police Abolition's Impact on Local Prosecutors*, *Harvard Law Review*, 2021, 134 (5), p. 1859.

²⁵ See M. L. MILLER, *Domination & Dissatisfaction: Prosecutors as Sentencers*, in *Stanford Law Review*, 2004, 56 (5), p. 121; E. LUNA, M. WADE, *Prosecutors as Judges*, in *Washington and Lee Law Review*, 2010, 67(4), p. 1413; M. A. SIMONS, *Prosecutors as Punishment Theorists: Seeking Sentencing Justice*, in *George Mason Law Review*, 2009, 16(2), p.303.

Alternatively, Di Nuzzo and Falcone well recognized that the third parties should be based on the nature of their participation in criminal proceedings, and the designation should connect the third party with formal participants and substantive participants. That is, third parties are «(a) subjects of the criminal proceedings other than formal participants; (b) persons whose fundamental rights are limited by pre-trial measures and procedural activities; and (c) persons whose knowledge and contributions are essential to the fact-finding process (witnesses and experts)»²⁶. Despite using the standard of formal participants, then, what constitutes the difference between the formal and informal participants in criminal proceedings is still unclear. While parties are classified via the “limited” rights, the standards for “limited” are not clear. For example, consider a situation with the accused defined as the primary party, but the right of the accused is still very limited in many ways when we review the wrongly convicted innocents²⁷. Furthermore, when we think about the law enforcement entities as the primary parties, what happens if the police demand the involvement of the court to examine their justification in criminal proceedings? In this situation, with the third party having been defined on the basis of the primary parties (the first and second party), the width and coverage of parties must be mutually each other.

Although there is extensive coverage of third parties other than the primary parties in the adversarial system, admitted or not, the conceptualized third party shall lose many participants in the criminal proceedings. Based on the rich complicatedness of parties in the criminal proceedings, it is impossible to divide the parties into three aspects due to the multiple participants and their diversity as prescribed in a given criminal proceedings law. Even sorting many subjects into the third party, putting them all in the third party means that too many subjects will be classified into a single category. In this light, the third party should not be understood as the ordinal third, but should be understood to be all of the rest of the primary parties. Moreover, if this is correct, it is better to use the term “*other party/parties*” rather than “the third party”.

In this vein, I respectfully maintain that it is not justified to use the third party to cover multiple subjects and participants in criminal proceedings. Although I disagree with the classification of the parties, I do agree to focus on the parties connected with formal participants, fundamental rights, the procedural stage, and the role of fact-findings. Alongside these considerations, I would prefer to classify the parties in criminal proceedings as authorities, formal participants, and informal participants.

In this Chapter, I propose to discuss the parties and also the power or right to explore the possibility of a new classification in limited space. Analytical materials for my discussion are based primarily on the Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China (hereinafter the CPL)²⁸, three Amendments of the CPL²⁹, legal interpretations³⁰, judicial

²⁶ See V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Introduction. The Role and Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: Old and New Challenges for Fundamental Rights and Procedural Safeguards*, cit., p. 10.

²⁷ See M. XIONG, M. MIAO, *Miscarriages of Justice in Chinese Capital Cases*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2018, 41(2), pp. 273-342; M. XIONG, A. ZHENG, *State Compensation of Exonerees in Capital Cases: The Chinese Experience*, in *Asian Journal of Criminology*, 2022, 17(S1), p. 121.

²⁸ See Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China (*zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa*), promulgated on July 7, 1979, and recently amended on October 26, 2018.

²⁹ GUO ZHIYUAN, *Research on the Development of Chinese Criminal Procedure Law in the Past Four Decades*, in *China Legal Science*, 2021, 9(5), p. 4.

³⁰ See K. XIAOHONG, *Legal Interpretation in China*, in *Connecticut Journal of International Law*, 1991, 6(2), p. 491.

interpretations³¹, and other relevant special decisions in China. In China, the judicial interpretations and rules regarding criminal proceedings are used to compensate for the shortage of law in essential places. Among them, the CPL, as amended in 2018, is the newest version of the CPL, and thus it is the centre of my discussion in this chapter. Alongside the relevant rules in detail, some essential references will be cited to help our readers understand the background argued in this chapter. All of the documents are basically taken from the English translation by PkuLaw.com, a state-owned company with a popular database of legal documents in China.

3. *Authorities of Criminal Proceedings in China*

According to Article 3 of the CPL, the authorities of criminal proceedings in China include primarily three authorities — the public security authority (*gongan jiguan*), the people's procuratorate (*renmin jianchayuan*), and the people's court (*renmin fayuan*)³². While authorities in different stages are quite different in the entire proceedings, as usual, some new authorities have been incorporated into the criminal system. Although Article 3 has not changed in the last 40 years, it should not be understood as the full authority, but only as a very general authority. The public security authorities are responsible for criminal investigations, detentions, executions of arrest warrants, and interrogations for regular criminal cases. The people's procuratorates are responsible for procuratorial supervision, approval of arrests, investigation of cases directly accepted by the procuratorial authorities, and the initiations of public prosecutions. The people's courts are responsible for trials and sentencings. Nevertheless, the CPL has authorized many other authorities to exercise these powers of criminal proceedings for different crimes and different procedures. Therefore, some key issues are: How do authorities conduct their criminal proceedings activities, and what and who are the "other authorities" in China? This subsection will introduce the wide range of authorities in accordance with their duties in criminal proceedings.

A. Investigative Authorities

A criminal investigation is the first stage in criminal proceedings in any country. Because the CPL is the unique criminal procedural law in China, it authorizes seven authorities to investigate criminal cases. Notably, Article 3 of the CPL only indicates the relationships of the public security authority, procuratorate, and courts, and it does not tell the full relationships among authorities that are mentioned in all of the articles of the CPL.

³¹ See L. WEI, *Judicial Interpretation in China*, in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 1997(5), p. 87; W. SHIZHOU, *The Judicial Explanation in Chinese Criminal Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995, 43(4), p. 569.

³² See R. G. FOX, *Structure of the Criminal Prosecution and Trial Process in the People's Republic of China*, in *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1983, 16(3), p. 133; D. G. ROJEK, *The Criminal Process in the People's Republic of China*, in *Justice Quarterly*, 1985, 2(1), p. 117; M. K. LEVITZ, *The Criminal Justice System of China: The Role of the Judge, Prosecutor and Defence*, in *Advocate (Vancouver Bar Association)*, 1989, 47(1), p. 89; D. C. TURACK, *The New Chinese Criminal Justice System*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 1999, 7(1), pp. 49-72; X. JINWEN, *New Developments in Chinese Criminal Procedure Law*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2001(7), pp. 1-6; B. YIN, P. DUFF, *Criminal Procedure in Contemporary China: Socialist, Civilian or Traditional*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, 59(4), p. 1099; J. A. COHEN, *Reforming China's Criminal Procedure: An Introduction to this Symposium*, in *Columbia Journal of Asian Law*, 2011, 24(2), p. 213.

(1) The public security authority. According to Para.1 of Article 19 of the CPL, investigation of criminal cases shall be conducted by public security authorities, except as otherwise provided for by law. In this vein, public security authorities are responsible for investigating and collecting evidence in criminal cases³³.

(2) The people's procuratorate. According to Para.2 of Article 19 of the CPL, a people's procuratorate is eligible to investigate two types of offences. The first type of offence is judicial misconduct in the proceeding activities that infringes upon a citizen's rights or damages the fair administration of justice, such as false imprisonment, torture, or illegal search or any other crime³⁴. The second type of offence is serious crimes committed by any staff member of a government authority by abuse of power, which is normally under the jurisdiction of a public security authority and should apply on the conditional needs to open an investigation under the decision of the provincial people's procuratorate or a higher level. While according to the joint military file Notice about Criminal Cases Jurisdiction prescribed in Chapter X of the Criminal Law of the People's Republic of China (hereinafter the "Military Criminal Jurisdiction") published by the General Political Department of the Chinese People's Liberation Army, Military Court and Military Procuratorate, nine crimes committed by military forces (Article 425, 427, 428, 429, 432, 437, 442, 443, and 445) should be directly investigated by military procuratorates, while other serious crimes committed by a military officer may also be investigated by military procuratorates, if the Military Procuratorate of the People's Liberation Army decides so³⁵.

(3) The national security authority (*guojia anquan jiguan*). According to Article 4 of the CPL, national security authorities shall handle criminal cases regarding national security, thereby performing the same functions as those of public security authorities. Although the CPL does not clarify what national security is and what constitutes the case range of national security, the range of national security must be at least some offenses prescribed by the Articles from 102 to 112 in Chapter I of Criminal Law of the People's Republic of China (hereinafter the CL)³⁶.

(4) The military security departments (*jundui baowei bumen*). According to Para. 1 of Article 308 of the CPL, the military security departments have the authority to investigate criminal cases that occur within the armed forces. The CPL does not clarify the relevant range of cases committed by the armed forces, but Article 308 literally indicates that all criminal cases should be inclusive once the perpetrators are serving in the military. The joint notice *Military Criminal Jurisdiction* clearly indicates that the Military Security Department is

³³ See A. N. CHITOV, *Public Security and Police Law in China*, in *Pravovedenie* 2022(1), pp. 5-18; G. YIFEI, G. JIAN, *On Open Criminal Law Enforcement of the Public Security Organs in China*, in *China Legal Science*, 2014, 2(1), p. 3.

³⁴ See S. QIAN, *Procuratorate System Reform*, in *China Legal Development Yearbook*, 2010(4), p. 215.

³⁵ See The General Political Department of the Chinese People's Liberation Army, Military Court and Military Procuratorate "Notice about Criminal Cases Jurisdiction Prescribed Chapter X in Criminal Law of People's Republic of China (*zhongguo renmin jiefangjun zhongzhengzhibu, junshi fayuan, junshi jianchayuan guanyu zhonghua renmin gongheguo xingfa di shizhang suolie xingshi anjian guanxia fanwei de tongzhi*)", published on October 12, 1998. Also see K. BEN, *The Reform of China's Military Procuratorate since 2016: Exploration and Prospects*, in *Journal of Politics and Law*, 2025, 18(4), p. 1.

³⁶ See F. HUALIN, R. CULLEN, *National Security Law in China*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1996, 34(2), p. 458.

responsible for investigating more than 20 types of crimes, described from Article 421 to Article 447 in Chapter X of the CL³⁷.

(5) The China Coast Guard (*zhongguo haijingjun*). According to Para. 2 of Article 308 of the CPL, the China Coast Guard shall exercise the authority to investigate criminal cases that occur at sea. Normally, the smuggling of drugs and goods comprises the majority of such criminal cases³⁸. Meanwhile Article 4 of the Customs Law of the People's Republic of China echoes that the coast guard will have its own police officers, who shall be responsible for the investigation, detention, arrest, and preliminary examination of smuggling³⁹.

(6) The prisons (*jianyu*). According to Para. 3 of Article 308 of the CPL, crimes committed by prisoners shall be investigated by the prisons. Article 60, Prison Law of the People's Republic of China, echoed Article 308 of the CPL and legislated further that the prison should prepare a written prosecution opinion and transfer to the people's procuratorate, along with the case file and evidence, after an investigation has been closed⁴⁰.

(7) The supervision commissions (*jiancha jiguan*). The National Supervision Commission (*guojia jiancha weiyuanhui*) and its subordinate system of commissions were incorporated into the CPL in 2018 to combat rampant corruption in China⁴¹. Although the CPL does not mention the supervision commissions specifically in terms of their authority for investigation, nevertheless Articles 170 and 172 recognize the investigative authority of the supervision commissions for corruption-related offences committed by public officials⁴². While Article 3 of the People's Republic of China Supervision Commission Law stipulates that the supervision commissions conduct oversight of public officials exercising public power and investigate duty-related violations and crimes⁴³, Articles 29 through 43 of the Regulation on the Implementation of the Supervision Law of the People's Republic of China lists 101 crimes, taking up nearly 20% of all of the crimes described in the CL⁴⁴.

B. Prosecution Authorities

Prosecution is the role of the people's procuratorate in China, but the inner levels in the procuratorate system are arranged differently on the basis of the severity and the category

³⁷ See The General Political Department of the Chinese People's Liberation Army, Military Court and Military Procuratorate. "Notice about Criminal Cases Jurisdiction Prescribed Chapter X in Criminal Law of People's Republic of China, cit.

³⁸ See Y. SHI, *China: China's Coast Guard Law: Interpretations and Implications*, in *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, 2021, 6(2), pp. 300-308.

³⁹ See Customs Law of the People's Republic of China (*zhonghua renmin gongheguo haiguan fa*), promulgated on January 22, 1987, and recently amended on April 29, 2021.

⁴⁰ See Prison Law of the People's Republic of China (*zhonghua renmin gongheguo jianyu fa*), promulgated on December 29, 1994 and recently amended on October 26, 2012.

⁴¹ See L. LI & P. WANG, *From Institutional Interaction to Institutional Integration: The National Supervisory Commission and China's New Anti-Corruption Model*, in *China Quarterly*, 2019, p. 967; T-D NGUYEN, *Reform or Transform: The Rise of China's National Supervision System*, in *Balkan Social Science Review*, 2024, 23, p. 285.

⁴² See X. LIN, W. WU, *Something Lost, Something Gained: Changed in China's Procuratorate in Response to the Reform of the National Supervision System*, in *China Law and Society Review*, 2021, 6(1), p. 79.

⁴³ Supervision Commissions at all levels are the specialized organs responsible for exercising state oversight functions. They shall, in accordance with this Law, conduct oversight of public officials exercising public power (hereinafter referred to as "public officials"), investigate duty-related violations and crimes, build integrity and carry out the anti-corruption work, and maintain the dignity of the Constitution and the law. See Supervision Law of the People's Republic of China, promulgated on March 20, 2018 and recently amended on December 25, 2024.

⁴⁴ See National Supervision Commission, "Regulation on the Implementation of the Supervision Law of the People's Republic of China (*zhonghua renmin gongheguo jiancha fa shishi tiaoli*)", promulgated on September 20, 2021 and amended on June 1, 2025.

of criminal offences⁴⁵. According to Article 3 of the CPL, the people's procuratorates are responsible for procuratorial supervision, approval of arrests, investigation of cases directly accepted by the procuratorial authorities, and initiation of public prosecutions. Although the CPL does not directly indicate that procuratorates in the inner system are differently arranged, Article 176 of the CPL stipulates that the authority of prosecution should be referred to the trial jurisdiction rules of court. Accordingly, the prosecutions must be arranged differently throughout the entire four levels in China's criminal procedural system.

According to Article 12 of the Organic Law of the People's Procuratorates of the People's Republic of China, the people's procuratorates are divided into the Supreme People's Procuratorate (hereinafter the SPP), the local people's procuratorates at all levels, and the military procuratorates and other special people's procuratorates⁴⁶. In addition, Article 13 further divides the local peoples' procuratorates into three levels: the provincial level, the district city level, and the basic level⁴⁷. Regarding the military procuratorates, according to Military Temporary Rules Concerning Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (hereinafter the "*Military Temporary Rules*") published by the Central Military Commission, the military procuratorates are divided into the People's Liberation Army Military Procuratorate, military theatre procuratorates, and military corps procuratorates⁴⁸. The special procuratorates include the forest procuratorates, as the branch of the people's procuratorates established in 1980⁴⁹, and the railway transportation procuratorate, as the branch of the people's procuratorates recovered in 1982 and updated in 1987⁵⁰. Despite many reforms of the procuratorates in the last thirty years, the national procuratorate system and its authority of prosecution has not changed. Basically, the prosecutorial authority can be divided into the following seven sections.

⁴⁵ See C. YU, *The Recent Development of China's System of Procuratorate Public Interest Litigation*, in *Environmental Law Reporter News & Analysis*, 2018, 48(6), p. 10467; G. GINSBURGS, A. STAHNKE, *The People's Procuratorate in Communist China: The Period Of Maturation, 1951-54*, in *China Quarterly*, 1965(24), p. 53; X. LIN, W. WU, *Something Lost, Something Gained: Changed in China's Procuratorate in Response to the Reform of the National Supervision System*, in *China Law and Society Review*, 2021, 6(1), p. 79; S. QIAN, *Procuratorate System Reform*, in *China Legal Development Yearbook*, 2010(4), p. 201.

⁴⁶ See Organic Law of the People's Procuratorates of the People's Republic of China (*zhonghua renmin gongheguo renmin jianchayuan zuzhi fa*), promulgated on September 21, 1954 and recently amended on October 26, 2018.

⁴⁷ Article 13 stipulates, the local people's procuratorates at all levels shall be divided into: (a) the people's procuratorates at the provincial level, including the people's procuratorates of provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government; (b) the people's procuratorates at the districted city level, including the people's procuratorates of municipalities directly under the jurisdiction of provinces or autonomous regions, the people's procuratorates of the autonomous prefectures, and the branches of the people's procuratorates of provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government; and (c) the basic people's procuratorates, including the people's procuratorates in counties, autonomous counties, cities not divided into districts, and districts directly under cities. See Organic Law of the People's Procuratorates of the People's Republic of China, cit.

⁴⁸ See Central Military Commission, "Military Temporary Rules Concerning Criminal Procedure Law of People's Republic of China (guanyu jundui zhixing zhonghua renmin gongheguo ruogan wenti de zanzing guiding)", promulgated on July 21, 1998.

⁴⁹ See The Ministry of Forest, Ministry of Justice, Ministry of Public Security, and The Supreme People's Procuratorates, "Notices on the Establishment and Maintenance of Organic Structure about Public Security, Procuratorates, and Court in Vital Forest (guanyu jian zhongdian linqi jianli yu jianquan linye gongan, jiancha, fayuan zuzhi jigou de tongzhi)", promulgated on December 1, 1980.

⁵⁰ See The Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate, "Notice on the Issues Concerning Revocation of Railway Transportation High Court and National Railway Transportation Procuratorates (guanyu chexiao tielu yunshu gaoji fayuan he quanguo tielu yunshu jianchayuan youguan wenti de tongzhi)", promulgated on April 15, 1987.

(1) People's procuratorates at the district level are responsible for ordinary cases. According to Article 20 of the CPL, a basic people's court shall have jurisdiction over ordinary criminal cases as a court of first instance, with the exception of cases under the jurisdiction of the people's court at a higher level, as provided by the CPL. In this vein, people's procuratorates at the district level shall submit the charge against the offender to the district level.

(2) People's procuratorates at the city level are responsible for special cases and capital cases. According to Article 21 of the CPL, people's procuratorates at the city level have the prosecutorial authority for the following criminal cases, and are parallel with an intermediate people's court in having jurisdiction for the first instance: cases regarding causing a compromise of national security or conducting terrorist activities, and crimes punishable by life imprisonment or the death penalty.

(3) People's procuratorates at the provincial level are responsible for significant cases at the provincial level. According to Article 22 of the CPL, provincial people's procuratorates have the prosecutorial authority to prosecute criminal cases which are significant in a province, as a court of first instance at the provincial higher court. Nevertheless, the provincial procuratorates have never conducted a prosecution as the first instance in the past thirty years.

(4) The Supreme People's Procuratorate (SPP) is responsible for significant cases nationwide. According to Article 23 of the CPL, the SPP shall prosecute significant cases as the Supreme People's Court (hereinafter the SPC), trying the significant cases in the entire nation. Nevertheless, the SPP normally does not prosecute criminal cases, and the only record is the Special Prosecution Office of the SPP having tried two cases, against Jiang Qing and Lin Biao and their antirevolutionary groups⁵¹. After the end of the trials for these antirevolutionary cases, both the Special Prosecution Office and the Special Branch of the SPC were abolished immediately and have not been re-established in the subsequent decades⁵².

(5) Railway transportation procuratorates are responsible for prosecuting the cases that happen in railway jurisdictions.

(6) Forest procuratorates are the branch of people's procuratorates that is responsible for prosecuting cases that happen in forest jurisdictions.

(7) Military procuratorates are responsible for prosecuting military offences committed by military service members. Although Article 28 of the CPL stipulates that the jurisdiction of specialized people's courts shall be provided for separately, nothing about military procuratorates is specified in any place in the CPL. Instead, the military files known as *Military Criminal Jurisdiction* and *Military Temporary Rules* designates the special jurisdiction for military offences⁵³.

⁵¹ See "Adjudication File of Special Branch of The People's Republic Court (*zhonghua renmin gongheguo zuigao renmin fayuan tebie fating panjueshu*)", *Judicature* (*renmin sifa*) 3:1 (1981).

⁵² See "The Fifth National People's Congress Standing Committee Decision on Revoking Special Prosecuting Office of the People's Supreme Procuratorate and Special Branch of the People's Supreme Court (*diwujie quanguo renmin daibiao dabui changwu weiyuanhui guanyu chexiao zuigao renmin jianchayuan tebie jianchating he zuigao renmin fayuan tebie fating de jueyi*)", *People's Judicature* (*renmin sifa*) 3: 12 (1981).

⁵³ See The General Political Department of the Chinese People's Liberation Army, Military Court and Military Procuratorate, "Notice about Criminal Cases Jurisdiction Prescribed Chapter X in Criminal Law of People's Republic of China (*zhongguo renmin jiefangjun zongzhengzhibu, junshi fayuan, junshi jianchayuan guanyu zhonghua renmin gongheguo xingfa di shizhang suolie xingshi anjian guanxia fanwei de tongzhi*)", published on October 12, 1998; Central Military Commission, "Military Temporary Rules Concerning Criminal Procedure Law of People's Republic of

C. Trial Authorities

In every country, criminal cases normally must be tried by courts. According to Article 12 of the Organic Law of the People's Courts of the People's Republic of China, the people's courts are divided into the SPC, the local people's courts at all levels, and the special people's courts. Article 13 then indicates that the local people's courts at various levels are divided into higher people's courts, intermediate people's courts, and basic people's courts, and Article 15 indicates that the special people's courts include military courts, maritime courts, intellectual property courts, financial courts, and so on⁵⁴. In China, courts for trials of criminal cases consist of general courts at four levels, as well as the special courts, including the military courts, forest courts⁵⁵, and railway courts⁵⁶. However, the maritime courts, intellectual property courts, and financial courts do not have criminal jurisdiction.

According to Article 3 of the CPL, the people's courts are responsible for trials and sentencings, while no other authority, organization, or individual shall exercise such powers. According to Articles 20 through 23, courts at four levels have different jurisdictions as the court of first instance, while the trials of appeals should be at the upper level. The CPL has no clear rules about specialized courts for trials, but instead prescribes that the jurisdiction of specialized people's courts shall be provided for separately in Article 28. Along with the *Military Temporary Rules*, military courts are divided into the People's Liberation Army Military Court, military theatre courts, and military corps courts. The special courts, including the forest courts and the railway courts, are divided into a quasi-basic court level and an intermediate court, as well⁵⁷.

(1) Basic people's courts try ordinary criminal cases. According to Article 20 of the CPL, the basic people's courts shall have jurisdiction over ordinary criminal cases as the trial court of first instance, except when other regulations are prescribed in the CPL.

(2) Intermediate people's courts try serious and capital cases. According to Article 21 of the CPL, the intermediate people's court shall have jurisdiction over three types of criminal cases as the trial court of first instance: cases endangering national security, cases of terrorist activities, and cases punishable by life imprisonment or the death penalty should be tried at the intermediate courts of the first instance.

(3) Higher people's courts try significant criminal cases at the provincial/municipality/autonomous regional level. According to Article 22 of the CPL, a

China (*guanyu jundui zhixing zhonghua renmin gongheguo ruogan wenti de zanxing guiding*)", promulgated on July 21, 1998.

⁵⁴ See Organic Law of the People's Courts of the People's Republic of China, promulgated on September 21, 1954 and recently amended on October 26, 2018.

⁵⁵ See The Ministry of Forest, Ministry of Justice, Ministry of Public Security, and The Supreme People's Procuratorates, "Notices on the Establishment and Maintenance of Organic Structure about Public Security, Procuratorates, and Court in Vital Forest (*guanyu jian zhongdian linqi jianli yu jianquan linye gongan, jiancha, fayuan zuzhi jigou de tongzhi*)", promulgated on December 1, 1980.

⁵⁶ See The Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate. Notice on the Issues Concerning Revocation of Railway High Court and National Railway Procuratorates (*guanyu chexiao tielu yunshu gaoji fayuan he quanguo tielu yunshu jianchayuan youguan wenti de tongzhi*), promulgated on April 15, 1987.

⁵⁷ See The Ministry of Forest, Ministry of Justice, Ministry of Public Security, and The Supreme People's Procuratorates, "Notices on the Establishment and Maintenance of Organic Structure about Public Security, Procuratorates, and Court in Vital Forest (*guanyu jian zhongdian linqi jianli yu jianquan linye gongan, jiancha, fayuan zuzhi jigou de tongzhi*)", promulgated on December 1, 1980; The Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate, "Notice on the Issues Concerning Revocation of Railway High Court and National Railway Procuratorates (*guanyu chexiao tielu yunshu gaoji fayuan he quanguo tielu yunshu jianchayuan youguan wenti de tongzhi*)", promulgated on April 15, 1987.

higher people's court shall have jurisdiction over the significant criminal cases which are influential in a province/autonomous region or municipality, as the court of first instance. However, it should be noted that there has been no case tried in these higher courts as the trial court of first instance, during the past several decades.

(4) the SPC tries significant cases nationwide. According to Article 23 of the CPL, as a court of first instance the SPC shall have jurisdiction over the significant criminal cases which are influential for the entire nation. Again, however, the only trial record of the SPC as the trial court of first instance were the cases of Jiang Qing and Lin Biao and their antirevolutionary groups⁵⁸. After the end of these antirevolutionary cases, the Special Branch of the SPC was abolished immediately and has not been re-established in the decades since⁵⁹.

(5) Specialized people's courts, including the military courts, forest courts, and railway transportation courts, have the trial authority over given jurisdictions, when the parallel procuratorates prosecute the criminal cases accordingly. For example, the railway transportation courts have tried criminal cases that happened within the railways' jurisdiction and were prosecuted by railway transportation procuratorates. According to the official news published by the SPC in 2012, there are 17 intermediate railway courts and 58 basic railway courts in China nationwide⁶⁰.

(6) Courts trying the private prosecution cases. According to Article 1 of The Interpretation of Criminal Proceedings Law published by the SPC (hereinafter the CPL Interpretation), three types of private prosecution cases are directly accepted by the people's courts: (a) cases to be handled only upon an accusation prescribed in Articles 246, 257, 260, and 270 of the CL; (b) minor cases in which the victims have evidence to prove, but the procuratorates have not accused the offender, and are prescribed in Articles 234, 245, 252, 258, 261, Section one and seven in Chapter three, and offenses punishable by less than three years as prescribed in Chapters Four and Five in the CL; and (c) cases in which the victim has evidence to prove that the defendant has infringed upon his or her personal or property rights, but public security authorities or the people's procuratorates have decided not to subject the defendant to criminal liability⁶¹. While according to Subsection 3 of the *Military Criminal Jurisdiction*, the Military Courts shall theoretically try cases of Abandoning Military Casualties (Article 444) and Mistreating the Captured Persons (Article 448) as a private prosecution. Nevertheless, basically no such type of case has happened in practice, partly because no war has occurred in the last thirty years⁶².

⁵⁸ See Adjudication File of Special Branch of The People's Republic Court (zhonghua renmin gongheguo zuigao renmin fayuan tebie fating panjueshu), Judicature (renmin sifa), no.3 (1981) 1-11.

⁵⁹ See The Fifth National People's Congress Standing Committee Decision on Revoking Special Prosecuting Office of the People's Supreme Procuratorate and Special Branch of the People's Supreme Court (*diwujie quanguo renmin daibiao dabui changwu weiyuanhui guanyu chexiao zuigao renmin jianchayuan tebie jianchating he zuigao renmin fayuan tebie fating de jueyi*), People's Judicature (renmin sifa) no.3 (1981): 12.

⁶⁰ See All Railway Court Nationwide Transferred to Local (quanguo tielu fayuan quanbugaizhi yijiao defang), the Supreme People's Court, published on July 31 2012, retrieved October 28, 2025 at <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/4349.html>.

⁶¹ See The Supreme People's Court, Interpretation by the Supreme People's Court on the Application of the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China, promulgated on September 2, 1998, and recently amended on January 26, 2001.

⁶² See The General Political Department of the Chinese People's Liberation Army, Military Court and Military Procuratorate. Notice about Criminal Cases Jurisdiction Prescribed Chapter X in Criminal Law of People's Republic of China. (*zhongguo renmin jiefangjun zongzhengzhibu, junshi fayuan, junshi jianchayuan guanyu zhonghua renmin gongheguo xingfa di shizhang suolie xingshi anjian guanxia fanwei de tongzhi*), published on October 12, 1998.

While the trial authorities in China are organically divided, courts in the upper level may as the court of first instance try cases which normally should be tried by the courts at lower levels of jurisdiction. Accordingly, the court at the lower level may apply for a case to be transferred to the court at the upper level for trial. According to Article 24 of the CPL, when necessary, a people's court at an upper level may try a criminal case of a lower court, and alternatively the lower court may request and transfer the case to the next level up for trial.

D. Execution Authorities

(1) Public security authorities are responsible for the execution of pretrial measures. Public security authorities — that is, police authorities — are responsible for pretrial measures to arrest and detain the offenders. First, detention (*julin*) and release shall be executed by police authorities. According to Article 3, again, public security authorities are responsible for criminal investigations, detentions, and executions of arrest warrants. While Para. 2 of Article 67 regulates that bail shall be executed by a public security authority, Para. 3 of Article 74 regulates that residential confinement shall be executed by a public security authority⁶³. In general, all detentions, bails, and residential confinements against the criminal suspect and defendant should be executed by public security authorities (i.e., the police and police station). Second, according to Article 80, arrests (*daibu*) shall be executed by police authorities, relying on the approval of the procuratorate or the decision of the court.

(2) Public security authorities are responsible for the execution of pretrial incarcerations and some kinds of penalty⁶⁴. First, according to Articles 85 and 93, the detainee and arrestee shall be immediately transferred to a jail for custody (*kan shousuo*), in affiliation with public security authorities. Second, according to Article 264, a fixed-imprisonment sentenced criminal whose remaining term of the penalty is less than three months shall be incarcerated by the jail, while a convict sentenced to limited incarceration (*juyi*) shall be incarcerated by the public security authorities. Third, according to Article 270, regarding a convict sentenced to deprivation of political rights, the penalty shall be carried out by the public security authority.

(3) Prison authorities are responsible for imprisonments and death sentences with suspension⁶⁵. According to article 264 of the CPL, a convict sentenced to the death penalty with a two-year suspension, life imprisonment, or fixed-term imprisonment shall be delivered by the jail to a prison for execution of the sentenced penalty.

(4) Community correction institutions are responsible for the execution of non-incarceration-based corrections⁶⁶. According to Article 269 of the CPL, a convict who is

⁶³ See J. HERRMANN, *Chinese Criminal Procedure Reform of 2012: How Much Reform Did It Bring*, in *Peking University Law Journal*, 2013, 1(1), pp. 177-178.

⁶⁴ See M. XIONG, S. WEI, *Unequal Treatment in Pretrial Detention in China*, in *British Journal of Criminology*, 2017, 57(6), p. 1398.

⁶⁵ See E. E. MILLER, *Prison Industries in the People's Republic of China*, in *Prison Journal*, 1982, 62(2), pp. 52-57; M. LIN, *Economic Challenges and Prison Renovation in Reform China*, in *University of Pennsylvania Asian Law Review*, 2022, 17(3), pp. 403-440; M. LIN, *Legal Functions of the Prison System and State Legitimacy in Communist China*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 2023, 40(1), p. 43.

⁶⁶ See D. ZHANG, D. D. IRWIN, S. JIANG, H. ZHANG, S. HUANG, *Staffing Composition, Offender Profiles, and Supervision in China's Community Corrections*, in *Prison Journal*, 2019, 99(3), p. 285; E. LI, *The Rhetoric and Practice of Community Corrections in China*, in *Asian Journal of Criminology*, 2017, 12(2), p. 143; S. JIANG, E. G. LAMBERT, X. JIN, D. XIANG, M. SHI, D. ZHANG, *Correlates of Organizational Commitment among Community Correctional Officers in China*, in *Prison Journal*, 2018, 98(1), p. 60; X. YANG, *Community Corrections Programs in China: New Forms of Informal Punishments?*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 2017, 19 (1), p. 49.

sentenced to supervision without incarceration (*guanqzhi*), probation, or court-decided parole (*jiashi*), or who is temporarily serving a sentence outside an incarceration facility (*zanyu jianwai zhixing*), shall be subject to community correction, which shall be carried out by a community correction institution.

(5) Courts are responsible for the execution of death sentences with immediate execution and a fine. According to Article 262, the intermediate court shall deliver the convict for execution within seven days after receiving an execution order from the SPC. In addition, according to Article 271, when a convict is sentenced to a fine but has failed to pay the fine within a specified period, a people's court shall compel the convict to pay.

4. Formal Participants of Criminal Proceedings in China

According to Item (4) of Article 108 of the CPL, *litigation participants* (*susong canyuren*) are the litigation's parties, legal representatives, litigation representatives, defenders, witnesses, identification or evaluation experts, and interpreters. Therefore, this term *litigation participants* refers to the formal participants, while the remaining participants not mentioned above are the informal participants. The specific definition for types of litigation participants and formal participants should be understood throughout articles in the CPL.

A. The Parties

According to Item (2) of Article 108 of the CPL, the term “parties” (*dangshiren*) includes a victim, a private prosecutor, a criminal suspect, a defendant, and a plaintiff or defendant in an incidental civil action.

(1) Victim (*shoubairen*). The CPL does not include a definition of the term “victim”, so the range and width of what constitutes a victim is not clear. While Article 101 of the CPL mentions the relevant definition about the rights of a victim, «Where a victim has suffered any material loss as a result of the defendant's crime», the qualifications and definitions of victims in the CPL itself are not clear in three situations: (a) whether the entities should be a victim, (b) whether the victim without material loss should be the victim, and (c) whether the victim who suffered injuries or death should be a victim.

(2) Private prosecutor (*zisuren*). The CPL does not define the qualifications and definition of a “private prosecutor”, it only mentions the cases and processes of private prosecutions. According to Article 210 of the CPL, private prosecutions include three types, as discussed below, but no details are clarified in the CPL. Instead, Article 1 of Interpretation by the Supreme People's Court on the Application of the CPL (hereinafter the “CPL Interpretation”) interprets further rules about cases of private prosecution⁶⁷.

First, private prosecutions include cases to be handled only upon complaint in accordance with the CL. Specifically, they are: taking another's property as described in Article 270, public insult or slander of others in Article 246, interference with other's freedom of marriage as detailed in Article 257, and mistreatment of family members, as described in Article 260.

Second, private prosecutions including minor criminal cases which the procuratorates have not prosecuted may be transferred to private prosecutions if they are punishable by

⁶⁷ See The Supreme People's Court, “Interpretation on the Application of the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (*zuigao renmin fayuan guanyu shiyong zhonghua renmin gongheguo xingshi susongfa de jieshi*)”, promulgated on January 26, 2021.

fixed imprisonments with a maximum of three years. On one hand, five types of single crime are possible for transfer to private prosecutions, if the procuratorate fails to prosecute offenders. The five crimes are: intentional injury in Article 234, illegal intrusion into residences, as prescribed in Article 245, infringing on an individual's right of communication freedom, as described in Article 252, bigamy, as detailed in Article 258, and abandonment, as outlined in Article 261, all of which can be private prosecutions. On the other hand, multiples crimes legislated in some subsections and chapters in the CL can also be transferred to private prosecutions: offenses of manufacturing and selling fake and shoddy goods, as described in Section 1 of Chapter III, offenses under Infringement of Intellectual Property Rights, as detailed in Section 3 in Chapter III, and other offences, as prescribed in Chapters IV and V, with a fixed maximum of a three-year imprisonment.

Third, private prosecutions may be initiated by a private prosecutor, when the public security authorities and procuratorates have decided not to seek criminal responsibility. One such situation could be a case in which a proved offense has been perpetrated against individual and property rights, but the public security authority or a people's procuratorate has decided not to subject the defendant to criminal liability. In this situation, the victim or their representative may initiate a private prosecution.

(3) Criminal suspects (*fanzhui xianyiren*). The CPL does not have a definition of the term "criminal suspect", so it is not clear who and what situations should be considered a criminal suspect. For example, according to Article 31 of Criminal Law about Unit Crime, entities and corporations should be eligible to be criminals. However, the CPL does not mention any term describing what sort of entity (*danwei*) can be a criminal suspect, although the CL describes entity crime (*danwei fanzhui*). Thus, it is unclear whether an entity or the representative of an entity should be liable for qualification as a suspect.

(4) The defendant (*beigaoren*). Because the CPL does not have a definition of the term "defendant", the range and qualifications of defendants are not clear in three aspects: whether defendants are different between the procuratorate and the private prosecutors, between the identical civil and criminal charges, and between unit and individual offences. All of these differences are unclear in the CPL.

(5) The plaintiff of an incidental civil prosecution (*fudai minsbi susong de yuangao*). The CPL does not define the term "plaintiff" in an incidental civil prosecution, nor does the CPL Interpretation define this plaintiff, although the term is mentioned many times throughout the law. For example, according to Article 101 of the CPL, the victim may launch a private prosecution, and the plaintiff should be the victim thereof. However, nothing about the definition of plaintiff has been introduced in the CPL. In this light, if the victim was dead or an underage individual, whether the legal representative or a close relative of the victim would be the person who institutes the incidental civil action as plaintiff is not clear.

(6) The defendant of an incidental civil action (*fudai minsbi susong de beigao*). Neither the CPL nor the CPL Interpretation defines the term "the defendant" in an incidental civil action. Although Article 101 confirms that the defendant of an incidental civil action should be the defendant in criminal proceedings, the situation is unknown when the defendant is dead or not qualified for criminal responsibility due to being underage.

B. Legal Representatives

The CPL defines legal representatives (*fading dailiren*), but the logics of legal representatives are problematic in some aspects. According to Item (3) of Article 108, "legal representative" means a parent, a foster parent, a guardian of the represented person or a representative from a government authority or social organization with a duty to protect the

person represented. While this rule includes a representative from a government authority or social organization, it is not clear who and why the representative should be either of these entities. Furthermore, what and who should be the represented person (*bei dailiren*) is also not clear.

Legal representative is a CPL term only, whereas the term “guardian” is taken from civil law. According to the Civil Code of the People’s Republic of China (hereinafter the Civil Code), sometimes the guardian is a parent as a child’s legal representative, but sometimes the guardian is not in any way related to being a legal representative⁶⁸. For example, according to Article 27 of the Civil Code, legal representatives are different in two respects. On one hand, parents are the guardians of a juvenile under the age of 18. On the other hand, grandparents, brothers, sisters, other close relatives, and other individuals and organizations are all eligible to be a guardian when the parents are unable to guard. At the same time, only parents and foster parent are eligible to be the child’s legal representatives, according to Article 108 of the CPL. Meanwhile, according to Article 32 of the Civil Code, the department of civil affairs, the community committee, and the village are eligible to be guardians, when the above-described guardians are not available in accord with Article 108 of the CPL. However, representatives from a government authority or social organization with a duty to protect the represented person have not been mentioned in the Civil Code.

C. Litigation Representative

According to Item (3) of Article 108 of the CPL, the term “litigation representative” (*susong dailiren*) refers to one person or two persons designated to participate in proceedings on behalf of participants, when employed by (a) a victim, legal representative, or close relative in a case of public prosecution, (b) a private prosecutor or the legal representative in a case of private prosecution, and (c) a party or the legal representative in an incidental civil action. In this vein, a litigation representative, as the representative of a victim or a private prosecutor, must be different from the representative representing a criminal suspect or the defendant in criminal charges launched by the public prosecutor, simply because the litigation representative represents the victim, and the private prosecutors, and the charged defendant, in civil litigations. According to Article 47 of the CPL, both the employment process and the qualification of litigation are the same as those for the defense representatives prescribed in Article 33.

According to Article 33, the litigation representative can be one or two persons who are: (a) a lawyer, (b) a person recommended by a people’s organization or by the employer of the criminal suspect or defendant, or (c) a guardian, relative, or friend of the victim in a public prosecution, or a private prosecutor, or the charged defendant in a civil identical litigation. Nevertheless, a litigation representative with negative circumstances cannot be employed in general as a representative. Specifically, when the person is serving a criminal sentence, is legally deprived or restricted, or has been expelled from a public office, or is a lawyer or notary whose license has been revoked, that person shall not serve as a defender. In contrast, there is no limitation for the guardian or any close relative of the victim in a public prosecution, or for a private prosecutor, or for the charged defendant in civil identical litigation, to be allowed to serve as a litigation representative.

D. Defender

⁶⁸ See The Civil Code of People’s Republic of China, promulgated by National People’s Congress on May 28, 2018.

The CPL does not define the term “defender” (*bianburen*), although the word defender appears 197 times in the CPL. Alternatively, as was just mentioned, Article 33 of the CPL states that a criminal suspect or defendant may retain one or two defenders. Despite there being no definition of who constitutes a defender, Article 33 lists that the following should be eligible to serve as the defender of the suspect and the defendant: lawyer(s), person(s) recommended by a people’s organization or by the employer of the criminal suspect or defendant, and a guardian, relative, or friend of the criminal suspect or defendant.

Again, in this situation, three types of persons shall not serve as the defender of a criminal suspect and the defendant, as was the case for the litigation representative. That is, a person who is serving a criminal sentence, or a person whose personal freedom is deprived of or restricted in accordance with the law, shall not serve as a defender. Likewise, a person who has been expelled from a public office or whose practicing license as a lawyer or notary has been revoked shall not serve as a defender. Here, too, there is however no restriction for serving as the defender if the person is the guardian or a close relative of a criminal suspect or defendant.

E. Witness

The CPL also does not define the term “witness” (*zhengren*), although the word witness is mentioned 72 times in the document. Still, Article 62 indicates the duty of a witness and the disqualifications of a witness, while yet leaving the definitions of witness unclear. According to Para. 1 of Article 62 of the CPL, any person who has information regarding a case shall have the obligation to testify as a witness, but a physically or mentally handicapped person or a minor who cannot distinguish between right and wrong or who cannot correctly express themselves shall not serve as a witness. Problems arise with the omission in the CPL of well-defined descriptions of what constitutes the obligation to testify and of the physically or mentally handicapped person or a minor.

However, Article 80 of the CPL Interpretation further indicates that the following personnel may not serve as witnesses: physically or mentally handicapped persons, or minors, who have no corresponding capacity to distinguish between right and wrong or who cannot correctly express themselves; persons with a stake in the case that may impact the justice in the handling of the case, including qualified staff and unqualified employees affiliated with any supervisory, public security authority, or judicial authorities, who have exercised the powers of supervisory investigations and criminal proceedings, including crime scene investigations, examinations, searches, impoundments, and an organization of identification. Meanwhile, Article 80 also indicates that, wherever it is impossible for qualified personnel to serve as witnesses for objective reasons, the relevant circumstance shall be indicated in materials of transcripts, and the relevant activities shall be audiotaped and videotaped throughout the process.

F. Identification Experts

The CPL also does not define the term “identification experts” (*jiandingren*), although it is found 20 times in the text. According to Article 146, where certain special issues in a case need to be clarified in order to solve the case, persons with expertise shall be assigned or retained to conduct an identification or evaluation. It seems therefore that the identification experts are persons with expertise, but experts with expertise in the CPL have another stated role. According to Article 197, the public prosecutor, a party, the defender, or the litigation representative may request the court to call a person with expertise to appear before court to offer an opinion, testifying about the opinion of the identification expert. Whereas expertise is the unique qualification of identification experts, this qualification has

another role to testify against the opinion of identification experts. In addition, the CPL is quite vague in its definitions of expertise and expert. In other words, whether the identification experts really possess their expertise does not have a standard for adjudication.

According to Article 3 of the Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on the Administration of Judicial Authentication, the identification entities and identification experts are regulated by the judicial administrative department.⁶⁹ Anyone who has a professional technical title, has practicing qualifications relating to the relevant judicial authentication activities, and has 10 years or more of working experience, is eligible to apply to be an identification expert. Nevertheless, Article 4-3 of the Notice Regarding Conducting an Overhaul of Judicial Authentication Institutions and Authentication Experts (hereinafter the *Notice of Overhaul Judication Identification*), promulgated by the General Office of the Ministry of Justice, reveals eleven types of misconduct committed by identification experts⁷⁰. It is unknown how many instances of misconduct have occurred in real judicial identifications, but the number of wrongful convictions in capital cases indicates that the occasions of unprofessional and fake identifications are significant in nearly all the capital cases⁷¹.

G. Interpreter

Nor does the CPL define the term “interpreter” (*fanyi ren*), although this term is mentioned five times. According to Para.1 of Article 9 of the CPL, the interpreter under “citizens of all nationalities (*gemingzhu gongmin*)” should work only for Chinese Citizens who are not familiar with the local trial language. However, decisions about what the local language is, and interpretation from what kind of language to what other kind of language, are not entirely clear, although Para. 2 of Article 9 indicates that the local language should be used in areas of minority and multiple ethnicities.

⁶⁹ The judicial administrative department of the State Council shall be responsible for the management of the register of authenticators and authentication institutions throughout the country. The judicial administrative department of a provincial people's government shall, under this Decision, be responsible for registering the authenticators and authentication institutions, creating rosters and making announcements. See The Standing Committee of the National People's Congress, “Decision of The Standing Committee of the National People's Congress on the Administration of Judicial Authentication (*quanguo renda changweibhui guanyu sifa jianding guanli wenti de jue ding*)”, promulgated on February 28, 2005 and revised on April 14, 2015.

⁷⁰ Strictly supervising practices. The handling of complaints, reports and public complaints, among others, relating to forensic identification and evaluation shall be comprehensively verified. Focus shall be put on an overhaul of the following violations of laws and regulations committed by forensic identification and evaluation institutions and forensic identification or evaluation experts, including but not limited to: (1) Engaging in any identification and evaluation activity without qualification or beyond their scope; (2) Refusing to be entrusted without justification; (3) Being entrusted as a forensic identification or evaluation expert privately; (4) Engaging in any forensic identification and evaluation activity in violation of the rules for forensic identification and evaluation procedures; (5) Refusing to appear in court as a witness without justification; (6) Committing any improper conduct, such as paying kickbacks or referral fees, providing false information in publicity, or setting up acceptance sites of cases in violation of regulations; (7) Violating the responsibility system for identification or evaluation experts to provide expert opinions based on the intention of the client or for any particular purpose; (8) Deliberately raising or lowering the grade of disability or otherwise conducting false identification or evaluation; (9) Failing to disqualify themselves when they ought to do so; (10) Leasing, lending or transferring any practice license; or (11) Charging fees in violation of regulations. See, by the General Office of the Ministry of Justice, “Notice from the General Office of the Ministry of Justice regarding Conducting an Overhaul of Forensic Identification and Evaluation Institutions and Forensic Identification or Evaluation Experts (*sifabu bangongting guanyu kaizhan sifa jianding jigou he jiandingren qingli zhengdun gongzuo de tongzhi*)”, promulgated on March 25, 2020.

⁷¹ See M. XIONG, M. MIAO, *Miscarriages of Justice in Chinese Capital Cases*, cit., p. 273.

To solve the issue of the unclarified meaning and parameters of interpretation, Article 401 of the CPL Interpretation indicates that a criminal trial for a foreigner who is the offender should use the general language and words, and should offer interpreters for foreign offenders. In other words, the Interpretation of the CPL compensates for the CPL's vagueness, and it has become the rule that the courts arrange for interpreters for foreign criminals in the practice of criminal proceedings in China. Although the previous research has indicated that the courts offer language assistance for foreigners, it is noticeable that the CPL is unclear about what language assistance is essentially effective for foreigners⁷². Nevertheless, due to the lack of regulations in the CPL about language translation and the use of interpreters, the quality of interpretation and of the interpreters themselves faces the challenge of illegality. As indicated by the recommendation initiated by Chief Judge Shujiang Wang in Sichuan Province Higher Court, the issues surrounding the use of interpreters in criminal proceedings suffer many challenges about the quality of their interpretation, the qualifications of the interpreters, and their legitimacy in the CPL⁷³.

5. *The Informal Participants of Criminal Proceedings in China*

A. *The School-Dispatched Representative*

The use of a school-dispatched representative (*xuexiao paqian daibiao*) involves some special roles similar to those of the quasi-legal representatives of juvenile offenders. On one hand, the school-dispatched representative may play the role of presenting the proceedings for a juvenile offender, when seeking to avoid an inappropriate interrogation and trial against the juvenile. According to Article 281 of the CPL, during the interrogation and trial of a juvenile criminal case, a school representative may be notified to be present in the court trial, and relevant circumstances shall be recorded. Meanwhile, if the school-dispatched representative deems that the case-handling personnel have infringed upon the juvenile's lawful rights and interests in the course of interrogation or trial, the school representative may present an opinion. The interrogation or court transcripts shall be handed over and read aloud to the representative. In another situation, the school-dispatched representative may be present at the court trial for a juvenile suspect and defendant. According to Article 285, although juvenile criminal cases shall be not allowed for public trial, the school may arrange for a representative to present the trial, with the consent of the juvenile offender or their legal representative.

B. *The Juvenile Protection Organization-Dispatched Representative*

According to Article 281 and Article 285 of the CPL, the juvenile protection organization (*wei chengnianren baohu zuzhi*) may play the two quasi-legal representative roles for juvenile offenders, just as the school-dispatched representative can in the criminal proceedings.

C. *Agents of the Parties*

⁷² See S. LIU, M. XIONG, B. LIANG, *The Death Penalty for Foreign Drug Offenders in China: Legal Protection and Equal Treatment*, in *European Journal of Criminal Policy Research*, 2019, 25(4), p. 427.

⁷³ See X. FEINI, *National Congress Representative Wang Shujiang: Call for Adding Interpretation Chapter to Manage Criminal Judicial Interpretation in the Criminal Proceedings* (*quanguo renda daibiao Wang Shujiang: Jianyi zai xingshi susong Zhong zhengshe fanyi zhuanzhang guifan xingshi sifa fanyu*), in *Sichuan Legal News* (*sichuan fazhi bao*), retrieved October 21, 2025 at <https://www.scfzbs.com/tt/202503/82917819.html>.

According to Article 30 of the CPL, judges, prosecutors, and investigators shall not accept treats and gifts from the parties and their agents, and they shall not meet the parties and their agents in violation of relevant legal provisions. In this light, the agents of the parties (*dangshiren weituo de ren*) become an informal participant in criminal proceedings. Although the definition of the agent of the parties is not clear, the agent should include the defender and the litigation representative. However, the coverage of agents may be beyond anyone who represents the parties.

D. Basic Organization

The “basic organization” (*jiceng zuzhi*) plays a role as the recipient of messages and notifications, and as a quasi-legal representative’s role as the school representative. According to Article 270 of the CPL, for a convict who has been sentenced to deprivation of political rights, once the offender finishes serving the sentence, the executing authority shall notify the basic organizations at the place of the offender’s residence. According to Article 281, if the legal representative is unable to be present, or if the legal representative is an accomplice, the basic organization shall be notified to be present, both during the interrogation and the trial of a juvenile criminal case. While the representative of the basic organization is present, he or she may exercise the procedural rights of the juvenile criminal suspect or defendant on behalf of juvenile offender.

E. Entities

Entities (*danwei*)—that is, the work unit or the employer — play many roles in criminal proceedings. While some of those roles are very solid, with the right of proceedings promulgated in the CPL, some roles are very weak and unclear. These roles can be generalized as the following.

(1) Role akin to the defendant’s family member to act in the defense for the defendant. According to Article 33, entities may have the right to recommend a defender for the suspect or the defendant.

(2) Role as the witness. According to Article 43 of the CPL, a defense lawyer may investigate and gather evidence from the entities, while the defense lawyer may also apply to the procuratorate or the people’s court for an investigation and gathering of evidence. According to Article 54 of the CPL, the courts, procuratorates, and public security authorities have the right to gather evidence, or require the submission of evidence, from the relevant entities, while the entities must provide true evidence.

(3) Role as the protector of a witness. According to Article 65 of the CPL, when a working witness testifies, the entities may not deduct the salary, bonus, welfare, or other remuneration of that witness.

(4) Duty to protect the crime scene. According to Article 129 of the CPL, any entity shall have the duty to protect a crime scene and immediately notify a public security authority to send personnel to conduct a crime scene investigation.

(5) Duty to provide evidence and cooperation. According to Article 137 of the CPL, any entity shall have the obligation to hand in physical evidence, documentary evidence, audio-visual evidence, and other evidence to prove the defendant’s guilt or innocence, once the procuratorate or public security authority requires it to do so. In addition, according to Article 144 of the CPL, the relevant entities and individuals shall provide cooperation to the investigation by the procuratorate or public security about, and/or shall freeze, the deposits, remittances, bonds, stocks, fund shares, and other property of criminal suspects. According to Para. 4 of Article 154 of the CPL, the relevant entities shall provide cooperation and keep

relevant information confidential, when a public security authority takes technical investigation measures in accordance with the law.

(6) Notification of information about the criminal suspect and/or the defendant. According to Article 79, the bailed suspect or suspect with residential confinement shall be notified with the information of their bail or confinement termination in a timely manner. Article 107 of the CPL stipulates that summonses, notices, and other court documents may be received by a responsible person for the entities. Article 178 legislates that the employer entity of a criminal suspect shall be notified of a decision not to prosecute the criminal suspect.

(7) Reporting of the criminal facts. According to Article 110 of the CPL, any entity that discovers any facts of a crime or a criminal suspect shall have the right and the obligation to report the crime or criminal suspect to authorities. Article 129 legislates that any entity shall have the duty to protect a crime scene and immediately notify authorities.

(8) Role as message recipients. According to Article 270, once the convicted criminal finishes the deprivation of his or her political rights, the execution authority shall notify his or her employer of that fact.

(9) Role as the quasi-legal representative of juvenile offenders. According to Article 281, during the interrogation and trial phases of a juvenile criminal case, the adult representative from the entities of the juvenile criminal suspect or defendant may be notified to be present, following notification that the offender's legal representative is unable to be present, and relevant circumstances shall be recorded. When functioning as the offender's quasi-legal representative, the representative of entities may exercise the procedural rights on behalf of the juvenile suspect or defendant.

F. Person with Expertise

Despite the CPL's mentions of the person with expertise (*juyou zhuanmen zhishi de ren*), the CPL does not define that role clearly. However, the CPL indicates that they may apply the rules of identification experts. Although the person with expertise is not one of the identification experts, he or she nevertheless is someone who has special knowledge beyond the coverage of identification experts. On one hand, according to Article 128 of the CPL, during the criminal investigation, the investigators may invite persons with expertise to conduct a crime scene investigation or examination under the direction of the investigators, and on the other hand, according to Article 197 of the CPL, the party or the defender or litigation representative shall have the right to request a person with expertise to appear before the court in order to offer an opinion against the expert opinions of the identification experts.

G. Sign Language Experts

Sign language experts (*tongxiao longya shoushi de ren*) are persons familiar with the sign language used for communication with hearing- and speech-impaired persons. Notably, the sign language experts cannot be understood as interpreters, because the content of sign language only serves for the hearing- and speech-impaired persons. According to Article 121 of the CPL, when a criminal suspect who suffers from hearing or speech impairment is interrogated, the sign language interpreter shall participate in the interrogation, and that shall be noted in the transcripts. Nevertheless, the CPL does not establish any standard about the sign language experts, nor does it tell what action should be taken if the sign language experts have wrongly or inappropriately translated.

H. The Duty Lawyer

The duty lawyer (*zhìbān lǚshī*) is not the defendant's defense lawyer, but instead is a representative of a legal aid agency in the court, jail centre, and the like⁷⁴. The duty lawyer's role is not as the defense lawyer, but only to act as a representative of a legal assistance entity to serve as the minimum guarantee of criminal proceedings when both a private defender and public defender are not available. Aiming to provide legal services for each criminal, the CPL amendment of 2018 requires the legal aid agency to dispatch a lawyer for defendants who have not hired a private lawyer, to offer legal advice and be present when the defendants sign a plea agreement with the prosecutor⁷⁵. According to Article 36 of the CPL, if a criminal suspect or defendant does not appoint a defender, and no legal aid agency designates a lawyer to defend him or her, a duty lawyer shall provide the criminal suspect or defendant with legal assistance, such as legal advice, recommendations on the selection of procedures, application for the modification of compulsory measures, and offering of opinions on the handling of the case.

According to Article 173 of the CPL, the prosecutor shall hear the opinions of the duty lawyer and record those opinions, and the written opinions of the duty lawyer shall then be attached to the case file. Where the criminal suspect admits guilt and executes a plea bargain, the prosecutor shall hear the opinions of the duty lawyer about criminal facts and sentencing recommendation, the procedures and other opinions, and shall record their opinions. While according to Article 174, the criminal suspect shall sign any plea bargain entered into, that signing must in the presence of the duty lawyer, on the condition that the presence of the defender is not available.

I. Eyewitness on Site

Although the eyewitness on site (*jiānzǐhèngren*) is mentioned six times throughout the CPL, there is no definition of the eyewitness. In general, the role of an eyewitness is not just as a witness but includes much more complicated roles to maintain the legitimacy of activities in the criminal proceedings. Usually, the eyewitness on site should include neighbours and other individuals. According to the CPL, rules about eyewitnesses on site can be divided into the following types.

(1) Role as a recipient of a summons or documents. According to Article 107, summonses, notices, and other court documents shall be served upon the addressee personally. However, if the addressee or a recipient on his or her behalf refuses to receive such documents or refuses to sign or seal them, the process server may request that the addressee's neighbours or other eyewitnesses be present and sign it as the eyewitness on site. After the deliveryman explains the situation to the eyewitness on site, he may leave such documents at the addressee's residence, recording the fact of refusal and the date of service on the service acknowledgment. After this procedure, such documents shall then be deemed to have been served.

(2) Role as an eyewitness of the criminal scene. According to Article 133, the investigation or examination at a crime scene shall be recorded as transcripts, and then shall be signed or sealed by the investigation or examination participants and eyewitnesses.

(3) Role as an eyewitness of criminal searches and seizures, and impoundments. According to Articles 133–142, the offender should be on site when authorities conduct any

⁷⁴ See The Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, the Ministry of Public Security, Ministry of National Security and Ministry of Justice, "Notice on the Measures for the Work on Legal Aid Duty Lawyers (*guānyú fǎwù yuánzhù lǚshī gōngzuò bānfǎ de tōngzhī*)", promulgated on August 20, 2020.

⁷⁵ See Y. WU, *On the effect of the Chinese version of speedy trial and Plea bargaining pilot programs: observation from DUI cases in Fujian Province*, in *Crime, Law and Social Change*, 2020, 74 (4), p. 481.

criminal searches, seizures, and impoundments, while his or her family members, neighbours, or other eyewitnesses shall be present. These criminal activities should be recorded in transcripts, and signed or sealed by the investigators and the person under search, or other eyewitnesses.

6. Conclusions: Focus on the Specified Parties beyond Third Parties

Given the shortage of information and agreement about the third party in the wealth of previous literature, and with the challenges of the primary parties advocated by Di Nuzzo and Falcone, this chapter invites law professors and criminologists to discard the constraining term of “third party” in criminal proceedings. After careful reviews by the authorities, formal participants, and informal participants in the CPL in China, it must be understood that both the primary parties and the third party (and even parties) are so restrictive that many subjects will be ignored if we use the term third party. Simply because we numerically limit our concern to just the first three parties in the criminal proceedings, while we dismiss many subjects beyond the third from our concerns.

Although I am not certain whether global society shares all of the commonalities I have discussed here with China’s system, I am confident that every country shares at least similarities with most of the many subjects prescribed in the CPL of China. Although literally and theoretically we can define that the third party comprises all of the parties other than the accused and the prosecutor, in fact, the third party encompasses too many to be covered. In this light, what criminal proceedings should be concerned with is not only the third party, but *all* of the subjects in criminal proceedings.

All of the rights of every subject in criminal proceedings are critical to completing the purpose of criminal punishment and the return of justice. I would remind the reader that the third party is too vague and extensive, because criminal proceedings law in each country must prescribe many of the specified subjects. When the procedural law legalists (or proceduralists) make every effort to review the procedural justice in criminal proceedings, what we should do is not to reject and ignore the full range of rights to which criminal participants are entitled in the proceedings. Alternatively, proceduralists may need to review the rights of every participant in many aspects, and they may need to determine the faults of criminal proceedings law, aiming to further legislate the specified rules for each participant in time.

To achieve the best justice if we can, and the next best justice if the best is impossible, the optimal way to consider proceedings rules is just to consider all subjects, dividing them into the authorities, the formal participants, and the informal participants. In this vein, what the criminal proceedings law should do is to restrain the power of the authorities, and to enlarge and specify the rights of the participants, whether they are formal or informal participants. There are never enough rules, nor are the rules perfect enough, to cover the criminal proceedings in the global society, but we may act toward achieving the best criminal proceedings rules possible, step by step. Accordingly, I encourage proceduralists to examine the legal defaults and even the vacuums of criminal proceedings, focusing on the imbalance of authorities and non-authorities, addressing the disparity between formal participants and informal participants. Only by proceduralists painstakingly reviewing the legal articles in criminal proceedings law, will the inequalities and shortages of procedural rules in criminal proceedings law be able to be addressed and changed.

Given the limitations of topic and space, this chapter does not explain and compare the specific differences for proceedings rules between authorities and non-authorities in China, nor is it able to sketch out the discrepancy between formal participants and informal participants. Despite this, however, I believe that some basic rules that I have tried my best to display in this chapter will help readers to understand the current rules of criminal proceedings in China. Continuous efforts are essential in this topic, and I encourage more professors of Chinese law to participate in an international discussion. Perhaps beyond the issues of third party, a change from focusing on the first three subjects to the last three subjects will make more sense for criminal proceedings in the future.

ABSTRACT: Authorities and Participants beyond the Third Party in Criminal Proceedings: Lessons and a Report from China

While we acknowledge that law professionals are concerned primarily with the procedures of justice for the primary parties, the third party is becoming important to ensure a balance of judicial fairness and protect all parties' rights in criminal proceedings. Procedural legalists have painstakingly addressed the existing and missing rules relating to the third party, and as a result, theoretical concerns are inspiring a wide response to the call for more substantial procedural rules for the third party. Nevertheless, criminal participants in all countries and jurisdictions are very complicated, and countless subjects are prescribed in criminal proceedings law. Whatever definition scholarship has put forth to define thirdness and the third party (and perhaps third parties), the coverage of the third may still face the risk of ignoring the rich body of scholarship necessary to address the remaining participants. In this vein, what legalists must reflect on is whether the very limited serial number three and ordinal number third can explain the richness of subjects in criminal proceedings. In this chapter, the author offers lessons from the perspective of China to help scholars understand the diversity of subjects and the possible challenges associated with the third party in legal processes, after a careful review of criminal proceedings law and relevant files. Drawing on lessons addressed to global scholars, the author calls for a new classification to divide subjects of the law into authorities, formal participants, and informal participants.

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA*

LOS TERCEROS Y LA JUSTICIA PENAL EN COLOMBIA

SUMARIO: 1. Los terceros en el proceso penal. – 1.1. Víctima en el proceso penal ordinario con acción penal pública. – 1.2. Víctima en el proceso penal abreviado con acción penal privada o particular. – 1.3. Las víctimas del conflicto armado en Colombia y la Jurisdicción Especial para la Paz. – 2. Terceros diferentes a la víctima en el proceso penal. – 2.1. La Policía Judicial en Colombia. – 2.2. Los terceros en los actos de indagación preliminar e investigación. – 2.3. Los testigos en Colombia. — 2.4. El Ministerio Público como representante de la sociedad en el proceso penal. — 3. Derechos fundamentales y garantías de terceros. – 3.1. Los derechos y garantías de la víctima en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. – 3.2. Armonización del derecho internacional en la legislación nacional (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). – 4. Terceros en el ámbito de la prevención y el control de la delincuencia. – 4.1. Función preventiva de la Policía Nacional. – 5. Terceros y nuevos medios de investigación penal. – 6. Las nuevas tecnologías y la protección de terceros en las diligencias previas al juicio. – 6.1. Legalidad. — 6.2. Debido proceso. – 6.3. Presunción de inocencia. – 6.4. Intimidad. – 6.5. Protección de datos personales. – 6.6. Derecho al propio entorno virtual o derecho a la protección del entorno virtual. 7. Terceros en procedimientos judiciales. – 7.1. El derecho de los terceros a ser oídos equitativamente. – 7.2. El derecho de los terceros a no ser cuestionados. – 7.3. La protección de los testigos vulnerables.

1. *Los terceros en el proceso penal*

1.1. *Víctima en el proceso penal ordinario con acción penal pública*

Constitucionalmente, en Colombia a la víctima se le reconoce su calidad de “interviniente especial” dentro del proceso penal, mas no de parte dentro del mismo, ya que no le asisten los poderes y derechos que son atribuidos a la Fiscalía y a la defensa a fin de provocar una decisión judicial basada en la “posición jurídico-procesal”.

La Corte Constitucional interpreta que, bajo el principio de tutela judicial efectiva, la víctima debe gozar de las mismas oportunidades de que goza el imputado, porque ambos son los protagonistas para la resolución del conflicto a la luz de la “justicia restaurativa”.

Sin embargo, la Corte ha precisado que la etapa de juzgamiento es de carácter adversarial, lo que conlleva la confrontación entre dos partes, acusador y acusado, así como

* Abogada, magíster y doctora en Derecho Procesal. Investigadora, integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal (Universidad de Medellín). Ha sido coordinadora académica tanto de la Maestría como del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo (Universidad de Medellín). Directora administrativa y financiera de la Universidad de Medellín.

la no posibilidad de varios acusadores en contra de un acusado. En ese sentido, consideró que las garantías del procesado se cumplen si se preserva ese carácter adversarial, y precisó que la participación de la víctima como acusador adicional y distinto del fiscal generaría desigualdad de armas y una transformación del sistema adversarial en la etapa del juicio¹.

De lo anterior surge entonces, que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal dependen de la etapa de que se trate y, en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio. De ese modo, en el proceso penal la víctima cuenta con diversas oportunidades de intervención, en función de la fase procesal en la que participe. De acuerdo con la Sentencia T-372 del 2020², la Corte Constitucional expresa:

«De esta consagración constitucional se derivan tres mandatos para hacer efectivos los derechos de las víctimas en el proceso penal: **1) su participación no se limita a alguna actuación específica, sino que están facultadas para intervenir autónomamente durante toda la actuación**; 2) el sistema de investigación y juzgamiento, al tiempo que se encuentra regido por los principios de igualdad entre las partes y contradicción, concede una especial protección a las víctimas y, por lo mismo, 3) promueve el restablecimiento de sus derechos y la reparación integral por los daños ocurridos». (Negrita fuera del texto)

Así, la víctima está facultada para interponer una denuncia o querrela según el tipo de delito, y con esta acción da origen a la noticia criminal y activa la acción penal. Además, la víctima, durante la fase de indagación y atendiendo a lo expresado en esta misma sentencia, tiene una participación mayor que en las demás fases del proceso penal, toda vez que en la fase de indagación el objetivo se centra en esclarecer la ocurrencia o no del delito, por ende, se recolectan evidencias que están íntimamente ligadas a la víctima.

En ese sentido, desde la fase de indagación y en todo el trámite procesal, toda persona que acredite al menos sumariamente la calidad de víctima tiene derecho a recibir información sobre algunas de las cuestiones del trámite o procedimiento, para esto puede elevar solicitudes o comunicarse directamente con el fiscal. Sin embargo, este derecho tiene límites: si la información es reservada o clasificada, la Fiscalía no está obligada a compartirla con las víctimas, aun cuando estas la soliciten. No obstante, el fiscal deberá responder a la petición y justificar su negativa, según lo establecido en la Sentencia T-372 de 2020:

«En efecto, dada la importancia estructural que el sistema procesal penal de tendencia acusatoria otorga a la participación de la víctima y a su derecho “a saber”, es necesario que la decisión que resuelve sobre la reproducción de determinados documentos satisfaga criterios de razonabilidad. Cualquier resolución que el ente investigador adopte, deberá contener una justificación consistente. En tal sentido, dentro de un plazo razonable, deberá entregar la información o exponerle a la víctima las razones imperiosas en que se funda su negativa. La ausencia de justificación redundará en un desconocimiento, entre otros, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia»³.

Adicionalmente, uno de los deberes de la Fiscalía en la fase de indagación es tener una comunicación constante y activa con las víctimas, para lograr la identificación de los hechos

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-209/07. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

² Corte Constitucional, Sentencia T-372 del 2020. M. P.: Alejandro Linares Cantillo.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2020.

jurídicamente relevantes de la conducta. Sin embargo, si la Fiscalía determina que no hay mérito para realizar una imputación de cargos, la víctima debe tener la posibilidad de conocer esta decisión y oponerse al archivo del expediente si corresponde, lo cual constituye otra de las facultades que poseen las víctimas en el proceso penal para la protección de sus derechos. En los términos de la Sentencia C-1154 de 2005:

«Como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos»⁴.

En síntesis, en la fase de indagación la víctima puede presentar solicitudes al fiscal para acceder a la información del proceso, para el reconocimiento de su calidad de víctima o para la imposición de medidas de protección, entre otras peticiones pertinentes al caso de acuerdo con la Ley 906 del 2004⁵.

Por otro lado, las facultades de la víctima en fase de investigación también son importantes. Por ejemplo, en esta fase la víctima tiene la posibilidad de solicitar por sí misma una medida de aseguramiento cuando la Fiscalía lo omita o se niegue, aunque sea razonable y justificado hacerlo. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-209 del 2007, declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 306, 316 y 342 del Código de Procedimiento Penal (CPP) de acuerdo con la siguiente consideración:

«Finalmente, esta omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, en la medida que la deja desprotegida en circunstancias apremiantes o ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber de proteger a las víctimas y testigos de posibles hostigamientos o amenazas, y de solicitar las medidas necesarias para promover los fines previstos en el artículo 308 de la ley, los cuales guardan estrecha relación con los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia»⁶.

El máximo órgano constitucional le otorga a la víctima la facultad de solicitar medidas de protección o aseguramiento cuando sus intereses se vean vulnerados por la actuación de la Fiscalía. Para ello, debe sustentar la solicitud y cumplir con los trámites legales correspondientes.

Adicionalmente, la víctima puede participar y estar presente en las negociaciones y preacuerdos que realicen los procesados con la Fiscalía⁷, aunque su opinión no es determinante para las partes ni para el juez, pues lo que se pretende con su participación es que en los términos del acuerdo se busque la protección de sus intereses y su efectiva reparación. Sin embargo, una vez que el juez de conocimiento apruebe el preacuerdo, las víctimas pueden promover las acciones que busquen su reparación cuando consideren que el preacuerdo fue insuficiente o insatisfactorio para sus intereses.

En cuanto al principio de oportunidad, la víctima puede participar de diversas maneras. A nivel procesal, el juez de control de garantías, ante quien se presenta la solicitud, debe escuchar a las víctimas en audiencia y considerar sus intereses antes de decidir su aplicación.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1154 del 2005. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Congreso de la República, Ley 906 del 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

⁶ Corte Constitucional, C-209 del 2007. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ Según la Sentencia C-516/07 de la Corte Constitucional. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Además, la procedencia de ciertas causales del principio de oportunidad, contempladas en el artículo 324 del CPP, exige medidas específicas en favor de las víctimas. Por ejemplo, en la causal primera, el fiscal debe verificar que se haya realizado la reparación del daño o que se haya prestado caución para garantizarla; en la causal 14, es necesario que se ofrezcan alternativas a las víctimas para la satisfacción de sus intereses y, en el caso de la causal 16, aplicable a delitos que implican enriquecimiento ilícito, los bienes obtenidos deben ser entregados al fondo para la reparación de las víctimas. No obstante, en las 17 causales establecidas, se exige que el procesado se someta a trámites que garanticen la reparación integral de la víctima, ya sea antes de dar lugar a la suspensión del procedimiento de pruebas o durante su desarrollo. En consecuencia, la víctima desempeña un papel fundamental en la aplicación del principio de oportunidad, tanto en el cumplimiento de la causal como en el proceso mismo.

Además, en la audiencia de solicitud de preclusión la víctima puede participar activamente y oponerse de ser necesario, no obstante, y dando continuidad al proceso penal, la postulada víctima en la audiencia de formulación de acusación puede ser formalmente reconocida como tal, por ende, se le nombra un representante legal, y se le ofrece la posibilidad de realizar su descubrimiento probatorio con las evidencias que pretenda hacer valer en juicio. Asimismo, en la audiencia preparatoria la víctima puede participar, e incluso puede realizar sus propias solicitudes probatorias⁸ y participar de la audiencia en iguales condiciones que la Fiscalía y la defensa.

Sin embargo, la participación en el juicio oral es limitada toda vez que su papel se entiende como un interviniente, de modo que no puede practicar pruebas directamente ni a través de su representante, por lo cual, es la Fiscalía la entidad encargada de realizar la práctica probatoria, y en su participación incorpora las preguntas que desea incluir la víctima en el interrogatorio de un testigo, lo cual se lleva a cabo para garantizar la igualdad de armas en el proceso, tal y como se expresa en la Sentencia C-260 del 2011⁹. No obstante, la víctima sí puede presentar sus alegatos de conclusión en la audiencia de juicio oral a través de su representante cuando el juez le otorgue la palabra.

Finalmente, según la Corte Constitucional, la víctima tiene derecho a impugnar decisiones que afecten sus intereses, como la preclusión o la sentencia absolutoria¹⁰. Además, si existe una sentencia condenatoria en firme, la víctima puede promover un incidente de reparación integral ante el mismo juez de conocimiento, con el fin de obtener una indemnización por los daños sufridos como consecuencia del delito, o también tiene la opción de acudir a la jurisdicción civil con el mismo propósito.

De todo lo anterior se deriva que, a la luz del CPP y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la víctima puede:

- Solicitar la práctica de pruebas anticipadas (CPP art. 284 inciso 2. Exequibilidad condicionada, Sentencia C-209/07, «también la víctima»).
- Estar presente en la audiencia de formulación de la imputación (CPP art. 289. Exequibilidad condicionada, Sentencia C-209/07, «también la víctima»).

⁸ De acuerdo con la Sentencia C-454 de 2006 de la Corte Constitucional. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-260 del 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-004 del 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

- Solicitar la imposición de medida de aseguramiento, por incumplimiento de obligaciones de detención domiciliaria, medidas de protección. Solicitud directa de la víctima (CPP arts. 306, 316, 342, Sentencia C-209/07).
- Allegar o solicitar elementos probatorios para oponerse a la petición de preclusión de la investigación (CPP art. 333. Exequibilidad condicionada, Sentencia C-209/07, «también la víctima»).
- Intervenir en la audiencia de formulación de acusación para elevar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles impedimentos, recusaciones o nulidades (CPP arts. 339, 340. Exequibilidad condicionada, Sentencia C-209/07).
- Solicitar al juez el descubrimiento de elementos probatorios específicos (CPP art. 344. Exequibilidad condicionada, Sentencia C-209/07).
- En la audiencia preparatoria, hacer observaciones sobre el descubrimiento de medios cognoscitivos (CPP art. 356. Exequibilidad condicionada, Sentencia C-209/07).
- Solicitar la práctica, la exclusión, el rechazo o la admisibilidad de medios de prueba (CPP arts. 357, 358, 359. Exequibilidad condicionada, Sentencia C-209/07, «también la víctima»).
- Puede controvertir la prueba aducida por la Fiscalía en aplicación del principio de oportunidad ante el juez de control de garantías (CPP arts. 327, 328 inciso 2. Sentencia C-209/07, «también la víctima»).
- La víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo (CPP arts. 350, 351. Sentencia C-516/07).

1.2. Víctima en el proceso penal abreviado con acción penal privada o particular

En Colombia, según el artículo 66 de la Ley 906 de 2004 (CPP), es posible convertir la acción penal pública en privada. Este mecanismo se encuentra regulado en el Libro VIII: Procedimiento Especial Abreviado y Acusación Privada (Capítulo II), específicamente en los artículos 549 y siguientes, donde se establece el trámite del procedimiento especial abreviado y las disposiciones relativas a la conversión de la acción pública en privada.

Para asumir el rol de acusador privado, el querellante legítimo deberá solicitar autorización al fiscal, entendiendo que para el desarrollo de esta función es requisito indispensable actuar con la representación de un abogado. La mutación de la acción penal es posible únicamente cuando el delito en cuestión se tramita mediante el procedimiento especial abreviado y siempre que no se trate de delitos contra bienes del Estado o de violencia intrafamiliar.

Esta solicitud debe presentarse ante el fiscal del caso antes del traslado de la acusación y este cuenta con un plazo de un mes para decidir si concede o no el ejercicio de la acción penal al acusador privado. Durante este periodo, conforme al artículo 554 del CPP, deberá verificar que no existan circunstancias que impidan la conversión de la acción penal; entre las causales para estas restricciones se encuentran, por ejemplo, la comisión del delito por un inimputable o la relación del investigado con una organización criminal cuando el delito esté

vinculado a su pertenencia a dicha organización. En todo caso, la Fiscalía se reserva la facultad para revertir la acción en cualquier momento procesal y regresar a la acción penal pública.

La víctima que adquiere la calidad de acusador privado puede solicitar la medida de aseguramiento que considere necesaria y tiene la responsabilidad de llevar a cabo las acciones de investigación y acusación. Sin embargo, no posee todas las facultades investigativas de la Fiscalía. De acuerdo con el CPP, el acusador privado no está facultado para llevar a cabo actos complejos de investigación; específicamente, el artículo 556 establece que no podrá ejecutar directamente la interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, diligencias de agente encubierto, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

En estos actos investigativos, el acusador privado, además de tener que justificar la solicitud de la autorización del acto por parte del juez de control de garantías, tendrá que instar al juez para que ordene al fiscal previamente designado que coordine la realización de los actos investigativos autorizados, de manera que es el fiscal quien debe coordinar la investigación y asistir a la audiencia de control posterior del material recolectado. Solo cuando el juez decida sobre la validez de los elementos recolectados, el fiscal hará el traslado del material al acusador privado para que sea este quien continúe con la cadena de custodia e impulse el proceso penal.

En cuanto a los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que la Fiscalía hubiese recolectado de forma previa a la autorización del acusador privado, es deber de la Fiscalía realizar el traslado de todos estos medios de prueba al acusador, guardar una copia de cada uno y levantar un acta donde conste la actuación. Una vez ejecutado el traslado, es deber del acusador privado almacenar y custodiar los elementos. No obstante, cuando se indique la destrucción necesaria de algún tipo de elemento, tras el trámite de peritaje y su respectiva cadena de custodia, será el fiscal de conocimiento quien ordene la destrucción del material o del remanente, de acuerdo con lo indicado en los manuales de cadena de custodia.

Finalmente, el acusador privado, en su calidad de víctima, puede acompañar el escrito de acusación con una pretensión pecuniaria, anexando las pruebas necesarias para su estimación, conforme al trámite del procedimiento especial abreviado. No obstante, si no presenta esta pretensión junto con la acusación, podrá acudir a la jurisdicción civil para solicitar la indemnización por los perjuicios sufridos.

1.3. *Las víctimas del conflicto armado en Colombia y la Jurisdicción Especial para la Paz*

La justicia de transición reviste variadas características, entre las que se pueden destacar: i) la temporalidad, para la construcción de paz; ii) la excepcionalidad, que conlleva la adaptación de las instituciones; iii) la territorialidad, que demarca la necesidad de transformar los territorios, y iv) la participación, de todos y cada uno de los actores del conflicto, en especial de las víctimas.

En esa medida, el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, «Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera», establece en el Capítulo III la denominada Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), previendo que administrará justicia de

manera transitoria y autónoma y que tiene por competencia conocer, de manera preferente y sobre las demás jurisdicciones y de forma exclusiva, sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o con relación directa o indirecta con el conflicto armado por quienes participaron en el mismo, en especial con respecto a las conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos (artículo 1).

Así, esta jurisdicción se sujeta a un régimen legal propio, con plena autonomía administrativa, presupuestal y técnica. Entre sus objetivos se encuentran: satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno.

De la mano de la Jurisdicción se origina un procedimiento especial para la paz que se guía por tres criterios: a) la centralidad en las víctimas; b) la rendición de cuentas, dado que los victimarios tienen el compromiso de esclarecer los hechos, reconocer responsabilidades y reparar a las víctimas en forma individual o colectiva, así como aportar a la verdad plena sobre lo ocurrido, y c) el respeto de los derechos y garantías de los procesados, partiendo del debido proceso y los derechos de defensa y contradicción.

Se trata de un procedimiento *sui generis* porque configura dos procedimientos mixtos: uno restaurativo (dialógico) y otro retributivo (adversarial), con enfoques étnico, territorial, diferencial y de género. En esa medida, el componente de justicia es flexible, dinámico y dual, y el carácter que adopten las decisiones de la JEP (restaurativo o retributivo) dependerá del grado de cooperación y reconocimiento de las personas que comparezcan ante ella. En cuanto a la elección del procedimiento, la JEP es dual, porque valora los hechos, conductas y actuaciones de los comparecientes en las diferentes etapas del proceso para adecuar su comportamiento al procedimiento aplicable —dialógico o adversarial—, según cada caso en particular.

En casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad, el procedimiento se caracteriza por ser de naturaleza dialógica-restaurativa de los derechos de las víctimas (no adversarial). Se trata de un espacio de encuentro y reconciliación entre las víctimas y los victimarios que da lugar a sanciones propias. En los casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, se acude subsidiariamente a un proceso de carácter adversarial, en el cual la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP (previa investigación y consecución de elementos cognoscitivos) formula acusación, impone medidas de aseguramiento de ser procedentes y desarrolla un juicio oral y público para, finalmente, proferir un fallo absolutorio o de condena bajo sanciones de tipo alternativo (tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de cinco a ocho años) u ordinario (quince a veinte años de pena privativa de la libertad).

En síntesis, la JEP o Justicia Especial para la Paz es una jurisdicción especial creada en Colombia de forma transitoria como resultado del acuerdo de paz suscrito en 2016 entre el Estado y las FARC-EP, cuyo objetivo es buscar que las víctimas del conflicto armado puedan acceder a la verdad, justicia, reparación y a una garantía de no repetición. De este modo, la JEP busca sostener la paz mediante mecanismos de reconstrucción del tejido social, afectado por la violencia del conflicto armado. Para ello, emplea la justicia restaurativa como eje central de sus decisiones.

La JEP prioriza la reparación de los derechos de las víctimas, evaluando la gravedad del daño causado por los distintos actores armados, sin embargo, y como lo establece el

artículo 13 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, las vulneraciones de derechos contra niños, mujeres, afrodescendientes y otros grupos con especial protección constitucional deben considerarse más graves, por lo que su reparación requiere mayor atención. Esta premisa resulta constitucional, toda vez que la misma Constitución en su artículo 13 ordena al Estado establecer medidas en favor de los grupos más discriminados y vulnerados dentro de la sociedad.

Las decisiones y procesos de la JEP deben incluir el enfoque de género, de manera que se garantice la igualdad en la participación de mujeres y hombres. Además, se deben evitar discursos misóginos e implementar metodologías que permitan identificar ataques motivados por razones de género o identidad sexual, y así contribuir a la eliminación de estereotipos y prácticas discriminatorias¹¹.

Otro eje fundamental en los procesos de la JEP es el enfoque étnico-racial, entendiendo que estos son grupos poblacionales que han habitado sus territorios ancestralmente y han sido despojados de ellos de manera violenta o les han sido arrebatadas sus costumbres como consecuencia del conflicto armado. Por ello, merecen una protección especial y una reparación adecuada que garantice la conservación de sus tradiciones y derechos a lo largo del tiempo¹².

En esta misma línea, el concepto de víctima en Colombia ha sido ampliado jurisprudencialmente. No solo se reconoce como tal a las personas naturales o jurídicas que han sufrido vulneraciones de derechos, sino también a otros entes, como el medioambiente. De acuerdo con la Corte constitucional: «en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados»¹³. Por lo tanto, una de las víctimas que la JEP debe buscar reparar es el medioambiente y los territorios afectados por el conflicto.

Lo anterior se evidencia en el Auto N.º 226 de 2023 de la JEP¹⁴, en el que se reconoce al río Cauca como sujeto de derechos y víctima, tras analizar el impacto del conflicto armado en sus aguas. Durante este periodo, el río fue utilizado como fosa común para ocultar cadáveres de crímenes, lo que no solo afectó su ecosistema, sino que también impidió el desarrollo normal de actividades como la pesca y el uso recreativo de sus aguas. Además, la contaminación generada por los desechos de la minería ilegal agravó aún más la situación. Por ello, el río Cauca debe ser incluido entre los sujetos a reparar, junto con las comunidades ribereñas que sufrieron las consecuencias de estos hechos.

Por último, vale la pena destacar que el Sistema Interamericano, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han sido consistentes en señalar que los Estados parte de la Convención están comprometidos al pleno cumplimiento de sus obligaciones convencionales, por lo que están llamados a garantizar recursos judiciales adecuados y efectivos para tutelar los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Las primeras sentencias en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fundamenta los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, son aquellas de los casos contra Honduras y la práctica oficial de desapariciones forzadas (sentencias de 1987 y 1990). En ellas, la Corte señaló a los

¹¹ JEP. Auto OPV Ó0157 de 2020. 14 de julio de 2020. M.P. Óscar Javier Parra Vera.

¹² JEP, Sala de Amnistía o Indulto. Resolución del veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020).

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-632 de 2011. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁴ JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto N.º 226 de 2023.

Estados parte la obligación: a) de establecer la verdad (por la investigación e identificación de los responsables), b) de hacer justicia (al imponer sanciones pertinentes), y c) de reparar a las víctimas (tanto individuales como colectivas y de manera integral).

La Corte IDH también se ha referido a la necesidad de garantizar la efectividad de la investigación y la sanción, al igual que ha enfatizado la prohibición de establecer medidas tendientes a excluir la responsabilidad de las personas que han cometido violaciones:

«El Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos. Además, deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria, como lo ha hecho notar la Corte en otros casos»¹⁵.

En la tabla siguiente se describen algunos de los elementos que más destacan de la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con los derechos de las víctimas.

Derecho a la verdad*	– Derecho inalienable e imprescriptible. – Son titulares las víctimas, sus familias y los pueblos. – Respecto a los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes mediante violaciones masivas o sistemáticas, sus circunstancias y motivos. – Comprende: medidas de preservación de los archivos**, medidas para facilitar la consulta de archivos, y la cooperación de los servicios de archivo con los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación.
Derecho a la justicia	– Investigaciones rápidas y minuciosas. – Investigaciones independientes e imparciales. – De las violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. – Las medidas apropiadas con respecto a sus autores para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. – Los Estados parte deberán garantizar, a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso judicial, una amplia participación jurídica en él.
Derecho a la reparación	– Comprende todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas. – Comprende las medidas que buscan suspender los efectos de las violaciones y restablecer a las víctimas en sus derechos. – Comprende el derecho a la reparación plena, efectiva, apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. – El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas; comprenderá medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, según lo establece el derecho internacional. – En los casos de desapariciones forzadas, la familia de la víctima directa tiene el derecho imprescriptible a ser informada de la suerte y/o el paradero de la persona desaparecida y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido la identidad de los autores o se los haya encausado.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Huilca vs. Perú, 2005.

2. *Terceros diferentes a la víctima en el proceso penal*

2.1. *La Policía Judicial en Colombia*

La Policía Judicial en Colombia se define como el conjunto de funcionarios que, de manera permanente, especial o transitoria, llevan a cabo labores y actos de investigación sobre conductas presuntamente delictivas, con el objetivo de esclarecer los hechos y contribuir al proceso penal. Para ello, deben acatar las orientaciones de la Fiscalía General de la Nación y seguir el plan metodológico de investigación que el fiscal delegado determine pertinente para el caso.

Todo lo relativo a la labor de la policía judicial, con sus organismos, funciones y forma de los procedimientos, está regulado en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal [CPP]), especialmente en el Libro II, titulado "Técnicas de Indagación e Investigación de la Prueba y Sistema Probatorio", sin embargo, su labor investigativa se debe encaminar con todas las disposiciones de esta ley, la Constitución Política, los manuales y las directrices que dicten los organismos, como la Fiscalía General de la Nación, para la función y desarrollo de los actos investigativos.

El CPP establece que los órganos de investigación o de policía judicial permanentes incluyen al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Nacional, a través de sus dependencias especializadas. Asimismo, se reconoce que ciertas entidades pueden ejercer funciones de policía judicial de forma especial, entre ellas la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las autoridades de tránsito, las entidades públicas con funciones de vigilancia y control, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), así como los alcaldes e inspectores de policía, quienes pueden designar dentro de su dependencia un funcionario para esta labor. Adicionalmente, la ley prevé que cualquier entidad pública podrá ejercer funciones de policía judicial de forma transitoria cuando así lo autorice el Fiscal General de la Nación y sea requerido por uno de sus delegados.

Su labor principal consiste en llevar a cabo los actos urgentes y la recolección de evidencia física, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida que integran el proceso penal. Se encargan, además, del análisis de los elementos recopilados y la elaboración de informes, entrevistas o dictámenes (según el elemento), para lo cual, si es necesario, pueden solicitar el apoyo de entidades públicas o privadas, las cuales están obligadas a prestar colaboración cuando la Fiscalía lo requiera y obtenga la autorización para desempeñar la labor encomendada. En síntesis, la participación de la Policía Judicial en el proceso penal es de vital importancia para la consecución de elementos que permitan constatar la existencia o no de unos hechos jurídicamente relevantes y, por esa vía, la existencia de responsabilidad penal o no.

Vale resaltar que todas las actuaciones de la Policía Judicial se deben ajustar a las normas y directrices vigentes según el tipo de diligencia. Esto implica garantizar los derechos de las personas involucradas, respetar la cadena de custodia y, en ciertos casos, obtener autorización previa del juez de control de garantías o someter la diligencia a su control judicial posterior.

En relación con lo anterior, se debe subrayar que, si bien en la mayoría de los casos la Policía Judicial actúa bajo la dirección de un fiscal delegado, pueden surgir situaciones en las que se deban recolectar elementos sin un mandato previo; por ejemplo, cuando de forma imprevista se hallen ante una situación de flagrancia. En tales circunstancias, la prioridad de

las autoridades de policía es preservar la integridad de los elementos y comunicar la situación a la Policía Judicial lo antes posible para que sea esta quien lleve a cabo la recolección, embalaje y traslado de los elementos. No obstante, si las condiciones impiden esperar a la policía judicial o si esta se encuentra imposibilitada para asistir, la entidad que encuentre el material podrá realizar su recolección, embalaje y traslado conforme a los manuales de custodia, y ejercer una labor transitoria de policía judicial en ausencia de un ente específico dedicado a ella en ese momento, sin embargo, los elementos recolectados se deberán entregar de forma posterior a la Fiscalía para que esta delegue su custodia y realice las pruebas y procedimientos pertinentes.

Los miembros de policía judicial están facultados para desempeñar múltiples acciones investigativas que, en función del nivel de injerencia en los derechos del sujeto investigado, estarán o no sometidas a controles de forma previa o posterior por un juez de control de garantías; algunos de los actos de investigación más relevantes son: la interceptación de comunicaciones, la implementación de agentes encubiertos (físicos e informáticos), la búsqueda selectiva en bases de datos, registros y allanamientos, inspección técnica a cadáveres, inspección del lugar de los hechos, entrevistas, entre otros.

En pocas palabras, el Estado puede desempeñar funciones de Policía Judicial en los casos penales, a través de diversas instituciones, según las necesidades que manifieste la Fiscalía en el curso de la fase de indagación o de investigación. Además, la Fiscalía podrá requerir a entidades públicas o privadas para que brinden colaboración en el desarrollo de la investigación, cuando el conocimiento o información que posean se requieran de acuerdo con el plan metodológico que se haya seguido.

Adicional a ello, en la etapa de juzgamiento, los miembros de la Policía Judicial incorporan los elementos probatorios a través de su testimonio en audiencia de juicio oral para su debida práctica y posterior valoración y actúan como peritos o testigos de acreditación. En consecuencia, su actuación se requiere durante todas las fases del proceso penal para el cumplimiento de la pretensión punitiva del Estado: en etapas de indagación e investigación, es su labor la que define el curso del proceso, junto al material y las condiciones que respaldan la existencia de unos hechos jurídicamente relevantes, y en la etapa de juicio son ellos quienes brindan la información sobre los elementos recolectados y documentos suscritos indicando sus características y los procedimientos utilizados en su tratamiento, y así garantizar los principios de inmediación del juez en la práctica probatoria y de contradicción para las partes, requisito fundamental para que tales elementos se conviertan en pruebas susceptibles de valoración en un proceso penal.

Por último, la Fiscalía, como directora del plan metodológico de investigación, tiene la facultad y la obligación de supervisar todas las actuaciones y resultados obtenidos por las labores de policía judicial. Por lo cual, de encontrar irregularidades técnicas o procesales, podrá rechazar los elementos obtenidos garantizando así el cumplimiento de los principios de legalidad y debido proceso en la investigación penal.

2.2. Los terceros en los actos de indagación preliminar e investigación

En Colombia, es preocupante la ausencia de desarrollo legislativo y jurisprudencial con respecto a la protección de los derechos de terceros involucrados en actos de indagación preliminar y de investigación penal, como ocurre, por ejemplo, con quienes habitan un

domicilio allanado sin estar vinculados en un proceso penal, o con quienes participan en una comunicación interceptada sin ser los indiciados o investigados.

Esta omisión normativa y jurisprudencial pone a cualquier ciudadano en una situación de notable vulnerabilidad, pues permite que se afecten derechos fundamentales (a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, la privacidad de las comunicaciones e incluso el derecho al entorno virtual propio) sin que medien garantías judiciales efectivas en las diligencias, ni un control adecuado sobre la legalidad y proporcionalidad de dichas actuaciones en perjuicio de los terceros involucrados. La falta de un marco claro que proteja los derechos de estos terceros expone a la población a intervenciones estatales invasivas, sin los filtros necesarios para garantizar los principios del debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no autoincriminarse.

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-414 de 2017, trata un tema relacionado con lo anterior, toda vez que analizó los efectos del traslado de una interceptación de comunicaciones practicada en el marco de un proceso disciplinario, en la cual se obtuvo un hallazgo casual relacionado con posibles actos delictivos cometidos por terceros ajenos a la investigación disciplinaria.

La Corte recordó que toda interceptación de comunicaciones constituye una restricción a derechos fundamentales, especialmente al derecho a la intimidad y la inviolabilidad de comunicaciones, por lo que exige, de manera obligatoria, una orden judicial previa proferida por una autoridad competente, así como el control de legalidad posterior correspondiente.

Si bien reconoció que en el curso de este tipo de diligencias pueden surgir hallazgos imprevistos o información no vinculada directamente al objeto de la investigación inicial, precisó que esto no habilita su uso automático como prueba en un proceso penal. En consecuencia, aunque se trate de hallazgos casuales, se deben cumplir los lineamientos constitucionales y legales para que tal información se configure como prueba válida. Por tanto, esta información puede servir como fuente para iniciar una acción penal, pero no puede ser utilizada para dictar una sentencia condenatoria si no fue obtenida con el respeto pleno a las garantías constitucionales. Es decir, una interceptación realizada sin orden judicial es inconstitucional e ilegal y, por esa razón, no puede sustentar una condena. Para ello, el juez requiere pruebas lícitas y debidamente obtenidas que acrediten, más allá de duda razonable, la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal del acusado.

Por lo cual, si bien esta decisión hace énfasis en la necesidad de iniciar un nuevo proceso para la obtención legal de estas pruebas que se originaron en un tercero a la investigación, resalta de forma clara los derechos de precisamente estos terceros que se hacen partícipes de una investigación que no les corresponde, por lo cual, si bien no existen normas específicas sobre la materia, al ser Colombia un Estado Social de Derecho con especial protección en los derechos fundamentales de sus individuos, todo proceso o investigación penal, tenga o no una norma expresa que prohíba o regule un acto donde esté involucrado un tercero, debe tener en cuenta la Constitución Política y practicarse a la luz de esta, con respeto de las garantías y derechos que les corresponden a todas las personas.

2.3. *Los testigos en Colombia*

En el proceso penal colombiano, la prueba por excelencia es la testimonial, toda vez que ningún elemento se puede incorporar en juicio sin intermediación de la persona que lo

suscribió, lo recolectó o tuvo conocimiento de uno o varios hechos o circunstancias relevantes penalmente. Esta condición busca garantizar el derecho de contradicción e inmediación en todas las pruebas que llegan a ser valoradas por un juez de conocimiento antes de dictar una sentencia.

Esta práctica permite que el juez además de conocer la declaración o el elemento pueda evaluar a la persona que tuvo contacto con él o que lo analizó. Por esto, todo testigo requiere ser acreditado en sus calidades y condiciones que le permiten declarar, para el caso de los peritos es necesario además demostrar su idoneidad y experticia en el tema. El artículo 404 del CPP establece:

«Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad».

En todas las modalidades de testigo, es fundamental analizar sus condiciones y conocimientos, lo cual permite al juez valorar la coherencia y aptitud del testimonio de manera objetiva. Para esto, usualmente se implementan entrevistas que constan por escrito realizadas de forma previa con el testigo para que en caso de que exista una contradicción entre sus declaraciones la parte interesada pueda impugnar su credibilidad o refrescarle la memoria sobre algún asunto.

Las personas que tienen conocimiento sobre un hecho delictivo tienen el deber de declarar para esclarecer las circunstancias del ilícito. De acuerdo con la Corte, tal obligación se establece con base en el «deber de solidaridad y de colaboración con la justicia»¹⁶. Sin embargo, existen excepciones a esta regla gracias al principio de no autoincriminación, por lo cual, nadie está obligado a declarar contra sus familiares de acuerdo al grado de parentesco, ni contra las personas sobre las cuales medie el secreto profesional, adicional a ello, tampoco es viable la obligación de testificar cuando la razón del testimonio se base en una negociación penal o extrapenal, puesto que las negociaciones no pueden entenderse como auto atribución de responsabilidad y en ese sentido no se pueden hacer declaraciones sobre lo allí manifestado, sin embargo, se puede renunciar a este derecho en cualquier momento.

2.3.1. Tipos de testigo en Colombia

Testigo directo: el testigo directo es aquella persona que tuvo contacto personal con los hechos sobre los cuales testifica, no requiere ninguna clase de conocimiento previo, por lo cual, habla desde su experiencia personal, no se le permite dar apreciaciones ni valoraciones técnicas sobre los elementos ni sobre las condiciones de estos. Con este tipo de testigos se pueden realizar entrevistas de forma previa, que pueden ser utilizadas en juicio para refrescar memoria o impugnarle credibilidad, sin embargo, si el testigo se reusa a declarar amparado en una excepción, estas entrevistas no podrán ser incorporadas ni valoradas por el juez.

Testigo de referencia: en el proceso penal, toda prueba debe estar respaldada por un testigo, por esto la prueba de referencia cuenta con un testigo de referencia para ser incorporada en

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia 069 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

debida forma al proceso. El testigo de referencia es una excepción a la regla según la cual solo pueden ser testigos las personas que conocieron directamente del hecho sobre el cual testifican.

El ordenamiento jurídico, al entender la particularidad de las circunstancias que pueden ocurrir en la vida de un testigo antes de su comparecencia a juicio, y en aras de proteger los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas, ha establecido unas excepciones para que se puedan practicar y valorar en juicio las declaraciones de un testigo que no presenció directamente el hecho, o testigo de referencia. Sin embargo, esta procedencia es de carácter excepcional y debe estar debidamente fundamentada, toda vez que, por regla general, un testigo de referencia no es admisible en razón a que se vulneran principios como el de contradicción e inmediación.

Por lo cual, en la prueba de referencia deben existir, tanto una declaración del testigo directo realizada por fuera de juicio como un medio de prueba de esta declaración, que resulten relevantes en el trámite penal cuando la persona que presenció o tiene conocimiento de los hechos no puede comparecer al juicio para hacer la efectiva práctica probatoria.

«En este orden de ideas, podrán tener la calidad de prueba de referencia: (I) lo que una persona le haya contado a otra sobre hechos penalmente relevantes, (II) las entrevistas realizadas por la policía judicial; (III) las declaraciones rendidas ante el juez de control de garantías, (IV) las declaraciones juradas rendidas ante un fiscal, (V) las declaraciones rendidas ante un juez en otro proceso, (VI) las declaraciones consignadas por una persona en un documento: escrito, grabado, filmado, u otros»¹⁷.

De acuerdo con el artículo 437 de la Ley 906 del 2004 (CPP):

«Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio».

A su vez, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia 27477 del 6 de marzo del 2008, en relación con la prueba de referencia, aclara:

«En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo)»¹⁸.

El artículo 438 del CPP, por su parte, determina las excepciones para que la prueba de referencia sea admisible, y es en los casos en que el declarante:

¹⁷ L. F. BEDOYA SIERRA. *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2008.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 27477 del 6 de marzo del 2008.

- «a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:>
Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.
También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos».

Lógicamente, en estas situaciones la causal se debe acreditar probatoriamente, además, en caso de que la Fiscalía hubiese podido prever la ocurrencia de la causal, el trámite correcto sería realizar una solicitud de prueba anticipada, y así permitir el acceso a los derechos de contradicción e inmediatez, por lo que, no sería procedente usar las declaraciones hechas antes de juicio como prueba de referencia. Pero cuando una prueba de referencia es admitida, se deben respetar los derechos de contradicción, y por eso, al testigo de referencia se le podrán hacer todos los cuestionamientos que se requieran, bajo los límites del debido proceso, para acreditar la validez del medio, y se le podrá refutar como se hace con cualquier otro medio de prueba.

Además, es viable que el testigo directo exista, pero no esté en condiciones para declarar, por ejemplo, por pérdida de la memoria, para esto se podría acatar el inciso a) del artículo 438 (CPP), es procedente que el testigo directo exista, sin embargo, al no recordar los sucesos se puede incorporar una prueba de referencia con un escrito del pasado, caso en el cual, la misma persona que lo suscribió actuaría como testigo acreditando no el contenido del documento, porque no lo recuerda, pero sí su originalidad o autoría.

Aunque existen excepciones y es posible practicar pruebas de este tipo, el artículo 381 del CPP prohíbe condenar a una persona solo con pruebas de referencia. Por ello, la Fiscalía General de la Nación debe aportar otras pruebas que permitan al juez esclarecer los hechos y a las partes, debatirlos adecuadamente.

Testigo perito: este testigo, denominado perito, no tiene ni tuvo contacto directo con el hecho, sin embargo, de acuerdo con la teoría del caso de la parte que solicitó su intervención en juicio, por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos resulta relevante para el análisis de algún elemento probatorio. De acuerdo con la doctrina,

«La prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de la experiencia que el juez no posee o no puede poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate»¹⁹.

La participación del testigo perito se limita a definir el asunto con base en su conocimiento técnico, científico o artístico, por lo cual, sus opiniones, apreciaciones o conceptos deben versar sobre sus conocimientos en la materia objeto de debate, tomando para esto las reglas de la ciencia o de la experiencia.

El perito debe ser citado en calidad de tal y, además, de forma previa debe hacer un informe pericial sobre el tema en cuestión, tras haber realizado un estudio y análisis al

¹⁹ C. CLIMENT DURÁN. *La Prueba Penal*, Valencia, 1999.

respecto, por lo cual, en juicio, además de acreditar su experiencia e idoneidad en el tema, debe precisar el procedimiento que implementó para su dictamen y el grado de incertidumbre, y las preguntas deben ir orientadas hacia este informe y sus respectivas conclusiones.

Particularmente, cuando el perito comparece a juicio se puede solicitar que su dictamen ingrese como evidencia al expediente, lo cual implica que temas no tratados en la práctica probatoria puedan ser analizados por el juez, por lo que las partes, en este tipo de pruebas, deben prestar atención tanto al contenido formal como material del perito, su declaración y el dictamen.

Testigo de acreditación: este tipo de testigo está íntimamente ligado con un elemento material probatorio, tal y como lo expresa el artículo 337 (numeral d) del CPP. Si bien no todo elemento o hecho requiere de un testigo de acreditación para ser introducido, sí se hace necesario este tipo de intervenciones. Por ejemplo, en el caso de las incautaciones, la persona que realizó la incautación debe comparecer a juicio para ser efectivamente interrogada sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen a la incautación del elemento. Así, pues, en la mayoría de las ocasiones son los miembros de la policía judicial los que fungen como testigos de acreditación de los elementos que encuentran con ocasión de su labor investigativa.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en 2007, dictaminó que

«la manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es»²⁰.

Testigo técnico/experto: se caracteriza por ser un testigo que tuvo contacto directo con un hecho, pero que por su profesión u oficio puede tener conocimientos técnicos o científicos sobre determinado hecho, de ahí que le sea permitido realizar valoraciones del acto siempre y cuando hubiese sido solicitado como testigo en la audiencia preparatoria. La Corte Suprema de Justicia define así al testigo técnico:

«aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso (...) Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales»²¹.

2.4. *El Ministerio Público como representante de la sociedad en el proceso penal*

El Ministerio Público es un órgano de control estatal encabezado por el Procurador General de la Nación y conformado por la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo y las personerías municipales. Su función principal es garantizar el respeto de los derechos humanos y ciudadanos, así como velar por la integridad y transparencia de la gestión pública.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 25920 del 2007. M. P.: Javier Zapata Ortiz.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 26128 del 2007. M. P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

Para ello, supervisa el cumplimiento de la Constitución y la ley por parte de los servidores públicos. En el ejercicio de sus funciones, cuenta con autonomía administrativa, financiera y presupuestal.

De acuerdo con la Constitución Política de Colombia:

«ARTÍCULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas».

El Ministerio Público tiene su desarrollo normativo en el Título X, Capítulo 2 de la Constitución. Cumple diversas funciones: preventiva, de intervención, disciplinaria, entre otras. En el ámbito penal, la función relevante es la de intervención, ya que participa en los procesos judiciales para defender los derechos de las partes involucradas, labor fundamentada en el artículo 277 de la Constitución Política:

«Numeral 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales».

Por lo tanto, el Ministerio Público debe intervenir en todas las fases del proceso penal, ya que los derechos de los involucrados se pueden ver afectados de manera significativa, especialmente en la indagación, investigación y juicio. Tal como lo dicta la Ley 906 de 2004 (CPP):

«ARTÍCULO 109. *El Ministerio Público.* El Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales.

[...] en los mismos eventos del inciso anterior los personeros distritales y municipales actuarán como agentes del Ministerio Público en el proceso penal y ejercerán sus competencias en los juzgados penales y promiscuos del circuito y municipales y ante sus fiscales delegados, sin perjuicio de que en cualquier momento la Procuraduría General de la Nación los asuma y en consecuencia los desplace.

Parágrafo. Para el cumplimiento de la función, los fiscales, jueces y la policía judicial enterarán oportunamente, por el medio más expedito, al Ministerio Público de las diligencias y actuaciones de su competencia».

Además, el mismo CPP, en el artículo 111, determina las funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento en los siguientes términos:

«1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:

- a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales;
 - b) Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental;
 - c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;
 - d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley;
 - e) Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario;
 - f) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa.
 - g) Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.
2. Como representante de la sociedad:
- a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión;
 - b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan;
 - c) Velar por que se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado;
 - d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad;
 - e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales.»

La intervención del Ministerio Público es fundamental en diversas diligencias investigativas y actuaciones procesales. Por ejemplo, su presencia es obligatoria en registros y allanamientos nocturnos (entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m.), porque en estos horarios es mayor el riesgo de vulneración del derecho a la privacidad. De igual manera, en la audiencia preparatoria puede formular oposiciones probatorias, con el fin de garantizar el respeto de los derechos procesales. Asimismo, la Fiscalía tiene el deber de informarle sobre la decisión de archivar un proceso, para que pueda pronunciarse y, en caso de considerarlo necesario, oponerse a dicha determinación. En este contexto, y conforme a lo establecido en la Sentencia T-584 de 2014²², el Ministerio Público ejerce otras funciones esenciales para la protección de los derechos y el control de legalidad dentro del proceso penal, a saber:

«[...] solicitar el cambio de radicación, recusar a los funcionarios, presentar querellas en los términos del artículo 71 de la Ley 906 de 2004, estar presente en la destrucción del objeto material del delito, solicitar el pronunciamiento definitivo sobre bienes cuando haya sido omitido, solicitar medidas cautelares sobre bienes en procesos en los que sean víctimas menores de edad o incapaces, solicitar la apertura del incidente de reparación integral, solicitar la práctica de pruebas anticipadas cuando esté ejerciendo funciones de policía

²² Corte Constitucional. Sentencia T-584 de 2014. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

judicial, cuando se reúnan los requisitos del artículo 284 o [en] el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, solicitar el relevo del defensor discernido, estar presente en todas las audiencias de la etapa de juzgamiento, insistir en la admisión del recurso de casación, demandar la agravación de la pena, solicitar la acción de revisión, solicitar la preclusión de la investigación cuando haya vencido el plazo en los términos del artículo 294 o cuando se presenten las causales establecidas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, efectuar solicitudes en la audiencia preliminar, presentar argumentos en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, controvertir la prueba aducida por la Fiscalía en la audiencia de control de legalidad de aplicación del principio de oportunidad, participar en la audiencia de estudio de la solicitud de preclusión, recibir copia del escrito de acusación [...], participar en la audiencia de formulación de la acusación, efectuar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, hacer oposiciones durante el interrogatorio, una vez terminados los interrogatorios de las partes hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, presentar alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado, intervenir en todo lo relacionado con la ejecución de la pena, participar en la aplicación de las penas accesorias y asistir a las diligencias en el territorio nacional entre otras».

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha delimitado la intervención del Ministerio Público en los siguientes términos:

«Si se repara, de un lado, que el proceso acusatorio, siendo adversarial, exige que se conserve el equilibrio y la igualdad entre las partes en contienda; y, de otro, que los fines del Ministerio Público en las actuaciones judiciales deben cumplirse, en cuanto resulte necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, deviene claro que **su intervención en el proceso penal es contingente** —en tanto puede o no ejercerla— y que corresponde en la práctica a la de **un sujeto especial** cuyas únicas pretensiones son la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, que busca asegurar esos cometidos superiores, sin que le sea permitido alterar el necesario equilibrio de las partes principales del proceso, que, en últimas, no pueden ser otras que la acusación y la defensa, dado el carácter eminentemente contradictorio que el modelo ostenta, sin perjuicio del compromiso que comparte con la Fiscalía de propender por la garantía de los derechos de las víctimas (negrillas y cursivas originales)»²³.

Dado que el proceso penal en Colombia sigue una tendencia acusatoria, es viable la intervención de sujetos adicionales a las partes cuando sea necesaria para la protección de los derechos dentro del proceso. En este sentido, aunque la participación del Ministerio Público es fundamental en todas las etapas del proceso penal, no debe interpretarse como la de una parte procesal. Su rol y atribuciones difieren de las de la Fiscalía y la defensa, ya que su objetivo no es controvertir la presunción de inocencia, sino garantizar la protección de los derechos de los implicados.

3. Derechos fundamentales y garantías de terceros

3.1. Los derechos y garantías de la víctima en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

²³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.º 30592 del 2012. M. P. José Leónidas Bustos Martínez.

Los derechos de la víctima como interviniente especial dentro del proceso penal han tenido una importante evolución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Desde 1992 a 2002: predomina la teoría de que la víctima solo puede tener una pretensión indemnizatoria dentro del proceso penal.

Desde 2002 hasta 2005: se asienta tendencia de que la víctima además de la reparación, tiene derecho a la justicia y verdad, por lo que se encuentra en igualdad de condiciones procesales que el imputado.

Entre los años 2005-2007: la Corte declara que la víctima tiene derecho a la Verdad, Justicia y Reparación. Aunque no ostenta la calidad de parte procesal, sino de interviniente especial dentro del proceso penal, tiene iguales facultades que el imputado.

3.1.1. *Sentencia C-228 del 2002*²⁴

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Ricardo Danies González demandó el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

En la Sentencia se aborda la participación de quienes hasta entonces eran entendidas “parte civil” en el proceso penal (Ley 600 del 2000), y se les reconocen derechos mayores a los de recibir una indemnización, en los siguientes términos:

«Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátese de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado».

En ese sentido, la Corte Constitucional señala que las víctimas (partes civiles) no solo tienen derecho a una indemnización por los perjuicios sufridos, sino que, además, deben tener una participación activa durante todas las fases del proceso penal, en virtud de los principios relacionados con la administración de justicia y el derecho de acción o de participación. No obstante, tal facultad debe entenderse sin perjuicio de las atribuciones y posibilidades diferentes que tienen con respecto a las de la fiscalía o la defensa en su actuar procesal, por lo cual, no debe entenderse como parte adversarial.

Además, y de manera más relevante, la Corte define o diferencia a la víctima, al perjudicado y a la parte civil, por lo que determina que la víctima es el sujeto pasivo de la conducta punible, el perjudicado es cualquier persona que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de esta, por ejemplo, pueden ser los sucesores de la víctima, y la parte civil es la institución jurídica que permite a víctimas y perjudicados participar en el proceso penal para obtener una indemnización.

Sin embargo, en el análisis constitucional realizado, la parte civil tiene, en la Ley 600 del 2000, unos derechos intrínsecos a su calidad, con base en la Constitución y las demás leyes sobre la materia, como son, la obtención de justicia, verdad y reparación económica, a

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-228 del 2002. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

través de los cuales se busca proteger sus derechos al buen nombre y la honra. Así, la participación de las víctimas en el proceso penal resulta constitucional, toda vez que sus derechos también deben ser salvaguardados dentro del proceso, y dicha protección se logra enmarcando las posibilidades de acción de las víctimas, quienes por sí mismas pueden interactuar en ciertas diligencias y obtener un proceso que realmente piense en ellas y no solo en el aspecto económico.

La Corte define estos derechos en los siguientes términos:

- «1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.»

Si bien existen estos tres derechos, no es necesario obtener los tres como garantía para la tutela judicial efectiva de una víctima de una conducta punible, por lo cual, resulta plausible renunciar a alguno, como la reparación económica. Sin embargo, no es viable argumentar que todo el conjunto de la sociedad siempre desea conocer la verdad o la justicia, por ello, quien pretenda ser reconocido como víctima deberá acreditar, al menos de forma sumaria, el daño sufrido, como requisito para legitimar su participación en el proceso penal.

Uno de los reparos a la norma era la exigencia de actuar con abogado. No obstante, la Corte la declaró constitucional, al considerar que dicha exigencia garantiza un juicio justo y respeta principios como la eficacia, la eficiencia y la moralidad pública. Además, respecto de otro reparo hecho sobre la posibilidad de conocer el expediente y actuar en fase de indagación preliminar, la Corte considera que es viable, toda vez que desde esta fase se recolectan los elementos para lograr conocer la verdad, por lo cual, es factible incluso recurrir una decisión que afecte sus derechos. Sin embargo, la Corte limita las solicitudes del expediente al trámite del derecho de petición cuando no se haya acreditado la calidad de parte civil.

Vale la pena aclarar que, si bien en Colombia el actual Código de Procedimiento Penal es la Ley 906 del 2004, la norma que hace alusión a las partes civiles dentro del proceso penal, es decir, la Ley 600 del 2000, se encuentra en un periodo de ultraactividad, toda vez que para algunos delitos o sujetos especiales aún se puede aplicar y, por ende, sigue siendo relevante la concepción de los terceros perjudicados en el proceso.

3.1.2. *Sentencia C-454 del 2006*²⁵

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Humberto Ardila Galindo demandó la inexecutable de los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136 y 357 de la Ley 906 de 2004 «por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal».

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-454 del 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

La Corte se declara inhibida para pronunciarse de fondo sobre los artículos 11, 132, 133, 134, 136 y 137, sin embargo, declara exequibles los artículos 135 y 357. En esta providencia, se aclara que los derechos a la verdad, justicia y reparación de la víctima se fundamentan en diversos principios y preceptos constitucionales, entre los que se destacan:

«En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias».

Se hace referencia básicamente a los derechos de la víctima y el deber del Estado de promover su respeto, mediante la implementación del debido proceso en todas las actuaciones y la promoción de la participación de las víctimas en la acción penal. Además, la Corte también aclara la dimensión de cada uno de estos derechos, así:

- *Verdad*: el cual debe ser entendido como un derecho colectivo, que busca que no se olviden los acontecimientos de un momento histórico, pero, en el plano individual, el derecho a la verdad se relaciona estrechamente con la dignidad, la imagen y el conocimiento que la víctima tiene sobre los hechos ocurridos. Por esto, además de la verdad, se incluyen el deber de recordar y el derecho a saber.
- *Justicia*: la justicia implica derechos y deberes para distintos actores: para el Estado, el deber de investigar y sancionar; para la víctima, la posibilidad de acceder efectivamente a la administración de justicia; y para todos los intervinientes, el deber de respetar el debido proceso. En ese sentido, es indispensable la participación de la víctima en el proceso con el fin de garantizar la justicia en el mismo.
- *Reparación integral*: en este se hace referencia al conjunto de acciones que deben ser implementadas para reparar a la víctima o sus herederos de las violaciones sufridas y de ser posible, devolverlas al estado en que se encontraban antes de la comisión del delito. Por lo cual, se ha establecido que en la individualidad de la víctima podrán usarse medidas como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, mientras que en el ámbito colectivo se deben implantar medidas para restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las comunidades afectadas.

La reforma introducida por el Acto Legislativo 03 y la expedición de la Ley 906 de 2004 instauraron un sistema penal de tendencia acusatoria, el cual exige garantizar la protección de las víctimas, entendidas no como partes civiles, sino como las personas que

directa o indirectamente sufren un daño como consecuencia de una conducta punible. A ellas se les reconocen facultades para representar sus intereses, acceder al proceso en todas sus fases, oponerse a decisiones contrarias y las demás actuaciones que ya fueron abordadas en esta investigación.

3.1.3. Sentencia C-516 del 2007²⁶

En esta sentencia, la Corte Constitucional reafirma la condición de las víctimas como intervinientes especiales dentro del proceso penal acusatorio, reconociendo que ostentan derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral. Estos derechos suponen la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva, lo cual implica que no solo pueden participar en el proceso, sino que además tienen el derecho de impugnar aquellas decisiones que contraríen sus intereses.

La Corte enfatiza que la protección de estos derechos impone a las autoridades judiciales el deber de orientar sus actuaciones en función de garantizar a las víctimas una participación real y efectiva, y que si bien estos derechos pueden ejercerse de forma conjunta, son también autónomos entre sí, por lo cual será la propia víctima quien determine cuáles vías procesales va a utilizar para satisfacer sus expectativas de justicia.

Una de las decisiones relevantes se encuentra en la Sentencia C-875 de 2002²⁷, que reconoce el derecho de las víctimas a acceder al beneficio de amparo de pobreza para ser representadas por un abogado durante el proceso penal. Asimismo, en otras sentencias se reafirma la posibilidad de las víctimas de intervenir en decisiones como la solicitud de medidas de aseguramiento, el archivo o la preclusión del proceso, entre otras actuaciones procesales relevantes.

Uno de los puntos centrales de análisis fue el derecho de **postulación** de las víctimas durante la etapa de investigación. La Corte declaró la **inconstitucionalidad** de las normas que de forma injustificada condicionaban su participación, al considerar que resultaban desproporcionadas y contrarias al acceso efectivo a la justicia. En consecuencia, concluyó que, incluso antes de la formulación de acusación, las víctimas deben poder intervenir de manera directa en todas las diligencias, sin necesidad de condicionamientos que limiten indebidamente su capacidad de defensa.

La sentencia también abordó el tema de la pluralidad de víctimas y la representación en las distintas fases del proceso. Determinó que **limitar el número de apoderados** durante la etapa de investigación resulta inconstitucional, pues no responde a una finalidad legítima ni respeta el principio de proporcionalidad. Por tanto, las víctimas podrán determinar libremente el número de representantes que consideren necesarios en esta fase. Sin embargo, en la fase de juicio, sí consideró constitucional limitar el número de representantes, igualándolo al número de defensores, con el fin de salvaguardar el equilibrio del sistema acusatorio y la lógica del contradictorio, y se aclaró, además, que este número no limitaba el derecho de las víctimas, toda vez que sus intereses también se ven protegidos y representados por la Fiscalía.

Finalmente, la Corte precisó quiénes deben ser considerados titulares de los derechos a la verdad, justicia y reparación: tanto las víctimas directas (es decir, los sujetos pasivos de

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

la conducta delictiva o titulares del bien jurídico afectado), como los perjudicados que acrediten un daño real, concreto y específico derivado del hecho criminal (por ejemplo, los herederos). A ambos se les reconocen iguales derechos dentro del proceso penal, así como la legitimidad para ejercer acciones y participar plenamente en defensa de sus intereses.

3.1.4. *Sentencia C-588 del 2019*²⁸

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Juan Fernando Cristo Bustos, Guillermo Abel Rivera Flórez, Néstor Iván Javier Osuna Patiño y Gustavo García Figueroa demandaron la expresión «y tendrá una vigencia de diez (10) años», contenida en el artículo 208 (parcial) de la Ley 1448 de 2011.

En consecuencia, la Corte procedió a examinar si la limitación temporal de la Ley 1448 de 2011, originalmente prevista hasta el año 2021, desconocía los derechos de las víctimas del conflicto armado interno colombiano, a quienes les han sido reconocidos los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación. Gracias al desarrollo jurisprudencial, la Corte ha definido estos derechos de manera sistemática y coherente, sintetizándolos así:

Verdad: es el derecho a conocer lo sucedido en relación con la violación de derechos, incluyendo los hechos, circunstancias, responsables, motivos y patrones de violencia. Se manifiesta tanto individual como colectivamente, y puede ejercerse en ámbitos judiciales o no judiciales. Implica el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar y el derecho de las víctimas a saber.

Justicia: es el derecho a que no haya impunidad. Comprende el acceso a un recurso judicial efectivo, el deber del Estado de investigar y juzgar a los responsables conforme al debido proceso, y el derecho a que se impongan sanciones efectivas a los agresores.

Reparación: busca resarcir el daño a las víctimas mediante medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Incluye el restablecimiento de la situación anterior, indemnizaciones si no es posible restituir, atención médica y psicológica, actos simbólicos para reivindicar a las víctimas y medidas para evitar que los hechos se repitan.

Además, la Corte reitera aspectos relevantes tratados en decisiones previas, como en la Sentencia C-579 de 2013²⁹, la cual establece que para garantizar los derechos de las víctimas es necesario: (i) adelantar investigaciones diligentes sobre violaciones graves a los derechos humanos y al DIH; (ii) ofrecer asesoría especializada a las víctimas para el ejercicio pleno de sus derechos; (iii) garantizar el derecho a conocer el paradero de los seres queridos desaparecidos; y (iv) asegurar el acceso efectivo a una reparación integral. Sobre este último aspecto, precisó que la reparación puede adoptarse a través de vías penales, civiles, administrativas o disciplinarias, siempre que sean accesibles, rápidas y eficaces, e incluyan formas de restitución y rehabilitación y medidas de satisfacción.

Lo anterior implica el reconocimiento de los derechos de las víctimas e impone al Estado la obligación de crear normas y mecanismos que garanticen la verdad, la justicia y la reparación. Esto incluye regular su exigibilidad, investigar y sancionar a los responsables, asegurar la reparación —directamente o de forma subsidiaria— y establecer instituciones y

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2019. M. P.: José Fernando Reyes Cuartas.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

procedimientos efectivos para cumplir estos fines. Todo lo cual conforma el mandato de protección de las víctimas.

En este contexto, si bien la Ley 1448 de 2011 no derogó normas anteriores sobre protección a víctimas, sí instituyó un régimen especial y articulado en el marco del conflicto armado, lo que implica una lógica transicional que demanda protección reforzada. Por lo tanto, para la Corte no es constitucionalmente admisible que esta ley pierda vigencia sin que exista una norma sustitutiva, lo cual dejaría a las víctimas en un vacío de protección.

En virtud de ello, la Corte exhorta al Congreso de la República a expedir, antes de la expiración de la ley, un nuevo régimen normativo que asegure la continuidad en la garantía de los derechos de las víctimas. Mientras tanto, y a título subsidiario, extiende la vigencia de la Ley 1448 de 2011 hasta el 7 de agosto de 2030, con el fin de evitar una regresividad en la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

3.2. *Armonización del derecho internacional en la legislación nacional (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*

Los conceptos de la jurisprudencia colombiana sobre los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación son muy similares, toda vez que tanto el Estado colombiano como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocen la importancia de la víctima y la necesidad de una reparación que vaya más allá de una contraprestación económica, tal como se demuestra en algunas de las decisiones de la Corte IDH cuando aborda casos que tuvieron ocurrencia en Colombia, por ejemplo:

3.2.1. *Sentencia del 19 de junio de 2024 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ubaté y Bogotá Vs Colombia*³⁰

Esta sentencia se enmarca en el proceso penal relacionado con la desaparición forzada de Jhon Ricardo Ubaté y Gloria Bogotá, como consecuencia de la negligencia del Estado colombiano por no adelantar una investigación diligente ni diseñar un plan de búsqueda adecuado que permitiera esclarecer los hechos y lograr la ubicación de las víctimas. Dicha omisión ha llevado a un estado de impunidad absoluta frente a los responsables del crimen.

Asimismo, la Corte aclara que el deber de investigar por parte del Estado no se limitaba únicamente a los hechos de desaparición forzada, sino que también se extendía a las amenazas, constreñimientos y hasta intentos de secuestro sufridos por los familiares de las víctimas. Sin embargo, al haber reconocido el Estado su responsabilidad en los hechos, el debate ante la Corte no giró en torno a la ocurrencia de estos, sino hacia los derechos vulnerados y las medidas de reparación adecuadas.

Para el tema de estudio, la Corte IDH define y analiza el derecho a la verdad y resalta que este debe entenderse como un derecho tanto individual como colectivo:

«[...] corresponde a las víctimas directas, a sus familiares y a la sociedad en general. Además, tiene una dimensión autónoma que trasciende el ámbito judicial, pudiendo incidir en otros derechos fundamentales como las garantías judiciales, la protección judicial y el acceso a la

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ubaté y Bogotá vs Colombia 2024.

información. En los casos de desaparición forzada, las autoridades están obligadas a actuar de forma activa para determinar el paradero de la víctima, siendo inadmisibles alegar una simple falta de información. Este derecho también implica la obligación de informar a los familiares sobre las diligencias realizadas y los resultados obtenidos, incluyendo hipótesis o conclusiones, con el mayor nivel de precisión técnica y científica posible».

En este contexto, la Corte concluyó que el Estado colombiano vulneró el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas, quienes deben ser entendidos como víctimas indirectas o perjudicados, al no haber llevado a cabo actuaciones de investigación que les permitieran acceder a información sobre lo sucedido con sus seres queridos.

Finalmente, la Corte advierte que para la fecha de los hechos (1995), Colombia no había tipificado penalmente la desaparición forzada, incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta omisión normativa contribuyó a la perpetuación de la impunidad frente a los responsables de los hechos.

3.2.2. *Sentencia del 15 de septiembre del 2005. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia*³¹

El caso de la Masacre de Mapiripán ocurrió en julio de 1997 e involucró una serie de violaciones a los derechos humanos en Colombia, propiamente en el departamento del Meta, donde un grupo de paramilitares llevó a cabo una masacre que tuvo como resultado múltiples asesinatos, desapariciones forzadas y graves afectaciones a la población civil del territorio con la supuesta omisión de las fuerzas del Estado.

En medio del proceso, el Estado reconoció su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la masacre, y en su reconocimiento admitió que hubo violaciones a varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual fue un reconocimiento implícito de su responsabilidad internacional en relación con los hechos violentos que se perpetraron en julio de 1997. Sin embargo, el Estado también expresó ciertas objeciones respecto a la atribución de responsabilidad por actos específicos de los grupos paramilitares, con el objetivo de limitar su culpabilidad a la actuación de sus agentes y no a una política de Estado más amplia.

La Corte IDH abordó este caso resaltando la importancia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; allí se estableció que las víctimas y sus familias tienen derecho a conocer la verdad sobre los hechos ocurridos, lo cual exige una investigación efectiva y transparente de la masacre. Asimismo, la Corte enfatizó la necesidad de que se lleven a cabo procesos judiciales que sancionen adecuadamente a los responsables, para asegurar el acceso a la justicia y evitar la impunidad. Y, finalmente, se destacó el deber del Estado de proporcionar una reparación integral a las víctimas, que incluya compensaciones económicas y medidas de satisfacción que restauren su dignidad y ayuden a sanar el tejido social afectado. Estos enfoques son fundamentales para asegurar que tales violaciones no se repitan y para fortalecer el respeto a los derechos humanos y la confianza en el sistema de justicia en Colombia.

4. *Terceros en el ámbito de la prevención y el control de la delincuencia*

³¹ Corte Interamericana de Derechos humanos, Caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia 2005.

En Colombia, la entidad que por excelencia se dedica a la prevención y control de la delincuencia es la Policía Nacional, por eso, en este capítulo se abordará su función y forma de operación de una forma un poco más amplia, ya que anteriormente se abordó su rol como policía judicial e incluso como testigo según las circunstancias.

4.1. Función preventiva de la Policía Nacional

En cuanto a la prevención del delito, la Policía Nacional es la entidad competente ya que, de acuerdo con la Constitución Política colombiana, la Policía Nacional «es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz», por lo cual el fin principal de la Policía Nacional es mantener el orden social y, en ese sentido, la prevención es uno de sus fines o principios.

La Resolución 3207 del 2024 del Ministerio de Defensa Nacional consagra expresamente la prevención como un principio orientador del servicio de policía. En su artículo 14, establece:

«ARTÍCULO 14. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. El servicio de policía es de naturaleza preventiva. La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones planea, ejecuta y, evalúa mecanismos y medidas anticipativas destinadas a evitar y disminuir riesgos sociales y promover factores protectores asociados a los procesos institucionales, con el objetivo fin de fortalecer el servicio de policía».

Para garantizar la aplicación efectiva de este principio, la misma resolución define el modelo para las actuaciones de policía, los procedimientos y las medidas específicas que deben desarrollar los funcionarios de la Policía Nacional. En ese sentido, el artículo 46 dispone qué se entiende como prevención policial, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 46. PREVENCIÓN POLICIAL. El servicio de policía se enfoca en la intervención temprana o anticipativa de las causas o factores de riesgo que inciden en las categorías de la convivencia (seguridad, tranquilidad, ambiente y salud pública), así como la promoción de factores protectores, teniendo en cuenta las particularidades del territorio y las poblaciones.

PARÁGRAFO. Todos los procesos institucionales contribuyen al desarrollo de la prevención policial de forma transversal conforme a su misionalidad para la prestación del servicio de policía».

Por lo tanto, aquellas conductas que puedan afectar el funcionamiento armónico de la sociedad deben ser previstas y abordadas por la Policía Nacional, mediante estrategias y acciones anticipadas. Una de estas estrategias es la **vigilancia policial**, regulada en el artículo 63 de la misma resolución:

«ARTÍCULO 63. VIGILANCIA POLICIAL. La vigilancia policial es el servicio básico y esencial de la modalidad de prevención y control policial, prestado por el personal uniformado de la Policía Nacional, que se materializa a través de la presencia del policía uniformado en los perímetros urbanos y rurales por medio de actividades y procedimientos

de patrullaje, interacción directa con el ciudadano, atención a motivos de policía, conocimiento y actuación ante hechos punibles, atención de requerimientos ciudadanos, judiciales y administrativos, y órdenes de policía político administrativas, con el fin de asegurar el cumplimiento de la ley y para prevenir y controlar los comportamientos contrarios a la convivencia ciudadana, así como las conductas punibles. El servicio de vigilancia policial es direccionado, evaluado y coordinado por la unidad policial determinada por el Decreto 113 de 2022 que reglamentó el diseño organizacional de la Policía Nacional o demás normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz».

En consecuencia, la Policía Nacional está facultada constitucional y legalmente para realizar labores de patrullaje e interacción directa con la ciudadanía, como parte esencial de su misión preventiva en todo el territorio nacional.

Por último, la Sentencia C-134 de 2021 de la Corte Constitucional aborda aspectos relevantes sobre la función preventiva de la Policía Nacional, particularmente en lo relacionado con las facultades para realizar registros personales. En ella, se señala que dichos registros solo pueden efectuarse en los casos y bajo las condiciones previstas en la ley, y conforme a las circunstancias específicas de cada situación. La Corte enfatiza que estas actuaciones no pueden, en ningún caso, vulnerar la intimidad del ciudadano, ya que únicamente se permite un registro externo y superficial de la persona o de los objetos que porta. En este sentido, la sentencia define la función de la Policía Nacional en los siguientes términos:

«Estos registros hacen parte de la función que desarrolla habitualmente la Policía Nacional, cuyo fin es la garantía de las condiciones para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas. Por lo tanto, tienen un carácter típicamente preventivo, no judicial. No buscan recaudar evidencias sobre la comisión de delitos ni conforman el plan metodológico de una investigación penal. Su papel no se ubica en el ámbito probatorio, aunque de hallarse casualmente elementos indicativos de la comisión de una conducta punible, los uniformados deban ponerlos en conocimiento de la policía judicial y las demás autoridades competentes. Por esta razón, se ha considerado un medio de policía no intensamente invasivo de la intimidad, la integridad u otros derechos (no puede serlo), como lo indicó la Corte en las decisiones citadas con anterioridad. Esto explica, a su vez, la consideración de que su práctica no requiere autorización judicial previa».

Por lo tanto, no toda actuación de la Policía Nacional que tenga relación con la posible comisión de un delito hace parte de la función de policía judicial previamente abordada, sino que, por el contrario, en casos como el registro personal, el servidor lleva a cabo actos de sus funciones para la prevención del delito y el mantenimiento del orden social. Sin embargo, como consecuencia de este desarrollo en las labores de patrullaje o de registro personal, el policía puede eventualmente encontrar objetos o indicios de la comisión de una conducta punible por el sujeto registrado, y debe entonces poner en conocimiento de la Fiscalía los hechos, con la posibilidad de habilitar labores de policía judicial cuando el caso lo amerite.

4.1.1. Patrullaje

El patrullaje constituye uno de los principales mecanismos con los que cuenta la Policía Nacional para desplegar actividades de vigilancia, así como para desarrollar acciones preventivas, disuasivas, educativas y de control, orientadas al mantenimiento del orden social y la seguridad ciudadana. Estas labores se ajustan a los principios y mandatos establecidos en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad y la Resolución 912 de 2009 de la Policía Nacional. Dicho servicio se presta bajo los principios de integralidad, corresponsabilidad y calidad, y se compone de dos ámbitos: la vigilancia urbana y la vigilancia rural.

Para la adecuada prestación del servicio de patrullaje, es necesario poner en práctica una metodología de trabajo o plan operativo que permita abordar de manera integral los problemas identificados en materia de convivencia y seguridad ciudadana. Este proceso requiere un diagnóstico previo del sector, que contemple la recolección de información, la identificación de factores de riesgo, el contacto con autoridades locales, el reconocimiento de líderes y organizaciones comunitarias, así como la consulta de registros estadísticos. Con esta información se priorizan los problemas según su frecuencia e impacto, y se definen las actividades o mecanismos orientados a su resolución.

La vigilancia urbana se desarrolla en ciudades, municipios y centros poblados. Para ello, se divide el territorio en cuadrantes y se asignan funcionarios de policía a cada uno con el fin de cumplir los siguientes objetivos:

- Prevenir y controlar los delitos y contravenciones que afectan la seguridad ciudadana.
- Reducir la criminalidad en zonas críticas impactadas por bandas delincuenciales, redes de apoyo a grupos armados ilegales y demás fenómenos delictivos.
- Fortalecer la Policía de Infancia y Adolescencia para ejecutar acciones preventivas que contrarresten el abuso y maltrato infantil, así como la violencia intrafamiliar.
- Fortalecer la Policía Ambiental y Ecológica para la protección de reservas naturales, la educación ambiental y la prevención y atención de desastres.
- Reforzar la Policía de Turismo a nivel nacional mediante la orientación, seguridad y acompañamiento en zonas turísticas.
- Consolidar el servicio de Policía de Tránsito en las principales ciudades del país.

Las disposiciones y procedimientos que rigen estas acciones están definidos en las resoluciones 911 y 912 de 2009 de la Policía Nacional.

Por su parte, la vigilancia rural comprende actividades de prevención, control y disuasión en todo el territorio rural, incluyendo zonas fronterizas, regiones productivas, resguardos indígenas, parques nacionales y reservas naturales. En este contexto, la Policía Nacional tiene como finalidad:

- Brindar una respuesta efectiva a las necesidades de seguridad ciudadana de los habitantes del campo, propiciando con su presencia la acción articulada de otras entidades del Estado y facilitando condiciones para el desarrollo económico y social.
- Prestar el servicio de policía en zonas de frontera, parques naturales, resguardos indígenas, comunidades afrocolombianas y demás áreas rurales.
- Realizar operaciones de control y mantenimiento en los principales ejes viales.
- Ejecutar estrategias operativas para neutralizar y desarticular grupos armados ilegales.
- Planificar y llevar a cabo acciones contra el narcotráfico, enfocadas en dismantelar organizaciones criminales dedicadas al procesamiento, almacenamiento, transporte y

comercialización de sustancias ilícitas, así como apoyar operaciones de erradicación y fumigación de cultivos ilícitos.

De acuerdo con la Resolución 912 del 2009, la distribución del personal y de los medios operativos en estas zonas dependerá de las características propias de cada territorio.

El patrullaje, según lo definido en el Capítulo IV de dicha resolución, es una actividad propia del servicio de vigilancia urbana y rural que se lleva a cabo mediante el uso de medios de locomoción específicos, lo cual implica que se puede hacer a pie, a caballo, en vehículo, bicicleta, por vía aérea, fluvial o marítima, según las necesidades del entorno. En consecuencia, no solo se requiere la disponibilidad permanente de personal policial, incluido el componente judicial, sino también de medios de transporte idóneos que garanticen la eficacia de las acciones preventivas y de mitigación del delito.

4.1.2. *Ciberpatrullador*

Si bien el ciberpatrullaje no se encuentra definido expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, las realidades tecnológicas y las nuevas formas de comisión de delitos han hecho que, a través de analogías normativas y jurisprudenciales, la Policía Nacional pueda realizar labores de vigilancia electrónica en canales abiertos de comunicación, con los mismos fines de un patrullaje o vigilancia tradicionales.

En este sentido, la Ley 1801 del 2016 establece en su artículo 237 la norma que permite a las autoridades nacionales captar la información, imágenes y datos que se encuentren abiertos al público, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 237. INTEGRACIÓN DE SISTEMAS DE VIGILANCIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> La información, imágenes, y datos de cualquier índole captados y/o almacenados por los sistemas de video o los medios tecnológicos que estén ubicados en el espacio público, o en lugares abiertos al público, serán considerados como públicos y de libre acceso, salvo que se trate de información amparada por reserva legal.

Los sistemas de video y medios tecnológicos, o los que hagan sus veces, de propiedad privada o pública, a excepción de los destinados para la Defensa y Seguridad Nacional, que se encuentren instalados en espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, se enlazarán de manera permanente o temporal a la red que para tal efecto disponga la Policía Nacional, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional.

PARÁGRAFO. En tratándose de sistemas instalados en áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, se requerirá para el enlace a que hace referencia el presente artículo, la autorización previa por parte de quien tenga la legitimidad para otorgarla.»

Este artículo fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-094 de 2020, en la cual se abordaron posibles tensiones con el derecho a la intimidad y la protección de datos personales. La Corte reconoció que la información contenida en sistemas abiertos al público puede incluir datos de naturaleza privada o semiprivada, por lo que debe ser protegida mediante las garantías propias del *habeas data*. En esa línea, sostuvo:

«Respecto del enlace de los sistemas de video y medios tecnológicos con la red que para tal efecto disponga la Policía Nacional, la Corte es consciente que la medida podría generar afectaciones al derecho a la intimidad, especialmente cuando los sistemas enlazados se encuentren instalados en áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público. En esa medida, podría igualmente considerarse que esta disposición es inconstitucional, por cuanto tiene una injerencia sistemática en el derecho a la intimidad de un número ilimitado de personas. Sin perjuicio de esto, teniendo en cuenta que: (i) el enlace con la red de la Policía Nacional persigue la finalidad de garantizar la seguridad, dándole prevalencia al interés general y garantizando el orden público; y (ii) cuando se trate de áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, en donde existe una mayor expectativa de privacidad, la misma norma establece que se requerirá la autorización previa por parte de quien tenga autorización para otorgarla; se debe optar igualmente aplicar el principio de armonización concreta».

En consecuencia, se deduce que la Policía Nacional está facultada para implementar estrategias de ciberpatrullaje como parte de sus funciones de vigilancia, orientadas a preservar la seguridad y la convivencia ciudadanas, específicamente en entornos digitales. No obstante, tales actuaciones deben estar sujetas al respeto de los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data*, y ceñirse a los principios rectores de la protección de datos personales, a saber: legalidad, finalidad y utilidad, libertad, transparencia, acceso y circulación restringida, necesidad, seguridad y confidencialidad y, en todo caso, el de caducidad.

4.1.3. *Agente encubierto*

En Colombia, el uso de agentes encubiertos no tiene como finalidad principal la prevención del delito, ya que su implementación presupone la identificación previa de una posible conducta delictiva. Por tanto, se trata de una herramienta utilizada en el marco de la fase investigativa del proceso penal, donde la Policía Nacional o policía judicial es la autoridad competente para desarrollar este tipo de operaciones mediante labores especializadas de investigación criminal y despliegue de agentes encubiertos, con el objetivo de ejercer control sobre estructuras delictivas y recolectar elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con actividades al margen de la ley.

La implementación de agentes encubiertos está regulada en el artículo 242 de la Ley 906 del 2004 (CPP), en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 242. ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación

especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física. Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

<Inciso y aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequibles> En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.»

El artículo 242 del CPP regula la figura del agente encubierto como un mecanismo excepcional de investigación penal, reservado para situaciones en las que existan motivos razonablemente fundados para inferir que el indiciado o imputado continúa desarrollando actividades criminales. Esta medida solo puede ser adoptada cuando resulte indispensable para el éxito de las labores investigativas, y requiere autorización previa del director nacional o seccional de fiscalías.

Además, la norma establece que tanto funcionarios de policía judicial como particulares pueden actuar como agentes encubiertos, siempre que cumplan ciertas condiciones. En el caso de los particulares, se permite su participación incluso sin modificar su identidad, siempre que gocen de la confianza del indiciado o imputado o logren adquirirla con el fin de obtener información relevante para la investigación.

Si durante el desarrollo de su labor el agente detecta información útil para el proceso, deberá informar al fiscal, quien podrá ordenar una operación especial a cargo de la policía judicial para la recolección de evidencia. La norma también contempla un control de legalidad posterior ante el juez de control de garantías, el cual debe realizarse dentro de las 36 horas siguientes a la finalización de la operación encubierta.

En síntesis, este artículo introduce un mecanismo intrusivo, pero cuidadosamente regulado dentro del proceso penal, que busca fortalecer las capacidades investigativas del Estado frente a fenómenos delictivos complejos. La norma equilibra la eficacia investigativa con la protección de los derechos fundamentales, al establecer límites temporales, controles institucionales y requisitos de necesidad y proporcionalidad para su aplicación. Así, se configura como una herramienta legítima, pero de uso restringido, al servicio de la justicia penal.

4.1.4. *Agente encubierto informático*

El agente encubierto informático en Colombia es una figura legal introducida como técnica especial de investigación penal para enfrentar delitos cometidos a través de medios virtuales, especialmente por organizaciones criminales que operan en canales cerrados de comunicación. Esta medida, regulada en el artículo 242-B del Código de Procedimiento

Penal, permite a un miembro de la policía judicial infiltrarse digitalmente en dichas organizaciones utilizando una identidad ficticia, con el fin de recolectar pruebas sobre actividades delictivas. Requiere autorización previa del juez de control de garantías y está sujeta a un riguroso control judicial para evitar abusos. Si bien esta herramienta se considera vital en la lucha contra el crimen organizado, su uso plantea desafíos frente a derechos fundamentales como la intimidad, la protección de datos, la presunción de inocencia y el debido proceso.

En conclusión, en Colombia existen mecanismos legales y operativos a través de los cuales la Policía Nacional desarrolla su función preventiva y judicial por medio de estrategias de seguridad ciudadana, como el patrullaje, el cual es utilizado en las áreas urbana, rural y virtual, y otras herramientas orientadas a la función judicial, como los agentes encubiertos físicos e informáticos. Tales funciones preventivas y judiciales cuentan con un sólido respaldo en la Constitución, la normativa vigente y la jurisprudencia nacional, en particular en lo que concierne a cuándo se permite o no poner en práctica estos mecanismos y cuáles son los límites que deben respetarse al utilizarlos.

El patrullaje, en todas sus formas, se consolida como una herramienta esencial para la función preventiva, mediante el cual se logra que la Policía Nacional realice eficazmente una intervención temprana frente a factores de riesgo que afectan la convivencia y la seguridad ciudadanas. Por otro lado, el uso de agentes encubiertos se enmarca en la función judicial de investigación penal, y no en la labor preventiva, dado que su implementación requiere el cumplimiento de estrictos requisitos legales y la existencia de sospechas razonables sobre la comisión de un delito. No obstante, ambas funciones se deben ejercer con estricto apego al ordenamiento jurídico y en plena garantía de los derechos fundamentales de los sujetos implicados.

5. Terceros y nuevos medios de investigación penal

Para comprender los medios de investigación en Colombia, es fundamental primero identificar el sistema de procedimiento penal vigente y sus respectivas fases. En este contexto, a partir de la Ley 906 de 2004, Colombia adoptó un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, el cual establece una clara separación de funciones entre el ente investigador y el juzgador. Como parte de esta estructura, se incorpora la figura del Juez de Control de Garantías (JCG), encargado de velar por los derechos de las partes involucradas en el proceso penal, por lo tanto, vigila las actuaciones investigativas y otros actos procesales, en ocasiones de forma previa o, según el caso, posterior.

El proceso penal se divide en tres fases: indagación preliminar, investigación y juicio oral. En la fase de indagación preliminar nos ubicamos en el momento en que se pone a la Fiscalía General de la Nación en conocimiento de unos hechos potencialmente delictivos, por lo cual esta entidad inicia labores para recolectar información sobre el suceso sin involucrar al sujeto directamente implicado (indiciado). Esta etapa termina con la formulación de imputación, donde el grado de conocimiento que se exige, con base en la información conocida hasta ese momento como resultado de la investigación, es de mera inferencia razonable de la comisión del delito por el autor o partícipe y de los hechos que lo sustentan. Para este momento, las actuaciones investigativas que requieren control previo del

JCG se podrán ejecutar sin la presencia del sujeto indiciado, toda vez que las audiencias serán de carácter reservado para no entorpecer el fin de la investigación.

En la segunda fase, la Fiscalía General de la Nación debe adelantar una labor más rigurosa y objetiva, mediante la recolección de elementos que puedan tanto favorecer como perjudicar al imputado, para decidir si existe o no mérito para acusar, y proceder con el escrito y la posterior audiencia de formulación de acusación, donde el grado de conocimiento exigido es de verdadera probabilidad de comisión de la conducta punible y de la autoría o participación del sujeto acusado. En este momento, al estar vinculado el sujeto investigado al proceso penal, toda actuación que se pretenda llevar a cabo y que esté sometida a controles debe ser notificada al sujeto, para que participe en la diligencia y haga, si lo desea, uso de su derecho de defensa y contradicción, tanto en las audiencias de control previo como en las de control posterior.

Por último, en la fase de juicio oral, que se habilita tras la formulación de acusación, la Fiscalía como representante del Estado y dueña de la acción penal pierde las facultades investigativas, es decir que solo hasta ese momento puede realizar actos de investigación tendientes a recolectar elementos que sustenten su acusación, salvo que, excepcionalmente, se esté a la espera de un dictamen o de una información y que el juez autorice su descubrimiento después de la audiencia. En esta etapa, la parte que conserva la facultad de investigar es la defensa, aunque solo hasta la audiencia preparatoria, toda vez que allí debe, generalmente, hacer su descubrimiento probatorio (en casos de inimputabilidad como teoría del caso, debe hacerlo al momento de la audiencia de formulación de acusación), y ambas partes solicitan los medios de prueba que pretenden que el juez decrete para que sean practicados y valorados, con el fin de formar un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable para obtener una sentencia de condena o, por el contrario, una de absolución.

Ahora bien, de acuerdo con los medios de investigación, se cuenta con diversas formas o figuras en las cuales se incluyen medios de investigación tradicionales y medios de investigación más modernos o impulsados con tecnología, sin embargo, sus características dependen principalmente del ente que los ordena y del tipo de control que poseen. Todos los actos de investigación los define la Ley 906 del 2004, en el Libro II: Técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio; Título I: La indagación y la investigación; Capítulo II: Actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización.

La sujeción de un acto al control previo o posterior por parte del juez de control de garantías depende del grado de injerencia que dicho acto tenga en los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, a mayor afectación de derechos, mayor debe ser el nivel de control judicial. Por ello, en los casos de alta injerencia, como la obtención de muestras del imputado, se requiere autorización judicial previa. En contraste, cuando la injerencia es menor, no es necesario el control previo, pero sí debe existir un control posterior dentro de las 36 horas siguientes a la realización del acto, como ocurre con el allanamiento y registro de un inmueble.

Además, existen actos que, por su naturaleza, pueden estar sujetos a ambos controles, como el uso de agentes encubiertos informáticos, y, por otro lado, actos que no requieren ningún tipo de control judicial para decretar su legalidad, considerados urgentes y necesarios, como la inspección al lugar de los hechos. En la siguiente tabla se relacionan los controles requeridos para cada uno de los actos de investigación, de acuerdo con la Ley 906 de 2004 (CPP):

Actos de investigación			
Tipo de acto	Autorización judicial/control previo de la diligencia	Control posterior dentro de las 36 horas siguientes	Grado de conocimiento requerido para la implementación del medio de investigación
Inspección del lugar del hecho (art. 213)	No	No	Con el conocimiento de la ocurrencia del hecho
Inspección de cadáver (art. 214)	No	No	Con el conocimiento de la ocurrencia del hecho
Inspecciones en lugar distinto al del hecho (art. 215)	No	No	Con el conocimiento de la ocurrencia del hecho
Exhumación (art. 217)	No	No	Existan motivos razonablemente fundados
Aviso de ingreso de presuntas víctimas (art. 218)	No	No	Con el conocimiento de la ocurrencia del hecho
Registros y allanamientos (arts. 219 y siguientes)	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Allanamientos especiales (art. 226)	Autorización del agente diplomático	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Allanamientos en casos de flagrancia	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Retención de correspondencia (art. 233)	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Interceptación de comunicaciones (art. 235)	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (art. 236)	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Vigilancia y seguimiento a personas (art. 239)	Sí, luego de que el fiscal expide la orden se verifica su legalidad dentro de las 36 horas siguientes	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Vigilancia y seguimiento de cosas (art. 240)	Sí, luego de que el fiscal expide la orden se verifica su legalidad dentro de las 36 horas siguientes	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Análisis e infiltración de organización criminal (art. 241)	No	No	Existan motivos razonablemente fundados
Actuación de agentes encubiertos (art. 242)	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Operaciones encubiertas contra la corrupción (art. 242A)	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual (art. 242B)	Sí	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Entrega vigilada (art. 243)	No	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Búsqueda selectiva en bases de datos (art. 244)	Solo cuando se busque	Sí	En información pública basta con el conocimiento del

	información sobre organizaciones criminales se puede solicitar autorización judicial para buscar en todas las bases de datos		hecho. Para información confidencial, es necesario que existan motivos razonablemente fundados
Inspección corporal (art. 247)	Sí	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Registro personal (art. 248)	Sí	Sí	Existan motivos razonablemente fundados
Obtención de muestras que involucren al imputado (art. 249)	Sí, cuando no exista consentimiento del imputado	Sí	Existan motivos razonablemente fundados

6. *Las nuevas tecnologías³² y la protección de terceros en las diligencias previas al juicio³³*

En Colombia, las medidas de investigación penal tecnológica se integran en las siguientes figuras: interceptación de comunicaciones (CPP, artículo 235), recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación (CPP, artículo 236), operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual (CPP, artículo 242B), y búsqueda selectiva en bases de datos (CPP, artículo 244)³⁴.

Para mayor claridad, en la Tabla se describen las medidas de investigación penal tecnológica contempladas en el proceso penal colombiano, a partir de la delimitación de sus requisitos legales y los escasos presupuestos definidos jurisprudencialmente.

Medida de investigación penal tecnológica	Requisitos legales	Presupuestos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia
Interceptación de comunicaciones: artículo 235 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, y adicionado por Ley 1908 de 2018	Orden: la orden de interceptación por parte de la Fiscalía deberá constar por escrito. Finalidad: obtener elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados.	Corte Constitucional El numeral 2° del Artículo 250 de la Constitución Política señala que la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de sus funciones, puede «adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones». En consecuencia, debe señalarse que todas las interceptaciones están sujetas a una serie de límites materiales independientemente de cuál sea la autoridad que las realice, derivadas de la ley y de

³² Se invita a los reporteros nacionales a que se centren en los rápidos avances ocurridos en la ciencia y las tecnologías que han llevado al uso de nuevas medidas de investigación que interfieren con los derechos fundamentales de un número cada vez mayor de personas que no participan formalmente en los procesos penales.

³³ El debate sobre esta cuestión se refiere a las medidas previas al juicio destinadas a restringir las libertades fundamentales (libre circulación de bienes y servicios, libre disponibilidad de activos, etc.).

³⁴ M. BUSTAMANTE RÚA. *Cibercriminalidad e investigación penal tecnológica: Una mirada desde la experiencia de la Cooperación Internacional para la persecución de la cibercriminalidad en Latinoamérica*. Madrid, 2023.

	Vigencia de la orden: 6 meses prorrogables. La orden de interceptación la emite el fiscal y solo su prórroga estará sometida al control previo por parte del juez de control de garantías. La labor de interceptación es una actividad técnica ejecutada por autoridad de policía judicial. El material probatorio recaudado durante las interceptaciones se someterá a control de legalidad posterior (artículo 237 CPP).	los principios que rigen la restricción del derecho a la intimidad: (i) Las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley. (ii) Requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las treinta y seis (36) horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el Artículo 250 de la Constitución. (iii) En virtud del principio de finalidad, deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En este sentido, el artículo 235 de la Ley 906 de 2004 dice que: «el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético». (iv) De acuerdo con el principio de necesidad, no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual está igualmente consagrado en la parte final del artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones «cuya información tenga interés para los fines de la actuación». (v) En virtud del principio de veracidad, los datos personales que se puedan divulgar en el proceso deben corresponder a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos. (vi) Por último, de acuerdo con el principio de integridad, la información que sea objeto de divulgación en el proceso debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-594 de 2014). Corte Suprema de Justicia Precisamente, en relación con ese tema, la Corte ha señalado lo siguiente: (i) la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones [...], es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y

		la recolección de elementos y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Rad. 28.535, 9 de abril de 2008). Y a partir de esos elementos, la Sala precisó: «El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia» (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Interlocutorio AP3466-2014. 18 de junio de 2014).
Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación. Artículo 236 de la Ley 906 de 2004. Modificado por Ley 1453 de 2011, y adicionado por Ley 1908 de 2018	Finalidad: retención, aprehensión o recuperación de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que pueda haber utilizado cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital. Vigencia: se limita al tiempo necesario para la captura de la información. Excepción: cuando se trate de investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, la Policía Judicial dispondrá de un término de seis (6) meses en etapa de indagación y tres (3) meses en etapa de investigación. Los medios cognoscitivos recuperados serán sometidos a control de legalidad posterior ante el juez de control de garantías (artículo 237 CPP).	Corte Suprema de Justicia En efecto, es necesario decir que el inciso segundo del artículo 237 original de la Ley 906 de 2004 enunciaba quiénes podían asistir a la audiencia de control posterior, en los siguientes términos: «durante el trámite de la audiencia solo podrá asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia». A lo anterior debe agregarse que, de acuerdo con el párrafo de la misma norma, si el cumplimiento de la orden de extracción de información se había cumplido con posterioridad a la formulación de imputación, se debía citar al imputado y a su defensor para que, “si lo desean”, pudieran ejercer el contradictorio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 35127. 17 de abril de 2013).
Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual. Artículo 242B de la Ley 906 de 2004.	Debe contar con autorización previa del juez de control de garantías. Alcance: podrá utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos	A la fecha no se encuentra pronunciamientos de fondo de la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia. Lamentablemente, por ineptitud de la demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-243 de 2021 (M.P. Jorge

Adicionado por Ley 1908 de 2018	constitutivos de delitos cometidos por organizaciones criminales que actúan a través de comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación virtual. Finalidad: intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos. También, obtener imágenes y grabaciones de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el indiciado.	Enrique Ibáñez Najar, Expediente: D-14055 Norma acusada: arts. 241, 242, 242A, 243, 279 de la Ley 906 de 2004), se declaró inhibida de decidir sobre la constitucionalidad de las normas que regulan la figura del agente encubierto, así como de aquella que otorga validez a los elementos materiales probatorios y evidencia física recaudados en desarrollo de una operación encubierta.
Búsqueda selectiva en bases de datos, artículo 244 de la Ley 906 de 2004, adicionado por Ley 1908 de 2018	Finalidad: comparación de datos, por parte de la policía judicial, en bases de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares de acceso público. Control de legalidad: cuando la información encontrada sea de acceso confidencial, se someterá a control de legalidad previo y posterior ante el juez de control de garantías. Límites temporales y de acceso a la información: cuando la información provenga de organizaciones criminales, la búsqueda selectiva podrá ser en etapa de indagación por un periodo de seis (6) meses y en investigación, de tres (3) meses prorrogables. A su vez, el juez de control de garantías podrá levantar la reserva de dicha información. Los medios cognoscitivos recuperados serán sometidos a control de legalidad posterior ante el juez de control de garantías (artículo 237 CPP).	Corte Constitucional (...) Estima la Corte que, de conformidad con el numeral 3° del Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, la búsqueda selectiva en las bases de datos personales computarizadas, mecánicas o de cualquier índole, que realice la Fiscalía General de la Nación, debe contar siempre con la autorización previa del juez de control de garantías y referirse a la información que se acopia con fines legales, por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, por estar de por medio el derecho fundamental al <i>habeas data</i> (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2007). Corte Suprema de Justicia En el punto de la búsqueda selectiva en bases de datos, dispone el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, que cuando esta implique el acceso a información confidencial referida al indiciado o imputado, debe mediar orden judicial previa aplicando, en lo pertinente, las disposiciones relativas a registros y allanamientos consagradas en esa codificación. La revisión de la legalidad de los actos que se adelanten por las autoridades correspondientes debe hacerse ante el juez de control de garantías (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas 3°. Radicación N.º 94744. 24 de octubre de 2017). Adicionalmente, cabe señalar que la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el mencionado artículo 244 de la Ley 906, entendiendo, «[...] dentro del respeto a la

		naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado o indagado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita» (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025/09).

A partir de la descripción anterior, se puede establecer que en Colombia se debe hacer una revisión integral de la regulación de las medidas de investigación penal tecnológica, a partir de la delimitación clara de presupuestos para ordenar su práctica, para su ejecución y controles, todo ello de cara a garantizar los derechos fundamentales de los sujetos investigados y de terceros que puedan resultar afectados con esta medida. Nótese que la normativa no precisa los requisitos o presupuestos que debe tener en cuenta el juez de control de garantías para efectuar el control de legalidad sobre la orden y su práctica, como tampoco se precisan los alcances y límites de las órdenes que se profieran en el marco de investigaciones penales tecnológicas. Asimismo, la regulación no se plantea el problema de la cibercriminalidad transfronteriza, ni los mecanismos de cooperación judicial penal internacional para la ejecución de las intervenciones tecnológicas que requieran la colaboración entre Estados e, incluso, de empresas particulares.

Además, ni la legislación ni la jurisprudencia han definido con claridad el alcance de la implementación de medios de investigación tecnológicos en lo que respecta a la afectación de los derechos fundamentales de personas que, sin ser sujetos procesados en alguna etapa de un proceso penal, pueden estar involucradas dentro de una diligencia investigativa tecnológica, tal es el caso de quienes sostienen conversaciones con un sujeto contra el cual se ordenó, por ejemplo, una interceptación de comunicaciones.

Actualmente, es indeterminado el impacto que se tiene sobre la vida de estos terceros, y cuando este impacto está legitimado, toda vez que si bien sabemos que algunos derechos, como la intimidad, podrían salir vulnerados por una medida investigativa de estas características, no existe norma o sentencia que aclare y precise un test de proporcionalidad o criterios que deban emplear las autoridades investigativas o judiciales (según el control) antes de autorizar la práctica de estas diligencias, o al decretar la legalidad de la información obtenida en el curso de las mismas, cuestión especialmente relevante si se considera que en el uso de un medio de investigación tecnológica no solo se ponen en peligro los derechos de un sujeto, sino probablemente los de todo su círculo y, por ende, la justificación de la medida debería ser mayor y estar totalmente reglada.

De otro lado, no es uniforme el sistema al señalar si se requiere autorización judicial previa o un control posterior. En algunos supuestos, se plantea la exigencia de orden del juez de control de garantías mientras que, en otros, resulta suficiente el control de legalidad posterior que deberá hacer dicho juez.

Esta disparidad en el tratamiento de las medidas de investigación penal tecnológica tiene su origen en la norma constitucional que dejó abierta la compuerta para que algunos actos de investigación de la Fiscalía, con injerencia en derechos fundamentales, solo estén sometidos a un control posterior. Precisamente, el Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo número 03 de 2002, establece entre las

funciones de la Fiscalía General de la Nación: «2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes».

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-014 de 2018, nos recuerda dos garantías para la intervención en la intimidad en la investigación penal:

- a) La *reserva de ley*: implica que las hipótesis y requisitos de la intervención en la intimidad compete definirlos exclusivamente al legislador, como garantía de seguridad de los ciudadanos, que les permite conocer previamente las condiciones en las cuales pueden ser objeto de afectaciones en su derecho.
- b) La *reserva judicial*: es una de las garantías más importantes en la tradición liberal del derecho penal. La intimidad, la privacidad y la vida reservada de las personas solo pueden sufrir intromisiones, según el Artículo 15 de la Constitución Política, en virtud de órdenes emitidas por autoridades judiciales, no por otros funcionarios u órganos del Estado. En los jueces reside la competencia para decretar restricciones a la correspondencia y a las comunicaciones privadas, en los supuestos y conforme a las exigencias establecidos por el legislador.

Sin embargo, precisa la Corte que, conforme a los estándares constitucionales mínimos en torno a las afectaciones de los derechos del procesado en la investigación penal, la Fiscalía se halla facultada para ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, pero el juez de garantías deberá ejercer el control dentro de las 36 horas siguientes. Así, la Corte Constitucional considera que se pueden identificar tres cláusulas generales de origen constitucional que sujetan las medidas dirigidas a la restricción de derechos constitucionales en la investigación penal:

- i. En materia del derecho a la libertad personal, por regla general sus restricciones y limitaciones deben ser autorizadas previamente por el juez que cumple la función de garantías en el proceso penal.
- ii. En el ámbito de las intervenciones al domicilio, a la intimidad y a la privacidad, se prevé constitucionalmente el control judicial posterior sobre lo actuado ante el mencionado juez de garantías.
- iii. Y para todos los demás procedimientos restrictivos de los derechos fundamentales, se requiere autorización judicial previa.

En síntesis, el juez de garantías ejerce un control previo de todas las diligencias de investigación penal que limitan los derechos fundamentales, salvo las intervenciones a la intimidad contenidas en el artículo 250.2. de la Constitución Política, cuya revisión de legalidad es posterior y se ejerce tanto sobre el contenido de la orden de la Fiscalía General de la Nación como en su ejecución y resultados obtenidos por la autoridad de policía judicial³⁵.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-014 de 2018.

Llama la atención la posición de la Corte Constitucional, la cual se limita al análisis del derecho a la intimidad. Sin embargo, en un ejercicio de interpretación integrador de otros derechos fundamentales, se debe repensar el modelo colombiano en cuanto a la previsión constitucional y la regulación procesal penal, para definir el alcance y las limitaciones de las medidas de investigación penal tecnológica que, indefectiblemente, tienen injerencia alta y media en variados derechos fundamentales.

A continuación, se hace un acercamiento a los derechos fundamentales involucrados en las diligencias de investigación tecnológica, para luego sustentar la importancia de fijar presupuestos comunes para su procedencia, a partir de la idea de que es necesario instalar un control previo o autorización judicial previa.

Sin duda, en varios países de Latinoamérica hace falta la previsión normativa expresa a la luz del principio de legalidad de las más novedosas medidas de investigación tecnológica, como: a) la utilización de dispositivos técnicos para la captación de imágenes, de seguimiento y de localización, b) el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, c) el registro remoto sobre equipos informáticos, d) el agente encubierto informático, e) la búsqueda selectiva en bases de datos, etc.

La regulación expresa de las medidas de investigación penal tecnológica se debe armonizar desde la aplicación del principio de legalidad y de los derechos fundamentales, con el fin de integrar un conjunto de requisitos o presupuestos para su procedencia y ejecución en atención a su injerencia baja, media o alta en variados derechos.

Por ello, se abordan aquí los derechos fundamentales que entran en juego cuando se ejecutan medidas de investigación penal tecnológica, teniendo en cuenta que, evidentemente, se están aplicando seguimientos tecnológicos de manera solapada en nuestros países, ya sea por falta de regulación expresa con evidente desconocimiento del principio de legalidad procesal, o bajo una regulación incompleta que no responde a la tutela y protección efectivas de los derechos fundamentales ante la ausencia de presupuestos para su ejecución bajo el lente de la reserva judicial, es decir, de un control de legalidad por parte del juez de garantías.

En este punto, cuando afirmamos que los Estados, a través de sus órganos de policía o de aquellos que cumplen funciones de policía judicial, pueden estar ejecutando de manera “solapada” medidas o diligencias de investigación penal tecnológica, lo hacemos en forma de reflexión con base en algunas ideas que encontramos en Teresa Armenta Deu, quien realiza una aproximación a la distinción entre «vigilancia legítima» y «vigilancia ilícita»³⁶.

A raíz de esta cuestión, surgen preguntas: ¿qué es lo preventivo y hasta dónde debe llegar la labor preventiva de una autoridad policial?, ¿qué es lo urgente y qué hace que se exonere a la policía de una orden o resolución judicial previa? y ¿qué prevenciones deben tomarse para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos en el proceso penal?

Partamos de un hecho conocido: la multiplicación exponencial de la cantidad de datos transaccionales o “metadatos” disponibles sobre las personas, mediante la información relacionada con los correos electrónicos, enviados y recibidos, la identificación de la localización o el seguimiento en la web y otras actividades en línea. Estos datos, que pueden servir tanto para la prevención como para una investigación procesal, son almacenados, accesibles o localizables por las autoridades, sin que estén —o lo estén suficientemente— regulados; pese a que su análisis puede ser tan relevador como invasivo, más aún cuando se combinan o agregan. Teniendo presente los derechos que pueden verse afectados (a la

³⁶ T. ARMENTA DEU. “Tecnología disruptiva y proceso”, en *Derivas de la Justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*. Madrid, 2021, pp. 278 y ss.

intimidad, a no verse sometido a injerencias ilegítimas, a la libertad de expresión o de asociación), la cuestión es cuándo una actividad que puede ser perfectamente legítima llega a ser ilícita³⁷.

Teresa Armenta Deu se remite al informe publicado por la ONU en 2019, que aborda tres puntos para inclinar la balanza en uno u otro sentido: a) la previsión normativa precisa y desarrollada, accesible públicamente, completa y no discriminatoria; b) que la investigación sea necesaria y proporcional conforme a los criterios internacionales, esto es, para lograr un objetivo legítimo, y c) que los intereses que justifican la acción de vigilancia sean legítimos, sin incurrir en abuso de poder³⁸.

Igualmente, en su profunda reflexión, Armenta nos recuerda el Primer Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sobre privacidad en la era digital, en el cual se concluye que los países con débil aplicación de la ley o falta de normativa, garantías procesales insuficientes o supervisión ineficaz, rinden menos cuentas e incrementan las condiciones que favorecen una vigilancia digital ilícita, frente a lo cual considera lo siguiente sobre la conclusión:

«[Esta] no debe llevarnos a la simplificada y errónea idea de que los países democráticos van por delante en el respeto de las garantías. De hecho, el último informe Freedom on the Net 2019, denuncia el incremento de nuevas medidas represoras y limitativas —sobre todo del “derecho al debido proceso”— en países de fuerte tradición democrática»³⁹.

Ante esta preocupación sobre cuál es la frontera que existe entre una vigilancia preventiva y una investigación penal, sobre cuál es la frontera entre lo legítimo e ilegítimo, entre lo legal y lo ilegal, entre lo lícito y lo ilícito, se debe pensar que la clave de lectura deben ser los derechos fundamentales de los ciudadanos, de ahí que las injerencias en tales derechos deben estar blindadas por normativas adecuadas a los actuales desafíos que imponen los avances tecnológicos y de comunicación de cara a un conjunto de derechos y garantías: la legalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia, la intimidad, la protección de datos personales y el derecho al entorno virtual propio.

6.1. Legalidad

Uno de los principios esenciales de un derecho penal garantista es el principio de legalidad, entendido como límite al poder punitivo del Estado. Por eso, las legislaciones sustanciales penales, procesales penales y probatorias penales deben actualizarse con rapidez y armonizarse con las necesidades de persecución, investigación y juzgamiento efectivo de las conductas criminales que se ejecutan a través del ciberespacio y saben aprovecharse de los avances vertiginosos de los medios tecnológicos y de comunicación.

Desde el principio de legalidad, y en aplicación de la política criminal de cada Estado, urge que en varios países de Latinoamérica se revisen y actualicen las normativas sustanciales penales para consagrar nuevas formas de conducta delictiva (cibercrimitos) y se regulen con mayor amplitud y detalle de requisitos, tanto formales como materiales, las más novedosas medidas de investigación penal tecnológica en el proceso penal, tales como: a) utilización de

³⁷ T. ARMENTA DEU, pp. 278-279.

³⁸ T. ARMENTA DEU, p. 279.

³⁹ T. ARMENTA DEU, pp. 279-280.

dispositivos técnicos para captar imágenes y hacer seguimiento y localización, b) registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, c) registro remoto sobre equipos informáticos, d) agente encubierto informático, e) búsqueda selectiva en bases de datos, entre otros. Toda Latinoamérica está llamada a un diálogo regional para abordar actualizaciones normativas en estas materias con las debidas garantías y con una visión legal, constitucional y convencional.

6.2. *Debido proceso*

El debido proceso reviste gran importancia en la actualidad, máxime cuando se observa su constante desarrollo y evolución en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Latinoamérica y de la Corte IDH, por su expansión tanto horizontal como vertical, pues un alto porcentaje de la jurisprudencia de este alto tribunal interamericano se ha centrado en el estudio del conjunto de garantías judiciales que integran el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin duda, el tribunal interamericano avanzará en la protección de derechos humanos, en especial del debido proceso, en procedimientos que apliquen medidas de investigación penal tecnológica. De la mano con la transformación, evolución y aplicación de la normativa para perseguir e investigar la cibercriminalidad, serán más los casos en los cuales se discuta la violación, afectación, limitación o restricción de derechos humanos, como el debido proceso convencional, que llegarán a conocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Hasta ahora, el panorama es incipiente para la región, dado que, en Latinoamérica, hace falta generar más conciencia en los Estados sobre los riesgos a los que estamos expuestos constantemente por la cibercriminalidad, para fortalecer en forma armoniosa la normativa y su aplicación en todos los frentes (regulación de nuevos tipos penales, consagración de medidas de investigación penal tecnológica más acordes con las nuevas formas de ciberdelincuencia, mecanismos de cooperación judicial penal internacional, etc.). Asimismo, es necesario generar mayor conciencia en los ciudadanos sobre las posibilidades que tienen los Estados, a través de sus autoridades policiales, para llevar a cabo intervenciones tecnológicas sin control y con violación de los derechos fundamentales, ante la ausencia de normativa y de abordaje jurisprudencial.

A partir de este panorama, se comprueba la constante interrelación entre ese conjunto de garantías que integran la cláusula del debido proceso y la importancia de que se ejerza el control de convencionalidad, difuso para su aplicación efectiva, por parte de los jueces nacionales en todo tipo de procedimientos, lo cual pone en evidencia: la necesidad de observancia del principio de legalidad y aplicación del principio de convencionalidad; la observancia de los principios de buena fe y de *effet utile*, derivados del derecho internacional de los tratados; la comprensión del juez nacional como juez interamericano, y la importancia de que los ordenamientos jurídicos internos armonicen con las garantías y preceptos del *corpus iuris* interamericano (bloque de convencionalidad), en relación directa con el control de constitucionalidad y la integración de los bloques de constitucionalidad nacionales.

Sergio García plantea que el debido proceso constituye un límite al poder del Estado, y se refiere al conjunto de garantías que deben observarse en el trámite de los procedimientos para que las personas involucradas en ellos tengan posibilidades reales de defensa ante cualquier actuación del Estado que pueda afectarles, como, por ejemplo, las medidas de

investigación penal tecnológica que pueden ejecutar las autoridades que cumplen funciones de policía judicial bajo la orden y dirección de los ministerios fiscales.

El proceso debido es, entonces «un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia»; así, se interpreta que es el conjunto de condiciones jurídicas y procesales necesarias para restringir legítimamente los derechos de los gobernados. En esa medida, se considera que es un límite al poder estatal en una sociedad democrática que lo dota como garantía con un carácter democratizador.

Para nuestra región, la Convención sobre Derechos Humanos de 1969 reconoce el debido proceso en el artículo 8 bajo el título de garantías judiciales. Eduardo Oteiza afirma que el alcance del artículo lo ha trazado la Corte de San José de Costa Rica desde sus características fundamentales, entendiendo que el debido proceso legal comprende las condiciones necesarias para asegurar la adecuada defensa de los derechos y obligaciones de quienes se encuentran vinculados en un proceso judicial.

Para Sergio García, los temas del debido proceso se registran con frecuencia en la jurisprudencia de la Corte contenciosa y consultiva. Al respecto expresa lo siguiente:

«[...] hoy día existe un panorama renovado del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia. El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias [...] tiene carta de naturalización en el derecho internacional de los derechos humanos. Se ha considerado, por ello, que tenemos a la vista un nuevo paradigma del debido proceso [...]»⁴⁰.

En coherencia con este argumento, García plantea que el debido proceso posee un carácter pragmático que implica la existencia, la suficiencia y la eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizarlo como derecho, su alcance comprende varios extremos, entre ellos, el derecho a ser oído «con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley» para la determinación de sus derechos⁴¹.

Al respecto, se ha señalado lo siguiente: la evaluación internacional de si un Estado cumple o no con el debido proceso marca una relación particular entre los procedimientos nacionales o estatales y el órgano internacional. En sentido estricto, inclusive, los casos que llegan a conocimiento de la instancia internacional van a comprender en casi todos los supuestos un tema referido al debido proceso.

De esa manera, la Corte IDH es el órgano jurisdiccional competente que evalúa si el Estado ha cumplido o no sus obligaciones en materia de proceso debido. Para hacerlo, debe analizar las actuaciones judiciales o administrativas nacionales, sin que con ello se desconozca la jurisdicción nacional, dado que los Estados tienen obligación internacional en materia de debido proceso.

En lo que se refiere a la relación entre debido proceso y procesos nacionales, debe tenerse en cuenta el deber de los Estados de hacer un análisis de convencionalidad, en el

⁴⁰ S. GARCÍA RAMÍREZ. “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 1116.

⁴¹ S. GARCÍA RAMÍREZ, p. 1126, nota 67.

sentido que cualquier norma o actuación del Estado se debe analizar no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también de las obligaciones internacionales asumidas por aquel en materia de derechos humanos, en general, y de la Convención Americana, en particular:

Ciertamente, son los Estados los obligados a cumplir con este control, pero resulta interesante que la Corte haya señalado que las autoridades implicadas en el cumplimiento de esta función son las del Poder Judicial. En este sentido, en el Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia, la Corte reiteró que, en relación con las prácticas judiciales, los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

«Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»⁴².

Así, se observa cómo la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido influencia en la progresividad del debido proceso, definiéndolo incluso en la actualidad como un debido proceso renovado que impacta en todo el sistema de protección de derechos humanos en los países de Latinoamérica.

Tales garantías del debido proceso (artículo 8, párrafos 1 y 2, de la Convención Americana) tienen aplicación y deben respetarse en todo tipo de procedimiento judicial o administrativo, tal y como desde antaño lo ha demarcado la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Interpretación en la que insiste Sergio García Ramírez, quien expone que en el artículo 8 se registran, tanto las garantías judiciales generales (párrafo 1) como las garantías judiciales penales (párrafo 2), «sin perjuicio de la interpretación extensiva que la Corte ha provisto»⁴³. Igualmente, vale la pena señalar, como bien lo destaca el autor, que el debido proceso nutre las obligaciones generales que asumen los Estados parte, el respeto y la garantía de los derechos y la adopción de disposiciones y medidas protectoras de orden interno. En relación con la expansión horizontal del debido proceso, se encuentran los siguientes supuestos:

- i. Que la garantía del debido proceso se extiende a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos. En consecuencia, no se restringe ni a los procesos judiciales, ni entre ellos solo a los procesos penales, dado que incluye los procedimientos administrativos y la inserción de otras materias como los procedimientos policiales.
- ii. Igualmente, la garantía del debido proceso tiene un procedimiento de especificación que implica comprenderlo como derecho humano en función de las personas que los ejercen

⁴² CIDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 64, párr. 202.

⁴³ S. GARCÍA RAMÍREZ. “Panorama del debido proceso”, p. 1126.

(niños, personas migrantes, mujeres víctimas de violencia, pueblos indígenas, defensores de derechos humanos, entre otros).

iii. Los efectos protectores del debido proceso no se limitan al momento mismo del desarrollo del proceso, sino que se extienden temporalmente desde la fase previa de investigaciones fiscales hasta la etapa final del proceso que comprende incluso la ejecución de las sentencias.

En cuanto a la expansión vertical del debido proceso, esto es, la profundización de su contenido, en palabras de García Ramírez el debido proceso tiene progresión histórica, dado que nuevos requerimientos agregan nuevos elementos que pasan a integrarse en ese concepto. Es así que el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído, desde la experiencia del ex juez del tribunal interamericano, la incorporación de nuevos derechos procesales. Piénsese en la estrecha relación del debido proceso con otras garantías, como la presunción de inocencia que forma parte de su núcleo esencial, pero a este aspecto, en la actualidad, debemos articularle la intimidad, la protección de datos personales y el derecho al entorno virtual propio.

6.3. Presunción de inocencia

Con relación al principio de presunción de inocencia, Carmen Solarte sostiene que «este principio de corte liberal que se halla incluido en todas las constituciones, no es, ni puede ser, un principio absoluto, porque de serlo impediría medidas necesarias para la investigación penal». Así, reconoce que, teóricamente, el principio está concebido de forma adecuada, pero que, en la práctica, se crean tensiones entre este principio y algunos institutos penales. Por ello, sostiene que la presunción de inocencia, como límite al poder punitivo del Estado, tiene un contenido político que varía de acuerdo con su concepción política: así como el Estado de Derecho lo privilegia, un Estado autoritario lo restringe e incluso puede llegar a desconocerlo.

En este sentido, el principio de la presunción de inocencia es derrotero a seguir en todo el curso del proceso penal. De ahí que le sea reconocido al indiciado, imputado o acusado, como límite formal al ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado, y es en este punto donde se puede evidenciar la relación estrecha entre la presunción de inocencia y un Estado de corte garantista.

Al respecto, Mercedes Fernández expresa lo siguiente: «En este mismo sentido apunta Paulesu al señalar que no existe otro principio que exprese mejor que la presunción de inocencia, el nivel de garantismo presente en un sistema penal»⁴⁴. De esta manera, se interpreta que la presunción de inocencia como principio le otorga al procesado una protección especial —inmunidad— frente a la posible actuación abusiva por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, al tiempo que debe concurrir con todas y cada una de las garantías procesales en aras de un proceso realmente garantista. En palabras de Julio Maier, el principio estudiado significa que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista sentencia penal de condena:

«[P]or ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas

⁴⁴ M. FERNÁNDEZ. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid, 2005, p. 121.

aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume —o debe asumir— la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo»⁴⁵.

Además, en este punto conviene precisar que las medidas de investigación penal tecnológicas no se aplican exclusivamente a personas imputadas, como sujetos sobre los cuales se tiene un mínimo grado de conocimiento o vinculación con un hecho delictivo, por lo que resulta proporcional la medida, sino que también pueden recaer sobre personas sin antecedentes penales ni relación directa con la conducta investigada. En muchos casos, estas personas resultan afectadas únicamente por su vínculo, incluso lícito, con un sujeto procesado, lo que pone en riesgo sus derechos fundamentales. Tal situación puede llevar, incluso, a la autoincriminación, y la información obtenida en ese contexto es tratada como un “hallazgo casual”, y de una u otra manera el Estado legitima la intervención. No obstante, cuando dichas investigaciones no revelan conductas delictivas atribuibles a estos terceros, no se adopta medida alguna para reparar o siquiera reconocer la afectación de sus derechos. Es más, en la mayoría de los casos, la persona cuya intimidad fue vulnerada por tener vínculos lícitos con el investigado ni siquiera llega a enterarse de que fue objeto de una interferencia estatal.

Ahora bien, se puede observar la manera compleja como se encuentra dividida la doctrina en cuanto al alcance del principio. Así, se observan las siguientes posturas: a) no es una presunción *juris et de jure*, pues admite prueba en contrario, es consecuencia de una presunción *juris tantum*, que prevalece mientras no sea desvirtuada; b) por ser un principio procesal penal, participa de la naturaleza de los institutos procesales penales; c) no es una presunción sino un estado jurídico del imputado; d) es una manifestación lógica del *status innocentiae* del que es titular todo ciudadano y es una consecuencia de este, al entenderse que la condición de inocente de todo ciudadano es anterior al Estado y a cualquier garantía judicial consignada en las codificaciones positivas; e) es un derecho que, además de su proyección objetiva como límite a la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, tiene una doble eficacia: de un lado, en situaciones extraprocesales y, de otro, en el régimen probatorio; f) es un derecho de naturaleza sustantiva-procesal; g) es un componente del debido proceso.

La doctrina también ha interpretado que no basta cualquier prueba para destruir la calidad de inocente, sino que la prueba debe practicarse de una determinada forma y de acuerdo con ciertas garantías para cumplir dicho propósito; en consecuencia, de esta regla probatoria se deriva lo siguiente: a) la existencia de actividad probatoria suficiente, en contraposición a la simple sospecha, para la obtención del convencimiento judicial más allá de toda duda razonable; b) la existencia de prueba de cargo, que recaiga sobre la existencia del hecho y la participación en él del acusado (prueba directa e indirecta), y que en la sentencia se expresen las razones que llevan al juez a valorar que se trata de prueba incriminatoria; c) actividad probatoria suministrada por la acusación, se exige que la actividad probatoria de cargo sea aportada al proceso por la acusación, toda vez que la presunción de inocencia

⁴⁵ J. B. J. MAIER. *Derecho procesal penal*. Tomo I. *Fundamentos*. Buenos Aires, 2004, p. 491.

permite al acusado permanecer inactivo sin que la falta de pruebas de descargo pueda actuar en su contra (con perjuicio); d) prueba practicada en juicio oral, para que pueda desvirtuar la presunción de inocencia y cumplir con el principio de contradicción (con las excepciones de la prueba anticipada); e) pruebas practicadas con respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales, esta exigencia excluye, igualmente, que la prueba obtenida con desconocimiento de los derechos fundamentales pueda ser valorada en la sentencia.

6.4. *Intimidad*

Laura Merkel considera que el derecho a la intimidad se encuentra en una constante evolución que se presta eficazmente a las exigencias de protección del individuo, si se interpreta en relación con el desarrollo tecnológico que cambia a una velocidad superior a la de las reformas normativas.

De forma preliminar, la privacidad o intimidad es un derecho que protege la esfera privada del individuo de las interferencias de los poderes públicos. Tradicionalmente cuenta con dos componentes: uno positivo, que consiste en el derecho a ejercer el control sobre nuestros datos y la información que queremos compartir con los demás, y uno negativo, que consiste en el derecho a no ser importunado por nadie y poder excluir a los demás de nuestra esfera privada.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Merkel destaca que este adopta una visión amplia del derecho a la intimidad y la vida privada al considerar que la recopilación de datos personales por parte de las autoridades públicas es una actividad perjudicial para la intimidad de los ciudadanos, independiente de la finalidad para la cual hayan sido recopilados, dado que unos datos potencialmente neutrales pueden tener relevancia si se almacenan junto con otros datos y se cruzan entre ellos.

Para Laura Merkel, desde una visión moderna, como expresión del derecho a la intimidad se suma el derecho al anonimato, que ha comenzado a ser utilizado a partir del desarrollo de Internet, y que consiste en el derecho que tiene toda persona al anonimato en las transacciones en línea y en las conversaciones de contenido político. Al avanzar en la cuestión, Merkel se cuestiona qué expectativa de intimidad deberíamos pretender hoy, a lo que responde de manera concreta y pragmática: «la expectativa de intimidad es directamente proporcional al potencial efecto dañino de los medios con los cuales puede ser violada».

Sin duda, el derecho a la intimidad, también conocido como el derecho a la vida privada, es uno de los derechos en los que tienen mayor injerencia las medidas o diligencias de investigación tecnológica, en razón del alto volumen de datos e información privada (documentos, carpetas, fotografías, videos, etc.) que los ciudadanos registran, guardan o conservan a través de los diversos medios tecnológicos y de comunicación, que constantemente ofrecen avances en estas áreas, donde se puede ver involucrado contenido o información que puede o no pertenecer al indiciado o imputado, pero que, a su vez, puede pertenecer a terceros ajenos a la diligencia, quienes no tienen un control legal o jurisprudencialmente definido para salvaguardar sus derechos y su información de esta injerencia estatal.

6.5. *Protección de datos personales*

Las legislaciones y la jurisprudencia constitucional en Latinoamérica han reconocido la especial necesidad de disponibilidad de información mediante la conformación de bases de datos personales, como también, y al mismo tiempo, la potencialidad de afectación de derechos fundamentales que apareja el desarrollo de dicha actividad. Bajo tal reconocimiento, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado indispensable someter el proceso de administración de los datos personales a ciertos principios jurídicos, orientados a armonizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los diferentes actores que intervienen en el proceso informativo, entre ellos, los titulares de los datos, las administradoras y los usuarios de la información.

Así las cosas, a partir de las legislaciones nacionales, los tribunales constitucionales suelen diferenciar información pública, información semiprivada e información privada para delimitar el alcance de la protección de los datos personales en el proceso penal. Un ejemplo es la interpretación dada por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia de Constitucionalidad C-366 de 2007, la cual hace tal distinción de la siguiente forma:

i. Información pública. Aquella que puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.

ii. Información semiprivada. Es aquella que recoge información personal o impersonal y que para cuyo acceso y conocimiento existen grados mínimos de limitación, de tal forma que la misma solo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o los datos relativos al comportamiento financiero de las personas.

iii. Información privada. Contiene datos personales o impersonales, pero por encontrarse en un ámbito privado, solo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

En ese sentido, por ejemplo, para que en Colombia opere la búsqueda selectiva en bases de datos relacionadas con datos de naturaleza privada, se requiere autorización judicial previa en cabeza del juez de garantías, una vez se practique la medida de investigación tecnológica de un control posterior. A este respecto, se interpreta que el acceso por parte de la Fiscalía a las bases de datos que no sean de libre acceso, en procura de información privada referida al indiciado o imputado, tiene la potencialidad de afectar el derecho a la autodeterminación informática y a la protección de los datos personales de la persona, quien, como titular de los datos personales, sería la única legitimada para autorizar su circulación. Sin embargo, al tratarse del ejercicio legítimo de la actividad investigativa del Estado, esta protección no puede quedar librada a la voluntad de los investigados, por lo que, cuando existan motivos fundados para requerir información personal que repose en bases de datos en relación con personas imputadas o indiciadas, solo se podrá obtener mediante autorización previa del juez que ejerza funciones de control de garantías.

Se consideran como presupuestos para la injerencia en la protección de datos personales de carácter privado los siguientes: a) la autorización del juez de control de garantías, quien para adoptar la autorización correspondiente tendrá en cuenta la legitimidad de la medida atendiendo a su finalidad, así como a los criterios de pertinencia, idoneidad y necesidad de la misma que determinen su proporcionalidad en el caso concreto; b) la exposición clara y detallada de los motivos fundados y su respaldo de medios cognoscitivos; c) precisar qué información se pretende obtener; d) exponer que se trata de información confidencial referente al indiciado o imputado contenida en bases de datos mecánicas, magnéticas o similares que no son de acceso público.

A partir de la experiencia española —referencia especial en este trabajo—, expresa Miguel Marcos, letrado de la Administración de Justicia de España, la LO 13 de 2015 resuelve el problema principal en torno a las medidas de investigación tecnológicas, pero, no obstante la ausencia de una reforma integral de la norma procesal penal española (LECrim), deja por fuera el correcto tratamiento procesal de la injerencia sobre los nuevos derechos del individuo reconocidos en la Constitución Española y que no existían cuando se redactó la LECrim, entre los cuales destaca: el derecho fundamental a la protección de datos personales (STC 292/2000), por cuanto se afirma que el artículo 18.4 de la Constitución Española contempla «el derecho de autodeterminación informativa», el derecho al *habeas data* y a la «posibilidad de decidir sobre los datos personales, por lo que cualquier injerencia indebida sobre este derecho fundamental debe tener una respuesta por parte del ordenamiento jurídico».

Ahora bien, desde una posición reflexiva, el autor plantea que, en la sociedad de la información, donde todas las investigaciones criminales pasan por la consulta de ficheros, cruces de datos, intervenciones telefónicas, acceso a ordenadores o móviles, averiguación de dirección IP, etc., se cuestiona si realmente tiene el investigado un derecho procesal a la protección de sus datos personales. Incluso resalta que el derecho penal en sí mismo y el derecho de protección de datos personales son contradictorios, ya que la justicia penal llega a conocer tanta información como sea posible de la víctima y el autor del delito, y aun sobre terceros no partícipes, lo que, en concepto de algunos autores, resulta difícilmente conciliable con la idea de “autodeterminación sobre los datos propios”.

Sin embargo, otra parte de la doctrina también reconoce que, por un lado, está la necesaria aportación de datos personales al proceso en aras de la tutela judicial efectiva y la represión delictiva y, por otro, que la información debe obtenerse de forma lícita y respetando el derecho fundamental. En este trabajo se está de acuerdo con la idea de que la multiplicidad de datos contenidos en los soportes digitales y el diferente grado de afectación de los derechos fundamentales del investigado o de los terceros involucrados, no solo justifican la exigencia de una resolución judicial para su registro o intervención tecnológica, sino que, además, constituyen el núcleo y la esencia de la fundamentación que debe recoger la autorización del juez, en la que deben ponderarse los intereses en conflicto, esto es, las razones que justifican la injerencia en relación con el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del dispositivo y con las personas sobre las cuales pueda haber información en tal dispositivo, por tanto, se hace necesaria una legislación que aclare a los jueces y fiscales los criterios que se deben tener en cuenta para implementar una medida de esta índole, donde se consideren los derechos de quienes se puedan ver afectados con la diligencia y los criterios para legitimar la afectación.

Incluso un referente importante para Latinoamérica son los avances en la Unión Europea, lo que bien describe la profesora María Inmaculada Sánchez Barrios en su artículo

«Análisis sobre la protección de datos personales y el principio de disponibilidad en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión Europea». Sánchez precisa que los derechos a la protección de los datos personales y a la vida privada de la persona con frecuencia son amenazados, principalmente a partir del desarrollo de las TIC⁴⁶. Así destaca la autora la experiencia de la Unión Europea, que se ha preocupado y ocupado de esta cuestión, reconociendo que hoy en día las redes informáticas son la principal vía de difusión de datos personales, lo que exige que se den repuestas al respecto. Por ello, la Unión Europea ha adoptado diversas medidas, como la elaboración de varios instrumentos jurídicos para establecer garantías firmes y equivalentes en todos los Estados miembros para salvaguardar el derecho fundamental a la protección de datos personales, e igualmente viene exigiendo la imprescindible cooperación por parte de las autoridades judiciales y policiales.

6.6. *Derecho al propio entorno virtual o derecho a la protección del entorno virtual*

No se encuentran en Latinoamérica referencias sobre el derecho a la protección del entorno virtual propio, es decir, en ningún sistema jurídico de la región se lo contempla como derecho. A partir de la experiencia y los avances de la UE en la materia, seguramente será tema de análisis y discusión en los próximos años. Precisamente, el Tribunal Supremo de España ha declarado lo siguiente:

«La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual»⁴⁷.

Frente a esta cuestión, la doctrina española se encuentra dividida; para algunos, entre ellos Isidoro Espín, en realidad, como consecuencia de la recopilación de diversos datos, si bien se puede configurar un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, también se estaría vulnerando el derecho a la intimidad o, si se atiende al artículo 8 CEDH, el derecho genérico a la vida privada. Apoyada en esta idea, esta línea doctrinaria se inclina a que la protección debe ir encaminada a preservar la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la libertad informática.

De otro lado, se encuentra el grupo de los que consideran que se trata de un derecho fundamental, entre ellos Federico Bueno, quien afirma lo siguiente:

«Existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de

⁴⁶ M. I. SANCHEZ BARRIOS. “Análisis sobre la protección de datos personales y el principio de disponibilidad en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión Europea”, en L. FONTESTAD PORTALES (dir.) y M. DE LAS N. JIMENEZ LOPEZ (coord.), *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, 2022, pp. 123-140.

⁴⁷ Tribunal Supremo de España, sala segunda (penal). STS 342/2013, del 17 de abril de 2013.

forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital [STS 97\2015, de 24 de febrero (RJ 2015, 1405)]».

Sin embargo, se trata de un derecho que es susceptible también de ser ampliado o reducido a criterio de su propio titular, lo que significa que, en caso de que el usuario incorpore documentos a dispositivos de almacenamiento compartido con otros usuarios, como plataformas Google Drive o Dropbox, estaría haciendo que sus derechos fundamentales ligados a la intimidad o al secreto de las comunicaciones se desvanecieran. Al mismo tiempo, Federico Bueno destaca que la sentencia indica una serie de comportamientos que también difuminarían estos derechos, como es el uso de dispositivos electrónicos sin perfiles de usuarios distinguidos, carpetas propias o uso de contraseñas comunes.

Para reforzar el pensamiento de Federico Bueno en torno a la autonomía del derecho a proteger el entorno virtual propio, Inmaculada López Barajas expone que durante nuestro actuar en la sociedad del conocimiento, en la que cada vez estamos más inmersos, con frecuencia dejamos un archivo de datos que permite revelar abundante información sobre nosotros. Igualmente, reconoce que, como consecuencia del progreso de los medios tecnológicos y de la comunicación, han surgido nuevas formas de investigación que se enmarcan en lo que se denomina «investigación tecnológica del delito», entre ellas, destaca la autora, el «registro e incautación de información almacenada en sistemas informáticos». Al respecto, recuerda que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N.º 173 de 2011, tomando como punto de partida la variada información que se suele almacenar en un ordenador personal, aunque estos datos pueden calificarse de irrelevantes si se consideran aisladamente, analizados en conjunto permiten configurar un perfil altamente descriptivo del titular. López consideró que ese tipo de intromisión no solo afectaba el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, sino que podía afectar la esfera más íntima del ser humano.

El Tribunal señala que la protección de los derechos clásicos es insuficiente para proteger y garantizar una nueva realidad:

«[E]l registro y análisis de la información contenida en estos dispositivos presenta algunas singularidades en el entorno digital que los hace dignos de una especial protección constitucional. Los tradicionales amparos a través de la protección del domicilio, la tutela formal del secreto de las comunicaciones o material de la intimidad, podrían resultar insuficientes, siendo necesaria una tutela más amplia».

La Sala Suprema del Tribunal Supremo de España sustenta esta posición en la Sentencia de 17 de abril de 2013, en la que se reconoció de forma expresa «el derecho al propio entorno virtual». Para el alto tribunal, en este se integra toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las tecnologías, en forma consciente o inconsciente, con voluntad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Igualmente, consideró el Tribunal Supremo que todos los documentos, imágenes, mensajes y datos almacenados deben ser tratados en forma unitaria, de manera que «la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal».

Como conclusión, y tomando como punto de referencia los derechos fundamentales enunciados, es evidente la necesidad de diseñar un modelo de medidas o diligencias de investigación penal tecnológica. Dicho modelo debe establecer un conjunto claro de presupuestos, límites y reglas que orienten la ponderación entre los derechos del sujeto investigado y los de terceros eventualmente involucrados, así como la evaluación rigurosa de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la diligencia en cada caso.

7. Terceros en procedimientos judiciales

7.1. El derecho de los terceros a ser oídos equitativamente

Este derecho posee un reconocimiento de carácter internacional, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸, cuyo artículo 14 establece que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un juez o tribunal competente. Por su parte, en el ámbito interno, la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) impone a los servidores judiciales la obligación de garantizar un trato igualitario a todos los intervinientes en el proceso penal, incluyendo a las partes procesales, la víctima, el procesado, los testigos y los demás sujetos procesales especiales.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha reafirmado este principio en distintas decisiones. Por ejemplo, en la Sentencia T-956 de 2013⁴⁹, se reconoció que las personas migrantes tienen derecho a contar con un intérprete o traductor que les permita comprender y hacerse comprender en el proceso penal, en condiciones de igualdad frente a los demás intervinientes y de acuerdo a la calidad que ostenten.

Asimismo, en la Sentencia T-549 de 2019⁵⁰, la Corte subrayó la importancia de garantizar el derecho a ser oído a los terceros dentro del proceso penal, en particular a aquellos que, de buena fe, son titulares de derechos sobre bienes involucrados en la comisión de un delito. La omisión de su participación en igualdad de condiciones puede acarrear nulidades o la revocación de decisiones judiciales, al constituir una vulneración de sus derechos fundamentales.

Además, no debe perderse de vista que el derecho de los terceros no se limita a ser escuchados dentro del proceso penal, sino que, conforme a la jurisprudencia constitucional, también pueden aportar pruebas en defensa de sus intereses, participando activamente en el desarrollo del trámite procesal.

7.2. El derecho de los terceros a no ser cuestionados

En Colombia, los terceros que intervienen en un proceso judicial gozan de diversos derechos. Cuando tienen el deber de declarar o denunciar, pueden abstenerse de hacerlo en casos específicos, por ejemplo, cuando se trata de parientes cercanos o cuando están involucrados directamente en los hechos. Además, tienen derecho a que las preguntas que se les formulen no sean discriminatorias ni intimidantes, por lo cual, poseen un derecho a no ser cuestionados sobre ciertos temas o a través de determinadas preguntas.

⁴⁸ Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-956 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-549 de 2019. M. P. Carlos Bernal Pulido.

En consecuencia, el derecho de los terceros a no ser cuestionados no debe entenderse de forma absoluta o literal, ya que las partes en el proceso también cuentan con garantías como el derecho de contradicción y defensa, lo que implica la posibilidad de ser sometidos a interrogatorios y contrainterrogatorios. No obstante, existe una clara limitación respecto al contenido de las preguntas y sobre quiénes pueden ser objeto de cuestionamiento o en cuanto a cuáles hechos y personas, toda vez que existe el derecho, constitucionalmente aplicable, a la no autoincriminación propia, de su pareja o de sus parientes.

En todos los procesos judiciales, se ha establecido que la valoración de la prueba testimonial no puede ser contraria al principio de la dignidad humana, por lo cual, al juez se le atribuye la responsabilidad de verificar y garantizar que los interrogatorios no vulneren cuestiones sobre el secreto profesional o la intimidad personal o familiar de quien declara o de un tercero. Además, se han establecido reglas como que el juez no debe hacer preguntas que ofendan al testigo, ni permitir interrogatorios que contengan prejuicios o estereotipos que puedan dar lugar a discriminación y que estas sean extensibles a las partes y terceros inmersos en un proceso⁵¹.

De forma particular, el proceso penal regula con mayor rigurosidad estas situaciones, tanto así que el artículo 392 de la Ley 906 del 2004 establece que el juez debe prohibir toda pregunta que ofenda al testigo, cuestión analógicamente extensible a las demás áreas procesales. Por tanto, cualquier interrogatorio que no respete las garantías fundamentales del declarante y que vulnere su derecho a no ser indagado sobre ciertos temas debe ser excluido del análisis probatorio por parte del juez, o al menos no ser tenido en cuenta con respecto a aquellas preguntas que impliquen discriminación o afectación a sus derechos fundamentales.

7.3. *La protección de los testigos vulnerables*

Los testigos de un hecho delictivo, así como los intervinientes de un proceso penal, pueden someterse a una cantidad de riesgos contra su seguridad, vida e integridad personal, así como exponer a estos riesgos a sus familiares o seres allegados, debido a la peligrosidad y las dinámicas propias de la realidad social en que vivimos. Por esta razón, el Estado debe desplegar acciones que garanticen los derechos de los ciudadanos que colaboran con la administración de justicia como fin estatal, con su testimonio o denuncia.

La protección de testigos ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional desde la Sentencia T-532 de 1995⁵², en la cual se estableció que, si bien existe un deber de la Fiscalía General de la Nación de proteger a testigos, víctimas, intervinientes y funcionarios judiciales que han puesto en riesgo su integridad e incluso la de su familia al colaborar o participar en un proceso penal, dicha protección debe estar precedida por un análisis de la situación concreta, que determine la procedencia de medidas destinadas a garantizar los derechos de la persona en peligro.

En este sentido, la Sentencia T-083 de 2005⁵³ reafirma la obligación del Estado de brindar protección a personas en situación de vulnerabilidad, así como a los testigos e intervinientes en el proceso penal. No obstante, esta protección no es automática ni indiscriminada: exige que el riesgo sea específico, concreto, presente, serio,

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-067 de 2023. M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-532 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-083 de 2005. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

desproporcionado y que los sujetos no estén obligados a soportarlo⁵⁴. Por tanto, cuando un particular pone en conocimiento de las autoridades que su vida o integridad está en peligro, estas tienen el deber de ofrecerle protección, bajo riesgo incluso de incurrir en responsabilidad administrativa en caso de que ocurra una eventualidad.

La Constitución Política establece que la Policía Nacional es garante de la seguridad ciudadana. De igual forma, el artículo 13 del Decreto 2158 de 1997⁵⁵ crea un servicio especializado para la protección de personas, residencias e instalaciones, lo cual implica que el deber principal de protección frente a situaciones de riesgo informadas a las autoridades recae en la Policía Nacional de Colombia.

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación también tiene competencias en esta materia. En Colombia, diversas normas han creado programas específicos para la protección de testigos, entre ellas, se destacan: la Ley 548 de 1999⁵⁶, modificada por la ley 782 de 2002⁵⁷, que establece un programa de protección para personas relacionadas con asuntos políticos, de derechos humanos o derecho internacional humanitario, y la Ley 418 de 1997⁵⁸, cuyo artículo 67 crea el «programa de protección de testigos, víctimas, intervinientes en el proceso y funcionarios de la Fiscalía», modificado por la Ley 1106 del 2006⁵⁹, cuyo artículo 4 está diseñado para proteger a aquellas personas que se encuentran en riesgo por causa o con ocasión de su relación con un proceso penal.

Cabe resaltar que, en los casos relacionados con violaciones de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario, no es requisito haber iniciado un proceso penal para acceder al programa de protección. No obstante, la inclusión en dicho programa está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos que deben ser evaluados por la Fiscalía General de la Nación.

ABSTRACT: *Los terceros y la justicia penal en Colombia*

This paper analyzes the role of third parties within the Colombian criminal justice system, with particular attention to victims, witnesses, judicial police, and the Public Ministry. It examines the procedural rights and guarantees granted to these actors under domestic constitutional law and international human rights standards. The study also explores the position of victims in ordinary proceedings, private prosecutions, and transitional justice before the Special Jurisdiction for Peace. Special emphasis is placed on the impact of new investigative technologies on fundamental rights, including privacy, due process, and data protection. Finally, the article addresses the procedural safeguards afforded to third parties in judicial proceedings, especially vulnerable witnesses and individuals affected by criminal investigations

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-719 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁵ Gobierno Nacional de Colombia. Decreto 2158 de 1997.

⁵⁶ Congreso de la República. Ley 548 de 1999.

⁵⁷ Congreso de la República. Ley 782 de 2002.

⁵⁸ Congreso de la República. Ley 418 de 1997.

⁵⁹ Congreso de la República. Ley 1106 del 2006.

TONY WARD*

**THIRD PARTIES IN CRIMINAL PROCEEDINGS:
NATIONAL REPORT FOR ENGLAND AND WALES**

SUMMARY: 1. Formal and Third Parties in Criminal Proceedings. – 2. Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties. – 3. Third Parties in the Field of Prevention and Crime Control – 4 Third Parties and New Means of Criminal Investigation. –5. New Technologies and the Protection of Third Parties in Pre-Trial Measures– 6. Third Parties in Court Proceedings.

1. Formal and Third Parties in Criminal Proceedings

In the only book (as far as I know) which expressly addresses the role of third parties in English and Welsh criminal proceedings, Jonathan Doak writes that «Victims have no conceptual role within the adversarial system, and it is naturally conditioned to facilitate two parties, and only two parties»¹. The “first party” in a criminal prosecution can be either the Crown Prosecution Service (CPS) or a “private” prosecutor. The Director of Public Prosecutions (the head of the CPS) is required by law to take over all prosecutions commenced by the police, an immigration officer, the Revenue and Customs or the National Crime Agency², but not by most other public regulatory bodies. Prosecutions by the Health and Safety Executive, the Food Standards Agency and local authorities, among other public bodies, are brought under the law applicable to private prosecutions.³ Private prosecutors can also be the alleged victims of crimes – though prosecutors are more likely to be businesses than individuals. NGOs can also bring private prosecutions, although the charity most associated with this activity, the Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals, has been in consultation with the CPS about transferring this role to them.

Private prosecutions are a woefully under-researched aspect of criminal justice, but data recently published by the Government indicate that they make up a larger proportion of criminal cases than is generally appreciated. At least 26% of prosecutions commenced in the magistrates’ court – where almost all prosecutions begin – are “private”⁴. Any prosecution commenced privately can be taken over by the CPS.

This has interesting implications for the study of third-party involvement in English and Welsh criminal justice. If we define a third party as a natural or legal person that is not a formal party to criminal proceedings but has certain procedural rights or obligations in

* Professor in Law, Northumbria University, Newcastle upon Tyne, UK.

¹ J. DOAK, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*, Bloomsbury, 2008, p. 245.

² Prosecution of Offences Act 1985, s. 3.

³ *Ibid.*, s. 6.

⁴ MINISTRY OF JUSTICE, *Oversight and Regulation of Private Prosecutions in the Criminal Justice System Consultation* <https://www.gov.uk/government/consultations/oversight-and-regulation-of-private-prosecutors-in-the-criminal-justice-system> (accessed 28 June 2025).

relation to them, then the most significant third party in English and Welsh criminal procedure is the CPS. Arguably the second most important type of third party is the complainant, since if the CPS declines to prosecute, the complainant can bring a private prosecution. As discussed below, this is seen as a point of constitutional importance. It appears to be predominantly businesses, rather than individual victims of crime, that are making increasing use of private prosecutions to defend their economic interests⁵. A notorious instance is the privatised utility Post Office Ltd., which achieved around 1,000 wrongful convictions by prosecuting the franchisees of local post offices for fraud on the basis of shortfalls recorded by faulty accounting software⁶. The private sector will often prosecute for infringement of intellectual property rights⁷, for rail fare evasion⁸ and for minor shoplifting offences, which at least until recently were rarely prosecuted publicly when the value of the goods stolen was less than £200⁹. Some businesses rely on specialised private companies such as TM Eye, which claims to be ‘the UK’s Leading Private Prosecutor’¹⁰, to investigate and prosecute crimes against them such as shoplifting and intellectual property offences.

For individual complainants, the real remedy for a wrongful decision not to prosecute is to seek a review of the decision. Like many other decisions by public authorities, decisions not to prosecute can be challenged through the procedure of judicial review¹¹. In *R v Killick*¹² it was held that complainants also had a legal right to seek an internal review of the decision from the CPS. This led the CPS to set up the Victim’s Right to Review Scheme¹³. This provides for the CPS to review its own decisions internally, a procedure which lacks independence but provides an element of procedural justice by requiring prosecutors to explain their decisions¹⁴.

Another important but under-researched category of third parties comprises the parents or guardians of children prosecuted in the youth courts. These courts sit in private and thus receive very little public scrutiny. Parents can be required to attend court¹⁵, and to pay fines for their children’s offences¹⁶. They can be bound over, meaning that they agree, subject to a financial penalty, to exercise care and control over their child (or if they ‘unreasonably’ refuse to agree, they can be fined)¹⁷, and they can be subjected to Parenting

⁵ For judicial comment on this trend see *R v Zinga* [2014] EWCA Crim 52; [2014] 1 WLR 2228; *D Ltd v A* [2017] EWCA Crim 1172, [40].

⁶ POST OFFICE HORIZON IT INQUIRY, *Report, volume 1* (2025) para. 3.24

⁷ LexisNexis Practice note, ‘Protecting Intellectual Property through Private Prosecutions’, available (with subscription) from <https://plus.lexis.com> (accessed 28 Jun. 25).

⁸ <https://www.orr.gov.uk/independent-review-train-operators-revenue-protection-practices/5-prosecutions#block-orr-axisbookpagetitle> (accessed 10 July 2025).

⁹ M. DATHAN, *Meet the Private Detectives Tackling the UK’s Shoplifters*, in *The Times* 5 Jan 2024. In a speech on 24th October 2024, the Minister for Crime and Policing announced that the government would «end the effective immunity...granted to low-level shoplifting»: <https://www.gov.uk/government/speeches/dame-diana-johnson-speech-on-tackling-anti-social-behaviour> (accessed 28 June 2025).

¹⁰ <https://tm-eye.co.uk/> (accessed 25 Apr. 25).

¹¹ *R. v Director of Public Prosecutions ex parte C* [1995] 1 Cr App R 136.

¹² [2011] EWCA Crim 1608; [2012] 1 Cr App R 10, [48].

¹³ <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/victims-right-review-scheme> (accessed 4 July 2025).

¹⁴ M. ILLIADIS, A. FLYNN, *Providing a Check on Prosecutorial Decision-making: An Analysis of the Victims’ Right to Review Reform*, in *British Journal of Criminology*, 58, 2018, pp. 550-568.

¹⁵ Criminal Justice Act 1933, s. 34A, inserted by Criminal Justice Act 1991, s. 56.

¹⁶ Sentencing Act 2020 s. 380

¹⁷ *Ibid*, s. 376

Orders imposing various requirements including attendance at training sessions. They have rights to be heard before such orders are made¹⁸, and to appeal against an order¹⁹.

This system of vicarious punishment largely derives from the Criminal Justice Act 1991, which as originally drafted would have made it an offence for parents to fail to prevent offences by their children²⁰. The new offence was dropped yet the provisions for punishing parents remained. It is questionable whether they are compatible with the *nulla poena sine lege* principle in ECHR art 7, but the point appears never to have been tested.

2. Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties

a. Constitutional Law

In the absence of a written constitution, constitutional law largely consists of case law and legislation on matters which the courts consider to be of constitutional significance. In several cases over the past half-century, judges of the Supreme Court and its predecessor the House of Lords²¹ have commented on the constitutional significance of private prosecutions. They are seen by some judges as an «a useful constitutional safeguard against capricious, corrupt or biased failure or refusal of those authorities to prosecute offenders against the criminal law»²². Other judges have taken a more sceptical view, pointing to the power of the Crown Prosecution Service to take over and discontinue a private prosecution²³.

Another way to challenge a “corrupt or biased” prosecutorial or investigative decision is by judicial review. The limitations of this process are shown by a case where an NGO, The Corner House, challenged the decision of the Serious Fraud Office, under pressure from the government, to abandon its investigation of corrupt arms deals with Saudi Arabia²⁴. The Saudi government had threatened to break of security cooperation if the investigation continued. At first instance the court quashed the decision in order to maintain the integrity of the criminal process but this decision was reversed on appeal. The prosecuting authorities have a broad discretion to discontinue cases in the public interest, and can take advice from the government on where the public interest lies.

A second relevant constitutional principle, associated with the famous 18th century case of *Entick v Carrington*²⁵, is that agents of the government cannot invade private property without clear and specific legal authorization. While someone whose rights are invaded in the course of a criminal investigation can clearly sue for trespass in the civil courts, this does not necessarily affect the admissibility of evidence obtained by such means; nor does it give them any standing to claim relief from the criminal courts. In *R v Khan*²⁶, the House of Lords held that evidence obtained by surveillance which involved trespass to a third party’s home

¹⁸ Sentencing Act 2020 s. 380(3)

¹⁹ Sentencing Act 2020 ss. 366(9), 377(2), 380(6)

²⁰ R. ARTHUR, *Punishing Parents for the Crimes of their Children*, in *Howard Journal* 44(3), 2005, pp. 234-5.

²¹ Until 2009 what is now the Supreme Court was technically a committee of the upper house of Parliament, the House of Lords.

²² *Gouriet v Union of Post Office Workers* [1978] AC 435, 498; see also *R (on the application of Gujra) v CPS* [2012] UKSC 52; [2013] 1 AC 484 [26-30].

²³ E.G. Lord Bingham, in *Jones v Whalley* [2006] UKHL 41; [2007] 1 AC 63 [9]; but cf. Lord Mance at [39].

²⁴ *R (Corner House Research) v Director of the Serious Fraud Office* [2008] UKHL 60; [2009] 1 AC 756.

²⁵ (1765) 2 Wils KB 275.

²⁶ [1997] AC 558.

was admissible, and that although there was a discretion to exclude it under the Police and Criminal Evidence Act 1984, the judge had been entitled to decide that admitting the evidence would not lead to an unfair trial. In *Warren v Attorney-General for Jersey*, the Privy Council accepted that ‘a violation of the defendant’s (or even a third party’s) rights’ could be a reason to stay (i.e. discontinue) a prosecution as an abuse of the process of the courts, but was only one factor in a discretionary balancing exercise in which the seriousness of the offence being investigated and the availability of ‘direct sanctions’ for the breach were also to be taken into account²⁷. The Jersey police had carried out illegal surveillance in France and deceived the French police, but the trial judge’s decision to admit the evidence obtained in this way about a major drug trafficking operation was upheld.

Despite *Entick v Carrington* and the tradition of respect for private property, the police have a very broad power to seize private property for investigative purposes. A police officer «who is lawfully on any premises» may seize anything (except material likely to be subject to legal professional privilege) that they believe to be evidence in relation to any offence, if this is «necessary...in order to prevent it being concealed, lost, tampered with or destroyed»²⁸. This allows the police to seize material from third parties either by obtaining a warrant to search their premises, or by entering the premises with the third party’s consent or to respond to an emergency. Once in the possession of the police, the material may be retained for use as evidence, for forensic examination or for investigative purposes²⁹. It can also be retained in order to assist a private prosecution in a case where the CPS decides not to prosecute³⁰. The owner of the property can seek its return by applying to a magistrates’ court under the Police (Property) Act 1897. Anyone who had custody or control of the item immediately before it was seized may request access to it while it is in the possession of the police³¹.

b. *Domestication of International Law*

The European Convention on Human Rights is “domesticated” by the Human Rights Act 1998, which requires the courts to abide by the ECHR and, so far as possible, to interpret domestic law in accordance with it. Where an ECHR-compliant interpretation is impossible the courts can declare a statute incompatible with the Convention, but the statute remains in force. Declarations of incompatibility are seen as a last resort and rarely used.

Where the prosecution fails to comply with the state’s positive obligation to protect the right to life or the right against inhuman and degrading treatment³², their decision can be challenged by way of judicial review. For example, in *R (on the application of B) v DPP*³³, the applicant, FB, had been the victim of a serious assault in which part of his ear was bitten off. Prosecuting counsel was unwilling to proceed with the case because there was medical evidence that he suffered from mental illness, although there was no evidence that any of his

²⁷ *Warren v Attorney-General* [2011] UKPC 10; [2012] 1 AC 22, [28], quoting ANDREW CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2nd ed (2008), 132.

²⁸ Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), s. 19(3). PACE s. 23 defines “premises” as including “any place”; but in *R (HM) v Home Secretary* [2022] 1 WLR 5030 this was held to apply only to places that were within the ordinary meaning of the word “premises”, and not, for example, to “a street or beach”. This leaves an apparent lacuna regarding the police seizure of private property found in public places.

²⁹ PACE s. 22(2).

³⁰ *Scopelight Ltd v Chief Constable of Northumbria Police Force* [2010] QB 438.

³¹ PACE s.21.

³² *Ibid.*, para. 65; *MC v Bulgaria* (2003) 40 EHRR 459.

³³ [2009] EWHC 106 (Admin); [2009] 1 WLR 2072.

delusions or hallucinations would have affected his identification of the defendant as his assailant. The prosecution offered no evidence at the trial, so the accused was acquitted and there was no possibility of a private prosecution. The Divisional Court held that counsel's reasoning, which placed FB «in the position of one who may be assaulted with impunity so long as there is no independent evidence of the assailant's guilt»³⁴, was both irrational and a breach of his right to freedom from inhuman or degrading treatment. FB was entitled to compensation «for being deprived of the opportunity of the proceedings running their proper course and the damage to his self-respect from being made to feel that he was beyond the effective protection of the law (as he graphically expressed in a witness statement)»³⁵.

It is “almost entirely due” to the incorporation of ECHR article 8 into English law that the English courts have recognised a legal right to privacy³⁶. Article 8 is central to the case law discussed in Section 4 below.

Protocol 1, Article 1 on the right to property is also relevant with regards to orders to forfeiture or confiscation that may affect the rights of third parties³⁷.

3. *Third Parties in the Field of Prevention and Crime Control*

David Garland has identified a trend toward “responsibilisation”, whereby states aim to «spread responsibility for crime control onto agencies, organisations and individuals that operate outside the criminal justice state and to persuade them to act appropriately»³⁸. The penal or quasi-penal measures imposed on parents of convicted children, discussed above, are one example of this trend. Other examples include anti-money laundering regulations; the ‘prevent duty’ requiring bodies such as schools to report people they suspect are being “radicalised” and recruited into terrorism; and the new criminal offence (in force from 1 September 2025) of failure to prevent fraud³⁹. This form of corporate criminalisation, which applies only to “large organisations”⁴⁰, can be contrasted with the creation of third-party responsibilities and rights as techniques of responsibilisation.

A particularly interesting example of the latter technique is the Online Safety Act 2023 (OSA). Compared to its EU counterpart, the Digital Services Act, the OSA is more specifically focused on preventing criminal activity on the internet, as well as removing material which although legal may be harmful to children. In relation to criminal activity the OSA creates two categories of third parties: that is, of persons who are neither offenders nor regulators but have legal duties or rights relating to crime control. In the first category are «providers of user-to-user services», who have a duty to conduct risk assessments and take proportionate measures to prevent access to illegal material⁴¹. The second category comprises “affected persons” who are targeted by the content (e.g. image-based sexual abuse), or are parents or guardians of those who are, or any member of a class of people targeted by the

³⁴ *Ibid.*, para. 42.

³⁵ *Ibid.*, para. 71.

³⁶ *R (Catt) v Association of Chief Police Officers* [2015] UKSC 9; [2015] AC 1065 [2] (Lord Sumption).

³⁷ *O’Leary International Ltd v Chief Constable of North Wales* [2012] EWHC 1516 (Admin); [2013] RTR 14.

³⁸ D. GARLAND, *The Culture of Control*, Oxford, 2001, p. 125.

³⁹ Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023, s. 199.

⁴⁰ For the definition of a “large organisation” see *ibid.*, s. 201.

⁴¹ Online Safety Act 2023, s. 22.

illegal content⁴². Providers of user-to-user services must ensure that affected persons can “easily” report content that is illegal or harmful to children⁴³.

4. *Third Parties and New Means of Criminal Investigation*

a. *Police and Law Enforcement Investigations*

In evidence to a parliamentary committee, the head of the Metropolitan Police unit dealing with digital investigation estimated that «90% of crime ... has a digital element, in the broadest sense of that: CCTV, communications data, social media data, cyberattacks»⁴⁴. This places heavy demands on the limited resources available for digital forensic investigation⁴⁵ and can pose a serious threat to the privacy of victims of crime, especially sexual offences, and their associates. The Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2021 includes provisions intended to restrict the ‘digital strip searching’ of complainants in sexual offence cases⁴⁶. This phrase refers to a practice by which the police would ask to download the entire contents of a complainant’s mobile phone or other device. Complainants were not compelled to provide the data but were told that a case against their attacker would not proceed unless they did so. The 2021 Act requires that where data is extracted by consent for the purpose of preventing, detecting, investigating or prosecuting crime, it must be relevant to a reasonable line of inquiry and the data extracted must be necessary and proportionate⁴⁷. Where there is a risk that some of the data extracted will not be necessary for the law enforcement purpose, the extraction will not be proportionate if there was any reasonably practicable way of obtaining the information sought without that risk⁴⁸. The police should use «the least intrusive means of processing the information This may be by selectively extracting the relevant information, or where this is not technically possible, by restricting the review of the excess information obtained»⁴⁹.

In one of the most important judicial decisions on the gathering and retention of third-party data by the police, Lord Sumption JSC⁵⁰ observed:

«The rapid expansion over the past century of man’s technical capacity for recording, preserving and collating information has transformed many aspects of our

⁴² *Ibid.*, s. 31(5).

⁴³ *Ibid.*, s. 31 (2)-(4).

⁴⁴ Quoted in HOUSE OF LORDS, *Forensic Science and the Criminal Justice System: A Blueprint for Change* (HL 333), 2019, para. 145.

⁴⁵ C. GRIFFITHS, E. PIASECKI, S. CARR, P. ANDERSON, T. WILSON, *Digital Forensics Within the Criminal Justice System: Use, Effectiveness and Impact* (Northumbria University 2024), available at <https://researchportal.northumbria.ac.uk/en/publications/digital-forensics-within-the-criminal-justice-system-use-effectiv> (accessed 9 July 2025).

⁴⁶ See e.g. BIG BROTHER WATCH, *Digital Strip Searches: The Police’s Data Investigation of Victims*, 2019.

⁴⁷ Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2021, s. 37.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 37(6) and (7).

⁴⁹ HOME OFFICE, *Extraction of Data from Electronic Devices: Code of Practice* (2023) para. 17, <https://www.gov.uk/government/consultations/extraction-of-information-from-electronic-devices-code-of-practice/extraction-of-information-from-electronic-devices-code-of-practice-accessible> (accessed 4 July 2025)

⁵⁰ Justice of the Supreme Court.

lives. One of its more significant consequences has been to shift the balance between individual autonomy and public power decisively in favour of the latter»⁵¹.

In this case Mr Catt, a 91-year-old peace activist with a long history of lawful protest, objected to data about him being stored in a “domestic extremism database”. Some other members of a group in which he participated were suspected of illegal activities. The Supreme Court decided (by a 4-1 majority) that the retention of data about him was a minor interference with his private life but was «necessary in a democratic society» because it was stored as part of the records of other individuals who were properly subject to surveillance for the prevention and detection of crime. The European Court of Human Rights (ECtHR) disagreed, finding that although the collection of the data was necessary, its retention was not⁵². The fact that the records concerned Mr Catt’s political activities was treated in sharply contrasting ways by the two courts. For the Supreme Court, the collection of data about «the overt activities in public places of individuals whose main object in attending the events in question was to draw public attention to their support for a cause»⁵³ constituted a very minor invasion of privacy. For the ECtHR, data about a person’s political opinions required a «heightened level of protection» and its retention was bound to have a ‘chilling effect’ on freedom of expression»⁵⁴.

At the time of writing, the Metropolitan Police have just proudly announced their thousandth arrest as a result of live facial recognition (LFR)⁵⁵ – a technique by which passers-by are photographed by surveillance cameras and their facial images are automatically compared with images on a “watch list” of suspects and persons unlawfully at large. If the image is not a match it is automatically deleted. The legality of LFR was tested in *R (on the application of Bridges) v Chief Constable of South Wales Police*⁵⁶. Mr Bridges, described as a civil liberties campaigner, objected to his photograph being taken and compared with images on a watch as part of trial conducted by South Wales Police. The Court of Appeal found in his favour on the issue of whether the invasion of his privacy was «in accordance with the law» under ECHR article 8. The Court held that a novel technique, processing sensitive personal (biometric) data on large numbers of people, mostly of no interest to the police, required relatively precise and specific regulation to comply with article 8. Existing regulations and published police policies were not sufficiently precise. The Court also found, however, that if the surveillance had been in accordance with the law, it would have been proportionate. Because Mr Bridges had challenged the invasion of *his* privacy by a particular deployment of LFR, what had to be assessed according to the Court of Appeal was the impact on his individual right to privacy, which it described as “negligible”:

«An impact that has very little weight cannot become weightier simply because other people were also affected. It is not a question of simple multiplication. The balancing exercise which the principle of proportionality requires is not a mathematical one; it is an exercise which calls for judgement»⁵⁷.

⁵¹ *R (on the application of Catt) v Association of Chief Police Officers* [2015] UKSC 9; [2015] AC 1065, [2].

⁵² *Catt v UK* (43514/15) (2019) 69 EHRR 7.

⁵³ *R (Catt) v ACPO*, [26].

⁵⁴ *Catt v UK*, [123].

⁵⁵ METROPOLITAN POLICE, *Arrest Landmark for Met Officers using Live Facial Recognition*, press release, 4 July 2025.

⁵⁶ [2020] EWCA Civ 1038, [2020] 1 WLR 5037.

⁵⁷ *Ibid.*, [173].

One can agree that “simple multiplication” will not resolve the issue of proportionality, while questioning whether the exercise of judgment can be applied to one person in isolation. To see the problem involved, consider the finding published by the Metropolitan Police that when set to a certain level of sensitivity, and with a “watch list” of 10,000 faces, their preferred system will give one false positive result for every 6,000 people who pass the cameras⁵⁸. In a busy shopping street this might generate several false alerts every day⁵⁹. While the impact on any given individual who is *not* identified might be described as “negligible”, the overall impact on the public who use the street could be considered quite significant. Which of these two ways of assessing the impact is adopted could make a considerable difference to the proportionality assessment. The Government recently carried out a consultation on the regulation of live facial recognition and other forms of biometric surveillance, which may lead to some of these issues being addressed in legislation.

b. *Prosecutorial Inquiry*

Although requests for third parties to disclose documents or data usually come from the police, the police will often be acting on a request by the CPS. The CPS has an obligation not only to gather information in support of a prosecution but also to follow lines of inquiry that may lead away from a suspect and, when someone is charged, to disclose potentially exculpatory material to the defence. A government consultation found wide agreement that “Early Advice”, whereby prosecutors work with the police as early as possible in an investigation, helps to ensure that requests for third party material are necessary and proportionate⁶⁰.

c. *Judicial Investigation*

A specialised judicial officer called a coroner is responsible for investigating sudden or unnatural deaths (and also the finding of buried treasure). Such investigations may culminate in a court hearing called an inquest, where the coroner presides. At a coroner’s inquest there are no “parties” but rather “interested persons” such as the family of the deceased and anyone who might be criticised in relation to the death⁶¹. Although not strictly part of the criminal justice system, one purpose of the coroner’s inquest is to expose homicides that might otherwise go undetected. For the purposes of such investigations, an “authorised person” may extract information from an electronic device which was ordinarily used by the deceased in the period immediately before their death⁶².

5. *New Technologies and the Protection of Third Parties in Pre-trial Measures*

⁵⁸ METROPOLITAN POLICE, *The Metropolitan Police Service Facial Recognition Technology: Understanding Accuracy and Demographic Differences*, 2024, pp. 2, 5.

⁵⁹ For example, Regent Street, one of London’s main shopping streets, is visited by around 57,000 people a day, according to the local authority: <https://www.westminster.gov.uk/news/westminster-city-council-and-crown-estate-launch-public-engagement-future-regent-street-haymarket> (accessed 4 July 2025).

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ <https://www.judiciary.uk/guidance-and-resources/interested-persons/> (accessed 3 July 2025).

⁶² Police Crime Sentencing and Courts Act 2022, s. 41, with the definition of ‘user’ in s. 37(13).

One of the uses of electronic monitoring in England and Wales is to enforce conditions attached to pre-trial bail. These conditions may include restrictions intended to protect witnesses. There is little research evidence as to the impact of such measures on witnesses or other third parties. In one form of monitoring, known as bilateral monitoring, an alleged perpetrator, usually of domestic violence or stalking, and their alleged victim wear paired devices, which alert the monitoring service if the perpetrator comes close to the victim. This has been used on a trial basis in England and Wales but is not widely available⁶³. It has been criticised for making the third party partly responsible for the measure and causing them additional anxiety⁶⁴. By contrast, research in the US suggests that domestic violence survivors feel safer and more relaxed in their homes as a result of bilateral monitoring⁶⁵.

6. *The Rights of Third Parties in Court Proceedings*

a. *The Rights of Third Parties to Be Heard Fairly*

Perhaps the strongest right to a fair hearing applies to third parties who hold confidential records, such as business and medical records and information obtained by journalists, which are classed as «special procedure material». The police must apply to a circuit judge⁶⁶ for a production order, demonstrating that the material is necessary for an investigation and that other means of obtaining it are not viable⁶⁷. In the application for a production order, the holder of the material is treated as a full (not a third) party, with the right to be heard and to have access to all the evidence relied on by the police⁶⁸. In practice, however, most applications for production orders are routine, uncontested procedures which banks, etc., require to be completed before they will disclose their records⁶⁹.

Where a third party holds documents that are not classified as special procedure material, the prosecution or defence can apply for a witness summons, which is the same measure as is used to compel a witness to testify in court⁷⁰. The Court may direct that the summons be served on the party to whom the evidence relates, as well as the holder of the document⁷¹. Both the party and the third party then have ten business days to make representations, and may ask that a hearing should be held before the court decides whether to issue a summons⁷². The Court must not issue a summons unless it «is satisfied that it has

⁶³ ANTHEA HUCKLESBY and ELLA HOLDSWORTH, *Electronic Monitoring in Probation Practice* (2020), p. 5.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ E. EREZ, P.R. IBARRA, *Making your Home a Shelter: Electronic Monitoring and Victim Re-Entry in Domestic Violence Cases*, in *British Journal of Criminology*, 47, 2007, pp. 109-111.

⁶⁶ i.e. a mid-ranking judge, below the level of the High Court, but above that of the magistrates and district judges who deal with minor criminal cases.

⁶⁷ Police and Criminal Evidence Act 1984, s. 9 and Schedule 2.

⁶⁸ R (*British Sky Broadcasting*) v *Central Criminal Court* [2014] UKSC 17; [2014] AC 885.

⁶⁹ <https://www.criminaldefencebarrister.co.uk/criminal-defence-barrister-blog/2014/december/10/special-procedure-production-orders-how-practice-has-not-caught-up-with-the-law/> (accessed 5 May 2025)

⁷⁰ Criminal Procedure (Attendance of Witnesses) Act 1965, s. 2; Magistrates' Courts Act 1980, s. 107.

⁷¹ Criminal Procedure Rules 2020, r. 17.5(3).

⁷² *Ibid.*, r. 17.5(4)(a).

been able to take adequate account of the duties and rights, including rights of confidentiality, of the proposed witness and of any person to whom the proposed evidence relates»⁷³.

Parents of defendants under 18 have, as noted above, a statutory right to be heard before a fine or parenting order is imposed on them⁷⁴; and in the youth courts they or any “other supporting adult” must be given an opportunity to address the court before sentence is passed on a convicted young person⁷⁵.

An application for a witness summons aimed at obtaining documents about a complainant or other witness is the only procedure in which witnesses are entitled to be legally represented and make submissions to the court. The Law Commission (a body which advises the government on law reform) has, recently recommended that complainants in sexual offence cases should have a right to independent legal representation in relation both to applications for disclosure of documents and applications to adduce sexual history evidence, i.e. evidence about a complainant’s previous sexual behaviour either with the defendant or with other people⁷⁶. While acknowledging that «[i]n England and Wales, the criminal justice process is adversarial, meaning there are only two parties to proceedings: the prosecutor and the defendant»⁷⁷, the Law Commission considers that its proposals «would have only limited, and justified, impact on the binary model», which was justified by the protection of privacy under ECHR Article 8⁷⁸. The legal representative would not cross-examine witnesses or play any part in the proceedings before the jury.

In support of its view the Commission cited other situations where a third party has a right to intervene in criminal proceedings: namely confiscation proceedings relating an asset in which the third party has an interest⁷⁹, applications on press and reporting restrictions, where a wide range of affected parties are entitled to make representations⁸⁰, and applications for material to be exempt from disclosure on public interest grounds⁸¹, as well as the witness summons procedure.

The Courts and Tribunals Bill introduced by the Government in February 2026, which implements some of the Law Commission’s recommendations about sexual offences trials, contains nothing about legal advice and representation, offering only a provision for vulnerable witnesses to have a “supporter” with them while they give evidence⁸². It remains to be seen whether the Bill may be amended to include this modest provision for third party rights.

b. *The Right of Third Parties not to Be Questioned*

In general, anyone who is competent to give evidence, in the sense that they can understand questions and give intelligible answers, can be compelled to do so. The spouse or civil partner of a defendant has a limited immunity from being compelled to testify, but this does not apply where the spouse or civil partner themselves is the alleged victim of a violent

⁷³ *Ibid.*, r. 17.5(4)(b).

⁷⁴ Sentencing Act 2020 s. 380(3).

⁷⁵ Criminal Procedure Rules 2020, r. 24.11(7)(a)(ii).

⁷⁶ LAW COMMISSION, *Evidence in Sexual Offences Prosecutions: A Final Report* (HC 1146, LCom 420, 2025), Ch. 7.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 7.8.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 7.23.

⁷⁹ Proceeds of Crime Act 2002, s. 10A(2).

⁸⁰ Criminal Procedure Rules 2020, r. 6(2).

⁸¹ *Ibid.*, r. 15.3(7).

⁸² Courts and Tribunals Bill (Bill 389, 2026), Clause 13.

offence, or where the alleged offence is a violent or sexual one in relation to a person under 16⁸³. Legal professional privilege can protect lawyers and their clients from questioning about legal advice or representation provided for the client. The privilege belongs to the client rather than the lawyer, and the client is free to waive it.

c. *The Protection of Vulnerable Witnesses*⁸⁴

A range of “special measures” is available to protect vulnerable or intimidated witnesses. These are adjustments to courtroom procedure designed to make it easier for witnesses to give evidence when they are either affected by some form of incapacity⁸⁵ or the court is satisfied that the quality of their evidence is likely to be reduced by fear or distress about testifying⁸⁶.

The most widely used special measures are screens and video links. Screens serve not only to prevent the defendant, and viewers in the public gallery, from seeing what the witness looks like, but also to prevent the intimidating effect that the visible presence of the defendant and others may have on the witness⁸⁷. Giving evidence by live link serves the same purpose. A review of the effectiveness of special measures found screens and other measures to avoid confrontation with the defendant were «valued very highly» by witnesses⁸⁸. It is also possible for witnesses to give evidence anonymously where this is necessary for their safety or in the public interest and is compatible with the defendant’s right to a fair trial⁸⁹.

In certain cases a pre-recorded interview can be admitted in place of the witness’s evidence-in-chief,⁹⁰ and the witness’s cross-examination can also be pre-recorded⁹¹.

Considerable distress can be caused when defendants who choose not to be legally represented cross-examine their alleged victims in person. Such questioning is categorically prohibited only if the alleged offence is sexual in nature⁹², or the witness is a child under 14⁹³. In other cases the judge has power to prohibit such cross-examination on the ground that it may diminish the quality of the witness’s evidence⁹⁴. In such a case the court must invite the defendant to appoint a legal representative to conduct the cross-examination of the witness, and if the defendant declines to do so, the court must consider whether it is necessary in the interests of justice for a legal representative to be appointed to cross-examine⁹⁵.

⁸³ Police and Criminal Evidence Act 1984, s. 80.

⁸⁴ This section draws on T. WARD, N. WORTLEY, *The Law of Evidence and the Victim of Domestic Abuse*, in M. BURTON, V. BETTINSON, K. RICHARDSON, A. SPEED (eds.) *Research Handbook on Domestic Violence and Abuse*, Cheltenham, 2024.

⁸⁵ Youth Justice and Criminal Evidence Act 2009, s. 16.

⁸⁶ *Ibid.*, s. 17.

⁸⁷ B. HAMLYN, A. PHELPS, J. TURTLE, G. SATTAR, *Are Special Measures Working?*, Home Office Research Study 283, London, 2004, p. 52.

⁸⁸ *Ibid.*, p. xv.

⁸⁹ Coroners and Justice Act 2009, s. 88.

⁹⁰ Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, s. 27.

⁹¹ *Ibid.*, s. 28.

⁹² Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, s. 34.

⁹³ *Ibid.*, s. 35(4)(b).

⁹⁴ *Ibid.*, s. 36.

⁹⁵ *Ibid.*, s. 38.

The court can also control the content of cross-examination by conducting a Ground Rules Hearing (GRH) at which counsel agree in advance on the questions that will be asked. This procedure has so far been used mainly for child witnesses and alleged victims of serious sexual offences, but the Criminal Practice Directions 2023 state that «consideration must be given» to holding a GRH in every case where there is a vulnerable witness or accused⁹⁶. Vulnerability in this context «encompasses anyone who may not be able to participate effectively if reasonable steps are not taken to adapt the court process to their specific needs»⁹⁷. In cases where a witness has communication difficulties, an intermediary may be appointed to help them give evidence, and such an intermediary can take part in the GRH⁹⁸. Witnesses can in some cases be accompanied by an independent domestic/sexual violence advisor, but the advisor cannot give legal advice, nor can they address the court unless asked to do so⁹⁹.

In short, English law provides a range of protection for vulnerable witnesses, including complainants, but has been reluctant except in limited circumstances to treat them as third parties with rights to be represented and make legal submissions, as this raises concerns about fairness to the accused in the adversary system¹⁰⁰. The Law Commission's provisional proposals would give complainants some valuable procedural rights without turning them into «auxiliary prosecutor[s]»¹⁰¹. At the time of writing, the Commission's final report is expected to be published shortly¹⁰². It might mark a new chapter in the development of third-party participation in English and Welsh criminal procedure.

ABSTRACT: Third Parties in Criminal Proceedings: National Report for England and Wales

The criminal justice system in England and Wales follows an adversarial model in which the only recognised parties are the prosecution and defence. To conclude, however, that the concept of a third party is unknown to English criminal procedure would be to overlook two important features of criminal prosecutions. One is that a large proportion of cases are brought by 'private' prosecutors, but the Crown Prosecution Service (CPS) is entitled to intervene in such prosecutions and either continue or discontinue them. The CPS is thus arguably a 'third party' in many cases, while the possibility of an alleged victim bringing a private prosecution arguably amounts to a kind of third party right in cases which the CPS might decline to prosecute. Parents of child defendants also have some rights to be heard and are at risk of being sanctioned for the children's crimes. Recommendations have also been made to create limited third-party rights for complainants in sexual offences cases.

New means of criminal investigation, the most currently controversial being automated facial recognition, create many possibilities for state intrusion into the lives of third parties. This National Report outlines the current law in this area and notes the likelihood of new legislation to regulate biometric surveillance.

⁹⁶ Criminal Practice Directions 2023, [6.1.4].

⁹⁷ *Ibid.*, [6.1.3].

⁹⁸ Criminal Procedure Rules 2020, r. 3.8(9).

⁹⁹ *Ibid.*, r. 3.8(6)-(8).

¹⁰⁰ L. HOYANO, *Reforming the Adversary Trial for Vulnerable Witnesses and Defendants*, in *Criminal Law Review*, 2015, pp. 115-6.

¹⁰¹ SIR R. AULD, *Review of the Criminal Courts in England and Wales*, London, 2001, p. 528.

¹⁰² The Law Commission expects to publish it "in the summer of 2025": <https://lawcom.gov.uk/project/evidence-in-sexual-offence-prosecutions/> (accessed 6 July 2025).

ANNE SCHNEIDER*

THIRD PARTIES AND THE DEVELOPMENTS IN CRIMINAL JUSTICE IN THE DIGITAL WORLD. RECONSTRUCTION AND MODELS FOR SOLUTION FROM THE GERMAN PERSPECTIVE

TABLE OF CONTENTS: 1. Formal and Third Parties in Criminal Proceedings. – 2. Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties. 2.1. Constitutional Law. – 2.2. Domestication of International Law. – 2.3. Implementation of EU Law. – 3. Third Parties in the Field of Prevention and Crime Control. – 4. Third Parties and New Means of Criminal Investigation. – 5. New Technologies and the Protection of Third Parties in Pre-Trial Measures. – 5.1. Covert Remote Search of Information Technology Systems. – 5.2. Automated Remote Car Plate Control. – 5.3. Automated Data Analysis. – 5.4. Remote Biometric Identification. – 5.5. Video Recording. – 5.6. Surveillance. – 6. Third Parties in Court Proceedings. – 6.1. The Right of Third Parties to Be Heard Fairly. – 6.2. The Right of Third Parties Not to Be Questioned. – 6.3. The Protection of Vulnerable Witnesses. – 7. Conclusion.

1. *Formal and Third Parties in Criminal Proceedings*

German criminal procedure recognizes several formal parties to criminal proceedings. A formal party is anyone who, according to the law, must or may exercise a procedural role, e.g. participate as a subject of the proceedings by making their own declarations of intent in the procedural sense¹. In contrast to other parties, these parties can influence the criminal proceedings.

The formal parties recognized in German criminal procedure law are:

- The defendant. It is crucial from the point of view of the German constitution that the defendant is a participant in the proceedings, thus a “subject”, and not objectified.
- The defence lawyer. The defence lawyer is not only a representative of the defendant, but has rights of their own such as the right to get access to the file (§ 147(1) StPO²).
- The prosecution. The prosecutor typically has a number of rights in criminal proceedings. It should be noted that there are special types of prosecutors in certain cases and that the prosecutorial role can thus not only be fulfilled by the public prosecution office. For example, the tax authorities have their own prosecutors for tax fraud (so-called *Steuerfahndung*) that can take over the prosecution in these cases, see § 399(1) AO (AO = *Abgabenordnung*, the Fiscal Code). Generally, the tax authorities have the right to participate in tax-related crime and are thus formal parties.

* Full Professor for German, European and International Criminal Law, Heinrich Heine University of Düsseldorf, Germany.

¹ BGH, Urt. v. 09.08.2017 – 1 StR 63/17, ECLI:DE:BGH:2017:090817U1STR63.17.0; B. SCHMITT, *Einleitung*, in M. KÖHLER, B. SCHMITT (eds.), *Strafprozessordnung*⁶⁸, Munich, 2025, mn. 70, 71.

² An official English translation of the *Strafprozessordnung* by the Ministry of Justice is available at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/ (16.7.2025). Unless otherwise indicated, all translations are taken from there.

The victim is not per se a formal party of the proceedings. However, the victim can become a formal party in two cases:

- Private prosecution (*Privatklageverfahren*), §§ 374 ff. StPO (StPO = Strafprozessordnung, the German Code of Criminal Procedure). It is possible for private persons to act as prosecutor in cases in which they were aggrieved and public prosecution does not take place due to the minor character of the criminal offence³. The public prosecution office is not involved in these proceedings, but has the right to take over prosecution anytime (§ 377 StPO).
- Private accessory prosecution (*Nebenklage*), §§ 395 ff. StPO. People who have become the victim of certain crimes such as sexual assault, battery and unlawful killing can join the public prosecution as private accessory prosecutor and thus gain procedural rights such as the right to lodge an appeal (§ 401(1) sent. 1 StPO). Private accessory prosecutors become formal parties at the latest with the declaration of joinder⁴. If the victim has been killed, the right transfers to the victim's close relatives (§ 395(2) StPO).

Besides these formal parties, there are other parties that have partial procedural powers that are equivalent or similar to those of the parties but who are not considered formal parties. These are:

- The person aggrieved, i.e. a «person whose legally protected interests were interfered with or who incurred direct harm on account of an act whose commission is assumed or has been finally established» (§ 373d(1) StPO). The person aggrieved has been granted special rights in §§ 406d ff. StPO and has therefore become an independent party to the proceedings⁵. Aggrieved parties for whom private accessory prosecution is available can join proceedings and become formal parties.
- Parties to confiscation proceedings (*Einziehungsbeteiligte*). Persons who are not the defendant but against whom a confiscation order is addressed are parties to the

³ According to § 374 StPO, private prosecution is only allowed for: «1. trespass (section 123 of the Criminal Code); 2. insult (sections 185 to 189 of the Criminal Code), unless it is directed against one of the political bodies specified in section 194 (4) of the Criminal Code; 2a. violation of intimate privacy and rights of personality by taking photographs or other images (section 201a (1) and (2) of the Criminal Code); 3. violation of the privacy of correspondence (section 202 of the Criminal Code); 4. bodily harm (sections 223 and 229 of the Criminal Code); 5. coercion (section 240 (1) to (3) of the Criminal Code) or threatening commission of a serious criminal offence (section 241 (1) to (3) of the Criminal Code); 5a. taking or giving of a bribe in commercial practice (section 299 of the Criminal Code); 6. criminal damage (section 303 of the Criminal Code); 6a. an offence under section 323a of the Criminal Code if the offence, having been committed in a state of intoxication, is a less serious criminal offence as referred to in nos. 1 to 6; 7. an offence pursuant to section 16 of the Act against Unfair Competition (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) and section 23 of the Act on the Protection of Trade Secrets (*Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen*); 8. an offence under section 142 (1) of the Patent Act (*Patentgesetz*), section 25 (1) of the Utility Models Act (*Gebrauchsmustergesetz*), section 10 (1) of the Semi-Conductor Protection Act (*Halbleiterschutzgesetz*), section 39 (1) of the Plant Variety Protection Act (*Sortenschutzgesetz*), section 143 (1), section 143a (1) and section 144 (1) and (2) of the Trade Mark Act (*Markengesetz*), section 51 (1) and section 65 (1) of the Design Act (*Designgesetz*), sections 106 to 108 and section 108b (1) and (2) of the Copyright Act and section 33 of the Act on the Copyright of Works of Fine Art and Photography (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie*)».

⁴ B. SCHMITT, *Einleitung*, in M. KÖHLER, B. SCHMITT (eds.), *Strafprozessordnung*, cit., mn. 72.

⁵ B. SCHMITT, *Vorbemerkung zu §406d*, in M. KÖHLER, B. SCHMITT (eds.), *Strafprozessordnung*, cit., mn. 1; A. ZABECK, *Vorbemerkung zu §§406d ff.*, in C. BARTHE, J. GERIQUE (eds.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*⁹, Munich, 2023, mn. 1.

confiscation proceedings only), § 424(1) StPO. They are granted rights in §§ 421 ff. StPO such as the right to be heard in confiscation proceedings.

- Accessory parties to confiscation proceedings (*Nebenbetroffene*). Persons who are neither the indicted accused nor a person who is considered to be a possible party to confiscation proceedings are to become a party to the confiscation aspect of the proceedings as an accessory party, § 438(1) StPO. This is particularly the case if it appears credible that this person owns or is entitled to the object to be seized or this person has another right in the object and the lapse of that right could be ordered in the event of confiscation.
- Legal entities. Legal entities are not criminally liable under German law, but it is possible to subject them to a regulatory fine under § 30 OWiG (OWiG = Ordnungswidrigkeitengesetz, the Act on Regulatory Offences). If such a fine could be ordered against a legal entity, the entity becomes a participant to the criminal proceedings (§ 444(1) StPO). As such, it has similar rights to parties to confiscation proceedings.

In criminal proceedings, there are also people who are called upon or even compelled to take part in procedural acts:

- Witnesses (§§ 48 ff. StPO). Witness testimony is an important piece of evidence in criminal proceedings. Witnesses have to appear for the hearing, testify truthfully and swear to the statement on request⁶. In return, the witness is entitled to appropriate treatment and protection of honour. It is also possible for the court to take measures to protect the witness from danger associated with their testimony⁷.
- Experts (§ 72 ff. StPO). Expert testimony is another piece of evidence. Mostly, the rules for witnesses apply for experts, too.
- Interpreters. They have to interpret and translate faithfully, § 189(1) GVG (GVG = *Gerichtsverfassungsgesetz*, the Courts Constitution Act).

People that, even though criminal investigations are not addressed against them, may be indirectly affected by procedural activities, are mainly those that are affected by investigative measures, such as persons affected by undercover surveillance (§§ 100a-100i StPO) or search of premises (§ 103 StPO). This latter category is particularly important when using new technology.

2. Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties

2.1. Constitutional Law

Constitutional Law plays an important role in the German legal system in general and particularly in German Criminal Procedure Law. Most investigative measures have been challenged before the *Bundesverfassungsgericht*, the German Constitutional Court at one point in time, and there is a huge amount of jurisprudence on criminal procedural law by this court. In contrast to substantive criminal law, which is nearly always found to be conform to the *Grundgesetz*, the German Constitution, Criminal Procedure Law has repeatedly been found to

⁶ B. SCHMITT, *Vorbemerkung zu §48*, in M. KÖHLER, B. SCHMITT (eds.), *Strafprozessordnung*, cit., mn. 5.

⁷ *Ibidem*, mn. 10.

be in breach of Constitutional Law and thus void⁸. As anyone who claims to be affected in their constitutional rights can file a constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) against the final decision affecting their rights, all third parties listed above are eligible to call on the *Bundesverfassungsgericht* with this reasoning.

Most fundamental rights are granted to all natural persons. Legal persons can also invoke constitutional rights if their nature permits to do so, Art. 19(3) GG (GG = *Grundgesetz*, Basic Law, the German Constitution). This means that third parties generally can bring a complaint before the *Bundesverfassungsgericht*, even if they are not party to the criminal proceedings. The violation of third-party rights has often been an issue that was debated by the courts⁹. Only few rights are reserved to formal or other parties of the criminal proceedings.

The most relevant fundamental rights in this context are:

- Human Dignity, Art. 1 GG. The right to human dignity is the fundament of the German Constitution and ensures physical integrity, the safeguarding of livelihoods, legal equality, personal identity and integrity¹⁰. A violation of human dignity cannot be justified at all¹¹.
- The general right to personality, Art. 2 I in conjunction with 1 I GG. This right includes the protection of privacy and the right of the individual to decide for themselves on the disclosure and use of their personal data¹². It also protects a «core area of private conduct of life» which is removed from the investigative authorities' reach¹³.

Another important aspect of this right is the right to informational self-determination (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). This right is a powerful tool against the unlimited collection, storage, use and disclosure of personal data that is commonly associated with digital life¹⁴. The *Bundesverfassungsgericht* balances the necessity and usefulness of intrusive investigative measures against the personality rights of the persons affected (formal parties and third-persons alike).

With regard to new technologies and the digital world, the *Bundesverfassungsgericht* adapted the general right to privacy and shaped a fundamental right to confidentiality and integrity of IT systems (*Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*) in a decision about the covert remote search of information technology

⁸ BVerfG, judgement of 31. October 2023 – 2 BvR 900/22, ECLI:DE:BVerfG:2023:rs20231031.2bvr090022; judgement of 02. March 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100302.1bvr025608; judgement of 03. March 2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr237898.

⁹ BVerfG, judgement of 19. May 2020 – 1 BvR 2835/17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200519.1bvr283517; judgement of 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160420.1bvr096609; judgement of 03. March 2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr237898.

¹⁰ W. HÖFLING, *Art. 1*, in C. COELLEN, T. MANN (eds.), *Grundgesetz*¹⁰, Munich, 2024, mn. 19.

¹¹ BVerfG, judgement of 03. March 2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr237898; decision of 03. June 1987 – 1 BvR 313/85, ECLI:DE:BVerfG:1987:rs19870603.1bvr313085; decision of 31. January. 1973 – 2 BvR 454/71, ECLI:DE:BVerfG:1973:rs19730131.2bvr045471.

¹² BVerfGE 65, 1, 43, ECLI:DE:BVerfG:1983:rs19831215.1bvr020983.

¹³ See *infra* para. 4.

¹⁴ BVerfG, judgement of 01. October 2024 – 1 BvR 1160/19, ECLI:DE:BVerfG:2024:rs20241001.1bvr116019.

systems¹⁵. This right aims at protecting the privacy of users of information technology systems and to prevent gaps in the protection of their privacy rights.

- Privacy of correspondence, Art. 10 GG. This right applies only to the transmission of correspondence.
- Inviolability of the home, Art. 13 GG. This is a specific provision that regulates searches (§ 103 StPO) and measures of covert surveillance such as acoustic surveillance (§ 100c StPO).
- Property rights, Art. 14 GG. This right is often applied in confiscation proceedings in order to protect third-party owners or other third-party rights.
- The right to be heard, Art. 103(1) GG. Only formal participants and other addressees of the court decision are entitled to be heard, but not witnesses or experts¹⁶. However, those affected by a covert measure are given the status of a party to the proceedings (§ 101 StPO) and are therefore entitled to a fair hearing¹⁷.

2.2. Domestication of International Law

Germany has signed the major treaties on third party protection and is also a Contracting Party of the European Convention on Human Rights. Because international treaties are ratified by ordinary law, they rank lower in the legal hierarchy than Constitutional Law. Nonetheless, it is established case law that other ordinary law such as the Criminal Code or the Code of Criminal Procedure is to be interpreted in the light of the European Convention on Human Rights, even though the Convention does not take legal priority over the other laws¹⁸.

Within the European Convention on Human Rights, Art. 8 ECHR is the most important provision on third party rights. It guarantees the right to respect for private and family life, home and correspondence and thus serves an important function in protecting third parties from intrusive measures. For example, the European Court on Human Rights has found a breach of the Convention in instances in which covert video and audio surveillance was allowed without sufficient safeguards.¹⁹ In this respect, the European Convention on Human Rights adds another layer of protection of privacy to the German Constitution.

2.3. Implementation of EU law

Germany is one of the founding members of the European Union and has always been a staunch supporter of harmonization. It has therefore implemented all six directives on

¹⁵ BVerfG, judgement of 27. February 2008 – 1 BvR 370/07, 595/07, ECLI:DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr03700.

¹⁶ C. DEGENHART, *Art. 103*, in C. COELLEN, T. MANN (eds.), *Grundgesetz*, cit., mn. 9.

¹⁷ BGH, NStZ 2024, 244, 245, ECLI:DE:BGH:2023:311023BSTB30.23.0.

¹⁸ BVerfG, judgement of 31. October 2023 – 2 BvR 900/22, ECLI:DE:BVerfG:2023:rs20231031.2bvr090022; judgement of 04. May 2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110504.2bvr236509; judgement of 12. April 2005, 2 BvR 581/01, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr058101.

¹⁹ ECtHR, *Kopp v. Switzerland*, Judgement, 25 March 1998, Appl. no. 13/1997/797/1000, ECLI:CE:ECHR:1998:0325JUD002322494; ECtHR, *R.E. v. UK*, Judgement, 27 October 2015, Appl. no. 62498/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1027JUD006249811.

defence rights²⁰ as well as the Directive on victims' rights²¹ and has also adapted national law to the General Data Protection Regulation²² and the corresponding Directive²³. The same is true for most of the relevant legislation on confiscation²⁴. The level of compliance with EU law is generally – despite minor points of criticism – high²⁵.

Digital investigations will also be affected by the AI Regulation²⁶ when it enters into force. Moreover, the EU Charter of Fundamental Rights applies to police and criminal investigations that fall within the scope of the Charter. Particularly Art. 7 and 8 CFR have been applied by the European Court of Justice in a broader manner than the guarantees contained in Art. 8 ECHR²⁷. Accordingly, third parties may also use arguments based on EU law when appropriate. Considering that EU law has supremacy over national law, these arguments could be used to prevent fundamental rights violations by national law.

²⁰ Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142, 1.6.2012, p. 1; Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010, p. 1; Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013, p. 1; Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, OJ L 65, 11.3.2016, p. 1; Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, OJ L 132, 21.5.2016, p. 1; Directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, OJ L 297, 4.11.2016, p. 1.

²¹ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ L 315, 14.11.2012, p. 57.

²² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1.

²³ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89.

²⁴ See, e.g., Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, OJ L 127, 29.4.2014, p. 39; Regulation (EU) 2018/1805 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders, PE/38/2018/REV/1, OJ L 303, 28.11.2018, p. 1. The Directive (EU) 2024/1260 of the European Parliament and of the Council of 24 April 2024 on asset recovery and confiscation has not yet been implemented.

²⁵ See, e.g., for defence rights A. ALBRECHT, A. SCHNEIDER, *Germany – Between Laissez-Faire and Literal Regulation – The German Approach to the Implementation of the Directives on Defence Rights*, in G. CONTISSA, G. LASAGNI, M. CAIANIELLO, G. SARTOR (eds.), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, Leiden, 2022, p. 114 ff.; for mutual legal assistance A. ALBRECHT, A. SCHNEIDER, *Germany: a Clash of Systems between EU Mutual Legal Assistance Instruments and National Law*, in G. LASAGNI, G. CONTISSA, M. CAIANIELLO (eds.), *Facilitating Judicial Cooperation in the EU*, Leiden, 2025, p. 215.

²⁶ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), PE/24/2024/REV/1, OJ L, 2024/1689.

²⁷ See, e.g., CJEU (GC), *Digital Rights Ireland and Kärntner Landesregierung*, Judgement, 8 April 2014, C-293/12, C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

3. Third Parties in the Field of Prevention and Crime Control

Prevention of crime and crime control is mainly the task of the police forces and the security services. Germany has a Federal Police (*Bundespolizei*) and a Federal Criminal Police Office (*Bundeskriminalamt*), but prevention of crime is generally the prerogative of the sixteen Länder that each have their own police forces and Criminal Police Office (*Landeskriminalamt*). Each Land has its own rules for the use of police measures. This leads to a very diverse legal tableau in which the legality of a measure depends on who has applied the measure. While the police laws are similar as far as standard procedures are concerned, they differ considerably with regard to policing new technologies.

There are also several intelligence services such as the Foreign Intelligence Service (*Bundesnachrichtendienst*) and the German Domestic Intelligence Service (*Verfassungsschutz*), which also exists on the level of the Länder. Intelligence services do not have executive power in Germany and thus cannot take action in order to prevent crime. Their function is to gather intelligence on threats to the Federal State or the Länder. Therefore, they are not of interest for the purpose of this article.

Police and security law is part of administrative law and follows the rules set out there. Generally, measures can be taken against people who are not responsible for dangerous situation if there is no other way to prevent grave danger and if the risk for the person is not too high (see, e.g., § 6 PolG NRW). Anybody who can claim to be affected by a police measure can ask for judicial review of the measure before the administrative courts, see § 42 VwGO. This means that all third parties in the sense identified above are eligible for judicial review. This standard corresponds to the ability to file a constitutional complaint, and this is by design because the constitutional complaint can only be admitted in court when all other means of judicial review have been exhausted. It makes sense to allow for judicial review in cases in which fundamental and human rights could potentially be affected.

Moreover, German law does not limit judicial review to police measures in the form of administrative executive acts (*Verwaltungsakt*), but includes any measure. For example, the Higher administrative court Münster, which is responsible for judicial review of decisions of the administrative courts in Northrhine-Westphalia, held that third parties may be affected by the police's use of social media, for example when being unintentionally photographed²⁸. The potential violation of privacy rights corresponds with a right to have the legality of the police's conduct checked, even though this was neither an executive act nor was it addressed to the person taking legal action. This is also true for police conduct that is over and done with: people can still ask for judicial review if they have a legitimate interest in the court's assessment, and such an interest can come from a violation of fundamental rights²⁹.

In order to enable people to ask for judicial review, the addressee and third parties generally have to be notified of covert measures after they have been finished³⁰. The rules

²⁸ OVG Münster, Neue Juristische Wochenschrift 2023, 1146, 1148, ECLI:DE:OVGNRW:2022:1128.5A2808.19.00.

²⁹ BVerwG, judgement of 24. April 2024 – 6 C 2.22, ECLI:DE:BVerwG:2024:240424U6C2.22.0; BVerfG, decision of 03. March 2004 – 1 BvR 461/03, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr046103.

³⁰ BVerfG, decision of 11. October 1978 – 2 BvR 1055/76, ECLI:DE:BVerfG:1978:rs19781011.2bvr105576; judgement of 15. December 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69, ECLI:DE:BVerfG:1970:rs19701215.2bvf010169.

vary in detail and are also dependent on the measure in question, but it is established in constitutional law that a notification is necessary³¹.

4. *Third Parties and New Means of Criminal Investigation*

Criminal investigations in Germany are in theory led by the public prosecution office which is aided by the police. In practice, the police forces play a major role in criminal investigation, whereas the public prosecutor is only involved in questions of investigation in severe cases. Judges do not undertake investigations on their own, but they might be required to approve of investigative measures in advance (e.g., seizure, remote hidden measures). It is also possible for a judge to undertake the examination of witnesses during the investigative phase.

Most rules in criminal procedure law on the protection of fundamental rights deal with the defendant's rights. This is understandable because their freedom is to the largest extent under threat by the criminal proceedings. However, third parties that are affected by criminal investigations have the right to challenge individual measures (cf. § 98(2) StPO) for the reasons explained above in the context of police law.

One group that has been singled out by the German legislator are privileged witnesses. Witnesses that can refuse to testify in court such as the defendant's family or their doctor or lawyer have been granted a certain protection from other investigative measures, too. For example, communication between a privileged witness and the defendant cannot be seized if it is in the possession of the witness (§ 97(1) No. 1, (2) StPO). While there are several rules concerning individual measures³², there is one provision that restricts all investigative measures against privileged witnesses that are professionals, § 160a StPO. According to § 160a(1), an investigative measure that is directed against clergymen, defence lawyers, Members of Parliament and other lawyers is inadmissible «if it is expected to produce information in respect of which such person would have the right to refuse to testify». Evidence gained by such a measure is inadmissible in court (§ 160a(1) sent. 2 StPO) and must be deleted. This rule even applies when the witness is not the addressee of the investigative measure.

If the measure concerns other professionals that have the right to refuse to testify under § 53 StPO, § 160a(2) StPO requires the investigating authorities to make an assessment of the proportionality of the measure when taking into account the witness' right to refuse to testify. In case of middle and minor crimes, the interest in prosecuting should not prevail (§ 160a(2) sent.1 last part StPO). The technique used in § 160a StPO is complicated because it refers to information in respect of which the witness would have the right to refuse to testify in trial. The authorities are thus required to assess the future situation of the examination of the witness in trial and take it into account when deciding on the legality of the measure in the investigative phase. § 160a StPO has therefore been criticized as overly complicated. It is unclear whether § 160a StPO is meant to protect the defendant's right to

³¹ BVerfG, judgement of 03. March 2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr237898; judgement of 14. July 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95, ECLI:DE:BVerfG:1999:rs19990714.1bvr222694; judgement of 02. March 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100302.1bvr025608.

³² See, in detail, A. SCHNEIDER, *Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen*, Tübingen, 2021, *passim*.

confidentiality or the witnesses' rights or public interests³³. A similar rule – but including the defendant's family members – can be found in § 100d(5) StPO for covert remote search of information technology systems (§ 100b StPO) and acoustic surveillance of private premises (§ 100c StPO).

Third parties are also protected by the concept of the «core area of the private conduct of life» (*Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*). This concept has been developed by the Constitutional Court in order to define an area of life in which privacy interests prevail over public interests such as criminal prosecution³⁴. Investigative measures that violate the core area of the private conduct of life are inadmissible and such evidence is excluded from trial. § 100d(1, 2) StPO spells this principle out for certain covert measures, but it has to be taken into account with any measure that is available to the prosecuting authorities. For example, the concept has been invoked against the seizure of a diary, albeit unsuccessfully at the time.³⁵ Especially private conversations with close family are part of the core area.

According to § 101(4) StPO, certain persons whose rights might have been affected by a covert measure must be notified of the measure when the purpose of the investigation is not endangered and there is no danger for persons involved in the investigation such as Confidential Informants. The notification may be deferred and can be permanently dispensed with by a court decision.

5. New Technologies and the Protection of Third Parties in Pre-Trial Measures

There is a global discussion on how to use digital measures and AI in order to prevent crime and make criminal procedures more effective. This is also true for Germany. It should be noted that crime control and the prevention of crime is considered to be part of police law and thus follows a different set of rules than criminal investigation. Accordingly, the *Bundesverfassungsgericht* did not only decide on matters of Criminal Procedure Law, but quite often similar measures can be found in the police laws and have given rise to constitutional complaints of persons affected³⁶. Often, a potential measure is discussed on both levels, and decisions concerning police law are used as a reference for the measure in criminal procedure law. The line of reasoning is often quite similar. Accordingly, the following overview will try to take in both the police and the criminal investigation perspective.

In the following, a number of topics that have been or are discussed in the context of prevention of crime by digital means will be highlighted:

5.1. Covert Remote Search of Information Technology Systems

³³ *Ibidem*, p. 706.

³⁴ See, for a summary of established Constitutional Law, BVerfG, judgement of 20 April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160420.1bvr096609, BVerfGE 141, 220 (276, Rn. 121) and C. ROTTMEIER, *Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe*, Tübingen, 2017, p. 24 ff.

³⁵ BVerfGE 80, p. 368 ff.

³⁶ Policing is one of the competences of the Länder, which is why there are several police laws. There are also special Acts for specific branches of the police.

In 2017, the German legislator established the covert remote search of information technology systems in criminal procedure law (§ 100b StPO)³⁷. This was one of the first measures that had been devised for investigating in the digital area. Police authorities and security services had made use of this measure before and the *Bundesverfassungsgericht* had already clarified under which circumstances such a measure could be legal³⁸. The investigating authorities use trojans, i.e. software, in order to copy the data on a computer or mobile phone. They can also monitor the use of the device for up to six months (§ 100e(2) StPO). Effectively, the measure is thus a form of online surveillance.

The covert remote search is usually directed against the defendant, but can also be directed against third parties if it is likely that the defendant uses their system and other areas of investigation are not open (§ 100b(2) StPO). Moreover, the measure is legal even if other persons are affected by it. These are others who use the information technology system or whose data are stored in the system (§ 100b(3) sent.3 StPO). The threshold for using a covert remote search of information technology system is rather high and requires a certain type of severe crime and a strict proportionality assessment. It mirrors the requirements for the acoustic surveillance of private premises (§ 100c StPO), which had been the most restrictive investigative measure before³⁹.

Technical means are to be employed in order to prevent the capture of data concerning the core area of private life (§ 100d(3) StPO). Where this is unavoidable, such data must be deleted immediately. This does not only apply to the private life of the defendant, but also to third parties. Generally, the protection of privacy is not dependent on the formal status of the party affected – because the defendant is presumed innocent during criminal proceedings, their privacy is not of lesser value⁴⁰.

Witnesses who have the right to refuse to testify for professional reasons such as doctors, lawyers, journalists etc. cannot be the addressees of a covert remote search (§ 100d(5) StPO).

If the covert remote search leads to data that would fall within the witnesses' right to refuse to testify, this data must be deleted. Family members of the accused, who can refuse to testify under § 52 StPO, and persons involved in the professional activities of privileged witnesses under § 53 StPO such as secretaries, IT specialists, trainees can be subject to a covert remote search, but the relationship of trust between these witnesses and the defendant must be taken into account. Again, privileged witnesses are singled out for better protection. This goes back to a decision by the Constitutional Court in which it demanded a protection of privacy and confidentiality in case of covert remote searches⁴¹.

³⁷ Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017, BGBl. 2017 I, 3202.

³⁸ BVerfG, judgement of 20 April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160420.1bvr096609, BVerfGE 141, 220 (303 ff. Rn. 208 ff.). The decision was about the law of the Federal Security Service (BKAG). Covert remote search of information technology systems is, for instance, allowed in Hesse and Bavaria.

³⁹ The covert remote search is commonly regarded as the most restrictive investigative measure now, see, e.g. C. RÜCKERT, §100b, C. KNAUER, H. KUDLICH, H. SCHNEIDER (eds.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Munich, 2023, mn. 15.

⁴⁰ K. ECKSTEIN, *Ermittlungen zu Lasten Dritter*, Tübingen, 2013, p. 321 ff.

⁴¹ BVerfGE 141, 220 (281 f., Rn. 131-133), ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160420.1bvr096609.

5.2. Automated Remote Car Plate Control

Automated remote car plate control allows the police to automatically search for cars of interest (see § 163g StPO). Some of the police laws of the Länder allow this measure⁴². In 2018, the *Bundesverfassungsgericht* had to decide whether this type of control was conformed with Constitutional Law. It held that such a measure was a violation of privacy rights and the right to informational autonomy, but that it could be justified if there was danger for life, body, personal freedom or the security of state institutions⁴³. A general control of car licence plates cannot be justified⁴⁴. Accordingly, the measure must be restricted locally.

5.3. Automated Data Analysis

Automated data analysis tools enable the police to search different databases and connect information that is stored separately. This is not only much faster than a separate search, but more effective because the tools can search any data in record time and even compare data stored in police databases to data in the public sphere⁴⁵. This makes the measure attractive for the police. Nonetheless, only four Länder have legal provisions on the use of automated data analysis tools for police work⁴⁶. They use software that is based on the “Gotham” tool offered by the private US company “Palantir”⁴⁷.

In 2023, the *Bundesverfassungsgericht* had to decide whether the automated data analysis tools provided in Hessian and Hamburg police law complied with the Constitution.⁴⁸ It held that such a measure could be justified, even if it was AI based, but that the cross-database analysis of data could potentially be a serious violation of the individuals’ privacy rights, depending on which data was used.⁴⁹ The Court went on to explain: «If automated data analysis/interpretation gives rise to serious interferences with the informational self-determination of affected persons – for example by enabling the creation of precise movement, behavioural or relationship profiles, or by exposing persons who are not objectively involved in the relevant events to an increased risk of being specifically targeted by follow-up police investigations based on the results of the automated data analysis/interpretation – such interferences can only be justified subject to the strict requirements that apply to intrusive covert surveillance measures generally (see para. 104 ff. below)»⁵⁰.

This quotation shows that the Court singles two interferences out that it considers to be especially serious: the building of a movement, behavioural or relationship profile and the

⁴² See, e.g., Art. 39 PAG Bavaria; § 36a PolG Brandenburg; § 19a PolG Saxony; § 14a SOG Hessia.

⁴³ BVerfG, judgment of 18 December 2018 – 1 BvR 142/15, BVerfGE 150, 244 mn. 99, ECLI:DE:BVerfG:2018:rs20181218.1bvr014215.

⁴⁴ BVerfG, judgment of 18 December 2018 – 1 BvR 142/15, BVerfGE 150, 244 mn. 100, ECLI:DE:BVerfG:2018:rs20181218.1bvr014215.

⁴⁵ See J. VASEL, *Verfassungsrechtliche Fesseln? - Das Karlsruher Urteil zur automatischen Datenanalyse*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2023, p. 1174.

⁴⁶ Northrhine-Westphalia, Hessia, Hamburg and Bavaria.

⁴⁷ See M. BÄUERLE, *Automatisierte und KI-gesteuerte Datenverarbeitung und – analyse bei den Sicherheitsbehörden*, in *Zeitschrift für Datenschutzrecht*, 2025, p. 128 ff.; L. MANNS, *Automatisierte Datenanalyse für die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten*, in *LegalTech*, 2023, p. 143.

⁴⁸ BVerfG, judgement of 16 February 2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, BVerfGE 165, 363, ECLI:DE:BVerfG:2023:rs20230216.1bvr154719.

⁴⁹ *Ibidem* (398 f. Rn. 69, 72).

⁵⁰ *Ibidem* (398 f. Rn. 73).

exposition of persons who were not involved to follow-up police investigations. This shows that the Court takes third party protection seriously: If an automated data analysis can lead to the involvement of formerly uninvolved persons, the requirements for covert surveillance measures need to apply. Automated data analysis is thus put on the same level as acoustic surveillance in private premises or covert remote search of information technology systems. An important factor for the assessment of an interference is the number of people affected and whether or not they gave reason for the measure⁵¹. The more people are affected by a measure, the stricter should the requirements for using the measure be.

According to the Court, automated data analysis that infringes the right to informational self-determination can only be justified if it protects important legal interests such as life, limb and freedom of a person or the existence and security of the Federal State or a Land or important infrastructure.⁵² Moreover, a sufficiently identifiable danger must exist before making use of this measure, i.e. there must be «at least factual indications that a specific danger to the protected legal interests may emerge»⁵³. General statistics are insufficient, instead there have to be specific facts that point at danger to a legal interest. These are the general standards that the Court has developed for covert investigative measures⁵⁴. This means that the use of automated data analysis for the prevention of crime is only possible if the interference into privacy rights is limited by, e.g., a restriction of access to data or the methods applied.⁵⁵ On the other hand, the analysis of non-personal data, e.g. for identifying dangerous places, can more easily be justified⁵⁶.

The requirements laid down by the Court are considered challenging for the legislator⁵⁷. So far, only the police in Northrhine-Westphalia, Hesse, Hamburg and Bavaria and the Financial Intelligence Unit (*Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*) use automated data analysis⁵⁸. In 2024, the Government proposed legislation that would allow the Federal police and the Federal Criminal Police Office to use automated data analysis tools⁵⁹, but due to the break-up of the Government coalition and the corresponding new elections, this proposal did not become law. In the coalition treaty of the current Government, it is again suggested to introduce this measure⁶⁰.

5.4. Remote Biometric Identification

Remote biometric identification is the use of biometric parameters such as face, movement, iris, voice etc. for the purpose of identifying people from afar. The most common type of identification is remote facial identification for the purpose of identifying criminals or potentially dangerous persons. It is also possible to use remote biometric identification

⁵¹ *Ibidem* (399 f. Rn. 76).

⁵² *Ibidem* (410 Rn. 105).

⁵³ *Ibidem* (410 f. Rn. 106).

⁵⁴ *Ibidem* (410 f. Rn. 106).

⁵⁵ *Ibidem* (414 Rn. 112).

⁵⁶ *Ibidem* (412 Rn. 108).

⁵⁷ E.g. by M. BÄUERLE, *Automatisierte und KI-gesteuerte Datenverarbeitung*, in *Zeitschrift für Datenschutz*, 2025, p. 130. For legislative suggestions, see D. KUGELMANN, A. BUCHMANN, *Zum Rechtsrahmen für Sicherheitsbehördliche Datenanalyse und für den Einsatz von Verfahren künstlicher Intelligenz*, in *Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht*, 2024, p. 7 ff.

⁵⁸ See § 29(2a) GWG; § 25a SOG Hesse; § 23(6) PolG NRW; Art. 61a PAG Bavaria; § 49 PolDVG Hamburg.

⁵⁹ BT-Drs. 20/14704.

⁶⁰ Coalition treaty (Koalitionsvertrag) 2025, S. 82, 89, available at [https://www.koalitionsvertrag2025.de/\(4.6.2025\)](https://www.koalitionsvertrag2025.de/(4.6.2025)).

for the purpose of surveillance⁶¹. Remote biometric identification is based on AI technology and compares an image with a database of images.

In the criminal justice context, it is often discussed in combination with the video recording of public places⁶². For example, the German authorities have tested facial recognition software on videos that were recorded at Berlin-Südkreuz train station, a highly frequented place for commuters⁶³. After a journalist claimed having identified the German RAF-terrorist Daniela Klette, who had been living underground for thirty years, within 30 minutes by use of the software *PimEyes*, the topic has gained in interest within the legal community⁶⁴.

German police authorities use automated biometric identification on a regular basis in order to compare suspects with their database and identify them⁶⁵. This type of comparison could not be done without AI technology. The basis for this measure in criminal procedure law is § 98c StPO. This provision allows to compare the image of a person to databases for the purpose of criminal investigation. There are no specific requirements for initiating this measure, nor is there any form of protection of third parties that are deemed to look similar to the person to be identified or are falsely positively identified. The rules on notification for covert measures (§ 101 StPO) do not apply. Therefore, it has recently been argued that § 98c StPO cannot justify a high-risk measure such as biometric identification due to its lack of formal requirements⁶⁶. The same is true for general clauses that in principle allow the police to apply any measure. These rules are typically very vague and cannot justify high-risk measures such as the AI based biometric identification⁶⁷. German Constitutional Law requires the legislator to lay down the specifics of intrusive measures *by law* (so-called *Gesetzesvorbehalt*). The same reasoning applies to other, potentially more intrusive uses of remote biometric identification such as a comparison with CCTV or the internet. It is therefore common opinion that a new law would be necessary for the use of this measure⁶⁸.

The recently formed federal government under Chancellor Friedrich Merz has written in their coalition treaty that they plan to allow the security services the use of retrograde remote biometric identification on the basis of AI with data on the internet⁶⁹. In criminal investigations, a retrograde remote biometric identification of perpetrators shall be possible⁷⁰. For this purpose, the Government plans to introduce video recording at public places that are known hotspots of crime. Real-time remote biometric identification is forbidden under Art. 5(1) lit. h EU AI Act⁷¹ for the purposes of “law enforcement” (Art. 3(46) EU AI Act), which includes the prevention of crime. There are only few exceptions to this rule, and this is probably why the German legislator does not plan for such a scenario. Retrograde

⁶¹ J. HAHN, *Automatisierte Gesichtserkennung in der Strafverfolgung*, Baden-Baden, 2025, p. 28.

⁶² See S. JANDT, *Biometrische Videoüberwachung – was wäre wenn ...*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2018, p. 16.

⁶³ For a discussion of the results, see S. SCHINDLER, *Biometrische Videoüberwachung*, Baden-Baden, 2021, p. 410.

⁶⁴ See, e.g., C. THÖNNES, *Daniela Klette und die Frucht der vergifteten Maschine*, in *Verfassungsblog*, 2024/3/22, <https://verfassungsblog.de/klette-und-die-frucht-der-vergifteten-maschine/>.

⁶⁵ J. HAHN, *Automatisierte Gesichtserkennung*, cit., p. 63 ff.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 212 ff.

⁶⁷ For an overview, see S. SCHINDLER, *Biometrische Videoüberwachung*, cit., p. 410 ff.

⁶⁸ S. SCHINDLER, *Biometrische Videoüberwachung*, cit., S. 447 f.; C. THÖNNES, *Daniela Klette*, 2024/3/22, <https://verfassungsblog.de/klette-und-die-frucht-der-vergifteten-maschine/>; F. ROGGAN, *Der verdeckte Einsatz von Personen-Identifikations-Systemen (PerIS) im Strafverfahren*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2024, p. 715 ff.; see also J. HAHN, *Automatisierte Gesichtserkennung*, cit., p. 212 ff.

⁶⁹ Coalition treaty (Koalitionsvertrag) 2025, cit., p. 82.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁷¹ Regulation (EU) 2024/1689, cit.

biometric identification is a high-risk technology under the AI Act and could therefore theoretically be allowed in German national law.

A point of contention concerning retrograde biometric identification is the question of whether it violates the fundamental rights of the people affected too much to be justified. Remote biometric identification requires a large number of photo and video material and an assessment of all people within it and can thus potentially affect thousands of people.⁷² This concerns the people's privacy rights, in particular the right to informational autonomy which is a part of the person's personality rights to a large extent and is, accordingly, a serious violation of personality rights.⁷³ Obviously, the threshold for remote biometric identification should be higher than for automated recognition of car licence plates.

A violation of this right can only be justified if it serves a legitimate purpose and is proportionate. Moreover, the data of person of no interest should not be stored⁷⁴. The proportionality principle is rather strict and requires an assessment of the advantages for the prevention of crime and the violation of individual fundamental rights. Considering that many uninvolved people are affected and that private data such as the shape of the face, an unchangeable personal trait, is used, remote biometric identification can only be allowed in specific grievous situations⁷⁵. It would need to be restricted locally and timewise⁷⁶. It has also been suggested to limit the databases that can be used⁷⁷. Moreover, detailed rules on the use of the measure would be necessary⁷⁸. It remains to be seen whether the Government will deliver on their suggestions.

5.5. Video Recording

Video recording of public places is possible under German law⁷⁹. However, video recording must have a purpose and must be locally restricted. It is most commonly used to film focus areas of crime, i.e. places in which many criminal offences occur. A general recording of, e.g., the city center without a specific connection to crime would violate the right to informational self-determination and thereby the Constitution. Total video surveillance is forbidden under German Constitutional law.

Bodycam recordings can show third parties and thus affect their personal rights. They also record audio, which potentially enhances the violation. Most police laws allow for bodycam recordings⁸⁰. While bodycam recordings are used to protect individuals and increase transparency in Anglo-American countries, bodycams in Germany are used to

⁷² M. MARTINI, *Gesichtserkennung im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2022, p. 30; J. FÄHRMANN, *Digitale Beweismittel und Datenmengen im Strafprozess*, in *Zeitschrift für das Recht der Digitalisierung*, 2020, p. 232.

⁷³ F. ROGGAN, *Der verdeckte Einsatz*, cit., p. 717.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 718.

⁷⁵ *Ibidem*; J. HAHN, *Automatisierte Gesichtserkennung*, cit., p. 311 f.

⁷⁶ F. ROGGAN, *Der verdeckte Einsatz*, cit., p. 718.

⁷⁷ J. HAHN, *Automatisierte Gesichtserkennung*, cit., p. 304 f.

⁷⁸ F. ROGGAN, *Der verdeckte Einsatz*, cit., p. 718; J. HAHN, *Automatisierte Gesichtserkennung*, cit., p. 305 f.

⁷⁹ For an overview on the law, see W. ZIEBARTH, *Gefahrenabwehr durch Videoüberwachung in Straßentunneln*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2021, p. 235 ff. This measure is implemented in all the police laws, see, e.g., §§ 15 ff. PolG NRW.

⁸⁰ See U. ZAREMBA, *Polizeiliche Befugnisse zum Einsatz der Bodycam – Eine Bestandsaufnahme mit Änderungsvorschlägen*, in *Landes- und Kommunalverwaltung*, 2021, p. 193.

protect police officers⁸¹. It is obvious that bodycam recordings can interfere with the right to informational self-determination⁸². Because bodycam recordings usually take place in potentially dangerous situations, they can be justified. The right to informational self-determination of third parties takes second place to the right to life and physical integrity of police officers⁸³. Nonetheless, it has been argued that the technical possibilities to prevent identifying uninvolved third parties, such as pixelating their face, should be applied in this type of recordings⁸⁴.

When bodycams are used on private premises, *e.g.* in cases of domestic abuse, the Constitutional right to an inviolable home (Art. 13 GG) applies. This provision contains rules on the search of private premises and acoustic and other surveillance of private premises. However, it seems to be unclear whether Art. 13 GG allows the use of bodycams because it contains very specific rules. Video and audio recording by police officers would be either allowed for the prevention of mortal danger with prior judicial approval (Art. 13(4) GG) or for the protection of people deployed in the private premise (Art. 13(5) GG). The latter has mostly been used as the Constitutional basis for the use of bodycam on private premises⁸⁵. However, some authors have pointed out that Art. 13(5) GG applies to covert recording measures and not to overt ones and that the use of bodycam in private homes should therefore be illegal⁸⁶. The police laws mostly apply the restrictions for acoustic surveillance in this context.

Another problem is the use of video recordings that have been gathered by private persons. This is especially relevant for intelligent car systems that use cameras in order to scan the surrounding environment⁸⁷. Tesla even has cameras in so-called “sentry mode” that operate continuously, even when the car is parked⁸⁸. It is well-established case law that a permanent and unprovoked recording of traffic events is not compatible with the provisions of data protection law⁸⁹. An open question is whether this type of recordings can be used as criminal evidence. German criminal procedure law allows the criminal courts to use evidence that has been illegally obtained by private persons if, on balance, the interest in criminal prosecution takes precedence over the violation of the right to informational self-determination⁹⁰. In case of video recordings of traffic via dashcam, the Supreme Court has indicated in an obiter dictum that the interests of criminal prosecution prevail⁹¹. Accordingly,

⁸¹ J. RUTHIG, *Der Einsatz mobiler Videotechnik im Polizeirecht*, in *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht*, 2018, p. 12; U. ZAREMBA, *Polizeiliche Befugnisse*, cit., p. 199.

⁸² J. RUTHIG, *Der Einsatz mobiler*, cit., p. 13.

⁸³ U. ZAREMBA, *Polizeiliche Befugnisse*, cit., p. 199.

⁸⁴ J. RUTHIG, *Der Einsatz mobiler*, cit., p. 18.

⁸⁵ C. RÜCKERT, § 100h, in C. KNAUER, H. KUDLICH, H. SCHNEIDER (eds.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit. mn. 8; M. KÖHLER, § 100h, in M. KÖHLER, B. SCHMITT (eds.), *Strafprozessordnung*, cit. mn. 1c.

⁸⁶ C. SCHÄFER, *Der “kleine Spähangriff”*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2022, p. 362 ff.

⁸⁷ See, in detail, M. SCHULT, *Erhebung und Verwertung von Daten künstlicher Intelligenz zu Lasten des Beschuldigten im Strafprozess*, Wiesbaden, 2024, *passim*.

⁸⁸ S. ERNST, *Datenschutz und die Kameras moderner Autos*, in *Verbraucher und Recht*, 2023, p. 441; M. SCHULT, *Erhebung und Verwertung*, cit., p. 475.

⁸⁹ S. ERNST, *Datenschutz und die Kameras*, cit., 441, 442; M. SCHULT, *Erhebung und Verwertung*, cit., p. 99 ff.

⁹⁰ For a brief overview, see A. SCHNEIDER, *Limits of Freedom of Public Authorities with Respect to Obtaining Evidence at the Stage of Investigation*, in M. SCHMIDT-KESSEL (ed.), *German National Reports on the 21st International Congress of Comparative Law*, Tübingen, 2022, p. 572 f.

⁹¹ BGH Beschl. v. 18.8.2020 – 5 StR 175/20, BeckRS 2020, 21303. See also M. SCHULT, *Erhebung und Verwertung*, cit., p. 481 ff.

recordings made by cards are admitted as evidence even if data protection law was violated when collecting the evidence by private people.

5.6. *Surveillance*

Surveillance of a person is not a new phenomenon, albeit one which tends to affect third parties⁹². It is generally accepted that third parties who come into contact with the person observed are also affected by the surveillance⁹³.

Nonetheless, the *Bundesverfassungsgericht* recently had to decide upon a provision in the police law of Northrhine-Westphalia that allowed the police to take pictures and record video and audio of the person observed (§§ 16a, 17 PolG NRW)⁹⁴. The Court held that the combination of surveillance and recording amounted to a serious interference with the right to informational self-determination⁹⁵. For justifying such a measure, an identifiable danger is necessary⁹⁶. Because the law in question only required that the people observed «wanted to commit a criminal offence», this threshold was not met⁹⁷. The Court has refrained from declaring the provisions void but obliged the legislator of the Land Northrhine-Westphalia to change the law until the end of 2025.

Again, the Court requires an identifiable or actual danger for the use of covert investigative measures. This requirement was also the reason why a provision in the BKAG, the law of the Federal Criminal Police Office, on the surveillance of persons who were in contact with the suspect, was recently considered to be in breach of the Constitution:⁹⁸ the mere fact that a person was in contact with a suspect did not by itself amount to danger and thus could not justify the surveillance.

6. *Third Parties in Court Proceedings*

6.1. *The Right of Third Parties to Be Heard Fairly*

The rights of third parties in court proceedings depend on how they are affected by the investigation.

- Aggrieved parties have the right to attend court proceedings and are usually examined as witnesses. They can also get access to the file (§ 406e StPO).
- Parties to confiscation proceedings have a right to be heard (§ 426 StPO). They must only be heard if it appears feasible that the hearing can be held. If a party indicates that they want to contest the confiscation, the rights for the examination of the defendant apply.

⁹² See K. ECKSTEIN, *Ermittlungen zu Lasten Dritter*, cit., p. 185.

⁹³ M. KÖHLER, §100f, in M. KÖHLER, B. SCHMITT (eds), *Strafprozessordnung*, cit., mn. 13; C. RÜCKERT, § 100h, in C. KNAUER, H. KUDLICH, H. SCHNEIDER (eds.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., mn. 20.

⁹⁴ BVerfG Beschl. v. 14.11.2024 – 1 BvL 3/22, NVwZ 2025, 495, ECLI:DE:BVerfG:2024:ls20241114.1bvl000322.

⁹⁵ *Ibidem* (501 mn. 91 ff.).

⁹⁶ *Ibidem* (502 mn. 98).

⁹⁷ *Ibidem* (502 f. mn. 101).

⁹⁸ BVerfG Urt. v. 1.10.2024 – 1 BvR 1160/19, NVwZ 2024, 1736, ECLI:DE:BVerfG:2024:rs20241001.1bvr116019.

- The same is true for accessory parties to confiscation proceedings (§§ 438(3), 426 StPO).
- Legal persons have the right to be heard according to §§ 444(2), 426 StPO.
- Witnesses etc. are per definitionem heard in court proceedings.

People who have been affected by certain covert investigative measures must be notified of this according to § 101 StPO. It should be noted that § 101(4) StPO only requires the notification of the addressee of the covert measure and, if applicable, of persons significantly affected by the measure. This means that persons only marginally affected are not notified. The notification enables the persons to challenge the legality of the measure in court (§ 101(7) sent. 2 StPO). This, however, is a different procedure from the criminal investigation of which the investigative measure was part. These people are not heard in the initial criminal proceedings. Whether the defendant could claim a violation of third-party rights as the basis for an exclusionary rule is very much dependant on the type of violation and not regulated in the law⁹⁹.

6.2. *The Right of Third Parties Not to Be Questioned*

There are two scenarios concerning the right of third parties to remain silent. The first is set down in § 426 StPO which applies to parties to the confiscation proceedings, accessory parties to these proceedings and legal persons (supra a). § 426(2) StPO reads: «If the person who is considered to be a possible party to confiscation proceedings declares that he or she wishes to object to the confiscation, those provisions governing the examination of the accused apply accordingly in the event of his or her examination insofar as it is considered possible that he or she may become a party to the proceedings»¹⁰⁰.

This means that people who are potentially a party to confiscation proceedings and are examined during court proceedings have the same rights as the defendant during their examination. These rights are set out in §§ 136, 136a StPO and include the right to remain silent. § 426 StPO applies to parties to confiscation, accessories and to legal persons. The question whether legal persons have the right to remain silent is discussed controversially in Germany, but § 426 StPO strongly hints at such a right¹⁰¹.

Another group of third parties that have the right to remain silent are privileged witnesses such as the defendant's family members and professionals that came into contact with the defendant. They can refuse to testify in court proceedings. These rights are rather extensive in German law and cover, e.g., former partners and parents-in-law as well as medical professionals, tax accountants and journalists (see the list in §§ 52, 53 StPO). Although these rights are directed at the relationship between the witness and the defendant, they are actually rights of the witnesses. Accordingly, the defendant cannot force family members, clergymen or journalists to testify, but they can waive doctor-patient or lawyer-client confidentiality (§ 53(2) StPO).

⁹⁹ BVerfG, judgement of 02. March 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100302.1bvr025608; judgement of 03. March 2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr237898.

¹⁰⁰ Slight amendment of the official translation by the author.

¹⁰¹ C. LANGLITZ, J. SCHEINFELD, § 444, in C. KNAUER, H. KUDLICH, H. SCHNEIDER (eds.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., mn. 34.

6.3. *The Protection of Vulnerable Witnesses*

The rights for the protection of vulnerable witnesses have been extended again and again over the time¹⁰². This was in part due to the Directive on victim's rights, but also to a new sensibility to vulnerability.

It is possible to prevent direct contact between the defendant and the witness by either removing the defendant (§ 247 StPO) or by examining the witness via audio-visual means (§ 247a StPO). The order to remove the defendant can be made when it is to be feared that a witness will not tell the truth when examined in the defendant's presence, but this fear needs to be based on specific facts, not on gut-feeling or the like¹⁰³. In case of audio-visual examination, the witness is in a separate room and is interviewed by the presiding judge in the courtroom. It is possible to use technology in order to change the voice and look of the witness and thus shield them from being recognized by the defendant¹⁰⁴. It is also possible to exclude the public from the courtroom if sensitive questions are asked, if children are examined or if a public examination would be dangerous (§§ 171b, 172 GVG). Furthermore, aggrieved persons can receive psychosocial counselling.

7. *Conclusion*

The protection of fundamental rights is a core concept of the German legal order and ingrained in German Constitutional Law. Because this doctrine does not distinguish between formal and third parties, both are equally well protected from a violation of fundamental rights. This high level of protection has often been applied to criminal and police investigations and has proven to be a barrier to using highly intrusive investigative measures in the past.

This is particularly true for new, digital-based technology. New technology is discussed in Germany and might become even more so under the new Government due to initiatives contained in the current coalition treaty. But the threshold for using these measures is high due to the influence of the Constitutional Court and the Court's jurisprudence on the protection of fundamental rights of primary, secondary and third parties. This influence is apparent in more than 30 decisions on digital security law that leave the legislator not a lot of leeway in establishing the respective investigative measures. Third party rights are always taken into account when a new investigative measure is designed, and the more these rights are affected, the more restrictions must be laid down by the law in order to make the investigative measure conform with Constitutional Law standards.

This high level of protection has a downside. Nowadays, it is a safe bet that any investigative measure based on new technology, whether in criminal procedure law, police law or security law, will eventually be decided upon by the German Constitutional Court. Finding quick solutions for technological development becomes difficult if a large number of – in part, very detailed – judgments of the Constitutional Court need to be taken into account when drafting a new law. Drafting a law that might violate constitutional standards

¹⁰² C. ROXIN, B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Munich, 2022, § 64, rn. 1 ff.

¹⁰³ B. SCHMITT, § 247, in M. KÖHLER, B. SCHMITT (eds), *Strafprozessordnung*, cit., mn. 2, 3.

¹⁰⁴ BGH, Beschl. v. 19.07.2006 – 1 StR 87/06; H. DIEMER, § 247a, in C. BARTHE, J. GERIQUE (eds), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., mn. 14

carries the risk that evidence gathered by these means becomes inadmissible in court proceedings. This makes the legislative progress for new technology regulation quite slow – a disadvantage in such a fast-developing field.

ABSTRACT: *Third Parties and The Developments in Criminal Justice in The Digital World. Reconstruction and Models for Solution from The German Perspective*

Third parties is the term for a diverse group of persons who are not formal parties to proceedings. In the context of fundamental rights, German Constitutional Law does not distinguish between formal and third parties, but protects their general fundamental rights such as the right to privacy equally. There is elaborate jurisprudence by the German Constitutional Court on possible violations of privacy rights by investigative measures in both police and security law and criminal procedure law, which is based on individual constitutional complaints made by persons affected. Investigative measures based on new technology must comply with these fundamental rights standards. Generally, the more people are affected, the stricter are the requirements for using the investigative measure. The violation of fundamental rights must be minimized and additional safeguards are needed. Drafting new investigative measures reacting to technological progress is thus challenging for the German legislator.

BYUNG-SUN CHO*

**THIRD PARTIES AND THE DEVELOPMENTS IN CRIMINAL JUSTICE
IN THE DIGITAL WORLD IN SOUTH KOREA.
RECONSTRUCTION AND MODELS FOR SOLUTION FROM A MULTILEVEL PERSPECTIVE**

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction: Criminal Justice in the Digital World. – 2. New Laws Introduced Regarding the Protection of Personal Information in Criminal Proceedings – “Personal Information Protection Act” of 2011 and “Act on Promotion of the Digitalization of the Criminal Justice Process” of 2010(2024). – 2.1. Personal Information Protection Act of 2011. – 2.2. Act on Promotion of the Digitalization of the Criminal Justice Process of 2010 and Act on the Use of Electronic Documents in Criminal Procedures of 2024. – 2.3. Enforcement Decree of the Act on the Use of Electronic Documents in Criminal Procedures of 2024. – 3. Definition of the Term “Third Party” in Relation to the Personal Information Protection System in the Digital World. – 3.1. The Meaning of “Third Party” in Personal Information Protection Act. – 3.2. The Meaning of “Third Party” in Investigative Procedures and Criminal Proceedings. – 3.3. The Term “Third Party” for International Comparative Research in my National Report Korea. – 4. Constitutional Rights of Personal Information. – 5. Criminal Justice Portal (Official Website of the Korean Government). – 5.1. Building a Criminal Justice Portal Since 2005. – 5.2. Before and After the Introduction of the Criminal Justice Information System. – 5.3. The Protection of “Personal Information” of the “Information Subject” in the Criminal Procedure. – 5.3.1. Key Issues: Inapplicability of PIPA to the Digital Criminal Information System. – 5.3.2 The Limited Application of Criminal Justice Information System. – 6. Each Stage of Criminal Procedure from the Perspective of Personal Information Protection. – 6.1. Two Types of Criminal Trial Records: Trial Records and Evidence Records. – 6.2. Evidence Records and Personal Information Protection. – 6.2.1. Documents Submitted by Investigative Agencies and Prosecutors. – 6.2.2. Documents Submitted by the Defendant and His Attorney. – 6.2.3. Documents Submitted by the «Sentencing Factors Investigation Court Officer». – 6.2.4. Evidence Discovery System. – 6.3. Trial Records and Personal Information Protection. – 6.3.1. “Anonymous Processing” by Article 35, Paragraph 3 CPA. – 6.3.2. Criminal Electronic Copy Records. – 6.3.3. Disclosure and Search of Criminal Judgments. – 7. Conclusion and Suggestions.

1. Introduction: Criminal Justice in the Digital World

South Korea has successfully built Internet infrastructure and is one of the countries with a high Internet penetration rate, 99.96%. Accordingly, it is being used in various areas of society, such as internet banking, shopping, lectures, and electronic identification, and the judicial field is no exception¹. According to the Court Administration Office of the Supreme Court of Korea, currently 99.9% of administrative litigation and 77.2% of civil litigation are conducted as electronic litigation utilizing “electronic documents” (documents created on a computer, etc. and viewed on a monitor) or “digitized documents” (documents scanned from paper documents)². On the other hand, since the introduction of Act on the Use of

* Professor of Criminal Law and Environmental Law, Cheongju University College of Law.

¹ See, Ministry of Science and ICT, Korea Intelligent Information Society Agency (eds), *Internet Usage Survey*, Seoul, 2024 (Korean).

² See, Court Administration Office of the Supreme Court (ed.), *Judicial Yearbook 2024*, Seoul, 2024 (Korean).

Electronic Documents in Abbreviated Procedures etc. of 2010³, criminal litigation has been processed electronically only in some cases such as drunk driving and unlicensed driving cases and traffic accidents without public prosecution rights (Abbreviated Procedure). Later in 2021 this Act was repealed⁴ and absorbed into new laws regarding the use of electronic documents in criminal trials in 2024, as described below. In October 2024, laws and regulations regarding electronic documents that can promote the digitization of criminal cases will be introduced and reorganized, and efforts are being made to bring it up to the same level as administrative litigation or civil litigation by 2025. In addition, the construction project for the next-generation criminal justice information system (KICS), a new system that allows for the smooth creation and distribution of electronic documents, will be fully launched in 2024. Accordingly, the security system for the computerization of personal information in criminal procedures is being strengthened, and work is also underway to anonymize personal information recorded in electronic documents. In this national report, we first review Korea's Personal Information Protection Act, as well as laws related to the digitalization of criminal justice procedures (hereinafter B). Then, we examine the concept of "third party" used in the above laws and organize the concept of "third party" for international comparison of this conference (hereinafter C). Next, we review the constitutional right to personal information (hereafter D) and introduce and review the "Criminal Justice Information System (KICS)" that Korea established in 2005 and has been steadily developing since then (hereafter E). Then, we describe in order the review of personal information protection perspectives on digitalized information for each stage of criminal procedures, which can be said to be the core content of this report (hereafter F). Finally, in the conclusion, we summarize the problems discovered in the content reviewed so far and present brief improvement measures (hereafter G).

2. New Laws Introduced Regarding the Protection of Personal Information in Criminal Proceedings – "Personal Information Protection Act" of 2011 and "Act on Promotion of the Digitalization of the Criminal Justice Process" of 2010(2024)

2.1. Personal Information Protection Act of 2011

Korea introduced the Personal Information Protection Act (= PIPA)⁵ in 2011 in relation to the protection of personal information. Before this Personal Information Protection Act was enacted, personal information processing was regulated by individual laws for each field, such as the "Personal Information Protection Act of Public Institutions" (1995), the "Act on the Use and Protection of Credit Information" (1995), the "Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, etc." (2001), and the "Act on the Protection and Use of Location Information, etc." (2005). However, even after September 30, 2011, when the general law "Personal Information Protection Act" went into effect, many of the provisions stipulated in the above-

³ Act n. 9943, 25 January 2010.

⁴ Act n. 18485, 19 October 2021. Effective on 20 October 2024.

⁵ Act n. 10465, 29 March 2011. Amended by Act n. 11690, 23 March 2013; Act n. 11990, 6 August 2013; Act n. 12504, 24 March 2014; Act n. 12844, 19 November 2014; Act n. 13423, 24 July 2015; Act n. 14107, 29 March 2016; Act n. 14765, 18 April 2017; Act n. 14839, 26 July 2017; Act n. 16930, 4 February 2020.

mentioned laws and other laws still function as personal information protection laws in each field. Accordingly, the Personal Information Protection Act, as a general law that comprehensively regulates the public and private sectors, presents standards and principles for the protection of personal information and plays a role in supplementing blind spots in individual laws. In addition, in cases where the provisions of each individual law differ from the basic principles of the Personal Information Protection Act, the provisions of the individual laws may be given priority in accordance with the principle of priority of special laws⁶. Therefore, this law has limitations. That is, according to Article 6, the Personal Information Protection Act can only be applied when there is no provision in individual laws that is specifically different from what is stipulated in the Personal Information Protection Act. In other words, the more special provisions are included in individual laws regarding the protection of personal information, the less meaningful the Personal Information Protection Act will be, and the result may be that it will end up maintaining only a nominal status.

2.2. *Act on Promotion of the Digitalization of the Criminal Justice Process of 2010 and Act on the Use of Electronic Documents in Criminal Procedures of 2024*

The Act on the Promotion of Digitalization of the Criminal Justice Process (Digitalization of the Criminal Justice Process Act = DCJPA)⁷ was originally introduced in 2010 but was not properly implemented due to the lack of a designated entity to manage electronic information. This law has been enacted and revised several times⁸, but it has not been implemented in practice. This law was able to be implemented starting in October 2024⁹, only after the Act on the Use of Electronic Documents in Criminal Procedures (the Electronic Documents in Criminal Procedure Act = EDCPA) was enacted in October 2024¹⁰. According to Article 1 DCJPA, the purpose of this Act is to achieve promptness, fairness and transparency in a criminal justice procedure by promoting the digitalization of the criminal justice procedure and to contribute to the extension of citizens' rights and interests by improving services to citizens in the area of criminal justice. In this DCJPA the term "criminal justice information", that examines investigation procedures, trial procedures, and trial execution procedures, means any information that is generated, acquired, or managed by a criminal justice agency through a criminal justice information system in relation to the conduct of criminal justice affairs, and that is expressed in the form of codes, letters, voice, sound, images, etc. by means of electronic processing (Article 2, Paragraph 3 DCJPA). This refers to information that is distributed and managed inextricably linked to an electronic management system built by combining hardware, software, databases, networks, and security elements so that criminal justice processing agencies can create, acquire, store, transmit, and receive criminal justice information (Article 2, Paragraph 4 DCJPA).

EDCPA distinguishes between "electronic documents" and "digitalized documents". The term "electronic document" means the electronic document defined in subparagraph 1

⁶ Ministry of the Interior and Safety, *Commentary on Personal Information Protection Laws and Guidelines*, Seoul, 2011, p. 37 (Korean).

⁷ Act n. 9942, 26 January 2010.

⁸ Act n. 12424, 18 March 2014; Act n. 14839, 26 July 2017; Act n. 18653, 28 December 2021.

⁹ Act n. 18653, 28 December 2021, effective 28 December 2021. However, the effective date of the law is the effective date of EDCPA.

¹⁰ Act n. 18485, 19 October 2024, effective 20 October 2024.

of Article 2 of the Framework Act on Electronic Documents and Transactions; The term “digitalized document” means an electronic document converted from paper documents or other documents, drawings, photographs, audio or video data, etc. in non-electronic form (hereinafter referred to as “document subject to digitalization”) into electronic form and registered in the computerized information processing system. Unlike civil electronic litigation, criminal electronic litigation takes a different stance on whether information converted to electronic information should be recognized as electronic documents. In other words, in criminal litigation, the practical benefit of distinguishing between electronic documents and electronic documents can be seen as the evidentiary capacity of the electronic target document, which is the subject of the electronic document. If the electronic target document has evidentiary capacity as an original, it must be separately reviewed whether the information converted to electronic should also have evidentiary capacity.

2.3. *Enforcement Decree of the Act on the Use of Electronic Documents in Criminal Procedures of 2024*

The enforcement decree¹¹, enacted together with the EDCPA in October 2024, concretizes the content of the law, specifies methods for conducting criminal justice procedures using electronic documents, procedures for creating and distributing electronic investigation materials and litigation materials, and prescribes matters necessary for its implementation. The main contents of the enforcement decree are as follows:

1) Persons who can submit electronic documents (Article 3): The legal representatives of suspects, defendants, victims, accusers, and reporters, and those with the legitimate authority or obligation to submit documents according to individual laws, may submit electronic documents through the computer information processing system.

2) Electronic signatures for electronic documents, etc. (Articles 7 and 8): i) Those submitting electronic documents shall use an administrative electronic signature or an electronic signature using a certificate that can verify the real name of the signer. ii) The Minister of Justice shall designate the file format, composition method, etc. of electronic documents that can be submitted through a computer information processing system and announce it on the Criminal Justice Portal.

3) Submission of electronic documents and verification of identity (Articles 9 and 10): i) The head of a criminal justice processing agency, excluding a court, shall take technical measures, such as storing a unique identification value extracted from the electronic document file at the time of receipt, to verify the identity of the submitted electronic document. ii) A registered user who has submitted an electronic document shall request verification of the identity of the electronic document within 14 days from the date of submission of the electronic document, and a criminal justice processing agency, excluding a court, shall, when requested to modify an electronic document, determine whether the submitted electronic document is identical to the received electronic document within 14 days from the date of receiving the request and decide whether to modify it.

4) Supplementation of electronic documents (Article 13): In cases where it is difficult to read an electronic document or there is a need to verify the original, a criminal justice processing agency other than a court may request the person who submitted the electronic document to resubmit a readable electronic document or submit the original.

¹¹ Presidential Decree n. 34946, 18 October 2024, effective 20 October 2024.

5) Exceptions to the creation of electronic documents (Article 15): In cases where it is necessary to ensure smooth execution of a warrant or where related documents must be created or delivered urgently on site, electronic documents may not be created.

6) Preparation of suspect interrogation records (Article 16): Civil servants belonging to criminal justice processing agencies other than courts may allow suspects to view suspect interrogation records using computer or other information processing devices, record the suspect's statement on video, and store the unique identification value extracted from the video file and have the parties confirm it.

7) Exceptions to conversion/registration into electronic documents (Article 18): In cases where conversion into electronic form is technically difficult or there is a risk that business interests of the parties involved in the case will be infringed or infringed upon if the information is leaked to the outside as a trade secret, conversion/registration into electronic form may not be permitted.

8) Distribution of electronic documents (Article 22): When a criminal justice processing agency sends an electronic document to another criminal justice processing agency through a computer information processing system, it shall send it in a format that allows for searching and extracting text information unless there are special circumstances, and when printing an electronic document, it shall take technical measures to ensure the identity of the electronic document, such as printing a unique number on the printed document.

9) Electronic Delivery and Notification (Articles 23 and 24): Registered users who have agreed to electronic delivery and notification for individual cases may receive delivery or notification electronically, and in the case of electronic delivery or notification to a person who is arrested, detained, detained, or held in a prison, detention centre, or national police station, delivery or notification shall be made electronically to the head of the prison, detention centre, or national police station.

10) Viewing of electronic documents (Article 27): i) Registered users may view, copy, or receive electronic documents by checking the contents and printing them out in writing or downloading the relevant information to their own information storage media, etc. ii) In the case of criminal justice processing agencies other than courts, if it is difficult to view electronic documents using a computer or other information processing device due to illness or injury, etc., electronic documents may be viewed using printed documents.

11) Methods for submitting electronic documents and utilizing mobile communication terminals during trial proceedings (Articles 32 and 33): i) In cases where it is difficult to submit electronic documents or electronic records through the court's electronic litigation system, prosecutors may submit electronic documents or electronic records by printing them out or by saving them on an information storage medium. ii) Prosecutors may perform public prosecution maintenance work or send electronic documents necessary for public prosecution maintenance to the court's electronic litigation system using computers, mobile communication terminals, etc. in the courtroom.

3. Definition of the Term "Third Party" in Relation to the Personal Information Protection System in the Digital World

3.1. The Meaning of "Third Party" in Personal Information Protection Act

PIPA can be said to be a basic (general) law that deals with the protection of personal information of all individuals, including suspects and third parties other than investigative agencies in investigative procedures, and third parties other than parties (defendants and prosecutors) in criminal proceedings. The term “third party” is officially used in Article 18 of this Personal Information Protection Act¹², and its meaning is «a natural person or legal entity other than the information subject». Korea’s personal information protection system refers to all personal information that needs to be protected as “information subjects”. The legal definition of “information subject” is as follows in Article 2, Paragraph 3 of this Act: The term “information subject” means an individual who is identifiable through the information processed and is the subject of that information. Therefore, in Korea’s personal information protection system, a “third party” is not an object of protection, but rather an individual or organization that has the potential to acquire the personal information of a data subject without authorization.

3.2. *The Meaning of “Third Party” in Investigative Procedures and Criminal Proceedings*

Unlike the Personal Information Protection Act, the term “third party” is used slightly differently in the Criminal Procedure Act. In criminal proceedings, the term “parties involved in the litigation (*Sosong Gangyein*)”¹³ is used, including “both parties and related persons”, in other words, “the suspect (defendant) and the prosecutor and related persons” in a broader sense. The term “third party” is not used in the criminal procedure law itself. However, the Supreme Court Rules¹⁴ only use the term “interested third party” in relation to inspection and copying of documents¹⁵. Therefore, in Korean criminal procedures, only “parties”, “parties involved in the litigation”, and “interested third parties” can be “data (information) subjects”, and any other person or organization is considered a person who has the potential to infringe upon the protected information rights of such data subjects.

3.3. *The Term “Third Party” for International Comparative Research in my National Report Korea*

¹² Article 18 (Limitation to Out-of-Purpose Use and Provision of Personal Information): «A personal information controller shall not use personal information beyond the scope provided for in Articles 15 (1) and 39-3 (1) and (2) or provide it to any third party beyond the scope provided for in Article 17 (1) and (3)».

¹³ Supreme Court Rule n. 2809, 4 December 2018, Article 2, Paragraph 6: “Parties involved in the litigation” refers to the defendant, prosecutor, defence attorney, assistant, representative of the defendant who is a corporation, special representative under Article 28 of the Act, person with the right to appeal under Articles 340 and 341, Paragraph 1 of the Act, victim or his/her legal representative, witness, or his/her legal representative.

¹⁴ Although Korean legal system is closed to the Civil Law System or Continental Law Family, Article 108 of the Korean Constitutional Law regarding the rule-making authority of the Supreme Court is basically introduced from the Anglo-American system. Article 108 of the Constitutional Law provides that the Supreme Court may establish, “within the scope of Act”, regulations pertaining to judicial proceedings and internal discipline and regulations administrative matters of the court. Regarding the legal character of the Supreme Court Rule in detail, see K. HO-JEONG, *The Authority of the Supreme Court to Establish Regulations*, in *Public L.J.* Vol. 10, n. 4 (2009), p. 305-325 (Korean).

¹⁵ Supreme Court Rule n. 2809, 4 December 2018, Article 2, Paragraph 7: “Interested third party” refers to a person who is involved in or has a direct interest in the case, such as a plaintiff, accuser, witness, expert, interpreter, or translator, in addition to the litigation parties in Paragraph 6.

In order to avoid misunderstandings about the term “third party” in international comparative studies, although in Korea the term “third party” is used not to refer to a person subject to information protection, but rather to a person who may infringe on information protection – on the contrary – I will use “third party” in this country report to mean “a data subject who must be protected” in criminal proceedings. Thus, in my report the terms “parties involved in the litigation”, and “interested third parties” belong to the group of “third party” whose personal information must as a data subject be protected according to the related laws including their basic law, Personal Information Protection Act.

4. *Constitutional Rights of Personal Information*

There are various views¹⁶ on the constitutional basis for the “right to self-determination of personal information”, such as the view that it is guaranteed through the dignity and value of human beings in Article 10 of the Constitution¹⁷, the view that it is recognized by the freedom and secrecy of private life in Article 17 of the Constitution¹⁸, and the view that it is understood by synthesizing Articles 10 and 17 of the Constitution. The “right to self-determination of personal information” is used interchangeably with various names such as “right to control management of one’s own information” and “right to control one’s own information”. Its meaning is «the right to control the flow of information related to oneself» or «the right of the information subject to decide for himself or herself when, to whom, and to what extent information about himself or herself will be disclosed and used, that is, the right of the information subject to decide for himself or herself regarding the disclosure and use of personal information»¹⁹.

5. *Criminal Justice Portal (Official Website of the Korean Government)*

5.1. *Building a Criminal Justice Portal Since 2005*

“The Korea Information System of Criminal Justice Services” is an electronic work management system (Criminal Justice Portal as Official Website of the Korean Government) in which four criminal justice agencies, including the courts, the Ministry of Justice, the Public Prosecutors’ Office, and the National Police Agency, perform investigation, prosecution,

¹⁶ For more information, see K. GEON-BO, *Personal Information Protection and the Right to Control One’s Information*, Seoul, 2005, p. 99 ff. (Korean).

¹⁷ Article 10: All citizens have dignity and value as human beings and the right to pursue happiness. The state has the duty to confirm and guarantee the inviolable fundamental human rights of individuals.

¹⁸ Article 17: All citizens shall not be subject to infringement on the privacy and freedom of their private lives.

¹⁹ Constitutional Court Decision of 26 May 2005, 99 Heon Ma 513, Constitutional Court Case Law Collection 17-1, p. 668, p. 683.: «As a constitutional basis for the right to self-determination of personal information, the confidentiality and freedom of private life under Article 17 of the Constitution, the general personality rights based on human dignity and value and the right to pursue happiness under Article 10, Paragraph 1 of the Constitution, or the provisions of the above articles, along with the provisions of our Constitution’s basic liberal democratic order, the principle of popular sovereignty, and the principle of democracy, etc. can be considered».

trial, and execution work in a standardized information system and jointly²⁰ utilize the information and documents generated as a result. To manage this portal, the Criminal Justice Common System Operation Team was established under the Planning and Coordination Office of the Ministry of Justice of the Republic of Korea. Looking at its history, in January 2005, the criminal justice institutions, the courts, the Ministry of Justice, the prosecution, and the police, reached an agreement to launch the “Criminal Justice Integrated Information System Promotion Group”, and in July 2010, the Criminal Justice Information System (KICS) was fully launched. On October 18, 2010, the “Criminal Justice Joint System Operation Group” was newly established under the Planning and Coordination Office of the Ministry of Justice. On September 19, 2024, a more improved system called the “Next-Generation Criminal Justice Information System (N-KICS)” was launched.

5.2. *Before and After the Introduction of the Criminal Justice Information System*

The criminal justice information system targets electronic criminal justice information. Criminal justice processing agencies such as the police, prosecutors, and courts establish and share standard methods for distribution and processing. In other words, it is a linkage system of a distributed integrated organization. Criminal justice processing agencies must use this system to store and preserve documents related to criminal justice, such as judgments and indictments. When creating or distributing criminal justice information, the distribution standards established by this system must be followed. Criminal justice processing agencies must endeavor to ensure that criminal justice information is jointly utilized and promptly distributed through the system and may provide criminal justice information to other criminal justice processing agencies through the system; however, criminal justice information may not be collected, stored, or used for purposes other than criminal justice processing.

The introduction of the criminal justice information system has brought about significant changes in the handling of criminal cases. In the past, in principle, criminal cases were handled on paper, and certain information was processed electronically from the time of receipt to the end. The information on the people involved in the case and the facts of the crime collected and processed in the case, as well as the factual claims made in the procedure or the evaluation information on the legal judgment, were all stored in the system, and this was preserved in a searchable form. In the past, in criminal cases that were processed as paper records, investigation records and trial records were merely “isolated areas” that stored necessary information until the conclusion of the case. However, with the new electronic criminal justice information system, computerized case records are utilized not only as useful information for follow-up or related cases through related searches but are also utilized as basic data for overall criminal policies through classification by crime type. Investigative agencies and courts store information that changes according to the stage of the criminal justice procedure and the status of those involved in the case. Personal information of the parties involved is recorded throughout the criminal procedure, personal criminal justice information corresponding to crime-related information is stored in the

²⁰ When it was first launched in 2005, the goal was for all criminal justice agencies to use a single integrated information system, but in 2008, the court opposed it, citing concerns over the infringement of the independent functions of the judiciary and the protection of personal information, and proposed that the judiciary and other agencies operate their own independent systems while linking up and exchanging information.

processing system and is also utilized for future criminal justice work through search and analysis.

5.3. *The Protection of “Personal Information” of the “Information Subject” in the Criminal Procedure*

5.3.1. *Key Issues: Inapplicability of PIPA to the Digital Criminal Information System*

The question of whether the Personal Information Protection Act system, which is structured around the “principle of consent of the data subject” and the protection and processing of personal information, can be applied to criminal justice work as is probably the most fundamental and core issue. The answer to that question is that it is nearly impossible to apply the Personal Information Protection Act system as is to criminal justice procedures. In other words, the Personal Information Protection Act of Korea cannot be an effective standard for the use and protection of criminal justice information. Then, what kind of solution is needed? Since Korea is also rapidly entering an information society and is facing a changing environment, a change in thinking is needed to expand the protection of personal information to all fields, especially the criminal justice field. We need to find out how and to what extent the right to self-determination of personal information, which is a fundamental right recognized in the Korean Constitution, can be applied to criminal justice procedures. In this sense, a new perspective on criminal justice work is needed. There is a need for legislation with a new perspective on the right of information subjects (especially the suspects, the defendants, the victims) to self-determination of their personal information in criminal justice procedures. Due to the need for a new perspective on the application of personal information to criminal proceedings, the strict regulations of the Personal Information Protection Act began to be relaxed after 2020²¹. This will be explained in detail in each stage of the criminal proceedings in the following chapter.

In the case of the suspects and the defendants, the right to self-determination of personal information should be reflected in the right to refuse to make a statement, the right to be notified of arrest and detention, the right to access and copy various information, the right to disclosure of trial records and judgments, restrictions on disclosure, anonymization, etc. In the case of the victims, the right to self-determination of personal information should also be reflected in the right to be notified of the progress of the procedure, the right to request access and copy various information, nondisclosure of statements in witness examinations, and nondisclosure of personal information in investigations and trials. The right to self-determination of personal information reflected at this time includes the right in the negative sense of not having personal information arbitrarily disclosed or used against one’s will, as well as the right in the positive sense of being able to control the processing and distribution of information related to oneself.

5.3.2 *The Limited Application of Criminal Justice Information System*

It is a reality that criminal justice processing agencies perform functions in addition to investigation and trial work, as well as supporting or related administrative work. Therefore, it is necessary to distinguish between the areas to which the criminal justice information system is applied, whether it is criminal justice work or criminal justice information. By

²¹ For a detailed discussion of this deregulation process, see L. MIN-HYUNG, *A Study on Personal Information Protection in Criminal Procedures*, Judicial Policy Research Institute, 2021.

limiting the application of the criminal justice information system to the area of criminal justice information, the concept of criminal justice information should be defined more specifically, and specific types should be exemplified. In this way, the predictability of personal criminal justice information that is processed and distributed electronically must be increased so that the right to self-determination of personal information of the relevant information subject can be more substantially guaranteed. In addition, it is necessary to specify the legal basis for storing and managing personal criminal justice information collected in the electronic processing of criminal justice work in the form of electronic documents in the DCJPA. It is true that criminal justice information entered and stored in the criminal justice information system has weak physical restrictions on record preservation. Therefore, even from the perspective of criminal procedure theory, it is reasonable to separately stipulate the preservation period and method in the DCJPA, as it can be viewed as a separate record from the original paper record, such as having different characteristics of technical and management protection measures.

6. *Each Stage of Criminal Procedure from the Perspective of Personal Information Protection*

6.1. *Two Types of Criminal Trial Records: Trial Records and Evidence Records*

In the current criminal justice information system, the court manages litigation records by dividing documents submitted during the trial process into trial records and evidence records and filing them²². Trial records that record the content of arguments or matters related to the progress of the procedure at the trial date, orders or decisions related to the procedure, and judgments and decisions pronounced at the sentencing date are classified as trial records. Statements made by witnesses, experts, etc. at the trial are also part of the records and are included in the trial records, and documents submitted by compensation applicants, victims, etc. are also included in the trial records. Investigation records and various evidence documents submitted by the prosecutor are classified as evidence records.

6.2. *Evidence Records and Personal Information Protection*

6.2.1. *Documents Submitted by Investigative Agencies and Prosecutors*

The indictment contains the facts of the indictment, including the personal information for identifying the defendant, along with specific information on the crime. This is important personal criminal justice information. If the personal information of the crime victim is included in the indictment, and if this is disclosed, there is a risk of retaliation or a threat to safety, a “pseudonymous” indictment using the victim’s fake name should be used. The use of pseudonymous indictments is much more active now than in the past. This can achieve a balance between the defendant’s right to defence and the victim’s protection.

Evidence documents such as suspect interrogation records, statement records, statements, and criminal records contain not only the personal information of suspects but also of victims, reporters, and witnesses, as well as their personal criminal justice information

²² In detail, see L. MIN-HYUNG, *A Study on Personal Information Protection in Criminal Procedures*, cit., p. 84, p. 111.

such as their relationship to the crime and the facts of the damage. Since this can also cause problems if disclosed, certain laws, such as the Act on the Laps of Criminal Sentences (=Crime Reporter Act)²³ and the Act on Special Cases Concerning the Punishment of Sexual Crimes (=Sexual Violence Punishment Act)²⁴, allow all or part of the personal information of victims or reporters to be omitted²⁵.

The prosecution has recently revised the prosecution regulations to expand the scope of application of the omission of some, or all the information recorded or the concealment of personal information to all crimes, not just specific laws such as the Crime Reporter Act or the Sexual Violence Punishment Act. However, although this kind of “pseudonymous”²⁶ report system is effective in protecting the personal information of victims, etc., there is no basis for it except for some laws, and the prosecution regulations are nothing more than administrative rules that do not have the status of law. Therefore, it is necessary to introduce these basic provisions into individual laws. In addition, it is desirable for the prosecution to immediately hand over to the court the personal information obtained during the investigation after filing a public indictment. In addition, it is necessary to specify in more detail the types of “pseudonymous” public indictment and “pseudonymous” report currently used to protect personal information and to create and provide a standardized model.

6.2.2. Documents Submitted by the Defendant and His Attorney

The defendant’s request for public defender appointment includes not only personal information but also financial status and social welfare status, etc. The reason for requesting public defender appointment as stipulated in the Criminal Procedure Act is that the defendant is in a state of poverty, etc., where he or she does not have the financial ability to appoint a private defender. Therefore, since the defendant’s personal information is easily exposed due to the information about the defendant’s financial status written here, the description of the financial status should be kept to a minimum.

The defendant’s written opinion submitted prior to the first trial date includes the admission of the facts of the indictment, the environment and behaviour of family relationships, and whether there is an agreement with the victim. The personal information collected through the defendant’s written opinion is not only excessively large in scope, but also because factual description of personal information in the written opinion is legally mandatory, it is necessary to improve it by reducing the scope of description and expanding the area of optional description for individuals.

The personal information of the defendant and the victim is also recorded in the petition for non-punishment and the agreement submitted as sentencing materials. If the defendant provides a criminal deposit for the victim’s recovery of damages, it is also problematic that the personal information of the depositor (victim) is recorded in the

²³ Act n. 17937, 16 March 2021.

²⁴ Wholly amended by Act n. 11556, 12 December 2012.

²⁵ In detail, see L. MIN-HYUNG, *A Study on Personal Information Protection in Criminal Procedures*, cit., p. 118.

²⁶ *Ibidem*, p. 84, p. 53. On 30 June 2016, the Korea Communications Commission and six other relevant ministries related to personal information protection established the De-identification Guidelines, which set forth the standards to be observed by businesses seeking to use or provide de-identified personal information. In detail, see L. DAE-HEE, *A Study on the Concept of Pseudonymous and De-identified Information as a Method for Protecting and Utilizing Personal Information*, in *Journal of Information Law*, Vol. 21, n. 3 (2017), p. 284 (Korean).

submitted deposit. The method of recording the victim's personal information should be reduced or omitted²⁷.

6.2.3. Documents Submitted by the «Sentencing Factors Investigation Court Officer»

The criminal procedure law of Korea has introduced a compensation order system that allows victims of criminal acts to request compensation orders from the criminal (defendant) in parallel with the criminal trial procedures of the criminal. In this case, the compensation application form submitted by the crime victim contains personal information such as the victim's name and address. If a copy of the compensation application form is delivered to the defendant or the court ultimately approves the compensation order and delivers a true copy of the court's guilty verdict to the defendant, there is a risk that the personal information of the crime victim may be exposed to the defendant.

Before sentencing, the judge may have the court investigator investigate the defendant for factors related to sentencing. At this time, the sentencing investigation report prepared by the court investigator includes the defendant's personality and personality development process, facts related to the victim, etc., and includes the cause and result of the crime committed by the defendant, as well as the defendant's family relationships, relationships with friends, and relationships with the victim.

If a judge determines the sentencing factors based on the sentencing investigation report in the verdict, there is a risk that the defendant's personal information will be exposed when the verdict is made public. In the case of the "pre-verdict investigation report" that performs a similar function to the sentencing investigation report, personal information such as the defendant's family history, upbringing, living environment, interpersonal relationships, and health status are also recorded, and criminal record data and identity documents submitted as attachments are also considered personal information²⁸.

6.2.4. Evidence Discovery System

The Korean Criminal Procedure Act (CPA) was comprehensively revised on June 1, 2007, introducing several new systems, one of which is the "evidence disclosure (discovery) system" introduced through Article 266-3 of the Criminal Procedure Act²⁹. The evidence

²⁷ In detail, see L. MIN-HYUNG, *A Study on Personal Information Protection in Criminal Procedures*, cit., p. 132.

²⁸ *Ibidem*, p. 137.

²⁹ Article 266-3 «(Inspection and Copying of Documents and Articles in Custody of Prosecutor Subsequent to Indictment) (1) A criminal defendant or his/her defense counsel may file an application with the prosecutor for the inspection, copying, or delivery in writing, of a list of documents or articles (hereinafter referred to as "documents") relating to the case indicted and the following documents that are likely to have influence over admission of the facts charged or sentencing: Provided, That if the criminal defendant employs his/her defense counsel, only the inspection shall be applied to the criminal defendant: 1. Documents that the prosecutor would produce as admissible evidence; 2. A paper that describes the names of persons whom the prosecutor plans to produce as witnesses and their involvement in the case or documents that contain statements made prior to trial; 3. Documents relating to the probative value of the paper or documents under subparagraph 1 or 2; 4. Documents relating to arguments made by the criminal defendant or his/her defense counsel on legal or factual matters (including the records of related criminal trial for which adjudication is finally closed and the records of cases for which non-prosecution has been disposed of). (2) If it is deemed that there is a reasonable ground to disallow the inspection, copying, or delivery in writing, of documents, such as the national security, necessity to protect witnesses, likelihood of destruction of evidence, and specific grounds under which it is anticipated that it is likely to hinder the investigation into related cases, the prosecutor may

disclosure system was originally developed in the Anglo-American legal system, but it was also introduced in Korea with the intention of strengthening the “trial-centred principle” in criminal procedures. The evidence discovery system is a system in which the prosecutor discloses investigative records such as evidence documents and evidence materials that are kept after the filing of a public indictment to the defendant before the trial date. The purpose is to ensure that the defendant can access the evidence and information collected by the prosecutor, thereby realizing the principle of equality of arms between the two parties and guaranteeing the defendant’s right to defence. In a case where a public prosecution has been filed, the list of records kept by the prosecutor and documents that may affect the recognition of the facts of the prosecution, or the sentencing are subject to disclosure. Only the defendant or the defence attorney may request inspection or copying, and a defendant with a defence attorney may only request inspection. The Criminal Procedure Act stipulates that the disclosure of evidence may be restricted when there are specific reasons such as national security, the need for witness protection, concerns about the destruction of evidence, or when it is expected to hinder the investigation of the relevant case, and the Prosecution Case Management Rules stipulate the reputation or private life of a person involved in the case as additional reasons for restricting the disclosure of evidence. The defendant may appeal the prosecutor’s restriction on inspection and copying by requesting the court to grant permission.

If the prosecutor allows inspection and copying of the investigation records, the prosecutor will instruct the defendant to delete the personal information of the people involved in the case. The victims, witnesses, reporters, the accused, and the victim’s family members will be designated as the subjects of personal information protection. The prosecutor will instruct the deletion of personal information such as names, photos, resident registration numbers, phone numbers, addresses, registration bases, passport numbers, driver’s license numbers, and account numbers that are written in all investigation records and reports. The defendant must find the relevant personal information when viewing or copying, cover it with masking tape, and copy it, or cut out the relevant personal information from the copy of the investigation record with a knife. This is called “personal information anonymization work”. However, there is no legal basis for the current system of deleting personal information when viewing or copying investigation records, and it is only being implemented in practice. In addition, there are no standardized personal information protection standards yet. In particular, the protection measures for video recordings are quite inadequate. Therefore, it is necessary to establish standardized standards and legal grounds for “personal information anonymization” of all investigative records, including video recordings³⁰.

refuse to allow the inspection, copying, or delivery in writing, of such documents or may place a limitation thereon. (3) Whenever the prosecutor refuses to allow the inspection or copying, or delivery in writing, or places a limitation thereon, he/she shall give written notice of the reason therefor without delay. (4) When there is no notice given under paragraph (3) within 48 hours from the time on which the prosecutor received an application under paragraph (1), the criminal defendant or his/her defense counsel may file a motion under Article 266-4 (1). (5) Notwithstanding paragraph (2), no prosecutor shall refuse to allow to inspect or copy a list of documents. (6) Documents referred to in paragraph (1) include extraordinary media other than written documents, including drawings, photographs, audio tapes, video tapes, computer discs, and other goods made for the purpose of storing information. In this case, copying of such extraordinary media shall be limited to the minimum necessary information». [This Article Added by Act n. 8496, 1 June 2007]

³⁰ In detail, see L. DAE-HEE, *A Study on the Concept of Pseudonymous and De-identified Information*, cit., p. 284.

6.3. Trial Records and Personal Information Protection

6.3.1. “Anonymous Processing” by Article 35, Paragraph 3 CPA

The defendant and his/her attorney may inspect or copy relevant documents or evidence during the pendency of the lawsuit, and may inspect or copy, in accordance with the procedure, the trial records containing various litigation documents prepared and submitted during the trial, and the trial records containing the evidentiary documents and evidence submitted by the prosecutor (as explained above in terms of evidentiary documents) and kept by the court according to the pendency of the lawsuit for the relevant criminal case³¹.

Article 35, Paragraph 3, newly added to the Criminal Procedure Act (CPA) revised on May 29, 2016, allows the presiding judge to take protective measures to prevent the disclosure of personal information such as the names of “parties involved in the case” in cases where there is a risk of significant harm to the life or physical safety of victims, witnesses, or other parties involved in the case during the inspection or copying procedures of trial records kept by the court. In this case, the personal information of the parties involved in the case is subject to the protective measures. Here, the term “persons involved in the case” refers to the complainant, accuser, reference person, victim, witness, claimant for compensation, expert witness, and their legal representatives, spouse, lineal relative, sibling, cohabitant, and other close personal relationships. If the presiding judge has ordered personal information protection measures, the court clerk, etc. must anonymize the personal information of the persons involved in the case and hand it over to the copying officer. The defendant or attorney who is viewing or copying must be careful not to damage the anonymization of the “anonymized” trial records or acquire personal information through other improper means or methods when viewing or copying. Here, “anonymous processing” refers to information recorded in court records that, if disclosed as is, could infringe upon an individual’s privacy. In other words, it refers to displaying an individual’s name as anonymous or using other appropriate methods to prevent the individual from being identified. This includes information corresponding to a name, contact information, financial information, and other information that can identify an individual³².

6.3.2. Criminal Electronic Copy Records

The court has been conducting a pilot project of “criminal electronic copies” targeting courts in Seoul since 2019. “Criminal electronic copies” refer to electronic copies that have been reconstructed by scanning all the existing paper records, such as trial records and documents included in evidence records, into image files (text-PDF) that allow for string search. The difference from full-scale electronic litigation is that only electronic viewing is allowed, electronic submission or delivery of documents is not allowed, and only paper documents are used for submission or delivery as before. Court clerks must anonymize personal information at the stage of creating electronic copies. In the case of paper records, the personal information of victims and other litigation parties is anonymized when the defendant or attorney requests to view or copy, but in the case of electronic copies, defendants or attorneys who have been granted access through the authentication procedure

³¹ In detail, see L. MIN-HYUNG, *A Study on Personal Information Protection in Criminal Procedures*, cit., p. 144.

³² *Ibidem*, p. 154.

can view electronic copies at any time through the electronic litigation record viewer. Accordingly, the court has made it necessary to anonymize personal information in advance during the electronic copy process before the electronic copy is displayed in the record viewer. Victims, claimants for compensation, etc. may view electronic copy records with the permission of the presiding judge. In this case, the presiding judge may set a viewing restriction for the entire document or documentary evidence or may set a viewing restriction by designating a restricted area for a portion of the document³³.

6.3.3. *Disclosure and Search of Criminal Judgments*

On July 18, 2011, the Internet-based disclosure system was introduced for finalized criminal judgments in accordance with the new Article 59-3 of the Criminal Procedure Act. Accordingly, the courts began providing the general public with a service to view or search for finalized criminal judgments on or after January 1, 2013 and established a system for requesting copies of judgments for finalized and unfinalized criminal judgments prior to January 1, 2013. The court library also opened a special window so that citizens could visit and read them in person. The online judgment review service allows arbitrary word searches for a period of up to two years, and the judgments provided are in the form of image files that cannot be read by machines, allowing only printing and not providing editing functions such as document changes³⁴.

However, in the case of Internet services, it is possible to restrict the disclosure of criminal judgments in special cases. The reasons for restricting the disclosure of criminal judgments are as follows: ① When the trial is conducted in private, ② In the case of a juvenile criminal case, ③ When there is concern that it may facilitate the destruction of evidence or escape of an accomplice, or have a significant impact on the trial of the related case, ④ When there is a clear concern that it may significantly harm national security (Until here the reasons for restriction of authority), ⑤ In cases where there is a concern that the reputation or privacy of a party to the lawsuit, or the safety of life/body or peace of life, may be significantly damaged; ⑥ In cases where there is a concern that the trade secrets of a party to the lawsuit may be significantly violated (Until here the reasons for application restrictions).

There are ongoing claims that the scope of public disclosure of the current criminal judgment online viewing service should be expanded to include unconfirmed judgments. However, discussions on expanding the scope of public disclosure of criminal judgments via the Internet should be conducted in parallel with the establishment of appropriate protection measures for the large amount of personal information contained in the judgments. The Judicial Administration Advisory Council and the National Judges' Conference decided to expand the scope of disclosure of judgments and to gradually disclose unconfirmed judgments³⁵.

7. *Conclusion and Suggestions*

³³ *Ibidem*, p. 319.

³⁴ *Ibidem*, p. 312.

³⁵ *Ibidem*, p. 329.

As we have seen so far, the electronification of all criminal justice procedures, including investigation, trial, and execution, has been promoted in Korea since October 2024. Now, people involved in a case can remotely view and submit documents without having to go to the criminal justice agency in person. This has strengthened the defence rights of suspects and defendants and the victims' right to participate in the process. However, on the other hand, criminal justice procedures are not an area or target to which the Personal Information Protection Act introduced in 2011 directly applies. As seen above, the Personal Information Protection Act guarantees the right to self-determination of personal information, which is recognized as a constitutional right, but when other laws have provisions related to personal information, the provisions of other laws are given priority. In this way, in the interpretation and application of the current positive law, although criminal judicial procedures are outside the strict personal information protection regulation stipulated by the Personal Information Protection Act, it cannot be denied that criminal procedure participants, such as suspects and victims, are also "information subjects with the constitutional right to self-determination of personal information". In a macroscopic view, it should be considered that the idea of personal information protection guaranteed by the Korean Constitution is applied in principle to criminal procedures. At this time, the protection of personal information should be recognized as an extended form of the "principle of due process" in criminal law, and undue infringement or interference with personal information should be excluded in criminal procedures. Therefore, in the future, when suspects or defendants are informed of their "procedural rights" in criminal procedures, it is proposed that they also be informed of their right to self-determination of personal information. In addition, personal information recorded in criminal facts or sentencing reasons being processed in criminal trials is very sensitive personal information to victims or defendants, so the process of anonymizing personal information is essential. Nevertheless, in reality, there are still cases where trial records or judgments are disclosed within or outside of criminal proceedings on grounds such as the defendant's right to defence, right to know, and right to request disclosure of information. Personal information leaks during trial proceedings often occur when the victim's or witness's personal information is exposed to the defendant during the process of delivering, viewing, or copying various documents such as trial records or evidence records. By utilizing the newly revised criminal procedure law's restrictions on access and personal information protection measures, we should seek to ensure the defendant's right to defence while at the same time seeking harmony with the victim's right to self-determination of personal information. As the Internet public service of criminal judgments has recently been expanded in Korea, there is a high risk that the contents of criminal judgments will be disclosed to the public, so we should more closely examine ways to protect personal information in criminal judgments provided in case law search services. Up until now, personal information protection has been practically implemented mainly through "anonymization" of criminal judgments, but since the standards for "anonymization" have not been specified in detail yet, the standards should be organized, and various methods of anonymization should be prepared. Recently, with the development of AI technology, it seems necessary to introduce the so-called "intelligent anonymization system". It is proposed to use PPDM (privacy preservation in datamining) as a criminal justice information data technology³⁶. At this time, sensitive information should be changed or refined in the original

³⁶ As a representative literature proposing a method for applying a personal information protection system reflecting various electronic technological advancements to criminal procedures, see A. SOON-SHIN, *A Study on*

database. In addition, sensitive information that can be mined from the database should be excluded using data mining algorithms. When determining which individual information to anonymize, ambiguous cases on the borderline are increasingly emerging. Therefore, reasonable judgment criteria should be prepared for this.

ABSTRACT: Third Parties and the Developments in Criminal Justice in The Digital World in South Korea. Reconstruction and Models for Solution from a Multilevel Perspective

In this national report, I first review Korea's Personal Information Protection Act, as well as laws related to the digitalization of criminal justice procedures. Then, I examine the concept of 'third party' used in the above laws and organize the concept of 'third party' for international comparison of this conference. Next, I review the constitutional right to personal information and introduce and review the 'Criminal Justice Information System (KICS)' that Korea established in 2005 and has been steadily developing since then. Then, I describe in order the review of personal information protection perspectives on digitalized information for each stage of criminal procedures, which can be said to be the core content of this report. Finally, in the conclusion, I summarize the problems discovered in the content reviewed so far and present brief improvement measures.

the Disclosure and Protection of Electronic Criminal Justice Information, Ministry of Justice Research Report, 2007 (Korean).

LA TUTELA DE LOS TERCEROS EN EL PROCESO PENAL: EL MODELO ESPAÑOL

SOMMARIO: 1. Consideraciones introductorias. – 2. Las técnicas de participación del tercero. – 2.1. Las partes formales limitadas o impropias. – 2.1.1. El tercero responsable civil. – 2.1.2. El tercero afectado por el decomiso. – 2.2. La tutela sumaria e incidental de los derechos de terceros afectados en el curso del proceso penal. – 2.2.1. El tercero afectado por la incautación de armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito. – 2.2.2. El tercero afectado por diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. – 2.3. La víctima como cuasiparte. – 3. Las técnicas de protección del tercero. – 3.1. Las técnicas para evitar las represalias. – 3.1.1. Medidas para evitar represalias del autor del delito o de su entorno que recaen sobre la persona del tercero. – 3.1.2. Medidas para evitar represalias del autor del delito o de su entorno que recaen sobre el encausado. – 3.1.3. Otras clases de medidas para evitar consecuencias negativas: el ejemplo de los extranjeros en situación irregular. – 3.2. Técnicas de adaptación del proceso. – 3.2.1. La prueba preconstituida de testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitados de especial protección. – 3.2.2. Las adaptaciones destinadas a evitar la victimización secundaria. – 3.2.3. Las exenciones del deber de declarar de los testigos. – 4. A modo de conclusión.

1. Consideraciones introductorias

Este trabajo pretende ofrecer una sistematización tipológica de las técnicas empleadas por el ordenamiento jurídico español a la hora de abordar el problema de la afectación y la tutela de los derechos e intereses jurídicamente relevantes de los terceros en el proceso penal¹.

El tercero puede definirse sencillamente como aquel sujeto que no es parte en el proceso penal. No obstante, esta definición puede producir un catálogo distinto de terceros, en función de nuestra comprensión acerca de qué es una parte. En primer lugar, puede entenderse que son partes *en sentido estricto* aquellos sujetos que ejercitan una pretensión acusatoria y de condena contra alguien y aquellos que ejercitan una pretensión defensiva frente a esa acusación. Quien no ejercite la acción penal y quien no sea susceptible de ser condenado penalmente a través del proceso pueden ser considerados como terceros, aun cuando intervengan en el proceso como parte formal. El presupuesto material del proceso penal es la existencia de un hecho con relevancia penal atribuible a un sujeto, sin perjuicio de que, por razones de economía procesal, se puedan ventilar en el mismo proceso otro tipo de pretensiones de naturaleza heterogénea o accesorias al establecimiento de la responsabilidad criminal de una persona y la imposición de una pena. Por otra parte, puede entenderse que

* Profesor Ayudante, Doctor en el área de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid. Este artículo se enmarca dentro de los resultados del Grupo de Investigación UCM 940446 «Problemas actuales de la justicia y el proceso».

¹ Encomiendo al lector a que acuda al informe nacional sobre la cuestión elaborado por mis compañeros Fernando Gascón Inchausti y Guillermo Schumann Barragán que constituyó la base para la comunicación de los resultados efectuada junto con el último de ellos en la International Conference *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World* celebrada en Messina y Siracusa del 25 al 27 de junio de 2025: F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, in S. RUGGERI, A. FALCONES, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A comparative Law Study*, Cham, 2025, pp. 167 ss.

un tercero es cualquiera que no tenga la consideración de parte formal en el proceso porque no ejercita ninguna pretensión penal o civil en el proceso, ni se dirige ninguna pretensión de esa naturaleza contra él en el mismo². En este trabajo optaremos por la primera de las definiciones, en la medida en que permitirá vislumbrar ciertas particularidades y avances recientes en esta materia.

Evidentemente no todo tercero es relevante a los efectos de este estudio. Si tercero es cualquiera que no sea parte, la inmensa mayoría de la población mundial lo es respecto de cada proceso particular. Sólo merecen nuestra atención aquellos terceros respecto de los cuales el ordenamiento jurídico permite que intervengan o participen en el proceso penal o cuyos derechos e intereses son tomados en cuenta por su contacto más o menos cercano con un proceso³. El objeto de este trabajo consiste en analizar cómo ha estructurado el ordenamiento jurídico español la tutela de derechos e intereses de esos terceros que no puedan ser legítimamente sacrificados por su “cercanía” con el proceso en aras de la eficaz persecución del delito.

El contacto de un tercero con un proceso penal se puede producir de varias maneras. En primer lugar, existen terceros distintos del sujeto contra el cual se dirige la acción penal que pueden verse directamente afectados por un pronunciamiento condenatorio extrapenal de la sentencia: este es el caso de los terceros responsables civiles o del tercero afectado por el decomiso. También pueden existir terceros cuyas posiciones jurídicas se vean indirectamente afectadas por un pronunciamiento de la sentencia: si la persona acusada es una persona jurídica y se impone la pena de suspensión de las actividades o se impone ésta como medida cautelar, los socios, empleados y acreedores de la persona jurídica también se verán afectados por la misma. En segundo lugar, el contacto del tercero con el proceso penal puede tener que ver con actividades destinadas a esclarecer los hechos: bien porque tenga el deber de dar cuenta de lo que conoce acerca de los hechos como testigo o se le haya encargado la elaboración de un dictamen pericial, bien porque las actividades investigativas desplegadas por los poderes públicos acaben teniendo un impacto en su vida. Por último, el contacto con el proceso se produce por un vínculo especial con su transcurso o sus protagonistas: la víctima del delito es quien sufrió los efectos del mismo y tiene un interés especial y cualificado en el transcurso del proceso y en que éste sirva para su reparación y no sea una nueva fuente de perjuicios y sufrimientos; el entorno del investigado puede acabar sufriendo en sus carnes desde un daño reputacional hasta el desamparo económico si éste acaba ingresando en prisión provisional⁴. Pero ni todo tercero que entra en contacto con el proceso penal recibe el mismo tratamiento, ni el ordenamiento jurídico español tiene en cuenta como dignos de tutela todos ellos o, los que sí, en la misma medida.

En el sistema español, la tutela de los terceros que vean sus derechos e intereses afectados directa o indirectamente se estructura fundamentalmente mediante dos grandes grupos de técnicas: las técnicas de *participación* y las técnicas de *protección*⁵. Este artículo se centrará en su exposición mediante la reseña de varios ejemplos destacables, sin pretensiones de exhaustividad.

² *Ibidem*, p. 172.

³ *Ibidem*.

⁴ Sobre este problema en particular me he ocupado con más detalle en mi tesis doctoral, P. MUYO BUSSAC, *La relación de sujeción especial del preso provisional*, Madrid, 2024, pp. 354 ss.

⁵ A la hora de emplear estos conceptos me inspiré en la distinción efectuada entre *derechos de participación* y *derecho de protección* efectuada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, in BOE núm. 101, de 28/04/2015 (en adelante LEV).

Antes de entrar en más detalles, es necesario destacar tres rasgos esenciales del proceso penal español para que el lector que no esté familiarizado con el mismo pueda obtener una comprensión cabal de lo que viene a continuación⁶.

En primer lugar, el proceso penal declarativo en primera instancia se divide por lo general en tres fases: la fase de instrucción, la fase intermedia y la fase de juicio oral.

La fase de instrucción está destinada a preparar el juicio y a hacer constar la perpetración del delito con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. La instrucción de las causas penales está encomendada en España a un juez de instrucción y no al ministerio público. La única excepción la constituye la instrucción de los delitos para los que sea competente la fiscalía europea, sin perjuicio de la atribución de decisiones importantes como la autorización de diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales al llamado juez de garantías⁷.

La fase intermedia es aquella destinada a decidir acerca de la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y archivo de las actuaciones mediante la constatación de una parte dispuesta a sostener la acción penal (o civil en ciertas circunstancias) y la evaluación judicial de la prosperabilidad de su ejercicio. En función del procedimiento legalmente adecuado, esta tarea se llevará a cabo por el juez de instrucción o por el tribunal enjuiciador. El ordenamiento español no ha previsto la figura de un tercer órgano encargado de la fase intermedia⁸.

La fase de juicio oral es aquella en la que se practican los distintos medios de prueba, entre otras actuaciones, destinadas a convencer al tribunal de la certeza de los hechos atribuidos al sujeto pasivo y su responsabilidad penal. Esta fase se celebra siempre ante un órgano jurisdiccional distinto del que llevó a cabo la instrucción. En función de la gravedad del delito o de su naturaleza el órgano enjuiciador puede ser un órgano unipersonal, colegiado o incluso estar compuesto por jueces legos como en el caso del tribunal de jurado. Este órgano es el que dictará sentencia.

En segundo lugar, un rasgo distintivo fundamental del proceso penal español es que no existe un monopolio público de la acción penal. El Ministerio Fiscal no es el único sujeto que puede acusar; es más, dada su sumisión a los principios de imparcialidad y de legalidad⁹, en ocasiones solicitará la absolución del acusado si la acusación es sostenida por alguno de los sujetos que ahora expondremos y, en fase de instrucción, tendrá el deber de interesar con objetividad diligencias destinadas al esclarecimiento de los hechos, ya sean de cargo o de descargo¹⁰. Los ciudadanos particulares (personas físicas y jurídicas) también pueden personarse como parte acusadora y no sólo como actores civiles. Existen en el modelo

⁶ Para una exposición completa y accesible del proceso penal español, véase F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal: Materiales para el estudio*, Madrid, 2025.

⁷ Para un acceso más exhaustivo a los debates actuales sobre la regulación de la instrucción en España, véase J. BANACLOCHE PALAO, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES (dirs.), *Cuestiones problemáticas en la instrucción de los procesos penales*, Cizur Menor, 2023.

⁸ Para una exposición más detallada sobre la regulación de la fase intermedia véanse A. KHALAF REDA, *El control judicial de la pretensión acusatoria en el proceso penal ordinario y abreviado*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 2023, pp. 41 ss. y ID., *La falta de intervención de la defensa en la fase intermedia del procedimiento abreviado*, in *Justicia: revista de derecho procesal*, 2023, pp. 431 ss.

⁹ Arts 9 y 10 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, in *BOE* núm. 11, de 13/01/1982.

¹⁰ Art. 2 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, in *Gaceta de Madrid*, núm. 260 de 17/09/1882 (en adelante LECrim).

español las *acusaciones particulares* (cuando se constituya como parte acusadora el ofendido o víctima del delito, sea ésta española o extranjera), las *acusaciones populares* (cuando un ciudadano español cualquiera decida ejercer la acusación)¹¹ y los *acusadores privados* (en supuestos muy limitados de delitos contra el honor, cuando la acusación se encuentra monopolizada por la víctima del delito).

La personación en la causa en concepto de acusación particular o popular produce dos tipos de efectos: (i) estos sujetos podrán acceder a la integridad de las actuaciones, salvo en los casos de declaración judicial del secreto interno de sumario o de secreto *ope legis* de determinadas actuaciones, notablemente las diligencias de investigación tecnológicas restrictiva de derechos fundamentales (cuyo conocimiento queda reservado al órgano jurisdiccional y al Ministerio Fiscal); y (ii) podrán participar en el proceso penal (p.e. interponer recursos, instar la práctica de diligencias de investigación, participar en la práctica de la prueba en el juicio oral, etc.). Ahora bien, dentro de las actuaciones en el proceso penal se deben destacar dos: podrán instar la apertura de juicio oral y podrán formular una pretensión punitiva a través del escrito de calificaciones o de acusación, ejercitando también simultáneamente la acción civil en el caso del perjudicado por el delito.

Las acusaciones particulares y populares pueden (y así sucede con frecuencia) personarse como partes en los momentos iniciales de la fase de instrucción, pudiendo actuar como parte en el proceso antes de formular en términos estrictos la acción penal.

Por último, en el proceso penal español se pueden (y se suelen en la gran mayoría de los asuntos) acumular dos objetos heterogéneos entre sí: la acción penal y la acción civil.¹² Por regla general, el Ministerio Fiscal ejercitará de oficio simultáneamente la acción penal y la acción civil, ésta última en beneficio del perjudicado por el hecho objeto del proceso.¹³ Si la víctima se persona como acusación particular también podrá ejercitar ambas acciones, en concurrencia con el ministerio público. La acción civil se ejercitará siempre y cuando el perjudicado no haya renunciado expresamente a la misma o no se haya reservado su derecho de ejercitarla ante la jurisdicción civil una vez haya finalizado el proceso penal¹⁴. En la medida en la que se pueden acumular en el proceso penal la acción civil y la acción penal, se permite que el perjudicado por el hecho dañoso se persone y actúe únicamente como *actor civil*. No obstante, en este último caso su intervención en el proceso se verá limitada únicamente a actuar en todo aquellos aspectos que pueda guardar relación con el objeto civil del proceso: en fase de instrucción, podrá instar la práctica de diligencias de investigación tendentes a esclarecer el hecho dañoso, sus efectos y los sujetos responsables civilmente¹⁵; podrá solicitar la adopción de medidas cautelares necesarias para garantizar el cumplimiento de la sentencia por los eventuales responsables civiles¹⁶, podrá ejercer en el trámite de calificaciones la

¹¹ La acusación popular tiene un anclaje constitucional en el artículo 125 de la Constitución Española, pero su ejercicio real suscita constantemente polémicas públicas. Actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria una norma destinada a limitar su ejercicio de forma drástica. Véase la Proposición de Ley Orgánica de garantía y protección de los derechos fundamentales frente al acoso derivado de acciones judiciales abusivas, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, in *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 170-1 de 22/01/2025.

¹² Para un examen en profundidad de la cuestión véase, entre otros, I. NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Valencia, 2002.

¹³ Art. 108 LECrim.

¹⁴ Art. 112 LECrim.

¹⁵ Art. 320 LECrim.

¹⁶ Art. 764 LECrim.

pretensión civil¹⁷, participar en el juicio oral¹⁸ y podrá impugnar mediante el sistema de recursos los pronunciamientos de la sentencia relativos a la responsabilidad civil.

De estas apreciaciones generales debemos destacar las siguientes ideas fundamentales: (i) la víctima de un delito puede permanecer plenamente pasiva y ajena al proceso penal, dejando en manos del Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal y de la acción civil en su beneficio, en cuyo caso tendrá la consideración de tercero, pero con un estatus especial; puede decidir personarse únicamente como actor civil o puede incluso actuar como acusación particular. Su participación en el proceso puede efectuarse desde los momentos iniciales del proceso; es más, éste puede dar inicio a través de la querella, acto mediante el cual se pone en conocimiento de un juez instructor hechos con apariencia de delito y el querellante expresa a su vez la voluntad de personarse en la causa. (ii) Ningún ciudadano español es en potencia un tercero indiferente al proceso penal, pues todos tienen un interés en la persecución del delito, concretado en la posibilidad de participar e intervenir como una parte en sentido estricto (la acusación popular). (iii) Existen partes a los solos efectos del ejercicio de la acción civil o de otros pronunciamientos accesorios, pero que permanecen como terceros respecto de la acción penal.

2. Las técnicas de participación del tercero

El primer grupo de técnicas para asegurar la recta tutela de derechos e intereses de los terceros en el ordenamiento español es el que confiere *derechos de participación* en el proceso al tercero. Las técnicas de participación consisten en el reconocimiento de facultades defensivas al tercero para la tutela de su posición jurídica en el seno del propio proceso penal. Esto es, se trata de otorgar al tercero el derecho de poder *influir* sobre el fondo de una decisión interlocutoria o definitiva que adopte el tribunal y que pueda afectarle directa o indirectamente mediante el ejercicio de facultades alegatorias y/o probatorias reconocidas al efecto. Se trata de garantizar que el titular aparente de un derecho o interés pueda participar activamente en la formación de la voluntad del tribunal.

Esta técnica de tutela del tercero se divide entre (i) la posibilidad de intervención del tercero como *parte formal limitada o impropia* en el proceso penal, (ii) la posibilidad de instar un procedimiento incidental y sumario de tutela de un derecho en el seno del propio proceso penal y (iii) el reconocimiento de un estatus de *cuasiparte*.

En el primer caso, el “tercero” participará efectivamente en el proceso, pero sus facultades alegatorias y probatorias no podrán versar sobre el objeto del proceso de forma plenaria sino únicamente sobre los aspectos relevantes relativos a su posición jurídica y que puedan afectarle. Esta técnica suponer permitir la intervención de terceros, es decir, sujetos diferentes de las acusaciones o del sujeto pasivo del proceso penal, como partes procesales: no obstante, sus facultades defensivas en el seno del proceso se encontrarán limitadas. Está es la técnica empleada cuando los pronunciamientos extrapenales (pronunciamiento civil o sobre consecuencias accesorias del delito) de una sentencia puedan afectar directamente la posición jurídica de un sujeto respecto del cual no se dirige la acción penal (v.g. el tercero responsable civil o el tercero afectado por el decomiso).

¹⁷ Art. 651 LECrim.

¹⁸ Art. 735 LECrim.

El segundo caso es similar al primero con la diferencia de que la participación del tercero no está destinada a defender su posición frente a un eventual pronunciamiento en sentencia, sino que es una forma de tutelar la injerencia de las autoridades de persecución del delito en el curso del proceso sobre su esfera jurídica. Esta técnica supone la posibilidad de que el tercero se persone ante el tribunal para oponerse o impugnar incidentalmente en el propio proceso penal una decisión que considere que afecta uno de sus derechos. En este sentido la facultades defensivas otorgables están estrictamente vinculadas con el objeto de su impugnación y no desembocarán en una resolución con efectos de cosa juzgada.

En el último caso, únicamente predicable de la víctima del delito que no se haya constituido como parte acusadora en el proceso penal o como parte civil, se trata del otorgamiento legal de ciertas facultades de participación propias de las partes procesales, sin necesidad de constituirse estrictamente como tal, tanto en el proceso declarativo como en el proceso de ejecución, pero de forma restringida, por el mero hecho de tener un interés cualificado en el transcurso del proceso penal reconocido por el legislador.

2.1. *Las partes formales limitadas o impropias*

Existen multitud de sujetos distintos del investigado/acusado que pueden verse afectados directamente por los pronunciamientos de la sentencia. En efecto, no todo sujeto que deba responder civilmente por la comisión de un hecho delictivo debe responder penalmente por su comisión. Existen sujetos a los que el Código Penal considera responsables civiles directos por el hecho delictivo que no son ni autores ni partícipes del mismo (p.e. el llamado «partícipe a título lucrativo» o las compañías aseguradoras) y otros a los que otorga la condición de responsables civiles subsidiarios (p.e. los titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes, representantes o personas autorizadas)¹⁹. Además, cuando la acción civil ejercitada consista en la restitución del bien ilícitamente sustraído, ésta tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de un tercero y lo haya adquirido legalmente y de buena fe²⁰.

A su vez, si de ordinario el decomiso se proyecta sobre los bienes del encausado, el Código Penal permite que se decomisen bienes que pertenecen a sujetos distintos²¹. Además, en ocasiones existen terceros que poseen derechos patrimoniales sobre el objeto del decomiso, aun cuando pertenezcan al encausado.

Otros pronunciamientos en sentencia pueden tener un impacto directo y personal en la posición jurídica de un tercero: si se acuerda como consecuencia accesoria la suspensión de actividades de una persona jurídica, se verá directamente afectada la persona jurídica distinta de la persona física condenada (cuestión distinta es si se impone una pena a la persona jurídica por ser un delito susceptible de ser cometido por ella misma).

A su vez, puede que se pretendan otro tipo de pronunciamientos (tenga la jurisdicción penal realmente competencia para resolverlos o no) por parte de las acusaciones que pueden acabar afectando potencialmente a un tercero distinto del acusado: en un delito de prevaricación administrativa, si se solicita la nulidad de la decisión prevaricadora, se pueden ver directamente afectados los beneficiarios de las mismas.

¹⁹ Arts 116 ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, in *BOE* núm. 281, de 24/11/1995 (en adelante CP).

²⁰ Art. 111 CP.

²¹ Art. 127 quater CP.

La respuesta del ordenamiento jurídico español a estas situaciones en las que un pronunciamiento de la sentencia penal pueda afectar directamente a un sujeto distinto del sujeto pasivo del proceso penal, es decir, del autor o partícipe del delito, encuentra siempre una misma respuesta: la necesidad de ofrecer la posibilidad al tercero de intervenir en el proceso como parte impropia o limitada a los exclusivos efectos de defender su posición jurídica y en aras de evitar que se produzca una situación de indefensión material: esto trae causa del principio de audiencia y de la prohibición constitucional de indefensión²².

Exista un régimen legal específico o no para cada uno de estos supuestos (de hecho, la intervención de esta clase de terceros sólo se encuentra regulada para los terceros responsables civiles y para el tercero afectado por el decomiso) lo cierto es que el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/2023, de 3 de julio²³ ha sentado definitivamente las bases para legitimar la llamada al proceso de cualquier tercero que pueda verse directamente afectado por un pronunciamiento en sentencia.

Esta sentencia trae origen del siguiente caso: se trataba de un proceso en el que se enjuiciaban varios delitos de prevaricación administrativa cometidos por concejales de un ayuntamiento como consecuencia del otorgamiento de unas licencias urbanísticas para la construcción de varias estaciones de servicio en el término municipal, de forma arbitraria e injusta en atención a la calificación administrativa del suelo sobre el que se construirían. Este asunto se resolvió mediante conformidad de los acusados. Esta sentencia además de condenar por dicho delito a la gran mayoría de los acusados, contenía un pronunciamiento que decretaba la nulidad de las licencias concedidas por los diversos expedientes administrativos, así como de cualquier otra licencia que trayese causa de la autorización concedida. La declaración de nulidad, con los efectos subsiguientes que conlleva, como la demolición de la obra, se decretó una vez esas licencias habían sido ejecutadas y las estaciones de servicio se encontraban en funcionamiento. No obstante, a pesar de que las mercantiles propietarias de las gasolineras construidas sobre ese suelo se vieran claramente afectadas de forma directa y personal por ese pronunciamiento, éstas nunca fueron llamadas a intervenir en el proceso para darles la oportunidad, si lo deseaban, de defender su posición a fin de oponerse a la pretensión de nulidad de las licencias ejercitada por la acusación. En este sentido, las mercantiles afectadas interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional con el fin de que se declarase que se había vulnerado la prohibición constitucional de indefensión y se declare la nulidad del pronunciamiento relativo a la declaración de nulidad de las licencias, acordándose que se celebre una vista en la que interviniesen los terceros preteridos con el objeto exclusivo de decidir sobre la pretensión de nulidad de las licencias urbanísticas concedidas. El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo.

Al margen de las vicisitudes propias del caso concreto, como la legalidad del pronunciamiento controvertido, que poco nos interesa ahora mismo, esta sentencia establece que no pueden preterirse del proceso e impedir que puedan intervenir en el mismo con el objeto de defender su posición jurídica, los sujetos que puedan verse afectados de forma directa y personal por pronunciamientos extrapenales de la sentencia. Esto es especialmente importante cuando las acusaciones formulen pretensiones anómalas que no encuentran amparo en el ordenamiento jurídico. La falta de un régimen legal específico para sujetos

²² F. GASCÓN INCHAUSTI, *Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito*, in *Revista General de Derecho Procesal*, 2016, p. 9.

²³ BOE núm. 184, de 03 de agosto de 2023.

distintos del tercero responsable civil o del tercero afectado por el decomiso obliga a hacer una interpretación analógica de su régimen jurídico para suplir las posibles lagunas legales. Reseñemos brevemente el régimen de participación procesal de estos sujetos.

2.1.1. *El tercero responsable civil*

Como decíamos, existen terceros distintos de los sujetos pasivos del proceso penal que también pueden responder civilmente por la comisión de un hecho delictivo. En este sentido, tendrán el derecho de intervenir como parte en el proceso sólo a los efectos de defender su posición jurídica, pero siempre con el mismo alcance y amplitud que el que dispondría como parte demandada en un proceso civil independiente²⁴. Del tenor literal de la ley parece que la defensa de estos terceros responsables civiles se debería limitar al nexo que une el hecho delictivo con el responsable civil conforme a los preceptos relevantes del código penal y a las bases de cálculo y la cuantía de la indemnización. En este sentido, no sería legítimo que estos terceros siguiesen una estrategia defensiva encaminada a negar la existencia del hecho delictivo (tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico) o a afirmar la inocencia del acusado. No obstante, existen pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios a este respecto²⁵.

Cuando en fase de instrucción se aprecie la posible existencia de la responsabilidad civil de un tercero, quien ejercite la acción civil (el Ministerio Fiscal, la acusación particular o el actor civil) podrá instar al tribunal que ordene al tercero que preste fianza para asegurar sus responsabilidades pecuniarias. Si no la prestase, el letrado de la Administración de Justicia (el secretario judicial) procederá al embargo de bienes suficientes para responder de una eventual condena²⁶. Desde ese momento, el tercero responsable civilmente podrá alegar por escrito las razones que tenga para que no se le considere civilmente responsable e instar la práctica de los medios probatorios útiles y pertinentes al efecto²⁷, tramitándose a continuación un incidente en pieza separada en el que quien ejercite la acción civil también podrá instar las pruebas en apoyo de su pretensión, sin que por ningún motivo se entorpezca ni suspenda el curso de la instrucción²⁸. La intervención de este tercero en la fase de instrucción es, por tanto, contingente: sólo se producirá su llamada al proceso en caso de que se solicite a instancia de parte medidas cautelares contra su patrimonio²⁹.

En caso de que finalmente se ejercite una acción civil *ex delicto* dirigida contra alguno de estos sujetos en el trámite de calificaciones en la fase intermedia, éstos podrán formular escrito de conclusiones o de defensa en lo relativo a su posición jurídica³⁰ y podrán intervenir en el acto del juicio oral pudiendo informar oralmente tras la práctica de la prueba³¹. No obstante, la presentación del escrito de defensa y su presencia en el juicio son meras cargas.

²⁴ J. BANACLOCHE PALAO, *El partícipe a título lucrativo*, Cizur Menor, 2021, p. 117.

²⁵ A este respecto, véase la reseña jurisprudencial efectuada en P. LEANDRO VIEIRA DA COSTA, *La defensa del responsable civil subsidiario en el proceso penal*, in *Diario La Ley*, núm. 9642, 2020 y M.V. SÁNCHEZ POS, *El actor civil y el responsable civil*, en J.M. CHOZAS ALONSO (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Madrid, 2015, pp. 446-447. La primera autora reseñada es partidaria de una interpretación extensiva de las facultades defensivas del tercero responsable civil. En la misma línea J. BANACLOCHE PALAO, *El partícipe*, cit., p. 134.

²⁶ Art. 615 LECrim.

²⁷ Art. 616 LECrim.

²⁸ Art. 619 LECrim.

²⁹ J. BANACLOCHE PALAO, *El partícipe*, cit., p. 121.

³⁰ Art. 652 LECrim.

³¹ Art. 736 LECrim.

Si el tercero no ejercita las anteriores facultades, el proceso no se verá entorpecido ni suspendido, siempre y cuando se les haya notificado adecuadamente.

2.1.2. *El tercero afectado por el decomiso*

También podrán intervenir en el proceso penal los terceros que pudieran resultar afectados por el decomiso de los bienes y ganancias provenientes del delito³². En el momento en el que el tribunal constate que existen hechos de los que pueda derivarse razonablemente que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del encausado o que existen titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita³³, tendrá que acordar de oficio (o a instancia de parte) la intervención en el proceso de estas personas, salvo que sean ilocalizables, inidentificables o que existan indicios de que los hechos que fundamentan la intervención son falsos o se trata de una persona interpuesta vinculada al sujeto pasivo del proceso penal³⁴.

La persona que pueda resultar afectada por el decomiso podrá participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención, aunque esta participación vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado (lo que sin duda constituye una limitación severa de sus facultades defensivas, en la medida en que la responsabilidad penal es el presupuesto necesario para acordar el decomiso de bienes)³⁵. El tercero afectado deberá estar asistido preceptivamente por un abogado y se le citará al juicio oral, sin perjuicio de que su ausencia no determinará la suspensión del procedimiento³⁶.

Al tercero que se hubiese llamado a intervenir, pero hubiere rehúsado comparecer, se le declarará en rebeldía, teniéndole por opuesto a la pretensión de decomiso de los bienes. Se le notificará la sentencia en la que se acuerde el decomiso y podrá interponer contra la sentencia los recursos ordinarios previstos en la ley, aunque deberá circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no podrá extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del acusado (lo mismo sucede cuando no se le declaró en rebeldía por haber comparecido)³⁷.

2.2. *La tutela sumaria e incidental de los derechos de terceros afectados en el curso del proceso penal*

³² Para más detalles véase B. BUCHHALTER MONTERO, *El tercero afectado por el decomiso: naturaleza, intervención y actitudes en el proceso penal* (Arts. 803 TER A] y SS. LECrim), in *Revista General de Derecho Procesal*, 2025 pp. 1 ss.; E. PILLADO GONZÁLEZ, T. FARTO PIAY, *El tercero afectado por el decomiso y su intervención en el proceso*, Valencia, 2023; J. CONDE FUENTES, *La intervención en el proceso penal de los terceros afectados por el decomiso*, in *Revista penal*, 2018, pp. 56 ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Las nuevas herramientas*, cit.

³³ Gascón Inchausti precisa que «aunque el precepto no lo aclare, parece evidente exigir un componente de perjuicio o de resultado potencialmente desfavorable para el tercero, pues sólo entonces cobra sentido su llamada al proceso y su posterior intervención, que serían superfluas si en todo caso el desenlace del proceso penal sólo pudiera ser favorable o indiferente a su posición jurídica», F. GASCÓN INCHAUSTI, *Las nuevas herramientas*, cit., pp.17-18.

³⁴ Art. 803 ter a. LECrim.

³⁵ Art. 803 ter b. LECrim. Gascón Inchausti critica duramente esta decisión del legislador: F. GASCÓN INCHAUSTI, *Las nuevas herramientas*, cit., p. 22.

³⁶ Art. 803 ter b. LECrim.

³⁷ Arts. 803 ter c. y 803 ter d. LECrim.

No sólo se pueden ver afectados terceros en el momento de dictar sentencia, sino también durante el transcurso del proceso: piénsese en el tercero que comunica con un investigado por teléfono, cuando la línea de este último ha sido intervenida judicialmente, en el propietario de un ordenador en el que se sospeche que el investigado ha almacenado información relevante y cuya incautación y registro se ordena, en el titular de un efecto relacionado con el delito que se incauta, en los familiares que dependen económicamente del investigado que ingresa en prisión provisional.

La dificultad en este caso consiste en saber qué derechos e intereses son dignos de protección hasta el punto de prever la posibilidad de que el tercero participe de forma incidental y a los sólo efectos de tutelar su derecho afectado mediante el ejercicio de facultades de alegación y prueba destinados a influir en la decisión o revisión de la misma en el mismo proceso penal que pueda estar afectando ilegítimamente su derecho.

En este sentido, el ordenamiento jurídico español sólo cualifica dos clases de derechos o intereses a fin de legitimar el derecho del tercero afectado a personarse y oponerse o impugnar una determinada medida o actuación: por una parte, el derecho de propiedad del tercero que haya visto un bien incautado a los efectos de asegurar una fuente de prueba, por otra parte, y éste sin una regulación legal específica al respecto, los derechos fundamentales del tercero afectado por una diligencia de investigación restrictiva de sus derechos fundamentales.

2.2.1. El tercero afectado por la incautación de armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito

Durante la fase de instrucción, el juez ordenará que se recojan las armas, instrumentos o efectos de toda clase que pudieran guardar relación con el delito, se hallen en el lugar de su comisión, sus inmediaciones, en poder del encausado o de un tercero. Esta incautación tiene por objetivo la obtención de fuentes de prueba y su conservación a efectos de acreditar la existencia del delito y sus vicisitudes, así como para su utilización posterior como medio de prueba en el juicio oral. Si los bienes fuesen propiedad de la víctima del delito estos deberán ser restituidos de forma inmediata a la misma, salvo que tuvieren que ser conservados como medio de prueba o para practicar otras diligencias, en cuyo caso se restituirán lo antes posible. Si el tercero fuese una persona distinta de la víctima, (por ejemplo, el titular de un ordenador incautado en el curso de una entrada y registro de un lugar cerrado) también tiene derecho a que se le restituyan todos los bienes que no vayan a ser empleados como medios de pruebas o, en caso de que vayan a serlo, su conservación pueda garantizarse imponiendo al propietario el deber de mantenerlos a disposición del juez o tribunal. Cuando los bienes sean de lícito comercio (y por tanto, no susceptible de ser decomisados o destruidos), la persona afectada por la incautación puede recurrir en cualquier momento la medida ante el juez de instrucción, para lo cual no se exigirá de la intervención de abogado³⁸.

2.2.2. El tercero afectado por diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales

El ordenamiento jurídico español también contempla un derecho de intervención de los terceros en los procesos penales en los que sus derechos fundamentales se vean directamente afectados de algún modo, anclado en el derecho a la tutela judicial efectiva en

³⁸ Art. 334 LECrim.

conexión con el derecho fundamental concreto que se haya visto aparentemente vulnerado, aun cuando no exista una previsión legal al efecto, pero siempre y cuando exista una determinada situación jurídico-material *iusfundamental* del tercero identificable con un interés propio, cualificado y específico³⁹. Así lo estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 30/2022 de 7 de marzo de 2022⁴⁰.

Esta sentencia es un revulsivo en la forma de abordar la participación de terceros que se vean afectados directamente por diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. En efecto, no existe ninguna previsión legal que les permita personarse en la causa a los efectos de controlar la diligencia practicada e impugnar su legalidad, aun encontrándose directamente afectados por la misma. Y ello a pesar de que en el diseño legal de las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (del derecho a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la intimidad o a la autodeterminación informativa) que pueden acordarse en fase de instrucción, el legislador ha previsto la posibilidad de que también se sacrifiquen legítimamente estos derechos, bajo ciertas condiciones, cuando su titular sea un sujeto distinto del investigado. Las necesidades de la persecución del delito exigen que terceros ajenos a la comisión del delito soporten injerencias de las autoridades de persecución del delito para obtener información y fuentes de prueba que permitan esclarecer los hechos. Las fuentes de prueba relevantes pueden hallarse en el domicilio de un tercero o en un domicilio compartido por el investigado con otras personas, el investigado puede hacer uso de un dispositivo telefónico perteneciente a otra persona para realizar comunicaciones vinculadas con su actividad criminal o un tercero puede entablar relaciones con un agente encubierto, entre tantos otros ejemplos. Si bien las partes personadas tienen la facultad de impugnar esas diligencias y solicitar la exclusión de las fuentes de prueba del acervo probatorio que se hayan obtenido vulnerando sus derechos fundamentales, siguiendo el tenor literal de la ley a los terceros sólo les quedaría soportar la medida, sin posibilidad de disponer de un recurso efectivo para la tutela de un derecho fundamental ni controlar la legalidad y la proporcionalidad de la medida *en el seno del propio proceso penal*.

Debe recordarse que, en término generales en el ordenamiento jurídico español, toda restricción de derechos fundamentales a los efectos de la investigación debería cumplir con las siguientes condiciones: (i) debe existir una habilitación legal expresa que determine con detalle y precisión el alcance de la restricción, las condiciones y sus efectos, (ii) debe existir una autorización judicial motivada, con carácter general de forma previa a la ejecución de la diligencia, (iii) deben existir indicios serios de que la persona a la que se restringe el derecho ha cometido un hecho delictivo concreto y (iv) la diligencia debe ser proporcional en el caso concreto, es decir, debe ser idónea, necesaria y respetar la prohibición de exceso.⁴¹ Es evidente que si la diligencia de investigación afecta a un tercero, la tercera de las condiciones no se cumple (de otro modo, estaríamos ante un sujeto investigado): es por ello que la legitimidad de una diligencia de esta clase dependerá de su expresa previsión legal y de una ponderación reforzada de la proporcionalidad de la medida en el caso concreto.

Desde hace una década en España se encuentran expresamente reguladas las llamadas medidas de investigación tecnológica que son, sin duda, aquellas que más fácilmente pueden afectar a un tercero. Estas medidas son la interceptación de las comunicaciones telefónicas y

³⁹ F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, cit., pp. 178-181.

⁴⁰ BOE núm. 84, de 08 de abril de 2022.

⁴¹ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 162 ss.; Sobre el principio de proporcionalidad, véase N. GONZÁLEZ CUÉLLAR, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.

telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos⁴². A este respecto, cabe señalar que la ley habilita a la adopción de medidas de investigación tecnológicas que afecten a terceros: «podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas»⁴³. Más concretamente, se permite específicamente que se acuerde la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que (i) exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, (ii) el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad o (iii) el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento del titular⁴⁴. Ahora bien, al margen de esta norma, no existe ninguna otra del mismo tenor para el resto de medidas de investigación tecnológica restrictiva de derechos fundamentales, lo que sin duda suscita dudas acerca de la legalidad de la adopción de medidas de este tenor que recaigan sobre dispositivos o bienes de un tercero⁴⁵.

No obstante, como indicábamos, la ley no ha previsto ningún mecanismo que permita a este tercero personarse e impugnar la legalidad de la diligencia acordada y/o ejecutada que le perjudique. Esta es la situación a la que se enfrentaba la sentencia del Tribunal Constitucional enunciada anteriormente.

El máximo intérprete de la Constitución se vio en la tesitura de resolver los recursos de amparo promovidos por varios periodistas y medios de comunicación en atención a los siguientes hechos. En la tramitación de la instrucción ante un juzgado de Palma de Mallorca en un caso con relevancia mediática, se produjeron una serie de filtraciones ilegales de documentos judiciales y policiales a la prensa. A raíz de lo anterior el juez de instrucción decidió incoar una nueva investigación relativa a este último extremo. En el curso de la instrucción se acordó como diligencia de investigación requerir a la compañía de telefónica la entrega de los listados de llamadas emitidas y recibidas por el teléfono de los periodistas. Tanto los periodistas como la agencia de noticias recurrieron en apelación el auto alegando la falta de notificación y su vulneración del derecho a la libertad de prensa. El recurso de apelación fue inadmitido por el juez de instrucción alegando que los recurrentes no eran parte en el procedimiento y que, por tanto, carecían de legitimación para interponer el recurso. Posteriormente se decretó la entrada y el registro en el domicilio de los periodistas y en la sede de las agencias de noticias. En ésta se ordenó la intervención y el volcado del dispositivo telefónico y el ordenador de los periodistas. Estos autos fueron también recurridos en apelación, que también fueron inadmitidos por las mismas razones. Paralelamente los periodistas intentaron su personación en la causa. Esta solicitud fue

⁴² Arts. 558 bis a. ss. LECrim. Al respecto, véase M. CEDEÑO HERNÁN (coord.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*, Cizur Menor, 2017.

⁴³ Art. 588 bis h. LECrim

⁴⁴ Art. 588 ter c. LECrim

⁴⁵ Véase a este respecto, L. BACHMAIER WINTER, *Registro remoto de equipos informáticos en la Ley Orgánica 13/2015: algunas cuestiones sobre el principio de proporcionalidad*, in M. CEDEÑO HERNÁN (coord.), *Nuevas tecnologías*, cit., pp. 95-96.

rechazada por considerar que no ostentaban ninguna posición respecto del delito investigado que les legitimase para adquirir la condición de parte en el proceso.

Los periodistas y medios de comunicación decidieron entonces interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho de acceso a la jurisdicción en aras de tutelar un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo al entender, en primer lugar, que se debía tomar en consideración que las resoluciones controvertidas acordaban «medidas de investigación tecnológicas especialmente invasivas e indiscriminadas» que «tenían como campo de actuación dispositivos informáticos que eran beneficiarios de una gran cantidad de información personal y eran susceptibles de revelar aspectos especialmente íntimos de la privacidad de sus titulares»⁴⁶, constituyendo una importante intromisión en la intimidad de los recurrentes. A ello se sumaba que las diligencias de investigación acordadas perseguían revelar las fuentes de los periodistas e identificar los autores de las filtraciones a la prensa, lo que suponía también una intromisión grave en el secreto profesional de los periodistas, uno de los núcleos esenciales de la libertad de prensa⁴⁷.

En esta medida, considera que en tanto que existía una necesidad de defender derechos fundamentales de contenido sustantivo concurrían razones que justificaban la intervención procesal de estos terceros, recordando que la jurisprudencia del TEDH ha establecido que «la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva exige que una persona goce la posibilidad clara y concreta de recurrir un acto que constituya una injerencia en sus derechos»⁴⁸. Es por ello que los tribunales debían haber admitido la intervención en el proceso de los recurrentes o, en caso de considerar pertinente inadmitir la misma, haber seguido un canon de motivación reforzado, ponderando los derechos fundamentales en juego. En suma, el Tribunal Constitucional consideró que la ausencia de previsión legal no podía constituir una limitación al acceso a la jurisdicción de estos sujetos, debiendo haberse efectuado una interpretación sistemática de las normas procesales.

No obstante, la falta de regulación legal de esta intervención de terceros deja abierta muchas incógnitas de gran importancia práctica. En primer lugar, existe una indeterminación importante acerca del tipo de remedios que el tercero puede pretender ante el órgano instructor. En segundo lugar, esta sentencia no abre la puerta a la intervención procesal de cualquier tercero que invoque la vulneración de un derecho fundamental: en la medida en que existe esta laguna legal, deberá invocar una situación jurídico-material *iusfundamental* identificable y poseer un interés propio, cualificado y específico. ¿Puede decirse que el tercero que mantiene conversaciones telefónicas con el investigado al que se han interceptado las comunicaciones posee ese interés? En tercer lugar, existen dudas acerca del alcance de las actuaciones de las que puede tomar conocimiento y del alcance de sus facultades alegatorias y probatorias para defender su posición jurídica. En todo caso, esta sentencia reviste una enorme importancia al señalar al elefante en la habitación: en un contexto de progreso y aumento del uso de medidas tecnológicas de investigación que pueden alcanzar de forma cada vez más amplia a una multitud de sujetos, se deben prever mecanismos eficaces de tutela de los derechos fundamentales de los terceros afectados por las mismas: la sede para lograr una tutela ágil de estos derechos parece ser el propio proceso penal en el que se acordaron.

2.3. *La víctima como cuasiparte*

⁴⁶ STC 30/2022, de 7 de marzo, FJ 4.

⁴⁷ STC 30/2022, de 7 de marzo, FJ 4.

⁴⁸ STC 30/2022, de 7 de marzo, FJ 5.

La víctima del delito que pueda ser perseguido por la jurisdicción española, con independencia de su nacionalidad, su situación administrativa de residencia o su edad tiene un estatuto jurídico legal específico destinado a tutelar su dignidad y minimizar los posibles efectos traumáticos y aflictivos del delito y del proceso penal que la califica como una *cuasiparte*, ahí donde ha decidido no personarse como acusación particular o actor civil y constituirse como parte en sentido estricto. En efecto, el mero hecho de ser la víctima aparente o confirmada de un delito (una vez se ha dictado una sentencia firme de condena) le otorga una serie de derechos y facultades de participación activa en el seno del proceso declarativo y durante la ejecución de condena que son propias de una parte procesal⁴⁹.

Ahora bien, no toda víctima tiene este estatus, sólo aquellas que sean personas físicas, no así las personas jurídicas u otra clase de sujeto con capacidad para ser parte en el proceso penal: el ámbito subjetivo de sujetos que pueden constituirse como acusación particular no es equivalente al de las personas que legalmente tienen, de entrada, un estatuto legal que le otorga derechos de participación (entre otros que analizaremos posteriormente) en el proceso⁵⁰. La razón es sencilla: sólo las personas de carne y hueso padecen moralmente los efectos de un delito y del transcurso del proceso penal. A estos efectos, la ley diferencia a su vez las víctimas directas de las víctimas indirectas. La víctima directa del delito es aquella persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. Las víctimas indirectas son los familiares, salvo que se traten de los responsables de los hechos, en caso de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por la comisión de un delito⁵¹.

En primer lugar, esta clase de víctimas tiene una serie de derechos instrumentales a las facultades de participación en el proceso que le otorga la ley. Toda víctima tiene derecho a conocer que tiene derechos⁵²: las autoridades deberán brindar de manera inmediata información de los derechos que asisten a la víctima, adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios. De

⁴⁹ Los motivos que justifican estos derechos de participación pueden ser expresados reseñando las palabras de X. Ferreiro Baamonde: «La relación entre el sistema penal y la víctima es una relación bidireccional. Ello quiere decir que no sólo la víctima necesita del sistema penal para cumplir sus objetivos, ya sean reparatorios o vindicativos, sino que el sistema penal necesita de la víctima para cumplir los suyos, básicamente la efectiva persecución de los delitos. La Justicia penal debe mostrarle a la víctima, entre otras cosas, que la violación de la que han sido objeto es apreciada como una grave ruptura de las reglas sociales, y que por ello el Estado reaccionará adecuadamente ante la gravedad del hecho. Pero al mismo tiempo, la víctima desempeña una significativa función en auxilio del sistema; [...] la víctima desarrolla la labor de un importante medio de control informal del delito, en cuanto la primera reacción frente a éste suele ser la suya y tendrá una influencia cardinal en el éxito final de la persecución penal. Es el ofendido por el delito quien realiza la primera selección penal, por cuanto de su actuación dependerá, en la mayoría de los casos que el hecho delictivo llegue a conocimiento de las instancias de control formal del delito y se inicie la persecución de éstos. Posteriormente, su colaboración será primordial para que el acusador público pueda demostrar en juicio la comisión del delito y la culpabilidad de la persona acusada, a través de la facilitación de medios de prueba, su propia declaración, etc. La víctima, supone, por tanto, para la administración de Justicia la fuente donde se nutre de asuntos y un medio primordial de auxilio en la consecución de sus objetivos»: X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, p. 280.

⁵⁰ M. SERRANO MASIP, *Los derechos de participación en el proceso penal*, in J. TAMARIT SUMALLA, C. VILLACAMPA ESTIARTE, M. SERRANO MASIP (coords.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia, 2015, p. 97.

⁵¹ Art. 2 LEV.

⁵² Art. 5 LEV.

igual modo, la víctima tiene derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de la denuncia y durante toda la tramitación del proceso penal⁵³: para ello tendrá derecho a que se adapte el lenguaje en atención a sus circunstancias personales, a ser provista de los apoyos necesarios para entender y ser entendida, y a ser asistida por un acompañante de libre elección desde el primer contacto con las autoridades. Además, tendrá derecho a la traducción y a la interpretación gratuitas en las actuaciones en las que participe cuando no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial empleada⁵⁴. Finalmente, la víctima tiene derecho a reflexionar en condiciones de tranquilidad y de forma orientada⁵⁵. Los abogados y procuradores no podrán dirigirse a las víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas para ofrecerles sus servicios profesionales hasta transcurridos 45 días desde el hecho, salvo que los servicios hubiesen sido solicitados expresamente por la víctima. Por otro lado, las víctimas tendrán derecho a acceder de forma gratuita y confidencial a los servicios de asistencia y apoyo que faciliten a estos efectos las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Si los anteriores derechos están destinados a facilitar la toma de decisiones de la víctima con plena libertad y conocimiento, también se reconoce legalmente a la víctima del delito un cierto ámbito de control sobre el proceso destinado a facilitar su fiscalización y permitir su intervención de considerarlo necesario, a pesar de no haberse constituido como parte en sentido estricto: tiene derecho a recibir información sobre la causa.

Así, toda víctima deberá ser informada de manera inmediata de la fecha, la hora y el lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor. Además de esta información, deberán notificársele las siguientes resoluciones, en caso de que la víctima lo solicite, designando una dirección de correo electrónico o postal al efecto: (i) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal; (ii) la sentencia que ponga fin al procedimiento; (iii) las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo; (iv) las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima; (v) las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima; y (vi) ciertas resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria que afecten a la situación penitenciaria del condenado en beneficio de este último (v.g. la concesión de la libertad condicional). De forma más amplia, cuando la víctima lo solicite, tendrá derecho a que se le informe de la situación en la que se encuentra el procedimiento, salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa⁵⁶.

Como puede observarse, la víctima del delito, cuando es un tercero, es un sujeto con amplios derechos de acceso a y conocimiento de la causa. Estos derechos de información, no obstante, siguen siendo más reducidos que aquellos de los que dispone la víctima constituida como parte que tendrá, como regla general, acceso a la integridad de lo actuado.

⁵³ Art. 4 LEV.

⁵⁴ Art. 9 LEV.

⁵⁵ Arts. 8 y 10 LEV.

⁵⁶ Art. 7 LEV.

Pero lo que termina de cualificar a la víctima como *causiparte* es el reconocimiento de diversos derechos de participación de la víctima no personada como acusación o actor civil⁵⁷. En primer lugar, se permite que la víctima participe activamente en la instrucción de la causa otorgándole el derecho de comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación (policía, Ministerio Fiscal, Fiscalía Europea o el juez de instrucción) para aportar las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos⁵⁸. De igual modo, puede ejercer un cierto control sobre el resultado de la investigación: tiene derecho a recurrir la resolución de sobreseimiento y archivo de las actuaciones en el plazo de 20 días, aunque no se hubiera mostrado anteriormente como parte en la causa⁵⁹. Por último debe destacarse que cualquier perjudicado por el delito puede renunciar a o reservarse la acción civil sin necesidad de personarse en la causa. Ahora bien, aun cuando la víctima del delito hubiera renunciado a la acción civil, dicha renuncia podrá ser válidamente revocada antes de que se formule el escrito de calificación o acusación si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito⁶⁰.

En el proceso de ejecución de una sentencia condenatoria las víctimas también tienen un cierto poder de control sobre la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto a su victimario. Este poder de control se concentra en tres tipos de facultades⁶¹: (i) las víctimas podrán impugnar determinados autos (no todos) que acuerden la clasificación del penado en el tercer grado penitenciario o acuerden beneficios penitenciarios, permisos de salida o la libertad condicional; (ii) también podrán interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para ellas; (iii) podrán comparecer ante los tribunales para facilitar cualquier información que estimen relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que se hubiera acordado.

La ley reconoce, además, otro derecho de participación: la víctima tiene derecho a acceder a servicios de justicia restaurativa en aras de obtener una reparación material y moral de los perjuicios causados por el delito, siempre que el infractor hubiese reconocido los hechos, los sujetos involucrados hubiesen prestado su consentimiento a participar en un proceso de mediación penal y no exista un riesgo para la seguridad o la integridad moral de la víctima⁶². No obstante, la mediación y la conciliación están prohibidas en supuestos de

⁵⁷ Antes de la entrada en vigor del Estatuto de la Víctima, la doctrina ya señalaba el carácter especial de la víctima y su imposibilidad de ser calificada en términos estrictos como un tercero. Véase, X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima*, cit., pp. 318-319.

⁵⁸ Art. 11 LEV. Belén HERNÁNDEZ MOURA juzga este precepto como un «cambio importante respecto a la concepción tradicional» de la víctima. En efecto, «la víctima ya no es simplemente un sujeto sobre el que recae la obligación de declarar cuando es citada». B. HERNÁNDEZ MOURA, *La víctima, pilar del proceso penal contemporáneo*, Madrid, 2018, p. 145. En la misma línea M. SERRANO MASIP, *Los derechos de participación*, cit., pp. 102-103: esta autora considera que se plasma en el texto legal, un «derecho a influir en el curso de las investigaciones» y señala que «ese derecho convierte a las víctimas en una suerte de colaboradores de las autoridades que llevan a cabo la investigación penal».

⁵⁹ Arts 12 LEV, 636 y 779 LECrim.

⁶⁰ Art. 112 LECrim.

⁶¹ Art. 13 LEV.

⁶² Art. 15.1 LEV.

violencia sexual y de violencia de género⁶³. La obtención de un acuerdo en un proceso de justicia restaurativa no está exento de consecuencias en el proceso penal principal. El tribunal podrá, valorando el acuerdo que se halla obtenido, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, decretar el archivo de las actuaciones si se tratase de un delito leve, acordar el sobreseimiento de las actuaciones si se tratase de una causa por un delito privado o un delito en el que el perdón de la víctima extingue la responsabilidad criminal, convocar una vista para que el acusado preste su conformidad a la pena solicitada o resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad⁶⁴.

3. *Las técnicas de protección del tercero*

Las técnicas de protección se refieren a un conjunto heterogéneo de medidas que no implican la personación del tercero en el proceso penal al efecto de efectuar actuaciones defensivas (alegaciones y práctica de medios de prueba), sino que están destinadas a evitar la producción de un daño en el tercero por su contacto más o menos cercano con el proceso. Por regla general, estas técnicas toman en cuenta el grado de vulnerabilidad del tercero, esto es, su exposición a un riesgo para un interés vital y su incapacidad para hacer frente al mismo de forma autónoma para evitar la producción del daño⁶⁵.

Estas técnicas de protección se dividen en (i) las técnicas para evitar represalias u otra clase de consecuencia negativa por el contacto directo o indirecto del tercero con el proceso penal y (ii) las técnicas de adaptación del proceso con el objetivo de evitar que el daño lo produzca el contacto con el mismo. Los destinatarios naturales de esta clase de medidas son los terceros denunciadores de hechos penales, los testigos, sean víctimas o no, los peritos y sus allegados.

Las técnicas para evitar represalias son aquellas que pretenden minimizar la posibilidad de que se materialice un riesgo para la vida, la integridad, la libertad o la permanencia en el territorio nacional, entre otros bienes jurídicos, del sujeto destinatario de la medida. Generalmente están pensadas para evitar que el encausado o su entorno produzcan un daño como forma de venganza o como forma de intimidación para condicionar el comportamiento del tercero en el proceso. En este sentido, las medidas de protección pueden recaer directamente sobre la persona del tercero, pero también pueden recaer directamente sobre la persona del encausado. Aunque también es preciso señalar que las medidas de protección de este tipo no están siempre orientadas a evitar un daño causado por el autor del delito o su entorno, sino también a veces por la actuación del Estado: el ejemplo más claro es el de los extranjeros en situación irregular en territorio nacional.

Las técnicas de adaptación del proceso consisten en la modificación de la forma ordinaria de ejecución de un acto procesal o de los deberes del tercero que debe participar en él, a fin de evitar que su intervención en el proceso sea la causa de la producción del daño.

3.1. *Las técnicas para evitar las represalias*

⁶³ Art. 3 LEV.

⁶⁴ Disp.Ad. novena.9 LECrim.

⁶⁵ A. LAFUENTE TORRALBA, *Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales*, in J.F. HERRERO PEREZAGUA, J. LÓPEZ SÁNCHEZ (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Barcelona, 2022, p. 26.

3.1.1. Medidas para evitar represalias del autor del delito o de su entorno que recaen sobre la persona del tercero

El ejemplo paradigmático de la protección de terceros para evitar represalias mediante medidas que recaen sobre el propio tercero lo constituye el conjunto de medidas previstos en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales⁶⁶. En efecto, estos terceros tienen un deber de comparecer y declarar verazmente o con objetividad en el curso del proceso. Su participación y cooperación con la administración de justicia no puede suponer una exposición peligrosa de sus intereses vitales fundamentales o el de sus allegados. El legislador ha previsto en consecuencia una batería de medidas que permitan frenar esos riesgos, permitiendo una participación desinhibida y un recto cumplimiento de sus deberes⁶⁷.

En esta norma se prevé que, cuando el tribunal que conozca del proceso penal aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, la libertad o los bienes de un testigo o un perito que hayan de intervenir en el mismo o de alguno de sus familiares, podrá acordar motivadamente, de oficio o a instancia de parte, y en atención al grado de peligro, alguna de las siguientes medidas que se exponen a continuación.

En primer lugar, medidas de protección de la identidad del testigo o el perito, su domicilio, profesión o lugar de trabajo⁶⁸. Estas medidas están destinadas a evitar la identificación y localización del testigo o el perito, a fin de que la fuente del peligro no pueda materializarlo. Esta clase de medidas tienen, no obstante, ciertos límites por su colisión con el derecho del acusado de interrogar a los testigos y peritos de cargo, para lo cual debe poder conocer la identidad de los mismos a fin de poder proponer prueba que pueda influir en la valoración que de su declaración se pueda hacer⁶⁹.

En todo caso, a fin de proteger esa información, el juez puede, en primer lugar, decidir excluir su inclusión de la actuaciones, utilizando un número o clave para referirse al testigo o perito. También puede acordar que en las actuaciones en las que deba comparecer se utilice una técnica que imposibilite su identificación visual normal. En la misma dirección, puede fijar la sede del juzgado como domicilio a efectos de notificaciones y citaciones que se harán llegar reservadamente al testigo o perito. Además, las autoridades (policía, ministerio público y autoridades judiciales) velarán para que no se tomen fotografías o cualquier toma de su imagen por otro procedimiento, pudiendo retirar el material a los creadores del mismo que contraviniesen dicha prohibición⁷⁰.

⁶⁶ Para un análisis más detallado, véanse, V. MORENO CATENA, *La protección de los testigos y peritos en el proceso español*, in *Revista Penal*, 1999, pp. 58 ss.; O. FUENTES SORIANO, *La ley orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales*, in *Revista de derecho procesal*, 1996, pp. 135 ss.

⁶⁷ X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima*, cit., p. 340. Moreno Catena matiza que «en realidad, al legislador, como confiesa en la propia exposición de motivos, no tanto le preocupa la seguridad o la indemnidad de los llamados como testigos o peritos al proceso como los problemas de persecución penal, de impunidad de presuntos delincuentes, precisamente de ellos que cuenten con más recursos para delinquir. Es decir, en alguna medida se pretende obtener una coartada moral para exigir la comparecencia y la declaración de estas personas en los procesos penales, de modo que no puedan ya escudarse en el temor o en la amenaza; prima, pues, sobre la protección de quien es llamado a colaborar con la Administración de Justicia, el objetivo de la eficacia en la persecución penal». V. MORENO CATENA, *La protección*, cit., p. 61.

⁶⁸ Art. 2 LO 19/1994.

⁶⁹ Sobre este conflicto de derechos, véase, V. MORENO CATENA, *La protección*, cit., pp. 65-67; X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima*, cit., p. 346-347.

⁷⁰ Art 3.1. LO 19/1994.

En casos graves, y a instancia del Ministerio Fiscal, también se podrá brindar protección policial al testigo o al perito durante todo el proceso o incluso una vez finalizado éste. Los testigos y peritos podrán, además, solicitar ser conducidos a los tribunales o a su domicilio desde el mismo en vehículos oficiales y que, durante el tiempo que permanezcan en los tribunales, se les proporcione un local reservado al efecto y custodiado⁷¹.

En casos excepcionales, también podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo⁷².

3.1.2. *Medidas para evitar represalias del autor del delito o de su entorno que recaen sobre el encausado*

Pero, al margen de las anteriores medidas que recaen directamente sobre la persona en peligro, el ordenamiento jurídico español contempla también la posibilidad de adoptar medidas de protección que suponen una restricción de derechos del encausado en aras de proteger los intereses de la víctima y de su entorno. Estas medidas de protección son (i) las prohibiciones cautelares al inculpado de residir en un determinado lugar, acudir a un determinado lugar o de aproximarse a o comunicarse con determinadas personas⁷³, (ii) la adopción de órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica en el que se incluyen medidas cautelares de orden civil y penal que recaen sobre la esfera jurídica del encausado⁷⁴, (iii) la orden de protección de víctimas menores de edad o incapacitadas que incluye la suspensión de la patria potestad, de la tutela, curatela, guarda o acogimiento o del régimen de visitas, entre otros⁷⁵, (iv) o incluso la adopción de una medida de prisión provisional para evitar que el encausado pueda influir indebidamente sobre testigos o peritos o quienes pudieran serlo o evitar que el encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima⁷⁶.

3.1.3. *Otras clases de medidas para evitar consecuencias negativas: el ejemplo de los extranjeros en situación irregular*

Más allá de estos casos, merece la pena detenerse en las medidas de protección específicamente orientadas a personas extranjeras en situación irregular en territorio español. Estas medidas están destinadas a evitar que el miedo a la expulsión del territorio suponga un foco absoluto de impunidad y desprotección, exacerbando sobremanera la vulnerabilidad de estas personas. La legislación de extranjería prevé así varias medidas encaminadas a reducir el riesgo de entrar en contacto con la justicia penal, evitando que el contacto de una víctima o de un testigo con una autoridad pública pueda desembocar en una sanción administrativa o la ejecución de una expulsión del territorio nacional.

Así, por ejemplo, las mujeres extranjeras en situación irregular que denuncien una situación de violencia de género o de violencia sexual no podrán ser sancionadas por su situación administrativa y no podrán ser expulsadas del territorio nacional mientras dure el proceso penal. Es más, podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de

⁷¹ Art 3.2. LO 19/1994.

⁷² Art 3.2. LO 19/1994.

⁷³ Art. 544 bis LECrim.

⁷⁴ Art. 544 ter LECrim.

⁷⁵ Art. 544 quinquies LECrim.

⁷⁶ Art. 503.1 LECrim.

protección a su favor o, en su defecto, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o sexual. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal, pero se les otorgará una autorización provisional de residencia y trabajo. También podrán solicitar dicha autorización de residencia por circunstancias excepcionales para sus hijos menores de edad o que padezcan una discapacidad⁷⁷.

Las víctimas de tratos de seres humanos también tienen un régimen de protección específico a este efecto. Las autoridades deberán adoptar medidas encaminadas a su identificación y, en caso de que existan sospechas razonables de que ha sido víctima de trata, se le informará de sus derechos. Ésta tendrá un periodo de noventa días de restablecimiento y reflexión durante el cual no se podrá iniciar ni ejecutar un proceso de expulsión. Recibirá una autorización de estancia temporal, apoyo para su subsistencia y, en caso de resultar necesario, se adoptarán medidas de seguridad y protección para ella y sus hijos menores o con discapacidad. Se prevé incluso la posibilidad de extender esa protección a otras personas vinculadas a la víctima cuando su seguridad pudiera resultar esencial para que ésta colabore con las autoridades⁷⁸.

De forma similar, el extranjero en situación irregular que haya sido víctima, perjudicado o testigo de un acto constitutivo de un delito de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores⁷⁹.

3.2. Técnicas de adaptación del proceso

Las técnicas de adaptación del proceso que pueden localizarse en el ordenamiento jurídico español están orientadas fundamentalmente a que la intervención de testigos en instrucción o en el juicio oral no suponga un daño para ciertos de sus intereses que el ordenamiento considera dignos de protección. La adaptación puede referirse a la forma, el lugar o el momento en el que se ejecuta la declaración del testigo o puede referirse a una modificación de los deberes propios de un testigo.

3.2.1. La prueba preconstituida de testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitados de especial protección

El caso paradigmático de esta clase de adaptación es la declaración del testigo menor de catorce años o con discapacidad necesitada de especial protección como prueba preconstituida. Con el objetivo de disminuir los efectos posiblemente “traumáticos” de intervenir en un entorno hostil y diseñado para el adulto de la población general, el legislador ha establecido la obligatoriedad de que cuando uno de estos sujetos deba declarar en la instrucción de un delito especialmente grave (p.e. contra la vida, la libertad o indemnidad sexual o de trata de seres humanos, entre otros), ésta se practique como prueba

⁷⁷ Art. 31 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, in *BOE* núm. 10, de 12/01/2000 (en adelante LOEX).

⁷⁸ Art. 59 bis LOEX.

⁷⁹ Art. 59 LOEX.

preconstituida, a fin de que esta clase de testigos no deba volver a comparecer eventualmente en el juicio oral. Esta declaración además deberá realizarse con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. A este respecto, el órgano instructor tiene la potestad de acordar que la toma de declaración se practique a través de equipos psicosociales, estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales del declarante para optimizar el tratamiento dispensado y el rendimiento de la prueba. En el caso de que el investigado se encontrase presente durante la audiencia del menor, el tribunal garantizará que se evite su confrontación visual, empleando cualquier medio técnico a disposición del mismo⁸⁰.

3.2.2. *Las adaptaciones destinadas a evitar la victimización secundaria*

Estas técnicas de adaptación de la declaración testifical también pueden observarse como uno de los instrumentos privilegiados por el legislador español para evitar la victimización secundaria, cuando el testigo sea la víctima aparente del delito. En términos generales, la víctima tiene derecho a que se le proteja de los efectos aflictivos y revictimizadores que la incoación de un proceso penal pueda tener sobre su persona⁸¹: en la línea de lo expuesto hasta ahora, las autoridades deberán adoptar las medidas idóneas y necesarias para proteger su vida y la de sus familiares, su dignidad, su integridad física, psíquica y moral, su seguridad, su libertad e indemnidad sexual, así como su intimidad. El Ministerio Fiscal tiene un deber reforzado de velar por la satisfacción de este derecho de protección cuando la víctima sea menor de edad⁸². Y, como decíamos, la ley identifica la práctica de la declaración testifical de la víctima, tanto en fase de instrucción como en el acto del juicio oral, como una de las fuentes principales de revictimización.⁸³ En este sentido se tipifican posibles medidas de protección destinadas a adaptar la forma o lugar en la que se practicará este acto probatorio.

Para empezar, las dependencias en las que se desarrollen los actos procesales deben estar dispuestas de forma que se eviten el contacto directo entre la víctima y el encausado.⁸⁴

Además, en fase de instrucción, las víctimas tienen derecho a que se les tome declaración sin dilaciones injustificadas, el menor número de veces y únicamente cuando fuese necesario para los fines de la persecución del delito, pudiendo, además, encontrarse acompañada por una persona de su elección⁸⁵. Se podrá acordar, también, que se reciba declaración de la víctima en una dependencia especialmente concebida a tal fin (p.e. una cámara de Gesell para las víctimas menores de edad) y que un profesional con formación especial sea la persona encargada de tomarle declaración o ayude al tribunal en esa tarea.⁸⁶ Además, en las diligencias policiales, las víctimas tienen derecho a que sea la misma persona la que les tome siempre declaración y que, en los delitos de violencia de género, violencia

⁸⁰ Art. 449 ter LECrim.

⁸¹ Véase C. VILLACAMP ESTIARTE, *La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID*, in J. TAMARIT SUMALLA, C. VILLACAMP ESTIARTE, M. SERRANO MASIP, *El estatuto de las víctimas*, cit., pp. 241 ss.; N. PÉREZ RIVAS, *Los derechos de la víctima en el sistema español*, Valencia, 2017.

⁸² Art. 19 LEV.

⁸³ Art. 19 LEV: «particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio». X. FERREIRO BAAAMONDE, *La víctima*, cit. pp. 336-337.

⁸⁴ Art. 20 LEV.

⁸⁵ Art. 21 LEV.

⁸⁶ Art. 25.1 LEV.

sexual y trata de seres humanos con fines de explotación sexual, quien les tome declaración sea alguien del mismo sexo⁸⁷.

En el acto del juicio oral la víctima puede ser protegida adoptando medidas como la evitación del contacto visual entre la víctima y el acusado, acordando su declaración por videoconferencia para que pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, la prohibición de preguntas relativas a su vida privada (salvo que tengan relevancia para el enjuiciamiento del hecho delictivo o para valorar su credibilidad) o la celebración de las sesiones del juicio oral sin presencia de público⁸⁸. En aras de proteger la intimidad de la víctima y de sus familiares, el tribunal y demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal adoptarán las medidas necesarias para ello y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección⁸⁹. En este sentido, el tribunal podrá prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan o prohibir que se facilite la identidad de las víctimas al público⁹⁰.

3.2.3. *Las exenciones del deber de declarar de los testigos*

Por último, merece la pena destacar los supuestos en los que se exime o dispensa al testigo de su deber de declarar. Estas exenciones del deber encuentran múltiples fundamentos: ya sea para preservar la continuidad de las normales relaciones familiares, evitando poner al testigo en un conflicto ético por tener que declarar hechos contrarios a un familiar acusado, para proteger los deberes de secreto y confidencialidad del testigo o para tutelar derechos fundamentales como el derecho de defensa o el derecho de libertad religiosa. El legislador ha entendido en esos supuestos que la intervención del tercero como testigo y su deber de comparecer en el proceso no podían suponer la exposición a una situación conflictiva para el mismo⁹¹.

En este sentido, no tendrán la obligación de declarar los siguientes sujetos y con los siguientes límites: para empezar, los familiares del encausado, para lo cual el juez deberá advertirles de que no tienen obligación de declarar en su contra, sin perjuicio de que podrán hacer las manifestaciones que consideren oportunas. No obstante, sí que tendrán la obligación de declarar cuando (i) el testigo tenga atribuida la representación legal o la guarda de la víctima, si es menor de edad o es una persona con discapacidad necesitada de especial protección; (ii) se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección; (iii) cuando el testigo no entienda el sentido de la dispensa por razón de su edad o discapacidad; (iv) cuando el testigo esté o se haya personado como acusación particular; (v) cuando ya hubiese declarado con anterioridad en el mismo procedimiento⁹².

En la misma línea de preservación de los buenos lazos familiares, la ley permite que el testigo no responda una pregunta que se le formule cuya contestación pudiese perjudicar

⁸⁷ Art. 25.1 LEV.

⁸⁸ Art. 25.2 LEV.

⁸⁹ Art. 22 LEV.

⁹⁰ Art. 682 LECrim.

⁹¹ F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, cit., p. 187.

⁹² Art. 416.1 LECrim.

material o moralmente y de una manera directa e importante a la persona o a la fortuna de alguno de sus familiares⁹³.

A continuación, tampoco tendrá la obligación de declarar el abogado del encausado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, pero estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su defendido⁹⁴. Esta dispensa de la obligación de declarar no consiste tanto en una adaptación en pro de un tercero (es discutible que pueda atribuirse esa naturaleza al abogado del defendido) como en una garantía esencial del derecho de defensa. Del mismo modo, y en la misma línea, tampoco tendrán obligación de declarar los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el encausado y su defensa letrada, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación⁹⁵.

Tampoco podrán ser obligados a declarar como testigos los eclesiásticos y ministros religiosos sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de sus funciones (de esta forma se preserva el derecho a la libertad religiosa), los funcionarios que pudiesen violar secretos que por sus cargos estuviesen obligados a guardar, ni los incapacitados física o moralmente⁹⁶.

4. *A modo de conclusión*

El ordenamiento jurídico español ha venido prestando una progresiva atención a la tutela de terceros en el proceso penal en las dos últimas décadas. No obstante, todavía quedan múltiples interrogantes abiertos. Si puede afirmarse que cualquier sujeto afectado directamente por una decisión judicial en el proceso penal tiene derecho a intervenir como parte formal o como parte incidental y debería ser llamado al proceso a fin de evitar que se le genere una situación de indefensión material, todavía quedan muchas sombras y dudas respecto de aquellos que puedan verse indirectamente afectados: los empleados, socios y acreedores de una persona jurídica acusada o condenada, los familiares, el empleador o los acreedores del encausado en prisión provisional, los sujetos que indirectamente ven sus razonables expectativas de privacidad quebrantadas por diligencias de investigación que no se dirigen directamente contra ellos son ejemplos de posibles terceros afectados por el proceso penal cuyos intereses podrían ser tenidos en cuenta para legitimar su intervención en el proceso⁹⁷. No se puede afirmar que fácticamente sean personas indiferentes al transcurso del proceso penal, pero sus intereses no son considerados todavía dignos de gran protección, sin perjuicio de que deban ser tomados en consideración por el tribunal cuando tenga que efectuar un juicio de proporcionalidad a la hora de adoptar una decisión que pueda repercutir en ellos⁹⁸. La discusión merece ser abierta, pues en otras instancias a sujetos de este tipo sí que se les otorga ciertos derechos de participación: por ejemplo los familiares de

⁹³ Art. 418 LECrim.

⁹⁴ Art. 416.2. LECrim.

⁹⁵ Art. 416.3 LECrim.

⁹⁶ Art. 417 LECrim.

⁹⁷ F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, cit., p. 184.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 180; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, p. 215.

una persona detenida por la policía pueden instar un procedimiento de *habeas corpus*⁹⁹ y los familiares de una persona que haya sido condenada injustamente y haya fallecido pueden interponer una demanda de revisión de la sentencia penal en aras de rescindir la sentencia que le haya condenado para rehabilitar la memoria del difunto¹⁰⁰. Es necesario reflexionar acerca de qué terceros deberían poder participar efectivamente en el proceso, en la medida en que la persecución del delito pudiese afectar negativa a una amplia multitud de sujetos distintos de quien se sospecha que es autor o partícipe del delito.

Si quedan incógnitas abiertas respecto de quién debería poder intervenir y participar en el proceso para tutelar sus derechos e intereses, respecto de los terceros acreedores de medidas de protección puede afirmarse que estamos ante una materia en constante evolución en España desde el año 1994 con la aprobación de la ley de protección de testigos y peritos. Varios hitos legislativos se han ido sucediendo a lo largo de los años: en 2003 y 2004 respecto de las víctimas de violencia de doméstica¹⁰¹ y de género¹⁰², en 2015 respecto de las víctimas en general¹⁰³, en 2021 respecto de la protección de la infancia y la adolescencia y la protección de las personas con discapacidad¹⁰⁴ y en 2022 respecto de las víctimas de violencia sexual¹⁰⁵. El legislador español está poniendo mucha atención (ya sea como forma de transponer directivas europeas o por iniciativa propia) en la identificación de terceros vulnerables que entran en contacto con el proceso penal para paliar los peligros que para sus intereses supone el mismo. Uno tendrá que estar atento a las futuras evoluciones.

ABSTRACT: *The Protection of Third Parties in Criminal Proceedings: The Spanish Model*

The article examines the protection of third-party rights in Spanish criminal proceedings through a typological systematisation of the techniques used in the legal system. Two main groups of techniques are identified and analysed: (i) participation techniques, which grant limited defensive powers allowing those affected to influence decisions that affect them: these techniques are subdivided into the possibility of participating as a formal party in the proceedings, the possibility of participating in a summary and incidental manner in the proceedings for the purpose of protecting a right, and the status of quasi-party of the victim of the crime. (ii) Protection techniques, aimed at preventing harm without the need to appear in the proceedings: these protection techniques are divided between those designed to prevent reprisals or other negative consequences arising from the intervention of the third

⁹⁹ Art. 3 Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”, in *BOE* núm. 126, de 26/05/1984.

¹⁰⁰ Art. 955 LECrim.

¹⁰¹ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, in *BOE* núm. 183, de 01/08/2003.

¹⁰² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, in *BOE* núm. 313, de 29/12/2004.

¹⁰³ LEV.

¹⁰⁴ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, in *BOE* núm. 134, de 05/06/2021.

¹⁰⁵ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, in *BOE* núm. 215, de 07/09/2022.

party in the proceedings and those measures aimed at adapting the proceedings so that they do not cause harm to the third party.

THE POSITION OF THE THIRD PERSON IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN TAIWAN

TABLE OF CONTENTS: 1. Formal and Third Parties in Criminal Proceedings. - 1.1. Information about a Crime Suspect (Complainant / Informant). - 1.2. Persons Who Have the Right to Bring a Private Prosecution - 1.3. Participants in the Mediation Process - 1.4. The Victim Participating in the Proceedings - 1.5. Persons Who Have the Right to Raise Objections. - 1.6. Participation in the Proceedings as Personal Evidence. - 1.7. Investigations Against Non-Defendant. - 1.8. Persons with an Obligation to Cooperate - 2. Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties. - 2.1. Constitutional Law. - 2.2. Domestication of International Law. - 3. Third Parties in the Field of Prevention and Crime Control. - 4. Third Parties and New Means of Criminal Investigation. - 4.1. Police and Law Enforcement Investigations. - 4.2. Prosecutorial Inquiry. - 4.3. If Relevant, Judicial Investigation. - 5. New Technologies and The Protection of Third Parties in Pre-Trial Measures. - 6. Third Parties in Court Proceedings. - 6.1. The Right of Third Parties to Be Heard Fairly. - 6.2. The Right of Third Parties Not to Be Questioned. - 6.3. The Protection of Vulnerable Witnesses. - 6.3.1. Isolated Investigation. - 6.3.2. Introduction of The Forensic Interviewer and Isolated Investigation. - 7. Prospect.

1. *Formal and Third Parties in Criminal Proceedings*

A third party in criminal proceedings is a person who is neither a member of the “state criminal prosecution agencies” nor the “the accused.” Even if they are not suspected of a crime and therefore not accused of guilt, they can influence the criminal proceedings in certain ways. Defender, assistant, and agent of the accused may also participate in criminal proceedings, even if they are not themselves accused. However, since they are on the side of the accused and support him, they are not considered as “third parties” in criminal proceedings in this article.

1.1. *Information about a Crime Suspect (Complainant / Informant)*

Criminal proceedings are conducted by the state, with the accused at the centre of the proceedings. Other persons—including the victim—have no right to participate in the proceedings and are therefore not considered as subjects of the proceedings. Crime suspect usually becomes known to the criminal prosecution agency through a notification, for example through a criminal complaint from a victim (§ 232 tCCP¹) or through a report from a third party who has become aware of the crime (§ 240 tCCP). The criminal police may initiate investigations with such a notification (§ 230 (2), 231 (2) tCCP), and the public prosecutor's office is obliged to initiate investigations, if there is suspicion (§ 228 (1) tCCP).

1.2. *Persons Who Have the Right to Bring a Private Prosecution*

* Professor, Department of Law; Dean, College of Law; Director, Center for Comparative Research in Criminal Law, National University of Kaohsiung.

¹ tCCP = code of criminal procedure of Republic of China (Taiwan).

The victim of a crime may bring a private prosecution in court. According to such an indictment, the court must initiate the trial. In this case, the victim participates in the trial as a private accuser and thereby acquires the status of a "subject of the proceedings" (§§ 319 and 320 tCCP).

1.3. *Participants in the Mediation Process*

During the investigation or the trial, the public prosecutor or the court may refer the case to a mediation committee to initiate mediation or rehabilitation proceedings (§§ 248-2, 271-4 tCCP). The victim can participate in this separate procedure. If a complaint for a crime of offense chargeable is necessary and mediation is successful, the complainant—who is accorded the same legal status as the victim—can withdraw their complaint. In this case, the public prosecutor may discontinue the proceedings and refrain from prosecution. Before the trial begins, the court may also decide to refrain from conducting the proceedings, if the complainant withdraws their criminal complaint (§ 303 (3) tCCP).

1.4. *The Victim Participating in the Proceedings*

In certain cases, listed by law, the victim may participate in the trial of the first instance and the appeal proceedings (§ 455-38 tCCP).

1.5. *Persons Who Have the Right to Raise Objections*

If the public prosecutor's office does not file Indictment at the end of the investigation or suspends them subject to certain conditions, the complainant may refuse to this decision. They then have the option of filing an appeal with the Attorney General of the Supreme Public Prosecutor's Office or the Attorney General of the Supreme Public Prosecutor's Office to compel the filing of charges and the opening of the trial.

If the appeal is dismissed by the Public Prosecutor's Office, the complainant may file a private prosecution with the court of first instance. With the court's approval, the private prosecution may be admitted, and the trial opened (§ 258-1 tCCP).

1.6. *Participation in the Proceedings as Personal Evidence*

If a third party learns of the commission of a crime, they can be questioned as a witness during the proceeding of police, the public prosecutor's investigation, or the trial of the court to clarify the facts. This role confers the status of a witness on the third party. Due to their professional knowledge, third parties can be called upon by the public prosecutor's office or the court to assist in the investigation of the facts (§§ 198 ff. tCCP) or in the execution of compulsory measures and thus acquire the status of an expert witness (§§ 205-1 tCCP).

1.7. *Investigations Against Non Defendant*

If evidence or confiscated items are in the custody of another person who is not the accused, or if there is a suspicion that this person has helped the accused to escape (§§ 122 (1), 133 (1) tCCP), compulsory measures can also be ordered and enforced against them.

Furthermore, the ordering of so-called “dragnet investigative measures” may inevitably result in the infringement of the fundamental rights of uninvolved persons – even if there is no direct connection to the evidence or the accused. Secretly conducted investigative measures for the purposes of criminal prosecution, such as telecommunications surveillance, room surveillance, querying connection and location data or satellite-based tracking, inevitably cover all persons involved in the investigation – regardless of whether they themselves are considered suspects or not.

1.8. *Persons with an Obligation to Cooperate*

In order to clarify the facts, stored content, communication histories, traffic data and user information of natural or legal persons can be used for criminal prosecution purposes – for example as evidence or as subject to seizure.

Under current law, operators of communications services are obligated to comply with requests for information from criminal prosecution agency. They must provide stored communication content, location data from mobile phone stations, connection data, and user information (§§ 14 and 14-1 CSSA²) and open appropriate access.

2. *Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties*

2.1. *Constitutional Law*

In connection with the *compulsory* measures described under A.7., the fundamental rights of third parties – such as the right of property (Art. 15 tConst³) and the right to informational self-determination (Art. 22 tConst) – may also be affected. When monitoring the content of telecommunications or providing information about connection and location data of mobile devices, the fundamental right to confidentiality of communications, freedom of privacy of correspondence (Art. 12 tConst) or the right to informational self-determination (Art. 22 tConst) may be impaired.

In the case of surveillance of conversations or activities in room, the fundamental right to inviolability of the home of third parties and their right to informational self-determination (Art. 22 tConst) may also be affected. Furthermore, the legally mandated participation of victims of a crime in the proceedings is consistent with the constitutional requirement of due process of law.⁴

The cooperation obligations of service providers mentioned under A.8. may also affect the fundamental right of third parties to freely exercise their profession, professional freedom (Art. 15 tConst).

2.2. *Domestication of International Law*

² CSSA = the communication security and surveillance act.

³ tConst = Constitution of the Republic of China (Taiwan)

⁴ Interpretation nr. 805 (2021), Grand Justices Council Judicial Yuan [司法院大法官會議解釋釋字第805號] (2021).

The Domestication of international law means the adoption of laws by the respective national parliaments within the framework of their legislative procedures. The content of these laws is essentially based on the fundamental principles of the relevant international conventions. As regards the position of third parties in criminal proceedings – in particular the understanding of the role of the victim, such as the victim's participation in the trial, his or her right to testify or to have right of statement, and the introduction of reconciliation procedures – there has been no more active implementation of international conventions in Taiwan, compared to the intensive discussion of the position of the defendant. These conventions have also been incorporated into national law by appropriate adaptation of criminal procedural law or its subsidiary legislations– for example, about the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.⁵

However, the amendments to subsidiary legislations of the criminal procedural law in recent years as well as new regulations in criminal procedural law show that the “participation of the victim in the proceedings” is not only in line with “Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power” (1985) of the United Nations, but also with the EU Directive on Victim Protection.⁶

3. *Third Parties in the Field of Prevention and Crime Control*

Communication service providers are obliged to provide storage capacity and open access to the collection of communication content to comply with their duty to cooperate under the CSSA. The operators also store information such as communication content of natural or legal persons, connection data, data volumes of network traffic and user information, which can be used for subsequent criminal procedural telecommunications surveillance or information about data generated during the use of the service.

According to the Sexual Assault Crime Prevention Act, the personal data of convicted sexual offenders must be recorded in the National Sexual Assault Offender Files. This personal data of sexual offender includes name, gender, date of birth, national identity number, place of residence, photograph, criminal information, fingerprints, and DNA data (§ 9 the Sexual Assault Crime Prevention Act).

This database of previous cases was established by the Department of Health and Welfare (§ 3 SAG) and is managed by two authorities: The Committee for the Prevention of Sexual Assault of the Ministry of the Interior is responsible for collecting and storing the basic information, the offence data and other relevant details (§ 3(1) Regulations for Collection and Management of Information on Sexual Offenders). The Criminal Investigation Bureau (CIB) of the Ministry of the Interior, on the other hand, is responsible for the collection, storage and comparison of photographs, fingerprints and DNA genotype data (§ 3 (2) of the same regulations).

The establishment of a nationwide sex offender registry is based on the idea of empirical findings that sexual offenses carry a comparatively higher risk of recidivism.

In order to quickly establish the identity of the accused during a subsequent trial, there must first be a suspicion of a crime based on concrete facts or evidence. If the person's

⁵ Decision supreme court of republic of china (taiwan) 2019, Nr. 4039.

⁶ Directive 2012/29/EU.

personal data is stored in the database, their basic data—such as photos or DNA profiles — can be retrieved and compared with biometric traces recovered at the crime scene. This allows us to determine whether there is a match with the stored data of a specific person, and to verify whether the person in question is identical to the accused.

4. *Third Parties and New Means of Criminal Investigation*

4.1. *Police and Law Enforcement Investigations*

According to §§ 229 to 231 of the tCCP, the criminal police are responsible for the so-called preliminary investigation, which precedes usually before the public prosecutor's investigation. The victim of a crime, a family member of the victim, or their legal representative may file a criminal complaint with the criminal police (§§ 232, 233, 235, 242 tCCP). Anyone who has knowledge of a criminal suspicion can file a report with the criminal police (§ 240 tCCP). As soon as the police receive sprue of a possible crime through a report, a compliant or other quelle (ex. from newspapers, television, online sources, etc.), they should initiate investigations to establish the facts (§§ 229 (2), 231 (2) tCCP).

At this stage, the complainant, if he or she is also the victim, an authorized third party or the informer are regarded as “informants” who communicate a suspicion of a crime and are therefore not given the status of parties to the proceedings in the further course of the proceedings. At most, they can be called as witnesses based on their direct or indirect experience with the crime at the viewpoint of the criminal police. In order to clarify the facts of the case, the criminal police may issue them a notice for giving their statement. However, due to this notice, there is no obligation to attend or give evidence for them (§§ 196-1, 175 (2) no. 1 tCCP).

In the framework of the investigation, the police may use protective measures to question the accused, third parties and the victim separately – in particular, if this appears necessary due to the circumstances of the individual case or the physical or mental condition of the victim (§ 248-3 (2), (3) tCCP).

During the police interview of the victim, the legal representative, a person with a special close relationship to the victim, a roommate or a person of his trust (such as a doctor, psychologist, counsellor or social worker) may – with the victim's consent – be present and make a statement (§ 248-1 (1) tCCP).

Providers and operators of communications service and public networks are obliged to cooperate in the implementation of measures to monitor communication content (§ 14 (2) CSSA). The costs incurred for the implementation of this cooperation duty will be borne by the law enforcement authority (§ 14 (3) CSSA). The technical system must be suitable to enable the monitoring of communication content. The costs for setting up and maintaining this system are borne by the competent authority (§ 14 (5) CSSA).

Providers and operators of communications services and public networks are subject to a general obligation to store information about users – including connection data – and to provide information to law enforcement authorities (§ 14-1 (1) CSSA). In this case the competent law enforcement authority will also bear the costs of implementation (§ 14 (1) Sentence 3 CSSA). Operators specifically designated by the establishment authority for telecommunications surveillance also have a special obligation: they must store the recording

of data volumes and cooperate with corresponding requests for information from the law enforcement authorities (§ 14-1 (2) CSSA). The costs for setting up and maintaining the technical functions required for this purpose within the scope of this special cooperation duty shall be borne by the establishment authority (§ 14-1 (5) CSSA).

4.2. *Prosecutorial Inquiry*

According to section 228 of the Code of Criminal Procedure, the public prosecutor is the head of the investigation. The victim of a crime, a person with a certain close relationship to the victim, or their legal representative may file a criminal complaint with the public prosecutor's office (§§ 232, 233, 235, 242 tCCP). Any person who has knowledge of the suspicion of a criminal offense may also file a report with the public prosecutor's office (§ 240 of tCCP). As soon as the public prosecutor becomes aware of a suspicion of an offense through a complaint or a report, he or she should initiate an investigation (§ 228 (1) tCCP). In criminal proceedings, applicants who are also victims of the crime, as well as other persons authorized to file a complaint, or report, are considered "informants" of a suspected crime. Therefore, they do not receive any formal status as parties to the proceedings in the further course of the criminal proceedings. However, depending on the decision of the public prosecutor, they may be questioned as witnesses due to their irreplaceable direct or indirect experience with the crime. To clarify the facts of the case, the public prosecutor may summon witnesses; they are then required to attend (§ 178 tCCP) and must testify, if under oath is necessary, and provide truthful testimony (§§ 186, 193 tCCP; § 168 tStGB).

In the case chargeable only upon complaint, the complaint may be withdrawn at any time before the conclusion of the argument in the trial of the first instance. (Section 238 (1) tCCP). In this case, the court must issue a judgment refusing to open or continue the trial, „Case Not Entertained” (不受理判決)(§ 303 (1) No. 3 tCCP). However, for the preliminary investigation and preliminary investigation proceedings, the Code of Criminal Procedure (tCCP) does not give any clear legal consequences for the withdrawal of a criminal complaint. In this context, the police and public prosecutor's office do not act as the competent authorities for accepting a withdrawal request. It is up to the public prosecutor to decide, according to the principle of legality or expediency, whether the case should proceed to the trial.

The principle of expediency is also enshrined in the Code of Criminal Procedure (tCCP). At the end of the investigation, the public prosecutor can decide, in accordance with the principle of proportionality, whether to file charges or not (§§ 252, 253, 253-1 tCCP). In such a case, the complainant may submit a written application for reopening of the proceedings to the High Public Prosecutor's Office or the Supreme Prosecutor's Office within ten days of receiving the decision of the Public Prosecutor's Office (if the High Prosecutor's Office is responsible in the first instance, § 256 (1) tCCP).

If the application for reopening is rejected, the complainant may, within ten days of receipt of the rejection notice, instruct a lawyer to file an application for permission to bring a private prosecution with the court of first instance (§ 258-1 tCCP). In framework of this procedure, the appointed attorney has the right to inspect the files. This right can only be prohibited or restricted, if it would jeopardize ongoing investigations or violate legally protected confidentiality interests (§ 258-1tCCP).

During the investigation, the public prosecutor may use shielding devices to question the accused, third parties and the victim separately, if this is necessary due to the

circumstances of the individual case, or the physical or mental condition of the victim (§ 248-3 (2) tCCP).

During the prosecutor's interrogation of the victim, the legal representative, a person with a particularly close relationship, a roommate or a doctor, psychologist, counsellor or social worker who has a relationship of trust with the victim may be attend and make statements - with the victim's consent (§248-1 (1) tCCP).

If a victim-offender mediation is reached, or if the rehabilitation process has a noticeable effect, the public prosecutor can discontinue the prosecution depend on the principle of opportunity – especially, if in a case chargeable only upon complain the victim voluntarily withdraws their complaint.

In cases of sexual offenses, § 18 (3) of Sexual Assault Crime Prevention Act stipulates: if the witness, who is also the victim, is a child (under 12 years of age)⁷ or a juvenile (between 12 and 18 years of age), and none of the authorized accompanying persons named in § 18 (1) of Sexual Assault Crime Prevention Act (= § 248-1 (1) tCCP) are attend at the interrogation, the public prosecutor must notify the competent authority of the special municipality, the county or the city in order to appoint a social worker for the victim. These persons may not only join the interrogation but also may express his or her opinion. This is a statutory duty to cooperate. If one of the authorized accompanying persons is missing, the public prosecutor is obligated to appoint a social worker.

Providers and operators of communications service and public networks are obligated to cooperate in the implementation of the surveillance of communications content (§ 14 (2) CSSA). The resulting costs are borne by the law enforcement authorities (Section 14 (3) CSSA). These providers' systems must be equipped to technically support the surveillance of communications content. The costs of setting up and maintaining such systems are borne by the authority responsible for their setting up (§ 14 (5) CSSA).

In addition, providers and operators have a general obligation to store user data of communications services – such as connection data – and to cooperate with requests for information from law enforcement authorities (§ 14-1 (1) CSSA). The costs for implementing this general obligation to cooperate are borne by the requesting law enforcement authority (§ 14 (1) Sentence 3 CSSA).

If providers or operators are officially appointed by the competent supervisory authority, they are also subject to a special duty of cooperation: they must record data of volumes of network traffic and provide the relevant data upon request from law enforcement authorities (§ 14-1 (2) CSSA). The costs for setting up and maintaining of the technical functions that exclusively serve this special duty of cooperation are borne by the authority for establishment of competent system (§ 14-1 (5) CSSA).

4.3. *If Relevant, Judicial Investigation*

In Taiwanese criminal procedural code there is also the legislation of private prosecution. The victim of a crime may file a private prosecution (§ 319 (1) of the tCCP).

In this case, the private prosecutor, who is also the victim, assumes a similar position to the public prosecutor and thus becomes a party to the proceedings. Due to the legal requirements regarding the required involvement of a lawyer, the private prosecution must be filed with the court by an appointed lawyer (§ 319 (2) tCCP).

⁷ According to the legal definition of section 2 of the protection of children and youths welfare and rights act.

During the trial, the victim and their relatives may attend and make statements. However, if they fail to attend without reasonable reason according to a court summons, the trial may continue in their absence (§ 271 (2) tCCP).

The judge is authorized to question the accused, third parties and the victim separately using shielding devices, if this appears necessary due to the circumstances of the case or the physical or mental condition of the victim (§ 271-2 (2) tCCP).

During the judicial interrogation of the victim, the legal representative, a person with a particularly close relationship to the victim, a person living with the victim or a doctor, psychologist, counsellor or social worker who has a relationship of trust with the victim may be attend and make statements – with the victim’s consent (§ 271-3 (1) tCCP).

During the trial, the judge may initiate a mediation procedure or—at the request of the accused or the victim and in agreement with the public prosecutor, representative, defense counsel, or counselor—order the conduct of a rehabilitation procedure by an appropriate authority, institution, or organization. This is a supplementary procedure.

If the victim is criminally irresponsible, has limited criminal responsibility, or is deceased, the complaint can be filed by their legal representative, a direct relative, or their spouse (§ 271-4 tCCP). If victim-offender mediation is achieved or the rehabilitation process has a discernible effect, the court may – particularly in the case chargeable only upon complaint– issue a judgment refusing to open or continue the trial, „Case Not Entertained” (不受理判決), if the victim voluntarily withdraws the filed complaint (§ 303 (1) No. 3 tCCP).

For certain especially serious crimes – such as those based on intentional or negligent conduct resulting in death or serious physical injury – as well as in cases of so-called catalog offenses, such as:

- offenses under Chapter 16 (violation of sexual self-determination),
- commits an obscene act,
- seduction and kidnapping,
- murder,
- serious physical injury,
- abuse of persons under 18 years of age,
- abortion without consent,
- deprivation of liberty,
- robbery and piracy,
- kidnapping for ransom, and
- offenses under §§ 31–34 of Human Trafficking Prevention Act; §§ 32–36 of Child and Youth Sexual Exploitation Prevention Act,

After the prosecution has been brought, the victim can participate in the trial of court together with the public prosecutor up to the second instance (see §§ 455-38 ff. tCCP – Participation in proceedings by victim).⁸

In cases of sexual offenses, § 18 (3) of Sexual Assault Crime Prevention Act stipulates: if the witness ,who is also the victim, is a child (under 12 years of age)⁹ or a juvenile (between 12 and 18 years of age), and none of the authorized accompanying persons named in § 18 (1) of Sexual Assault Crime Prevention Act (= § 248-1 (1) tCCP) are attend, the judge must

⁸ This does not make the victim a subject of the trial, but merely provides them with the opportunity to participate in the proceedings. they are not granted any influence over the course of the proceedings. See H. HSU, *Victim-Oriented Criminal Procedure? – The Current Norm and Outlook for Victim Participation in Proceedings*, in W. HSUEH (eds.), *Toward a New Era of Criminal Procedure*, Taipei, 2025, p. 231.

⁹ According to the legal definition of section 2 of the protection of children and youths welfare and rights act.

also notify the competent authority of the respective special municipality, county or city in order to appoint a social worker for the victim. These persons may not only be present during the interrogation of court but also may express his or her opinion. This constitutes a legally required participation and a appointed duty of court.

If the complainant or victim can not accept the court's judgement, they may appeal through the public prosecutor (§ 344 (3) tCCP). However, the complainant or victim does not have their independent right of appeal, and the public prosecutor is not bound by their wishes to appeal.

Providers or operators of telecommunications and public networks are obligated to cooperate in the implementation of the surveillance of communication content (§ 14 (2) CSSA). The costs incurred through this cooperation must be borne by the law enforcement authorities (§ 14 (3) CSSA). The providers' systems must be technically capable for support of communication surveillance. The costs for setting up and maintaining of these systems are borne by the responsible authority (§ 14 (5) CSSA).

In addition, providers and operators have a general obligation to store user data from communications services – including connection data – and to support inquiries from law enforcement authorities (§ 14-1 (1) CSSA). The costs for implementing this general obligation to cooperate are borne by the requesting law enforcement authority (§ 14 (1) Sentence 3 CSSA).

If a provider or operator is designated by the competent supervisory authority, they are also obligated to provide special cooperation: They must store network traffic data and cooperate with law enforcement authorities' requests for information (§ 14-1 (2) CSSA). The costs for setting up and maintaining of these special technical functions are borne by the authority responsible for their establishment (§ 14-1 (5) CSSA).

5. New Technologies and The Protection of Third Parties in Pre-Trial Measures

The surveillance of communication content for obtain of content data is regulated in the *subsidiary legislation* to the Code of Criminal Procedure, particularly in the Communication Security and Surveillance Act (CSSA). However, this only involves the surveillance of running communications. There is currently no legal basis for interfering with closed communications - for example, through online searches (Online-Durchsuchungen) or monitoring at the source of communications (Quellen-Telekommunikationsüberwachung) with Trojan software ("state Trojans"), i.e., the intrusion into target information systems.¹⁰

However, according to CSSA, so-called traffic data because of using of communication services – such as connection data or location data of a mobile device – may also be provided for the purposes of criminal prosecution.

In 2024, the Taiwanese Code of Criminal Procedure was amended by the new Chapter 11-1: "Special Technological Investigative Measures." This contains regulations for satellite-based investigative measures and the use of IMSI-Catchers.

Furthermore, according to the Communication Security and Surveillance Act (CSSA) and the Taiwanese Code of Criminal Procedure (tCCP) in its 2024 version, the surveillance of conversations and activities in a room for purposes of criminal prosecution is only

¹⁰J. WU, *Strafprozessuale online-durchsuchung und quellen-tekü*, in *Academy For The Judiciary, Ministry Of Justice, Essays On Criminal Policy And Crime Research* (23), Taipei, 2020, p. 461.

permitted from outside. This means that no surveillance devices (such as audio or video recording devices) may be installed in the target room (§ 153-3 tCCP in connection with § 13 (1) Sentence 2 CSSA).

Due to the nature of these technologies, it is inevitable that all parties involved - independent of whether there is a concrete suspicion of a crime or any other connection with the accused or the objects to be seized- may be affected by the measures. In view of the sometimes strongly interference with fundamental rights, the legislature therefore requires graduated conditions for ordering such investigative measures, their threshold depends on the intensity of the interference.

Telecommunications surveillances are only permissible for serious crimes, those are punishable with a minimum of a three-year fixed-term imprisonment, or for certain categories of offenses, as these involve recording the content of communications. Furthermore, the principle of subsidiarity must be observed— it is difficult or there are no other methods to collect or investigate the evidence (§ 5 CSSA).

The surveillance of activities in a room can be ordered both under The Communication Security and Surveillance Act (CSSA) and under the new provisions of the Taiwanese Criminal Procedure Code of 2024. However, the application of the new provisions requires that the offence is punishable by an imprisonment of not less than five years. But the general provisions take precedence. This parallel regulatory situation raises questions about clarity of application and legal certainty.

The content data obtained through the ordering and execution of telecommunications surveillance as well as the traffic data generated during the use of communication services (e.x. connection data, location data of mobile devices) must be stored securely. They must be destroyed, if they are no longer required for the purpose of the investigation (§ 17 CSSA).

The data obtained through the use of an IMSI-Catcher must also be deleted as soon as the purpose of the investigation has been achieved – this means in particular if the data obtained has already been used to determine whether the target device was used by the suspect.

6. *Third Parties in Court Proceedings*

6.1. *The Right of Third Parties to Be Heard Fairly*

The court should summon the victim in advance of the trial. If the victim is present, they can express their opinion. However, if the victim fails to attend without reasonable reason, the trial can still be opened and conducted, although the victim is not present (§ 271 (2) tCCP). In this case, the victim is not considered as a subject of the proceedings and has no procedural rights under the tCCP.

In according to the principles of direct taking of evidence, the priority of personal evidence over physical evidence and due to oral proceedings, the court is obliged to question witnesses, who are also victims, in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure. For example, the witness must be summoned at least 24 hours before the hearing (§ 175 (4) tCCP). By law, the interrogation of the witness by a judge must be recorded exclusively in writing, even if the hearing must be recorded in audio and, if it is necessary, also in video (§44-1 (1) tCCP). To clarify the facts of the case, witnesses may be confronted

and questioned by the accused or other accused persons (§ 184 (2) tCCP). During the trial, the accused, the public prosecutor, or the private prosecutor may ask the witness questions during cross-examination (§ 166 tCCP).

If a third party is summoned as an expert witness, the court must formally question him in accordance with the relevant provisions of the Code of Criminal Procedure (tCCP) to determine the results of his report – because an expert witness also counts as personal evidence. Instead of an oral examination, the mere reading out of the written report in the trial is not permissible (§ 206 (1) and (4) tCCP). The entire trial must be recorded in audio and, if it is necessary, also video recorded (§44-1 (1) tCCP). The testimony of expert witness during interrogation by judge must be recorded in writing. Here, the accused, the public prosecutor, or the private prosecutor has the same right to cross-examine too (§ 166 tCCP).

6.2. *The Right of Third Parties Not to Be Questioned*

According to Section 159 (1) of the Code of Criminal Procedure (tCCP), statements made outside the trial by other persons than the accused – such as witnesses or expert witness – may not be used as evidence to clarify facts. The taking of evidence by witnesses or expert witnesses should generally take place through interrogation by judge or through questioning by other parties of the proceedings in the trial. Statements made against the public prosecutor, or the police may not be used as evidence to explain the facts of the case in the trial.

In addition, the judge may – based on the tCCP and its supplementary provisions – read out the writing of statements by witnesses or expert witness outside the trial and use them as evidence to clarify the facts. For example, the writing of a statement made against a judge or public prosecutor outside the trial (§159-1 tCCP) can be used in the trial either in addition to the statement made during judicial questioning or simply by reading it out to clarify the facts.

Another example is the situation in which a witness or expert witness gives a different statement in the trial than his or her prior statement to the police or public prosecutor. In such a case, the court may take the statement into account, if it is more reliable and if it appears suitable for explain the facts (§159-2 tCCP).

According to §159-3 tCCP, the reading out of previous statements to the police or public prosecutor is permissible, if direct judicial questioning is not possible in the trial– for example because:

- the person concerned has died,
- they are unable to give statement due to physical or mental impairment,
- they are abroad, or their locations are unknown,
- or they refuse to give statements without reason despite being present in court.

In such cases, the prior statements may be read out, if the court considers them more reliable and they are necessary to clarify the facts of the case.

In cases of sexual offenses, the court may read out the writing of a prior statement by the witness, who is also a victim in the trial, if one of the following conditions is match:

- the victim is unable to give a statement due to physical or psychological injuries caused by the offense;
- the victim is unable to give a complete statement during the interrogation or questioning due to physical or psychological stress, or
- the victim refuses to give a statement;

- the victim is a child or teenager, and the statement is necessary to clarify the facts of the case (§ 26 (1) Sexual Assault Crime Prevention Act).

In addition, Section 19 (3) of Sexual Assault Crime Prevention Act says that the statements made by the victim during an interview by expert witness may be used in the trial by reading out the writing of the investigation¹¹.

6.3. *The Protection of Vulnerable Witnesses*

6.3.1. *Isolated Investigation*

If a witness can not appear in the public prosecutor's investigation – for example because he is abroad or is sick – the public prosecutor may at first hear the views of the accused or his defense attorney and then proceed to question the witness. If a personal interrogation is not possible, it can also be conducted via audio and video transmission (§ 177 (1), (2), (4) tCCP).

These regulations are considered as general provisions for witness protection and are not independent, whether the witness is also a victim or whether there is a special need for his protection.

If the protection of a witness appears necessary under the Witness Protection Act, a witness protection program can be ordered and implemented – even for witnesses who are also victims. In the public prosecutor's investigation, these protected witnesses can be questioned or questioned separately from the accused and other parties to the proceedings by means of measures such as wearing a mask, changing voice, appearance, using video communication (§ 11 (4) the Witness Protection Act).

These special investigative methods also apply to protected complainant, reporter and “real” victim within the meaning of Section 15 (1) of the Witness Protection Act¹².

6.3.2. *Introduction of The Forensic Interviewer and Isolated Investigation*

According to Section 19 (1) of the Sexual Assault Crime Prevention Act, in cases of sexual offenses, in which a child (under 12 years old) or a physical impaired person is also a witness, experts must participate in the questioning or *cross examination*, in the public prosecutor's investigation or in the trial of court, in the investigation of the police, if investigating officers or the court consider this necessary (necessary participation of experts).

These experts have special expertise in conducting interviews, particularly in questioning techniques and design of interview in cases of sexual offenses, in which children or physical impaired persons are involved (§ 2 Sexual Assault Crime Prevention Act).

The assessment, whether assistance is needed and whether cooperation is necessary, is based on opinions of expert about the victim's ability to communicate and his or her specific needs (§ 19 (1) Sexual Assault Crime Prevention Act).

“Assistance” means the questioning authorities – police, public prosecutor or court – come across inappropriate questions that are not appropriate for the victim or that the victim

¹¹ See F. c. 2.

¹² For the criteria for the need to protect the victim who is not also a witness, as well as for criticism of the applicability of witness protection programs, see J. WU, *Die rechtfertigung der anordnung und des vollzuges von schutzprogrammen für opfer und beweiserbote*, in W. HSUEH (eds.), *Toward a New Era of Criminal Procedure*, cit., p. 233 ff.

is not able to answer adequately. In such cases, the experts provide technical recommendations for adapting of questions, so that a more precise and gentle investigation of the facts becomes possible. Exceptionally experts can provide the victim questions – but only, if the police, public prosecutor or court are unable to implement the recommendations that sensibly despite expert advice (§19 (4) Sexual Assault Crime Prevention Act).

The legal status of experts is controversial in the literature. It is argued that they are considered neither as expert witnesses or as witnesses within the meaning of Section 24 of the same law. However, functionally, they play a similar role like an assistant or an expert witness¹³.

According to Section 26 (2) of the same law, the victim's statement, which is made during a professionally supervised interview, can be used as evidence. This form of questioning is similar in structure to cross examination (§ 166 tCCP) or to questioning of parties in the context of request to examine the evidence (§ 163 (1) tCCP). This allows the police, public prosecutor and court to draw on multiple sources of information to comprehensively clarify the facts.

In addition, during interrogations or cross-examinations with participate of experts, one-way mirrors or audiovisual transmission devices may be used to ensure physical separation between the victim, experts, police, public prosecutor and court. The entire proceedings shall be recorded in audio and video (§ 19 (4) and (5)).

7. Prospect

1. In Taiwan the right of criminal penalties is monopoly determined and enforced by the country. The participation of third parties in criminal proceedings makes the hope possible, that the state criminal prosecution agencies will be able to better the facts of the case understand through the diverse sources of information and that they will be able to find the real truth. On this basis, sentencing will not only depend on injustice (Unrecht) and responsibility (Schuld) but also on expectations of social justice.

2. Third parties are convinced by the finding of a just punishment and thus raise fewer objections, which can only be understood as a "Reflection Benefits". The procedure can be completed as planned, and thus reducing the number of cases. It is still within the framework of idea for procedural economics.

3. When third parties are through ordering and enforcing of *compulsory measure* affected, the principle of proportionality must be observed and must be granted appropriate compensation, taking into account the impact on their fundamental rights. They must be granted an appropriate compensation and this be taken into account the impact on their fundamental rights.

ABSTRACT: *The Position of The Third Person in Criminal Proceedings in Taiwan*

¹³ C. LEE, *Forensic Interviewers at Criminal Trials*, in *Chengchi Law Review*, 2021, p. 106 ff.; *Judicial Aspiration*, no. 134, Taipei, 07.2020, p. 81 ff.

A third party in criminal proceedings is another person than state criminal prosecution agencies (criminal police/public prosecutor, court) or private prosecutors and the accused. Based on the Taiwanese literature and the proposed debate structure, this article aims to highlight Taiwan's experiences in legislation and law enforcement, such as the types of third parties, the implementation of the Constitution and international law, participation in criminal proceedings and the protection of third parties, etc., in order to describe the position of third parties in Taiwanese criminal proceedings. Finally, in comparison with the theoretical ideal model, some suggestions will be given and should be taken into account in future legal reform.

To determine whether an individual is entitled to state punishment for committing a crime, criminal proceedings are reserved for the state. The victim of a crime has no independent right to initiate such proceedings. Due to the overload caused by the large number of cases and in the interest of procedural economy, the plea bargain procedure based on the principle of the parties' discretion was initially introduced. More recently, the concept of restorative justice has been added, in which a third party is granted the right to participate in the trial.

When state compulsory measures are executed—such as searches or seizures—not only the accused himself, but also other persons closely associated with him, the evidence, or the objects to be seized may be affected. Under certain conditions, compulsory measures may also be ordered and executed against them. Since the introduction of covert information collection measures gathering into the Taiwanese Code of Criminal Procedure, even persons who have no connection whatsoever to the accused or the evidence may inevitably be affected.

This article - based on the structure proposed by the conference - aims to systematically present the position of third parties in Taiwanese criminal proceedings and concludes with an outlook.

5.

Il terzo nella giustizia penale straniera e comparata

Sez. 2

Comparazione

ANTONELLA FALCONE*

**RELATIVISM AND PLURALISM IN THE ROLES OF THIRD PARTIES IN CRIMINAL JUSTICE FROM A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE.
MULTILEVEL PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND SAFEGUARDS OF
THIRD PARTIES IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

SUMMARY: 1. Defining third parties in criminal proceedings: a comparative perspective across European and non-European legal systems. – 2. Relativism and legal pluralism in the roles of third parties in criminal justice. – 3. The fundamental rights and safeguards of third parties. – 3.1 Constitutional law. – 3.2 Domestication of international law. – 3.3. Implementation of EU law. – 4. The right to be fairly heard in judicial proceedings from a comparative perspective. – 4.1. Preliminary remarks. – 4.2. The right to be fairly heard for third parties. – 5. The right not to be questioned. – 6. The protection of vulnerable third parties in court proceedings. – 7. Third parties in criminal justice: comparative outcomes. – 7.1. The expanding role of third parties in criminal justice across criminal justice legal systems. – 7.2. From party-centred fairness to multi-subject criminal proceedings. – 7.3. Differentiated fair hearing: vulnerability, technology, and procedural adaptations in criminal justice.

1. Defining third parties in criminal proceedings: a comparative perspective across European and non-European legal systems

This paper examines the roles of third parties within some criminal justice systems from a comparative law perspective. In particular, it considers both European countries – namely Spain, Germany, England and Wales – and non-European ones, including Colombia, China, South Korea, and Taiwan¹.

By comparing selected European legal systems with South American and East Asian experiences in criminal procedural law, this study aims to highlight how diverse constitutional frameworks and legal cultures shape the recognition, role, and protection of third parties in contemporary criminal proceedings, particularly in light of the ongoing digital transition.

For the purposes of the present research, it is necessary to clarify from the outset what is meant by “third party”, in order to delimit its scope and establish a conceptual framework for the comparative analysis². However, designating the very concept of this

* Postdoctoral researcher in Criminal Procedural Law – University of Messina.

¹ The study situates itself in continuity with the research developed in the volume edited by S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO, *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study from which it draws both methodological inspiration and thematic orientation*, Cham, 2024, from which it draws both methodological inspiration and thematic guidance. Accordingly, references to other legal systems already examined in that work, such as the Italian one, will be made where relevant.

² Reporters were asked to explain which natural or legal persons held the formal *status* of parties to criminal proceedings in the relevant domestic jurisdiction. For the purpose of the present research, they have been also informed that the concept of “third persons” does not apply to general categories of people. However,

category is more complex than it might appear at first sight. Indeed, it should be noted that the notion adopted here does not seek to encompass all existing theoretical approaches on this subject³. Rather, the proposed definitional model concerning “third parties” represents only one of several possible reconstructive solutions within comparative criminal procedure⁴.

This explains why, instead of imposing a rigid or uniform description of “third party”, the study has rather preferred using a flexible definition capable of describing the diversity of procedural systems across the legal orders examined. Therefore, the notions provided to the reporters were intentionally structured along a spectrum, that is, from a narrowly procedural understanding (non-participants granted specific procedural powers) to a functional conception (persons compelled to participate in proceedings or subjected to coercive measures), and finally to a human-rights-oriented approach (individuals indirectly affected by investigative activities).

In light of this, in a narrow sense, reporters were asked to consider “third parties” as referring to specific natural or legal persons who are not formal parties in the criminal proceedings but are nonetheless granted certain procedural rights or powers comparable to those of formal parties (such as access to case materials, *ius postulandi*, etc...). Examples include the owners of seized assets or holders of property rights (rights *in rem*), who may even be treated as substantive parties to the proceedings.

Moreover, contributors were invited to include within the category of “third parties” those individuals who are called upon or requested to participate in procedural acts, such as witnesses, experts, and victims.

In a broad sense, “third parties” were understood as encompassing persons subjected to procedural measures without being neither formal parties nor participants, such as those

some of the reports have addressed the relationship between the dynamics of criminal investigations or judicial proceedings and public opinion or the media whenever necessary in order to properly examine specific issues from the perspective of domestic law. On this topic, see in this *Dossier*, B. GALGANI, *Diffusione delle informazioni giudiziarie all'esterno del processo tra esigenze di pubblicità e tutela dei dati personali... anche dei terzi*, who examines the tension between the publicity of criminal proceedings and the protection of personal data and privacy of participants – including defendants, accused persons, witnesses, and other third parties – from the perspective of the Italian legal system. This author highlights how technological developments, social media, and online databases have made it increasingly difficult to strike an appropriate balance between transparency and privacy, thus giving rise to notions such as the online “right to be forgotten” and the “right not to be easily found”. She also notes that EU law, in particular Article 17 of the GDPR, along with national reforms, provides mechanisms for data erasure; however, these measures operate *ex post* and cannot always prevent violations of privacy.

³ Besides, it would prove to be a very difficult task. As clearly pointed out by A. FUSCO, *Diritti fondamentali, procedimenti di prevenzione e tutela del terzo nel mondo digitale: uno sguardo agli standard sovranazionali*, in this *Dossier*, para. 1, the notion of the “third party” has a relational nature, since it is defined in relation to a first and second party. While criminal proceedings already encounter difficulties in applying this concept – as being adopted from the vocabulary of civil and civil-procedural law, and ultimately from Roman law – these challenges are even more prominent in preventive proceedings, where the definitional boundaries of the third party expand considerably. In the context of preventive measures, in particular, the category at stake faces both substantive and procedural challenges, stemming from its derivation from other branches of law. As a result, the application of civil-law schemes governing third-party intervention proves to be particularly complex.

⁴ For instance, in order to make it functional for its own procedural model, the Chinese report has proposed a different theoretical approach, which distinguishes between formal and informal participants, on one hand, and public authorities, on the other hand. Cf. X. MOULIN, *Authorities and Participants beyond Third Party in Criminal Proceedings: Lesson and Report from China*, in this *Dossier*, para. I, who also recalls different ways of conceiving the category of third party from the viewpoint of various scholars.

targeted by wiretaps, interceptions⁵, surveillance, or cyber investigations, as being indirectly affected by such intrusive investigative measures⁶.

Along these lines, from a human rights perspective, the concept was further extended to cover those individuals who, while not directly targeted by criminal inquiries, might nonetheless be accidentally affected by procedural activities. In this sense, certain categories, such as co-accused, victims, or injured persons, as well as family members of undercover agents or participants in special protection programs, require specific attention depending on their classification under domestic law.

By adopting a comparative perspective, this research ultimately seeks to analyse both convergences and divergences regarding the extent to which third parties may take part in criminal proceedings in the selected jurisdictions⁷. More specifically, the examination takes into account the right of third parties to be fairly heard in judicial proceedings. While considering the limits to their involvement, including the right not to be compelled to make a statement or to be subjected to questioning. Finally, this paper explores the protection afforded to non-parties during court activities. Particular attention is also dedicated to the safeguards granted to vulnerable third parties, such as witnesses and victims⁸.

2. Relativism and legal pluralism in the roles of third parties in criminal justice

Before delving into this comparative analysis, it is of the paramount importance to outline further key aspects in order to better clarify the framework of the study.

⁵ On this topic and from the Italian perspective, cf. S. LORUSSO, *Nessun dubbio (per la CEDU) sull'uso distorto delle intercettazioni lesive dei terzi estranei al procedimento*, in www.legislazionepenale.it, 2025, p. 1 ff.; E. SCORZA, *Diritto al rispetto della vita privata, procedimento penale e mezzi di ricerca della prova: la Corte EDU si pronuncia sulla tutela dei terzi*, in *Cassazione penale*, 2024, p. 2840. Similarly, but with regard to property rights, cf. T. BENE, *Le garanzie procedurali a tutela della posizione del soggetto terzo in procedure di ablazione del diritto di proprietà*, in *Processo penale e giustizia*, 2025, p. 995 ff. From the Spanish viewpoint, cf. J.L. RODRÍGUEZ LAINZ, *La afectación de terceros por medidas de investigación tecnológica en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea y del tribunal europeo de derechos humano*, in this *Dossier*.

⁶ Cf. the in-depth analysis carried out by L. FIORE, *Captatori informatici, "terzi non indagati" e diritti sacrificabili: alla ricerca di un equilibrio tra efficienza investigativa e rispetto dei diritti fondamentali*; D. FOTI, *Riservatezza informatica e indagini digitali*; C. SCACCIANOCE, *Strumenti di indagine con impatto a largo raggio: le perquisizioni online e le ricadute sui soggetti terzi non indagati*, in this *Dossier*. On this subject, cf. also F. VERGINE, *La tutela del soggetto estraneo alle vicende processuali*, in G. SPANGHER (ed.), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino, 2017, p. 463.

⁷ In line with these premises, it is worth recalling that one of the most significant Italian scholars, Rodolfo Sacco, viewed comparative law not merely as a tool for comparing legal rules across systems, but as a method for understanding the structure and dynamics of legal systems themselves. His approach emphasised that comparative law should go beyond formal sources and explore the many components that make up a legal order – what he termed «legal formants» – including norms from legislatures, case law, scholarly works, and even implicit legal practices. See R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 1 ff. This approach shows that legal systems evolve through cultural, historical, and social interactions, rather than remaining static. Cf. A. GUARNIERI, *Rodolfo Sacco's Scientific Parabola*, in *International Journal of Semiotic Law*, 2024, p. 1485 ff. Rodolfo Sacco also stressed the critical role of law and language, by highlighting the importance of both the legal translation and the dynamics of multilingual interpretation as central to comparative analysis. In this sense, cf. B. POZZO, *Rodolfo Sacco and the Multiple Relations Between Law and Language*, in *International Journal of Semiotic Law*, 2024, p. 1511 ff.

⁸ Further aspects, including those related to the pre-trial measures and the preliminary inquiries are addressed by V. DI NUZZO, *Relativism and pluralism in the roles of third parties in criminal justice from a comparative law perspective: part II*, in this *Dossier*.

The most significant remark relates to the choice to encompass both European and non-European legal contexts. As is well known, some of these legal systems follow or are traditionally inspired by civil law (Spain, Germany) or common law (England and Wales) principles. Procedurally speaking, certain criminal justice systems follow the inquisitorial model (typical of many civil law countries), others the adversarial one (typical of many common law countries), and some feature a combination of both (Spain, Italy).

This diversity allows for a heterogeneous analytical framework, enabling a broad comparative perspective across different legal traditions and procedural models. However, we should point out that this classification can be misleading since legal orders may not fit completely into one of these single categories. Criminal justice systems, indeed, evolve over time and often incorporate elements from multiple legal traditions. For instance, some criminal justice models typically associated with the civil law model may result in adopting adversarial procedures in criminal trials, while certain common law-inspired systems may integrate inquisitorial-like investigative measures. Besides, the procedural prototypes can vary depending on the peculiarities of each case, making rigid labels inadequate to represent the complexity of contemporary criminal justice⁹. But above all the growing influence of supranational and international courts have strongly contributed to progressively blurring these distinctive features¹⁰ and, in this light, consideration of third parties' rights itself plays a pivotal role in shaping the conceptualisation and structure of the traditional models of criminal proceedings.

With regard to the selected European countries, this research has examined not only domestic constitutional frameworks but also their relationships with international and supranational dimensions. In particular, it has placed emphasis on both the protection afforded by the European Convention of Human Right (ECHR), within the Council of Europe legal scenario, and the effects of the European Union integration process. From this viewpoint, the jurisdictions analysed have offered interesting fields of analysis, due to their different approaches to international and supranational law which ultimately influence the way international and supranational law interact with domestic legal orders. More specifically, we refer to the monist theories, as well as the dualistic ones –¹¹.

Moreover, we will see that in civil law countries, such as Spain and Germany, third parties – especially victims and people whose property is seized – are often provided with specific and even proactive rights, sometimes including the possibility to bring civil claims or to intervene in some procedural stages within criminal proceedings¹². In addition, the in-

⁹ See para. 2.

¹⁰ Cf. O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 1 ff.

¹¹ Cf. para 3.1.

¹² This is examined in paras 3 ff. It is also interesting to recall that similar considerations can be drawn from French, Italian, Hungarian, and Portuguese criminal justice systems. Cf. V. DI NUZZO, A. FALCONE in their comparative work, *Third Parties and Their Formal and Substantial Participation in Criminal Justice: A Comparative-Law Analysis of Domestic Jurisdictions*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties*, cit., p. 321 ff. Moreover, it can be anticipated that the most problematic role is that attributed to victims of crime, as each legal system establishes rules that determine the level of participation and the range of judicial instruments available to them, thereby influencing the extent of the safeguards afforded. Indeed, while in some jurisdictions victims are allowed to bring criminal charges formally against the suspect, in others, like in Italy, their role is limited to pursuing civil claims within criminal proceedings. Even within the EU, where Directive 2012/29/EU has significantly contributed to the development of common standards for victim protection, considerable differences persist among Member States regarding the opportunities available to injured persons to participate actively as formal parties in criminal proceedings. See, more specifically, para. 3.3. Also, cf. K. BRAUN, *Victim Participation Rights. Variation Across Criminal Justice Systems*, Cham, 2019.

fluence of both EU law and the caselaw of international and supranational courts has progressively strengthened procedural safeguards and recognition for victims and other non-participants in criminal proceedings¹³. In England and Wales, where criminal justice is historically based on a strongly adversarial tradition, third parties generally occupy a more circumscribed position, within a procedural model that maintains relatively clear distinctions between prosecution, defence, and external actors¹⁴. However, over time their rights and guarantees have been also influenced by the caselaw of the ECtHR, which has contributed to gradually expanding the fair trial safeguards.

In South America important constitutional reforms, which brought about the development of new standards of procedural guarantees, have led to the acknowledgment of third parties' rights and participatory mechanisms. Particularly in Colombia, individuals may enjoy significant procedural attention, thus reflecting a broad constitutional emphasis on fundamental rights and access to criminal justice. This trend has been reinforced by the caselaw of the Inter-American Court of Human Rights, which has highlighted the importance of protecting victims and other affected persons as part of States' obligations to ensure a fair trial¹⁵.

In the East Asian legal systems – China, South Korea, and Taiwan – the law concerning third parties reflects markedly different institutional and political settings. While South Korea and Taiwan have progressively enhanced third parties' procedural rights, China still presents a model in which their role is shaped by the state authority and the need to ensure the public interest¹⁶.

In other words, these structural differences ultimately influence the way the category of “third parties” should be defined.

Such assumptions lead us to further consider that, in a global and even more interconnected legal context, the traditional way of conceiving criminal justice, mostly based on the accused-prosecution relationship, appears already to be mostly obsolete. Indeed, in almost all the different legal traditions under examination, the expression “third parties” – including victims, witnesses, intercepted persons, but also communities, collective entities, non-governmental organisations, media, independent authorities, and supranational bodies

¹³ On this subject matter, cf. C. ORLANDO, The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties*, cit., p. 261 ff. Also, R. ESSER, *Third Parties in Criminal Justice. The Viewpoint of ECtHR Case Law*, in this *Dossier*.

¹⁴ See the theoretical reconstruction about “third party” carried out by M. DYSON, *Third Time's the Charm: Third Parties's Potential Roles in Criminal Procedure*, in this *Dossier*. Besides, more than ten years ago, E. CAPE, *Victims' Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*, in *Legal Ethics*, 2015, p. 56 ff., examined the victims' rights within England's adversarial system, by highlighting that the aggrieved person – especially of both state and non-state crimes – occupied a secondary role in criminal proceedings as mere participant or witness. He criticised the system's focus on punishing the accused and maintaining equality of arms, arguing that victims' rights remained inadequately protected. Furthermore, he advocated for reform incorporating international human rights standards and restorative justice principles to strengthen the procedural role and voice of victims as third parties. Similarly, cf. Y.D. UTHMAN HAMBALI, *Finding Voice for Victims of Crime in the Adversarial Criminal Justice System*, in *Journal of Law and Social Sciences*, 2015, p. 21 ff.

¹⁵ On this topic, cf. A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, *Third parties in Criminal Procedures: the Inter-American Court of Human Rights Case Law*, in this *Dossier*. Also, cf. F. VALDEZ PEREIRA, L.F. SCHNEIDER KIRCHER, *Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties*, cit., p. 229 ff.

¹⁶ For an overview of the Chinese criminal justice system, see B. YIN, O. DUFF, *Criminal Procedure in Contemporary China: Socialist, Civilian or Traditional?* in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 1099 ff.

– have increasingly emerged over time in various manners. They have also assumed roles capable of challenging, or even reshaping, the traditional categories and notions of domestic criminal justice systems.

Against this background, we should take into account another aspect of the utmost importance for this study. Indeed, while modern criminal justice historically consolidated itself around the State's prosecution and enforcement monopoly, recent decades have witnessed a significant expansion of the involvement of external actors through mechanisms such as restorative justice, victim participation, and collective reparation mechanisms, to name but a few ones.

The Colombian report provides a clear example of this ongoing transformation. In this country, indeed, criminal justice has progressively incorporated victims of crimes, also in the form of affected communities, as active participants rather than merely passive subjects of protection. An in-depth analysis of this report visibly reveals that this development is closely linked to the country's transitional justice experience and to the establishment of the *Jurisdicción Especial para la Paz*, which explicitly recognises the role of the aggrieved subjects as central actors in criminal proceedings¹⁷. This approach strengthens the link between socio-political events and access to justice, particularly regarding the consideration of third parties' protection in criminal justice.

Further developments are evident in the field of transnational criminal justice, especially in the European scenario, where cross-border cooperation within the EU legal area, together with international courts, and regional human rights systems have progressively reshaped traditional procedural categories. The position of third parties in this demanding scenario is becoming of the more relevant, since the safeguarding of their fundamental rights, as well as the coordination between different legal orders, require forms of individual participation that go beyond purely domestic criminal proceedings¹⁸.

¹⁷ This subject has been extensively analysed by M.M. BUSTAMANTE RÚA, *Los terceros y la justicia penal en Colombia*, in *this Special Issue OIDU*, para. 1.3. On this topic, see also D.S. VERGAS, *Rethinking Victimhood: Insights from Colombia's Special Jurisdiction for Peace (JEP) on Gender-Based Violence within Armed Groups*, in www.queen'suniversitybelfast.uk 2025; A. KAI, S. PETERS, *Transitional Justice in Colombia. The Special Jurisdiction for Peace*, Baden-Baden, 2022.

¹⁸ This has been demonstrated, for instance, by M. PITTIRUTI, *Mandato d'arresto europeo e tutela del terzo*, in *this Dossier*, who has focused his attention on the role of third parties from the perspective of the Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Warrant (EAW) and the Italian national law implementing EU law. In particular, he has noted that both EU and national law seeks to balance effective international judicial cooperation with safeguarding the rights of individuals not directly involved in the main proceedings, thereby preventing undue interference with their property. Besides, he has highlighted that the mechanism aimed at the oversight of the lawfulness of measures affecting property ensures that coercive actions are also proportionate. This protects both the accused and third parties holding rights over the affected assets, preventing abuse in pretrial measures. Moreover, comparing third-party protection in the EAW and extradition procedures reveals notable differences. While the EAW framework provides third parties with structured procedural guarantees, including the right to reclaim seized property, extradition – although it generally respects fundamental property rights – offers more limited protections and places greater emphasis on international cooperation and public interest. Major challenges, however, emerge from employing sophisticated technologies in transnational criminal investigations, as recent CJEU cases “SkyEcc” and “EncroChat” have shown. As is well known, the cases dealt with instant messaging services providing secure software for private communications, by allowing users to communicate anonymously and securely via end-to-end encryption, eliminating any possibility of third-party access to the content, including by the service providers themselves. The devices feature technologically advanced security measures, such as dual operating systems (so that the encrypted system is undetectable), no association between SIM and user account, disabled GPS, microphone, and camera, automatic data deletion systems, and the ability to remotely erase data. These features, while en-

In this perspective, a relativistic approach seems to be inevitably inherent in our topic and appears to provide the best way of examining how the roles of the actors involved in criminal proceedings are shaped by cultural, political, and legal factors. At the same time, legal pluralism highlights the coexistence of multiple normative sources and different conceptions of the purposes and functions of criminal justice. The last one can no longer understood as a closed system of state-enacted norms; rather, it should be conceived as a dynamic legal domain in which various actors, interests, and levels of governance – local, national, international, and supranational – interact and overlap, as illustrated by the complex mechanisms of international and transnational criminal justice¹⁹.

3. *The fundamental rights and safeguards of third parties*

To suitably deal with the topic under examination it is necessary to start with a comparative analysis of the constitutional safeguards granted to third parties. Moreover, we cannot limit our study to a constitutional dimension in a strict sense, but we must also consider international and European Union law, which lay down a set of rights, freedoms, and procedural guarantees upon individuals who are not formally qualified as parties to criminal proceedings.

The following paragraphs outline the key elements that have emerged from the research carried out thereto and to examine the main conclusions that can be drawn from the reports about these specific areas of investigation. The primary objective is to identify continuities and discontinuities in the protection afforded to third parties in criminal trials under review, with particular attention to constitutional, international, and supranational di-

hancing user privacy, also raise significant concerns regarding the protection of third parties whose communications or data might be inadvertently intercepted, highlighting the need to balance investigative effectiveness with the confidentiality rights of uninvolved persons. In addition to these technical challenges, the a-territorial nature of digital evidence further complicates investigations and the enforcement of protective measures. Indeed, digital data can be accessed via Internet from anywhere, regardless of the “physical” location of the server hosting it, which makes it difficult to determine the applicable legal framework (*lex loci* or *lex fori*) and to ensure that third-party rights, privacy, and confidentiality are respected throughout evidence-gathering procedures. On this topic, cf. E. GIANQUINTO, *L’acquisizione probatoria nelle indagini transnazionali: cooperazione giudiziaria e garanzie difensive*; G. AVILA, *Comunicazioni telematiche e criptofonini: esigenze investigative e diritti fondamentali negli arresti di più Corti*, both in this *Dossier*, who recall the most important caselaw concerning this field of investigation, enacted at both national and supranational levels in Europe. Also, in this *Dossier*, cf. F. CAMBIANO, L. RAPISARDA, *Digitalizzazione del crimine e cooperazione giudiziaria: gli ordini di produzione e conservazione nel regolamento sull’E-evidence*.

¹⁹ This idea recalls the so-called “Transnational legal orders” (TLOs), which denote the existence of a plurality of interconnected legal systems – a concept that is also relevant to the subject examined in this study. This perspective is grounded on several important assumptions. First, legal situations may simultaneously involve multiple normative systems. Second, contemporary legal phenomena transcend the traditional boundaries of state jurisdictions. Third, the classical idea of a closed and self-sufficient legal system is no longer adequate to explain the complexity of modern legal interactions. Finally, although each legal order retains the authority to determine which rules are valid and applicable within its own framework, systems are often unable to address issues arising from the interaction between different legal systems. As a result, the resolution of such questions frequently lies beyond the jurisdictional limits of any single legal system. On this topic, read J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *Introduction. Situating Inter-Legality*, in J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019, p. 1 ss.; E. SCODITTI, *Lo scenario dell’inter-legalità*, in www.questionegiustizia.it, 2020.

mensions. By analysing how different legal systems address the standing of third parties at these levels, the study ultimately aims to detect shared approaches capable of reinforcing their standpoint within criminal proceedings.

3.1. *Constitutional Law*

The study conducted hitherto has shown that almost all national reports considered addressed the constitutional recognition of rights and safeguards afforded to third parties. Moreover, the investigation has revealed that there are considerable similarities and differences in the protection of the rights and freedoms of third parties across the constitutional laws, thus calling for an in-depth analysis.

A recurring theme that has emerged from this research is that the constitutional acknowledgment of inviolable freedoms and rights of individuals is independent from their formal or informal *status* in criminal proceedings. In particular, in some of the countries examined, it has been noted that the protection of fundamental rights and public liberties of third parties, which are at the core of criminal justice, includes the right to personal freedom, the rights to privacy – encompassing intimacy, home inviolability, secrecy of communications, data protection – the right to legal representation, and the right to an effective judicial remedy, just to give a few examples.

Despite the important acknowledgments, the examined constitutions normally lack detailed explanations of how to effectively ensure the protection of individuals, including those who are not formal participants. This is however quite normal, as constitutions typically establish fundamental rights in broad terms, leaving the precise mechanisms and procedural implementation to statutory law and judicial interpretation. All this is exemplified in the works undertaken by contributors in this comparative investigation.

Besides, they have highlighted the strategic role played by constitutional judges in enhancing the protection of a wide range of individuals involved in criminal proceedings other than formal parties.

This expansion of third parties' protection is precisely illustrated by the Spanish report. In Spain, indeed, fundamental rights and public liberties can be directly invoked by third parties in criminal inquiries. This interpretation resulted from the Spanish Constitutional Court's judgement 30/2022 concerning the specific impact of investigative measures on third parties. We need merely recall that the decision allows any third party to lodge a constitutional complaint (*amparo*) before the *Tribunal Constitucional* for any violations of their "substantial rights" stemming from procedural activities. This judgment carries significant weight, as its implications could be analogically extended to other scenarios where judicial measures, including pre-trial ones, may affect third parties, either directly or indirectly. Moreover, this ruling only permits third parties to intervene in criminal proceedings to appeal against judicial decisions that impinge upon their rights²⁰. However, the application of this constitutional doctrine is limited to cases regarding fundamental rights of a substantive nature, rather than procedural safeguards. Therefore, there may be situations where there is

²⁰ See, for instance, F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, Report on Spain, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties*, cit., p. 166 ff.

a legitimate interest to take part in the criminal proceedings, even if no substantive right has been restricted²¹.

From a comparative perspective, Germany also deserves particular attention as it is characterised by a high degree of “constitutionalisation” of criminal procedure, a broad standing for third parties to invoke fundamental rights, and a structured balancing approach between investigative interests and individual rights²². Indeed, the German model is characterised by a strong judicial oversight, particularly in areas involving privacy, digital surveillance, and intrusive investigative measures. Similarly to Spain, Germany enables anyone who claims to be affected in their constitutional rights to file a constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) against the final decision affecting their rights, and followingly all third parties affected are eligible to call on the *Bundesverfassungsgericht* with this reasoning.

This national report shows that several constitutional rights are particularly relevant, especially considering the new challenges that digital criminal investigations pose for the protection of fundamental rights. First of all, human dignity (Art. 1 GG) constitutes the foundational principle of German constitutional law, it requires absolute protection and is not subject to any balancing²³. Closely related to the *Menschenwürde* is the right of personality [Art. 2(1) in conjunction with Art. 1(1) GG], which encompasses the protection of privacy, personal identity, and private life that must remain beyond the reach of state investigation. Furthermore, the right to informational self-determination, developed by the Constitutional Court, protects individuals against the unlimited collection, storage, and use of personal data, a safeguard that has become particularly significant in the digital age. In the same way, the Court has also recognised the right to the confidentiality and integrity of IT systems, extending constitutional privacy protection to digital environments, especially in response to covert online searches. Finally, the right to be heard [Art. 103(1) GG], although formally granted to parties and addressees of judicial decisions, should be also extended to individuals affected by covert investigative measures²⁴.

²¹ In Italy, the Constitutional Court, 26 March 2015, no. 49, par. 5 has asserted that courts must establish the guilt of individuals subject to confiscation in accordance with the principle of the presumption of innocence. This principle applies whether the measure is addressed to the accused or to a third party. Consequently, the burden of proof should remain consistent, and the responsibility for proving the *mala fide* intentions of the third-party rests with the public prosecutor. In this light, this decision is of the more relevant as it establishes a strict relationship between the infringement of a general principle of paramount importance and its effects on the procedural safeguards of a third party. For the relevant references to Italian jurisprudence on this topic, cf. E. MALINO, D. FOTI, Third Parties in Italian Criminal Proceedings, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties*, cit., p. 99 ff.

²² In the post-World War II period, defining criminal procedure as applied constitutional law (*angewandtes Verfassungsrecht*) meant, above all, conceiving *Strafverfahrensrecht* as a means of safeguarding the dignity of the accused, recognised as a subject with a sphere of rights inviolable by public authority. Cf. W. SAX, Grundsätze der Strafrechtspflege, in K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (eds.), *Die Grundrechte*³, Berlin, 1959, p. 966 ff. Today, this concept can be extended to protect other individuals who may be affected by criminal proceedings, including third parties whose rights – such as privacy, property, and access to justice – also require constitutional protection. In Italy, with regard to criminal justice, cf. D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Processo penale e giustizia*, 2, 2019, p. 553 ff. Similarly, in criminal law, F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale. Un appunto sulla vicenda italiana*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1996, reflected on «una sorta di costituzionalismo intrinseco al diritto penale», due to a «persistente e diffusa esigenza di garanzia nei confronti del potere punitivo statale». In this *Dossier*, see also A. FUSCO, *Diritti*, cit., para. 1.

²³ Cf. W. HÖFLING, Art.1, in C. Coellen, T. MANN (eds.), *Grundgesetz*, 10, 2024, mn. 19.

²⁴ See A. SCHNEIDER, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from the German Perspective*, para. 2(a). See, among the other listed judgements, BVerfG,

In a nutshell, in German law, the protection of procedural rights is closely intertwined with substantive rights, such as human dignity, privacy, and property, thus revealing that constitutional guarantees shape both the substance and the enforcement of criminal procedure, as has been also observed in the Spanish experience.

Significantly, specific third parties' rights receive also considerable recognition in European legal countries without a written constitution, such as in England and Wales, where constitutional law largely relies on caselaw and legislation addressing matters deemed constitutionally noteworthy.

It is interesting to note that over the past decades, the courts, particularly the Supreme Court and its predecessor, the House of Lords, have acknowledged the constitutional relevance of private prosecutions. More specifically, some courts considered private prosecutions to be a valuable safeguard against arbitrary, corruption, or biased failures of public authorities to enforce criminal law – a concept that appears significant in the comparative context analysed. In this light, third parties' position may be assimilated to that of the state, in the sense that procedural role and rights of third parties are conceived as instruments to ensure the suitable functioning and accountability of state powers, rather than as autonomous rights-holders of their own right. However, this safeguard is limited by the Crown Prosecution Service's power to take over and discontinue private prosecutions, which reflects the tension between individual initiative and state control in criminal proceedings²⁵.

A fundamental constitutional requirement that is stressed by the report on England and Wales is that law enforcement agents cannot enter or interfere with private property without effective legal authorisation²⁶. Consequently, individuals whose property rights have been violated during a criminal investigation may sue for violation in civil courts, but this does not automatically affect the admissibility of evidence or confer standing in criminal proceedings. This separation between civil remedies and criminal proceedings is particularly remarkable. Indeed, it can ensure that the enforcement of criminal law remains focused, while simultaneously providing individuals with an autonomous opportunity to protect their rights, without disrupting or delaying the criminal proceedings.

Outside Europe, Colombia also provides a notable example of the constitutionalisation of rights and safeguards, giving recognition to victims, who are designated as “special

judgement of 19. May 2020 – 1 BvR 2835/17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200519.1bvr283517; judgement of 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160420.1bvr096609; judgement of 03. March 2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr237898.

²⁵ Another mechanism to challenge potentially corrupt or biased prosecutorial or investigative decisions is judicial review. Yet, this process is constrained by the broad discretion granted to prosecuting authorities. For example, in the case of *The Corner House*, an NGO challenged the Serious Fraud Office's decision, allegedly influenced by the government, to abandon an investigation into corrupt arms deals with Saudi Arabia. Although the court initially quashed the decision to protect the integrity of the criminal process, the ruling was overturned on appeal, highlighting the limits of judicial oversight when prosecutorial discretion intersects with the public interest and foreign policy considerations. This is reported by T. WARD, *Third parties in Criminal Proceedings: National Report for England and Wales*, in this *Dossier*, para. 2(a).

²⁶ Despite the protection of property, police hold broad powers to seize property for investigative purposes. Officers lawfully present on premises may seize items believed to be evidence if necessary to prevent concealment, loss, tampering, or destruction. This authority extends to third-party property through warrants, consent, or emergency circumstances. Once seized, material may be retained for evidentiary, forensic, or investigative purposes, and can even support private prosecutions where the CPS declines to act. Owners may seek the return of property under the Police (Property) Act 1897, and anyone who previously had custody may request access while it remains in police possession. Cf. T. WARD, *ibidem*.

interveners” in criminal proceedings, as they do not hold the *status* of formal parties. The Constitutional Court has indeed progressively redefined the role of victims in criminal proceedings, shifting from a private-law and patrimonial conception – focused primarily on financial compensation – towards a constitutional and participatory model. Victims are therefore recognised as central holders of fundamental rights, including truth, justice, and reparation, which are, in turn, protected by both domestic and international principles. Their participation is constitutionally required to safeguard human dignity and effective access to justice, rather than merely to bring a civil-law action to obtain monetary compensation²⁷.

By adopting these mechanisms, victims’ rights have been consolidated and expanded to include integral reparation – covering restitution, rehabilitation, satisfaction, and guarantees of non-repetition – and procedural capacities such as challenging decisions and participating in investigations. Moreover, in the specific context of transitional justice and internal armed conflict, victims’ rights have also acquired a collective dimension, by linking individual entitlements to historical memory, accountability, and social reconstruction, while the State is obliged to ensure non-regression and normative continuity in their protection²⁸.

What has also emerged from the comparative analysis carried out is that the constitutional recognition significantly may influence the notion of “third parties”. In this sense, far from being defined exclusively in procedural or formal terms, the category gains a substantive constitutional dimension. Hence, all this strengthens the idea that third parties are identified not merely by their exclusion from the core procedural structure, but by their potential exposure to investigative, coercive, and procedural measures capable of interfering with constitutionally protected rights.

In line with these remarks, the report on South Korea notes that “third party”, although not being formally recognised as a procedural subject in criminal proceedings, is nonetheless used to designate individuals whose personal information must be protected within criminal justice. Accordingly, within the South Korea report, the expressions “parties involved in the litigation” and “interested third parties” have been understood as belonging to the broad category of “third parties” whose personal data are subject to protection under the applicable legal framework, including the Constitution and the Personal Information Protection Act (PIPA)²⁹. This definition appears particularly effective in providing a check on the power of technology, ensuring that investigative and data-processing measures remain constrained by constitutional and statutory safeguards³⁰.

At any rate, the right to informational self-determination, despite being described through different expressions – such as the «right to control the management of one’s own information» or the «right to control one’s personal information» – significantly denotes the individual’s right to control the flow of information concerning himself or herself. More specifically, it is the right of the data subject to determine autonomously when, to

²⁷ See M.M. BUSTAMANTE RÚA, *Los terceros*, cit. para. 1 ff.

²⁸ ID., para. 1.3. See also the next paras of this comparative report.

²⁹ See B.S. CHO, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World in South Korea. Reconstruction and Models for Solution from a Multilevel Perspective*, in this *Dossier*, para. 3(c).

³⁰ In this regard, the reporter has stated that there are various views to consider the constitutional foundation of the “right to informational self-determination” in South Korea. As stressed, some scholars argue that it is deduced from the guarantee of human dignity enshrined in Article 10 of the Constitution; others consider that it stems from the protection of privacy and the secrecy of private life under Article 17; others contend that it should be understood as emerging from a combined interpretation of Articles 10 and 17. Cf. B.S. CHO, *Third Parties*, cit., para. 4.

whom, and to what extent personal information may be disclosed and used – that is, the right to decide on the disclosure and processing of one's own personal data³¹.

To be more precise, the core relevance of this right can be explained by the widespread use of highly pervasive technological instruments in South Korea capable of collecting, storing, and cross-referencing vast amounts of personal data. In particular, the development of integrated Criminal Justice Information Systems (CJIS) – designed to connect law enforcement authorities, prosecution services, courts, and other public bodies – has expanded the capacity of the State to process personal information in criminal proceedings. This ongoing digitalisation has strengthened the participation and access to information but has also raised concerns about privacy protection and the exposure of personal data of third parties, making anonymisation and data-protection safeguards essential elements of due process in the digital era³².

These conceptual frameworks, although not always explicitly formulated in identical terms, are reflected almost in the majority of constitutional legal systems. Even where it is not expressly labelled as a “right to informational self-determination”, similar protections can be identified through constitutional privacy guarantees, data protection statutes, and judicial interpretations recognising individual control over personal data³³.

This is not only the case for European countries but also for Taiwan, due to the fact that here investigative measures can significantly affect the fundamental rights of third parties. Property seizures impinge upon property rights, while activities involving personal data – such as monitoring telecommunications, connection data, or surveillance of private spaces – affect privacy, informational self-determination, and home inviolability. Report on Taiwan emphasises these obligations imposed on service providers, which may impact pro-

³¹ Over time, these issues have been examined from different perspectives and in various parts of the world, thus reflecting a constant concern. Just to give an example, C. LAZARO, D. LE MÉTAYER, *The Control over Personal Data: True Remedy or Fairy Tale?*, 2015, available at www.arxiv.org, offered an interdisciplinary approach of the concept of “control” over personal data in law and computer science. Despite its widespread use in EU policy and scholarly debate, according to the Authors the notion remains conceptually vague. The study therefore reassesses the idea of data subject empowerment by analysing the legal and technical implications of control for individual agency in contemporary socio-technical contexts. See also G. STILMAN, *The Right to Our Personal Memories Informational Self-determination and the Right to Record and Disclose Our Personal Data*, in *Journal of Evolution and Technology*, 2015, p. 14 ff.

³² See B.S. CHO, *Third*, cit., para. 3.

³³ For instance, S. CACCIATORE, *La tutela della riservatezza del terzo nel procedimento penale*, in this *Dossier*, examines the protection of third parties' privacy in criminal proceedings, by focusing on individuals who are not parties to the trial but who may nonetheless appear in procedural documents, such as witnesses, or persons mentioned in the case file. At the European level, the right to personal data protection is enshrined in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, while in Italian law the safeguard of privacy is acknowledged through constitutional principles regarding human dignity and fundamental rights. As explained by the author, Italian caselaw has clarified that the unauthorised dissemination of personal data may be unlawful even when the information derives from judicial documents that are formally public. Against this background, according to this author, in an increasingly digitalised context, the presence of such individuals raises significant concerns regarding the protection of personal data, particularly in light of the principle of publicity of criminal proceedings, which ensures transparency and democratic oversight of the administration of justice but is not absolute. Therefore, she also highlights that the publication and dissemination of judicial acts must be balanced with the principle of proportionality and with the need to safeguard the privacy of all individuals involved, including third parties. In this regard, both national legislation – especially the Italian Data Protection Code – and the interventions of the Italian Data Protection Authority play an important role, by recommending the anonymisation of third parties' data and limitations on the disclosure of sensitive information contained in case files.

fessional freedom and, significantly, economic rights³⁴. From a comparative perspective, these examples do not only show that third-party rights can be affected directly by coercive measures but also indirectly through regulatory or procedural obligations. Furthermore, a broader phenomenon emerges in criminal procedure, that is law can reach into areas that may seem only tangentially related to criminal activity, such as commercial operations, digital services, or professional practices.

Within the Asian scenario, it is important to note that the Chinese law stands out for not providing third parties with constitutional protections comparable to those available in other legal orders. For instance, freedom and privacy of correspondence of citizens of the People's Republic of China, where required for reasons of state security or criminal investigation, public security, or prosecutorial authorities, can be restricted by inspecting or monitoring correspondence, provided that such measures are carried out in accordance with legally prescribed procedures³⁵. However, this provision must be interpreted within the constitutional background of the Chinese framework, in which individual rights are structurally balanced against predominant interests such as state security, social order, and collective stability³⁶. Therefore, the scope and intensity of protection afforded to correspondence cannot be assessed in isolation but must be read in light of the Constitution's general orientation toward the primacy of state interests and the institutional role assigned to public authorities. All this confirms the relevance of Chinese law according to which third parties should be considered in relation to state interests, rather than as independent rights-holders. This leads to a distinguishing yet partial approach, in contrast to legal systems that anchor the protection of third parties in constitutional or human rights frameworks.

To conclude, some preliminary conclusions emerge from the comparison. The first one relates to the "constitutionalisation" of third-party rights: even non-formal parties or participants may enjoy fundamental protections where courts interpret constitutions expansively. The second one concerns the phase-dependent participation, that is, rights and procedural standing vary depending on whether pre-trial, trial, or post-trial measures are at stake. The third one regards the balance between state interests and individual rights. The scope of protections is indeed shaped by the constitutional law of the selected countries, human rights law, and the institutional role of judicial oversight. The fourth one considers the informational self-determination, whose role increases in digitalised criminal justice systems, by allowing individuals to control personal data flow and use. Finally, constitutional recognition transforms the category of "third parties" from a purely procedural construct into a substantive category defined by exposure to measures capable of affecting constitutionally protected rights.

³⁴ See J. WU, *The Position of the Third Person in Criminal Proceedings in Taiwan*, in this *Dossier*, para. A.8.

³⁵ See art. 40 of the Chinese Constitution. On this topic see I. BELKIN, *China's Criminal Justice System: A Work in Progress*, in *Washington Journal of Modern China*, 2005, p. 61 ff. When viewed from a Western perspective, China's criminal justice system appears characterised by significant procedural limitations. These include prolonged pre-trial detention, a high reliance on confessions, and administrative sanctions comparable to detention without trial. Suspects lack key procedural safeguards, such as the right to remain silent, the presumption of innocence, and the ability to confront witnesses or compel testimony in their defence. Moreover, access to legal counsel is highly restricted during the investigative phase and remains limited at trial due to the absence of pre-trial discovery and constraints on independent defence investigations. This has been also recently underlined by A.N. CHITOV, *Public Security and Police Law in China*, in *Pravovedenie*, 66, 1, 2022, pp. 5-18.

³⁶ See, in this sense, art. 28 of the Chinese Constitution.

3.2. *Domestication of international law*

This paragraph discusses the need to incorporate multilateral or bilateral legal instruments into national law. This goal ensures that the rights and obligations contained in such legal means, including those related to the protection of third parties in criminal proceedings, can be applied and enforced domestically³⁷. Moreover, for the purposes of this study, it is essential to acknowledge how international legal instruments – ratified or otherwise binding on the surveyed countries – conceptualise and define the category of third parties. However, there is limited information on how the considered countries have incorporated international protection for these individuals. The scant consideration of such an important issue is certainly problematic. One possible explanation for this is a prevalent and deeply rooted national perspective that views the criminal trials as two-party contests between the State and the accused³⁸. This premise also clarifies why national criminal justice systems are often reluctant to extend protection to those individuals extraneous to the criminal proceedings, even if it means breaching treaty obligations³⁹.

When addressing the domestication of international law, some authors of this research have noted that their national criminal justice systems are bound by major international agreements on fundamental rights. Notably, this acknowledgement does not merely enact international commitments of the countries; it also shapes how these commitments are translated into concrete domestic norms, procedural rules, and judicial practices, there-

³⁷ It is worth noting that the Brazilian legal system provides noteworthy elements that deserve our attention. In Brazil, in addition to constitutional rights and guarantees, the American Convention on Human Rights plays a pivotal role in recognising safeguards for all parties, including defendants (Articles 7 and 8). The primary procedural rights in this country include the right to a trial within a reasonable time, access to public records, reparation in case of judicial error, and judicial protection. These rights are incorporated into Brazilian law with a supra-legal *status*, meaning that they are below the Constitution but above ordinary laws, and therefore prevail over any legal text that conflicts with the protection afforded to parties. At any rate, as surprisingly emerged from the reported description, it is generally accepted that these rights are intended to be granted to third parties. See V. GOMESDE VASCONCELLOS, Report on Brazil, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO, *Third Parties*, cit., p. 19 ff.

³⁸ With specific regard to East Asia, it has been observed that caselaw has historically made limited reference to international human rights law, and, when they did so, such references tended to serve a supplementary rather than a normative function. Moreover, judicial decisions have often upheld legislative or governmental actions rather than challenging them on the basis of international standards. This situation appears paradoxical, given the strong integration of East Asian economies into global markets alongside a persistent emphasis on sovereignty and national autonomy. Nevertheless, recent developments suggest a gradual shift, as an increasing number of cases show East Asian courts beginning to refer to international human rights law in their reasoning. Moreover, while civil law jurisdictions typically adopt a dualist approach to the relationship between international and domestic law, both South Korea and Taiwan have embraced a monist perspective. In these systems, once an international treaty is duly ratified or acceded to, it automatically acquires domestic applicability and legal effect, without the need for further implementing legislation. Cf., among the others, W.C. CHANG, *The Convergence*, cit., p. 595 and p. 600.

³⁹ For instance, although France is party to the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, which calls for the rights of third parties to be taken into account, French law has historically failed to provide adequate protection for this category. This represents a clear breach of the Convention stating that a request for cooperation and recognition of a judicial decision taken in the requesting State may be refused if third parties have not had sufficient opportunity to assert their rights. This inconsistency is also evident in relation to the UN Convention against Transnational Organised Crime, which asserts that confiscation should not undermine the rights of *bona fide* third parties. Once again, the French legislature has failed to protect this category of people for years. See B. DREVET, *Report on France*, p. 57 ff.

by ensuring that treaty provisions are implemented in a manner consistent with the domestic legal frameworks.

For example, Spanish law adheres to the standards set by the international treaties, including the European Convention on Human Rights. As a result, the caselaw of the ECtHR must be considered a source of law by Spanish national courts. Furthermore, domestic caselaw incorporates the guarantees outlined in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, thus safeguarding their application at the national level. From the viewpoint of this research, in 2015, a significant legislative reform extended the scope of the right to appeal against all criminal decisions to improve the respect of the right of any person convicted of a crime to have their decision reviewed by a higher court. However, it is unclear whether this remedy includes third parties or not⁴⁰.

In Europe, Germany stands out as a considerable example of how international law can push national legislators to enact measures aimed at protecting third parties. Indeed, the report on Germany shows a hybrid model that combines a strong constitutional framework with treaty-based obligations. Although international legal instruments, such as the ECHR, are formally incorporated through ordinary law and rank below the *Grundgesetz* (Basic Law), German courts consistently interpret domestic statutes in light of treaty provisions, thereby aligning national practice with international standards. In particular, Article 8 ECHR, by guaranteeing respect for private and family life, home, and correspondence, can influence the protection of third parties from intrusive investigative measures. German caselaw illustrates how domesticated international law integrates constitutional safeguards, particularly in areas such as covert surveillance, digital monitoring, and the protection of informational self-determination, ensuring that third-party rights are not merely theoretical but practically enforceable. In other words, the domestication of international law allows German courts to maintain a balance between state interests and individual rights, thus providing strong oversight rights' protection while respecting the formal hierarchy of legal norms⁴¹.

Outside the UE panorama, but still within the European context, in England and Wales, the domestication of international law follows a similar model, reflecting the country's dualist legal system approach. In particular, the Human Rights Act 1998 incorporates the European Convention on Human Rights (ECHR) into domestic law, by requiring courts to interpret legislation consistently with Convention rights wherever possible. Similarly to what has been observed in Germany and Spain, this mechanism enables the recog-

⁴⁰ It is worth noting that Italy has reformed its law on searches to align it with the principles laid down by the ECtHR in the well-known case *Brazzi v. Italy*. ECtHR, *Brazzi v. Italy*, judgement 27 September 2018, appl. no. 57278/11. This has resulted in the introduction of a new remedy against the decision of the public prosecutor to carry out a search (Art. 252-bis CCP-Italy). Moreover, Italian lawmaker implicitly addressed the issue of protecting a third party by adopting the Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, a soft law instrument of the Committee of Ministers of the Council of Europe. This Convention has established new rules to protect vulnerable individuals, particularly witnesses who require special measures. Additionally, the Prüm Convention is relevant to our investigation as it addresses the issue of coercive DNA sample taking, which may also violate the personal liberty of third parties. Italy enacted Article 224-bis of the Italian CCP on the execution of investigative measures affecting personal freedom, granting third parties the same level of protection as formal ones, thus ensuring objectivity and balanced treatment of all parties involved. Cf. V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Third Parties*, cit. p. 335 ff.

⁴¹ Cf. A. SCHNEIDER, *Third*, cit., para. 3(b). See BVerfG, judgement of 31 October 2023 – 2 BvR 900/22, ECLI:DE:BVerfG:2023:rs20231031.2bvr090022; judgement of 04. May 2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110504.2bvr236509; judgement of 12. April 2005, 2 BvR 581/01, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr058101.

nition of third-party rights – such as privacy, property, and procedural fairness – through judicial interpretation and oversight. Notably, where domestic law cannot align with ECHR obligations, courts may declare its incompatibility, thus highlighting areas of tension between domestic legislation and international standards. The *R (on the application of B) v DP* case has clearly illustrated the practical importance of this international framework, since the prosecution's failure to proceed with a criminal case against an assailant was deemed a violation of the victim's rights under Article 3 ECHR, thereby allowing for compensation and recognition of harm caused by institutional inaction⁴². In this way, domesticated international law functions as both a protective mechanism and a corrective tool, enabling individuals who are not formal parties to the proceedings to assert constitutional or convention-based claims.

In East Asia, especially in the Taiwanese legal context, which over time has been considered to be influenced by a monistic approach, the domestication of international law has been achieved primarily through legislative adaptation. Key treaties, including the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR), have been incorporated into the national legal framework, often through subsidiary criminal procedural rules. Yet, the domestic implementation has historically focused intensively on the rights of defendants, with comparatively limited direct attention to the procedural or substantive rights of third parties. Nonetheless, recent reforms have demonstrated a shift towards incorporating international principles related to victim participation, thus aligning domestic law with the UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (1985). In particular, these developments have recognised victims' rights to participate in proceedings, testify, and engage in reconciliation mechanisms, thus suggesting that Taiwan is progressively integrating international standards into the procedural recognition of third-party rights⁴³.

By contrast, Colombia offers a clear example of how the incorporation into domestic law can influence deeply constitutional and judicial practice. It has been observed that Colombian caselaw, shaped by the interplay between domestic law and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), has recognised the centrality of victims in criminal proceedings and their entitlement to comprehensive protection⁴⁴. This is explained by the fact that in Colombia, the domestication of international law is not a purely formalistic activity of the legislative power; it is rather implemented through constitutional interpretation and judicial decisions, effectively elevating aggrieved persons' rights from ancillary protections to constitutionally grounded guarantees. International law here directly shapes both procedural and substantive criminal law and by stressing the importance of a holistic approach to the protection of third-party rights.

To conclude, a comparative examination of these selected examples highlights the diversity in domestication approaches and their impact on third-party protection. In Taiwan, for instance, the process remains primarily legislative and is gradually extending protections to victims; in Colombia, international law is deeply integrated into constitutional

⁴² Cf. T. WARD, *Third*, cit. para. 2(a).

⁴³ See J. WU, *The position*, cit. para. B(b).

⁴⁴ By recalling some landmark judicial cases (such as, among the others, *Ubaté and Bogotá vs. Colombia*), M.M. BUSTAMANTE RÚA, *Los terceros*, cit., para. 3.2.1, points out that the State bears a duty not only to investigate crimes such as forced disappearances but also to provide families with access to information, thereby safeguarding both individual and collective rights to truth, justice, and reparation.

interpretation and judicial practice, ensuring both procedural and substantive rights for victims and affected parties; in England, domestication operates through judicial interpretation and statutory alignment with the ECHR, creating enforceable rights even for non-formal participants; and in Germany and Spain, treaty obligations inform statutory interpretation within a constitutionally grounded framework, strengthening protections for privacy, property, and informational autonomy.

Across all these legal orders, one key insight has emerged: the internal implementation of international law directly influences how third parties are defined, recognised, and protected. Rather than being shaped as procedural non-participants, third parties are increasingly understood as rights-holders whose entitlements – whether to truth, justice, reparation, privacy, or informational self-determination – must be safeguarded through both domestic law and the international legal norms incorporated into it.

Differences in the mechanisms and intensity of domestication reflect broad distinctions in constitutional structure, legal tradition, and judicial practice. Yet, the main trend is clear: international law, once domesticated, serves as a powerful instrument for enhancing the protection of specific categories of third parties in criminal justice systems, thus fostering harmonisation.

3.3. Implementation of EU law

In order to suitably discuss the results of the domestic implementation of EU law, we shall start focusing our attention on those relating to Spain and Germany.

The reports have revealed a crucial aspect of EU law regarding freezing, seizure, and confiscation procedures, where the impact of EU law is significant. Indeed, the research data have shown that third parties, including spouses, relatives, friends, business associates, and even lawyers, are frequently faced with violations of their rights, particularly property rights, during asset freezing and confiscation when individuals are suspected or accused of a crime. The phenomenon extends beyond suspects or accused persons.

We need merely recall that investigating authorities or the court may rule about the ownership of an asset, linking it to a suspect or defendant, even if it is not officially registered in their name. Moreover, the infringement of property rights becomes even more alarming when criminal proceedings involve two or more EU Member States. As a result, the EU has taken steps to consider the interests of individuals affected by the freezing, seizing, and confiscation of assets and proceeds of crime in the context of international judicial cooperation. Directive 2014/42/EU has played an essential role in addressing this issue at the EU level. Indeed, this supranational legislation ensures that informal parties are afforded the same protection as formal ones⁴⁵.

⁴⁵ Besides, comparative law shows that many countries, such as France and Italy, have implemented additional measures to provide greater protection to third parties with rights to confiscated property in response to the EU Directive. For instance, in 2018, the *Cour de Cassation* ruled that the rights of *bona fide* third parties must always be considered, even if the confiscated property is linked to the crime, based on Article 6(2) of the Directive. The Court's decision aligned Article 131-21 of the CCP- France with the EU instrument, extending protection to third parties with rights in or over confiscated property. Furthermore, the Italian, Spanish, and Hungarian Parliaments incorporated the 2014 EU Directive, enabling third parties to participate in confiscation proceedings where their property rights have been violated. Cf. V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Third Parties*, cit., p. 336 ff.

Significantly, the analysed reports have highlighted a widespread focus on the victims who, although not strictly categorised as third parties, should be treated as such in some States. Once again, these data show both the need to define clearly what is meant by the word “victim” and the possibility of considering this individual as a third party or not. Indeed, as previously stated, the persons who suffer the consequences of the crime are in a somewhat ambiguous position, as they can be categorised either as formal participants or third parties, depending on the safeguards and instruments provided to them. In this context, it is worth recalling that, at the EU level, Directive 2012/29/EU has significantly contributed to harmonising the status of victims of crimes across Europe. As well known, this Directive acknowledges various rights, including fundamental rights such as participation in criminal proceedings and timely information about their rights, as well as information about the accused’s escape or release, to name but a few. However, despite the potential of this EU legal instrument to protect the victims, their consideration still remains weak due to the lack of comprehensive national regulations and insufficient resources tackling the so-called “service rights”, which include support services and protection from secondary and repeat victimisation.

Upon closer analysis, Germany provides a detailed description of how this country has implemented EU legal instruments concerning third parties. In addition to legislative interventions, such as those regarding freezing orders, confiscation measures, and victims’ rights, German law grants substantial procedural safeguards to other third parties who may be affected by criminal proceedings, especially in cases involving AI-based tools⁴⁶.

These guarantees are rooted in the directives adopted under the framework of the so-called “Stockholm Programme”, which introduced key defence rights, including the right to interpretation, translation, and access to information in criminal proceedings. Indeed, as a founding Member State of the EU, Germany has over time consistently supported the process of legal harmonisation. In line with this commitment, it has transposed all six directives on defence rights, implemented the Directive on victims’ rights⁴⁷, and aligned its domestic legislation with both the General Data Protection Regulation (GDPR) and the related Law Enforcement Directive.

A similar level of adaptation can be observed in the field of confiscation law, where most relevant EU instruments have been incorporated into national legislation.

As noted in the German report, digital investigative techniques employed by law enforcement authorities are increasingly subject to the regulatory framework of the Artificial Intelligence Act, which introduces specific requirements concerning risk categorisation, transparency obligations, and the protection of fundamental rights in the use of AI-based systems.

Against this background, the EU Charter of Fundamental Rights is relevant in the field of prosecution, and criminal investigations insofar as they fall within its scope. Notably, Articles 7 and 8 of the Charter have been interpreted by the Court of Justice more expansively than the corresponding protections under Article 8 of the European Convention

⁴⁶ We refer in particular to the use of the “Automated data analysis” – which is put on the same level as acoustic surveillance in private premises or covert remote search of information technology systems – and remote biometric identification. See A. SCHNEIDER, *Third*, cit., para. 5.

⁴⁷ The attention for the aggrieved persons is further reinforced by a series of measures aimed at supporting them also at the social level. See, on this topic, J. HARTMANN, *Qualifizierte Unterstützung von Menschen, die Opfer von Straf- bzw. Gewalttaten wurden. Opferhilfe als professionalisiertes Handlungsfeld Sozialer Arbeit*, in J. HARTMANN (ed.), *Perspektiven professioneller Opferhilfe*, 2020, available at www.link.springer.com, p. 9 ff.

on Human Rights. As a result, third parties may rely on EU law arguments where appropriate. Given the primacy of EU law over national legislation, such arguments may serve as an effective means of preventing violations of fundamental rights stemming from domestic legal provisions⁴⁸.

In addition, the implementation of both the European Arrest Warrant (EAW) and the European Investigation Order (EIO)⁴⁹ underlines Germany's consideration of the challenges faced by fundamental rights, including those of third parties, in transnational criminal proceedings. Overall, Germany's compliance with EU requirements is high, notwithstanding a few minor critical observations⁵⁰.

In conclusion, it is noteworthy to emphasise that a common issue in the analysed reports on the implementation of EU law is the effort to maintain a delicate balance between effective legal ascertainment and the safeguarding of fundamental rights. Along these lines, reporters have argued that limitations on fundamental rights in criminal proceedings are only acceptable within the established legal framework. In their reports, some authors have also highlighted the importance of the requirements of necessity and proportionality⁵¹. They have further stressed that violations of fundamental rights are permissible only when is essential and when the intended objective cannot be achieved through a less restrictive measure or activity, in order, for instance, to protect life, body, personal freedom or the security of state institutions⁵². These requirements are especially important when the funda-

⁴⁸ In several landmark judgments, the CJEU has emphasised that the large-scale collection, retention, or processing of personal data by public authorities must satisfy strict requirements of necessity and proportionality. For example, in ECJ, 8 April 2024, *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications*, joined cases C-293/12 & C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, The CJEU invalidated the Data Retention Directive, finding that indiscriminate data retention seriously interfered with Articles 7 and 8 of the Charter. Similarly, in CJEU, 21 December 2016, *Tele2 Sverige AB v Post-och telestyrelsen*, joined cases C-203/15 and C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, the European judges clarified that general data retention regimes conflict with the Charter unless strictly targeted and supervised. In CJEU, 16 July 2020, *Schrems II*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 the invalidation of the EU-US Privacy Shield reinforced those international transfers must uphold the high standard of protection guaranteed by the Charter, while CJEU, 30 April 2024, *La Quadrature du Net and Others*, joined cases C-511/18, C-512/18 and C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 confirmed that traffic and location data retention is generally incompatible with fundamental rights, except under strictly regulated exceptional circumstances. Collectively, these rulings establish that the right to data protection under Articles 7 and 8 is an autonomous and robust fundamental right, imposing strict constraints on digital surveillance and data processing and offering protections that often exceed those of the ECHR, with important implications for AI-driven investigations and the safeguarding of third parties in criminal proceedings. On this topic, see G. AVILA, *Comunicazioni*, E. GIANQUINTO, *L'acquisizione*, S. CACCIATORE, *La tutela*, cit., in this *Dossier*.

⁴⁹ On this subject matter, cf. M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e tutela dei terzi*, in this *Dossier*.

⁵⁰ See A. SCHNEIDER, *Third*, para. 2(c).

⁵¹ For instance, in 2023, the *Bundesverfassungsgericht* held whether automated data analysis tools under Hessian and Hamburg police law complied with the Constitution. The Court stated that AI-based measures could be permissible, but cross-database analyses could seriously infringe individuals' privacy rights depending on the data used. It emphasised that any automated analysis causing significant interference with informational self-determination – such as creating detailed profiles or targeting uninvolved individuals – can only be justified under the strict conditions that govern intrusive covert surveillance. BVerfG, judgement of 16 February 2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, BVerfGE 165, 363, ECLI:DE:BVerfG:2023:rs20230216.1bvr154719. On this topic, cf. M. BAUERLE, *Automatisierte und KI-gesteuerte Datenverarbeitung und – analyse bei den Sicherheitsbehörden*, in *Zeitschrift für Datenschutzrecht*, 2025, p. 128 f.; L. MANNS, *Automatisierte Datenanalyse für die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten*, in *LegalTech*, 2023, p. 142 ff.

⁵² For the sake of this study, we should recall that the shift from the *Polizeistaat* to the *Rechtsstaat* is crucial to understanding the evolving relationship between the state and the individual. The *Rechtsstaat* introduced the

mental rights of third parties are at risk of being violated. Also, this underscores the need for limiting the judicial authority's interference with the third parties' legal sphere and supervising any intrusive and disproportionate intervention on their rights⁵³.

4. *The right to be fairly heard in judicial proceedings from a comparative perspective*

4.1. *Preliminary remarks*

National legal systems recognise certain categories of third parties and allow them to take part in criminal proceedings, especially during criminal investigations⁵⁴. As we have already noted, these groups of people typically include victims who do not have prosecutorial authority, individuals affected by investigative or pre-trial measures, and those impacted by the freezing or confiscation of the instruments or proceeds of crime. Although it is not always clear whether their participation requires formal party status, they are granted specific procedural rights in order to safeguard their interests.

Moreover, as criminal proceedings move forward from the investigative phase to the trial one, the rights granted may evolve. At this stage, indeed, further third parties may become involved, and their legal position may call for distinct forms of protection or regulation. This is especially relevant for witnesses and others participating in the collection of evidence.

Against this background, the following comparative analysis will examine third parties' right to be heard in a fair manner, as well as their right not to be subjected to questioning, with particular attention to the vulnerable witness. Finally, by focusing on those third parties who have an interest in taking part in court proceedings, this section will outline the principal findings of the study in this specific field of analysis. By following this path, we will try to illustrate the practical implications of procedural protections and highlighting how legal safeguards are translated into real-life criminal justice settings.

principle of a state governed by law, in which political power is limited and individual rights are protected, with public order serving as the sole legitimate justification for any interference with personal rights. One of the earliest legal expressions of this principle can be found in the *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794, II, 17, § 10), which prohibited police measures or sanctions affecting personal liberty beyond what was strictly necessary to protect collective interests related to crime prevention and repression. This historical framework provides important guidance for the contemporary digital era, where advanced data analysis and automated systems raise new risks to the rights of individuals and third parties. Just as in the classical *Rechtsstaat*, any intrusion into personal data or the rights of third parties in digital environments must be strictly justified, proportionate, and subject to oversight, ensuring that informational self-determination and privacy remain protected.

⁵³ Upon closer examination, this activity presupposes a balancing operation. According to M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, 2015, p. 1, balancing requires nothing more than the presence of two or more legally relevant interests in conflict. Moreover, it relates less to the application of the law (*Rechtsanwendung*) and more to its construction (*Rechtsgestaltung*), even when carried out by the executive or judiciary. While balancing often involves multiple parties or interests, the classical proportionality principle is essentially bipolar in structure. See, besides, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 143 ff.

⁵⁴ See, V. DI NUZZO, cit., in this *Dossier*.

4.2. *The right to be heard for third parties*

Before examining the right of third parties to be fairly heard, some preliminary remarks are due, since a comparison of the legal systems under consideration reveals several common denominators in the way this right is addressed and protected.

First, almost all the national reports have adopted a broad concept of “third party”, including not only formally recognised participants in the proceedings but also people who do not hold an official procedural status. This shared approach is consistent with the preliminary definition outlined, which distinguished between a narrowly procedural understanding of third parties (non-participants granted specific procedural powers), a functional conception (persons compelled to participate in proceedings or subjected to coercive measures), and a human-rights-oriented approach (individuals indirectly affected by investigative activities).

Second, these individuals are treated differently depending on their role in the judicial process. These different forms of involvement do not always imply the recognition of the right to be fairly heard. For instance, witnesses and experts are generally under a duty to cooperate with the court, whereas victims or third parties asserting ownership rights are typically granted the opportunity to be heard⁵⁵. In this light, particular attention has been also given to third parties who claim ownership of property affected by freezing or confiscation measures.

Spain represents a pivotal example in this regard, as the right to be heard [Art. 24(1) of the Spanish Constitution] extends to both formal parties and third parties lacking formal procedural *status*⁵⁶. In this sense, a particularly illustrative case concerns individuals who are not involved in the criminal proceedings but are affected by the freezing or confiscation of instrumentalities or proceeds of crime. When Spanish courts identify persons, whose property may be subjected to confiscation, it is then required to involve them in the proceedings. Indeed, pursuant to Article 803-ter (c) of the Spanish Code of Criminal Procedure, third parties «may participate in the criminal proceedings as soon as their intervention is ordered, focusing on aspects directly affecting their assets, rights, or legal position, without

⁵⁵ This issue is clearly explained by A. ZAPPULLA, *La tutela del terzo dichiarante e l'anonimato testimoniale nelle giurisdizioni penali internazionali*, para. 1, in this *Dossier*. According to this author, the issue of protecting third parties in criminal proceedings primarily concerns the witness, a subject external to the criminal conduct but possessing knowledge necessary for the ascertainment of facts. Witnesses are often involved in proceedings unwillingly and are burdened by a form of *servitus iustitiae*. This results in exposing them to personal sacrifices and risks affecting their reputation, safety, and sometimes even their lives. Such a situation contributes to the growing reluctance of individuals to testify, particularly in cases involving serious and socially alarming crimes. As professor Zappulla underlines, despite the legal and social importance of the matter at stake, Italian procedural scholarship has historically devoted limited attention to witness protection. In this context, the experience of international criminal justice (para. 2) has provided a fertile ground for experimentation, by adopting pragmatic and flexible approaches aimed at balancing procedural fairness with the need to protect individuals involved in the proceedings. In international criminal trials – where testimony often remains the primary form of evidence – the need for effective in-court protection measures for witnesses becomes particularly evident. Among these measures, forms of witness anonymity have gained relevance as tools capable of compensating for the limitations of other protection mechanisms and of safeguarding witnesses who may face serious risks. See also A. BELTRÁN MONTOLIÚ, *Victims and Third Parties in International Criminal Justice*, in this *Dossier*.

⁵⁶ By contrast, for instance, in France, witnesses and experts, who are classified as third parties, are not entitled to a fair hearing and are obliged to cooperate with the court; victims, conversely, hold the status of formal parties, for whom the right to a fair hearing is fully acknowledged. See B. DREVET, *Report on France*, p. 67 ff.

extending to matters relating to criminal liability». This demonstrates that these individuals are granted the possibility to intervene, thus ultimately safeguarding their right to be heard, albeit within limits strictly connected to the protection of their proprietary and legal interests⁵⁷.

It is also worth remembering that, in general, Spanish law recognises victims – especially those not formally party to the case – as potentially active participants in criminal justice, granting them rights to information, participation, protection, and restorative remedies while balancing their role with the procedural structure of the criminal process⁵⁸.

Significantly, in Germany, procedural rights of third parties are carefully adjusted to the degree and nature of the impact that judicial measures, including investigative ones, have on their legal standing point. The aggrieved parties, for example, are not merely passive observers, as they may attend the main hearing, are routinely examined as witnesses, and enjoy the right to access case files under § 406e StPO, thereby ensuring transparency and enabling them to safeguard their interests. Similarly, parties involved in confiscation proceedings are granted a formal right to be heard pursuant to § 426 StPO, though the obligation to carry out a hearing arises only when it is practically feasible. This approach tries to strike a balance between procedural efficiency and fairness: if a party has, for instance, the intention to challenge the confiscation, the procedural protections normally afforded to the defendant – such as the right to challenge evidence and to be fully heard – are extended to them. Indeed, accessory parties in confiscation proceedings are subjected to the same safeguards (§§ 438(3), 426 StPO), thus highlighting the system's attention to the multiplicity of interests affected by such measures. More interestingly, legal persons are also afforded the right to be heard under §§ 444(2), 426 StPO, thus reflecting the recognition that corporate entities may also possess legally protectable interests in the outcome of criminal proceedings. Witnesses, by their very definition, are always heard in court, ensuring that the evidentiary process remains rigorous and participatory. In general, German law shows that this wide approach, in which the intensity of third-party rights is proportional to the significance of the intrusion on their legal interests, combines procedural fairness with practical considerations concerning judicial efficiency.

Remarkably, the English criminal justice system reveals a formally differentiated model of third-party participation, in which the intensity of the right to a fair hearing derives from the nature of the interests affected. In particular, the strongest procedural guarantees are afforded where confidential material is at stake. In cases involving “special procedure material” – including medical, business, and journalistic records – the requirement of prior judicial authorisation through a production order, combined with the obligation to demonstrate the existence of necessity and subsidiarity, reflects a strong proportionality as-

⁵⁷ This is reported by V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Third*, cit., p. 365.

⁵⁸ Remarkably, under Spanish law, victims of crimes prosecutable by Spanish courts – regardless of nationality, residence status, or age – have a specific legal status designed to protect their dignity and reduce the traumatic effects of both the crime and the criminal process. Even when victims do not formally join the proceedings as a private prosecutor or civil party, they are granted a “quasi-party” status, which allows them to exercise several rights of participation during the trial and the execution of the sentence. Cf. P. MUYO BUSAC, *La tutela de los terceros en el proceso penal: el modelo español*, para. 2.3. This status, however, applies only to natural persons, since the law acknowledges that only individuals can personally experience the moral and emotional consequences of crime. Furthermore, the law distinguishes between direct victims, who suffer physical, psychological, emotional, or economic harm caused by the crime, and indirect victims, typically family members affected when the victim dies or disappears as a result of the offense. On this delicate subject, see J.L. GONZÁLEZCUSSAC, *La persona jurídica: un nuevo actor en el proceso penal*, in this *Dossier*.

assessment. Moreover, the holder of this material is procedurally elevated to the *status* of a full party, thus being entitled to be heard and to access the evidentiary basis of the application⁵⁹. However, the practical use of this mechanism tempers its apparent strength. Many production order applications, particularly in relation to financial institutions, are routine and mostly uncontested. This raises the question whether the formal architecture of rights translates into meaningful adversarial scrutiny in practice, or whether judicial oversight risks becoming a procedural formality.

Moreover, where the requested material is not subjected to special procedural rules, both the witness and the person to whom the evidence relates may submit representations and request a hearing. However, the initiative remains with the prosecution or the defence, while the court retains broad discretion, being required only to satisfy itself that it has duly considered the relevant duties and rights, including confidentiality interests. While this mechanism introduces a balancing exercise, at the same time it leaves considerable discretion to the judge, which can result in variability in the protection afforded.

This situation highlights how third-party participation differs significantly as it depends on the specific matter at issue.

It is also worth mentioning that legal representation is explicitly allowed only in applications for witness summonses seeking their documents, emphasising that independent third-party involvement in English criminal procedure is the exception rather than the rule. The Law Commission's provisional proposals to extend independent legal representation to complainants in sexual offence cases – especially in relation to disclosure requests and evidence regarding sexual history – can be read as an attempt to strike the balance between fair trial rights and privacy interests. In this sense, the Commission's reliance on analogies with confiscation proceedings, reporting restriction applications, and public interest immunity claims suggests an emerging recognition that certain third-party interests may justify intervention within criminal proceedings.

On closer inspection, England and Wales seems to reflect neither a comprehensive model of third-party procedural autonomy nor a purely defendant-centred conception of criminal process. Instead, it embodies a selective and interest-based approach, in which hearing rights are triggered primarily by confidentiality, privacy, or property interests. The system thus reveals both a commitment to proportionality and a tension between formal safeguards and their practical implementation.

Outside Europe, it is also worth noting that in Taiwanese criminal justice, the participation of victims and other third parties during the trial phase is primarily framed within the rules governing evidence rather than through the recognition of a distinct procedural status. For instance, the court must summon the victim before the opening of the trial, allowing them to express their views if present. However, if the aggrieved person fails to appear without a reasonable cause, the trial may still proceed in their absence [(271(2) tCCP)]. In such circumstances, therefore, the victim is not regarded as a formal subject of the proceedings and in practice does not enjoy independent procedural rights under the Taiwanese Code of Criminal Procedure.

From the perspective of evidence law, the Taiwanese system is based on the principles of orality, immediacy, and the priority of oral evidence over documentary one. Witnesses, including victims, must be summoned at least 24 hours before the hearing [§ 175(4)]

⁵⁹ At a normative level, this configuration signals that both confidentiality and professional secrecy warrant a quasi-adversarial protection within the investigative phase. Cf. T. WARD, *Third*, cit., para 6(a).

tCCP] and are questioned directly by the judge during the proceedings. Their testimony must be recorded in writing, although the hearing itself is audio-recorded and, where necessary, video-recorded [§ 44-1(1) tCCP]. In order to clarify the facts of the case, witnesses may also be confronted with the accused, and both the defence and the prosecution are entitled to question them during cross-examination [§§ 166 and 184(2) tCCP]. A similar approach applies when a third party participates as an expert witness. Indeed, since expert testimony is also considered a form of personal evidence, the court must formally question the expert in order to verify the conclusions contained in the report. Consequently, the mere reading of a written expert report during the trial is not considered sufficient [§ 206(1) and (4) tCCP]. During the examination of the expert witness, the accused, the public prosecutor, and the private prosecutor all retain the right to conduct cross-examination (§ 166 tCCP), thereby safeguarding the adversarial nature of the evidentiary process⁶⁰.

As we have already seen, in South Korea the protection of third parties within criminal proceedings is primarily framed through the protection of personal data and the constitutional right to informational self-determination⁶¹. Unlike other legal systems that explicitly stress the right of third parties to be fairly heard, South Korean law places great importance on procedural and technological safeguards aimed at preventing the unauthorised disclosure of delicate information. Indeed, the legal framework is mainly based on the Personal Information Protection Act (PIPA) of 2011 and legislation promoting the digitalisation of criminal justice procedures, such as the Act on the Promotion of the Digitalisation of the Criminal Justice Process and the Act on the Use of Electronic Documents in Criminal Procedures (2024). These mechanisms are intended to balance the increasing digitalisation of criminal justice with the need to ensure fairness, transparency, and the protection of individual rights within the judicial process.

Chinese Criminal Procedure Law offers a notable example of a system in which the right to be fairly heard is not framed as a coherent overarching principle of due process. The right is not regarded as universally attached to all persons affected by criminal proceedings; instead, it is mediated by formal procedural classification⁶². At the same time, an ongoing effort to align, albeit gradually and selectively, with broad standards of fairness can be seen.

For some participants – including victims, defendants, private prosecutors, lawyers, and litigation representatives – the right to be heard takes on a relatively structured form. These actors may submit arguments, request the production of evidence, participate in hearings, and, in some cases, influence prosecutorial or judicial decisions. Juvenile proceedings illustrate a more protective dimension of this right, as school or protection representatives may attend summons and trials and raise objections to safeguard minors' interests. Here, the hearing rights can be regarded not only as participation, but also as a mechanism of procedural oversight.

⁶⁰ See J. WU, *Third*, cit., para. F(a).

⁶¹ Cf. B. CHO, *Third*, cit., para. 6.

⁶² We refer to the report on China of X. MOULIN, *Authorities*, cit. para. 2 ff. It is worth remembering that, under Paragra 2, Article 19 of the Criminal Procedure Law (CPL), the People's Procuratorate is empowered to investigate two main categories of offenses. One of this – judicial misconduct – includes offenses committed during legal proceedings that violate citizens' rights or undermine the fair administration of justice. Examples include false imprisonment, torture, illegal searches, and other similar crimes. However, it is not clear whether this provision can be read to ensure that the rights of individuals not directly involved in the case are respected, preventing indirect violations caused by misconduct during judicial or investigative actions.

Yet, this structured participation contrasts with the standing of informal participants. Entities (*danwei*), eyewitnesses to procedural acts, interpreters, and other auxiliary figures are deeply embedded in the procedural activities, but their involvement remains largely instrumental. Actually, they facilitate fact-finding, ensure the respect of formal legality, or enable communication, without being recognised as holders of an autonomous right to intervene or to influence the decision-making process⁶³.

In comparative terms, the Chinese model has revealed a differentiated concept of the right to be fairly heard. Unlike other systems, where hearing rights are typically derived from a general fair trial or adversarial principle – often embedded in the constitution – China links the ability to participate in proceedings to an individual's institutional role and procedural status. In practice, this means that how strongly someone's right to be heard is protected depends more on their formal position within the proceedings than on how much the outcome affects their personal interests.

At a closer inspection, this way of considering the category of “third party” is able to create a structural asymmetry between law enforcement authorities and participants: some individuals may have limited chances to influence the proceedings, even when the decisions significantly concern them, while others enjoy wider procedural powers by virtue of their formal classification. From a comparative perspective, this raises important questions about how best to ensure procedural fairness: should it be tied to categorical status within the procedural system, as in China, or should it be based on a more universalised idea of “procedural voice”, where all affected individuals are guaranteed meaningful participation according to the significance of the restriction of their rights?

Finally, the South American legal experience – and in particular the Colombian one – offers a relevant perspective in which the right of third parties to be heard occupies a more structurally recognised position within criminal proceedings⁶⁴. As the reporter has pointed out, at the international level, this principle finds its basis in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which guarantees every person the right to be heard publicly and with due guarantees by a competent, independent, and impartial tribunal. At the domestic level, Colombia's Criminal Procedure Code (Law 906 of 2004) reflects this approach by requiring judicial authorities to ensure equal treatment for all participants in criminal proceedings, including defendants, victims, witnesses, and other procedural actors. Colombian constitutional caselaw has further developed this framework. The Constitutional Court has indeed repeatedly affirmed, for example, that migrants involved in criminal proceedings must be provided with interpreters or translators in order to understand and effectively participate at criminal trial on equal terms. Similarly, it has recognised that third parties who, in good faith, hold rights over assets connected to criminal conduct must be given a meaningful opportunity to be heard. The Court has also clarified that failure to guarantee such participation may lead to the annulment of judicial decisions, as it constitutes a violation of fundamental procedural rights. In this respect, the Colombian approach appears particularly noteworthy within the comparative panorama considered so far, as it explicitly links the effective participation of affected third parties to the validity of judicial decisions.

⁶³ See X. MOULIN, *Authorities*, cit., para. E.

⁶⁴ The following considerations can be found in M.M. BUSTAMANTE RÚA, *Los terceros*, cit., in particular, para. 7.1.

5. *The right not to be questioned*

Whenever the right not to be questioned is discussed, the principle of *nemo tenetur se detegere* (i.e., the right not to self-incriminate) immediately comes to mind. However, although this principle is acknowledged by international conventions and European Union legislation, its application is largely confined to suspects or defendants, while its application in favour of third parties remain fragmented, inconsistently applied, and even excluded⁶⁵. In particular, there are fields of transnational criminal justice – such as the European Investigation Order (EIO) and letters rogatory – that highlight the risks of indirect self-incrimination for third parties who provide evidence⁶⁶.

Despite these risks, almost all reports have focused on other dimensions of the right not to be questioned, as an important element of the procedural fairness. To appropriately address this right, the reports adopted a similar methodological approach: they first examined the compulsory testimony, and then identified the most relevant exceptions to this rule. In general, the law recognises that requiring testimony in some situations could, for instance, imply some serious ethical or personal conflicts. For this purpose, the notion of “third parties” was interpreted broadly, covering a wide range of individuals who may appear as witnesses, victims, and experts.

The comparative analysis of the selected legal systems has also revealed a distinction between two main categories of grounds for refusing to make a statement: absolute obstacles or testimonial prohibitions, which completely prevent testimony from being taken; and relative obstacles or differentiated rules, which allow certain limitations or special conditions regarding the giving of testimony.

This is, for instance, the case for England and Wales, where, in general, any person who can understand questions and provide coherent answers is considered competent to testify and may therefore be compelled to make a statement. However, the spouse or civil partner of the defendant enjoys a limited protection from compulsory testimony. Significantly, this protection does not apply when the spouse or civil partner is the alleged victim of a violent offence, or when the offence concerns violence or sexual abuse against a person under the age of sixteen⁶⁷.

⁶⁵ This is, for instance, exemplified by the Chinese report, which has focused solely on the accused’s right not to be questioned.

⁶⁶ This topic is addressed by V. PILLITTERI, *Tutela del terzo e principio del nemo tenetur se detegere nella procedura penale europea*, in this *Dossier*, who sheds light on that fact that the principle of *nemo tenetur se detegere* is intrinsically linked to the presumption of innocence, as guaranteed by ECHR and EU directives (e.g., Directive 2016/343 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings), and that the exercise of the right to remain silent cannot be used to the detriment of the individual exercising it. Particular attention is given in his paper to the liability of legal entities under Legislative Decree No. 231/2001, where a legal representative may be subjected to questioning without full protective guarantees, potentially generating conflicts between the rights of that entity and those of its representative. The contribution under consideration concludes by highlighting the need to extend the protection afforded by the principle at stake to third parties not directly involved in criminal proceedings, in order to prevent involuntary self-incrimination and to ensure effective protection of the right of defence in the context of transnational judicial cooperation. In addition, this author ultimately advocates for clearer and more harmonised European-level coordination to standardise the rules and secure comprehensive protection for third parties.

⁶⁷ Cf. T. WARD, *Third*, cit., para. 6(b).

Similarly, in Spain, there are exceptions to the general obligation to testify in order to protect fundamental interests such as family relationships, professional confidentiality, the right of defence, and freedom of religion⁶⁸. Indeed, certain individuals who fall within the category of “third party” may refuse to make a statement, including the accused’s family members, lawyers, translators, clergy, journalists, public officials bound by confidentiality, and persons with physical or mental disabilities. Additional exemptions concern the lawyers, who cannot testify about information received from their clients in the course of legal defence, as well as to interpreters involved in confidential communications between the accused and counsel, since these protections are essential to safeguarding the right to defence. This privilege belongs however to the client rather than to the lawyer, meaning that only the client has the authority to waive it⁶⁹.

Overall, exemptions aim to prevent the participation of third parties in criminal proceedings from creating conflicts with fundamental rights or protected relationships.

Interestingly, German law provides a robust and well-structured approach to protecting the rights of third parties not to be questioned in criminal proceedings.

In particular, there are two scenarios concerning the right of third parties to remain silent⁷⁰. The first is set down in §426 StPO which concerns parties to the confiscation proceedings, accessory parties to these proceedings and legal persons. Indeed, people who are potentially parties to confiscation proceedings and are examined during court proceedings have the same rights as the defendant during their examination⁷¹. These rights are set out in §§ 136, 136a StPO and include the right to remain silent. Another group of third parties, who have the right to remain silent, are privileged witnesses, such as the defendant’s family members and professionals who came into contact with the defendant. They can therefore refuse to testify in court proceedings. These rights are rather extensive in German law and cover, for example, former partners and parents-in-law as well as medical professionals, tax accountants, and journalists⁷². Although these rights are directed at the relationship between the witness and the defendant, they are actually rights of the witnesses. Accordingly, the defendant cannot force family members, clergymen, or journalists to testify, but they can waive doctor-patient or lawyer-client confidentiality [§ 53(2) StPO].

Similar but not exhaustive examples are provided by Taiwanese Code of Criminal Procedure (tCCP). The starting point is represented by Article 159(1), according to which statements made by witnesses or expert witnesses outside the trial are, in principle, inadmissible as evidence. As a rule, evidence must be presented during the trial through direct examination by the court or questioning by the parties, in accordance with the principles of immediacy and adversarial proceedings. Consequently, statements previously made before the police, or the public prosecutor cannot normally be used to establish the facts of the case. However, the tCCP provides several exceptions allowing prior statements to be read aloud and used as evidence. For example, written statements previously made before a judge or prosecutor may be used to clarify facts during the trial [Article 159(1) tCCP].

⁶⁸ See P. MUYO BUSSAC, *La tutela*, cit., para. 3 ff.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ See A. SCHNEIDER, *Third*, cit., para. 5(b).

⁷¹ Cf. § 426(2) StPO stated that: «If the person who is considered to be a possible party to confiscation proceedings declares that he or she wishes to object to the confiscation, those provisions governing the examination of the accused apply accordingly in the event of his or her examination insofar as it is considered possible that he or she may become a party to the proceedings».

⁷² See, in particular, the list in §§ 52 and 53 stop.

Likewise, when a witness gives testimony at trial that contradicts an earlier statement made during the investigation, the court may rely on the prior statement if it considers it more credible [Article 159(2) tCCP]. Furthermore, Article 159(3) tCCP allows prior statements made to the police or prosecutor to be read in court when direct examination during the trial is impossible. This may occur when the witness has died, suffers from physical or mental incapacity, is abroad or cannot be located, or refuses to testify without justification. In such situations, the court may admit the earlier statement if it considers it reliable and necessary to clarify the facts⁷³.

These provisions, indeed, aim to prevent re-traumatisation and secondary victimisation. The right not to be questioned therefore operates as a safeguard against coercive or unreliable evidence collection, excessive procedural burden on vulnerable individuals, and violations of fundamental rights such as privacy, dignity, and informational self-determination. From a critical perspective, however, although these exceptions seek to ensure procedural efficiency and allow the proceedings to continue when witnesses are unavailable, they may weaken the principle of immediacy and the defendant's right to confrontation, since evidence may be admitted without full cross-examination during the trial.

In contrast to the approaches observed elsewhere, the South Korean report does not address the right of third parties not to be questioned. Instead, it focuses on the accused's right to refuse to provide a statement, grounded in the constitutional right to self-determination over personal information. This right allows suspects and defendants to refuse giving statements during criminal proceedings and forms part of a set of procedural guarantees, including the right to be informed of arrest or detention, the right to access and have a copy of procedural information, and the protection and anonymisation of personal data within the criminal justice process⁷⁴.

At any rate, whenever one examines the role of third parties in judicial proceedings, it becomes evident that legal systems try to strike a balance between competing rights.

In Colombia, for instance, third parties have specific rights designed to protect them from discriminatory or intimidating questions. They may refrain from testifying in certain circumstances, such as when close relatives are involved or when they themselves are implicated in the matter⁷⁵. However, this right is not ever absolute in Colombia. The parties in a trial have rights, such as the right to defence and cross-examination. At the same time, constitutional protections – such as the right against self-incrimination for oneself or close relatives – set clear boundaries on the content and scope of questioning.

Against this background, caselaw plays a crucial role in maintaining this balance. They are tasked with ensuring that the dignity of all individuals is respected and that questioning does not infringe upon professional secrecy or personal and family privacy. Thus, questions that are offensive, prejudiced, or discriminatory must be prohibited, not just for witnesses but for any parties or third parties involved.

Criminal law enforces these principles even more strictly. For instance, Colombian law explicitly mandates judges to prevent any offensive questioning. This warning can also be applied analogically in civil and administrative proceedings, thereby emphasising that no evidence obtained in violation of these rights should influence judicial decision-making.

In comparison with other legal systems, this approach reflects a higher commitment to human dignity and equality before the law. While some legal orders prioritise the discov-

⁷³ This was reported by J. Wu, *Third*, para. F(b).

⁷⁴ In this sense, S. CHO, *Third*, para. C(1).

⁷⁵ M.M. BUSTAMANTE RÚA, para. 7.2.

ery of truth above all else, Colombia's model underscores that "truth" must be sought without compromising fundamental rights.

6. *The protection of vulnerable third parties in court proceedings*

As we have seen, in criminal proceedings it is essential to protect the dignity and privacy of all participants, especially vulnerable individuals and non-parties. In this sense, one key principle is the limitation of irrelevant or intrusive questioning, that is to say courts must prevent inquiries into a weak person's private life unless strictly necessary to assess the facts or, for instance, the credibility of the testimony. As a consequence, whenever possible, oral hearings should be conducted without a public audience to safeguard, among other values, privacy, and authorities are expected to provide continuous support, ensuring that participants can engage in the proceedings without undue stress or exposure. In this context, technology can serve as an important tool, for example through remote testimony, video links, pseudonymisation, or controlled audiovisual environments, allowing third parties-participants to contribute safely while maintaining the integrity and fairness of the judicial process.

It is equally important to ensure accessibility and comprehension. To guarantee the right to understand and be understood, authorities must implement tailored measures for people with disabilities. This includes using clear and accessible language, providing sign language interpretation, offering oral communication assistance for individuals with physical disabilities – who should have the right to be accompanied by a person of their choice, ensuring both support and effective participation throughout the process – and allowing experts to participate as assistive consultants.

Despite variations in legal frameworks and procedural details, a shared comparative principle emerges, that is, criminal justice must balance the rights of the accused with the protection of non-parties, particularly in case of vulnerable individuals. Indeed, while participation in the proceedings, especially at trial, is fundamental to ensure justice, it must never compromise dignity and privacy. In this light, differences among countries tend to rely on the methods of implementation rather than on the commitment to protection itself, thus reflecting in this specific field of investigation a common recognition of human rights principles in the treatment of third parties.

Among the considered countries, Colombia deserves particular attention since its legal framework exemplifies a comprehensive, legally grounded approach, combining police and judicial responsibilities, while European systems often prioritise procedural adaptations and accessibility measures⁷⁶.

In Colombia, indeed, the protection of witnesses and participants in criminal proceedings is of the utmost importance, thus reflecting the reality that these individuals often face serious risks to their safety, life, and personal integrity, risks that may also affect their family members. Furthermore, the Colombian legal framework recognises this vulnerability and establishes that the State has a duty to safeguard those who collaborate with justice, whether through testimony or reporting crimes. Against this background, the Constitutional Court has stressed that such a protection is not automatic, since it must be based on a

⁷⁶ M.M. BUSTAMANTE RÚA, para. 7.3.

careful, case-by-case assessment of risks, in order to authorise proportionate and necessary measures⁷⁷.

This safeguard is primarily assigned to the National Police, under the Constitution and specific regulations, but the Attorney General's Office also plays a key role through specialised programs. Along these lines, laws, such as nn. 548 of 1999, 418 of 1997, and 1106 of 2006, establish structured protection programs for witnesses, victims, participants, and officials, including those involved in human rights or international humanitarian matters. Notably, access to these programs does not always require the initiation of a criminal proceedings, although admissibility is evaluated carefully.

Comparatively, many European countries have developed similar mechanisms for witness protection, often emphasising both the physical safety of these subjects and the confidentiality of their participation. For example, in Hungary, Italy, Spain, Portugal, Germany, and France, persons who are called to make a statement – such as vulnerable individuals – may provide testimony remotely, avoid exposure to the public, and receive specialised support during proceedings⁷⁸.

In particular, Spanish law provides a range of protective techniques aimed at safeguarding third parties, such as witnesses, informants, experts, and their relatives, without requiring them to formally participate as parties in the process. These measures are designed to prevent harm arising from the exposure to the criminal trial, particularly when individuals are in a vulnerable situation or exposed to significant risks to their life, integrity, or other vital interests⁷⁹.

Broadly, these techniques fall into two categories: measures to prevent reprisal and procedural adaptations intended to reduce harm caused by participation in the proceedings itself. The first category includes protections against intimidation or reprisals by the accused or their social context, such as those established in the *Ley Organica* n. 19/1994 on the protection of witnesses and experts in criminal proceedings. These measures may involve protecting the identity, residence, or workplace of witnesses, using anonymity mechanisms during proceedings, preventing the recording or dissemination of their image, providing police protection, or, in exceptional cases, granting a new identity and relocation support. Additionally, Spanish law allows for protective measures that restrict the rights of the accused in order to safeguard victims and other individuals, including restraining orders, prohibitions on approaching or contacting certain persons, protective orders in cases of domestic violence, suspension of parental rights in cases involving minors, or even pre-trial detention when necessary to prevent intimidation of witnesses or harm to the victim. All together, these mechanisms aim to ensure that cooperation with the justice system does not expose third parties to serious risks while maintaining the integrity of the scope of criminal proceedings.

Furthermore, it is useful remembering that Spanish criminal procedure code includes special procedural adaptations to protect specific vulnerable witnesses, particularly minors under 14 and persons with disabilities requiring exceptional protection – from trauma to

⁷⁷ Additionally, both rulings of the Constitutional Court nn. T-532 of 1995 and T-083 of 2005 affirm that the risk must be specific, serious, and beyond what individuals are expected to endure, thus also highlighting the State's responsibility to act once a threat is reported. See M.M. BUSTAMANTE RÚA, *Los terceros*, cit. para. 7.3.

⁷⁸ Cf. V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Third*, cit., p. 360 ff.

⁷⁹ P. MUYO BUSSAC, *La tutela*, cit., para. 3.2.

secondary victimisation⁸⁰. More broadly, Spanish law requires authorities to take measures to avoid secondary victimisation of victims who testify. These adaptations seek to reconcile the evidentiary needs of the criminal justice with the protection of vulnerable individuals, thus resulting in ensuring their dignity, safety, privacy, and psychological well-being. These measures include minimising the number of interviews, allowing the victim to be accompanied by a trusted person, using specially designed facilities such as child-friendly interview rooms (*e.g.*, Gesell chambers)⁸¹, and, in certain cases, ensuring that the same trained professional conducts the questioning. During trial, additional protections may be adopted, such as testimony by videoconference, avoiding visual contact with the accused, restricting intrusive questions about the victim's private life, holding hearings without the public present, and preventing the disclosure of identifying information or images, particularly in cases involving minors or vulnerable victims.

With regard to the EU legal framework, Germany has also progressively strengthened the protection of vulnerable witnesses, reflecting both the influence of the EU Directive on victims' rights and a growing awareness of vulnerability within criminal justice systems. Over time, procedural safeguards have been expanded to reduce the psychological pressure and potential harm faced by witnesses during proceedings. For instance, German law allows courts to prevent direct confrontation between the defendant and the witness either by temporarily removing the defendant from the courtroom or by conducting the testimony through audio-visual examination, with the witness located in a separate room and questioned by the presiding judge. In some cases, technological measures may also be used to alter the witness's voice or appearance in order to prevent recognition⁸². Addition-

⁸⁰ One key mechanism is the pre-constituted testimony, whereby the witness's statement is recorded during the investigation phase in cases involving serious crimes (such as offenses against life, sexual freedom, or human trafficking) so that the witness does not need to testify again at trial. This testimony must be taken with full accessibility guarantees and appropriate support, often involving psychosocial professionals who assess the witness's personal circumstances and assist in conducting the interview. Courts may also use technical means to prevent visual confrontation between the witness and the accused. Cf. P. MUYO BUSSAC, *La tutela*, cit., para. 3.2.1.

⁸¹ This setup consists of two rooms separated by a one-way mirror, allowing observers in one room to watch what occurs in the other without being seen. The chamber enables the controlled replication of real-life scenarios, allowing experiments and observations that help professionals better understand developmental processes and behaviours.

⁸² Interestingly, cf. S. BATTIATO, I. ZANGARA, *Tecnologie a tutela dei terzi*, in this *Dossier*. This paper examines the use of AI in criminal proceedings, particularly in managing and analysing the vast amount of information available during investigations. AI may be used mainly during the investigative phase, for evidence analysis and judicial administration. Selecting relevant data requires significant effort and may lead to inconsistencies when different professionals apply different criteria. Therefore, as the authors warn, special attention must be given to the protection of third parties' rights, using safeguards proportional to the level of interference. Relevant technologies include tools for data editing and filtering, voice, and image anonymisation, text and video analysis, geolocation systems, and anonymised presentation of evidence in court. In particular, they focus on the techniques aiming at anonymising voices and images in criminal investigations and judicial proceedings in order to protect the identity and safety of individuals while preserving the evidentiary value of the material. As clearly explained, voice anonymisation aims to make a speaker unrecognisable while maintaining the natural characteristics of speech such as tone, rhythm, and emotional expression. Traditional methods modify pitch and speed, but more advanced solutions – such as voice conversion and neural speech anonymisation – use deep learning models to transform biometric vocal features while keeping the content intelligible. These technologies allow statements to remain authentic while protecting the identity of the speaker. For images and videos, individuals can be identified through facial features, body characteristics, clothing, contextual elements, and metadata. Simple techniques like pixelation or blur are often insufficient. More advanced AI-based methods, such as diffusion models for face swapping, adversarial anonymisation, and full-body anony-

ally, the public may be excluded from the hearing when particularly sensitive matters are discussed, when children testify, or when public proceedings could endanger those involved. Alongside these procedural adaptations, victims may also receive psychosocial support during the process. Overall, these measures illustrate a broad trend across legal systems, that is adapting procedural rules to protect vulnerable participants while maintaining the fairness of the criminal trial⁸³.

Within Europe, but outside EU, the system of criminal justice in England and Wales also provides several procedural safeguards aimed at protecting vulnerable or intimidated witnesses while maintaining the adversarial structure of the trial⁸⁴. Indeed, English courts may adopt “special measures”, such as screens or live video links, to prevent direct confrontation with the defendant and reduce the stress associated with testifying. In some cases, witnesses may give evidence anonymously, and pre-recorded interviews or cross-examinations may be admitted, limiting the need for repeated testimony. Interestingly, additional protections include Ground Rules Hearings (GRH), which regulate the manner of questioning, and the use of intermediaries to assist witnesses with communication difficulties. Despite these protections, English law has traditionally been reluctant to recognise complainants or vulnerable witnesses as independent procedural third parties with participatory rights, reflecting concerns about preserving fairness for the accused within the adversarial system. Possible reforms discussed by the Law Commission of England and Wales may expand certain procedural rights for complainants without transforming them into quasi-prosecutorial actors⁸⁵.

Outside Europe, Asian legal areas also provide valuable insights.

As already pointed out, in Chinese criminal justice, for instance, witnesses are formally recognised as participants in criminal proceedings, although they do not enjoy the *status* of parties such as the prosecution or the defence. Under the Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China, any person who possesses information relevant to a case may be required to testify, reflecting a general duty to cooperate with the administration of justice.

At the same time, Chinese law presents limitations aimed at protecting vulnerable individuals from inappropriate involvement in judicial proceedings. In particular, persons who are unable to correctly perceive or communicate facts – such as individuals with mental or physical impairments – or minors may be excluded from testifying. Victims who are unable to participate directly in proceedings – such as minors or deceased victims – may be represented by legal representatives or close relatives, who can also initiate related civil claims within the criminal trial. Additionally, linguistic protections exist in regions with ethnic minorities, where local languages may be used to ensure comprehension. Moreover, in cases involving juvenile offenders, a school-dispatched representative may participate in the proceedings to assist the minor and promote a more protective and educational approach. Finally, it is worth highlighting that individual with a direct interest in the case or those in-

misation systems (e.g., Deep Privacy-type models), can hide identity while preserving posture, movements, and contextual information.) Additional useful techniques include recoverable anonymisation, which allows reversible access to the original video for investigative purposes. The effectiveness of these systems is evaluated through metrics such as identity concealment rate, biometric distance, action recognition accuracy, pose estimation error, and temporal consistency.

⁸³ See A. SCHNEIDER, *Third*, cit., para. 5(c).

⁸⁴ On this topic cf. J. JACOBSON, *Participation in Courts and Tribunals: Concepts, Realities and Aspirations*, Bristol, 2020.

⁸⁵ Cf. T. WARD, *Third*, cit., para. 6(b).

volved in investigative activities are generally discouraged from serving as witnesses in order to preserve the reliability and impartiality of testimony⁸⁶.

Notwithstanding the significant efforts made to strengthen safeguards within the Chinese criminal justice system, the legal framework still lacks a clear definition of the term “witness” and does not establish detailed criteria for evaluating testimonial capacity. This gap may generate uncertainty in the effective protection of vulnerable third parties.

Particularly noteworthy is South Korea’s criminal justice system, where the ongoing digitalisation process – especially through the Criminal Justice Information System (CJIS) – is reshaping how information is managed and shared in criminal proceedings. This explains why the protection of vulnerable witnesses is not regulated under a separate legal category, but are rather primarily safeguarded through personal data defences, anonymous court documents, limit access to evidence and case files and, in general, procedural anonymity, aiming to prevent reprisal and preserve privacy, especially in the context of the digitalised criminal justice⁸⁷.

To achieve such aims, the criminal justice system recognises that disclosing personal information in case records could expose victims and witnesses to retaliation or other security risks. To mitigate this negative effect, the law allows for the use of pseudonymised indictments, where real names can be replaced with fictitious ones, thus balancing the defendant’s right to a fair trial with the protection of victims and witnesses. Indeed, under Article 35(3) of the Korean Criminal Procedure Code, judges may also implement measures to prevent the disclosure of personal data when there is a risk of serious harm to the safety or privacy of involved individuals. This extends protection not only to victims and witnesses, but also to whistle-blowers, experts, claimants, and their close relatives or associates.

Finally, in this scenario an outstanding criminal justice system is the Taiwanese one, which, in general, balances flexibility and protection: general isolated investigations allow logistical adaptability, whereas specialised forensic interviewer-assisted procedures ensure that vulnerable witnesses can provide evidence safely and effectively, with expert guidance enhancing both the reliability of testimony and the welfare of the individual⁸⁸.

More precisely, in Taiwan, witness protection encompasses both general and special measures to ensure the safety, privacy, and effective participation of witnesses. Under general provisions (§ 177 tCCP), if a witness cannot appear in person – due to illness, being abroad, or other reasons – the public prosecutor may first hear the views of the accused or their defence counsel and then proceed to question the witness. When in-person interrogation is not possible, questioning can take place via audio or video transmission. These measures apply broadly to all witnesses, without distinguishing whether they are also victims or require special protection. When the protection of a witness is deemed necessary under the Witness Protection Act (WPA), a formal program may be implemented. Protected witnesses, including victims, may be interviewed separately from the accused and other parties, using methods such as masks, voice alteration, changes in appearance, or video communication. These safeguards, which as we have seen used by almost the countries ex-

⁸⁶ X. MOULIN, *Authorities*, cit., para.II(B).

⁸⁷ During the discovery phase, when the defendant or defence counsel can access investigative files, numerous personal identifiers – such as names, photographs, personal identification numbers, addresses, phone numbers, bank information, and other identifiers – must be removed or obscured. These protections specifically apply to victims, witnesses, informants, and victims’ family members, who are considered at risk. Cf. CHO, *Third*, cit., para.

⁸⁸ Cf. J. WU, *Third*, cit., para. F(c).

amined, also extend to complainants, informants, and actual victims, ensuring both safety and privacy during proceedings, especially the investigative ones.

Significantly, in cases of sexual offenses involving children under 12 or physically impaired persons as witnesses, the Sexual Assault Crime Prevention Act (§ 19) mandates the participation of forensic experts during questioning or cross-examination in police investigations, public prosecutor inquiries, or court trials. These experts possess specialised skills in conducting interviews that are sensitive to the age, abilities, and needs of vulnerable witnesses. They guide authorities on adapting questions to obtain accurate information while minimising stress or discomfort. In exceptional circumstances, experts may directly pose questions if authorities cannot implement their recommendations effectively.

Statements obtained under professional supervision can be used as evidence (§ 26), with proceedings structured similarly to cross-examination or party questioning (§§ 163–166 tCCP). Measures such as one-way mirrors, audiovisual transmission, and full audio-video recording further protect the witness while enabling a comprehensive investigation.

7. *Third parties in criminal justice: comparative outcomes*

This section seeks to draw conclusions about a general model that, grounded in the fairness of proceedings, gives voice to contemporary criminal justice's problems concerning third parties. It emphasises multiple perspectives, by highlighting how comparative experiences can inform a more balanced and inclusive approach to criminal justice.

7.1. *The expanding role of third parties in criminal justice systems*

As has been stated in the introductory remarks, the purpose of this study is to compare the main findings of the national reports selected for this Dossier, by highlighting similarities and differences in how the criminal procedural law define and protect the category of “third parties”. The challenge lies in determining which rights and interests merit protection in order to allow third parties to participate incidentally in the process, solely to safeguard their own affected rights. This may involve exercising procedural powers to submit evidence or arguments aimed at influencing judicial decisions in the same criminal proceeding potentially affecting them.

To these aims, the current analysis has taken into account both formal parties – those legally entitled to participate in proceedings – and substantive parties, such as victims of crime, whose interests are affected by the court's decisions variously even if they do not formally join the proceedings.

The examination also sought to develop guidelines for strengthening third-party protection by observing, in particular, the court proceedings and how each of the national systems considered addressed these problematic issues. It has revealed that the concept of a third party is difficult to define: indeed, despite the general indications provided to the contributors, almost all countries involved in the research have not addressed it systematically, comprehensively, or coherently, which has made comparison extremely difficult.

On closer inspection, however, the debate around the notion of the “third party” cannot be resolved solely by means of definition, as procedural roles are closely connected to a state’s constitutional structure and the organisation of prosecution power.

In systems grounded in strong rights-based constitutions, for instance, criminal proceedings have been traditionally based on a dual relationship between the authority exercising prosecution power and the accused. Over time, however, investigative techniques and procedural measures have expanded their effects beyond the defendants, leading scholars to consider and further develop and think about the category of “third parties”. This one identifies individuals whose rights and interests are significantly impacted or interested variously by criminal proceedings, even though they are neither the bearer of the prosecution nor its direct addressees.

Against this framework, it is also worth remembering that this study, by comparing the European and non-European countries, has critically examined which elements of contemporary criminal justice can represent continuity with established legal traditions and which constitute a paradigmatic change. In addition, it has considered whether the existing pluralism in the roles of third parties can strengthen democratic legitimacy as well as the protection of fundamental rights, or whether it can risk fragmenting the coherence of the criminal justice systems.

We can affirm that legal relativism in the specific field under examination does not necessarily undermine shared principles of criminal justice, such as the right to a fair trial; rather, it provides a valuable analytical lens for understanding how criminal justice is evolving globally in light of the same challenging issues, such as those related to the ongoing technological transition.

In the light of all these considerations, the notion of thirdness serves as a diagnostic tool to assess procedural guarantees for those indirectly affected. It does not presume homogeneity among these subjects; instead, it reflects the reality that modern criminal justice generates effects beyond the traditional adversarial model. As the comparative perspective shows, conceptual tensions surrounding the concept of “thirdness” reveal different constitutional logics rather than theoretical inadequacy. The question, therefore, is not whether the category at stake should be abandoned, but how it should be adapted to each system’s constitutional structure, since its value ultimately depends on the relationship between prosecution power, institutional architecture, and the protection of fundamental rights in the specific field of criminal justice. In this respect, a common constitutional framework can draw its foundations from the international and supranational protection of fundamental rights⁸⁹.

All this leads us to understand third parties as rights-based subjects whose recognition depends on the scope of fundamental rights protection, the intensity of state interference, and the nature of their procedural involvement – particularly whether they participate

⁸⁹ On closer inspection, the rise of global or transnational constitutionalism has encouraged a growing convergence between domestic constitutional systems and international human rights law, often described as the “internationalization of constitutional law” and the “constitutionalisation of international law”. Yet, this debate has largely focused on Western experiences, particularly in Europe and North America. East Asia has frequently remained outside this narrative or has been portrayed as resistant to it, as Asian countries have generally approached such developments cautiously, continuing to emphasise traditional principles of sovereignty and non-interference. See, in this sense, W.C. CHANG, *The Convergence of Constitutions and International Human Rights: Taiwan and South Korea in Comparison*, in *North Carolina Journal of International Law*, 2011, p. 594. Cf. also T. GINSBURG, *Eastphalia as the Perfection of Westphalia*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2010, p. 27 ff.

voluntarily or are subject to a legal duty of cooperation, as is typically the case for witnesses. This perspective stems from the ongoing “constitutionalization” of criminal justice – particularly regarding the right to privacy, the protection of one’s property and personal data, and access to justice to assert one’s claims –, and the expansion of procedural boundaries beyond formal roles, especially due to the challenges posed by digital world.

7.2. *From party-centred fairness to multi-subject criminal proceedings*

Within this framework, one of the most significant procedural guarantees that can be clearly recognised of constitutional nature is the right to a fair trial. As previously noted, this right also encompasses the entitlement to be suitably and fairly heard in court proceedings, thereby enabling individuals other than the formal parties to exert a meaningful influence on the decision-making process. In other words, it is among this category of rights where convergence between international and domestic constitutional norms appears most evident.

In this light, the provided comparative material allows to articulate a theoretical consideration on the right of third parties to be fairly heard within contemporary criminal proceedings across different legal systems. Ultimately, this development contributes to reshaping the very configuration of criminal procedural law, as the recognition of such rights expands the traditional boundaries of participation and protection within the proceedings.

Across the systems we have examined, a clear transformation has emerged. Traditionally, the right to a fair hearing is centred on the dialectic between prosecution and defence. That is why, in adversarial systems, such as the United Kingdom and Wales, and increasingly in Taiwan and Colombia, the fair hearing originally functioned as a guarantee ensuring, among other values, equality of arms between the accused and the prosecuting authority. In continental systems such as Germany and Spain, it was similarly embedded within the rights of the formal parties to equal and fair proceedings.

However, comparative examination has revealed a gradual but significant transformation: criminal proceedings are no longer exclusively based on a dualistic approach. It has progressively become a multi-subject trial in which individuals other than the accused may be directly and substantially affected by both investigative and judicial measures.

Doubtless, this change has brought about important implications for the right to be fairly heard.

Firstly, entitlement to this right increasingly does not depend on formal party *status*, but on the intensity of the interference with fundamental rights. Secondly, third parties claiming ownership over confiscated property, holders of confidential documents, victims whose privacy may be exposed, or individuals subject to covert investigative measures may all experience significant legal and personal consequences without being formally classified as parties. Thirdly, the comparative outcomes show that legal systems respond to this reality through differentiated procedural mechanisms.

A further key finding concerns the proportionality principle. Protection for third parties is rarely absolute or uniform. Rather, it is modulated according to the seriousness of the interference.

As we have seen, in Germany, for instance, strong procedural guarantees apply in confiscation proceedings, where proprietary rights are at stake, while more limited, often *ex post* remedies, are provided for covert investigative measures. Spain allows third parties af-

affected by confiscation to participate in proceedings, though only in relation to their patrimonial interests. As previously stated, England and Wales adopts a particularly structured approach in cases involving special procedure material, requiring judicial authorisation and granting document holders a participatory role. South Korea emphasises due process in relation to data protection safeguards, while Colombia constitutionalises the position of victims to a remarkable degree.

In a nutshell, a common logic can be observed among the selected countries: the greater the impact on property, privacy, reputation, security, or other fundamental rights is, the stronger the procedural safeguards are afforded.

Timing also plays a crucial role. Some systems allow for preventive participation of third parties to be heard before a measure is imposed, as in the case of production orders in England or confiscation procedures in Spain. Others rely primarily on remedial mechanisms, enabling individuals to challenge measures after they have been adopted, as in certain German investigative contexts. Preventive participation appears more consistent with a substantive understanding of the right to be fairly heard, as it allows individuals to influence the decision-making process before irreversible consequences occur.

Another decisive element emerging from the comparison concerns the relationship between the right to be heard and the evidentiary phase. In Taiwan, for instance, the centrality of oral proceedings and cross-examination reflects a model in which fairness is closely linked to adversarial evidentiary production. In England and Wales, equality of arms, which represents the pillar of fair trial, in disclosure procedures ensures that affected individuals can challenge the use of sensitive investigative material. In Colombia, victims are granted not merely formal standing but meaningful evidentiary engagement. These examples clearly demonstrate that the right to be fairly heard cannot be reduced to the opportunity to submit written observations; rather, it entails effective participation capable of influencing the evidentiary basis of the decision.

Taken together, these comparative insights outline a multilevel model of the right of third parties to be fairly heard. First, the right is activated whenever criminal proceedings directly or substantially affect fundamental rights. Second, at a minimum, it entails the right to information, the right to present observations, and the right to challenge the invasive measure. Third, where the interference is significant, it includes access to relevant materials and the opportunity to contest evidence in an adversarial manner. Finally, in situations involving vulnerability, sensitive data, or intrusive measures such as confiscation or covert investigation, safeguards may approximate those granted to formal parties.

In conclusion, the right of third parties to be fairly heard is evolving into a dynamic principle of procedural justice, triggered by the concrete impact of procedural activities on fundamental rights. Across diverse legal traditions, a shared trajectory can be identified: procedural fairness increasingly depends on granting an effective voice to all individuals whose rights and interests are meaningfully at stake.

7.3. *Differentiated fair hearing: vulnerability, technology, and procedural adaptations in criminal justice*

An additional cross-cutting aspect is the problem of vulnerability. Minors, victims of sexual offences, and individuals whose sensitive personal data are processed receive enhanced procedural protection in several cases. This reflects the emergence of a differentiated fair hearing, in which the level of protection adapts to the specific fragility or exposure

of the individual concerned. The right to be heard thus operates not only as a formal procedural entitlement but as a tool for safeguarding substantive equality in contexts of procedural asymmetry.

Moreover, criminal justice systems increasingly acknowledge that the protection of vulnerable witnesses and non-party participants is essential for preserving both procedural integrity and individual dignity⁹⁰. Shared principles emphasise the relevance of personal safety, privacy, and respect, with courts limiting intrusive questioning, conducting private or semi-private hearings, and implementing procedural adaptations to prevent secondary victimisation. Systems also balance the rights of the accused with those of witnesses, by employing remote testimony, video links, pseudonymised documents, isolated questioning, and restrictions on certain inquiries to safeguard participants while maintaining fairness.

Furthermore, procedural flexibility and specialised interventions complement one another. General measures allow authorities to adapt questions to practical constraints, such as illness or geographical distance. Specific measures – including forensic interviewers, expert advisors, and child-friendly facilities – address the unique needs of vulnerable witnesses, thus trying to minimise trauma and ensuring accurate evidence collection. Digitalisation and technological integration, such as South Korea's Criminal Justice Information System or Germany's audiovisual examination procedures, enhance accessibility and coordination while creating new privacy and security risks, mitigated through anonymisation, controlled access, and audiovisual protections.

Experts play a crucial role across many systems, guiding authorities on communication, question design, and the management of vulnerable participants to ensure reliability and reduce psychological stress. Institutional responsibilities vary: Colombia emphasises coordinated police and prosecutorial programs, while European systems prioritise procedural adaptations and accessibility, and Asian countries – including South Korea, Taiwan, – focus on anonymity and technological protections.

Overall, the trend reflects a shared commitment across legal orders to protect participants while reconciling evidentiary needs with human dignity and safety.

ABSTRACT: Relativism and Pluralism in the Roles of Third Parties in Criminal Justice from a Comparative Law Perspective. Multilevel Protection of the Fundamental Rights and Safeguards of Third Parties in Criminal proceedings

This paper examines the role of third parties in criminal proceedings through a comparative analysis of selected European, South American, and East Asian legal systems. It explores how different constitutional traditions and legal cultures can shape the recognition and procedural status of individuals who are not formal parties to criminal proceedings but are nonetheless affected by them. By adopting a flexible and human-rights-oriented defini-

⁹⁰ Both vulnerability and weakness are particularly evident in the field of international criminal justice. For instance, A. BELTRÁN MONTOLIÚ, cit., para. 1 underscores the constant need to combat violence against vulnerable victims, particularly children and women, in situations of armed conflict. National and international conflicts often leave profound and long-lasting consequences that affect entire generations and are difficult to overcome. In this context, both societies and judicial systems – at the national and international levels – must make every possible effort to establish effective mechanisms that ensure victims are heard and that their experiences and rights are properly granted within the justice process.

tion of “third parties,” the study includes both participants granted procedural rights and individuals indirectly impacted by coercive or investigative measures. Particular attention is paid to their right to be heard, the limits of compelled participation, and the safeguards afforded during procedural activities. The research ultimately highlights convergences and divergences in the protection of third parties, especially vulnerable persons, within contemporary criminal justice systems.

VIVIANA DI NUZZO*

THE PROTECTION OF THIRD PARTIES' FUNDAMENTAL RIGHTS DURING THE PRE-TRIAL PHASE IN THE CONTEXT OF THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION

SUMMARY: 1. Introduction to the Comparative Analysis. – 2. Formal Participants and Third Parties to Criminal Proceedings in the Selected Legal Systems. – 3. Scientific Developments, New Technologies and the Safeguards of Third Parties. – 4. Pre-Trial Measures and the Protection of Fundamental Rights of Third Parties. – 5. Concluding Remarks.

1. *Introduction to the Comparative Analysis*

Nowadays, almost every criminal justice system relies on investigative measures designed both to prevent crime and secure evidence. These measures are increasingly shaped by scientific and technological developments, which enable the collection, processing and correlation of information not only concerning the suspect and the victim, but also persons who have interacted with them or who may possess knowledge relevant to the facts under investigation. Any thorough examination of the role of third parties in criminal proceedings must therefore address the impact of digital technologies on fundamental rights, both in the preventive sphere and at the investigative stage.

Third parties are frequently drawn into criminal proceedings in an informal manner, without being recognised as holders of a defined procedural status or of a corresponding set of rights and powers. Until relatively recently, this issue remained largely peripheral in legal scholarship, both at the domestic level and within supranational and international debate¹. The informal character of such involvement lies in the fact that most legal systems lack a coherent body of rules governing the participation of third parties in criminal proceedings. As a result, individuals may be affected by procedural activities without even being aware of it.

Against this background, the present study approaches the issue through a comparative analysis of selected European jurisdictions – Italy, Spain, Germany, and England and Wales² – and non-European jurisdictions – China, South Korea, Taiwan, and Colombia –. These legal systems have been chosen because they reflect markedly different constitutional settings, procedural structures, and legal cultures.

* PhD in Legal Studies, Messina University. Email: vidinuizzo@unime.it.

¹ V. DI NUZZO-A. FALCONE, Third Parties and Their Formal and Substantial Participation in Criminal Justice: A Comparative-Law Analysis of Domestic Jurisdictions, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A comparative Law Study*, Cham, 2024, p. 322. The present study should be considered as a development of the aforementioned work.

² England and Wales are part of Europe geographically, but United Kingdom is no longer an EU Member State since 31st January 2020, when *Brexit* became official.

The comparative dimension is essential to any attempt to identify who third parties are. Indeed, one of the principal difficulties of this research lies precisely in formulating a definition capable of operating across heterogeneous legal systems. The notion is inherently relative and context-dependent and this makes any general definition especially problematic.

The concept of the third party can only be delineated by contrast with those who are not third parties, namely the formal parties to the proceedings. In criminal procedure, these are, in broad terms, the prosecuting authority and the accused. The category is therefore inherently relational: a third party can be identified only by reference to at least two other subjects. At first sight, this may suggest that third parties occupy a merely ancillary or marginal position, since they are defined by reference to the principal actors rather than through a positive procedural *status* of their own.

In a broad and provisional sense, a third party may be understood as a person who remains external or extraneous to the procedural relationship between the prosecution and the accused. Yet the pluralism and relativism of the concept explain why legal terminology has not produced a stable and comprehensive definition. The term continues to be used across different branches of legal studies and in different contexts, often with distinct meanings³.

The relative nature of the category has clear historical roots. In Roman law, *primus* and *secundus* denoted the subjects constituting the legal relationship, whereas *tertius* referred to the person remaining outside it⁴. This idea of extraneousness found expression in a number of Latin maxims. Among them, «*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*» remains especially significant: a legal act concluded between two persons cannot, in principle, produce effects – whether favourable or adverse – upon one who did not participate in it.

At the same time, the notion of third party may refer either to society as a whole, insofar as the administration of criminal justice is a matter of public concern, or to one or more specific individuals who are not formal parties to the proceedings and should therefore not be directly affected by them.

The investigation of crime and the identification of the person to be held criminally responsible are matters of evident public interest. The public is never wholly indifferent to the conduct and outcome of criminal proceedings, particularly in cases that attract significant media attention and shape public debate⁵. In this broader sense, society as a whole has an interest in the proper administration of criminal justice.

Such general interest, however, must be distinguished from the position of specific individuals who, although not parties to the proceedings, may nonetheless be directly affected by investigative or procedural activities.

The aims of criminal proceedings justify the power of the competent authorities to interfere, within the limits prescribed by law, with the private sphere of persons suspected

³ The meaning of the term is somehow adaptable to different situations, due to its natural relativism and pluralism.

⁴ S. RUGGERI, Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World?, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (ed.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 406.

⁵ Cf. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1947, p. 125, according to whom the public to the hearings holds the status of a party. Indeed, people who are inside the courtrooms to assist must remain in silence.

of having committed an offence⁶. At the same time, the exercise of those powers may also affect persons who are not directly involved in the investigation.

Such interference arises most frequently during the investigative phase, when the authorities gather the information necessary to determine whether the conditions for bringing criminal charges are met. The use of digital technologies significantly amplifies this interference, since those technologies make possible forms of monitoring, tracing, and data collection capable of extending to persons who cannot always be identified in advance.

For this reason, although the present study takes account of the different stages of criminal proceedings, it focuses primarily on the use of new technologies for preventive and investigative purposes. These are the stages at which criminal procedure has its widest reach, because digital searches, interception measures, drones, and software-based investigative tools may affect an indeterminate number of persons who are connected, in one way or another, to the facts under investigation.

The principal aim of this research is to reconsider and strengthen the fundamental principles of criminal justice, with particular reference to fair trial guarantees and the principle of equality of arms. These principles should not be interpreted narrowly as applying only to the formally recognised parties to the proceedings. Rather, they should also extend to those persons who, although lacking formal party status, are directly affected by procedural activities and are therefore exposed to concrete risks affecting their rights and interests.

The early stages of criminal proceedings are characterised by uncertainty and fluidity. At that point, the alleged offence has not yet been crystallised in the indictment, and it is not always possible to determine which subjects will subsequently appear as formal participants in the trial. Moreover, the authorities may resort to investigative measures that interfere with private life without the knowledge or consent of the persons concerned, as occurs, for example, where the communications of a person against whom no incriminating evidence exists are intercepted.

The comparative analysis shows that none of the legal systems examined has developed a fully coherent and systematic framework for the protection of third parties⁷. Nevertheless, all of them address the issue to some extent. In each jurisdiction, statutory provisions, judicial decisions, or institutional practices engage, directly or indirectly, with the position of third parties. What remains lacking, however, is a clear definition of the concept

⁶ «As soon as the prosecution authorities suspect that an offence has been committed, they will begin to gather information». S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, p. 540. The author observed that most coercive measures typical of criminal proceedings entail an intrusion into the private sphere of the suspect and, at times, of third parties as well. Unlike the guarantees associated with the right to a fair trial, the fundamental rights affected by such measures occupy a more marginal position in relation to the trial itself. Nevertheless, they remain closely connected to the criminal proceeding in which they are disposed and may come into play even in the context of preventive activities.

⁷ Cf. report from Colombia, according to which Colombian jurisdiction lacks legislative and jurisprudential development regarding the protection of the rights of third parties involved in acts of preliminary inquiry and criminal investigation. This misattention to the topic places any citizen in a situation of vulnerability, as it allows fundamental rights (such as the right to intimacy, the inviolability of the home, the privacy of communications, and even the right to one's own digital environment) to be affected without effective judicial guarantees governing investigative measures, nor adequate oversight of the legality and proportionality of such actions to the detriment of the third parties involved. The lack of a clear framework protecting the rights of these third parties exposes the population to invasive State interference, without the necessary safeguards to ensure the principles of due process, the presumption of innocence, and the right not to self-incriminate.

and a specific procedural framework capable of structuring both their role and the safeguards to which they should be entitled.

The comparative method makes it possible to identify both shared features and significant differences in the protection afforded to third parties and in the ways in which they are drawn into criminal proceedings. It also allows to identify potential best practices. Such a broader perspective is necessary in order to determine which procedural activities involve persons other than the accused, why such involvement occurs, and what legal limits should govern it. Likewise, this method enables an assessment of the safeguards and remedies available to those individuals.

More generally, the study examines whether national legal systems are capable of responding to changing social expectations, especially in relation to digital privacy, and whether they comply with the obligations arising from international and supranational legal instruments.

Finally, the comparison between different legal systems helps to clarify how the rights of the accused are balanced against the interests of non-parties. It also highlights those areas in which reform may be required, whether to prevent the unjustified involvement of third parties in procedural activities or to ensure that they are afforded adequate remedies when their rights or interests are affected.

The present study therefore compares European civil law and common law traditions with selected legal systems from South America and East Asia, in order to show how differing constitutional arrangements, procedural structures, and legal cultures shape the identification of third parties, the definition of their role, and the safeguards designed to protect them within criminal proceedings.

2. Formal and Third Parties to Criminal Proceedings in the Selected Legal Systems

Understanding who third parties are in criminal proceedings requires, as a preliminary matter, an examination of those subjects who are recognised as formal parties within the criminal justice systems under comparison. Given the inherently relative character of our concept, identifying the principal parties is essential: in the most immediate sense, intrinsically third parties are those who are not – and, in principle, cannot become – formal parties to the proceedings.

The comparative analysis of the selected jurisdictions reveals a broad tendency to regard the public prosecutor as the main formal participant in criminal proceedings. This follows from the prosecutor's central role in directing the investigative phase and in deciding whether the case should be discontinued or brought before a criminal court⁸. The initiatives undertaken by the prosecuting authority may result in a criminal indictment being issued against a specific individual, namely the accused, who is entitled to the safeguards associated with such *status*⁹.

⁸ The Chinese report explains that in China the prosecution function is exercised by the People's Procuratorate. Within this system, responsibilities are distributed across different institutional levels, whose competence varies according to the seriousness and category of the criminal offence concerned.

⁹ Cf. C. ORLANDO, *Investigazioni invasive e tutela del terzo nel procedimento penale: il contributo delle giurisprudenze Cedu e Cadu*, in this *Dossier*, who examines IACtHR and ECtHR case law in order to build a coherent and substantial notion of the criminal accusation, regardless formal definitions.

Nonetheless, the public prosecutor does not invariably enjoy a monopoly over the initiation of criminal proceedings. In Spanish law, for instance, the victim may bring criminal and/or civil proceedings against the accused and thereby assume the role of formal accuser¹⁰. Even in such cases, however, the injured party is not entitled to require the State to impose a particular form of punishment, nor may they influence the severity of the sanction, as the Court of Justice of the European Union has expressly clarified¹¹.

Spanish law provides a significant model from a comparative perspective because it recognises several forms of proactive participation in criminal prosecution, including *acusación particular*, *acusación popular*¹², and, in limited cases involving offences against honour, prosecution reserved to the injured party (*acusación privada*). This feature is particularly relevant for present purposes, since it demonstrates that any citizen may initially occupy the position of a third party, yet may cease to do so upon assuming a prosecutorial role in accordance with the law¹³.

German law presents a similarly layered picture¹⁴. As a general rule, the victim is not treated as a formal party to criminal proceedings. Nevertheless, the procedural framework permits the victim to acquire party status in two distinct ways.

The first is through private prosecution (*Privatklage*)¹⁵, whereby a private individual may act as prosecutor in cases involving offences directly affecting him or her and in respect of which the public prosecutor has declined to proceed, usually because of the minor gravity of the offence. In such cases, the public prosecution service does not actively conduct the proceedings, although it retains the power to take over the prosecution at any stage¹⁶.

The second is through private accessory prosecution (*Nebenklage*)¹⁷, which is available to victims of certain offences, including sexual offences, bodily injury, and the unlawful killing of a family member. By joining the public prosecution as a private accessory prosecutor, the victim acquires a series of procedural rights, most notably the right to challenge decisions on appeal¹⁸. In this context, formal party *status* arises upon the declaration of joinder; where the victim has died, the relevant procedural rights are transferred to close relatives¹⁹.

¹⁰ P. MUYO BUSSAC, *La tutela de los terceros en el proceso penal: el modelo español*, in this *Dossier*. See also F. GASCÓN INCHAUSTI-G. SCHUMANN BARRAGÁN, Report on Spain, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A comparative Law Study*, cit., p. 172.

¹¹ EU Court of Justice, *György Katz contra István Roland Sós*, judgment of 9 september 2008, C-404/07.

¹² According to the Spanish report, the institution of *acusación popular* has a constitutional basis in Article 125 of the Spanish Constitution of 1978. However, its practical exercise has long been the subject of recurring public controversy. At present, a legislative proposal is under parliamentary consideration which seeks to significantly restrict the scope of this mechanism. P. MUYO BUSSAC, *La tutela de los terceros en el proceso penal: el modelo español*, in this *Dossier*.

¹³ Cf. S. RUGGERI, Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World?, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (ed.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 407.

¹⁴ A. SCHNEIDER, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from the German Perspective*, in this *Dossier*.

¹⁵ §§ 374 *et seq.* of the German Code of Criminal Procedure.

¹⁶ § 377 of the German Code of Criminal Procedure.

¹⁷ §§ 395 *et seq.* of the German Code of Criminal Procedure.

¹⁸ § 401(1) of the German Code of Criminal Procedure

¹⁹ § 395(2) of the German Code of Criminal Procedure.

Beyond Europe, South Korea also allows victims, in certain circumstances, to initiate a form of private prosecution before the courts, thereby entering criminal proceedings as active subjects rather than remaining external to them²⁰. In Taiwan, also, victims have the power to bring a private prosecution to court, which must initiate the trial in accordance to such indictment²¹. In this way, the victim assumes the formal role of «subject of the proceeding»²².

Colombia adopts a different approach²³. Thus, victims are recognised as special interveners in criminal proceedings (*interveniente especial*). This *status*, however, cannot be equated to that of a formal party, since victims do not enjoy the powers and prerogatives recognised to the prosecution and the defence, nor can, by virtue of their own procedural standing, determine the judicial outcome. At the same time, the Colombian Constitutional Court has held that, in light of the principle of effective judicial protection, victims must be afforded opportunities comparable to those granted to defendants, on the basis that both of them play a key role in resolving the conflict that arose from the crime, especially within a restorative justice framework²⁴. A similar recognition of the victim's role within restorative justice emerges from the Taiwanese report, according to which mediation proceedings must be discontinued where the complainant withdraws the complaint²⁵.

In addition to this, the Colombian Constitutional Court has emphasised that the trial stage is adversarial in nature and therefore presupposes a bilateral confrontation only between two parties: the prosecutor and the defendant. On that basis, it has rejected the possibility of a multiplicity of prosecuting parties being arrayed against a single defendant, preserving the structural symmetry of the adversarial trial is essential to guarantee the full compliance of the safeguards of the defence. It has further clarified that recognising the victim as an additional prosecutor, distinct from the public prosecutor, would undermine equality of arms and alter the basic architecture of the accusatorial model at trial²⁶.

Comparable concerns have also emerged in Italian case-law. The Italian Constitutional Court has held that Article 112 of the Italian Constitution – which stands put in the international scenario, since it enshrines the principle of mandatory prosecution at the constitutional level – does not in itself preclude the attribution of prosecutorial powers to subjects other than the public prosecutor²⁷. This means that Italian legislator could, in principle, introduce and regulate forms of private prosecution, provided that the public prosecu-

²⁰ B.S. CHO, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World in South Korea. Reconstruction and Models for Solution from a Multilevel Perspective*, in this Dossier.

²¹ J. WU, *The Position of the Third Person in Criminal Proceedings in Taiwan*, in this Dossier.

²² §§ 319 and 320 of the Taiwanese Code of Criminal Procedure.

²³ M. BUSTAMANTE, *Los terceros y la justicia penal en Colombia*, in this Dossier.

²⁴ Cf. Colombian Constitutional Court, C-1154 of 2005, *Manuel José Cepeda Espinosa*; Colombian Constitutional Court, C-209 del 2007, *Manuel José Cepeda Espinosa*.

²⁵ J. WU, *The Position of the Third person in Criminal Proceedings in Taiwan*, in this Dossier.

²⁶ In this perspective, cf. J. DOAK, *Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation*, in *Journal of Law and Society*, 2005, vol. 32, n. 2, p. 316, who underlined that «the task of redefining the developing relationships between the victim, the accused, and the State» should take into account «current trends in human rights and criminal justice discourse towards a more inclusive model of criminal justice». This author, two decades ago, already expressed concerns surrounding the legal debate about granting prosecutorial powers to the victims.

²⁷ Italian Constitutional Court, judgment No. 154 of 13 December 1963, underlined that national legislation did not entail the possibility of any other subject substituting the public prosecutor in his main task. Even more specifically, the Italian Constitutional Court, judgment No. 84 of 26 July, explained that Article 112 of the Italian Constitution does not allow subjects other than the public prosecutor to exclusively prosecute a criminal offence.

tor's power to bring the indictment remains unaffected. However, the Italian legal system does not allow for prosecutorial powers to be exercised by victims. Rather, injured parties are generally treated as witnesses and are only granted rights to information and certain protective measures²⁸.

From a comparative law perspective, these findings show that the increasing enhancement of victims' role within criminal proceedings, together with the recognition of remedies designed to protect their interests, tends to weaken the image of these subjects as a true third party. Victims are undoubtedly involved in the criminal process, yet they occupy a borderline position, situated between participation and procedural extraneousness. The legal mechanisms available to them, as well as the way in which they choose to exercise those mechanisms, may either expand or restrict the category of formal parties²⁹.

A similar expansion occurs where civil claims are brought within criminal proceedings. In such cases, the number of formal participants increases and the scope of the matters to be adjudicated correspondingly broadens, since those who are civilly liable may also acquire the status of a formal party. The criminal court is then required to determine not only criminal liability, but also whether civil damage has been suffered and whether compensation is due.

3. *Scientific Developments, New Technologies and the Safeguards of Third Parties*

Nevertheless, the need for substantial protection is more evident in relation to those individuals whose involvement in criminal proceedings arises from an interest connected with the proceedings themselves, or with the investigative activities on which they rest. Such persons do not enter the process by choice. Rather, they are drawn into it involuntarily as a consequence of investigative acts and, more specifically, of the need to secure evidence for the purposes of prosecutorial initiatives.

As is well-known, technological innovation and the wide process of digitalisation have, in this respect, transformed investigative practice. Contemporary techniques make it possible to obtain, retain, and analyse vast quantities of information with unprecedented speed and efficiency³⁰. Yet their operational advantages cannot be separated from their intrusive character: digital tools frequently enable the monitoring and harvesting of data on an indeterminate scale, the precise boundaries of which cannot be meaningfully fixed *ex ante*. Similar challenges emerge also in the delicate context of preventive investigations.

Against this background, investigative measures constitute the procedural environment in which third-party involvement is both most common and most consequential. The inclusion of non-suspects is often functional to expanding the informational horizon available to law enforcement authorities; it allows investigators to reconstruct events, identify

²⁸ E. MALINO-D. FOTI, Third Parties in Italian Criminal Proceedings, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A comparative Law Study*, cit., p. 102 ff. See also V. DI NUZZO-A. FALCONE, Third Parties and Their Formal and Substantial Participation in Criminal Justice: A Comparative-Law Analysis of Domestic Jurisdictions, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A comparative Law Study*, cit., p. 327.

²⁹ Cf. P. MUYO BUSSAC, *La tutela de los terceros en el proceso penal: el modelo español*, in this *Dossier*, who considers the victims a *quasi* formal party.

³⁰ The topic concerning the recourse to digital and technological tools of investigation has been examined in this *Dossier* by many authors, to whom reference is made.

suspects, test hypotheses, and corroborate accounts. At the same time, it is precisely at this stage that third parties may experience the most serious forms of interference with their rights and interests, largely as a consequence of evidentiary requirements.

At these preliminary stages, however, we may not always talk about in terms of “formal parties”. In several jurisdictions, the notion of “party” belongs primarily to the trial phase and presupposes a defined procedural relationship structured around a formal accusation. During prevention and investigation, roles are still fluid: therefore, it may be impossible to determine whether a person will subsequently acquire a recognised procedural status or will remain external to the formal architecture of the proceedings.

Most national reports broadly converge on this point³¹. The Chinese report challenges the feasibility of a stable demarcation between primary parties and third parties, given the breadth and elasticity of the category. It proposes, instead, a tripartite taxonomy, which distinguishes authorities, formal participants, and informal participants³².

This problem appears to be of the utmost methodological complexity, particularly in the domain of preventive investigations. Where investigative activity is not targeted towards identifiable individuals but is conducted through mass or strategic surveillance, it would be extremely difficult to answer the question regarding who is a third party without collapsing into over-inclusiveness.

In the European context, the European Court of Human Rights addressed these difficulties in *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*³³, where it stressed that bulk surveillance must be subject to strong procedural safeguards and cannot operate in a normative vacuum³⁴. Among the safeguards emphasised by the Court is the availability of mechanisms capable of making interference controllable and contestable, including rules on retention, storage, erasure, and destruction of data, and on the temporal limits within which collected material may lawfully be kept³⁵.

Information is a central element in the architecture of this relevant decision. Once covert monitoring has ceased and notification can occur without compromising legitimate aims, informing affected persons is closely connected to the practical availability and effectiveness of remedies, and to the prevention of abuse in the exercise of surveillance powers.

³¹ Cf. also S. ZIINO, *Il procedimento di prevenzione dal punto di vista dei terzi. Spunti di riflessione*, in this *Dossier*, according to whom the establishment of the category of third parties presents a degree of arbitrariness.

³² X. MOULIN, *Authorities and Participants beyond Third Party in Criminal Proceedings: Lesson and Report from China*, in this *Dossier*.

³³ ECtHR, *Big Brother Watch v. United Kingdom*, judgment of 12 September 2018, Appl. No. 58170/13.

³⁴ M. ZALNIE RIUTE, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, in *American Journal of International Law*, 2022, vol. 116, n. 3, p. 585 ff.; A. LUBIN, *Big Brother Watch v. UK* (Eur. Ct. H.R. Grand Chamber), in *International Legal Materials*, 2022, p. 605 ff.; J.P. SEEFELDT PESSOA-R. SANTOS DE OLIVEIRA, “*Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*”: *el régimen de vigilancia social y el derecho al respecto a la vida privada y familiar y a la libertad de expresión frente a la Corte Europea de Derechos Humanos*, in *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, 2019, vol. 24, n. 3, p. 1 ff.; F. DUBUISSON, *La Cour européenne des droits de l’homme face à la surveillance de masse: (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni, 25 mai 2021)*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* 2022, p. 123 ff.

³⁵ Cf. England and Wales’ report, according to which «the police should use «the least intrusive means of processing the information». The 2023 *Code of Practice* promoted by the UK Government suggests to selectively extract the relevant information and data or, «where this is not technically possible, by restricting the review of the excess information obtained». T. WARD, *Third Parties in Criminal Proceedings: National Report for England and Wales*, in this *Dossier*.

The Court's reasoning, therefore, links secrecy and accountability: without some system of knowledge, legal protection risks becoming merely theoretical³⁶.

The Court's approach also shows attention to the protection of persons who may never receive individualised notification³⁷. In this regard, it stressed particularly the relevance of some procedural mechanisms: firstly, access to a judicial remedy for those who are notified *ex post* that they were subjected to covert measures; and secondly, the possibility – available even absent prior notification – to apply to an independent and impartial body (judicial or administrative) for any person who reasonably suspects that they have been placed under surveillance. The ECtHR also emphasised that, once a person is notified after discontinuation of surveillance, legal remedies must be available in practice and must allow an effective protection of interested parties' fundamental rights.

From a comparative standpoint, German law and legal scholarship have long shared the Strasbourg view that secrecy must be counterbalanced by reviewability, and that *ex post* notification (where feasible) is pivotal to the effectiveness of remedies³⁸. In 2023, the German Constitutional Court recognised the need of specific protection even for subjects who undergo automated data analysis carried out for preventive goals, since this activity enables «the creation of precise movement, behavioural or relationship profiles, or by exposing persons who are not objectively involved in the relevant events to an increased risk of being specifically targeted by follow-up police investigations». Moreover, the Court stressed out that «the more people are affected by a measure, the stricter should the requirements for using the measure be»³⁹.

In this perspective, German federal legislation seems particularly keen to satisfy the indications of the ECtHR case law. Therefore, everyone who has undergone an intelligence measure can ask for a judicial review. In order to facilitate the initiation of judicial review proceedings, it is incumbent upon the addressee and third parties to be informed of covert measures subsequent to their conclusion. Indeed, it is an established principle in constitutional law that notification is required⁴⁰.

National reports also underline system-specific calibrations of proportionality. In England and Wales, the distinction between targeted and bulk techniques is often decisive, not least because bulk powers are structurally capable of collecting large volumes of data that predominantly relate to persons who are not of operational interest. Against this background, the “minimal” impact on each individual cannot be assessed in isolation from the cumulative burden on the public at large, and proportionality analysis must be sensitive to

³⁶ ECtHR case law always called for a “fair balance” between the need to preserve the objectives of criminal proceedings and the interests of formal participants or third parties in maintaining the confidentiality of personal data. ECtHR, *Z. v. Finland*, judgment of 25 February 1997, Appl. No. 22009/93.

³⁷ L. BACHMAIER WINTER, Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation: The Strasbourg Court Facing Big Brother, in E. BILLIS-N. KNUST-J.P. RUI (a cura di), *The Principle of Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, 2021 p. 317 ff.

³⁸ German Constitutional Court, judgement of 16 February 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, BVerfGE 165, 363, par. 72. Cf. A. SCHNEIDER, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from the German Perspective*, in this Dossier.

³⁹ German Constitutional Court, judgement of 16 February 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, BVerfGE 165, 363, par. 73.

⁴⁰ A. SCHNEIDER, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from the German Perspective*, in this Dossier.

scale⁴¹. This is the reason why the choice between targeted monitoring or general one can have a substantial impact on the outcome of the proportionality analysis⁴².

More generally, in the field of preventive investigations, many jurisdictions still lack legislative rules that are sufficiently specific and comprehensive to govern the deployment of highly intrusive technologies in a way that is both foreseeable and effectively constrained. Yet even once a criminal investigation is formally underway, investigative activities remain fully capable of interfering with the fundamental rights of third parties, particularly where technological tools extract large datasets from persons who are unaware of the investigative operation.

In the domain of preventive investigation, despite the inherently deleterious nature of the operations conducted during this phase, numerous legal systems lack specific legislation to govern their implementation⁴³. For example, in Germany, the regulation of crime prevention changes from *Land* to *Land*, which leads to a very diverse legal tableau in which the legality of a measure depends on the competent legal authority who has applied the measure⁴⁴.

While Germany results particularly attentive to the protection of fundamental rights already in the preventive phase, Spain shows a particular attention to third parties in the context of the investigative phase.

Thus, Spanish law recognises a right of third parties to intervene in criminal proceedings when their fundamental rights are directly affected. This unique right of intervention is recognised through the constitutional guarantee of effective judicial protection, in connection with the specific fundamental right allegedly infringed, even in the absence of an explicit statutory provision. However, such participation requires the existence of a legally relevant fundamental-rights position of the third party, identifiable with a personal, qualified, and specific interest, as stated by the Spanish Constitutional Court⁴⁵.

The statutory framework governing investigative measures that restrict fundamental rights – such as the inviolability of the home, the secrecy of communications, privacy, and informational self-determination – expressly allows these rights to be lawfully limited during the investigative stage even when their holder is a person other than the suspect. As already seen, the practical needs of criminal investigation frequently require that individuals unconnected with the alleged offence tolerate interference by law enforcement authorities aimed at obtaining information and sources of evidence.

While formal parties to criminal proceedings may challenge such measures and request the exclusion of evidence obtained in violation of their fundamental rights, third parties are left with little more than the obligation to endure the measure, without access to an effective remedy to protect their rights or to contest the legality and proportionality of the measure within the criminal proceedings themselves.

⁴¹ T. WARD, *Third Parties in Criminal Proceedings: National Report for England and Wales*, in this *Dossier*.

⁴² Also EU Court of Justice underlined the need of targeted surveillance in order to avoid a general monitoring of people. Court of Justice of the European Union, GC, judgment of 5 April 2022, C-140/20.

⁴³ Cf. L. BACHMAIER WINTER, *Criminal Investigation, Technological Development, and Digital Tools: Where Are We Heading?*, in L. BACHMAIER WINTER-S. RUGGERI (ed.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 5, who pays attention to the unclear borders between crime prevention and crime investigation in the modern era.

⁴⁴ Cf. A. SCHNEIDER, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from the German Perspective*, in this *Dossier*.

⁴⁵ Spanish Constitutional Court, judgment of 7 March 2022, No. 30.

For more than a decade, Spanish law has expressly regulated technological investigative measures, which are especially likely to affect third parties⁴⁶. The legislation expressly permits the adoption of such measures even when they affect third parties, subject to the conditions established for each measure. In particular, judicial interception may be authorised in respect of communications transmitted through terminals or telematic means belonging to a third party where: (i) there is evidence that the suspect uses the device to transmit or receive relevant information; (ii) the owner collaborates with the suspect's unlawful activities or benefits from them; or (iii) the device is maliciously used by third parties through telematic means without the owner's knowledge. Beyond this provision, however, no equivalent rule exists for other technological investigative measures restricting fundamental rights, which raises doubts as to the legality of measures directed at devices or property belonging to third parties.

Despite these possibilities, Spanish law provides no procedural mechanism enabling the affected third party to appear in the proceedings and challenge the legality of the investigative measure adopted or executed to their detriment. Therefore, the Spanish Constitutional Court held that the absence of an explicit statutory provision could not operate as a barrier to these individuals' access to judicial protection. Instead, the relevant procedural rules should have been interpreted systematically to allow the participation of third parties whose fundamental rights were directly affected.

The reports regarding European jurisdictions indicate that particular attention to this issue has often come from Constitutional Courts. This is also the case for Germany, where the Federal Constitutional Court has recognised additional protection for third parties through the notion of the «core area of private life» (*Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*)⁴⁷. This concept has been developed by the Constitutional Court in order to delineate a sphere of personal life within which privacy interests prevail over competing public interests, including those associated with criminal prosecution⁴⁸. Investigative measures that intrude upon this core sphere are regarded as inadmissible, and any evidence thereby obtained must be excluded from the trial.

The case law of the Federal Constitutional Court of Germany concerning digital investigative measures, such as interceptions and online surveillance, has consolidated the principle that the lawfulness of surveillance operations, as expressions of investigative powers interfering with fundamental rights, must be assessed in the light of the requirements of proportionality, legal clarity, and specificity. This approach is particularly relevant where such measures affect the right to informational privacy, recognised as a component of human dignity⁴⁹.

Outside Europe, the Colombian Constitutional Court emphasised that any interception of communications may entail a third parties' restriction of fundamental rights, in particular the rights to privacy and to the secrecy of communications⁵⁰. Consequently, this

⁴⁶ These include the interception of telephone and telematic communications, the recording of oral communications through electronic devices, the use of technical tracking and image-capture devices, the search of mass data storage devices, and remote searches of computer systems.

⁴⁷ A. SCHNEIDER, *Third Parties and the Developments in Criminal Justice in the Digital World. Reconstruction and Models for Solution from the German Perspective*, in this Dossier.

⁴⁸ BVerfG, judgement of 20 April 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

⁴⁹ Cf. D. FOTI, *Riservatezza informatica e indagini digitali*, in this Dossier.

⁵⁰ Colombian Constitutional Court, No. 404 of 2017.

measure necessarily requires prior judicial authorisation issued by a competent authority, as well as subsequent judicial oversight of their legality.

Although the Court acknowledged that such investigative measures may occasionally gather unforeseen findings or information unrelated to the original object of the investigation⁵¹, it clarified that this circumstance does not automatically permit their use as evidence in criminal proceedings. Even where such findings arise incidentally, the relevant constitutional and legal requirements must be satisfied in order for the information to qualify as valid evidence. Accordingly, such information may serve as a basis for initiating criminal proceedings, but it cannot be relied upon to support a conviction unless it has been obtained in full compliance with constitutional guarantees. In particular, an interception carried out without prior judicial authorisation is unconstitutional and unlawful and, for this reason, cannot be the basis of a conviction. A criminal conviction must instead rest on lawfully obtained evidence capable of establishing, beyond reasonable doubt, both the existence of the offence and the defendant's criminal responsibility⁵².

What emerges from this analysis is that third parties may be described, in functional terms, as those against whom there is no suspicion of criminal responsibility, but whose substantial participation results from their potential evidentiary value, because they may possess relevant knowledge or their data is incidentally captured⁵³, or because they are connected (socially, digitally, professionally, or familiarly) to suspects or victims. Although some legal jurisdictions still lack adequate safeguards, the recognition of their formal involvement in criminal proceedings seems indispensable today.

Research shows that prompt judicial authorisation or subsequent validation constitutes an essential safeguard for limiting interference with the rights and freedoms of third parties. This requirement is particularly important in relation to investigative techniques based on scientific or technological developments. In such cases, the judicial authority should, where possible, identify in advance the individuals who may be affected by these measures and exclude those against whom no suspicion exists.

In this perspective, Italian criminal procedure law does not contain specific provisions addressing the protection of third parties affected by technologically advanced investigative measures⁵⁴. Existing safeguards are limited and largely indirect. In particular, third parties may seek the restitution of seized devices; however, this remedy is primarily designed to protect property rights, while the interests at stake extend beyond ownership, as the principal concern lies in the exclusive control of information and its dissemination.

⁵¹ Cf. also J. WU, *The Position of the Third Person in Criminal Proceedings in Taiwan*, in this *Dossier*, who underlines that the so-called "dragnet investigative measures" may inevitably result in the infringement of the fundamental rights of uninvolved persons – even if indirect connection to the evidence or the accused does not emerge.

⁵² M. BUSTAMANTE, *Los terceros y la justicia penal en Colombia*, in this *Dossier*.

⁵³ Cf. Taiwan's legislation, which allows measures gathering covert information, capable of affecting even persons who have no connection whatsoever to the accused or the evidence. J. WU, *The Position of the Third Person in Criminal Proceedings in Taiwan*, in this *Dossier*.

⁵⁴ See D. FOTI, *Riservatezza informatica e indagini digitali*, in this *Dossier*, who underlines that in Italian law the core problem therefore lies in the failure of the legislature to extend the system of procedural safeguards governing interceptions to a broader range of digital investigative measures, despite the fact that such measures may entail an equivalent, if not greater, interference with individual privacy. In this respect, Italian legislator appears to adopt an anachronistic perspective, still grounded in a traditional reading of Articles 14 and 15 of the Italian Constitution, and fails to account for the development of the individual's digital identity and the corresponding fundamental right to informational privacy.

As noted, technological investigative tools – such as software capable of intercepting digital communications and seizing stored data – pose significant risks to fundamental rights, including privacy and the secrecy of correspondence. These instruments may easily capture information relating to individuals who are not the target of the investigation. Judicial authorisation must therefore be based on necessity for the investigation and generally specify the temporal and spatial limits of the interception. Italian legislation also prohibits the transcription of recordings that are irrelevant to the investigation or that could harm a person's reputation⁵⁵. Furthermore, individuals may request a judicial order for the destruction of recordings considered unnecessary to the criminal proceedings in order to protect their privacy⁵⁶.

Despite these safeguards, third parties may remain unaware of interceptions that involve their communications and may have little control over the subsequent use of such material, particularly when it is employed in proceedings different from those for which the interception was originally authorised⁵⁷. Similar issues arise in the context of remote electronic surveillance, where software installed on a device may collect messages, chats, and emails – treated as communications – while access to data stored on the device is governed by the rules on search and seizure.

More broadly, contemporary investigative techniques may affect a wide range of individuals beyond the suspect, including victims, minors, and persons with no formal connection to the proceedings⁵⁸. Although the relevant procedural safeguards formally apply irrespective of whether a person is a suspect or a third party, the Italian legal framework does not specifically address the particular vulnerabilities of third parties affected by such investigative measures.

Domestic reports demonstrate that the use of scientific and technological tools during the investigative stage, while undoubtedly effective for the collection of evidence, may significantly affect third parties. These individuals are often unaware that their data or communications are being processed within the framework of criminal proceedings.

⁵⁵ Article 268 of the Italian Code of Criminal Procedure.

⁵⁶ According to Article 269 of the Italian Code of Criminal Procedure, any interested person may «request the judge to order the destruction of the documental recordings, which are not necessary in the criminal proceeding, for the purposes of protecting their privacy». E. MALINO-D. FOTI, Third Parties in Italian Criminal Proceedings, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 125.

⁵⁷ In the decision of ECtHR, *Contrada v. Italy* (No. 4), judgment of 23 May 2024, Appl. No. 2507/19, the European Court of Human Rights observed that Italian law does not provide for the notification of third parties affected by interception measures. Moreover, such individuals have no possibility of applying to a court to challenge the legitimacy or necessity of the measure or to obtain appropriate protection. In light of these deficiencies, the Court concluded that the Italian legislation fails to ensure adequate and effective safeguards for persons whose communications are intercepted despite not being involved in the criminal proceedings. The Court held that Italian law does not satisfy the requirements of Article 8 ECHR for a conventionally acceptable restriction of the right to private life. However, in the same judgment, the Court also noted that domestic law, as interpreted by the case law of the Italian Court of Cassation, identifies with sufficient precision the persons who may be subject to interception, as well as the circumstances and conditions under which such measures may be adopted. Consequently, the national legal framework meets, at least, the Convention's requirement of foreseeability in the specific field of the interception of communications.

⁵⁸ This is also evident in investigative practices involving the collection of genetic data, such as DNA samples, which may involve individuals not directly implicated in the investigation. E. MALINO-D. FOTI, Third Parties in Italian Criminal Proceedings, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO, *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 126 ff.

The research indicates that prompt judicial control or validation constitutes an essential safeguard in limiting potential interference with the rights and freedoms of third parties⁵⁹. In particular, when investigative measures rely on advanced technological or scientific methods, the judicial authority should, whenever possible, identify the persons who may legitimately be targeted and exclude individuals for whom no suspicion exists.

Accordingly, the most effective protection of third parties' rights appears to arise in legal systems that require prior judicial scrutiny of the lawfulness and proportionality of investigative measures. Such oversight is of crucial importance, as it obliges an independent authority to provide reasoned justification demonstrating both the necessity of the chosen investigative method and the grounds for involving the persons affected. By contrast, once the measure has been implemented, third parties generally only have limited legal remedies. As several reports highlight, in cases such as communications' interception or remote searches, individuals whose rights have been restricted frequently remain unaware that the measure has been carried out and no notification is required.

In all the legal systems examined, information, data and genetic material relating to third parties must ultimately be destroyed, irrespective of whether those individuals were informed of their collection. The destruction of such data is generally conceived as a safeguard intended to mitigate infringements of privacy and to protect individual rights. However, the mere deletion of data cannot fully remedy a violation of fundamental rights. By the time destruction occurs, the interference has already taken place and the information has been processed within the framework of criminal proceedings. Although erasure may prevent further misuse, it cannot reverse the initial harm caused when the individual loses exclusive control over personal information during the evidence-gathering stage.

For this reason, while data destruction remains an important protective measure, it must be complemented by safeguards capable of preventing unjustified interference at an earlier stage. In particular, prior judicial review or oversight by an independent authority appears essential to ensure that investigative activities do not unduly intrude upon the private sphere of individuals who are not involved in the criminal proceedings⁶⁰.

4. Pre-Trial Measures and the Protection of Fundamental Rights of Third Parties

Pre-trial measures adopted in the course of criminal investigations may affect not only the fundamental rights of formal parties to the proceedings but also of third parties. In particular, procedural mechanisms aimed at securing assets, such as freezing or seizure, may have significant implications for the rights, freedoms, and interests of individuals who are not formally involved in criminal trials. In such peculiar context, third parties are typically defined as subjects other than the parties in the strict sense, yet they are nevertheless involved in the proceedings and, therefore, hold a qualified interest or a specific role linked to the ownership or other property right on the seized item.

⁵⁹ S. RUGGERI, Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World?, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 427, according to whom the judicial scrutiny «is still the most powerful means of reducing the risk of abuses».

⁶⁰ These results confirm the findings of the research carried out by the authors in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit.

Generally, the justification for freezing or seizing assets belonging to third parties lies in the alleged illicit origin of the property or in the need to prevent the commission of further offences or other serious consequences where the availability of the assets poses a concrete risk to public security. Also, the seizure can be performed to secure the item as evidence in the trial phase.

The EU Member States' legislation has been influenced by the European Union law instruments on the matter of freezing and seizing assets for purpose of preventing and ascertaining serious forms of crime, such as organised crime, terrorism and drug dealing. Third parties adversely affected by criminal seizure or confiscation benefit from protection under European Union law governing asset freezing and confiscation. In particular, relevant safeguards are provided by Regulation (EU) 2018/1805 of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing and confiscation orders, and by Directive (EU) 2024/1260 on asset recovery and confiscation, which replaced Directive 2014/42/EU. These instruments form part of a broader effort at harmonisation aimed at strengthening the fight against organised crime and criminal infiltration into the economy.

In accordance with the EU legal background, under Article 20 of the Italian Anti-Mafia Code, a court may order the seizure of assets that a person subject to preventive proceedings is deemed able to control, directly or indirectly, where the value of those assets is disproportionate to the individual's declared income or economic activity, or where sufficient indications suggest that they derive from unlawful activities or their reinvestment. The measure is adopted by reasoned decree without prior adversarial hearings and remains in force until the conclusion of the first-instance proceedings, without the possibility of immediate appeal.

This provision may significantly affect third parties, who may be deprived of the enjoyment of their assets even in the absence of any indication of their social dangerousness. Indeed, confiscation may be ordered where the person concerned cannot justify the lawful origin of assets that are disproportionate to their income or that appear to derive from unlawful activity⁶¹. The notion of "availability" of assets is subjected to a broad interpretation and does not coincide with civil law ownership, meaning that confiscation may occur even without proof of fictitious interposition. Consequently, third parties seeking to avoid confiscation must demonstrate both the lawful origin of the assets and that they are not effectively available to the person subject to the measure, resulting in a significant reversal of the burden of proof. The concept of "non-involvement in the offence" should be understood as requiring the subjective element of third party's good faith, namely the absence of knowledge – and the absence of the possibility of acquiring such knowledge through the exercise of the diligence required in the specific circumstances – regarding the unlawful act.

According to Italian legislation, third parties' property rights can be affected also in the context of criminal proceeding, where seizures can be ordered to prevent the use of illicit goods for committing crime⁶² or with the purpose of freezing the assets necessary for restoring the offended person in case of a condemnatory verdict⁶³. In this regard, the Italian Constitutional Court has held that the adoption of a preventive seizure does not necessarily require the existence of a reasonable suspicion of guilt directed at a specifically

⁶¹ Article 24 of the Italian Anti-Mafia Code.

⁶² Article 321 of Italian Code of Criminal Procedure.

⁶³ Article 316 of Italian Code of Criminal Procedure.

identified suspect; accordingly, property in the possession of third parties may also be subject to seizure⁶⁴.

Preventive seizure can lead to the confiscation of illicit goods. It is generally ordered by a judge upon request of the public prosecutor. In situations of urgency, however, the public prosecutor may order the seizure directly, subject to judicial validation within forty-eight hours. As a consequence, the individuals concerned immediately lose control over the seized assets. In certain cases, particularly where a company is seized, the lawful owner may be appointed as custodian in order to mitigate the impact of the measure on property rights and entrepreneurial freedom⁶⁵. Nevertheless, such pre-trial measures, especially when directed at legal entities, may also significantly affect the interests of third parties, including employees and creditors.

Similarly, in Spain, the investigating judge is competent to order pre-trial measures, such as the temporary closure of premises or the suspension of corporate activities, that may affect shareholders, stakeholders, or other third parties. Provisional measures aimed at securing assets, including attachments or garnishments, may likewise extend to individuals connected with the suspect, such as family members, co-owners of property, or holders of joint bank accounts. Where the seized goods are lawful objects of commerce, and therefore not exposed to confiscation or destruction, the person affected by the seizure may challenge the measure before the investigating judge at any time. For this purpose, legal representation by a lawyer is not required⁶⁶.

The reasoning developed by the Spanish Constitutional Court in judgment No. 30/2022, although formulated in relation to investigative measures affecting fundamental rights, may also support the participation of third parties affected by judicial decisions, including pre-trial measures affecting property rights⁶⁷. The judgment recognised that individuals not formally involved in criminal proceedings must nonetheless have access to judicial protection and the possibility of challenging decisions that adversely affect their interests.

In addition, Spanish law expressly provides for the participation of third parties in proceedings concerning the freezing and confiscation of assets. Under Article 803-ter(a) of the Spanish Code of Criminal Procedure, the judge may order the intervention of persons affected by a confiscation measure, thereby allowing them to take part in the proceedings and present arguments aimed at protecting their interests.

The seizing of items can happen also for evidentiary purposes. In this regard, the police in England and Wales possess broad powers to seize property needed for the criminal investigation. A police officer lawfully present on premises may seize items believed to constitute evidence of an offence (other than material protected by legal professional privilege) where seizure is necessary to prevent concealment, loss, tampering, or destruction of the good itself. These powers allow the police to obtain material from third parties either through a search warrant or with the consent of the occupier, including in emergency situations. Once seized, the material may be retained for evidentiary, forensic, or investigative

⁶⁴ Italian Constitutional Court, No. 48, judgment of 17 February 1994.

⁶⁵ Article 104-bis Implementing Provisions to the Italian Code of Criminal Procedure.

⁶⁶ Article 338 of the Spanish Code of Criminal Procedure.

⁶⁷ In this sense, see F. GASCÓN INCHAUSTI-G. SCHUMANN BARRAGÁN, Report on Spain, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A comparative Law Study*, cit., p. 184. The author highlights that «there are cases in which, although no fundamental rights are at stake, there is a legitimate interest to intervene in the proceedings – e.g., the attachment of immovable property or the closing of the company in which the third party works».

purposes, and may also be used to support a private prosecution where the public prosecutor declines to proceed. The owner may seek the return of the property by applying to a magistrates' court under the Police Property Act 1897, while any person who had custody or control of the item prior to seizure may request access to it while it remains in police possession⁶⁸.

The Taiwanese report also highlights that third parties can be affected by measures aimed at seizing or confiscating assets related to crime. Where evidence or items subject to confiscation are in the possession of a person other than the accused, or where there is a suspicion that such a person has assisted the accused in evading justice, compulsory measures may also be ordered and enforced against that individual⁶⁹.

With regard to German criminal procedure, the domestic legislation distinguishes between two categories of third parties who may be involved in confiscation proceedings. Firstly, parties to confiscation proceedings (*Einziehungsbeteiligte*) are individuals who are not defendants but against whom a confiscation order may be directed. They are formally recognised as parties to the confiscation proceedings and are granted specific procedural rights, including the right to be heard⁷⁰. Secondly, accessory parties to confiscation proceedings (*Nebenbetroffene*) are persons who are neither the accused nor potential addressees of the confiscation order but whose rights may nevertheless be affected by it. Such individuals may participate in the confiscation stage of the proceedings where it appears credible that they own the property concerned, hold another right over it, or risk losing that right as a consequence of the confiscation⁷¹.

The comparative analysis shows that domestic legal systems generally attach particular importance to protecting the property rights of third parties affected by seizure measures. The safeguards provided are broadly similar across jurisdictions and typically depend on the owner's good faith and the absence of any connection between the property and the offence. This examination of procedural measures suggests that legal systems are capable of providing, at least at a subsequent stage, specific forms of protection for the rights and interests of third parties when investigative or precautionary acts carried out in criminal proceedings adversely affect individuals other than the accused or other formal participants in the process.

A significant finding of this study is that individuals whose assets are subject to freezing or confiscation, even in the absence of a formal accusation, offer a useful paradigm to properly understand who third parties are. Indeed, in the jurisdictions examined, the categories of persons targeted by such measures are clearly defined and are generally granted effective rights and procedural guarantees.

Historically, debates surrounding seizure and confiscation of assets have centred on the protection of property rights. In the contemporary context, however, property interests extend beyond tangible assets to encompass personal data and information. Even where electronic devices are returned to their owners, authorities may retain copies of the data extracted from them. Consequently, individuals may regain possession of their devices while remaining unable to exercise effective control over the personal information that continues to be stored by the authorities.

⁶⁸ T. WARD, *Third Parties in Criminal Proceedings: National Report for England and Wales*, in this *Dossier*.

⁶⁹ §§ 122(1) and 133(1) of the Taiwanese Code of Criminal Procedure.

⁷⁰ § 424 ff. of the German Code of Criminal Procedure.

⁷¹ § 438(1) of the German Code of Criminal Procedure.

5. Concluding Remarks

The analysis conducted hitherto highlights the difficulty of formulating a single, uniform definition of the third-party status applicable to all procedural activities. Due to its inherently relational nature, the concept can only be understood by first identifying the reference points from which it is distinguished. For this reason, the “thirdness” has traditionally been regarded as a defining attribute of the judge, alongside impartiality⁷². As the authority entrusted with adjudication, the judge must remain detached from the parties to the proceedings – and, more broadly, from those affected by the decision – as well as from the interests they represent.

The present study also observed that the notion of third party in criminal proceedings can take different forms. At its broadest, it encompasses all members of society who have an interest in understanding how justice is administered, a principle reflected first in the constitutional framework and subsequently in procedural rules, which require the publicity of hearings. Alongside this expansive conception exists a narrower understanding, which is limited to the preventive and investigative phases and incidental proceedings arising therein. This narrower conception has been the primary focus of this study, whose aim was to provide a clear definition of third party as a prerequisite for assessing the procedural safeguards afforded to them, where they exist, and for identifying potential remedies in cases where such protection is absent.

With these objectives in mind, it has emerged that the definition of a third party is primarily constructed by exclusion: that is, by distinguishing them from the formal parties to a legal relationship or, in the context of this study, the parties to the criminal proceedings.

The criminal justice system is not a closed universe but exists in constant interaction with the broader social reality surrounding courtrooms and prosecutorial offices. While a third party's lack of involvement in the offence prevents formal participation in the proceedings, it does not preclude other forms of engagement. Such involvement mostly occurs through measures that restrict rights and freedoms, whose protection is explicitly recognised not only in constitutional provisions but also in international and supranational human rights instruments.

Such involvement is generally characterised by public coercion and, correspondingly, by the involuntary nature of the experience for those affected; in some cases, it also entails secrecy, leaving the individual unaware of the measure. Infringements of third parties' fundamental rights and other liberties arising from activities conducted during the investigative phase rarely come with effective remedies to challenge their legality. The absence of formal recognition of the third party's role within criminal proceedings often results in a procedural framework insufficient to protect their interests and prerogatives.

⁷² Cf. S. RUGGERI, Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World?, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., pp. 404-405, who underlines that «the thirdness of judges – and especially of the criminal judges – aims to preserve their neutrality and reflects a disinterestedness that is a necessary condition for decision-making. By contrast, this condition does not fit the situation of third persons who are neither neutral nor disinterested in relation to the ongoing procedure».

The general principles (in particular, the principles of legality, proportionality, and judicial oversight) and safeguards governing criminal procedure remain highly relevant today, provided they are interpreted in light of the risks posed by modern investigative capabilities. It should be emphasised that these protections of fundamental rights – applicable both to the accused and other participants who may later become parties, as well as to third parties – are not mutually exclusive. Strengthening one cannot compensate for the weakening of another; only the simultaneous application of all three principles can ensure the fullest protection of the personal freedoms of those affected.

Judicial oversight remains indispensable in cases where investigative measures encroach upon individuals' private sphere, as consistently affirmed by the case law of the European Court of Human Rights⁷³. The Court has also recognised that such scrutiny may, alternatively, be conducted by an administrative authority possessing the qualities of independence and impartiality. Even in urgent situations, the necessity of judicial review cannot be waived; in such cases, the Court considers *post hoc* judicial intervention sufficient to satisfy the requirement of effective oversight. Judicial review by an independent authority designated for this purpose, is significant in order to safeguard the fundamental rights of individuals not formally involved in the criminal investigation during which evidence is being collected. Unlike a suspect who is ultimately brought to trial, third parties often lack other opportunities to have their case considered either by a judicial body or, in many instances, by the investigating authority itself. The effectiveness of their protection therefore depends on careful oversight regarding the existence of the legal grounds and purposes justifying the pre-trial measure, as well as the manner in which operations are conducted and the handling and retention of the resulting data, irrespective of the specific means employed to obtain it.

The principle of proportionality is the best caution governing the relationship between State authority and individual rights. Yet, it provides a flexible standard, often indeterminate and dependent to a large extent on the discretion of practitioners. It is therefore necessary to explore the true essence of this principle, whose value lies in protecting private interests against the exercise of public power. Primarily, it is for the legislature to give substantive content to this “meta-criterion” which can only serve effectively as a guiding principle in balancing interests if the conditions legitimising the State intrusion into an individual's personal sphere are systematically and comprehensively defined.

ABSTRACT: *The Protection of Third Parties' Fundamental Rights During the Pre-Trial Phase in the Context of the Technological Revolution*

This article provides a comparative analysis of the protection of third parties' fundamental rights during the pre-trial phase of criminal proceedings, with particular focus on the impact of technological and scientific developments on investigative activities. The study examines several European and non-European legal systems – including Italy, Spain, Germany, England and Wales, Colombia, China, South Korea, and Taiwan – while high-

⁷³ See, for example, ECtHR, *Smirnov v. Russia*, judgment of 7 June 2007, Appl. No. 71362/01. Cf. L. BERNARDINI-F. SANVITALE, *Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings: a New Pattern for Independent Review?*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2023, p. 92 ff.

lighting how modern criminal justice systems increasingly rely on digital investigative tools capable of affecting individuals who are not formally involved in criminal proceedings.

The research underlines the difficulty of formulating a uniform definition of the “third party”, a notion that is inherently relational and defined in opposition to the formal parties to the proceedings. It shows that third parties are often involved informally and involuntarily through investigative measures, such as communications interception, digital surveillance, remote searches, data extraction, and the collection of genetic information. Despite the growing impact of these measures on privacy and other fundamental rights, most legal systems still lack a coherent procedural framework specifically designed to protect third parties.

Particular attention is devoted to the principles of legality, proportionality, and judicial oversight, which emerge as essential safeguards against unjustified interference with the rights of non-suspects. The article also highlights the important role played by constitutional and supranational courts, especially the European Court of Human Rights, in strengthening procedural guarantees in the context of technologically advanced investigations. The study concludes that contemporary criminal justice systems must develop more systematic and effective forms of protection capable of recognising the substantial involvement of third parties and ensuring adequate safeguards for their fundamental rights in the digital era.

6.

**Parti e terzi nel processo penale: la prospettiva delle
corti internazionali in materia di diritti umani**

Sez. 1

**La tutela del terzo nella giustizia penale nella
prospettiva dei sistemi CEDU e CADU**

ROBERT ESSER*

**THIRD PARTIES IN CRIMINAL JUSTICE.
THE VIEWPOINT OF ECtHR CASE LAW**

SUMMARY: Introduction. – 2. New technologies and the protection of third parties in pre-trial measures. – 3. Protection of third parties in court proceedings. – 4. Non-disclosure of proceedings to third parties. – 5. Conclusions.

1. Introduction

When discussing the effective protection of a person's rights in criminal proceedings, the focus is naturally on the accused. Only a few provisions of the national Codes of Criminal Procedure, such as those relating to searches or physical interventions, explicitly mention «other persons» as the subject of a procedural measure (cf. Article 81c «Examination of other persons» and Article 103 «Search of other persons' premises» of the German Code of Criminal Procedure – StPO). In this context, the procedural intervention is directed against an «outsider», the so-called “third party” in question, in order to obtain evidence. In the majority of cases, however, criminal proceedings affect the rights of such third parties rather incidentally, that is, a measure is directed against another person – most often the accused – yet also impinges the legal interests of a person who is not, or at least not directly, involved in the proceedings against the accused. Such persons may later assume a procedural role (e.g. witness), but this is not necessarily the case and therefore not helpful in answering the question of whether they have to be regarded as a third party. In any case, in a criminal justice system that is committed to the rule of law, the rights of people directly or indirectly affected by investigative measures or the outcome of criminal proceedings addressed against the accused must be adequately protected in criminal proceedings from the outset, regardless of whether national law grants them an official procedural right¹ to participate in the proceedings. It therefore seems sensible to start our considerations from a broad («material») understanding of the concept of a “third party” that is detached from national law and its formalities².

Whether the European Convention on Human Rights (ECHR) offers adequate protection for individuals – beyond national regulations – will be the subject of the following discussion. A closer look at the ECHR likewise places the accused at the forefront of the Convention's criminal-procedure protection scheme. In particular, the criminal-trial guar-

* Professor Robert Esser held the Chair of German, European and International Criminal Law, Criminal Procedure Law and White-Collar Crime from 2007 to 2025.

¹ Regarding the aspect of “victim protection” under the perspective of Article 6(1) ECHR: C. ORLANDO, *The Acknowledgement of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI-A. FALCONE- V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, Cham, 2024, pp. 264 e 283.

² See: C. ORLANDO, *The Acknowledgement of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law*, cit., pp. 261-262 ff. («autonomous»).

antees of Article 6 par. 1-3 ECHR are specially designed for the accused, as a person subject to a criminal charge³. By contrast, the rights of third parties are partly protected by other guarantees of the ECHR, notably Article 8 par. 1 ECHR which guarantees the right to respect for private and family life, home, and correspondence.

The rights and interests of third parties protected by the Convention have further been developed as a “legal reflection”, i.e. as a restriction of the rights of the accused, for example as far as his right to confrontation, Article 6 par. 3 (d) ECHR, is concerned.

These few introductory words reveal that the ECHR does not provide a uniform concept for the protection of third-party rights in criminal proceedings. This necessitates a case-by-case analysis of ECtHR-case law – always revolving around the question what constitutes a (third) “party” within the meaning of Article 34 ECHR.

2. New technologies and the protection of third parties in pre-trial measures

In criminal investigations, the rights and interests of third parties are primarily affected by the use of so-called new technologies. Digital investigation methods such as telecommunications surveillance or online searches have a broad sweep; that is, they affect large volumes of electronic data belonging to numerous individuals. Separating this data by individual according to its relevance to the proceedings is technically possible, but fundamentally contradicts a broad-based investigative approach, especially at the outset of criminal proceedings. This makes effective subsequent legal protection all the more important, which presupposes notifying the person affected by a measure (Article 13 ECHR).

It is therefore not surprising that the ECtHR was compelled to develop protection for “uninvolved” third parties in the area of covert investigations. Initially, focus was not on “targeted” measures in individual cases but on large-scale covert surveillance measures, which by their very nature affect an even larger and, above all, undefined group of people.

a) Third parties affected by secret interception of communications: targeted and bulk interception

In *Klaas* the applicants – German citizens – claimed that Article 10 par. 2 of the German Basic Law (*Grundgesetz*) and a statute enacted in pursuance of that provision (Act of 13 August 1968 on Restrictions on the Secrecy of the Mail, Post and Telecommunications – G 10), violated Article 8 par. 1 ECHR. According to Article 10 par. 2 German Basic Law, restrictions to the right of correspondence, posts and telecommunications may be ordered pursuant to a law. Additionally, the law may provide that the person affected shall not be informed of the restriction and that recourse to the courts shall be replaced by a review of the case by agencies and auxiliary agencies appointed by the legislature.

Although the complaint was directed against statutory provisions rather than an enforcement act, the Court declared the case admissible and affirmed the victim *status* of the applicants, even though they would not know whether a secret measure had been directed against them: The Court considered it «unacceptable that the assurance of the enjoyment of a right guaranteed by the Convention could be thus removed by the simple fact that the person concerned is kept unaware of its violation»⁴. However, the interference in Article 8

³ *Ibidem*.

⁴ ECtHR, 6 September 1978, application n. 5029/71, *Klaas and Others vs. Germany*, § 36.

par. 1 ECHR – being in accordance with the law –⁵ was justified by national security and the crime-prevention aims.⁶ The Court took the opinion that – contrary to the applicants’ submissions – there were indeed enough safeguards to secure the individual rights, especially since requiring notification in all cases of surveillance would jeopardise the efficiency of the measure⁷. Although ultimately there was no violation of Article 8 par. 1 ECHR⁸ established, *Klaas* can still be seen as one of the leading cases for the idea of developing a “third-party-doctrine” by means of a wide interpretation of the victim *status* doctrine of Article 34 ECHR.

The explanations as to the admissibility of the application in *Weber a. Saravia* also concerned several provisions of the German Act of 13 August 1968 on Restrictions on the Secrecy of Mail, Post and Telecommunications. The Act notably extended the powers of the Federal Intelligence Service regarding the recording of telecommunications during «strategic monitoring» and the use of personal data obtained thereby and the transmission of such data to other authorities⁹. The applicants claimed that certain provisions of this Act violated their right to respect for private life and correspondence as protected by Article 8 par. 1 ECHR¹⁰. The Court noted that there was an interference by the impugned provisions in so far as they authorised the interception of telecommunications¹¹. It pointed out that the applicants were members of a group of persons that were likely to be affected by these measures, but unable to demonstrate that they had actually been affected¹², concluding that the mere existence of legislation enabling secret monitoring of communications entails a threat of surveillance for all those to whom the legislation may be potentially applied¹³.

Even though there was an interference, the Court dismissed the application as manifestly ill-founded after a thorough assessment of the impugned provision¹⁴ since it was satisfied with the existent adequate and effective guarantees against abuses as justification for the interference¹⁵. Nevertheless, *Klass* as well as *Weber a. Saravia* (although not officially binding, the latter being an admissibility decision) mark milestones in the further development of the doctrine of victim status, the understanding of which is fundamental to the closer definition of possible third parties.

In the case of *Kennedy*, the applicant had been convicted and imprisoned in the UK in the course of controversial criminal proceedings involving missing and conflicting evidence. After having served his sentence, the applicant started a business. In this context, he noticed inconsistencies concerning calls to his business telephone and supposed that he was being subjected to interception of communication due to his earlier high-profile conviction and his subsequent campaigning against miscarriages of justice. The national legal remedies that he lodged against the alleged interception of communications remained without success¹⁶.

⁵ ECtHR, *Klaas and Others vs. Germany*, cit., § 43.

⁶ ECtHR, *Klaas and Others vs. Germany*, cit., § 44 ff.

⁷ ECtHR, *Klaas and Others vs. Germany*, cit., § 58.

⁸ ECtHR, *Klaas and Others vs. Germany*, cit., § 60.

⁹ ECtHR, 29 June 2006, application n. 54934/00, *Weber and Saravia vs. Germany*, § 4.

¹⁰ ECtHR, *Weber and Saravia vs. Germany*, cit., § 63.

¹¹ ECtHR, *Weber and Saravia vs. Germany*, cit., § 79.

¹² ECtHR, *Weber and Saravia vs. Germany*, cit., § 78.

¹³ ECtHR, *Weber and Saravia vs. Germany*, cit., § 78.

¹⁴ ECtHR, *Weber and Saravia vs. Germany*, cit., §§ 80-136.

¹⁵ ECtHR, *Weber and Saravia vs. Germany*, cit., § 137 ff.

¹⁶ ECtHR, 18 May 2010, application n. 26839/05, *Kennedy vs. United Kingdom*, § 5 ff.

The applicant claimed – *inter alia* – that the alleged interception measure constituted a violation of his right to correspondence as guaranteed under Article 8 par. 1 ECHR¹⁷. The ECtHR accepted that there had been an interference with the applicant's right to correspondence and subsequently analysed the UK law on the interception of internal communications with regard to the safeguards and guarantees against abuse that would be necessary in order to ensure the proportionality of the legal framework. Together with the clarifications brought about by the publication of a Code of Practice the Court found that the legal regime set out with sufficient clarity the procedures for the authorisation and processing of interception warrants as well as the processing, communicating, and destruction of data collected¹⁸. Furthermore, the Court could not find evidence of any significant shortcomings in the application and operation of the surveillance regime. Rather, the legislation provided sufficient safeguards against abuse in the procedures¹⁹.

The impugned surveillance measures – in so far as they had possibly been applied to the applicant – were, therefore, found to comply with the requirements of proportionality and were, thus, justified under Article 8 par. 2 ECHR²⁰. There had therefore been no violation of Article 8 par. 1 ECHR in this case.

For the further development of a protection scheme for the rights and interests of third parties by the Convention the case *Roman Zakharov* is pivotal. The Court (Grand Chamber) once again had to examine under what conditions an applicant can claim to be a “victim” of a violation of Article 8 par. 1 ECHR in cases of secret interception of communication. *Roman Zakharov* claimed that the mere existence of legal provisions that allowed a system of secret interception of communications is sufficient to demonstrate such a “victim status” – and that there is no need to demonstrate that such measures had in fact been applied to him²¹. Relying on *Klaas* (see above), the applicant argued that the «existence of such legislation entailed a threat of surveillance for all users of the telecommunications services and therefore amounted in itself to an interference with the exercise of his rights under Article 8»²².

After summarizing the recent case law, the Grand Chamber found that it was – in order to set out a «uniform and foreseeable approach» – necessary to clarify the conditions under which an applicant can claim to be the victim of a violation of Article 8 ECHR without having to prove that the measures had “actually been applied” to him²³. Following the «Kennedy-approach»²⁴, an applicant may claim to be «the victim of a violation occasioned by the mere existence of secret surveillance measures, or legislation permitting such measures, if the following conditions are satisfied»:

First, the Court takes into account the scope of the legislation permitting secret surveillance measures by examining whether the applicant could possibly be affected by it, either because he belongs to a group of persons targeted by the contested legislation or because the legislation directly affects all users of communication services by instituting a system under which any person's communications can be intercepted.

¹⁷ ECtHR, *Kennedy vs. United Kingdom*, cit., § 99 ff.

¹⁸ ECtHR, *Kennedy vs. United Kingdom*, cit., §§ 155 ff., 169.

¹⁹ ECtHR, *Kennedy vs. United Kingdom*, cit., §§ 155 ff., 169.

²⁰ ECtHR, *Kennedy vs. United Kingdom*, cit., § 169.

²¹ ECtHR (GC), 4 December 2015, application n. 47173/06, *Roman Zakharov vs. Russia*, § 158.

²² ECtHR (GC), *Roman Zakharov vs. Russia*, cit., § 158.

²³ ECtHR (GC), *Roman Zakharov vs. Russia*, cit., § 170.

²⁴ See ECtHR, *Kennedy vs. United Kingdom*, cit., § 155 ff.

Second, the Court will take note of the «availability of remedies at the national level and will adjust the degree of scrutiny depending on the effectiveness of such remedies»²⁵. Applying this approach to the present case, the Court qualified the applicant as a victim²⁶. It also found a violation of Article 8 par. 1 ECHR²⁷, because Russian law did not meet the requirements the “quality of law” requirement, lacking clear indications under which circumstances public authorities are empowered to use secret surveillance or when data will be stored or destroyed²⁸. Additionally, it lacked clarity and effective guarantees against arbitrary interference²⁹.

The case *Big Brother Watch* marks the new landmark decision for limiting covert surveillance of telecommunications. It concerned the bulk interception of cross-border communications by the intelligence services. Subject to the case was the legality of the UK’s surveillance practice that has been revealed by Edward Snowden in 2013³⁰. According to the March 2015 Report of the Intelligence and Security Committee of Parliament, GCHQ (Government Communication Headquarters) was in fact operating two major processing systems for the bulk interception of communications³¹. Therefore, the applicants (NGOs, journalists, and individuals) claimed that the bulk interception of communication violated Article 8 par. 1 ECHR³². They argued that it was «neither necessary nor proportionate within the meaning of Article 8 of the Convention and, as such, did not fall within a State’s margin of appreciation»³³.

On the same day, the Grand Chamber³⁴ also decided on the case *Centrum for Rättvisa* which concerned the question of whether a secret surveillance regime including bulk interception of communications and intelligence sharing in Sweden was compatible with the Convention³⁵. Given the overlap of problems, both cases are analysed together.

While in *Big Brother Watch* the Court expressly noted that there is a wide margin of appreciation to the Contracting States when deciding what type of interception regime was necessary, it held, that the specific bulk interception regime applied did not fulfil the requirements of the quality of law and was not capable of minimalizing the “interference” to what was «necessary in a democratic society»³⁶. In *Centrum for Rättvisa* the ECtHR also emphasized the margin of appreciation of the Contracting States because of the current threat of global terrorism and serious cross-border crime and found that there had been no violation of Article 8 par. 1 ECHR, since the «Swedish system of signals intelligence provided adequate and sufficient guarantees against arbitrariness and the risk of abuse»³⁷.

²⁵ ECtHR (GC), *Roman Zakharov vs. Russia*, cit., § 171.

²⁶ ECtHR (GC), *Roman Zakharov vs. Russia*, cit., § 173 ff.

²⁷ ECtHR (GC), *Roman Zakharov vs. Russia*, cit., § 305.

²⁸ ECtHR (GC), *Roman Zakharov vs. Russia*, cit., § 248 ff.

²⁹ ECtHR (GC), *Roman Zakharov vs. Russia*, cit., §§ 256, 267, 302.

³⁰ ECtHR (GC), Judgment 25 May 2021, application n. 59170/13 and others, *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, § 15.

³¹ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 16 ff.

³² ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 273.

³³ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 277.

³⁴ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 6.

³⁵ ECtHR (GC), Judgment 25 May 2021, application n. 35252/08, *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*.

³⁶ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 274 ff.

³⁷ ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 178 ff.

In both of the cases, the Grand Chamber had to examine whether there were sufficient safeguards against the use of power³⁸. It, however, noted that the minimum requirements set forth by the Court in the context of targeted surveillance cannot simply be transposed, given the significant differences between bulk interception and targeted interception³⁹. Rather, they need to be adapted to the practice of bulk surveillance. Therefore, the Court saw the need to develop a new case law which satisfies the important differences⁴⁰.

As a result, in assessing if the state has acted within its margin of appreciation, the Court takes into account a wider range of criteria than the safeguards for targeted surveillance (Weber Safeguards). The Court then jointly addresses the criteria «in accordance with the law» and «necessity» by examining whether the domestic legal framework clearly defined the following⁴¹:

1. «the grounds on which bulk interception may be authorised;
2. the circumstances in which an individual's communications may be intercepted;
3. the procedure to be followed for granting authorisation;
4. the procedures to be followed for selecting, examining and using intercept material;
5. the precautions to be taken when communicating the material to other parties;
6. the limits on the duration of interception, the storage of intercept material and the circumstances in which such material must be erased and destroyed;
7. the procedures and modalities for supervision by an independent authority of compliance with the above safeguards and its powers to address non-compliance;
8. the procedures for independent *ex post facto* review of such compliance and the powers vested in the competent body in addressing instances of non-compliance»⁴².

As to Big Brother Watch, the Grand Chamber accepted «that bulk interception is of vital importance to Contracting States in identifying threats to their national security»⁴³. Nevertheless, bulk interception holds high potential of being abused in a manner that endangers the rights of individuals to respect for private life⁴⁴. The Grand Chamber considered that even though the regime in question did include some robust safeguards, it did not contain sufficient “end-to-end” safeguards to provide adequate and effective guarantees against arbitrariness and the risk of abuse⁴⁵. Especially, there was no “independent” author-

³⁸ ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 236 ff.; ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 334 ff.

³⁹ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 343; ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 254 ff.

⁴⁰ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 347; ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 261.

⁴¹ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 361; ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 275.

⁴² ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 361; ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 275.

⁴³ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 424.

⁴⁴ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 425.

⁴⁵ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 425.

isation, the State failed to include in warrant application the categories of the selectors and to subject sectors linked to an individual to prior authorisation⁴⁶, which meant that Article 8 par. 1 ECHR had been violated⁴⁷.

Concerning *Centrum for Rättvisa*, the Grand Chamber does not doubt that bulk interception is of vital importance to Contracting States⁴⁸. In analysing the Swedish signals intelligence model and its safeguards against abuse as a whole, the Grand Chamber noted that it was «based on detailed legal rules, is clearly delimited in scope and provides for safeguards»⁴⁹. However, it found an absence of clear rules on destroying intercepted material which does not contain personal data, nor requirements to consider private interests when transmitting intelligence material to foreign partners⁵⁰. Additionally, there was no possibility to conduct an *ex post facto* review⁵¹. Therefore, the Swedish bulk interception regime did not contain sufficient “end-to-end” safeguards as well as effective guarantees against arbitrariness and risk of abuse, which is why the Court found a violation of Article 8 par. 1 ECHR⁵².

These two important judgments of the Grand Chamber point out that there is a significant difference between targeted interception and bulk interception which covers a wider range of possibilities. The development of new criteria on how to critically assess the measures was therefore needed. The protection of persons not involved in criminal proceedings (“third parties”) is not an explicit part of the overall concept laid down by the ECtHR, but is embedded in almost all of the minimum procedural guarantees that have been formulated.

In *Charki v. France*, not yet been decided⁵³, the ECtHR will have the opportunity to further define the standard of protection for third parties by targeted interception of telephone communication and the publication of the conversations in a newspaper.

The applicant, Marie-Sophie Charki, is a French national who was born in 1971 and lives in Uccle (Belgium). She is the daughter of Claude Guéant, a French politician who served successively as Chief of Staff to the French President and as Minister of the Interior from 2007 to 2012, during Nicolas Sarkozy’s term of office as President. In May 2013 Mr Guéant’s phone lines were tapped in the context of a judicial investigation into the suspected financing of Mr Sarkozy’s presidential election campaign by the Libyan regime.

Lately, the Court has dealt with cases, that concern a problem that is different but closely connected to bulk and targeted interception, namely the authorised remote retrieval of data from devices connected to a worldwide network of encrypted mobile telephones known as “EncroChat”. The first important case that highlights this problem is the decision *A.L. and E.J.*⁵⁴. Even though the Court declared the case inadmissible due to a missing exhaustion of remedies⁵⁵, the case highlights the underlying problem: the applicants – two British citizens imprisoned in the UK – have been prosecuted based on their use of EncroChat: Already in 2018, French authorities opened investigations against EncroChat – an

⁴⁶ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 425.

⁴⁷ ECtHR (GC), *Big Brother Watch and others vs. United Kingdom*, cit., § 427.

⁴⁸ ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 365.

⁴⁹ ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 367.

⁵⁰ ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 369.

⁵¹ ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 369.

⁵² ECtHR (GC), *Centrum for Rättvisa vs. Sweden*, cit., § 373 ff.

⁵³ ECtHR, 9 February 2026, application n. 28473/22, *Charki/France*.

⁵⁴ ECtHR, 8 December 2021, application n. 44715/20 and 47930/21, *A.L. and E.J. vs. France*.

⁵⁵ ECtHR, *A.L. and E.J. vs. France*, cit., § 145.

encrypted mobile-phone telecommunications tool – and established that EncroChat had been used by several criminal organisations⁵⁶. Further on, in 2020 a judge of the *Lille tribunal judiciaire* authorised the remote retrieval of data from all devices connected to the EncroChat network. In cooperation with other states (e.g. the Netherlands), Eurojust, and the assistance of Europol, other states, including the UK received the data⁵⁷. The whole investigation led to the arrest of over 6500 suspects and the seizure of hundreds of tonnes of drugs, as well as weapons, explosives and proceeds of crime⁵⁸.

The applicants claimed that the remote retrieval of data from all handsets connected to the EncroChat network, and the transfer of data collected to UK authorities violated their right to respect for private life⁵⁹. In particular, they asked the Court whether there were sufficient legislative provisions and whether the retrieval was necessary in a democratic society⁶⁰.

Since the application was inadmissible, the Court was not able to examine the merits. Nevertheless, it will have to decide about the same question in *Silgir vs. Germany*⁶¹. It remains open on how the ECtHR will deal with this kind of “widespread online research”-cases. It is likely that the Court will decide the case based on its findings in *Big Brother Watch* and *Centrum for Rättvisa* and the developed categories on how to assess “bulk interception” – although EncroChat sits somewhere between “targeted” and “bulk interception”. Nonetheless, it is also possible that the Court will develop a new category that assesses safeguards against abuse “between” bulk and individual interception⁶². In any case, the EncroChat-cases will provide an opportunity to further develop the victim-doctrine of Article 34 ECHR and the standards of protection required by Article 8 ECHR against excessive legal interference by covert surveillance measures, thereby also strengthening the protection of third parties’ rights.

b) Third parties affected by interception of communication subject to privileges

Concerning targeted interception measures, the ECtHR is specifically concerned with the protection of communication subject to privilege. Although the focus is usually on the defendant’s rights, the emphasis on the requirement of proportionality of the measure also incidentally strengthens the rights of the “privileged” third party.

In the case of *Saber* the applicant had also been a possible victim of an alleged crime. In the course of a police investigation into the alleged crime, the police confiscated the applicant’s smart phone and captured a mirror-image copy of it in order to search this copy for information that could possibly be relevant for resolving the case. In the context of the seizure of his mobile phone, the applicant informed the police that his mobile phone contained his correspondence with two lawyers defending him in another case. After some proceedings before the national courts concerning the approach to searching the mirror image copy of the phone whilst respecting the legal professional privilege to which some

⁵⁶ ECtHR, *A.L. and E.J. vs. France*, cit., § 5 ff.

⁵⁷ ECtHR, *A.L. and E.J. vs. France*, cit., § 17 ff.

⁵⁸ ECtHR, *A.L. and E.J. vs. France*, cit., § 41 ff.

⁵⁹ ECtHR, *A.L. and E.J. vs. France*, cit., § 83.

⁶⁰ ECtHR, *A.L. and E.J. vs. France*, cit., § 83.

⁶¹ ECtHR, 31 October 2025, application n. 22234/25, *Silgir vs. Germany*.

⁶² ECtHR, 22 July 2025, application n. 1595/20 and 238 others, *Demirhan and others vs. Türkiye* (convictions for membership of an armed terrorist organisation: «Fetullahist Terror Organisation / Parallel State Structure», coup attempt of 15 July 2016: Violation of Article 7 and Article 6 par. 1 ECHR); Id., application n. 15669/20, *Yalçınkaya vs. Türkiye* (convictions based on the alleged use of the encrypted messaging application called «By-Lock»).

data on the phone were subject, the mirror-image copy was returned to the police. The police carried out the search themselves, without any control by the courts at this stage of the investigations. The police officers documented their work⁶³.

Bringing the case before the ECtHR, the applicant complained that allowing the police to seize the mobile phone, to take a mirror-image copy of it and to search this copy in order to gain information which may be subject to the legal professional privilege constituted a violation of Article 8 par. 1 ECHR⁶⁴. The Respondent disagreed and maintained that the national legislation governing this situation contained sufficient safeguards against abuse and highlighted that the filtering and deletion of data subject to the legal professional privilege preliminary to the conduct of the further investigation proceedings had been carried out by a police officer that had not been involved in investigating the ongoing case⁶⁵.

The ECtHR had to determine, in particular, whether the national legal framework allowing the interference with Article 8 par. 1 ECHR was sufficiently foreseeable and proportionate. The Court pointed out that both the legal framework governing the filtering of information in such cases lacked clarity and that – in the specific circumstances – the actual process of the filtering was hardly foreseeable as it had been reorganised once⁶⁶. Furthermore, there had not been sufficient safeguards against abuse, as the national courts had not given any instructions to the police concerning the process of filtering apart from indicating that search words should be introduced and used⁶⁷. The interference was, therefore, found to not be in accordance with the law and could not be justified under Article 8 par. 2 ECHR. The measure thus constituted a violation of the right to correspondence⁶⁸.

In this case, the Court also highlighted the special degree of protection that is afforded to the correspondence with one's lawyer under Article 8 par. 1 ECHR by reaffirming that «it is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion and that it is for that reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged. [The ECtHR] has not limited that consideration to matters relating to pending litigation only and has emphasised that, whether in the context of assistance for civil or criminal litigation or in the context of seeking general legal advice, individuals who consult a lawyer can reasonably expect that their communication is private and confidential»⁶⁹.

The importance of the correspondence with one's lawyer and the necessity to install specific measures in order to protect this correspondence effectively was confirmed in *Särgava* – this time from the perspective of the privileged legal representative: The national authorities conducted criminal investigations against the applicant – who was working as a lawyer. In the course of the proceedings a laptop and a mobile phone belonging to the applicant were seized and examined as evidence. Both items had been used for the provision of legal services by the applicant in his role as a lawyer. The laptop contained information about criminal proceedings relating to various of the applicant's clients⁷⁰. The decision of whether to undertake a data filtering process, e.g. by the use of key-words, as well as the

⁶³ ECtHR, 17 December 2020, application n. 459/18, *Saber vs. Norway*, § 5 ff.

⁶⁴ ECtHR, *Saber vs. Norway*, cit., § 41.

⁶⁵ ECtHR, *Saber vs. Norway*, cit., § 44.

⁶⁶ ECtHR, *Saber vs. Norway*, cit., § 55.

⁶⁷ ECtHR, *Saber vs. Norway*, cit., § 55.

⁶⁸ ECtHR, *Saber vs. Norway*, cit., § 57 ff.

⁶⁹ ECtHR, *Saber vs. Norway*, cit., § 51.

⁷⁰ ECtHR, 16 November 2021, application n. 698/19, *Särgava vs. Estonia*, § 5 ff.

choice of those keywords was left entirely up to the investigative authorities. Some of the key-words that had finally actually been used were notably broad in scope⁷¹. Subsequent legal remedies challenging the measures remained unsuccessful⁷².

The applicant alleged a violation of Article 8 par. 1 ECHR, in particular with regards to the legal professional privilege and the inviolability of data carriers that concern the provision of legal services⁷³. The Court did not rule upon the question of whether the domestic legal framework was sufficiently clear and foreseeable as – in any event – it lacked the necessary procedural safeguards to prevent arbitrary or disproportionate interference with the legal professional privilege: the search warrant had not provided for any safeguard to protect the professional secret⁷⁴. Furthermore, the national law did not foresee any procedure to be applied in the event of an objection to the examination of evidence against the background of the legal professional privilege. In this context the ECtHR stated, that «it remains unclear from the domestic law how any potential disputes between the investigative authorities and the lawyer concerned over the keywords to be used or any other methods of filtering the electronic content would be resolved. Indeed, the domestic law does not seem to have any specific rules about the procedure to be followed in the event that either the lawyer or his representative objects to the seizure or content examination with reference to lawyer-client confidentiality»⁷⁵.

Given this lack of sufficient procedural safeguards to protect the privileged data during the seizure and examination, the interference with Article 8 par. 1 ECHR could not be justified⁷⁶.

c) Third parties affected by the use of biometrical data

In the very prominent case of *Glukhin* the Court had to rule upon the protection of personal rights against the use of biometrical data. The applicant had undertaken a peaceful solo demonstration with a cardboard figure. His demonstration was discovered by the police during a routine monitoring of the internet. The applicant was then prosecuted for the administrative offence of failing to submit prior notification of the demonstration to the state authorities. In order to identify and locate the applicant, the police made use of a highly intrusive facial recognition technology processing the applicant's personal biometric data. On this basis, the applicant was then located and arrested⁷⁷.

Besides a complaint on the basis of Article 10 par. 1 ECHR the applicant alleged a violation of Article 8 par. 1 ECHR. He complained that processing his biometrical data under the given circumstances had breached his right to respect for private life⁷⁸.

The ECtHR found that the domestic law serving as a basis for the use of the facial-recognition technique did not comply with the “quality of the law” requirement necessary in order to justify an interference with Article 8 par. 1 ECHR⁷⁹. The Court stated that «protection afforded by Article 8 of the Convention would be unacceptably weakened if the use of modern scientific techniques in the criminal-justice system were allowed at any cost and without carefully balancing the potential benefits of the extensive use of such techniques

⁷¹ ECtHR, *Särgava vs. Estonia*, cit., § 106.

⁷² ECtHR, *Särgava vs. Estonia*, cit., § 17 ff.

⁷³ ECtHR, *Särgava vs. Estonia*, cit., § 51.

⁷⁴ ECtHR, *Särgava vs. Estonia*, cit., § 95 ff.

⁷⁵ ECtHR, *Särgava vs. Estonia*, cit., § 107.

⁷⁶ ECtHR, *Särgava vs. Estonia*, cit., § 109 ff.

⁷⁷ ECtHR, 4 July 2023, application n. 11519/20, *Glukhin vs. Russia*, § 5 ff.

⁷⁸ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 58.

⁷⁹ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 82 ff.

against important private-life interests»⁸⁰. In applying this standard to the given case, the ECtHR identified that the Russian domestic law lacked sufficient safeguards for the rights in question. Especially when implementing facial recognition technology state authorities need to be subjected to “detailed” rules governing the application of the recognition measures⁸¹. Furthermore, there is a strong need for safeguards against the risk of abuse and arbitrariness that is even stronger where live facial-recognition technology is applied⁸². The level of protection must even be higher where the personal data concerned fall within special categories. One such category is where the personal data reveal political opinions⁸³, as was the case here.

In *Glukhin* the ECtHR found that the Russian legislation did not contain any rules or limitations governing the scope of application of facial-recognition, i.e. «the nature of situations which may give rise to the use of facial recognition technology, the intended purposes, the categories of people who may be targeted, or the processing of sensitive personal data»⁸⁴. Furthermore, nor were procedures for examining, using and storing the data obtained – or any available legal remedy – brought to the Court’s knowledge⁸⁵. In the specific case, the high level of justification that would have been necessary was not met. Especially, the legal regime allowed the processing of biometric data irrespective of the nature and gravity of the offence, which was deemed disproportionate by the Court⁸⁶. A further aspect that was taken into account by the ECtHR was the fact that the use of the facial recognition technology could have a chilling effect with regard to the rights to freedom of expression and assembly⁸⁷. The interference was, thus, not necessary in a democratic society and the measure violated Article 8 par. 1 ECHR.

d) Third parties affected by search and seizure

The case of *Kent Pharmaceuticals Limited a.O.*⁸⁸ was lodged by three applicants: The first applicant was a wholesaler and manufacturer of generic drugs, the 2nd applicant was the managing director of the first applicant and the 3rd applicant was an employee and the former director of the first applicant. The case revolved around official investigations into the reasons for a substantial increase in the cost of generic drugs to the National Health Service, involving illegal activities in the fixing of pricing and supply. In the course of the investigations search warrants were issued to enter and search the business premises of the first applicant and the homes of the 2nd and 3rd applicants. During the search of the 2nd applicant’s home, material was removed, including a confidential diary consenting the relationship of the second applicant and his wife, and about 300 digital images of the second applicant’s wife, who is a model. The applicant’s domestic application for permission to apply for judicial review remained unsuccessful.

The applicants complained to the ECtHR about the search and the seizure of the material in question. They alleged – *inter alia* – a violation of Article 8 par. 1 ECHR. The 2nd applicant, in particular, complained that some of the material was highly personal and irrelevant to the investigation, and therefore neither necessary nor proportionate.

⁸⁰ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 75.

⁸¹ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., §§ 75, 77.

⁸² ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 82.

⁸³ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 76.

⁸⁴ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 83.

⁸⁵ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 83.

⁸⁶ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 87 ff.

⁸⁷ ECtHR, *Glukhin vs. Russia*, cit., § 88.

⁸⁸ ECtHR, 11 October 2005, application n. 9355/03, *Kent Pharmaceuticals Limited and others vs. United Kingdom*.

The ECtHR found the application to be manifestly ill-founded. The contended measures had been proportionate to the legitimate aim pursued. At an abstract level, the relevant domestic law provided sufficient safeguards against abuse: the competent judge was only allowed to issue the warrants if he was satisfied that the case concerned a serious or complex fraud, that there were reasonable grounds for assuming that the documents in question were located on the specified premises and that giving prior notice to produce the documents might seriously prejudice the investigation. Also, the measures were held to have been proportionate under the circumstances of the particular case: They had been authorised by a judge who had extensively studied the files and heard counsel in the case. Furthermore, the applicants could ask for material to be returned if irrelevant to the investigation. With regard to the personal and confidential material concerning the 2nd applicant the state authorities had been very cooperative to come to an agreement with the applicants' solicitors as to how access to this information could reasonably be limited. The Court finally noted that the publicity given to the case by a press release could be justified by the heightened requirements of transparency and the public interest in the case. What is more, the 2nd and 3rd applicants and their families had not been mentioned in any way in the press release. The ECtHR, therefore, dismissed the application.

In the case of *Kock a.O.*⁸⁹ the German authorities had initiated a search of the Munich office of the U.S. law firm Jones Day which had been hired by Volkswagen (VW) to conduct an internal investigation related to the diesel emissions scandal, to provide it with legal advice and to represent it before the judicial authorities in the United States of America. In the course of the search, documents and electronic data collected or created in the context of the law firm's internal investigation were seized on the law firm's premises. Some of these documents also concerned or involved Audi, a VW subsidiary. Domestic legal recourse directed against the seizure of the documents and digital data was dismissed⁹⁰.

The applicants – the law firm itself and three lawyers of the firm – complained that the search and the seizure constituted a violation of Article 8 par. 1 ECHR⁹¹. In particular, they complained of a lack of legal clarity in the relevant provisions of the German Code of Criminal Procedure and the courts' interpretation thereof, and alleged breaches of the legal professional privilege. The ECtHR found the complaints to be manifestly ill-founded and rejected the applications on the basis of three main points:

First of all, the Court rejected the applicants' allegation for the relevant domestic law to be unclear⁹².

Second, the ECtHR found that there was no lawyer-client relationship between Jones Day and Audi, the legal entity which had been the subject of the investigation⁹³. Although the investigation did also concern – as recognised by the parties to the proceedings – the lawyer-client relationship between the applicants and VW, the Court noticed that the legal contract at the heart of this relationship only concerned legal representation in the United States. and that this representation had already come to an end with a plea agreement before the warrant was issued and executed in the German office of the law firm Jones Day. Therefore, the «search for and securing of documents [...] did not go to the very essence

⁸⁹ ECtHR, 22 October 2024, application n. 1022/19 and others, *Kock and others vs. Germany*.

⁹⁰ ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 1 ff.

⁹¹ ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 11.

⁹² ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 15.

⁹³ ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 18.

of a lawyer's defence role, which forms the very basis of legal professional privilege»⁹⁴. Rather, it «only concerned material regarding a third party, obtained by the applicants in the exercise of their profession on behalf of a client not targeted in the criminal investigation, some of which the client had, in any case, permitted to be shared with the authorities»⁹⁵.

Third, the Court was satisfied that the legal basis for the impugned measure was accompanied by sufficient safeguards. In particular, the warrant had been issued by a judge and was sufficiently precise⁹⁶.

The interference was deemed to be proportionate and necessary in a democratic society and thus justified under Article 8 par. 2 ECHR and the applications were rejected⁹⁷.

3. *Protection of third parties in court proceedings*

The need to protect the rights and interests of persons who are not the “subject” of criminal proceedings also arises at trial. The focus is primarily on witnesses, or more precisely, their protection from intimidation and reprisals.

a) Protection of vulnerable witnesses as “third parties”

Witnesses have to be regarded as “third parties” although they play an important procedural role and form an important source of evidence in practice. The well-known Doorson case serves as a model how the ECtHR handles the protection of witnesses while guaranteeing the rights of the accused as much as possible⁹⁸. The case concerned a Dutch national who was tried and convicted for drug trafficking. During the trial he requested the questioning of several witnesses who were granted anonymity because of their fear of reprisals. His attorney was able to question two of the anonymous witnesses in absence of the accused under conditions ensuring the anonymity of the witnesses. The applicant claimed a violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR, because he allegedly had not been able to properly question the witnesses⁹⁹. «Not knowing the identity of the persons concerned, he could not himself cross-examine them in order to test their credibility. Nor could the possibility of errors in the taking of evidence be ruled out. It would, in his submission, have been possible to examine the witnesses in his presence, protecting them, if need be, by using disguise, voice-distorting equipment or a two-way mirror»¹⁰⁰.

However, the Court did not find a violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR¹⁰¹. It argued that – although Article 6 ECHR does not explicitly require the interests of witnesses and victims called to testify to be taken into consideration – witnesses enjoy rights to life, bodily integrity, and privacy. «Against this background, principles of fair trial also require

⁹⁴ ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 19.

⁹⁵ ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 20.

⁹⁶ ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 22.

⁹⁷ ECtHR, *Kock and others vs. Germany*, cit., § 24 ff.

⁹⁸ See C. ORLANDO, *The Acknowledgement of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law*, cit., pp. 261, 270-274; R. ESSER, Art. 6, in E. VOLKER, R. ESSER, K. GRAALMANN-SCHNEIDER, A. IGNOR, M. KORTE, A. MOSBACHER (hrsg.), *Löwe/Rosenberg. stop/EMRK*²⁷, Berlin, 2024, rn. 1164 ff.

⁹⁹ ECtHR, 26 March 1996, application n. 20524/92, *Doorson vs. The Netherlands*, § 53.

¹⁰⁰ ECtHR, *Doorson vs. The Netherlands*, cit., § 54.

¹⁰¹ ECtHR, *Doorson vs. The Netherlands*, cit., § 83.

that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify»¹⁰².

Since there have been good reasons to justify the witnesses' anonymity and effective counter-balancing measures have been taken, the overall fairness of the proceedings under Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR could still be preserved. However, the Court reminds that even though the right counterbalancing measures (effective judicial control, cautious assessment of credibility, and opportunity for the defence to put questions) have been taken, the conviction must not be based solely or to a decisive extent on anonymous statements¹⁰³. In addition, evidence obtained in a way that cannot secure the rights of the defence have to be treated with extreme care¹⁰⁴.

In the case of *Bellerín Lagares*, the statement of the applicant's four-year-old son constituted the primary evidence in the trial concerning the applicant's alleged killing of his estranged wife and 11-year-old daughter with a knife¹⁰⁵. The witness was questioned via closed-circuit television from an adjacent room to shield him from a direct confrontation with the applicant. The defence counsel was able to see, hear, and question the child in real time as well as to confer with the applicant during the testimony. The applicant claimed that the domestic courts had rejected his request for a psychological examination of his son and that he himself has not been able to directly question his son who was the prosecution's main witness which in his opinion constitutes a violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR¹⁰⁶. The ECtHR stated that Article 6 ECHR does not consist of an "express" obligation of the domestic courts to take into account the witnesses' or victim's interests¹⁰⁷. But if the questioning could threaten the life, liberty or security of the witness or victim, which is protected under Article 8 ECHR, this obligation comes up. Therefore, criminal trials must be organized in a way that does not unduly jeopardise these interests and that strikes a fair balance against the defence rights¹⁰⁸. The questioning via closed-circuit television provided for an adequate and sufficient opportunity for the applicant to challenge the evidence. The applicant was given an adequate and sufficient opportunity to challenge the incriminating testimony and to question the witness at the hearing.¹⁰⁹ Accordingly, there was no violation of Article 6 ECHR.

The case *Pesukic* concerned an applicant who was convicted of manslaughter and several counts of drug-trafficking¹¹⁰. An anonymous eyewitness was interrogated via audio link (transmitting sound) with their voice digitally distorted to protect their identity. The witness was sitting in a room with the judge, a police officer, and an interpreter whereas the

¹⁰² ECtHR, *Doorson vs. The Netherlands*, cit., § 70. See also German Constitutional Court (BVerfG), 27 February 2014 (dec.), 2 BvR 261/14, *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW], 2014, p. 1082 (rejection of an audiovisual witness examination of the alleged victim of a sexual and bodily injury offense; urgent risk of psychological destabilization or retraumatisation with incalculable consequences for the victim's further psychological development)].

¹⁰³ ECtHR, *Doorson vs. The Netherlands*, cit., § 72 ff.

¹⁰⁴ ECtHR, *Doorson vs. The Netherlands*, cit., § 76.

¹⁰⁵ ECtHR, 4 November 2003, application n. 31548/02, *Bellerín Lagares vs. Spain*.

¹⁰⁶ ECtHR, *Bellerín Lagares vs. Spain*, cit.

¹⁰⁷ ECtHR, *Bellerín Lagares vs. Spain*, cit.

¹⁰⁸ ECtHR, *Bellerín Lagares vs. Spain*, cit.

¹⁰⁹ ECtHR, *Bellerín Lagares vs. Spain*, cit.

¹¹⁰ ECtHR, 6 December 2012, application n. 25088/07, *Pesukic vs. Switzerland*.

applicant, the co-accused, the defence and the press were seated in another room; the defence was able to ask follow-up questions via the audio link¹¹¹.

As in the previous cases, the applicant stated that there was a violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR, because his conviction was based to a “decisive” degree on testimony given by an anonymous witness whom he could not properly examine or have examined during the hearing¹¹². The Court did not find a violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR since adequate procedural safeguards were guaranteed: The applicant’s attorney had the opportunity to ask live questions to the witness via sound link and the judge and prosecutor knew the identity of the witness¹¹³. Moreover, the police and the prosecutor testified on the witness’s reliability¹¹⁴. In addition, the evidence from the interrogation was not the «sole or decisive» basis for the conviction since there was other (non-anonymous) evidence that corroborated the anonymous witnesses’ testimony¹¹⁵. Lastly the Court had no doubt of the necessity of protecting the witnesses’ anonymity¹¹⁶. This case shows a very early “hybrid” model of questioning witnesses that is in accordance with Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR.

b) Protection of vulnerable witnesses: The right of third parties not to be questioned?

The ECtHR’s judgments concerning the questioning of vulnerable witnesses raises the question of whether a right of witnesses not to be questioned may influence the fairness of the proceedings.

The case *Scholer* examined the need for protection of undercover state agents¹¹⁷. The Public Prosecutor’s Office was informed by a person to whom they had guaranteed confidentiality that the applicant was selling large amounts of amphetamine and member of the Bandidos motorcycle gang¹¹⁸. To test the veracity of the allegations, the police tasked another police informer, who was equally guaranteed confidentiality¹¹⁹. The applicant was subsequently charged with drug trafficking. He complained that there was a violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR, because he had been unable to cross-examine the police informer or the undercover police officer at any stage of the proceedings, even though his conviction had been based solely on their statements¹²⁰. The Rhineland-Palatinate Ministry for the Interior had issued a declaration dated blocking the disclosure of his identity («*Sperrenklärung*») that was read out in the hearing; the Ministry argued that this was necessary to keep the identities of the police informer and under-cover police officer secret in order to protect their life and limb and that of their relatives¹²¹.

The Court had to examine, whether there was a “good reason” for keeping the identity of the witnesses’ secret and for their non-attendance at the trial. The national courts had thought about alternative protective measures such as questioning by a commissioned

¹¹¹ ECtHR, *Pesukic vs. Switzerland*, cit., § 8 ff.

¹¹² ECtHR, *Pesukic vs. Switzerland*, cit., § 32.

¹¹³ ECtHR, *Pesukic vs. Switzerland*, cit., § 51.

¹¹⁴ ECtHR, *Pesukic vs. Switzerland*, cit., § 45.

¹¹⁵ ECtHR, *Pesukic vs. Switzerland*, cit., § 48 ff.

¹¹⁶ ECtHR, *Pesukic vs. Switzerland*, cit., § 47.

¹¹⁷ ECtHR, 18 December 2014, application n. 14212/10, *Scholer vs. Germany*.

¹¹⁸ ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 6.

¹¹⁹ ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 7.

¹²⁰ ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 35.

¹²¹ ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 18.

judge or via video but concluded that these measures were insufficient to protect the witnesses. The ECtHR agreed¹²².

Furthermore, the Court examined whether the statements in question were the “sole or decisive” evidence in the applicant’s conviction. Since materiel evidence had been found, the statements were still very considerable, but not decisive evidence against the applicant, because the trial court could and did base its findings on the confession to the offence made by the co-accused¹²³.

Lastly, the Court had to determine, if there were sufficient counterbalancing factors in place, «including the existence of strong procedural safeguards, permitting a fair and proper assessment of the reliability of the impugned witness evidence»¹²⁴. In the present case, the main counterbalancing factor was that the applicant was given the opportunity to put written questions to the informer, to which the latter replied¹²⁵. Also, the national court assessed the evidence with «particular care», testing its reliability against the corroborating evidence. This is why there was no violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR in the end.

c) Protection of vulnerable witnesses: the right of children to be heard fairly

Children are a special kind of witnesses that require even more protection due to their special vulnerability. This can be seen on the following judgments of the ECtHR.

In the case *S.N. against Sweden*, the applicant was accused of repeated sexual assaults against a 10-year-old boy¹²⁶. The victim itself did not attend the trial. The court received witness testimony consisting of a 42-minute video-taped interview and a 24-minute audio-taped interview. The defence then asked for the opportunity to ask follow-up questions, observe from an adjoining room and comment on the tapes in court. The applicant did not request another interview with the victim¹²⁷. He stated that there was a violation of Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR, because he had not been given the opportunity to question the witness¹²⁸.

The ECtHR stated that a pre-recorded video or audio could replace live testimony, because the protection of the child was a strong reason for its non-attendance¹²⁹. In addition, the defence had a realistic chance to influence or test the interview, and there was evidence that corroborated the recordings, such as testimonies of the mother and the teacher of the victim¹³⁰. The defence was also given the opportunity to challenge the authenticity of the evidence at a later stage in the proceeding. Therefore, the recordings and additional questions were a sufficient compensation and did not violate Article 6 parr. 1 and 3 (d) ECHR.

The case *M.C. against Bulgaria* shows the positive obligations under Articles 3 and 8 ECHR that oblige states to secure children’s physical and psychological integrity against private actors through effective criminal-law provisions and rigorous, child-sensitive investigations¹³¹. The applicant was a victim of a rape and claimed that Bulgarian law and prac-

¹²² ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 57.

¹²³ ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 59.

¹²⁴ ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 60.

¹²⁵ ECtHR, *Scholer vs. Germany*, cit., § 60.

¹²⁶ ECtHR, 2 July 2002, application n. 34209/96, *S.N. vs. Sweden*.

¹²⁷ ECtHR, *S.N. vs. Sweden*, cit., §§ 13, 17.

¹²⁸ ECtHR, *S.N. vs. Sweden*, cit., § 32.

¹²⁹ ECtHR, *S.N. vs. Sweden*, cit., § 44 ff.

¹³⁰ ECtHR, *S.N. vs. Sweden*, cit., § 53.

¹³¹ ECtHR, 4 December 2003, application n. 39272/98, *M.C. vs. Bulgaria*.

tice did not provide protection against rape and sexual abuse in other cases than in cases where the victim has actively resisted, since these cases were not prosecuted, and the authorities failed to investigate effectively¹³².

The Court therefore found a violation of Articles 3 and 8 ECHR, since the inquiry was neither thorough nor expeditious¹³³. The investigation which was also significantly delayed fell short of the requirements inherent in the State's positive obligation to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse¹³⁴.

It reiterated that the obligation under Article 1 ECHR taken in conjunction with Article 3 ECHR requires States to «take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to ill-treatment, including ill-treatment administered by private individuals»¹³⁵. Additionally, positive obligations derive from Article 8 ECHR in a way that efficient criminal-law provisions need to be adopted in cases where fundamental values and essential aspects of private life are at stake (e.g. rape)¹³⁶. It emphasizes that especially children are entitled to effective protection¹³⁷.

d) CoE-Guidelines on witness protection

On 30 March 2022, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a Recommendation on the «Protection of witnesses and collaborators of justice»¹³⁸. According to this Recommendation, States are positively obliged to provide effective, proportionate protection against intimidation or harm while safeguarding the defence right to examine witnesses. This includes e.g. procedural adaptations such as in-camera hearings, voice or face distortion, written or video-link testimony that should be used to protect vulnerable witnesses and victims. Any acts of intimidation against protected witnesses, collaborators of justice, and people close to them should be made punishable, where necessary. However, when adapting the measures, the principle of proportionality should be maintained. Special protection programmes should be applied to witnesses and collaborators of justice who need protection beyond the duration of the trials and should include measures such as relocation, change of identity or deletion of digital identities.

The 2010 Guidelines on Child-Friendly Justice set even more key standards for child victims and witnesses as third-party participants in criminal proceedings¹³⁹. They set positive obligations on states to organize criminal proceedings for child third-party participants to be informed, heard, protected and treated with dignity, while safeguarding the accused's rights. Furthermore, preventive measures such as separate waiting areas, video-link testimony, or bans on repeated interviews should be taken. The aim is to ensure an effective – not merely formal – participation of children in the proceedings. In addition, assistance for vulnerable groups should be guaranteed in the form of psychological services and tailored communication tools.

¹³² ECtHR, *M.C. vs. Bulgaria*, cit., § 109.

¹³³ ECtHR, *M.C. vs. Bulgaria*, cit., § 185 ff.

¹³⁴ ECtHR, *M.C. vs. Bulgaria*, cit., § 185.

¹³⁵ ECtHR, *M.C. vs. Bulgaria*, cit., § 149.

¹³⁶ ECtHR, *M.C. vs. Bulgaria*, cit., § 150.

¹³⁷ ECtHR, *M.C. vs. Bulgaria*, cit., § 150.

¹³⁸ CoE, *Recommendation CM/Rec(2022)9 of the Committee of Ministers to member States on the protection of witnesses and collaborators of justice*, in *www.coe.int*, 30 March 2022.

¹³⁹ CoE, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, in *www.coe.int*, October 2024.

4. Non-disclosure of proceedings to third parties

Third parties' rights may also comprise the non-disclosure of proceedings. The case *Zăicescu a.O.* concerned the retrial and acquittal of two army officers in the 1990s who had been convicted in the 1950s of war crimes and crimes against humanity for their involvement in, among other crimes, the persecution of Romanian Jews in 1941, in particular the Iași pogrom, which one applicant had survived, and the placement of large numbers of Jews in ghettos, which affected both applicants¹⁴⁰. The applicants were not included in the proceeding and only found out about the acquittal by chance almost 20 years after the acquittal¹⁴¹.

The applicants claimed a violation of Article 3 ECHR in conjunction with Article 14 ECHR of the Convention and argued that the proceedings in respect of the revision of the convictions for war crimes and participation in the Holocaust and the failure to inform them of those proceedings had breached their right to an effective investigation into acts of ethnically motivated inhuman or degrading treatment committed against them¹⁴². They also alleged a violation of Article 8 ECHR in conjunction with Article 14 ECHR, arguing that the secrecy of the extraordinary appeal proceedings aimed at the acquittal of the perpetrators of crimes against Jews and the denial of the access to the proceeding (that is to say the applicants) and the files concerning the proceedings, violates their right to private life and psychological integrity as survivors of the Holocaust¹⁴³. Whereas the complaint under Article 3 in conjunction with Article 14 ECHR was incompatible *ratione temporis*, the Court indeed found a violation of Article 8 in conjunction with Article 14 ECHR¹⁴⁴. «The Court considers that these elements, coupled with the findings and the reasoning offered by the Supreme Court of Justice for its acquittal decisions [...], could have legitimately provoked in the applicants feelings of humiliation and vulnerability and caused them psychological trauma»¹⁴⁵. Concerning the failure to inform neither the public nor the applicants of the initiation of the extraordinary appeals and of the acquittals, «the Court notes [...] that the retrials undeniably concerned a matter of utmost public interest – namely responsibility for the Holocaust; accordingly, the general public and therefore also the applicants (as survivors of the Holocaust) should have been made aware of the proceedings and their outcome»¹⁴⁶. These facts «could have legitimately provoked in the applicants feelings of humiliation and vulnerability and caused them psychological trauma»¹⁴⁷.

5. Conclusion

¹⁴⁰ ECtHR, Judgment 23 April 2024, application n. 42917/16, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*.

¹⁴¹ ECtHR, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*, cit., §§ 23, 132; revised judgment of 17 June 2025 (subsequently gained information that the applicant Fălticaneanu had died on 28 November 2020): application struck out of the list in so far as it concerned the complaints of this applicant.

¹⁴² ECtHR, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*, cit., § 71.

¹⁴³ ECtHR, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*, cit., § 95.

¹⁴⁴ ECtHR, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*, cit., §§ 93, 156.

¹⁴⁵ ECtHR, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*, cit., § 154.

¹⁴⁶ ECtHR, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*, cit., § 153.

¹⁴⁷ ECtHR, *Zăicescu and Fălticaneanu vs. Romania*, cit., § 154.

The aforementioned examples from the case law of the ECtHR have shown that the protection of the rights of third parties involved in criminal proceedings is not a consistently applied concept within the Convention's guarantees. As the above explanations have demonstrated, there is, on the one hand, explicit protection for third parties in criminal proceedings by the Convention where their right to respect for private or family life, home or correspondence (Article 8 par. 1 ECHR) is affected. However, relevant protection schemes for many other rights and interests of third parties in criminal proceedings, can only be developed in conjunction with other guarantees, in many cases as a form of restriction of the accused's rights, such as witness-protection schemes vis-à-vis the accused's right to confrontation under Article 6 par. 3 (d) ECHR.

In particular, the case law on the protection of witnesses from harassment and physical attacks has acquired a particular significance within the jurisprudence of the ECtHR. Here, numerous complaints in recent years have enabled the Court to develop a coherent body of case law on witness protection rights. This development is largely based on the concept of balancing the interests of the accused's defence rights against the rights of witnesses.

A "uniform" and "harmonized" protection concept for the rights of third parties in criminal proceedings could ultimately only be established by elaborating a new additional Protocol to the ECHR. However, the political willingness to adopt such an expansion of the protection concept of the ECHR seems to be currently lacking in many Member States of the Council of Europe. It will therefore remain the task of the ECtHR to assign the appropriate level of protection to third-party interests on a case-by-case basis – with precise elaboration of the relevant victim *status* within the meaning and "broad" understanding of Article 34 ECHR.

ABSTRACT: *Third Parties in Criminal Justice. The Viewpoint of ECtHR Case Law*

This article examines the evolution of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the role and importance of the rights of so-called "third parties" in criminal proceedings. It does not refer to an established category of persons to whom the European Convention on Human Rights (ECHR) attributes specific standards of protection. Rather, the human rights safeguards for this group of individuals derive from individual provisions of the ECHR that are not primarily focused on criminal proceedings, in particular Article 8 of the ECHR, and are formulated indirectly as a substantive limitation on the safeguards for the accused.

THIRD PARTIES IN CRIMINAL PROCEDURES: THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The I/A Court of Human Rights. – 3. The concept of third parties in criminal procedures. – 4. Third parties in the I/A Court case law. – 4.1 Victims. – 4.1 Right to an effective remedy. – 4.1.1. – 4.1.1.2 The obligation to prescribe gross human rights violations. – 4.1.1.3 Prohibition of amnesty and the application of a statute of limitations. – 4.1.1.4 The relation between criminal and civil procedures. – 4.1.2 Right to due diligence on the investigation. – 4.1.2.2 Particularities for gross human rights violations. – 4.1.2.3 Particularities for hate crimes. – 4.1.3 Right to participate in the criminal procedure. – 4.1.4 Right to appeal. – 4.1.5 Right to a reasonable time for the criminal procedure. – 4.1.6 Right to personal integrity. – 4.1.7 Preliminary conclusion. – 4.2 Witnesses. – 4.3 People target of wiretaps. – 4.4 Holders of property rights. – 4.5 Family members of people deprived of their liberty. – 5. Conclusions.

1. Introduction

The Inter-American Court of Human Rights (I/A Court) has a robust body of case law on criminal procedures. The Tribunal has established the scope and content of obligations regarding due process and the right to freedom of the defendant, as well as victims' and their families' rights to access to justice, truth, and reparations. This paper discusses the case law of the Court regarding third parties in criminal procedures, with a focus on recent cases published in the last five years, particularly those on intelligence activities. Hence, it is a mainly descriptive work, based on a doctrinal legal method, which aims to contribute to the conceptualization of third parties in criminal procedures as rights holders within the Inter-American System. Also, the paper shows how the I/A Court has handled the tension between the regional human rights standards in criminal procedures and the need for a contextual approach in such matters.

The paper starts by explaining the I/A Court's functioning, as the main Human Rights body in the Region, and proposing a definition of third party based on an analytical understanding of the Court's case law. Then the paper uses this concept to explain the standards regarding the rights of victims and their family members, exposing the main developments and identifying some challenges of its application at the domestic level. Subsequently, the paper highlights the most recent and innovative case law on third parties, particularly on protective measures for witnesses, people affected by wiretaps, property owners, and family members of people deprived of their liberty. Even though the Court is still

* Alexei Julio-Estrada, PhD Universidad Complutense de Madrid, Professor Universidad Externado de Colombia; Valentina Salazar, LLM and JSD candidate University of Notre Dame, Assistant Professor Universidad Externado de Colombia.

developing these criteria, they show the new tendencies regarding guarantees for third parties in criminal procedures.

2. *The I/A Court of Human Rights*

The Inter-American Court is an international tribunal operating within the Organization of American States¹. It has had a jurisdictional function since 1979, after more than 11 states of the region ratified the American Convention on Human Rights (ACHR) and accepted its competence. The Court adjudicates international states' responsibility for human rights violations and interprets the scope and content of the American Convention and other treaties of the Inter-American human rights system, such as the Convention on the Elimination of Violence Against Women or the Inter-American Convention Against Torture. Today, it has jurisdiction over 20 states of Latin America and the Caribbean and has produced around 400 rulings, with an average of 30 a year, along with dozens of resolutions on supervision of compliance and provisional measures².

According to Article 64 of the American Convention, the Inter-American Court's decisions are binding for the state in the controversy. However, the Court has considered that the authoritative nature of its decisions is broader. Indeed, since 2006, the Court has stated that public agents and judges at the national level must comply with the obligations imposed by the American Convention on Human Rights as well as with the interpretations made by the I/A Court³. This includes not only the decisions involving a particular state, but also the general case law on contentious cases and advisory opinions⁴. Even though some authors have criticized this approach, many Constitutional and Supreme Courts of the region have incorporated it when deciding cases at the domestic level, using the American Convention and the I/A Court's interpretation in multiple aspects, including criminal law procedures⁵.

The case law of the Court is diverse, but the majority relates to criminal matters. The Court has analyzed topics such as the right to in vitro fertilization, obligations for private companies in labor matters, or fair distribution of the electromagnetic spectrum, defining crucial standards for the region. Nonetheless, despite the variety and importance of such decisions, more than 80% of the I/A Court cases refer to criminal procedures⁶. This is explained by the fact that, due to the delays in the procedures, most of the cases that the Court has analyzed have taken place in the 70 and 90's in Latin America, a period marked by dictatorships and internal armed conflicts. Indeed, the Court has declared the interna-

¹ L. BURGORGUE-LARSEN-A. ÚBEDA TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, 2011, p. 602.

² I/A Court of Human Rights. Annual Report 2024, p. 12 https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm

³ IACtHR, Case Almonacid Arellano v. Chile. Preliminary Exceptions, Merits and Costs. Judgment of September 26, 2006. S.C. No. 350, para. 124.

⁴ A. JULIO-ESTRADA- V. SALAZAR, *El valor normativo del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Teoría y Práctica del Precedente Judicial en Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 628.

⁵ P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad*, in *Revista Estudios constitucionales*, 2017, p. 60.

⁶ E. FERRER MAC-GREGOR, *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*, in *Revista IIDH*, 2014, p. 50-118.

tional state responsibility of Argentina, Chile, Uruguay, Brazil, Colombia, El Salvador, Guatemala, and Honduras for the hundreds who were arbitrarily detained, disappeared, displaced, or extrajudicially executed⁷. While defining responsibility in such cases, the Inter-American Court has focused its work on giving scope and content to the obligations related to the adequate functioning of criminal proceedings and the obligation to protect the human rights of all the persons involved in it: defendants, victims, family members, witnesses, and investigators⁸.

Despite its experience, the Inter-American Court is not a criminal tribunal. It does not determine individual criminal responsibility, and it does not analyze the dogmatic principles of criminal law and criminal procedures. The Court reviews states' breaches of international human rights obligations that many times take place within criminal procedures and has a strong set of legal instruments that contribute to defining the scope of due process, equality, and other rights. However, prosecution and sanctioning institutions and procedures have additional normative and practical lenses based on the social, political, and historical context of each state. Hence, the Court is constantly facing the challenge between interpreting the minimum human rights standards and giving leeway to the states to accommodate their international obligations within their criminal justice needs and traditions.

Indeed, the Court has jurisdiction over states with different legal traditions. While most of the states have civil law systems, many others have their bases in the common law tradition. Consequently, they have different doctrinal and procedural approaches to the criminal justice system, shaping the scope and content of rights like due process or equality at the national level⁹. Such tension is expressed, for instance on the discussion of jury trials. The Court has developed a strong case law on the right to a reasoned decision, according to which judges should provide ample justification for their holdings, especially their convictions. However, such a general and rigid obligation has been compatibilized with jury trial systems in which convictions are made by fellow citizens without a written or oral explanation. As this example, many other institutional and methodological decisions impacting the criminal justice system require a contextualized analysis that the local authorities are in a better position to do.

The tension between the regional and local approach on criminal matters is also expressed on the third parties case law. The I/A Court has impacted a broad range of aspects through the interpretation of the rights to due process, freedom, privacy, and access to justice. As it will be explained in this paper, the general and abstract language of the Court's case law on third parties, as well as the penetration of the doctrine of conventionality control in many states of the region.

⁷ O. PARRA VERA, Impact of the Inter-American Human Rights System in the Struggle against Impunity, in A. VON BOGDANDY et al. (eds.), *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*, New York, 2024, p. 440.

⁸ H. BERTOT TRIANA-E.C. DÍAZ GALÁN, *Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Three Relevant Aspects of Contention in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, in *The International Journal of Human Rights*, 2025, p. 701. See also: F.V. PEREIRA-L.F.S. KIRCHER, Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights(IACtHR), in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.) *Third Parties in Criminal Proceedings. Legal Studies in International, European and Comparative Criminal Law*, 2024, p. 240.

⁹ P. CAROZZA, *The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights*, in *Notre Dame Journal on Comparative and International Law*, 2015, p. 165.

3. *The concept of third parties in criminal procedures*

The concept of third parties refers to persons indirectly involved in controversies¹⁰. In private law matters, it usually refers to a person who is not part of the contract, the family, or the corporation, but could play a role within a procedure, as a guarantor or guardian if the law gives him standing¹¹. In criminal procedures, third parties are considered all individuals against whom a procedural measure could have effects, even though they are not formally part of the procedure¹². Some of these individuals could have opportunities and rights within the procedures, while others have no protection expressly defined in the law¹³.

In Latin America, the role and rights of third parties in criminal procedures are not uniform, as they depend on how each state addresses the tension between the adversarial criminal system reform and the developments of international human rights law¹⁴. Indeed, in the states that transitioned from inquisitorial to adversarial criminal systems at the beginning of the century, the notion of third party used to refer to participants who were not the defendant or the prosecutor¹⁵. These included persons under criminal investigation, victims, and institutions such as the Public Minister in Colombia or Ecuador, who represents the state's interests within the criminal procedures¹⁶. They had certain rights to participate, present claims, and in some cases, to question the acts of judges, but they did not have full standing. However, more recently, that has started to change under the developments of international human rights law, and particularly the I/A Court.

The I/A Court, in its case law, does not use the concept of third parties, but it has recognized protection to interested persons not formally involved with the procedures. The Court has analyzed the matter through the lens of the rights of due process and access to justice, truth, and reparation, as will be explained in the next section. In some cases, even the rights to privacy or to cultural identity have been relevant to determine the scope and content of what can generally be considered as third parties' rights in criminal procedures. Based on the obligations to guarantee such rights, the I/A Court's interpretation has strengthened the role of third parties as it has considered them as right holders and provided them with specific guarantees to appear before tribunals. Hence, based on an analytical understanding of the Court's case law on Articles 7, 8, and 25 of the American Convention, we proposed that third parties are individuals against whom a procedural measure could have effects, even if criminal procedures are not conducted against them. This includes di-

¹⁰ LEGAL INFORMATION INSTITUTE CORNELL LAW SCHOOL, *Wex Legal Dictionary and Encyclopedia*. Third party. https://www.law.cornell.edu/wex/third_party

¹¹ C.A. BRADLEY-E. A. YOUNG, *Unpacking Third-Party Standing*, in *Yale Law Journal*, 2022, p. 8.

¹² F.V. PEREIRA-L.F.S. KIRCHER, *Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings*, cit., p. 230.

¹³ D.K. BROWN, *Third-Party Interests in Criminal Law*, in *Texas Law Review*, 2002, p. 10.

¹⁴ F. PARISI, *Rent-Seeking Through Litigation: Adversarial and Inquisitorial Systems Compared*, in *International Review of Law and Economics*, 2002, p. 201; W. T. PIZZI, *Victims' Rights: Rethinking Our "Adversary System"*, in *Utah Law Review* (1999), p. 350.

¹⁵ M. LANGER, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de ideas Legales desde La Periferia*, Santiago, 2015, p. 25.

¹⁶ A.I. GARITA VILCHEZ, *El Ministerio Público en América Latina Desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador Guatemala y Panamá*, San José, 1991, pp. 61-64.

rect victims of criminal offenses, their families, witnesses, individuals whose communications were intercepted, or family members of people deprived of their liberty. Such individuals have a protection under the American Convention that has a different scope and content vis-à-vis the defendants, but that, as recent cases show, is increasingly getting stronger.

Some clarifications are needed to explain this typology. On the one hand, even if, in many Latin American jurisdictions, they are considered part of criminal procedures, this paper recognizes, based on the I/A Court case law, that they are not formally parties¹⁷. On the other hand, using the I/A Court case law as a foundation, this paper does not consider defendants in any stage of the procedure as third parties, as they are considered parties since the beginning of prosecutorial activities¹⁸. Indeed, unlike the European Court, the I/A Court considers the defendants as a party since the investigation stage, even if there are no formal charges against them¹⁹. The rights to defense, presentation of evidence, or access to a translator are guaranteed from the beginning of the prosecutorial action, with no difference regarding the stages that follow the accusation. Finally, considering the experience of the Court, this paper does not include judges or other authorities acting in the criminal procedures within adversarial models as third parties. The guarantees protecting them or regulating their jurisdiction have been developed from an institutional perspective, as they represent the state's power.

4. Third parties in the I/A Court case law

As it was mentioned before, the I/A Court has not referred to the notion of third parties in criminal procedures. However, early in its case law, the Tribunal addressed the matter of victims' rights as well as the scope and content of the category. The Court has also made references to the rights of witnesses, the rights of people targeted by wiretaps, and the rights of property owners. As previously conceptualized, these three categories contain the notion of third party and contribute to revealing the position of the I/A Court in the matter. Regarding other topics that have been referred to as part of the discussion on third parties, such as cases related to family members of undercover agents or people subjected to a special protection program, in contrast to the European Court of Human Rights, the I/A Court has not addressed the matter yet.

When the Inter-American Court refers to victims in criminal procedures, it includes not only the ones who were directly affected by a human rights violation but also their families. The solid precedential rules that the Court has established regarding the rights to justice, truth, and reparation were developed considering cases of enforced disappearance and the rights of the families who spend years looking for their loved ones²⁰. The Court consid-

¹⁷ M. DUCE ET AL., *La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica*, in *Revista Política Criminal*, 2014, p. 739-742.

¹⁸ S.H. CARRASCO, *El Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, 2010, p. 361.

¹⁹ C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees in ECHR Law: The Contributions of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings*, cit., p. 261.

²⁰ J. VERDIN PEREZ, *Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias*, in *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 2020, p. 335.

ered that the recognition of the family members as victims was a way to repair the harm caused by continuous violations and to recognize the magnitude of the hardships they suffered while exercising their agency before the states to find justice, truth, and reparation. The Court has developed a set of guarantees for the victims that include the rights to be heard, to appeal, and to present evidence in a criminal procedure. The implementation of such guarantees has represented multiple challenges to the states of the region, which, early in this century, started reforms from inquisitorial to adversarial criminal procedures. Particularly, the bigger role and participation of victims have put pressure on the principles of equal quality of arms between the defendant and the prosecutor and neutrality of the decision-maker²¹.

The Court has not established an element to define witnesses as protected individuals, but it has defined that States have the duty to protect those who participate in criminal procedures, giving testimony, especially when they have not presented their declaration in a trial. Similarly, the Tribunal has recognized that people targeted by wiretaps or any other form of surveillance, either in criminal procedures or states' intelligence activities, must be protected against excessive and arbitrary interventions in their private lives. Also, in cases concerning owners' rights affected by confiscation, the Court has stated that states must prefer alternative measures that do not affect individual or collective rights. Finally, the Court has considered that family members of people deprived of their liberty must have guarantees to continue enjoying their physical and emotional connection and to avoid the conviction from breaking family ties.

In this section, we will present the case law on victims, witnesses, people subjected to wiretaps, property owners, and families of people deprived of their liberty. Due to methodological reasons, the section on victims only highlights the main criteria established by the Court. Regarding witnesses, people subjected to wiretaps, property owners, and families of people deprived of their liberty, each section presents a summary of the case as well as the relevant interpretation regarding the roles and rights of third parties. Along with the summaries, we present some considerations on the relevance of the standards for the conceptualization, as well as some ideas on their impacts at the domestic level.

4.1 *Victims*

The I/A Court has an extensive case law on victims' rights in criminal procedures. As it was mentioned, due to the nature of the cases that the Court addressed in its first 30 years, most of the petitions presented related to the absence of justice, truth, and reparations for victims of gross human rights violations. Therefore, the Court developed a strong set of obligations for states regarding the functioning of the criminal procedure, including the right to due diligence on investigation, the right to effectiveness of the judicial procedure, including reasonable duration, and the prohibition of impunity, using amnesty laws, prescription, or *ne bis in idem* in the benefit of authors of international crimes²². Also, the Tribunal advanced its victims' center approach out of the international sphere to state that,

²¹ M. LANGER, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de ideas Legales desde la Periferia*, Santiago, 2015, p. 10.

²² IACtHR, Case of the "Street Children" (Villagrán Morales et al.) v. Guatemala. Merits. Judgment of November 19, 1999. S.C No. 63, para. 227; Case of Durand and Ugarte v. Peru. Merits. Judgment of August 16, 2000. S.C No. 68, para. 130.

as part of the rights to access to justice and due processes, victims must have opportunities to participate in criminal procedures: presenting evidence, intervening in judicial proceedings, and even appealing²³. Additionally, considering the subject matters, the Tribunal applied additional obligations deriving from the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture and the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons²⁴.

These obligations acquired a particular scope and content considering the vulnerable condition of certain victims, such as women, children, LGBTQ+ persons, indigenous persons, or human rights defenders, based on specialized treaties such as the Inter-American Convention on the Elimination of Discrimination Against Women or the Convention on the Rights of the Child. Additionally, the Court has used the notion of intersectionality to justify the obligation to implement special measures in cases of people affected by multiple vulnerable conditions, like girls' victims of domestic sexual violence²⁵. Moreover, the Court recognized the relevance of the contexts affecting women, LGBTQ+ persons, indigenous persons, and human rights defenders in Latin America, which reflects not only how their rights are at risk, but also the stereotypes that negatively impact criminal investigations²⁶.

4.1.1 *Right to an effective remedy*

Articles 8 and 25 of the Convention imply that victims of human rights violations must have effective remedies guaranteed with due process. Consequently, they must have ample opportunities to be heard and to act in the proceedings in a way that allows them to seek truth, accountability for those responsible, and reparations²⁷. This is not only an entitlement derived from the right to due process, but also the rights to justice, truth, and reparation that have special relevance in cases of gross human rights violations as well as transcendent implications in all the stages of criminal procedures.

4.1.1.2 *The obligation to prescribe gross human rights violations*

The Court has determined that the existence of judicial remedies does not fulfill the states' obligation to an effective remedy. States must regulate judicial remedies and guarantee that, in practice, they are suitable to achieve a timely and exhaustive response in accordance with their purpose. In criminal proceedings, this includes the proscription of human rights violations as crimes at the national level. This obligation, based on Article 2 of the

²³ IACtHR, Case of Blake v. Guatemala. Merits. Judgment of January 24, 1998. S.C No. 36, para. 92; Case of Adolescents Deprived of Liberty in Detention and Provisional Internment Centers of the National Children's Service (SENAME) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2024. S.C. No. 547, para. 264.

²⁴ IACtHR, Case of Tenorio Roca et al. v. Peru. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 22, 2016. S.C No. 314, para. 254.

²⁵ IACtHR, Case V.R.P., V.P.C. and others v. Nicaragua. Preliminary Exceptions, Merits and Costs. Judgment of March 8, 2018. S.C. No. 350, para. 292.

²⁶ IACtHR, Case of Velásquez Paiz et al. v. Guatemala. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 19, 2015. Series C No. 307, para. 169.

²⁷ IACtHR, Case Gelman v. Uruguay. Merits and Reparations. Judgment of February 24, 2011. S.C. No. 221, para. 187.

American Convention, Article 3 of the Inter-American Convention on Forced Disappearance, and Article 6 of the Inter-American Convention to Prevent and Sanction Torture, has been particularly relevant in cases of torture, enforced disappearance, extrajudicial executions, and sexual violence, as well as regarding the qualification of crimes against humanity of some crimes²⁸.

4.1.1.3 *Prohibition of amnesty and the application of a statute of limitations*

The Court has considered that States have the duty to ensure that no one is deprived of judicial protection, especially in cases of gross human rights violations. Therefore, states cannot adopt laws having that effect, particularly amnesty laws, as they lead to the defenselessness of victims and the perpetuation of impunity²⁹. But those are not the only cases in which provisions at the domestic level led to impunity; statutes of limitations, *ne bis in idem*, or any other obstacles are forbidden when they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for human rights violations³⁰.

4.1.1.4 *The relation between criminal and civil procedures*

The Court has established that victims have the right to the investigation, judgment, and sanction of those responsible for human rights violations, as well as the right to reparation³¹. In states in which the civil reparation depends on the result of the criminal procedure, the obligation to conduct a criminal investigation and a trial acquires a stricter character, as the lack of justice in the criminal sphere might prevent the rights of direct victims and their family members from obtaining civil compensation³².

4.1.2 *Right to due diligence on the investigation*

As part of the right to an effective remedy and due process interpreted through the lens of the general obligations of Article 1.1 of the American Convention, States have the obligation to investigate human rights violations with due diligence. This is an obligation of means but must be assumed as a legal duty, not as a mere formality or a simple management of private interests³³. The investigation must be serious, objective, and effective, and

²⁸ IACtHR, Case of Herzog v. Brazil. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 15, 2018. S.C. No. 353 para. 269 and Case Aguas Acosta and others V. Ecuador. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 10, 2024. S.C. No. 540, para. 124.

²⁹ IACtHR, Case of Barrios Altos v. Peru. Merits. Judgment of March 14, 2001. S.C. No. 75, para. 43.

³⁰ IACtHR, Case of Gómez Paquiyauri Brothers v. Perú. Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 8, 2004. S.C. No. 110, para. 150.

³¹ IACtHR, Rodríguez Vera y otros (People Disappeared from the Judicial Palace) v. Colombia. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 14, 2014. S.C. No. 110, para. 435.

³² IACtHR, Case Ximenes Lopes v. Brazil. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 4, 2006. S.C. No. 149, para. 204.

³³ IACtHR, Case Velásquez Rodríguez v. Honduras. Merits. Judgment of July 29, 1988. S.C. No. 4, para. 177; Case Velásquez Rodríguez v. Honduras. Preliminary Exceptions. Judgment of November 23, 2004. S.C. No. 4, para. 61.

aimed at the determination of the truth and the prosecution, capture, and eventual trial and punishment of the perpetrators. Likewise, due diligence requires that the investigating body carry out all those necessary actions and inquiries to achieve the desired result³⁴.

4.1.2.2 *Particularities for gross human rights violations*

When it comes to gross human rights violations, the Court has established that states must also investigate the context in which the violation occurred and the patterns explaining its commission³⁵. Authorities must follow all the logical lines of investigation and gather evidence to dismantle the complex structures involved in the planning and execution of crimes, and to prosecute everyone involved, from direct authors to collaborators and intellectual authors. This is particularly relevant when there are elements to believe that state agents participated in the planning or the commission of the crime³⁶.

The states must observe the following guiding principles: recovering and preserving evidentiary material to assist in any potential criminal investigation of those responsible; identifying potential witnesses and obtaining their statements; and determining the cause, manner, place, and time of the investigated event. Furthermore, states must thoroughly investigate the crime scene. Competent professionals must carry out rigorous analysis, using the most appropriate procedures and guaranteeing a chain of custody³⁷.

4.1.2.3 *Particularities for hate crimes*

The Court has stated, that when there are concrete indications or suspicions of violence based on discriminatory grounds, the state must do what is reasonable according to the circumstances, to collect and secure evidence, explore all practical means to discover the truth, and issue fully reasoned, impartial, and objective decisions, including all suspicious facts that maybe indicative of violence motivated by discrimination³⁸. The lack of investigation by the authorities into possible discriminatory motives may constitute a form of discrimination in itself, contrary to Article 1.1 of the Convention. Additionally, authorities must avoid prejudices and stereotypes from affecting the objectivity of investigations or influencing judges' perception of the facts, or the assessment of the witnesses or the victims' credibility³⁹.

³⁴ IACtHR, Case Terrones Silva and others v. Peru. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2018. S.C. No. 360, para. 182.

³⁵ IACtHR, Case Tiu Tojín v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 26, 2008. S.C. No. 190, para. 78.

³⁶ IACtHR, Case La Rochela Massacre v. Colombia. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 11, 2007. S.C. No. 163, para. 158.

³⁷ IACtHR, Case Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 7, 2003, S.C. No. 99, para. 128, y Case Azul Rojas Marín and other v. Peru, Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 12, 2020, para. 194.

³⁸ IACtHR, Case of López Soto et al. v. Venezuela. Merits, reparations, and costs. Judgment of September 26, 2018. Series C No. 362, para. 223.

³⁹ IACtHR, Case Vicky Hernández and other v. Honduras. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 26, 2021. S.C. No. 422, para. 112-114.

4.1.3 *Right to participate in the criminal procedure*

As it was mentioned, the Court has stated that victims and their relatives must have ample opportunities to participate in criminal procedures, both in the clarification of the facts and the punishment of the authors. However, that does not exempt the state from investigating with due diligence, and particularly to locate the necessary evidence to identify the persons involved and to prosecute them through an effective and timely procedure⁴⁰.

Concretely, the I/A Court has established that under the rights of due process, access to justice, and truth, states must guarantee that at all stages of the proceedings victims: i) can make submissions or claims, ii) receive information on investigative or judicial acts, iii) present evidence, iv) formulate allegations; v) access the case record, or vi) do any other actions that contribute to asserting their interests within the procedures⁴¹. The Court has also said that states must amend their domestic law to secure that it complies with the American Convention provisions and the authorized interpretations of the I/A Court. General criteria with no practical implications are insufficient to guarantee the international obligations regarding victims' rights. Institutions and procedures must reflect the commitment to victims' rights by providing opportunities with a material impact on the procedure⁴².

4.1.4 *Right to appeal*

As it was explained, the Tribunal has determined that victims have the right to effective remedies regarding criminal proceedings. This includes procedural rights to challenge certain judicial or prosecutorial decisions, such as the decision to archive the case. The Court has even recognized that victims have the right to question the competence of judicial authorities exercising jurisdiction over a case, particularly in cases of military jurisdiction⁴³. The application of this criterion in Colombia has moved as far as to recognize victims' right to appeal absolutions⁴⁴.

4.1.5 *Right to a reasonable time for the criminal procedure*

The I/A Court's interpretation of the American Convention regarding victims' rights includes the right to a reasonable time for investigative and judicial proceedings, as well as to obtain a definitive resolution of cases. Hence, along with the obligation to provide remedies within criminal procedures and opportunities to participate and challenge decisions,

⁴⁰ IACtHR, Case Massacre of Mapiripán v. Colombia. Judgment of September 15, 2005. S. C. No. 134, para. 219.

⁴¹ IACtHR, Case Radilla Pacheco v. Mexico. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 23, 2009. S.C. No. 209, para. 247.

⁴² IACtHR, Case Radilla Pacheco v. Mexico, cit., para. 252.

⁴³ IACtHR, Case Rosendo Cantú and other v. Mexico. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2010. S.C. No. 216, para. 167. Similarly see: Case Fernández Ortega et al v. Mexico. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 30, 2010. S.C. No. 215, paras. 182-183.

⁴⁴ Colombian Constitutional Court. Judgment C-209/07 of March 21, 2007.

conduct investigations with due diligence, the Court has said that states must act consistently to obtain results in time. Judges must direct the proceedings, avoiding undue delays and obstructions that lead to impunity⁴⁵. Also, they should not sacrifice justice in favor of formalisms that permit or tolerate the misuse of judicial resources or the impunity of those who committed offences⁴⁶.

4.1.6 *Right to personal integrity*

Since the beginning of the century, the Court has considered that states must guarantee the right to personal integrity of the family members of victims of human rights violations. Indeed, States must implement certain actions to protect the rights of family members. For instance, locating the disappeared person or their remains, or finding the identity of victims of murder, can reduce the family's suffering⁴⁷. Additionally, the Court has considered that states must implement measures to protect their integrity when they have been threatened, as will be explained. The Court has evaluated how those threats could affect the right to family protection when they imply the displacement of the family or some of their members, either internally or to exile⁴⁸. However, the Court has not yet assessed programs of witness protection or any other measures implying the change of identity or residence as a precautionary measure in criminal procedures.

4.1.7 *Preliminary conclusion*

Based on the interpretation of Articles 5, 8, and 25, the Court has established a strong role for victims in criminal proceedings and a robust set of rights. Based on the analytical understanding of the case law, they are still considered as third parties, as their standing in criminal procedures could be condition to certain factors. Nonetheless, the Court has recognized the instrumental role of criminal procedures to guarantee the rights to justice, truth, and reparation. This has impacted the criminal law systems of the region, which have faced challenges in accommodating their procedures to give a more prominent role to victims. For instance, in Guatemala and Mexico, in public action crimes victims participate in the procedures by adhering to the prosecutors, helping them locate the evidence and build the case against the defendant⁴⁹. Similarly, in Colombia, the victims intervene with the same rights as the parties, including the right to appeal, but they are not considered as such⁵⁰.

⁴⁵ IACtHR, Case Bayarri v. Argentina. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 30, 2008. S.C. No. 187, para. 116.

⁴⁶ IACtHR, Case Myrna Mack Chang v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. S.C. No. 101, para. 199.

⁴⁷ IACtHR, Case Villagrán Morales et al. v. Guatemala. Judgment of November 19, 1999. S.C. No. 63, para. 173-174; Case Tavares Pereira v. Brasil, Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 16, 2023. S.C. No. 507, para. 174.

⁴⁸ IACtHR, Case Familia Barrios v. Venezuela. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2011. S.C. No. 237, para. 311; Case Ubaté and Bogotá v. Colombia. Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 19, 2024. S.C. No. 529, para. 119.

⁴⁹ Article 116 of the Procedural Criminal Code of Guatemala; Article 20. C of the Constitution of Mexico.

⁵⁰ Article 250 of the Constitution of Colombia.

However, in any of the three countries the victims are considered as parties to the criminal procedures, due to the need to guarantee due process and the rights of the defendants.

4.2 *Witnesses*

The Court has referred to states' obligations to guarantee witnesses' life and personal integrity, especially in the context of generalized impunity and violence⁵¹. For instance, in the case *Carvajal Carvajal v. Colombia*, regarding the 1998 extrajudicial execution of Nelson Carvajal Carvajal to silence his work as a journalist, the Court found evidence of threats against Nelson's family members and relevant witnesses to the criminal investigation. The Tribunal stated that to guarantee due process and the obligation to investigate, states must protect judges, prosecutors, witnesses, and family members from threats that will hinder the action of the criminal justice system⁵².

Similarly, the I/A Court has referred to states' obligation to guarantee witnesses' life and personal integrity in the exercise of its competence to order provisional measures. According to Article 63.2 of the American Convention and Article 25 of the Court's Statute, in cases of extreme gravity and urgency, the Court might order provisional measures to avoid irreparable harm. For instance, in the case *Kawas Fernández v. Honduras*, related to the investigation of the assassination of a human rights defender, the Court ordered the state to implement all the necessary measures to protect one of the key witnesses of the domestic criminal procedure⁵³.

The Court has also evaluated the limits of states' measures to guarantee witnesses' life and personal integrity to prevent violations of due process. The leading case on this matter is the case *Pollo Rivera v. Peru*, regarding the arbitrary detention and torture of the doctor Pollo Rivera, based on charges of terrorism in 1992. The Court analyzed the category of witnesses with reserved identity and stated that it was reasonable that states developed procedural guarantees to protect the life and integrity of witnesses in contexts of armed conflict or generalized violence. However, the Tribunal clarified that states must implement counterweight measures to protect due process of the defendant, such as guaranteeing that the judge knows the identity of the witness and has the possibility of observing their behavior to form their impressions on the witnesses' reliability and credibility. Also, the Court has said that the defense must have ample opportunities to directly question the witness on matters not related to their identity. Additionally, it has argued that States must ensure that convictions are not based solely on statements by witnesses with withheld identities⁵⁴.

Thereafter, in the case *Norin Catriman v. Chile*, regarding the arbitrary conviction and detention of members of the Mapuche Indigenous People, the Court declared international state responsibility for the violation of the right to witnesses' examination. The Tribunal reiterated that the right to guarantee life, integrity, and safety could justify the imple-

⁵¹ IACtHR, Case *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of Merits of November 25, 2003. S.C. No. 101, para. 199 and *Vereda La Esperanza v. Colombia*. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2017. S.C. No. 341, para. 113.

⁵² IACtHR, Case *Carvajal Carvajal v. Colombia*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 13, 2018. S.C. No. 352, para. 126.

⁵³ IACtHR, Case *Kawas Fernández v. Honduras*. Provisional Measures Request. Resolution of November 29, 2008, para. 9.

⁵⁴ IACtHR, Case *Pollo Rivera et al. v. Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 21, 2016. S.C. No. 319, para. 205.

mentation of measures to preserve witnesses' identities. However, the Court reiterated that Judges cannot base their decisions primarily on a reserved witness's statement, as happened in the case *Norin Catriman*⁵⁵.

In conclusion, unlike the case law on victims' rights regarding the protection of witnesses, the Court has been more cautious in balancing the tensions related to third parties' rights. The Tribunal has recognized the need for counterweight measures when strict protective actions are taken in favor of witnesses, to prevent violations of due process. It is worth highlighting the approach that the Court has implemented in these cases, considering the particular factual circumstances. This could be more proper than some of the case law on victims' rights and might avoid interferences with procedural rules and principles.

4.3 *People target of wiretaps*

The Court has explained that intelligence activities usually imply interference in the sphere of individual rights, particularly the right to privacy. Hence, it has established guarantees for the people subjected to those measures within criminal procedures or as part of intelligence activities. This case law represents one of the most recent developments of the Court, which plants the seed for cases related to the challenges of the contemporary world of technology and artificial intelligence.

In the case *Colectivo de Abogados v. Colombia*, related to an organization of human rights defenders targeted by the State as collaborators of guerrillas in the framework of the armed conflict⁵⁶. The Court declared international State responsibility for more than 20 years of illegal or arbitrary interception against lawyers, human rights defenders, and their families, and evaluated its impact on multiple human rights, particularly the right to privacy.

The Tribunal stated that, given the means employed in intelligence activities and their impact on the obtention and use of information, powers invested in competent bodies must be expressly regulated and must be executed proportionally. This means they must pursue a legitimate aim necessary in a democratic society and comply with the requirements of suitability, necessity, and proportionality⁵⁷.

The Court recognized for the first time in this case the right to informational self-determination⁵⁸. A guarantee that protects every person, but especially third parties in criminal procedures or intelligence activities, such as family members of people targeted by the state. Based on the interpretation of the rights to honor and dignity, private life and access to information, as well as the right to jurisdictional protection, states must guarantee that people have access to, and control personal data held by any public body, as well as records held by private parties.

⁵⁵ IACtHR, Case *Norín Catrimán et al. (Leaders, Members and Activists of the Mapuche People) v. Chile*. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 29, 2014. S.C. No. 279, para. 243.

⁵⁶ IACtHR, Case *Members of the Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia*. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 18, 2023.

⁵⁷ IACtHR, Case *Members of the Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia*, cit., paras. 525-537.

⁵⁸ IACtHR, Case *Members of the Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia*, cit., paras. 582-608.

The Tribunal stated that, when personal data is obtained through interceptions, people should have safeguards⁵⁹. On the one hand, to know who is responsible for processing the data, as well as the timeframes and techniques in which information is stored. On the other hand, through prior judicial control. This intervention by the judge must be aimed at: i) determining the admissibility of the measure, in cases where there are indications of the commission of illicit acts; ii) ensuring that the measure follows the criteria of proportionality; and defining its method, time, and scope. Hence, the Court has emphasized the need to differentiate the powers of intelligence and prosecution. For those interventions in private life implemented within criminal procedures, states must strictly respect due process and always have prior judicial control. When exercising a preventive role in intelligence operations, states could have a bit of leeway and, under predefined exceptional circumstances, accept subsequent judicial control.

Additionally, the Court considered that states must guarantee that an independent civil institution, separate from intelligence agencies, has the power to access the complete records of information collected by intelligence agencies. Also, states must ensure that such institution oversees intelligence authorities' compliance with legal requirements for obtaining and securing information⁶⁰. This is especially relevant to guarantee the right to informational self-determination that includes the possibility to request access and control personal data held by any public body.

A few months later, the Court issued the case *AMIA v. Argentina*, declaring the state's international responsibility for the July 18, 1994, terrorist attack against the Argentine Israelite Mutual Association in Buenos Aires, as well as for its impunity. In this case, one of the facts that the Court considered when analyzing the absence of due diligence in the investigations was the prosecutor's decision to discard the information obtained through wiretaps. The Tribunal considered that covert surveillance, wiretaps, and monitoring of communications could be a reasonable, proportional, and recommended measure to prevent terrorist attacks. However, it clarified that the information provided through these means could not only be useful to prevent, but also to investigate and sanction when necessary. Therefore, considering the impacts on personal liberties, the Court said that the implementation of such methods should be subjected to strict limitations. On the one hand, they require judicial authorization; on the other hand, they must be based on evidence that shows, with a reasonable ground, the intercepted person's suspicion of participation or involvement in the preparation of the attack⁶¹.

Indeed, the Court has stated that intelligence activities' reports could serve as guiding criteria for the investigation. In those cases, states must implement measures to guarantee an adequate balance between the right to privacy of the persons subjected to surveillance, and the right of parties to control the state's evidentiary activity. In this case, the Tribunal declared that the prosecutorial authorities did not implement any action to verify the identity of the unknown person mentioned in the intelligence activities' report, and therefore, they did not conduct the appropriate inquiries to investigate the terrorist attack⁶².

⁵⁹ IACtHR, Case Members of the Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia, cit., paras. 538-563.

⁶⁰ IACtHR, Case Members of the Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" v. Colombia, cit., paras. 564-565.

⁶¹ IACtHR, Case Memoria Activa Civil Asociation v. Argentina. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 26, 2024. S. C. No. 516, para. 190.

⁶² IACtHR, Case Memoria Activa Civil Asociation v. Argentina, cit., para. 191.

These two cases represent an enormous advance of the Court in considering the rights of people under wiretaps. Both cases address the tensions between the protection of third parties, the rights of the parties and the public interest. The constraints defined in the case of *Colectivo de Abogados*, are fundamental to guarantee the protection of third parties, but such guarantees should not authorities from complying with their duties to prevent and prosecute serious crimes. Particularly, the recognition of the right to information self-determination, as a mechanism not only to prevent arbitrary intrusions but also to protect the agency of every individual regarding his data, represent a cornerstone of the protection of third parties in the contemporary world. Certainly in the near future the Court will address other hypotheses, and resolves the tensions that could flourish between the need to prevent and investigate criminal actions, and the rights to private life and personal data. Also, the Court should adapt the standards to cases regarding new technologies and digital surveillance, which are central to intelligence activities nowadays.

4.4 *Holders of property rights*

The Court has not developed a particular protection for property owners as third parties; it has mostly addressed the matter of the defendants' property rights⁶³. However, in the case *Maya Kaqchikel of Sumpango Indigenous People v. Guatemala*, regarding a criminal procedure started for the illegal use of radio spectrum by a community radio station, the Court elaborated on a basic understanding of this matter. The Court considered that the indigenous community made significant efforts to buy the necessary equipment for their community radio station. It also highlighted that this station had a major role in communicating public interest matters and cultural values, as it was the only one in their language. Hence, the Tribunal stated that the criminal prosecution of the individuals who operated the radio stations, and the confiscation of their transmission equipment, were neither suitable nor necessary because the state could have employed less harmful means⁶⁴.

Based on the conceptualization proposed in this paper, in the case of *Maya Kaqchikel of Sumapango*, the indigenous communities, were protected as third parties in the criminal procedure. The Tribunal declared that the state had the obligation to consider how the criminal measure will affect not only the direct owner of the equipment, the radio station, but the whole community, considering it as a third party. Particularly, the Court considered that in the case the confiscation of the transmission equipment limited the rights of the people to freedom of expression as well as to participate in their cultural life. This was an important way for the Court to start evaluating the rights of individuals or communities affected by criminal procedures. However, it was not sufficiently developed because the Court did not explain the procedural avenues that the communities should have had to claim for their rights. In the future the Court would explore, the incorporation of legal remedies for third parties to present claims or evidence in these procedures.

4.5 *Family members of people deprived of their liberty*

⁶³ IACtHR, Case *Tibi v. Ecuador*. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 7, 2004. S.C. No. 114, para. 220.

⁶⁴ IACtHR, Case *Maya Kaqchikel of Sumpango Indigenous People et al. v. Guatemala*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 6, 2021. S.C. No. 440, para. 159.

Article 5.6 of the American Convention states that «Punishment shall not be extended to any person other than the criminal». The Court has addressed this matter in the case *Lopez and others v. Argentina*. In this case, the Tribunal determined the State's responsibility for the transfer of five persons deprived of their liberty to prisons located 800 to 2.000 km away from their city of residence. The Tribunal found the violations of the rights of the imprisoned and of their families. It stated that the notion of non-transcendence of the punishment means that only the convicted must suffer the consequences of the sanction, and the extended consequences to their families shall be mitigated by guaranteeing conditions for visits and communication. Hence, when transferring prisoners from one facility to another, penitentiary authorities and judges must consider not only their right to family protection, but also the right of their partners, children, or parents. In this case, the Tribunal identified the enormous difficulty that the distance represented, due to the families' lack of financial resources, work commitments, and health conditions in maintaining even minimal contact with them. Furthermore, in this case, the Court found that local authorities did not implement relevant measures to facilitate family contact, particularly with the primary-school-aged children⁶⁵.

In this case the Court does not refer to the family members of people deprived of their liberty as third parties. However, it recognized an obligation to consider their interest in procedures that does not involve them directly and therefore they can be considered as third parties under the conceptualization that this paper proposes. As in the case of *Maya Kaqchikel of Sumapango Peoples*, the Court does not mention how the families could represent their interests before the judges and the penitentiary authorities. Nonetheless, this is an interesting approach that the Court could explore more in further cases, to provide family members with avenues to exercise their rights within this stage of the criminal procedure.

5. Conclusion

In conclusion, the Inter-American Court of Human Rights, in exercise of its contentious and advisory functions, has developed strong standards for criminal procedures. Through an analytical understanding of the case-law, we proposed a conceptualization of who third parties are and how they should be protected under the human rights obligation of the American states. Also, we found that the Court has already given standing to individuals who are considered third parties in other jurisdictions like persons under investigation. Additionally, we highlighted that the Court is not a criminal tribunal but an international state responsibility adjudication body, with limited expertise on criminal matters. Hence, regarding the notion of third parties in criminal procedures, particularly on issues like privacy or property, we consider it crucial that states, civil society, and especially academia, contribute to an ample discussion on the matter. Especially, considering the impact on national criminal procedures and the tensions that these international obligations can pose to the rights of defendants and public interests further research is needed.

⁶⁵ IACtHR, Case *López et al. v. Argentina*. Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2019. Series C No. 396, para. 166.

ABSTRACT: *Third Parties in Criminal Justice. The Viewpoint of ECtHR Case Law*

This article examines the evolution of the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) on the role and importance of the rights of so-called “third parties” in criminal proceedings. It does not refer to an established category of persons to whom the European Convention on Human Rights (ECHR) attributes specific standards of protection. Rather, the human rights safeguards for this group of individuals derive from individual provisions of the ECHR that are not primarily focused on criminal proceedings, in particular Article 8 of the ECHR, and are formulated indirectly as a substantive limitation on the safeguards for the accused.

PASQUALE PIRRONE*

LA POSIZIONE DEL MINORENNE NEL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO DINANZI AL COMITATO DEI DIRITTI DEL FANCIULLO

SOMMARIO: 1. Il sistema onusiano di tutela dei diritti dei fanciulli e la competenza contenziosa del Comitato dei diritti del fanciullo. – 2. Le questioni affrontate e una precisazione. – 3. La legittimazione ad attivare il procedimento contenzioso dinanzi al Comitato. – 4. Le caratteristiche principali del procedimento contenzioso dinanzi al Comitato e la posizione della presunta vittima. – 5. Altri soggetti che possono partecipare al procedimento contenzioso dinanzi al Comitato. – 6. Una considerazione conclusiva sugli obiettivi del procedimento contenzioso dinanzi al Comitato.

1. *Il sistema onusiano di tutela dei diritti dei fanciulli e la competenza contenziosa del Comitato dei diritti del fanciullo*

Il sistema onusiano di tutela dei diritti dei fanciulli prende l'avvio nel 1989, con l'adozione, da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, della 'Convenzione dei diritti del fanciullo'¹ (d'ora in poi: la Convenzione). Successivamente, nel 2000, il sistema

* Professore associato di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

¹ La Convenzione è stata adottata con la risoluzione 44/25, del 20 novembre 1989, ed è entrata in vigore il 2 settembre 1990. Attualmente è stata ratificata da 196 Stati. Resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. Entrata in vigore per l'Italia il 5 ottobre 1991. Sulla Convenzione e, più in generale, sul sistema onusiano di tutela dei diritti dei fanciulli, *ex plurimis*, si vedano: S. DETRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, Dordrecht, 1992; M.F. DAVIS, R. POWELL, *The International Convention on the Rights of the Child: A Catalyst for Innovative Child care Policies*, in *Human Rights Quarterly*, 2003, p. 689 ss.; M.C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 232 ss.; R. HODGKIN, P. NEWELL, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Geneva, 2007; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 987 ss.; T. LIEFAARD, J. SLOTH-NIELSEN (eds.) *The United Nations Conventions on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, Dordrecht, 2016; M.L. PADELLETTI, *Salvaguardia dei minori e best interest of the child secondo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, in *La Comunità internazionale*, 2018, p. 413 ss.; AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E ADOLESCENZA (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019; J. TOBIN, *The UN Convention on the Rights of the Child: a commentary*, Oxford, 2019; W. VANDENHOLE, G. ERDEM TÜRKELLI, S. LEMBRECHTS, *Children's Rights: A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and Its Protocols*, Cheltenham, 2019; L. CREMA, *The Convention of the Rights of the Child Before the UN Treaty Bodies and the ICJ: 'Taking in to Account' or Ignoring?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 79 ss.; F. IPPOLITO, *The Convention on the Rights of the Child in Litigation Before the European Social Charter Committee and the European Court of Human Rights: «Why Then, Can One Desire Too Much of a Good Thing?»*, *ibidem*, p. 93 ss.; E. TRAMONTANA, *The UN Convention on the Rights of the Child's Role in Litigation Before the Committee of Experts of the African Children's Charter*, *ibidem*, p. 121 ss.; D. RUSSO, M. PARODI, *The Implementation of the Rights of the Child in the Italian Legal Order: A Provisional Balance*, *ibidem*, p. 141 ss.; G. BIAGIONI, *The Convention on the Rights of the Child and the EU Judicial Cooperation Civil Matters*, *ibidem*, p. 365 ss.; B. VARESANO, *The Controversial Condition of Child-Soldiers: The Quest For Consistency through the Lens of the Child's Best Interest in the Light of the Convention on the Rights of the Child*, *ibidem*, p. 387 ss.; E. MARRUS, P. LAUFER-UKELIS (eds.), *Global Reflections on Children's Rights and the Law. 30 Years After the Convention on the Rights of the Child*, London,

viene integrato con l'adozione di due protocolli opzionali (d'ora in poi: i Protocolli del 2000): il 'Protocollo sul coinvolgimento dei minori nei conflitti armati'² e il 'Protocollo relativo alla vendita dei fanciulli, la prostituzione minorile e la pedopornografia'³.

Questi tre strumenti normativi prevedono un meccanismo di controllo che fa capo al Comitato dei diritti del fanciullo⁴ (d'ora in poi: il Comitato), ma che non ha le caratteristiche di un procedimento contenzioso. In analogia a quanto avviene in altre convenzioni sui diritti umani stipulate nell'ambito delle Nazioni Unite, infatti, gli strumenti normativi citati creano un meccanismo basato sulla presentazione di rapporti periodici da parte degli Stati e sulla loro valutazione da parte del Comitato⁵.

Il procedimento contenzioso cui sono dedicate le pagine seguenti, invece, è stato creato nel 2011 con l'adozione del 'Protocollo che istituisce una procedura per la presentazione di comunicazioni individuali' (d'ora in poi: il Protocollo del 2011)⁶, entrato in vigore nel 2014. Esso attribuisce tra l'altro⁷ al Comitato la competenza a esaminare ricorsi, "comunicazioni" nella terminologia del Protocollo, presentati da individui che lamentano la violazione della

2021; S. SCHMAHL (ed.), *United Nations Convention on the Rights of the Child: Article-by-Article Commentary*, London, 2021; Z. VAGHRI, J. ZERMATTEN, G. LANSDOWN, R. RUGGIERO (eds.), *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child. An Analysis of Attributes*, Cham, 2022 (open access). Per la posizione della Convenzione nell'ordinamento italiano rinvio a P. PIRONE, *La Convenzione sui diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano a trent'anni dalla sua adozione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, 389 ss.

² Il Protocollo è stato adottato dall'Assemblea generale con la risoluzione 54/263, del 25 maggio 2000, ed è entrato in vigore il 12 febbraio 2002. Sinora questo Protocollo è stato ratificato da 173 Stati. Reso esecutivo in Italia con l. 11 marzo 2002, n. 46.

³ Il Protocollo è stato adottato dall'Assemblea generale con la risoluzione 54/263, del 25 maggio 2000, ed è entrato in vigore il 18 gennaio 2002. Sinora questo Protocollo è stato ratificato da 178 Stati. Reso esecutivo in Italia con l. 11 marzo 2002, n. 46.

⁴ Il Comitato dei diritti del fanciullo è stato costituito nel 1991, in attuazione dell'art. 43 della Convenzione. Esso è composto da diciotto membri, «esperti di alta moralità ed in possesso di una competenza riconosciuta nel settore oggetto» della Convenzione, che partecipano «a titolo personale». Inizialmente i membri del Comitato erano dieci. Successivamente, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con risoluzione n. 50/155, del 21 dicembre 1995, modificò l'art. 43, par. 2, portando il numero dei membri a diciotto. La modifica entrò in vigore il 18 novembre 2002, quando fu accettata da due terzi degli Stati parti della Convenzione. I membri del Comitato restano in carica per quattro anni e sono rieleggibili. Il Comitato si rinnova parzialmente (per una metà dei membri) ogni due anni. Esso normalmente si riunisce, presso la sede della Nazioni Unite a Ginevra, tre volte l'anno.

⁵ In base all'art. 44 della Convenzione, all'art. 12 del Protocollo vendita e all'art. 8 del Protocollo conflitti armati, gli Stati parti si impegnano a sottoporre ogni cinque anni al Comitato rapporti sui provvedimenti adottati per garantire il rispetto dei diritti sanciti dai rispettivi strumenti normativi. Tali rapporti sono pubblici. Il Comitato esamina il rapporto, può chiedere allo Stato informazioni supplementari rispetto a quelle contenute nello stesso rapporto, ne discute con i rappresentanti dello Stato e, infine, nelle sue "osservazioni conclusive", svolge le sue considerazioni e, se lo ritiene opportuno, rivolge raccomandazioni allo Stato sulle misure da adottare. Infine, nel rapporto che il Comitato presenta ogni due anni all'Assemblea generale delle Nazioni Unite sull'attività svolta nel biennio precedente, esso dà conto all'Assemblea generale dei singoli rapporti statali esaminati.

⁶ Il Protocollo è stato adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 66/138, del 19 dicembre 2011, ed è entrato in vigore il 14 aprile 2014. Nell'ordinamento italiano è stato recepito con l. 16 novembre 2015, n. 199. È entrato in vigore per l'Italia il 4 maggio 2016. Per un'esposizione d'insieme del procedimento contenzioso creato dal Protocollo rinvio a P. PIRONE, *La communications procedure dinanzi il Comitato dei diritti del fanciullo*, in *L'azione dell'ONU per la promozione e la protezione dei diritti umani nel 75° anniversario dell'Organizzazione*, Quaderno n. 20, *La Comunità internazionale*, Napoli, 2022, pp. 81-106.

⁷ Il Protocollo, oltre alla competenza a esaminare comunicazioni individuali, prevede: (1) la possibilità per gli Stati parti di accettare, con apposita dichiarazione facoltativa, la competenza del Comitato a ricevere comunicazioni statali (cfr. art. 12); (2) il potere di inchiesta del Comitato, con la facoltà per singolo Stato parte di rifiutare, con apposita dichiarazione, tale potere (cfr. art. 13).

Convenzione o di uno dei Protocolli del 2000 ad opera di uno Stato parte. Pur essendo questo Protocollo di recente adozione e entrata in vigore, si è già sviluppata una interessante prassi applicativa.

In primo luogo, occorre tener presente che si tratta di un protocollo facoltativo. Esso, dunque, attribuisce al Comitato la competenza a esaminare “comunicazioni” (ricorsi) individuali soltanto nei confronti degli Stati che abbiano ratificato lo stesso Protocollo⁸.

La procedura contenziosa che si svolge dinanzi al Comitato è disciplinata, oltre che dallo stesso Protocollo del 2011, da uno specifico Regolamento di procedura⁹, adottato dal Comitato su espressa disposizione dello stesso Protocollo¹⁰.

Essa ricalca molto da vicino la procedura contenziosa che si svolge di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: la Corte EDU). Anche nel procedimento contenzioso dinanzi al Comitato, infatti, come nel procedimento di fronte alla Corte EDU attivato da ricorso individuale, un individuo adisce l'organo di controllo internazionale e conviene in giudizio uno Stato. Oggetto di valutazione del Comitato, dunque, è sempre un comportamento statale. In analogia col procedimento che si svolge di fronte alla Corte EDU, inoltre, è prevista una prima fase di esame della ricevibilità della comunicazione, e solo se il Comitato la considererà ricevibile, esso, in una seconda fase, esaminerà la comunicazione nel merito. Entrambe le fasi (ricevibilità e merito) presentano le caratteristiche fondamentali dei procedimenti giudiziari, in particolare quella del contraddittorio.

La pronuncia finale del Comitato viene denominata “costatazione”. Essa, pur priva sul piano formale di efficacia vincolante, ha una natura sostanzialmente giurisdizionale. Infatti, non soltanto è adottata in esito ad una procedura in cui, come si è detto, è garantito il contraddittorio, ma nella sua struttura e nei suoi contenuti presenta le caratteristiche che connotano le sentenze internazionali sui diritti umani. Vi si riscontra, infatti, una parte in cui vengono esposti i fatti oggetto della comunicazione e una parte, contenente le motivazioni in diritto, in cui vengono valutati, sulla base di considerazioni di natura strettamente giuridica, sia la ricevibilità che il merito della comunicazione. Se la comunicazione non viene dichiarata irricevibile, il Comitato nel merito accerta l'esistenza o l'inesistenza della violazione lamentata dall'autore della comunicazione, che viene infine espressamente dichiarata in una parte ‘dispositiva’ della costatazione. Nei casi in cui il Comitato accerta la sussistenza di una violazione, esso, normalmente, nella stessa parte dispositiva della costatazione, indica allo Stato responsabile le misure, sia a portata individuale¹¹ che generale¹², più idonee per porvi rimedio.

2. Le questioni affrontate e una precisazione

⁸ Sinora il Protocollo del 2011 è stato ratificato da 53 Stati.

⁹ CRC/C/158/Rev.1, *Règlement intérieur au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*. L'ultima versione del Regolamento è stata adottata dal Comitato nella sua novantottesima sessione, 13-31 gennaio 2025.

¹⁰ Cfr. l'art. 3 del Protocollo del 2011.

¹¹ Alcune misure riparatorie individuali, a favore della vittima della violazione, che il Comitato può raccomandare allo Stato responsabile di adottare, sono indicate, a titolo esemplificativo, nel Regolamento del Comitato. Il par. 4 dell'art. 27, infatti, dispone che il Comitato possa, «*par exemple, [...] demander à ce que la victime bénéficie de mesures de réadaptation, d'une réparation ou d'une indemnisation financière, demander à l'État partie de garantir que des violations analogues ne se reproduisent pas, ou encore demander que l'auteur soit poursuivi en justice*». La raccomandazione di tali misure è frequente nella giurisprudenza del Comitato.

¹² Sul punto vedi *infra*, il paragrafo n. 6.

Questo scritto si articolerà in tre parti e una chiosa finale. In una prima parte, ci si soffermerà sul momento d'avvio del procedimento, in particolare, sull'individuazione dei soggetti che hanno la legittimazione attiva a avviare il procedimento, convenendo in giudizio lo Stato in ipotesi responsabile di violazioni della Convenzione o di uno dei Protocolli del 2000. In una seconda parte, saranno velocemente tratteggiati i seguiti di queste comunicazioni e, quindi, le caratteristiche fondamentali del procedimento, soprattutto con riferimento alla posizione della presunta vittima. In una terza parte, ci si soffermerà sugli altri soggetti, diversi dai legittimati attivi e dallo Stato convenuto, che possono partecipare al procedimento. Infine, si proporrà una considerazione sugli obiettivi sostanziali che il procedimento contenzioso dinanzi al Comitato intende perseguire.

Prima di affrontare le questioni appena indicate, però, occorre precisare che non sempre le categorie concettuali del processo interno, in particolare quelle del processo penale, sono idonee a dar conto delle modalità di svolgimento dei procedimenti che hanno luogo dinanzi a istanze internazionali di controllo sul rispetto dei diritti umani, siano esse dei veri e propri tribunali o istanze di altra natura. Questi procedimenti, infatti, sono ontologicamente diversi sia dai procedimenti penali che si svolgono nell'ambito degli ordinamenti interni, sia dai procedimenti che si svolgono di fronte ai tribunali penali internazionali.

Conseguentemente, le espressioni tecnico-giuridiche del processo interno verranno qui utilizzate con estrema prudenza e dovranno sempre essere intese *cum grano salis*, tenendo conto delle peculiarità del procedimento oggetto di questo scritto.

3. La legittimazione ad attivare il procedimento contenzioso dinanzi al Comitato

Come si evince da quanto esposto nel primo paragrafo, il 'convenuto' dinanzi al Comitato sarà sempre uno Stato accusato di aver violato un diritto sancito dalla Convenzione o da uno dei Protocolli del 2000.

Ma, chi può avviare il procedimento contenzioso dinanzi al Comitato? A chi spetta la legittimazione attiva? Su questo punto le disposizioni che regolano il procedimento contenzioso dinanzi al Comitato si differenziano da quelle che disciplinano il procedimento che si svolge di fronte alla Corte EDU.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: la CEDU), infatti, all'art. 34 prevede laconicamente che la legittimazione attiva spetti alla presunta "vittima" della violazione. È toccato dunque alla Corte EDU, in relazione alla varietà dei casi che le sono stati sottoposti, precisare cosa debba intendersi per "vittima" della violazione. Essa è così pervenuta a individuare alcune categorie giurisprudenziali di legittimati attivi che si aggiungono alla "vittima diretta". Sono state così delineate le figure della "vittima indiretta", della "vittima potenziale" e la dottrina si è spinta sino ad ipotizzare la figura della "vittima futura". La Corte EDU ha affrontato, inoltre, la questione della rappresentazione dei minori e degli incapaci. Essa, quindi, con la propria giurisprudenza ha precisato/integrato la norma della CEDU sulla legittimazione attiva¹³.

¹³ Su queste questioni e la relativa giurisprudenza della Corte EDU, *ex plurimis*, si vedano: A. SACCUCCI, Articolo 34, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti*

Nel sistema onusiano di tutela dei diritti del fanciullo, invece, sia il Protocollo del 2011, che il Regolamento del Comitato contengono una disciplina della legittimazione attiva più articolata di quella della CEDU. Sia il Protocollo che il Regolamento, infatti, prevedono espressamente che la ‘comunicazione’ al Comitato possa essere presentata, vuoi direttamente dalla presunta vittima, vuoi, da una persona diversa dalla presunta vittima. E, invero, questa ipotesi si verifica spesso nella prassi.

Così, l’art. 5 par. 1 del Protocollo del 2011 stabilisce, in primo luogo, che «le comunicazioni possono essere presentate da [...] un individuo o un gruppo di individui, soggetti alla giurisdizione di uno Stato parte, che sostengono di essere vittima di una violazione ad opera di tale Stato parte di uno dei diritti enunciati» nella Convenzione o nei Protocolli del 2000. L’art. 13 par. 1 del Regolamento, nel riprendere questa disposizione, precisa che le presunte vittime della violazione potranno adire il Comitato indipendentemente dalla circostanza che «*leur capacité juridique soit ou non reconnue dans l’État partie visé par la communication*».

Naturalmente, ai fini della ricevibilità della comunicazione, il Comitato valuterà se la presunta vittima possa essere considerata tale. In caso contrario esso dichiarerà irricevibile il ricorso. Così, ad esempio, con decisione del 26 maggio 2025, il Comitato ha ritenuto che la comunicazione presentata contro l’Italia, per le disposizioni interne che stabilivano l’obbligo vaccinale contro il coronavirus ai fini dell’accesso dei minori a scuola e della loro partecipazione a attività educative, culturali, sportive o ricreative, non fosse ricevibile per mancanza dei requisiti previsti dall’art. 5, par. 1, della Convenzione, in quanto i ricorrenti non avevano lamentato ripercussioni a titolo individuale e non avevano dunque «*démontré l’existence d’un préjudice personnel, réel et important qui justifierait leur qualité de victimes*»¹⁴.

L’art. 5 del Protocollo del 2011 prevede, poi, come si è anticipato, che la comunicazione possa essere presentata anche da una persona diversa dalla pretesa vittima, «per conto» di questa. Lo stesso articolo, al par. 2, precisa, però, che in questo caso l’autore della comunicazione dovrà avere il “consenso” della pretesa vittima o che esso «possa giustificare l’azione per suo conto senza tale consenso». Una lettura sistematica del Protocollo del 2011 depone nel senso che quest’ultima ipotesi debba essere ammessa in via del tutto eccezionale.

L’ipotesi che l’autore della comunicazione agisca con il consenso della presunta vittima è contemplata dal Regolamento del Comitato, al par. 2 dell’art. 13, il quale, riprendendo le disposizioni del par. 2 dell’art. 5 del Protocollo del 2011, precisa che la comunicazione può essere presentata dai «rappresentanti *designati* dalle presunte vittime» o «da altre persone che agiscano in loro nome con il loro *consenso espresso*»¹⁵.

Tuttavia, ai sensi dell’art. 3, par. 2, del Protocollo del 2011¹⁶ e dell’art. 1, par. 2, del proprio Regolamento, il Comitato ha il dovere generale di vegliare «*que l’enfant ou les enfants ne soit pas l’objet de pression inopportunes ou de tentatives de persuasion de la part de ceux qui agissent en leur nom*» e di adottare, se del caso, tutte le misure necessarie a tal fine.

dell’uomo, Padova, 2012, p. 627-644; V. ZAGREBELSKI, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2025, pp. 476-486.

¹⁴ Cfr. la decisione del 26 maggio 2025, nel caso *Gi. C. e altri c. Italia*, comunicazione n.177/2022, par. 6.4.

¹⁵ Corsivi aggiunti.

¹⁶ L’art. 3, par. 2, del Protocollo del 2011 dispone: «Il Comitato include nelle sue regole di procedura garanzie volte ad impedire che il fanciullo sia manipolato da coloro che agiscono per suo conto e può rifiutare di esaminare qualsiasi comunicazione che ritenga non essere nell’interesse superiore del fanciullo».

Il Comitato, dunque, se teme che il consenso della presunta vittima sia frutto di «pressioni o influenze indebite», ai sensi dello stesso art. 13, par. 2, del proprio Regolamento, può acquisire, «y compris auprès de tiers», informazioni o documentazioni che dimostrino che il consenso della presunta vittima non sia ottenuto tramite pressioni indebite.

L'art. 23, par. 1, del Regolamento del Comitato, al quale l'art. 13, par. 2, espressamente rinvia a tal fine, contiene un'elencazione di soggetti ed enti dai quali, «dopo la ricezione di una comunicazione e prima di prendere una decisione sul merito», il Comitato può ricevere documenti da esaminare¹⁷. Si tratta, come si vedrà, di un'elencazione non solo molto estesa, ma meramente esemplificativa, non tassativa. Il Comitato, dunque, ha un'ampia scelta riguardo ai soggetti e gli enti a cui richiedere documenti rilevanti ai fini del caso in corso di esame.

Nel caso in cui il Comitato rilevi «pressioni o influenze indebite» sulla presunta vittima per ottenere il consenso alla presentazione della comunicazione, questa sarà dichiarata irricevibile.

Come si è detto, l'art. 5, par. 2, del Protocollo del 2011 e l'art. 13, par. 3, del Regolamento del Comitato prevedono, sia pure come ipotesi eccezionale, che una persona possa presentare una comunicazione anche senza il consenso espresso della presunta vittima. In questo caso, però, occorre, in primo luogo, che l'autore della comunicazione giustifichi l'assenza del consenso espresso della presunta vittima¹⁸ e, in secondo luogo, che la presentazione della comunicazione sia considerata nell'interesse superiore del minore¹⁹. Entrambe le valutazioni saranno operate dal Comitato.

La valutazione circa l'adeguatezza della giustificazione addotta dall'autore per motivare l'assenza del consenso espresso della presunta vittima può implicare lo svolgimento di una indagine da parte del Comitato. Anche se su questo punto il par. 3 dell'art. 13 del Regolamento non dice nulla, nella prassi il Comitato procede come quando deve verificare se ci siano state pressioni o manipolazioni della presunta vittima. Esso, cioè, applica la disposizione generale di cui al già citato art. 23 del proprio Regolamento e nel caso in cui ritenga inadeguata la giustificazione addotta dall'autore dichiarerà la comunicazione irricevibile.

Per quanto riguarda la valutazione del Comitato sulla circostanza che la presentazione della comunicazione sia nell'interesse del minore, occorre rilevare che tale valutazione è prevista in generale, con riguardo a tutte le ipotesi, dall'art. 3 par. 2 del Protocollo²⁰. Tuttavia, essa appare imprescindibile nel caso di mancanza del consenso espresso della presunta vittima. Infatti, è proprio con riferimento a questa ipotesi che l'art. 20 par. 4 del Regolamento la impone espressamente al Comitato²¹. Anche nell'ipotesi che la presentazione della comunicazione non sia considerata nell'interesse superiore del fanciullo il Comitato deciderà di dichiararla irricevibile.

¹⁷ Si veda il testo dell'art. 23 *infra*, al par. 5.

¹⁸ Cfr. art. 5 par. 2 del Protocollo del 2011 e art. 13 par. 3 del Regolamento del Comitato.

¹⁹ Cfr. art. 3 par. 2 del Protocollo del 2011 e art. 13 par. 3 del Regolamento del Comitato.

²⁰ Cfr. *supra* nota n. 16.

²¹ L'art. 20, par. 4 del Regolamento dispone: «Lorsqu'une communication est soumise au Comité au nom d'un enfant ou d'un groupe d'enfants sans preuve du consentement du ou des enfants concernés, le Comité peut décider, après examen des circonstances particulières de l'affaire et des informations fournies, qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants concernés d'examiner la communication».

In diversi casi il Comitato, in assenza del consenso espresso della presunta vittima, ha dovuto valutare sia l'adeguatezza della giustificazione addotta dall'autore della comunicazione, sia l'interesse del minore alla presentazione della comunicazione.

In alcuni casi il Comitato ha dichiarato irricevibile la comunicazione per ingiustificata mancanza del consenso. Così, ad esempio, con decisione del 28 settembre 2020, il Comitato considerò irricevibile una comunicazione presentata contro il Belgio dal tutore della presunta vittima, senza il consenso espresso di questa. L'autore della comunicazione dichiarava di non aver potuto ottenere il consenso della presunta vittima poiché questa era rientrata nel suo paese di origine (Romania) e gli era stato impossibile comunicare con essa. Il Comitato, rilevando l'assenza di giustificazioni da parte dell'autore circa l'impossibilità di contattare la presunta vittima, concluse che «*en vertu du paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole facultatif [...] l'auteur n'a pas qualité pour agir*»²². Analogamente, con decisione del 2 settembre 2024, il Comitato dichiarò irricevibile una comunicazione contro la Francia presentata dalla madre delle presunte vittime senza il loro consenso espresso. Le figlie dell'autrice della comunicazione erano state collocate, per decisione dell'autorità giudiziaria, presso un istituto per minori a causa di gravi disturbi psicologici, probabilmente conseguenti a turbe comportamentali della madre stessa. Il Comitato, tuttavia, rileva che le autorità giudiziarie avevano mantenuto il diritto di visita da parte della madre, la quale avrebbe potuto dunque chiedere ad esse il necessario consenso²³.

In altri casi il Comitato ha ritenuto irricevibile la presentazione della comunicazione, in assenza del consenso della presunta vittima, non considerandola nell'interesse superiore del minore. Così, ad esempio, il Comitato, con decisione del 31 maggio 2021, stabilì che la comunicazione presentata dal padre della presunta vittima, senza il consenso espresso di questa, era irricevibile considerato che la presunta vittima, affidata alla madre a seguito della separazione dei genitori, aveva ripetutamente mostrato di non volere avere contatti con il padre. Il Comitato ritenne che si potesse «*raisonnablement affirmer*» che, se la minore avesse avuto la possibilità di esprimere il suo parere, «*elle n'aurait pas consenti à ce que l'auteur soumette la communication en son nom*». Il Comitato, pur riconoscendo che in talune ipotesi «*il peut y avoir un conflit entre l'opinion de l'enfant et son intérêt supérieur*», valutate tutte le circostanze del caso e, in particolare, le vicende successive alla presentazione della comunicazione, ritenne che non fosse nell'interesse superiore della minore esaminare la comunicazione senza il consenso di questa²⁴.

Diversamente, in altri casi il Comitato ha ritenuto che, pur in assenza del consenso espresso della presunta vittima, la presentazione della comunicazione fosse nel superiore interesse del minore e, dunque, ricevibile. Così, ad esempio, nel 2019 erano state presentate delle comunicazioni contro la Francia, dai nonni di minori figli di cittadini francesi che avevano collaborato con lo "Stato islamico", che si trovavano detenuti in campi di raccolta nel Rojava, sotto il controllo delle forze Kurde. Gli autori della comunicazione, che lamentavano il mancato intervento del governo francese per il rimpatrio dei nipoti, non avevano il consenso espresso delle presunte vittime alla presentazione della comunicazione.

²² Cfr. la decisione del 28 settembre 2020, nel caso *U.G. c. Belgio*, comunicazione n. 34/2017, par. 6.2.

²³ Cfr. la decisione del 2 settembre 2024, nel caso *J.P.M. e M.P.M. c. Francia*, comunicazione n. 135/2021.

²⁴ Cfr. la decisione del 31 maggio 2021, nel caso *V.W. c. Germania*, comunicazione n.75/2019. Al par. 9.3 il Comitato precisa che «*Dans ces circonstances, même s'il estime que la décision de l'auteur de soumettre la communication sans le consentement de sa fille pouvait se justifier au moment où la plainte a été enregistrée, au titre de l'article 13 (par. 3) de son règlement intérieur au titre du Protocole facultatif, les faits qui se sont produits ensuite le conduisent à conclure qu'il n'est plus dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il examine la communication sans le consentement exprès de V. W. Par conséquent, il considère que l'article 5 (par. 2) du Protocole facultatif, lu conjointement avec l'article 20 (par. 4) de son règlement intérieur l'empêche d'examiner la communication*».

Il Comitato, tuttavia, rilevò che nel caso di specie i minori non avevano la «possibilità reale di dare il loro consenso scritto» e ritenne, inoltre, che le comunicazioni erano «manifestamente presentate nel loro interesse superiore»²⁵.

Ai sensi dell'art. 4 del Protocollo del 2011, gli Stati parti hanno l'obbligo di garantire che gli individui che si trovino sotto la propria giurisdizione non subiscano alcuna «violazione dei diritti umani, maltrattamento o intimidazione» come conseguenza della presentazione di comunicazioni al Comitato²⁶.

4. Le caratteristiche principali del procedimento contenzioso dinanzi al Comitato e la posizione della presunta vittima

Nell'ambito del procedimento contenzioso che si svolge dinanzi al Comitato la presunta vittima non costituisce esclusivamente oggetto sostanziale di tutela, ma mantiene un suo rilievo dal punto di vista strettamente procedurale anche quando non sia l'autore della comunicazione. Una serie di norme del Regolamento del Comitato, infatti, prevedono che, ove possibile, la presunta vittima venga consultata e in vario modo coinvolta nello svolgimento del procedimento, anche quando l'autore della comunicazione sia un'altra persona.

Inoltre, il Protocollo del 2011, al par. 1 dell'art. 3, sancisce un principio fondamentale al quale uniformare il procedimento contenzioso. Infatti, questa disposizione, che conferisce al Comitato il potere di adottare le regole procedurali, precisa che, nel far ciò, il Comitato deve tenere conto dell'interesse superiore del minore, al fine di garantire che «*le procedure siano adatte ai fanciulli*»²⁷. Invero, tutto il procedimento contenzioso che si svolge dinanzi al Comitato è modellato su questo principio, di cui troviamo diversi corollari nel Regolamento di procedura.

Così, l'art. 14, che reca in rubrica «Principio di informazione», stabilisce al par. 1 che il Comitato fornisce agli autori delle comunicazioni, nel più breve tempo possibile, informazioni sulle date, lo stato di avanzamento della procedura e le relative decisioni, «*sous une forme appropriée et accessible pour les adultes comme pour les enfants et adaptée, dans la mesure du possible, à l'âge et au degré de maturité des auteurs*».

Lo stesso art. 14, al par. 2, stabilisce poi che il Comitato possa, in qualsiasi fase della procedura, richiedere chiarimenti o informazioni supplementari rispetto a quelle già fornite

²⁵ Cfr. la decisione del 30 settembre 2020, nel caso *L.H., L.H., D.A., C.D. e A.F. c. Francia*, comunicazioni n. 79/2019 e 109/2018. Al par. 9.4 Si legge: «*le Comité note que, dans les circonstances particulières de l'espèce, les enfants communiquent de manière limitée avec les auteurs, par l'intermédiaire de leurs mères, qui ont également, en tant que représentantes légales, donné leur consentement par téléphone. Ils n'ont pas de possibilité réelle de donner leur consentement écrit, et les communications sont manifestement présentées dans leur intérêt supérieur et dans le but de protéger et de promouvoir leurs droits. En conséquence, le Comité estime que l'article 5 du Protocole facultatif ne fait pas obstacle à la recevabilité de la présente communication*». In senso analogo il Comitato decise il 4 febbraio 2021, nel caso *S.B. e altri c. Francia*, comunicazione n. 79/2019.

²⁶ L'art. 4, par. 1, del Protocollo del 2011 dispone: «Ogni Stato parte adotta tutte le misure necessarie al fine di assicurare che gli individui soggetti alla propria giurisdizione non siano sottoposti ad alcuna violazione dei diritti umani, maltrattamento o intimidazione come conseguenza di comunicazioni o della cooperazione con il Comitato ai sensi del presente Protocollo».

²⁷ L'art. 3, par. 1, del Protocollo del 2011 dispone: «Il Comitato adotta le regole di procedura da seguire nell'esercizio delle funzioni conferitegli dal presente Protocollo. Nel far ciò, esso deve tenere conto, in particolare, dell'art. 2 del presente Protocollo al fine di garantire che le procedure siano adatte ai fanciulli».

nella comunicazione, precisando che tali richieste debbano essere formulate *«sous une forme appropriée et accessible pour les adultes comme pour les enfants, dans la mesure du possible, compte tenu de l'âge et du degré de maturité des enfants concernés, même s'ils sont représentés par un(e) adulte»*. L'art. 15, par. 3, prevede, inoltre, che il Comitato possa predisporre *«un modèle approprié et accessible, adapté, dans la mesure du possible, à l'âge et au degré de maturité de l'enfant, pour faciliter la présentation de demandes d'éclaircissements ou de renseignements complémentaires à l'auteur(e) de la communication ou à la victime présumée»*²⁸.

Il procedimento si svolge normalmente in modalità cartolare. Tuttavia, può aversi una fase orale, ove il Comitato ritenga che ciò sia nell'interesse superiore del minore. L'art. 19, infatti, prevede che l'autore della comunicazione, il rappresentante dello Stato convenuto e la presunta vittima possano essere sentiti dal Comitato in sia presenza, che da remoto, in videoconferenza. Il Comitato, inoltre, può decidere di invitare un terzo a intervenire con le stesse modalità. A tal fine dovrà preventivamente "consultare" le parti, ma non necessiterà della loro autorizzazione.

Tutte queste audizioni avranno luogo a porte chiuse, salvo che le parti convengano che la seduta sia pubblica e che il Comitato consideri ciò nell'interesse superiore del minore. In ogni caso, l'altra parte è sempre informata sia della fissazione dell'audizione, sia del contenuto di questa e potrà, ove lo ritenga opportuno, formulare le sue osservazioni al riguardo.

L'audizione della presunta vittima deve avvenire *«conformément à des procédures adaptées aux besoins des enfants»* e in assenza del rappresentante dello Stato convenuto, salvo che la stessa presunta vittima lo richieda e che il Comitato ritenga che ciò sia nell'interesse superiore del minore. Anche nell'ipotesi ordinaria, in cui il rappresentante dello Stato non sia presente, il contraddittorio è comunque garantito dalla regola, sopra enunciata, in applicazione della quale il contenuto dell'audizione verrà comunicato allo Stato e questo potrà formulare osservazioni al riguardo.

Infine, occorre menzionare l'articolo 27 del Regolamento, il quale, al par. 1, dispone che le decisioni finali del Comitato (riguardanti la ricevibilità della comunicazione, la radiazione dal ruolo della comunicazione a seguito di accordo amichevole tra le parti e la constatazione sul merito della comunicazione) debbano essere redatte *«en termes faciles à comprendre et adaptés, dans la mesure du possible, à l'âge et au degré de maturité de la victime présumée»*. È chiaro che l'inciso «nella misura del possibile», presente in tutte le disposizioni citate in questo paragrafo, assume un rilievo fondamentale in rapporto alla formulazione delle decisioni del Comitato, in particolare alle constatazioni, considerato non soltanto che l'età della presunta vittima può variare considerevolmente (da un giorno a diciassette anni e trecentosessantaquattro giorni), ma ancor più che queste decisioni avranno necessariamente un certo grado di tecnicismo, che difficilmente potrà essere pienamente compreso in assenza di competenze giuridiche. È evidente, dunque, che la disposizione in oggetto impone al Comitato non tanto di rinunciare all'argomentazione giuridica necessaria a motivare adeguatamente le sue decisioni, quanto a rendere nel loro complesso comprensibili alla presunta vittima le conclusioni cui esso perviene e i passaggi fondamentali delle relative motivazioni.

5. Altri soggetti che possono partecipare al procedimento contenzioso dinanzi al Comitato

²⁸ Il par. 3 dell'art. 15, prosegue precisando che *«Pour définir ce modèle», il Comitato «prend en considération les principes énoncés aux articles 2 et 3 du Protocole facultatif, en particulier pour prévenir toute pression ou influence indue sur l'enfant. Il peut aussi y inclure une série de questions permettant de déterminer si la communication sert l'intérêt supérieur de l'enfant»*.

Il Protocollo del 2011 non contempla espressamente il coinvolgimento nel procedimento contenzioso di soggetti diversi dall'autore della comunicazione, dalla presunta vittima e dallo Stato convenuto. Tuttavia, il Regolamento del Comitato prevede che questo possa consultare "esperti indipendenti" ed esaminare o ricevere documenti provenienti da "terzi".

Il Regolamento (nella parte sulle disposizioni generali applicabili a tutte le competenze assegnate dal Protocollo al Comitato²⁹) all'art. 10 stabilisce che il Comitato possa, di propria iniziativa o su richiesta di una delle parti, consultare degli *esperti indipendenti*. Lo stesso art. 10 dispone che se la consultazione di un dato esperto è raccomandata da una parte, l'altra parte abbia la facoltà di chiedere sia che venga sostituito con altro esperto, sia, in alternativa, che venga aggiunto un ulteriore esperto da consultare. La decisione spetterà comunque al Comitato.

Il Regolamento (nella parte riguardante l'esame delle comunicazioni individuali) prevede inoltre espressamente che vi possa essere il coinvolgimento di *terzi* nel procedimento. Gli articoli 13, par. 2, e 23, par. 3, qualificano come "terzi" i soggetti e gli enti elencati nell'art. 23 par. 1. Anche il par. 1 dell'art. 19 menziona i "terzi" senza, tuttavia, fare espressamente riferimento al par. 1 dell'art. 23.

L'art. 23 par. 1 del Regolamento del Comitato dispone che *«Après réception d'une communication et avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut, à tout moment, consulter ou recevoir, selon qu'il convient, des documents pertinents émanant de tous organes, organismes, institutions spécialisées, fonds, programmes et mécanismes des Nations Unies, y compris des autres organes créés en vertu d'instruments internationaux et des titulaires de mandat au titre des procédures spéciales de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que des autres organisations internationales, y compris des systèmes régionaux des droits de l'homme, ainsi que d'organisations non gouvernementales, des institutions nationales des droits de l'homme et d'autres institutions spécialisées pertinentes chargées de promouvoir et de protéger les droits de l'enfant, et de tous les institutions, agences et bureaux nationaux pertinents pouvant contribuer à l'examen de la communication»*. Questa disposizione richiede alcune precisazioni riguardo all'individuazione dei terzi e alle fasi del procedimento nei quali questi possono essere coinvolti.

Riguardo alla prima questione, come abbiamo già rilevato, l'elencazione di soggetti e enti contenuta nel par. 1 dell'art. 23 non soltanto è estremamente estesa, ma meramente esemplificativa, non tassativa. Il Comitato, dunque, dispone di un'ampia scelta riguardo ai soggetti e gli enti cui richiedere documenti da valutare.

Questi soggetti non divengono in alcun modo parti del procedimento. In questo senso dispone esplicitamente il Regolamento del Comitato agli articoli 13, par. 2, e 23, par. 3. Il primo precisa che ogni domanda di informazioni o documenti a terzi da parte del Comitato *«ne signifie d'aucune manière que les tiers en question deviennent partie à la procédure»* e il secondo dispone che l'esame da parte del Comitato di documenti e informazioni forniti da terzi *«ne signifie en aucune manière que ces tiers deviennent des parties à la procédure»*.

Nella prassi del Comitato i soggetti e gli enti indicati negli articoli 10 e 23 del Regolamento vengono normalmente qualificati come "terzi". Così, ad esempio, nella

²⁹ Cfr. *supra* la nota n. 7.

decisione sulla ricevibilità, del 4 febbraio 2021³⁰, in una sezione delle motivazioni intitolata «intervento di terzi», vengono riportati i pareri espressi, su richiesta del Comitato, da tre esperti del *Consortium ETO*³¹ e da trentuno esperti di differenti università, sugli obblighi extraterritoriali dello Stato in materia di diritti umani³².

Per quanto riguarda la fase del procedimento in cui i terzi possono svolgere un ruolo, occorre rilevare che, malgrado l'art. 23 rechi in rubrica «Esame nel merito», il par. 1 dello stesso articolo stabilisce che il Comitato può ricevere e chiedere documenti in qualsiasi momento, dal ricevimento della comunicazione fino a quando non adotta la decisione sul merito. Poiché, ricevuta la comunicazione il Comitato deve in primo luogo verificare la ricevibilità di questa, la disposizione in esame autorizza il Comitato a richiedere e valutare la documentazione proveniente dai terzi già nella fase dell'esame della ricevibilità. Ne è prova, peraltro, la decisione sulla ricevibilità, del 4 febbraio 2021, appena citata.

Occorre rilevare, inoltre, che inizialmente il coinvolgimento del terzo era pensato esclusivamente nell'ottica della procedura cartolare. Infatti, l'art. 23, al par. 1, stabilisce che il Comitato possa «consultare o ricevere [...] dei *documenti* pertinenti»³³. Tuttavia, con una innovazione introdotta nel Regolamento del Comitato nel 2021, l'art. 19, par. 1, prevede adesso che il terzo possa partecipare anche all'eventuale fase orale. Come si è detto nel paragrafo precedente, quest'articolo stabilisce che il Comitato, dopo aver consultato le parti, possa invitare un «terzo» a fare un intervento orale. L'art. 19 non precisa chi possano essere i terzi in questione, tuttavia, un'interpretazione sistematica ci induce a leggere quest'articolo in combinato con l'art. 23, par. 1, e a ritenere, conseguentemente, che i terzi in questione siano individuabili alla stregua dell'ampia disposizione contenuta in quest'ultimo articolo.

Anche con riguardo ai terzi che cooperano con il Comitato sussiste, in base all'art. 4 del Protocollo del 2011, l'obbligo degli Stati parti di garantire che non subiscano alcuna «violazione dei diritti umani, maltrattamento o intimidazione»³⁴.

6. Una considerazione conclusiva sugli obiettivi del procedimento contenzioso dinanzi al Comitato

Dal rapido esame condotto nei paragrafi precedenti emerge chiaramente che le caratteristiche del soggetto da tutelare, il fanciullo, si riflettono in vario modo sul procedimento in oggetto. Come si è visto, infatti, da una parte, la procedura è strutturata in modo da renderla, nella misura del possibile, adatta al fanciullo, dall'altra, un importante rilievo è riconosciuto alla sua volontà, anche quando egli non sia l'autore della comunicazione.

³⁰ Si trattava della ricevibilità di comunicazioni contro la Francia, presentate dai nonni di minori, figli di cittadini francesi che avevano collaborato con lo «Stato islamico», che si trovavano detenuti in campi di raccolta nel Rojava, sotto il controllo delle forze Kurde.

³¹ Il *Consortium ETO* è un global network di organizzazioni della società civile (CSOs) e accademici, che si occupano degli obblighi extraterritoriali degli Stati (ETO) in materia di diritti umani. Per ulteriori informazioni si veda <http://www.etoconsortium.org>.

³² Cfr. la decisione del 4 febbraio 2021, caso *F.B. e altri c. Francia*, comunicazione n. 77/2019, parr. 6.1-6.8. In senso analogo si veda una precedente decisione, del 30 settembre 2020, sul caso *L.H., L.H., D.A., C.D. e A.F. c. Francia*, comunicazioni n. 79/2019 e 109/2019, parr. 8.1-8.8.

³³ Corsivo aggiunto.

³⁴ Cfr. il testo dell'art. 4, par. 1, del Protocollo del 2011, *supra*, alla nota n. 26.

Tuttavia, il valore supremo (la “pietra d’angolo”, potremmo dire) di tutto il procedimento è costituito dall’«interesse superiore del fanciullo», sancito dall’art. 3 della Convenzione. Come chiarito dal Comitato, tale interesse rappresenta al tempo stesso «un diritto sostanziale, un principio interpretativo e una regola procedurale»³⁵.

Nell’ambito del procedimento il Comitato costituisce il garante supremo sia della volontà del fanciullo, sia del suo interesse superiore. Non sempre, però, questi due elementi coincidono. Invero, il Comitato ha talvolta evidenziato che «*dans certains cas, il peut y avoir un conflit entre l’opinion de l’enfant et son intérêt supérieur*»³⁶. Ove tale circostanza si presenti, sarà il Comitato ad assicurare la prevalenza dell’interesse superiore del fanciullo sulla stessa volontà di questo, al fine di tutelarne i diritti soggettivi. La tutela di tali diritti rappresenta, infatti, l’obiettivo primario di tutto il procedimento.

Occorre rilevare, tuttavia, che non è esente dal procedimento in esame l’ulteriore obiettivo di evitare il ripetersi di violazioni analoghe a quelle accertate nella constatazione del Comitato. Ciò allo scopo di tutelare quei fanciulli, estranei al procedimento, che, sotto la giurisdizione dello Stato convenuto, si trovino, o si possano trovare, in una situazione identica a quella della vittima della violazione accertata nella constatazione. In quest’ottica, il procedimento in oggetto, pur avendo come obiettivo primario la tutela dei diritti soggettivi della presunta vittima, finisce col tutelare anche, se così si può dire, l’interesse generale al rispetto del diritto convenzionale nella sua dimensione oggettiva. Si tratta, invero, di una dinamica rilevabile nella giurisprudenza di altri organi internazionali di controllo sul rispetto dei diritti umani, tra i quali la Corte EDU³⁷.

La circostanza che tra gli obiettivi del procedimento contenzioso in esame vi sia anche quello ora segnalato è testimoniata dalla prassi del Comitato, il quale, nei casi in cui accerta una violazione della Convenzione o di uno dei Protocolli del 2000, normalmente, nella parte dispositiva della constatazione, oltre a provvedimenti riparatori a favore della vittima, raccomanda allo Stato responsabile l’adozione di provvedimenti a portata generale, finalizzati a evitare il ripetersi di violazioni analoghe. In alcuni casi il Comitato si è limitato a sollecitare lo Stato responsabile della violazione accertata nella constatazione ad adottare misure a

³⁵ Si veda in tal senso il *General comment* n. 14, del 2013, par. 6, nonché, *ex plurimis*, le constatazioni del 28 settembre 2020, relative al caso *V.A. c. Svizzera*, comunicazione n. 56/2018, par. 6.5.

³⁶ In questo senso si veda, ad esempio, la decisione del 31 maggio 2021, nel caso *V.W. c. Germania*, comunicazione n.75/2019, par. 9.3.

³⁷ Parte della dottrina ha sostenuto che ormai la Corte svolga un ruolo “costituzionale” o “quasi costituzionale” e che quindi essa non sia più esclusivamente il giudice del caso di specie, ma anche giudice del problema giuridico generale. Su queste questioni, *ex plurimis*, si vedano: L. WILDHABER, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 161 ss.; S.C. GREER, *Protocol 14 and the Future of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2005, p. 92 ss.; IDEM, *What’s Wrong with the European Convention on Human Rights?*, in *Human Rights Quarterly*, 2008, p. 680 ss.; J.L. JACKSON, *Broniewski v. Poland, A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human rights as a Supranational Constitutional Court*, in *Connecticut Law Review*, 2006, p. 759 ss.; P. MAHONEY, *Speculating on the Future of the Reformed European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1999, p. 1 ss.; P. PIRRONE, Articolo 46, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 744-765; IDEM, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, n. 1, pp. 75-117, spec. pp. 111-117; G. RAIMONDI, *L’impatto della Convenzione europea dei diritti umani negli ordinamenti interni*, in *Diritti dell’uomo: cronache e battaglie*, n. 2, 2024, pp. 295-296. La questione è ovviamente correlata all’esistenza di problemi strutturali, sistemici, di violazione della CEDU. Su quest’ultimo tema, *ex plurimis*, si vedano: A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Bari, 2018 e A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018.

portata generale, senza ulteriori specificazioni³⁸. In altri casi, invece, esso ha espressamente indicato allo Stato responsabile l'adozione di specifiche misure a portata generale³⁹. Così, ad esempio, già in una constatazione del 1° febbraio 2019, il Comitato sollecitò la Spagna a modificare la legge n. 4 del 2015, in materia di immigrazione, nella parte in cui stabiliva un regime speciale che consentiva l'espulsione automatica alla frontiera a Ceuta e Melilla⁴⁰.

Questa prassi trova il suo fondamento normativo nell'art. 27, par. 4, del Regolamento, il quale espressamente dispone che il Comitato, nelle sue constatazioni, oltre a provvedimenti a favore della vittima della violazione, «*peut également recommander à l'État partie d'adopter des mesures générales législatives, institutionnelles ou autres pour éviter que de telles violations ne se reproduisent*».

ABSTRACT: *The Position of the Minor in Proceedings before the Committee on the Rights of the Child*

The 2011 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child establishes a procedure to submit “individual communications” to the Committee on the Rights of the Child. This paper deals with the different subjects who take part to this contentious procedure: the Author of the communication, the alleged victim, the State party concerned and third parties. Furthermore, the paper highlights some elements that characterize the procedure under consideration and the goals it is aimed to.

³⁸ Si vedano, ad esempio, le seguenti constatazioni: 25 gennaio 2018, *I.A.M. c. Danimarca*, comunicazione n. 3/2016, par. 12; 27 settembre 2018, *Y.B. – N.S. c. Belgio*, comunicazione n. 12/2017, par. 9; 28 settembre 2020, *W.M.C. c. Danimarca*, comunicazione n. 31/2017, par. 10.

³⁹ Si vedano, ad esempio, le seguenti constatazioni: 27 settembre 2018, *N.B.F. c. Spagna*, comunicazione n. 11/2017, par. 13; 31 maggio 2019, *J.A.B. c. Spagna*, comunicazione n. 22/2017, par. 14; 31 maggio 2019, *A.L. c. Spagna*, comunicazione n. 16/2017, par. 13; 18 settembre 2019, *R.K. c. Spagna*, comunicazione n. 27/2017, par. 10; 18 settembre 2019, *M.T. c. Spagna*, comunicazione n. 17/2017, par. 14; 3 febbraio 2020, *N.R. c. Paraguay*, comunicazione n. 30/2017, par. 9; 4 febbraio 2020, *A.D. c. Spagna*, comunicazione n. 21/2017, par. 11; 7 febbraio 2020, *A.B. c. Spagna*, comunicazione n. 24/2017, par. 11; 28 settembre 2020, *V.A. c. Svizzera*, comunicazione n. 56/2018, par. 9; 28 settembre 2020, *S.M.A. c. Spagna*, comunicazione n. 40/2018, par. 8; 28 settembre 2020, *M.B. c. Spagna*, comunicazione n. 28/2017, par. 10; 28 settembre 2020, *M.B.S. c. Spagna*, comunicazione n. 26/2017, par. 10; 26 gennaio 2024, *G.G.P. c. Paraguay*, comunicazione n. 119/2020, par. 14.2; 21 maggio 2024, *U.A. c. Francia*, comunicazione n. 132/2020, par. 9; 24 maggio 2024, *M.L., L.Ko., V.K. e altri c. Georgia*, comunicazione n. 144/2021, par. 13; 13 settembre 2024, *M.E.V., S.E.V. e B.I.V. c. Finlandia*, comunicazione n. 72/2022, par. 10.

⁴⁰ Cfr. la constatazione del 1 febbraio 2019, nel caso *D.D. c. Spagna*, comunicazione n. 4/2016, par. 15.

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ*

LA AFECTACIÓN DE TERCEROS POR MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El carácter evolutivo de la protección jurídica del tercero frente a injerencias sobre su derecho a la vida privada y correspondencia en la jurisprudencia del TEDH. – 3. El tercero afectado por medida tecnológica de investigación en la jurisprudencia del TJUE. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

Cuando hablamos de afectación de terceras personas por medidas tecnológicas de investigación criminal, realmente nos estamos enfrentando a dos realidades claramente diferenciables: Por una parte, la injerencia que afecta a quien es ajeno completamente a la investigación, pero que se ve afectado, a modo de daño colateral - *collateral damage* -, en su privacidad como consecuencia de una investigación dirigida contra quien es sospechoso de haber cometido un delito; por otra, aquellas situaciones en las que es a través del tercero como se diseña la estrategia de investigación. En estos últimos supuestos, ante la dificultad de incidir directamente contra el sospechoso, bien se abre el espectro del objeto de la investigación para asegurar que los datos sobre éste son captados (se obtienen datos del escenario del delito de forma indiscriminada, para aislar los que posteriormente interesan - *geofencing*¹), bien se interviene terminal de comunicaciones de un tercero que se supone contactará con la persona investigada (cliente consumidor directo de cocaína que compra sus dosis a través de conversación telefónica o mensajería instantánea con su proveedor).

Lo cierto es que el tercero, que no habrá cometido más infracción en su vida que saltarse un semáforo en tonalidad marcadamente roja, se ve expuesto cada vez más a técnicas de prospección invasiva capaces de afectar a decenas de miles de personas como él de forma más o menos dirigida o indiscriminada. La evolución de las tecnologías de la comunicación, lejos de permitir realizar investigaciones selectivas sometidas a un elemental principio de minimización de los datos, favorece la fácil tendencia de los servicios de inteligencia extranjera, de seguridad pública o investigadores criminales a utilizar esas potencialidades sin tener en cuenta el enorme sacrificio que se impone a los ciudadanos bajo su escrutinio.

Centrándonos en la investigación criminal, nos enfrentamos con problemas jurídicos que siguen sin encontrar una adecuada solución. Así sucede con la siempre previsible expansión del círculo de personas que pudieran identificarse, en el curso de la práctica de la medida de injerencia, como partícipes de la misma infracción criminal o directamente

* Juez titular del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Córdoba.

¹ Véase sobre el particular el trabajo de J. C. ORTIZ PRADILLO, *Geofencing»: vestigios digitales y defensa de los derechos fundamentales ante una nueva diligencia tecnológica de investigación*, en L. BACHMAIER (ed.) *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos*, Cizur Menor (Navarra), 2024.

desarrollada con ella (relación entre importadores de armas ilícitas y quienes las adquieren para venderlas a su vez a terceros); lo que en la jurisprudencia española ha venido a definirse, de forma tan expresiva, como principio de recogida o pesca en arrastre -*trawling, pesca al traino*-². Igualmente, la situación de aquellos supuestos en que lo que se descubre es un nuevo delito -hallazgo casual-; especialmente cuando no puede establecerse un vínculo de conexión, o al menos accesoriedad, con el delito inicialmente investigado.

Determinar si, en unos u otros supuestos, esta explotación de la información obtenida más allá de los márgenes marcados por el objeto de la investigación puede considerarse legítima en cuanto respecta a la posible afectación de derechos fundamentales supone un reto difícil de superar. En cualquier caso, la legitimidad de cualquier medida de tal naturaleza pasa por un ponderado respeto de los principios de proporcionalidad y necesidad, tal y como son entendidos en los art. 8.2 del Convenio de Roma -CEDH/ECHR-³ y 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-. Ambos principios se convertirán en la clave de bóveda para comprender la tortuosa, a veces errática, evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH-, primero, y, seguidamente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE-.

Sin embargo, tan complejo puede ser el reto que supone sortear los juicios de proporcionalidad y necesidad de este tipo de medidas invasivas de derechos fundamentales del entorno de la privacidad, como ser conscientes de las consecuencias que se derivan de la afectación a inabarcables números de personas afectadas por el uso de herramientas de injerencia; muchas de ellas de muy difícil o imposible identificación. Si ya sería casi imposible identificar a todas las personas que resultan inevitablemente grabadas a la entrada de los baños de una discoteca, donde se ha instalado una cámara oculta para descubrir a unos supuestos traficantes que venden pastillas de MDMA aprovechando la discreción del lugar, podemos imaginarnos lo que podría suponer monitorizar y filtrar todo el flujo de comunicaciones procedentes del extranjero durante un año.

Esta dificultad o imposibilidad de identificación de todas las terceras personas afectadas alcanzará de lleno al que con el tiempo se ha convertido en el pilar esencial para la salvaguardia de los derechos de terceros afectados directa o indirectamente por medidas de vigilancia electrónica: el derecho de información; como única forma a partir de la que éstos podrán articular los medios de reacción que el ordenamiento jurídico les brinda para defender su privacidad.

El principal obstáculo al que nos enfrenta el reconocimiento de este derecho de información es el de que su riguroso respeto podría poner en riesgo el carácter discreto de determinadas investigaciones que pueden trascender en el tiempo a la propia injerencia afectante al tercero. Una comunicación prematura podría desvelar la existencia de una importante línea de investigación aún discreta. Pero a ello se añade un reto a veces insuperable: La enorme dificultad que podría suponer tener que asumir la carga de identificar y localizar a todos los terceros afectados por la medida para que, mediante la comunicación del hecho de la intromisión en su privacidad, éstos pudieran ejercer su derecho de información y actuar en consonancia al mismo.

Incluso podríamos detectar circunstancias en las que el estricto cumplimiento de los deberes de comunicación inherentes al derecho de información de cualquier ciudadano cuyos

² Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -STS- 419/2013, de 14 de mayo (ROJ: STS 2450/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2450).

³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

datos han sido objeto de tratamiento (que lo sería la sola captación y conservación del dato -art. 3.2) de la Directiva (UE) 2016/680⁴), podría convertirse en toda una arma arrojadiza contra éstos; susceptible de generar aún más daños colaterales que los causados por la indiscreta captación de datos personales propios. Imaginémonos la interceptación de un teléfono asociado a prostíbulo, que permite identificar una extensa lista de teléfonos de aparentes clientes a quienes se intervinieron comunicaciones o pagos vía telefónica con sus interlocutoras. Terminada la investigación declarada inicialmente secreta, el juez, fiscal instructor o policía ha de cumplir con el deber de información a terceros afectados⁵; lo que podría dar lugar a que tales desconocidos hábitos sexuales del interlocutor trascendieran a su familia, poniendo en riesgo su estabilidad familiar. Pero no vayamos a pensar que, en todo caso, ese señor se lo tendría ganado a pulso; pues la identificación del titular del número de abonado telefónico no garantiza que el interlocutor haya de ser precisamente éste y no otra persona que pudiera hacer uso del mismo.

De nada servirá, como veremos, la garantía del derecho de información, si no reconocemos a los terceros afectados por tales medidas de investigación vías reaccionales efectivas; herramientas reaccionales o vías de recurso que no solo garanticen la declaración de una eventual afectación de sus derechos a la privacidad o protección de datos, sino, también, que pongan a su alcance cierto grado de capacidad de expulsión de la información obtenida del procedimiento o investigación en la que se obtuvo.

Estamos adentrándonos en el reconocimiento de la posición jurídica de este tercero no sometido a una investigación criminal prácticamente desde una perspectiva conclusiva. Pero, para alcanzar dicho estatus jurídico tal reconocimiento ha necesitado sortear a una difícil singladura; que tendría su indiscutible origen en la jurisprudencia del TEDH. Aunque también hemos de reconocer que igualmente ha adquirido en los últimos 10 años una enorme fuerza en la jurisprudencia del TJUE, paralelamente a los avances en el derecho sustantivo y procesal de la Unión.

2. El carácter evolutivo de la protección jurídica del tercero frente a injerencias sobre su derecho a la vida privada y correspondencia en la jurisprudencia del TEDH

Resulta dificultoso encontrar la primera ocasión en la que el TEDH hubo de enfrentarse a una pretensión de tercero, entendido en este caso como persona sometida, aunque fuera de forma ocasional, a una injerencia en el derecho al respeto de su correspondencia en un procedimiento de investigación criminal en el que no era parte. La cita de la célebre STEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass y otros v. Alemania*; asunto

⁴ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

⁵ En el caso de la legislación española, la obligación de comunicación a terceros del hecho de haber sufrido una interceptación de sus comunicaciones viene recogida en el art. 588 ter i.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -LECRIM-. Norma que expande su influencia a los restantes supuestos de medidas de investigación tecnológica. Posteriormente este derecho se vería superado por el mandato del art. 21 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, en relación con el derecho de información.

5229/71) podría solventar en parte este reto; pero sus razonamientos, aunque perfectamente exportables a la situación de terceros, atendían más bien a personas directamente involucradas en vigilancias discretas dirigidas contra ellas.

Al menos en mi opinión, la primera ocasión en la que el Tribunal de Estrasburgo se enfrenta cara a cara con esa figura del tercero sometido a una injerencia dirigida a otras personas sí objeto de investigación sería con la también célebre STJUE de 24 de agosto de 1998 (caso *Lambert v. Francia*; asunto 23618/94).

En este caso, un ciudadano francés es relacionado con un delito de receptación - *rizettazione, receiving*- como consecuencia de la investigación, mediante interceptación de comunicaciones telefónicas, de un grupo de personas sospechosas de robos y tenencia ilícita de armas. Como consecuencia de este hallazgo causal se inicia investigación criminal contra él. En este nuevo procedimiento su defensa intenta en vano cuestionar la legitimidad y forma en que se llevó a cabo la interceptación en el procedimiento de origen; lo cual es denegado por la autoridad instructora, aduciendo su falta de legitimación para tal cuestionamiento, al no ser la línea intervenida de su titularidad. El TEDH termina dando la razón al reclamante; toda vez que consideró que tal limitación en el ejercicio de la defensa de quien participaba en este caso de la condición de tercero suponía privar de la protección legal a un gran número de personas, resultando que en la práctica el mecanismo protector quedaba desprovisto de sustancia. Pero la sentencia da un paso más, llegando a considerar que el propio reconocimiento y posibilidad de articulación de mecanismos reaccionales eficaces pasarán a ser en sí mismos contenido del derecho al respeto de la correspondencia privada del art. 8.1 del CEDH, independientemente de su derecho a la tutela judicial efectiva.

La sentencia del caso *Lambert v. Francia* no terminaba de salirse de un círculo en el que orbitaban intereses de quienes no dejaban de ser sospechosos de la comisión de infracciones criminales; y que, como tales, habrían de ver reconocido un reforzado derecho a cuestionar el origen de evidencias o fuentes de conocimiento utilizadas en su contra en procedimientos en los que, simplemente, no eran partes. Sin embargo, la primera gran evolución surgirá apenas dos años después con la STEDH, Gran Sala, de 16 de febrero de 2000 (caso *AMANN v. Suiza*, asunto 27798/1995).

En el curso de una investigación de contraespionaje dirigida contra Embajada de la Unión Soviética, se interceptan de forma ocasional, fortuita, varias conversaciones de esposas de miembros del personal diplomático, relacionadas con la aparente venta de cosméticos. Los servicios secretos suizos interpretan que se trataba de un lenguaje críptico que relacionaba al Sr. Amann, peluquero de profesión, con el espionaje en favor de la URSS. Ello lleva a que el Sr. amann sea sometido a una estrecha vigilancia que termina con el registro de su domicilio; en el que se constata el error cometido. Este solicita la cancelación de los datos personales obtenidos en la indagación dirigida contra su persona; lo cual resulta denegado por razones de interés nacional. EL TEDH vuelve a dar la razón al reclamante, al constatar que la legislación helveta no regulaba de forma detallada el caso de los interlocutores escuchados fortuitamente en calidad de partícipes necesarios de una conversación registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones⁶; así como que la legislación nacional

⁶ El texto literal en inglés habla de “*fortuitously*”, es decir *fortuitamente*, mientras que el texto en francés coincide más con la traducción que ha empleado el Tribunal Constitucional español -TC- en la STC, Pleno, 184/2023, de 23 de octubre, “*par hasard*”, de la sentencia del caso *Amman v. Suiza*. La diferencia ente lo fortuito y lo azaroso, desgraciadamente, adquiere un cariz trascendental que va más allá de la simple opinión del traductor. La voz *fortuitamente* evoca a lo inopinado, a la casualidad, en un contexto de normalidad en la ejecución del acto de injerencia. La voz *por azar*, que tiene su traducción literal al inglés (*by hazard, by chance*), nos evocaría una

ofrecía una insuficiente salvaguardia de los derechos reaccionales de la persona sometida a una interceptación fortuita de sus comunicaciones telefónicas.

Esta sentencia llegó a generar un auténtico terremoto jurídico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español -TC-; como consecuencia de la interpretación que se hiciera de la misma en la STC, Pleno, 184/2003, de 23 de octubre. El impacto de la STEDH del caso *Amann v. Suiza* provocó que el Tribunal Constitucional español se llegara a plantear seriamente si en verdad una interceptación de comunicaciones de una persona objeto de investigación criminal debía afectar a terceras personas que con ellos comunicaran. Algo así como que, conforme la redacción del entonces vigente art. 579 de la LECRIM⁷ solo aquello en lo que contribuyera el investigado en un intercambio de contenidos o datos con un tercero no investigado podría ser objeto de lícita injerencia. Tal posición, que sería implícitamente abandonada en posteriores resoluciones del TC, ni siquiera fue capaz de apreciar cómo el tenor literal de los apartados 2 y 3 de dicha norma procesal sí respondían a un concepto de *comunicaciones* que, por su propia naturaleza, suponía una relación de bilateralidad entre dos comunicantes⁸. Lo que preocupaba realmente al TEDH no era que un tercero pudiera verse afectado en su derecho a su correspondencia privada, sino que la legislación suiza no albergara adecuadas vías de recurso en favor de dicho tercero que se había visto afectado, fortuitamente, en sus conversaciones; además de sobre el destino legal de estas conversaciones captadas a terceras personas de forma fortuita.

Paralelamente, una línea jurisprudencial del TEDH, liderada por la STEDH, Secc. 4ª, de 1 de junio de 2004 (caso *NARINEN v. Finlandia*; asunto 45027/98)⁹, mostró un especial

concreta forma de investigación que es contundentemente proscrita por la Jurisprudencia del TEDH; y que tiene su correlación con una de las acepciones reconocidas por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *sin rumbo ni orden*: La llamada *investigación prospectiva*, la búsqueda indiscriminada de delitos y sus autores sin norte ni referente o la investigación a la persona sin determinación del hecho objeto de investigación. No es lo mismo la captación casual de una comunicación, incluso privada, en el curso de una lícita interceptación, que la captación de comunicaciones privadas durante una labor de investigación prospectiva. Considero que la traducción más correcta de la expresión analizada, teniendo en cuenta que el propio Tribunal asume que la investigación iba dirigida contra persona determinada perteneciente al personal de la Embajada de la extinta Unión Soviética («...in a telephone conversation recorded in the course of surveillance measures taken against a particular member of staff of the former Soviet embassy in Berne») no puede ser otra que la de por casualidad, fortuitamente.

⁷ La sentencia se dictó en un momento en el que la STEDH de 18 de febrero de 2003, Secc. 4ª, (caso *Prado Bugallo v. España*, asunto 58496/00) llegó a cuestionar seriamente la adaptación de la escueta normativa española sobre interceptación de comunicaciones con el mandato del art. 8.2 del CEDH. Efectivamente, en la sentencia que da respuesta al caso Prado Bugallo se advierte que las deficiencias detectadas en el tenor literal del art. 579 de la LECRIM trascendían a: «...los puntos de la naturaleza de los delitos que puedan dar lugar a la escucha, la fijación de un límite a la duración de la medida y las condiciones de establecimiento de los procesos verbales de consignación de las conversaciones interceptadas, tarea que se deja a la responsabilidad exclusiva del secretario judicial. Estas deficiencias se refieren igualmente a las precauciones a tomar para plasmar las grabaciones realizadas de forma completa e intacta, a los fines de un eventual control del Juez y por la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición al respecto». Tal severa sanción lograría levantarse posteriormente, ponderándose positivamente la función complementadora del Tribunales Constitucional y Supremo españoles, con la Resolución de inadmisibilidad del TEDH de 25 de septiembre de 2006, (caso *ABDULKADIR GOBAN v. España*, asunto 1760/02).

⁸ Para el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, una de las acepciones de la voz *comunicación* es la de *trato o correspondencia entre dos o más personas*.

⁹ Serían precedentes inmediatos de esta sentencia las SSTEDH, Secc. 5ª, de 17 de julio de 2003 (caso *BOTTARO v. Italia*, asunto 56298/00), y, Secc. 3ª, de 11 de diciembre de 2003 (caso *BASSANI v. Italia*, asunto 47778/99). Sin embargo, ambas sentencias enfocaron su posición crítica, no tanto en la existencia de la propia institución de la intervención de la correspondencia del concursado, como en el no establecimiento en la

interés en la salvaguardia de la correspondencia privada de empresarios que, como consecuencia de su sometimiento a procedimiento concursal, veían intervenida su correspondencia comercial de forma indiscriminada y por interminables períodos de tiempo; y que, como consecuencia de ello, veían afectada su correspondencia privada. La respuesta del Alto Tribunal europeo se encaminó a garantizar que la norma nacional habilitante previera con el suficiente detalle las circunstancias en las que la correspondencia del concursado podía ser reenviada o abierta; así como la definición de las categorías de correspondencia que pudieran ser sometidas a fiscalización. El que la norma nacional no asumiera este cometido, considera en TEDH, privaría al sujeto afectado, en este caso auténtico tercero, en cuanto a las posibles extralimitaciones en el examen de su correspondencia, «...de un mínimo grado de protección a partir del cual se entendiera sometido bajo las reglas de la ley en una sociedad democrática».

De ambos precedentes jurisprudenciales podemos deducir cómo la jurisprudencia del TEDH se mostraba desde estas primeras resoluciones exigente de que las legislaciones internas de los Estados miembros del Consejo de Europa hubieran de establecer un adecuado marco normativo que diera una ponderada respuesta a la situación jurídica de estos terceros que se veían afectados en su derecho a su correspondencia privada. Y que esta exigencia de los principios de la *lex certa et praevia*, derivados de la doctrina conocida como de la calidad de la norma habilitante, habría de suponer, en concreto, que la norma nacional estableciera medidas de reacción efectivas que permitieran al tercero gozar de una protección eficaz de su derecho a la privacidad.

Hasta ahora hemos analizado lo que podría definirse como la dimensión positiva de la posición del tercero frente a una injerencia sobre sus comunicaciones. Pero el mismo Tribunal se mostrará comprensivo de que pueda resultar justificada la previsión legal de que no se ponga en conocimiento su existencia de las personas, en concreto terceros, afectadas por una medida de injerencia cuando, conforme a la norma nacional, se adujera un interés público en mantener el carácter discreto de una investigación que continúa o que puede dar lugar a nuevas líneas de investigación, futuras investigaciones, o incluso poner en peligro la seguridad de los agentes que intervinieron en ella (STEDH del caso *KLASS vs Alemania* o Resolución sobre admisibilidad del caso *Weber y Saravia v. Alemania* de 29 de junio de 2006 (asunto 59934/00)).

Para encontrar una línea de salvaguardia más integral, más allá de planteamientos comunes a las personas sí sometidas como sospechosas a medidas de injerencia, habríamos de irnos a la más reciente STEDH, Secc. 4ª, de 11 de enero de 2022 (caso *Ekimdzhiyev y otros v. Bulgaria*; asunto 70078/12). Aunque hemos dejado deliberadamente atrás otros ejemplos igualmente meritorios, esta resolución mostrará un alto grado de sintonía con la línea jurisprudencial del TJUE que iba abriéndose ya camino por aquel entonces.

El mérito de la STEDH del caso *Ekimdzhiyev y otros v. Bulgaria* radica en que centra en tres pilares las exigencias del Tribunal en orden a garantizar la posición jurídica de los terceros que se han visto sometidos a un acto de injerencia sobre concretos ámbitos de su privacidad. Se exigirá, primero, que se regulen adecuadamente los supuestos y forma en que ha de tener lugar la comunicación al tercero afectado por la medida su existencia; en segundo lugar, que las herramientas reaccionales que se ofrezcan al tercero sean efectivas, y, en tercer lugar, que estas vías reaccionales permitan ir más allá de una declaración formal de nulidad, una

legislación italiana entonces vigente de reglas que pusieran coto a la prolongación en el tiempo de la vigencia de la medida.

declaración de responsabilidad civil o de eventual sanción administrativa o penal a la autoridad que ordenó la injerencia.

Estos tres pilares se verán acompañados de otras exigencias, igual de valiosas, que habrán de encontrarse en otras resoluciones que la precederán. Es de destacar, en este sentido, la interesantísima aportación de la STEDH, Secc. 3ª, de 3 de febrero de 2015 (caso *Pruteanu v. Rumanía*; asunto 30181/05); en la que se abren las puertas a que un tercero pueda acudir al propio procedimiento donde se acordara la injerencia para hacer valer ahí sus derechos reaccionales. Esta posibilidad de reacción en origen habría de abarcar, al menos en opinión de la sentencia, a los supuestos en los que se hubiera vulnerado el secreto profesional de un abogado en ejercicio como consecuencia de la interceptación ocasional de una conversación con cliente; pero que, al menos en mi modesta opinión, debería alcanzar igualmente a aquellos supuestos en que la interceptación ocasional hubiera incidido gravemente en aspectos íntimos de la vida privada de terceras personas. Precisamente, la STEDH, Secc. 4ª, de 4 de abril de 2017 (caso *Matanović v. Croacia*; asunto 2742/12) se mostró exigente de que el objeto de la interceptación o incautación no trascendiera más allá de lo indispensable para facilitar a las restantes personas involucradas en la investigación un adecuado ejercicio de su derecho de defensa.

Más recientemente, la STEDH, Secc. 1ª, de 26 de octubre de 2023 (caso *Plechlo v. Eslovaquia*; asunto 18593/19), conferirá un trato similar del dispensado por la STEDH del caso *Amman v. Suiza* al tercero que, sin llegar a mantener una conversación que es ocasionalmente interceptada -a person affected randomly-, se encontraba dentro de un estatus de razonable probabilidad de poderse ver afectado por la medida¹⁰. No es que el TEDH llegue a negar la posibilidad de grabar y utilizar procesalmente la interlocución de ese tercero partícipe necesario en la conversación mantenida con el sí investigado; sino que, nuevamente, se destaca cómo la legislación eslovaca carecía de una respuesta jurídica frente a las razonables pretensiones del tercero afectado de mostrar su oposición al hecho de haber sido intervenido en una conversación ajena a la finalidad de la investigación. La situación que ofreciera la legislación eslovaca no sería ya de insuficiencia, sino de absoluta inexistencia de cualquier forma de cuestionar la orden de interceptación o cualquier aspecto de su implementación -§ 46-.

3. El tercero afectado por medida tecnológica de investigación en la jurisprudencia del TJUE

La primera ocasión en que de manera directa se enfrentará el TJUE al desarrollo de técnicas de investigación basadas en la injerencia, bien ocasional, bien forzada, de datos personales de personas no sometidas a una concreta investigación supondría una auténtica proclama a unos beligerantes planteamientos que alcanzarían su máximo rigor precisamente

¹⁰ La investigación, dirigida a destapar una trama de corrupción en el seno de un organismo oficial destinado a promover la privatización de organismos públicos, iba dirigida tan solo contra determinados miembros de su comité ejecutivo. El reclamante era un alto cargo de dicho organismo oficial que estaba libre de sospecha en cuanto a la involucración en la comisión de los hechos investigados. Sin embargo, las conversaciones que se le interceptan los son con motivo de su relación con uno de los sí investigados, en el contexto del desempeño de su labor como tales cargos. Esta insuficiencia de la legislación eslovaca para dar una respuesta jurídica a pretensiones de terceros no sometidos a medida de investigación tecnológica, en este caso micrófonos ambientales ocultos en un apartamento, encontraría un precedente en la STEDH, Secc. 1ª, de 20 de julio de 2021 (caso *Zoltán v. Eslovaquia*; asunto: 58361/12).

en dicha resolución: La STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014 (caso DIGITAL RIGHTS IRELAND y SEITINGLER y otros; asuntos C-293/12 y C-594/12 - ECLI:EU:C:2014:238-); matizada en cuanto a su verdadero sentido por la que le siguiera en el tiempo, a la que seguidamente haremos referencia. El origen de esta doctrina, así como la preocupación que muestra por salvaguardar los derechos de centenares de miles de personas frente a injerencias masivas sobre sus datos personales representaría, curiosamente a su vez, el punto de origen de una ordenada retirada de sus planteamientos y conclusiones.

La sentencia supondría algo hasta entonces impensable en precedentes del Tribunal de Luxemburgo: La íntegra declaración de invalidez de toda una disposición comunitaria de carácter general: la Directiva 2006/24/CE¹¹. La sentencia consideró, de hecho, que el almacenamiento generalizado e indiscriminado de datos de comunicaciones electrónicas de todos los usuarios de redes, generados por el solo hecho de serlo, suponía un grave atentado a los principios de proporcionalidad en sentido amplio y necesidad que debían presidir cualquier restricción de derechos fundamentales, conforme al mandato del art. 52.1 de la CDFUE. La sentencia, aunque advertía del grave riesgo de condicionar el normal uso de las redes de comunicaciones por parte de los usuarios, al ser conscientes de que sus datos iban a ser objeto de conservación por períodos de tiempo no precisamente insignificantes, prefirió, de momento, no pronunciarse sobre si ello pudiera afectar a la libertad de información garantida por el art. 11 de la CDFUE¹².

No obstante, la sentencia permitía una interpretación no tan catastrofista, en el sentido de poder afirmar que una norma nacional que cumpliera sus exigencias (gravedad del delito; limitación temporal de la conservación en función de la relevancia de los datos almacenados; determinación de las correspondientes normas sustantivas y procesales de su regulación y autoridades facultadas para su acceso; adecuadas medidas de salvaguardia frente al riesgo de acceso no autorizado o destrucción y control externo por autoridad independiente), podría ser compatible con tales principios. Pero la siguiente sentencia, la STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016 (caso *Tele2 Sverige Ab, Watson y otros*; asuntos C-203/15 y C-698/15 - ECLI:EU:C:2016:970-) mostró cómo el sentido del precedente no iba precisamente por esos derroteros.

Efectivamente, la sentencia del caso *Tele2 Sverige Ab, Watson y otros* consolida esa férrea defensa del derecho de terceras personas a no verse sometidas a medidas de vigilancia masiva e indiscriminada en cuanto respectaba a datos de tráfico y localización relacionados con sus comunicaciones electrónicas. El tercero, aquella persona no sometida a una concreta investigación criminal o de vigilancia derivada de necesidades de seguridad nacional o seguridad pública, se convertía de este modo en un sujeto digno de la más exquisita protección frente a las apetencias de los poderes públicos de convertir sus datos personales

¹¹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

¹² En términos de jurisprudencia constitucional española, podría hablarse más bien de la *libertad de comunicaciones*, más que de libertad de información -STC 170/2013, de 7 de octubre-; como concepto que abarcaría el derecho a establecer lazos y contactos sociales con el entorno social, cultural y familiar de todo ciudadano, y que entroncaría con una de las dimensiones del derecho a la vida privada y familiar definidas por la jurisprudencia del TEDH. En este sentido podría citarse como ejemplo a la STEDH, Secc. 4ª, de 12 de enero de 2010 (caso *Khan A.W. v. Reino Unido*; asunto 47406/06); la cual recalca precisamente esta dimensión de la vida íntima y familiar basada en la no imposición de limitaciones injustificadas o desproporcionadas frente al derecho ínsito en todo ser humano a establecer relaciones tanto con otras personas como con los integrantes de su más íntimo reducto familiar.

en indiscriminada fuente de información. Y a la afectación de los principios de proporcionalidad y necesidad sí se añadirá, al mismo nivel que éstos, e incluso desde una superior posición, esa libertad de información que no fuera objeto de análisis en su precedente por simples razones metodológicas¹³. La garantía de la libertad de información se convertirá en eje fundamental de ulteriores pronunciamientos del TJUE; incluso de aquéllos que fueran degradando la intensidad de la oposición frontal del Tribunal al empleo de medidas tecnológicas invasivas de derechos fundamentales, especialmente en cuanto a terceros afectados por éstas.

La sentencia se preocupará igualmente por dar sentido a esas posibilidades de apertura que se anticipaban en su precedente; dando a entender no que los regímenes de conservación preventiva indiscriminada de datos pudieran superar los juicios de proporcionalidad y necesidad con tal de adaptarse a tal exigencia, sino que el contexto de su posible aplicación se habría de centrar en determinadas regulaciones nacionales con base en un sistema de concreta previa decisión de una autoridad judicial o administrativa independiente; no en una norma de carácter general que impusiera el deber de conservación de datos con carácter indiscriminado. La norma habilitante, considerará, debería regular con el suficiente detalle los aspectos sustantivos y procesales de la institución; pero, además, con respeto de esos principios de proporcionalidad y necesidad, debería fundamentarse en un esquema en el que la decisión específica de la autoridad competente discriminara el objeto de la injerencia en base a concretos criterios de selección de los datos objeto de conservación o retención (subjetivos, objetivos, teleológicos, temporales o geográficos).

Tal apertura, aunque tan restringida, será el punto de partida para el diseño de un cierto grado de tolerancia en la posibilidad de afectación de derechos fundamentales de terceras personas no sometidas a una concreta investigación; y no solo en la condición de inmisiones ocasionales o que fueran consecuencia necesaria de un acto de injerencia frente a los sí sometidos formalmente a la medida de injerencia. Este planteamiento será precisamente objeto de desarrollo en resoluciones posteriores.

La línea descendente en tan beligerante postura del TJUE habrá de esperar a la publicación de las SSTJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020 (caso *La Quadrature Du Net*; asuntos C-511/18, C-512/18 y C-520/18 - ECLI:EU:C:2020:791-), y de 5 de abril de 2022 (caso *G.d. y Commissioner y an Garda síochána*; asunto C-140/20 - ECLI:EU:C:2022:258-). Ambas sentencias se complementan entre sí para dar forma a una nueva posición jurisprudencial más abierta a soluciones comprensivas de que, en determinadas circunstancias, el empleo de técnicas o herramientas de vigilancia masiva e indiscriminada en que necesariamente habrían de verse afectados terceros, aún con severas limitaciones, se convertía en una absoluta necesidad.

Partiendo de la conservación generalizada de datos de tráfico y localización a efectos de exigencias de la seguridad nacional, ambas sentencias se abren a esa conservación preventiva a que se refiriera el precedente inmediatamente anterior; la interceptación de comunicaciones y datos de tráfico en tiempo real; las quick freezing orders, órdenes de cesión de datos -*production orders*-¹⁴; análisis automatizados de datos y, muy destacadamente, la

¹³ Se consideró en la STJUE del caso *Digital Rights Ireland y Seitlinger* y otros que la apreciación de deficiencias en la aplicación de los principios de proporcionalidad y necesidad por parte de la Directiva objeto de recurso hacía innecesario un pronunciamiento sobre la afectación del derecho de información de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas -§ 70-.

¹⁴ Ambas modalidades serán posteriormente objeto de regulación en el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las

posibilidad de conservación generalizada e indiscriminada de datos por mandato legal, aunque referida tan solo a datos de asignación de IPs de acceso a Internet o de identidad civil, incluida la activación de tarjetas de telefonía de prepago *-pre-paid mobile phone cards-*.

Aparte de la primera, reservada tan solo para las necesidades de la seguridad nacional, todas estas formas de injerencia se veían limitadas, salvo los llamados datos de identidad civil, a la protección de la seguridad pública o la lucha contra la delincuencia grave. Los datos de identidad civil, sin embargo, se abrirían, además, a la lucha contra la delincuencia ordinaria.

Tal nueva doctrina llegará a hacer una mención específica a la posibilidad de que las autoridades competentes pudieran diseñar medidas de investigación susceptibles de afectar a derechos fundamentales de terceras personas -§ 165 de la STJUE del caso *La Quadrature du Net y otros-*. El elenco de personas que pueden ser sometidas a medidas de vigilancia electrónica podrá ir más allá de las personas sospechosas de haber planeado o cometido un delito grave o un atentado contra la seguridad nacional. Pero esta posibilidad de injerencia sobre datos de terceros se hará depender de que la selección de los datos se base en criterios objetivos y no discriminatorios; existir una relación entre los datos objeto de injerencia y el objetivo que se pretende lograr, contribuyendo a la finalidad legítima por la que se acordara la medida (principio de utilidad), así como sometimiento a las exigencias de la jurisprudencia que interpretara la Directiva 2002/58/CE¹⁵.

A la hora de definir esa figura del tercero que, no siendo sospechoso, pudiera ser objeto de una medida de injerencia sobre sus datos de tráfico o localización, el TJUE se muestra abierto; aunque a la vez parco en explicación o desarrollo de los conceptos que maneja. Habla de «...los datos de la víctima del mismo, de su entorno social o profesional, o incluso de zonas geográficas determinadas, como los lugares en que se cometió y se preparó el delito o el atentado contra la seguridad nacional de que se trate».

La posible expansión de esa afectación a terceros de medidas de injerencia electrónica se supeditarán, además, a los mismos estándares exigibles en cuanto a las medidas dirigidas contra personas sospechosas. Así, en concreto, habrá de atender: A alguna las finalidades legítimas que en cada supuesto se prevé; al estricto respeto de los principios de proporcionalidad y necesidad garantidos por el art. 52.1 de la CDFU; al sometimiento a un riguroso principio de legalidad, mediante el establecimiento de normas claras y precisas que determinen las condiciones materiales y procesales correspondientes y al reconocimiento de garantías efectivas frente a riesgo de abuso.

Resoluciones posteriores tratarán de dar un contenido más específico a la definición del tercero que puede verse sometido a una medida de injerencia; pero, además, muy en particular, de centrar la garantía de la protección de los derechos de los terceros afectados en el adecuado respeto del derecho de información, como presupuesto esencial para que el ciudadano afectado pueda hacer valer recursos efectivos contra la decisión adoptada o sus consecuencias.

Interesa destacar, en cualquier caso, que el establecimiento de una posición jurídica de equiparación entre el tercero y la persona sospechosa objeto de investigación permitirá abordar el resto de las resoluciones desde una perspectiva de equivalencia. Es más, precisamente por su especial condición, el tercero se haría merecedor sin duda, en cuanto

órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales.

¹⁵ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

que auténtico instrumento de la investigación, de un mayor nivel de exigencia en la superación de los juicios de proporcionalidad y necesidad de la medida. Se investiga un delito en el que no consta que haya participado; y esa ajenez respecto del delito se convierte en un factor adicional en el lado de la balanza que atañe a la ponderación del grado de afectación de sus derechos fundamentales.

El primer acercamiento a ese especial interés mostrado por el Tribunal de Luxemburgo por el derecho de información como baluarte para la lucha contra los riesgos de abuso no se haría de esperar mucho en el tiempo. Hablamos de la STJUE (Sala 6ª) de 17 de noviembre de 2022 (caso *Spetsializiran Nakazatelen Sad*; asunto C-350/21 - ECLI:EU:C:2022:896-). Esta sentencia, que muestra un claro paralelismo con la STEDH del caso *Ekimdzhiev y otros v. Bulgaria*, centra todo su discurso en una auténtica proclama por el respeto del derecho de información; al que encomienda, además, ese cometido de barrera frente al riesgo de abuso por parte de las autoridades públicas.

La sentencia, aun así, innova en tanto que relaciona la salvaguardia de las personas afectadas por medidas de investigación tecnológica, incluidos obviamente terceros, con el debido cumplimiento de las obligaciones impuestas a las autoridades públicas en la citada Directiva (UE) 2016/680; y, más en concreto, en la ponderada aplicación de la excepción al derecho de información que se contiene en su art. 13.3. Reconoce, en base a lo establecido en dicho precepto, la posibilidad que tienen los Estados miembros de la Unión de retrasar, limitar o incluso omitir la puesta en conocimiento al interesado afectado del hecho mismo de la injerencia sobre sus derechos del entorno de la privacidad, en base a alguna de las finalidades que se describen en la norma¹⁶. Pero tal excepción se hace depender tanto de la necesaria recogida de tal opción dentro de la norma nacional, como de que la regulación no llegara a comportar la exclusión por definición del derecho a la información de las personas afectadas por la medida.

Seguidamente, se proclama el imperio del art. 54 de la Directiva, la exigencia de remedios o recursos procesales contra el acceso ilícito a datos personales de las personas afectadas por la medida; que parte de la base precisamente del adecuado respeto del derecho de información. Esta exigencia se traduce en el reconocimiento a la persona afecta de un derecho a un recurso judicial efectivo, cuando considere que el tratamiento de sus datos ha supuesto una violación de sus derechos.

No bastará, nos advierte la sentencia, con que la norma nacional deba ir más allá, en su definición de las vías reaccionales, de la sola posibilidad de reclamar una indemnización. Previamente a la definición de un generoso catálogo de las vías reaccionales, debe evitarse a toda costa el que, por razón de la no existencia de un canal que garantice el derecho de información, los interesados jamás pudieran tener a su disposición no ya un recurso efectivo, sino cualquier forma de oposición frente al acceso ilegal a sus datos.

La sentencia concluye, en este sentido, advirtiendo que esta efectividad de los remedios procesales a disposición de la persona afectada por la medida habría de abarcar a su propia

¹⁶ El art. 13.3 reconoce como finalidades que permiten la exceptuación del derecho de información, «...siempre y cuando dicha medida constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática, teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de la persona física afectada», las de evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales; evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales, así como proteger la seguridad pública la seguridad nacional o los derechos y libertades de otras personas.

legitimidad. Y si hablamos de afectación a la legitimidad de la medida, al menos en mi modesta opinión, habríamos de hablar también de alguna forma de poder exigir la exclusión del material así obtenido del proceso. No obstante, el alineamiento del TJUE con la doctrina sobre el principio adversarial podría poner en entredicho esta afirmación; ante la posibilidad que se reconoce de la explotación procesal de la evidencia o fuente de conocimiento obtenida de forma ilícita, siempre que al menos a las defensas se hubiera permitido cuestionarla eficazmente¹⁷.

La definitiva y plena penetración de la Directiva (UE) 2016/680 en las medidas tecnológicas de investigación criminal no se haría esperar. La STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2024 (caso *C.G. y Bezirkshauptmannschaft Landeck*; asunto C-548/21 - ECLI:EU:C:2024:830-) se convertirá en el referente indiscutible de esa traslación al nuevo escenario jurídico de la limitada influencia de la Directiva 2002/58/CE en las medidas tecnológicas no necesitadas de la cooperación de prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas¹⁸.

Esta sentencia supondrá la consolidación del principio de que toda actuación de investigación que supusiera un tratamiento de datos, incluida la mera conservación o incluso intento de acceso, se somete al mandato de la Directiva -arts. 1.1, 2.1 y 3.2-. Con solo recordar el concepto de tratamiento que se recoge en el último de los dos preceptos citados, podremos ver cómo prácticamente cualquier actuación investigadora, que requerirá su reflejo en un expediente generalmente integrado e indexado en una base de datos, habría de quedar bajo el mandato de la Directiva (UE) 2016/680; y, consiguientemente, bajo el control del TJUE.

Incluso anticipándose a lo que nos propusiera la STJUE del caso *La quadrature du net y otros*, aunque con cierto nivel de coincidencia, si no influencia, el tratamiento que dispensa la Directiva a la posibilidad de tratamiento de datos de terceras personas en el curso de investigaciones criminales trata de dar contenido a ese concepto de tercero que podría verse afectado por una medida de injerencia sobre su privacidad. Si dicho precedente jurisprudencial se refería solo a las víctimas y determinados entornos sociales, profesionales o geográficos, el art. 6 de la Directiva expandirá ese concepto de víctima no solo a las víctimas conocidas, sino también a aquellas personas respecto de las que «...determinados hechos den lugar a pensar que puedan ser víctimas de una infracción penal». Pasamos de la víctima real, respecto de la que existan indicios vehementes de que lo sea, a lo que podría ser una víctima potencial. Y ese entorno personal o profesional se expandirá, a su vez, a un concepto que en un principio pudiera parecer en sí mismo equívoco: *terceras partes involucradas en una infracción penal*.

No es que estemos pensando en personas que de alguna forma participen de la comisión del delito (el supuesto antes descrito del consumidor cliente de traficante de drogas, o familiar de persona investigada que, aun beneficiándose de los efectos del delito o tener alguna forma o grado de participación en el mismo, se viera favorecida por una excusa absolutoria -*ground of exception, scusa per l'assoluzione*- por razón del vínculo familiar) o de sus

¹⁷ Realizo un primer acercamiento a la aplicación del llamado principio adversarial en mi trabajo: “La STJUE de 2 de marzo de 2021 (Caso *Prokuratuur*): ¿Una simple secuela de la Sentencia del Caso *la Quadrature du Net* sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas?”. Diario La Ley, N° 9835, Sección Tribuna, 22 de Abril de 2021 (<https://diariolaley.laleynext.es>).

¹⁸ Recuérdese en este sentido cómo ya desde la STJUE del caso *La Quadrature du Net y otros* se vino a determinar que la norma de excepción a su aplicación que contenía el art. 1.3 de la Directiva 2002/58/CE, en cuanto a los supuestos de investigación criminal, hacía referencia precisamente a aquellas medidas de investigación realizadas con medios propios por las autoridades competentes, sin necesidad de la intervención de prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas o proveedores de servicios de Internet.

consecuencias (partícipe del delito a título lucrativo)¹⁹. La norma inmediatamente trata de clarificar, como igualmente se hace en su Considerando 31, ese extraño concepto, acudiendo para ello al ejemplo de «*personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones penales o procesos penales ulteriores, o personas que puedan facilitar información sobre infracciones penales, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b)*» (sospechosos o condenados por la comisión de delitos).

Realmente, el legislador comunitario está pensando más en el posible almacenamiento de datos personales de estos testigos que no tienen más relación con el delito que la propia del conocimiento que poseen de la *notitia criminis*, que en la posibilidad de que por esa razón puedan ser sometidos a una injerencia sobre sus comunicaciones o datos de tráfico o localización.

La funcionalidad que ha de caracterizar la razón de su sometimiento a medidas de injerencia diseñados de forma directa o indirecta sobre sus comunicaciones o determinados datos personales no puede asentarse en modo alguno en el solo hecho de que conozcan algo sobre su comisión y/o autoría, sino en base a un juicio de previsión sobre que mediante el acceso a sus datos personales puede obtenerse información directamente facilitada por el sospechoso, o con origen en él. Por ello, se da la circunstancia de que la definición ad hoc de tercero que defiende la STJUE del caso *La Quadrature du Net y otros* encaje mucho mejor que la sostenida por la Directiva, a la hora de establecer en qué circunstancias pudiera considerarse legítima una injerencia sobre aspectos relacionados con la privacidad de personas que gozan de la condición de terceros a los efectos de una investigación criminal. Debe quedar claro que, indagando sobre la vida privada del tercero, lo que se pretende es recabar información referente a la persona investigada; bien facilitada a aquél por éste, bien que pudiera aquél manejar en relación con el mismo.

Ahora bien, a este nivel de imposición de sacrificios sobre derechos fundamentales propios, el legislador impone un razonable tratamiento diferenciado, *distinción clara*, entre los datos que son objeto de tratamiento en relación con el sospechoso o condenado y los propios de quien participa de la condición de tercero. Se toma en consideración esa más precisa y ponderada justificación de la dirección de la medida de injerencia hacia un tercero al que no se le imputa infracción criminal alguna, frente a la del sospechoso o condenado, que acabamos de defender anteriormente. La *distinción clara*, favorecedora del tercero que ha de sufrir el tratamiento de sus datos por razón de las necesidades de la lucha contra el delito y la salvaguardia de la seguridad nacional o pública, debe ser entendida, en todo caso, como un mayor rigor a la hora de plantear los juicios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad de la medida.

Realmente, la cualidad de conocido o eventual testigo del tercero no habría de tener tanta influencia a la hora de definir al tercero que puede ser afectado por medida de investigación tecnológica. En no pocas ocasiones el sacrificio de su privacidad partirá realmente de una simple potencialidad de poder ser él una fuente de información de interés de la investigación. Pero no serán precisamente excepción, especialmente en los supuestos en los que se opte por acudir a la vía de la conservación masiva o selectiva de datos, en los que se jugará con una altísima probabilidad de que los datos correspondientes a concretos

¹⁹ Ambos conceptos tienen su acogida, como supuestos en que resulta viable una interceptación de comunicaciones a través de tercero, en el art. 588 ter b, párrafo primero, número 2º de la LECRIM («*el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de ellos*»). El concepto de partícipe del delito a título lucrativo viene recogido en el art. 122 del vigente Código Penal español. Sería tal aquella persona que se hubiera beneficiado de la comisión de un delito sin haber tenido forma alguna de participación en el mismo.

terceros carezcan finalmente de la más mínima utilidad para el objeto de la investigación. Es un precio que ha de pagarse en favor de la finalidad de lucha contra la delincuencia; y que por ello impone un especial deber de ponderación y limitación a la hora de su diseño.

La sentencia muestra igualmente un especial interés en cuanto respecta al tratamiento de ese pilar fundamental que supone el derecho de información en la lucha contra el abuso y arbitrariedad, como consecuencia del despliegue de estas facultades de inmisión en derechos fundamentales. El art. 13, apartados 1 y 2, de la Directiva somete a las autoridades investigadoras a idéntica obligación que la propia de responsables del tratamiento. La norma nacional ha de garantizar que se facilite a la persona afectada por la medida, y obviamente al tercero, «...la identidad del responsable del tratamiento, los fines de dicho tratamiento y el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control».

Las posibilidades de excepción a las obligaciones derivadas del derecho de información de los afectados por la medida, que ya fueran objeto de específica mención en el precedente de la STJUE del caso *Spetsializiran Nakazatelen Sad*, volverán a aparecer como referentes para permitir el retraso, límite u omisión de la puesta a disposición del interesado de la información sobre el tratamiento que le hubiera afectado.

La sentencia afianza igualmente sus posicionamientos anteriores desde el punto de vista del reconocimiento y despliegue de suficientes medidas reaccionales a disposición del interesado, y con más motivo del tercero, que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Ello se traducirá no solo en la existencia y reconocimiento de tales remedios procesales, sino en la necesaria cognoscibilidad de las razones jurídicas que están detrás de la decisión que le ha impuesto la restricción de sus derechos fundamentales. Y se entenderá que el contenido de este derecho a la tutela judicial efectiva habrá de permitir que, por una parte, el interesado pueda defender sus derechos en las mejores condiciones posibles y decida con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de someter el asunto al juez competente, y, por otra, colocar al juez en condiciones de ejercer plenamente el control de la legalidad de esa resolución.

4. Conclusiones

La jurisprudencia del TJUE ha sabido ir adaptándose a una evolutiva jurisprudencia del TEDH en su difícil búsqueda de una posición de equilibrio que permita, a la vez que le ponga coto, dirigir una injerencia sobre contenidos o datos relacionados con el tránsito de comunicaciones electrónicas, respecto de personas que participen de la condición de terceros en una concreta investigación criminal o actuación en protección de la seguridad nacional o pública. En este posicionamiento, el hecho de que la injerencia se dirija directamente contra el tercero, que el alcance de la medida le afecte de forma fortuita o lo sea como consecuencia necesaria de la medida diseñada contra quien ostenta la condición de sospechoso solo exigirá una adaptación a su naturaleza y circunstancias.

El principal componente del nivel de exigencia se ha centrado en la previa existencia de una necesaria habilitación normativa. Es aquí cuando esos tres distintos escenarios cobran un mayor interés; pues la justificación de la medida alcanzará su punto álgido de exigencia cuando de forma consciente incluye en el espectro de posibles afectados a quienes se sabe participan de la condición de terceros; se rebaja cuando, como consecuencia de la medida dirigida contra el sospechoso existe una previsión razonable de poder afectar a los derechos

fundamentales de aquél, y casi se difumina en los supuestos en que la injerencia tiene lugar de forma fortuita.

Tales medidas, como cualquier acto de injerencia sometido al art. 8.2 del CEDH, ha de respetar los principios de proporcionalidad y necesidad en el contexto de una sociedad democrática; pues así se impone por mandato taxativo de dicho precepto. Además, se ha de respetar la peculiar posición jurídica del tercero a la hora de ponderar el sacrificio de sus derechos fundamentales frente al interés público por la lucha contra la delincuencia o la salvaguardia de la seguridad nacional o pública. A su vez, como consecuencia del sometimiento de estas medidas al llamado principio de la calidad de la norma habilitante, habrá de garantizarse la cognoscibilidad por los ciudadanos de la norma; de modo que puedan tener un conocimiento, si no cabal, cuando menos genérico, de esa posibilidad de ser sometidos a un acto de injerencia sobre su privacidad, aunque no participen de la condición de sospechosos. Y, por último, las normas habilitantes deben ser redactadas de forma tal, y con el detalle debido, como para mostrarse eficaces ante riesgos previsibles de abuso o arbitrariedad por parte de las autoridades públicas capacitadas para hacer uso de las medidas tecnológicas de vigilancia previstas por la norma.

El reconocimiento normativo de esa posibilidad de injerir sobre datos personales de terceras personas hace preciso, según esta jurisprudencia del TEDH, que a su vez se establezca un contrapeso en favor de estos terceros afectados; quienes ineludiblemente habrán de verse compensados con el reconocimiento a su favor, a similar o idéntico nivel que los sujetos pasivos de la investigación, de vías de recurso o reclamación efectivas que les permitan gozar de una protección eficaz de su derecho al respeto de su privacidad.

Tales vías reaccionales efectivas habrían de permitir, especialmente en el supuesto de garantía del respeto del secreto profesional de terceros a los que abarcara el acto de injerencia, la exclusión o borrado de la información obtenida en sede del propio procedimiento en que la medida se hubiera acordado o pudiera producir efectos. Incluso podría sostenerse con la jurisprudencia del TEDH, desde la STEDH del caso *Amann v. Suiza*, complementada por la del caso *Pruteanu v. Rumanía*, que tal posibilidad de ejercitar vías reaccionales lo fuera en ese mismo procedimiento donde se hubiera acordado o utilizado la información obtenida, cuando se afectara a una obligación de secreto profesional o produjera una grave afectación a la intimidad del tercero. Piénsese en supuesto de conversaciones o contenidos de naturaleza sexual entre interlocutores, o en el supuesto descrito ya en dicha sentencia de contenidos o datos de tráfico especialmente sensibles (llamadas a servicios de ayuda psicológica, afectiva o religiosa o con instituciones dedicadas a proteger a determinados colectivos estigmatizados).

Sin embargo, pese a lo dicho anteriormente, la jurisprudencia del TEDH ha llegado a mostrarse permeable, aunque con las debidas reforzadas cautelas, a estrategias o herramientas de injerencia de carácter masivo, del tipo inteligencia extranjera. De hecho, en sentencias tales como las SSTEDH, Secc. 4ª, de 18 de mayo de 2010 (caso *Kennedy v. Reino Unido*; asunto 26839/05), y Secc. 3ª, de 19 de junio de 2018 (caso *Centrum för Rättvisa v. Suecia*; asunto 35252/08)²⁰, no se llegó a mostrar una oposición directa al despliegue de este tipo de medidas, siempre que se adoptaran reforzadas cautelas para garantizar el derecho de los terceros; con especial mención a un ponderado respeto de los principios de proporcionalidad y necesidad, así como diseño de las adecuadas salvaguardias para proteger la información almacenada de riesgos de acceso no consentido o autorizado, de evitación de destrucción incluso accidental,

²⁰ Esta sentencia sería parcialmente revocada por sentencia de la Gran Sala de 21 de mayo de 2021.

así como de borrado o eliminación de la información tan pronto hubiera cumplido su finalidad.

La posible aplicación del principio adversarial como vía, en conjunción con del reconocimiento del derecho a un juicio justo, para permitir la utilización probatoria de información obtenida con transgresión de derechos fundamentales²¹ podría llegar a poner en serio compromiso la propia eficacia jurídica de esos mismos derechos reaccionales que la propia jurisprudencia del Alto Tribunal ha tratado a toda costa de garantizar. Precisamente, esa posibilidad de cuestionar la fuente probatoria será la que permita valorar la prueba transgresora, por mucho que se haya apreciado la existencia de la afectación del derecho. Hemos de acudir a dos recientes sentencias, las SSTEDH, ambas de la Secc. 1ª, de 3 de abril de 2025 (caso *Kulák v. Eslovaquia*; asunto 57748/21), y de 26 de octubre de 2023 (caso *Plechlo v. Eslovaquia*; asunto 18593/19), para encontrar una razonable solución a este dilema: Ambas sentencias, con los precedentes de los que traen causa, nos prevendrán de que esa posibilidad de hacer valer los derechos reaccionales podría actuar de una forma independiente a esa posibilidad de utilización procesal que se haría depender de si la evidencia finalmente puede llegar hasta el mismo plenario. De este modo, la norma nacional habría de prever la posibilidad de excluir del proceso la evidencia obtenida con transgresión de derechos del entorno de la privacidad de una persona afectada por la medida, fuera ésta persona investigada o tercero²²; y esta previa exclusión habría de cerrar el acceso de la evidencia al plenario.

La jurisprudencia del TJUE ha mostrado, por su parte, un especial interés por el tercero en cuanto respecta a situaciones de injerencias masivas e indiscriminadas; incidiendo en la garantía del respeto de los derechos a la privacidad, protección de datos personales y libertad de información.

La posibilidad de situaciones en que sea posible una medida de investigación tecnológica que alcance a terceras personas no sometidas a la investigación, incluso desde su diseño, es reconocida como tal por dicha jurisprudencia. Ahora bien, se hace precisa una adecuada delimitación del objeto y alcance subjetivo de la medida en base criterios objetivos y no discriminatorios, así como que la medida afecte, en cuanto que terceros, a víctimas o personas que mantengan con la medida de injerencia alguna forma de relación, aunque sea indirecta.

Se sigue echando de menos una mejor y más detallada definición del tercero; que se base, no tanto en la descripción de personas que, en su condición de tales terceros, puedan verse afectados por una acto de injerencia, como en la debida ponderación de los principios de proporcionalidad y necesidad aplicados a tal contingencia. Son éstos los que, en definitiva, habrán de ser tenidos especialmente en cuenta a la hora de valorar la procedencia de la expansión de la medida de injerencia frente a ellos; convirtiéndose esa relación del tercero con el objeto de la investigación en un simple factor a tener en cuenta en ese juicio de ponderación.

La solución al problema de las vías reaccionales y derecho de información se obtiene derivándolo al tratamiento que se dispensa a los mismos en la Directiva (UE) 2016/680, así como a la garantía que supone el debido respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero

²¹ Como sucediera, por poner un solo ejemplo en la STEDH, Secc. 5ª, de 18 de marzo de 2021 (caso *Tortladze v. Georgia*; asunto 42371/08).

²² En la sentencia del caso *Plechlo v. Eslovaquia* es precisamente un tercero quien reclama el respeto de su derecho a la correspondencia privada, tras haberse visto vigilado como consecuencia de una autorización de intervención de comunicaciones de otra persona.

esta solución sigue sin dar una respuesta satisfactoria a situaciones de injerencias masivas frente a las posibilidades legales de limitar el derecho de información y las enormes dificultades de dar el debido cumplimiento al deber de puesta en conocimiento de la injerencia a todas las personas afectadas.

Concluyendo, el tratamiento jurisprudencial por parte del TEDH y el TJUE de la situación jurídica del tercero afectado por una medida de investigación tecnológica afectante a su privacidad está alcanzando cierto nivel de satisfacción. Pero se hace preciso un abordaje específico de la posición de éste frente al estatuto propio del sospechoso o investigado sometido a medidas de injerencia electrónica; que tenga en cuenta precisamente esa *distinción clara* que exige la Directiva, en cuanto al tratamiento legal de la condición de un tercero que no es responsable conocido de infracción criminal alguna ni representa un riesgo para la seguridad nacional o seguridad pública.

ABSTRACT: The Involvement of Third Parties in Technological Research Measures in The Case-Law of The Court Of Justice of The European Union and the European Court Of Human Rights

The jurisprudential treatment of the legal situation of the third party who is affected by an interference with his communications has undergone an evolution in which the Court of Justice of the European Union has been clearly influenced by the approaches of the European Court of Human Rights. The position of both Courts has been decidedly aimed at guaranteeing a clear legal authorization of the cases in which this is legally possible; submission of them to strict judgments of proportionality and necessity in the context of a democratic society, and recognition of effective means of reaction or recourse in favour of the third party. However, the solutions of both Courts are far from providing a fully satisfactory response to this peculiar situation; regardless of whether the third party becomes the passive subject of the surveillance measure directly, as a necessary consequence of interference with a person under investigation with whom he or she establishes an exchange of information through communications networks, or by an interference caused fortuitously.

6.

**Parti e terzi nel processo penale: la prospettiva delle
corti internazionali in materia di diritti umani**

Sez. 2

Comparazione

ELISEA MALINO*

**PROVE ORALI E DIRITTO AL CONFRONTO NEL PROCESSO PENALE:
LA TUTELA DI PARTICOLARI CATEGORIE DI DICHIARANTI NELLE GIURISPRUDENZE
CEDU E CADU**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La riconducibilità dei dichiaranti alla categoria dei terzi: il concetto di *third parties* nelle giurisprudenze Cedu e Cadu. – 3. Il diritto della vittima ad essere ascoltata. – 4. Diritto al confronto e logica del bilanciamento. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Tra le diverse esperienze processuali nelle quali prende corpo e si sostanzia il diritto, quella penale spicca senz'altro per la sua componente personalistica, legata al suo oggetto e alla sua fisiologica propensione a incidere sui diritti fondamentali di una molteplicità di soggetti. Il procedimento penale, difatti, non è solo capace di provocare una compressione della libertà personale, in quanto, a prescindere dal suo esito, esso appare in grado, già nel suo *itinere*, di ledere una molteplicità di beni giuridici riconducibili anche a soggetti diversi dall'accusato. Ad essere colpiti dagli effetti pregiudizievoli connessi allo svolgimento di un procedimento penale sono dunque una pluralità di persone, tra le quali rientrano tutti coloro che a vario titolo e in varia misura possiedono un rapporto con il reato oggetto di accertamento. Il loro coinvolgimento, pertanto, può essere variamente giustificato, trovando il proprio fondamento o nella partecipazione, attiva o passiva, al fatto di reato o nella propria capacità di contribuire al suo disvelamento e accertamento. E così, anche soggetti estranei al conflitto di interessi generato dal reato finiscono col ricoprire un ruolo determinante nelle dinamiche procedurali.

Tra questi rientrano a pieno titolo le c.d. “persone del processo”¹ ossia quei soggetti che intervengono nel procedimento al fine di fornire il loro apporto conoscitivo. Tali individui, che non possiedono il ruolo di parte né in senso formale né sostanziale, hanno un rapporto di tipo gnoseologico con il reato, essendo portatori di un sapere che rende possibile il perseguimento dello scopo stesso del processo, ossia l'accertamento del fatto.

L'importanza di questa categoria di soggetti e del loro ruolo all'interno del procedimento penale ha fatto sì che essi fossero da sempre oggetto di particolare attenzione, tanto da parte del legislatore e della giurisprudenza quanto da parte degli studiosi, il che ha reso possibile la creazione di un vero e proprio statuto processuale del dichiarante. Tuttavia, se inizialmente quest'ultimo si componeva perlopiù di situazioni giuridiche doverose², negli

* Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche, Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*²¹, Milano, 2020, p. 66.

² Sui testimoni incombe l'obbligo di rispondere secondo verità, così come, ancor prima, di presentarsi a rendere le dichiarazioni una volta citati. A tal proposito si è parlato di «servitù di giustizia», rintracciando nei generali doveri di solidarietà il fondamento dei tradizionali obblighi di comparire, di attenersi alle prescrizioni del giudice e di rispondere secondo verità. Cfr. A. CAMON, *Le prove*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*³, Milano, 2019,

ultimi decenni l'approccio sembra essere mutato e alle aspettative di tutela sorte in capo a tali individui ha fatto seguito l'attribuzione all'ordinamento di veri e propri obblighi.

A ben vedere, sebbene l'attività processuale che li coinvolge sia di per sé neutra, non risultando immediatamente lesiva di alcun diritto fondamentale, essa in realtà può determinare un pregiudizio per l'individuo che vi è sottoposto³. L'assunzione di informazioni, nonché, soprattutto, l'esame testimoniale svolto in dibattimento – che impone un confronto con l'accusato e uno *stress-test* funzionale all'ottenimento di dichiarazioni genuine⁴ –, potrebbero costituire un'esperienza pregiudizievole sotto molteplici profili, in quanto potrebbe costringere taluno a rivivere una vicenda traumatica⁵ o, ancora, potrebbe mettere in pericolo l'incolumità di un soggetto la cui identità dovrebbe rimanere segreta⁶. In effetti, una pubblica udienza e la *cross-examination* possono costituire un'esperienza stressante per alcune categorie di dichiaranti, per i quali il semplice rischio di avere un contatto visivo con l'accusato può essere sufficiente a distoglierli dal rendere dichiarazioni.

Si tratta, come si può intuire, solo di alcuni dei possibili effetti pregiudizievoli che discendono derivanti dalla partecipazione ad un procedimento penale in qualità di persone informate sui fatti e/o testimoni. Tuttavia, già da questi rapidi esempi è possibile comprendere la natura afflittiva di una delle principali attività procedurali che coinvolgono i soggetti terzi, la compressione dei cui diritti fondamentali si presenta come il prezzo da pagare per assicurare il pieno rispetto del metodo dialettico nella formazione della prova⁷. A ben vedere, sebbene le situazioni prese in considerazione possano apparire tra loro profondamente eterogenee, esse disvelano in filigrana la medesima esigenza: realizzare un bilanciamento – sempre che ciò sia possibile – tra l'integrità psico-fisica del dichiarante e il diritto al confronto dell'accusato. D'altronde, la maggiore sensibilità mostrata nei confronti di alcuni soggetti e delle istanze di protezione di cui sono portatori non può mai comportare

p. 315. Tali obblighi, peraltro, sono penalmente sanzionati, come dimostrano, a livello italiano, le norme in materia di delitti contro l'amministrazione della giustizia.

³ Già a partire dalla fine del secolo scorso, in effetti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto in capo ai soggetti chiamati a rendere dichiarazioni il diritto a non autoincriminarsi, che dispensa il teste dal rendere dichiarazioni dalle quali possano emergere responsabilità per fatti non ancora oggetto di un procedimento penale. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 ottobre 1997, ricorso n. 82/1996/671/893, *Serves c. Francia*, par. 47.

⁴ Secondo F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2021, p. 482, gli «smottamenti provocati dallo *stress-test* sul dichiarante» rendono più affidabile la dichiarazione del teste. Mediante le «finezze dell'arte della *cross-examination*», ossia di un «percorso pensato, fatto di passaggi gradualmente, di approfondimenti insistenti, scatti in avanti, dettagli, ritorni, trappole, induzioni a contraddirsi», il contraddittorio è in grado di estrarre al dichiarante informazioni selezionate e genuine, che rappresentino più fedelmente la percezione di quest'ultimo.

⁵ Si pensi al caso della vittima chiamata a deporre o di un soggetto particolarmente vulnerabile che ha assistito al fatto oggetto di accertamento, come ad esempio i minori, spesso chiamati in qualità di testimoni nei procedimenti avanti ad oggetto reati molto gravi come i maltrattamenti in famiglia. In tema cfr. B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, Milano, 2023; N. PASCUCCHI, *La testimonianza della persona offesa minorenne. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino, 2020; G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2005, pp. 1026-1027; A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, p. 133 ss.; S. LORUSSO, *Il rafforzamento del micro-sistema processuale per i reati a sfondo sessuale commessi nei confronti dei minori*, in S. LORUSSO, A. MANNA (a cura di), *L'abuso sessuale su minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Milano, 2007, p. 116 ss.

⁶ Ci si riferisce, ad esempio, agli agenti sotto copertura. In tema v., *ex multis*, M. BIRAL, *La testimonianza anonima degli agenti sotto copertura*, Milano, 2023.

⁷ Cfr. S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2017, p. 69 ss.

una rinuncia dell'accusato a taluni diritti fondamentali variamente riconosciuti né può condurre ad abdicare al modello prescelto da un ordinamento.

Poiché ci si muove sul campo dei diritti e delle libertà fondamentali, non stupisce che la materia abbia risentito e continui tutt'oggi a risentire dell'apporto fornito dalle giurisprudenze delle Corti internazionali regionali chiamate a garantire la tutela individuale all'interno e all'esterno delle mura del processo penale. La possibilità stessa che tali scenari si concretizzino ha sollecitato molteplici interventi da parte della giurisprudenza di Strasburgo e della Corte Interamericana che, letti in un'ottica di sistema, consentono di tracciare le linee essenziali per un adeguato *standard* di tutela del terzo chiamato a offrire il proprio contributo dichiarativo nell'ambito del giudizio penale.

La presenza di esigenze contrapposte e apparentemente inconciliabili impone però di abbandonare posizioni preconcepite, cercando di comprendere fino a che punto possano essere tollerate attenuazioni delle garanzie riconosciute ai diversi soggetti coinvolti nel procedimento penale e di determinare eventuali soluzioni capaci di bilanciare gli interessi individuali e non⁸, che vengono in gioco.

2. La riconducibilità dei dichiaranti alla categoria dei terzi: il concetto di *third parties* nelle giurisprudenze Cedu e Cadu

Date queste premesse, prima di soffermarsi sulle soluzioni e sui possibili compromessi prospettati dalle Corti internazionali regionali, occorre mettere a fuoco la categoria di soggetti presa in considerazione. Pur essendo riconducibili ai terzi, difatti, i dichiaranti ne costituiscono solo una piccola porzione, poiché sono coinvolti in una specifica attività procedimentale e risultano portatori di interessi che generalmente si contrappongono a quelli dell'accusato.

In effetti, appare opportuno precisare cosa si intenda per “terzi” nell'ambito della giurisprudenza delle Corti CEDU e CADU, non essendo prevista alcuna definizione né nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo né nel Patto di San José⁹. A questo proposito, pertanto, qualche precisazione è d'obbligo: quando si parla di “terzi” nella giurisprudenza CEDU non ci riferiamo ai soggetti così definiti dall'art. 36 par. 2 della Convenzione, cioè ad «ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente». Il punto di riferimento rispetto all'oggetto del presente studio non è il procedimento incardinato dinanzi alla Corte di Strasburgo, quanto piuttosto quello condotto dalle autorità nazionali di uno Stato contraente che è poi sottoposto al vaglio dei giudici europei, tenendo peraltro conto del fatto che, com'è ovvio, esiste uno scollamento tra il ruolo ricoperto da un soggetto in un procedimento penale “nazionale” e quello dallo stesso rivestito dinanzi alla Corte europea¹⁰.

⁸ Sul punto v. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*³, Bologna, 2012; O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)* – (*diritto processuale penale*), in *Enc. Dir.*, Annali VII, Milano, 2014, p. 252; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)* – (*dir. proc. pen.*), in *Enc. Giur.*, Agg., vol. III, Roma, 2001, p. 4.

⁹ In questo senso A. JULIO-ESTRADA, V. SALAZAR, *Third parties in criminal procedures: the Inter-American Court of Human Rights case-law* e R. ESSER, *Third Parties in Criminal Justice. The viewpoint of ECtHR Case Law*, in questo dossier.

¹⁰ Emblematica in questo senso è la posizione dell'imputato, il quale, ogniqualvolta lamenti una lesione di un diritto sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, può proporre ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo in qualità di vittima *ex art. 34 Cedu*, sebbene a livello interno, com'è ovvio, non possa essergli attribuita tale qualifica. Cfr. sul punto C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees*

Già da queste prime battute è possibile constatare che i giudici di Strasburgo scientemente decidono di non appoggiarsi alle categorie adottate dall'uno o dall'altro Stato contraente e al contempo rifuggono dall'adozione di un approccio formalistico nell'identificazione del ruolo e, quindi, dei diritti e delle garanzie da riconoscere ai soggetti che vengono a vario titolo coinvolti nell'accertamento penale. Si tratta in realtà di scelte metodologiche obbligate, che trovano la propria ragion d'essere nella logica che accompagna l'operato della Corte, la quale è costretta a confrontarsi con ordinamenti dotati di tradizioni giuridiche profondamente diverse tra loro¹¹. Da ciò discende allora l'esigenza di adottare un approccio autonomo e flessibile, che sappia combinare le diverse caratteristiche dei sistemi giuridici dei Paesi contraenti¹². L'adozione di un approccio di tal tipo impone, dunque, di non arroccarsi dietro rigidi schemi e dicotomie, come quella che contrappone le parti formali a quelle sostanziali¹³, e di guardare agli effetti pregiudizievoli che l'accertamento penale è in grado di produrre nei confronti degli individui in esso coinvolti.

In questo modo, la categoria dei "terzi" ricomprende una vasta pletora di soggetti, tra i quali rientrano a pieno titolo i testimoni e, più in generale, quelle persone che risultano in grado di fornire il loro apporto conoscitivo contribuendo all'accertamento del reato. Questi ultimi, difatti, a prescindere dallo specifico ruolo ricoperto nell'ambito del procedimento penale nazionale rientrano nella generale categoria di "witness" adottata dalla Corte di Strasburgo, che anche in questo caso tende ad allontanarsi dalle categorie nazionali e a

of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, Cham, 2024, p. 261 ss.

¹¹ Come ribadito da A. JULIO-ESTRADA, V. SALAZAR, *Third parties in criminal procedures: the Inter-American Court of Human Rights case-law* e R. ESSER, *Third Parties in Criminal Justice. The viewpoint of ECtHR Case Law*, in questo dossier, d'altronde, il compito delle due Corti non è quello di accertare la responsabilità penale di qualcuno, ma di verificare la violazione, da parte delle autorità nazionali, di un diritto fondamentale tutelato dalle Carte dei diritti.

¹² A questo fine è importante porre l'accento sull'approccio adottato dai giudici di Strasburgo in questa specifica materia, che d'altra parte riflette il suo tradizionale *modus operandi*. Dato che il giudizio di equità processuale complessiva svolto dalla Corte Edu ha sempre una natura strettamente casistica, in quanto volto a verificare la compatibilità del procedimento domestico sottoposto alla sua attenzione rispetto alle regole stabilite dalla Convenzione, che costituiscono lo *standard* minimo al quale ciascun ordinamento deve adeguare il proprio livello di tutela (cfr. C. ORLANDO, *Presenza dell'accusato, diritto al confronto e giudizio di equità processuale nella giurisprudenza di Strasburgo*, in questa rivista, n. 1, 2022, p. 224 ss.) e poiché la stessa è costretta a confrontarsi con eterogenei modelli di giustizia, non stupisce che essa abbia adottato una definizione autonoma del concetto di accusa in materia penale, prescindendo dalle relative classificazioni e definizioni adottate in ciascuno Stato contraente. Pertanto, secondo i giudici della Grande Europa, l'accusa in materia penale esiste dal momento in cui «an individual has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion of guilt against him». Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 maggio 2017, ricorso n. 21980/04, *Simeonovi c. Bulgaria*, par. 110; Id., 13 settembre 2016, ricorso n. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, *Ibrahim and Others c. Regno Unito*, par. 249; Id., 10 settembre 2010, ricorso n. 31333/06, *McFarlane c. Irlanda*, par. 143; Id., 15 luglio 1982, ricorso n. 8130/78, *Eckle c. Germania*, par. 73; Id., 27 febbraio 1980, ricorso n. 6903/75, *Deweert c. Belgio*, para. 42-46. Cfr. C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: the Contribution of the European Court of Human Rights*, cit., p. 261 ss. Questo approccio si rivela proficuo in quanto consente di muovere i primi passi verso il riconoscimento di specifiche garanzie fondato non già sul possesso di una specifica qualifica formale nell'ambito del procedimento penale, ma sugli effetti che un'attività procedimentale è in grado di produrre nella sfera giuridica individuale.

¹³ Sul tema si veda O. DOMINIONI, *Parti (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Agg. XXXI*, Milano, 1981, p. 942 ss.; ID., *le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, p. 11 ss.; S. RUGGERI, *Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World?*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO, *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, Cham, 2024, p. 401 ss.

sposare una nozione più ampia¹⁴, comprensiva dei soggetti chiamati a rendere dichiarazioni nel corso di un riconoscimento o di un confronto diretto con un sospettato¹⁵, così come i co-indagati o co-imputati¹⁶, i consulenti e i periti¹⁷, gli agenti di polizia¹⁸, nonché le vittime e i familiari¹⁹ (a prescindere dalla assimilazione degli stessi alle parti formali).

Precisazioni di tipo analogo valgono anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte interamericana e devono essere tenute ben presenti quando si affronta il problema della tutela dei terzi nel procedimento penale. D'altronde, l'assenza di una definizione univoca di tale categoria riflette l'approccio seguito dalla Convenzione Americana dei Diritti Umani, che, come tutte le Carte dei diritti, utilizza come punto di riferimento i diritti e le libertà fondamentali considerati meritevoli di una tutela rafforzata, rivolgendosi in prima battuta nei confronti delle autorità nazionale, sulle quali incombe l'obbligo di assicurare il rispetto dei diritti sanciti. A rilevare ai fini del riconoscimento di talune garanzie non è la qualifica rivestita da taluno, men che meno quella processuale, essendo "chiunque" il destinatario delle norme pattizie. Peraltro, proprio nell'ambito del procedimento penale, la Corte interamericana, specialmente negli ultimi anni, ha adottato un'interpretazione estensiva delle norme che riconoscono la tutela dei diritti individuali e, attraverso una sofisticata operazione esegetica, ha allargato il novero dei titolari di questi ultimi, ricomprendendo anche partecipanti al procedimento penale diversi dall'accusato, quali ad esempio le vittime e i loro familiari, i testimoni, i periti e i consulenti tecnici²⁰.

L'assenza di una definizione, tanto a livello Cedu quanto a livello Cadu, conferma la natura "artificiale" della categoria dei terzi, le cui maglie possono essere allargate fino a ricomprendere tutti i soggetti diversi dall'imputato. Tra questi, pertanto, è certamente possibile ricomprendere anche alcune figure *sui generis* o *borderline*, come la vittima (il cui apporto primario al processo è molto spesso legato al suo ruolo di "dichiarante") o, ancora, i c.d. *next of kin* (cioè i familiari della vittima), i quali, salvo nell'ipotesi di morte della persona offesa che li vede equiparati a quest'ultima, possono essere considerati ad ogni buon conto "terzi" e possono, come sovente accade, intervenire nel procedimento in qualità di testimoni.

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 maggio 2015, ricorso n. 1413/05, *Damir Sibgatullin c. Russia*, par. 45; Id., 2 luglio 2002, ricorso n. 34209/96, *S.N. c. Svezia*, par. 45.

¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 novembre 2011, ricorso n. 24885/05, *Vanfuli c. Russia*, par. 110.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2008, ricorso n. 1111/02, *Trofimov c. Russia*, par. 37; Id., 17 ottobre 2019, ricorsi n. 26581/17 e 31024/17, *Oddone and Pecci c. San Marino*, para. 94-95.

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1996, ricorso n. 20524/92, *Doorson c. Paesi Bassi*, para. 81-82.

¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 luglio 2019, ricorso n. 74845/12, *Ürek and Ürek c. Turchia*, par. 50. Id., 11 dicembre 2008, ricorso n. 6293/04, *Mirilashvili c. Russia*, par. 158-159; Id., 4 maggio 2017, ricorso n. 15485/09, *Chap Ltd c. Armenia*, par. 48; Id., 13 febbraio 2018, ricorso n. 5865/07, *Butkevich c. Russia*, para. 98-99.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., par. 70.

²⁰ Così F. VALDEZ PEREIRA, L.F. SCHNEIDER KIRCHER, *Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO, *Third Parties in Criminal proceedings. A Comparative Law Study*, Cham, 2024, p. 230.

3. Il diritto della vittima ad essere ascoltata

Osservare la vittima attraverso la specifica lente dell'esame testimoniale consente di superare alcune importanti difficoltà cui si va incontro tutte le volte in cui si cerca di definire il suo ruolo all'interno delle dinamiche procedimentali. Quest'ultima, difatti, è trattata diversamente nei singoli ordinamenti e ciò può rendere problematica la sua collocazione nell'alternativa tra parti e non parti (i c.d. terzi).

L'eterogeneità delle scelte ordinamentali realizzate dagli ordinamenti riconducibili ai sistemi Cedu e Cadu non ha comunque impedito alle Corti di occuparsi della vittima, intesa dapprima come un soggetto da tutelare *dal* processo e, in un secondo momento, come un irrinunciabile protagonista dello stesso, da tutelare, quindi, *nel* processo. Ciò, d'altronde, è del tutto in linea con l'approccio sostanzialistico e non meramente formalistico adottato dalle Corti internazionali, che, attraverso diversi espedienti, sono riusciti a dare vita a un vero e proprio statuto delle vittime.

Nonostante alcune importanti differenze, sulla scorta delle quali sembrerebbe potersi ritenere un maggiore avanzamento della giurisprudenza di Strasburgo, quantomeno in termini di partecipazione diretta delle vittime, entrambe le Corti valorizzano l'apporto conoscitivo che il possibile soggetto passivo del reato può apportare. Si tratta, per la verità, di un'attività che non si collega semplicemente alla necessità di perseguire il fine ultimo del processo, essendo direttamente collegata a un'esigenza primordiale della vittima: quella di far sentire la propria voce all'interno del procedimento penale. Negli ultimi tempi, infatti, le vittime hanno sempre più frequentemente rivendicato questa esigenza, che ha trovato ascolto in molteplici fonti internazionali e sovranazionali. Del resto, il diritto a essere ascoltati si colloca al centro della garanzia di partecipazione²¹, pur rappresentando il livello minimo di coinvolgimento delle vittime nel processo penale²².

Tradizionalmente, il diritto internazionale non riconosceva alle vittime un autonomo diritto a essere ascoltate²³, sebbene il ruolo della persona offesa sia sempre stato confinato a mero dichiarante²⁴. Ciò determinava una situazione particolarmente problematica, come dimostrato dall'esperienza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* (quali il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda): le vittime/testimoni potevano essere sentite nel corso del procedimento solo se previamente chiamate dalle parti e nei limiti delle domande formulate dall'accusa o dalla difesa²⁵. La loro

²¹ A. KLIP, *Fair trial rights in the European Union: reconciling accused and victims' rights*, in T. RAFARACI, R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public prosecutors' Office*, Cham, 2018, p. 22.

²² H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, n. 1, vol. 5, gen-apr 2019, p. 84.

²³ Oggi tale diritto è sancito dall'articolo 68 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, dall'articolo 31, lettera c), della Convenzione di Lanzarote e dall'articolo 5, lettera d), della Convenzione di Istanbul.

²⁴ G. ILLUMINATI, *The victim as a witness*, in L. LUPARIA DONATI (a cura di), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Padova, 2015, p. 65.

²⁵ Secondo J. DOAK, *Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects of Participation*, in *Journal of Law and Society*, 2005, p. 312, «it is ironic that the person whose complaint was instrumental in bringing the case to court is denied the right to participate as a separate player in proceedings, but must instead play an extremely limited role in so far as they may only testify if called by prosecution, and may only relay information to the factfinder within the questioning parameters laid down by counsel». Sul punto si veda anche G. ZAGO, *The role of victims at the international criminal court: legal challenges from the tension between restorative and retributive justice*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 12 novembre 2014, p. 4.

partecipazione al processo penale risultava, pertanto, anche nella semplice veste di testimone, meramente eventuale.

La limitata possibilità di raccontare la propria esperienza incideva sia su interessi individuali sia su interessi generali, ostacolando il conseguimento di un'effettiva tutela dei diritti delle vittime e, al contempo, ostacolando il corretto accertamento dei fatti, poiché non vi è dubbio che le dichiarazioni delle persone che hanno subito le conseguenze di un reato svolgano spesso un ruolo fondamentale per comprendere le modalità della sua commissione. Inoltre, le informazioni fornite dalle vittime rappresentano talvolta la principale, se non l'unica, prova nel processo, circostanza che spiega perché la persona offesa sia frequentemente chiamata a collaborare con le autorità²⁶.

Non a caso, tale diritto è stato riconosciuto anche in seno alla giurisprudenza Cedu e Cadu, nonostante l'assenza di un esplicito riferimento allo stesso nelle Carte dei diritti di riferimento²⁷. In questo senso è anzi possibile constatare una certa uniformità nel *modus procedendi* seguito dalle due Corti, che hanno recuperato in via interpretativa il diritto della vittima ad essere ascoltata e hanno quindi giocato un ruolo cruciale nel rafforzamento di questo peculiare diritto della vittima, anticipandone l'operatività già a partire dalla fase investigativa. In particolare, secondo i giudici di Strasburgo, perché la tutela assicurata ai c.d. *core rights*²⁸ sia effettiva, è necessario l'adempimento di specifici obblighi di natura procedimentale, tra i quali rientra il compimento di indagini celeri, effettive, tempestive e ufficiali²⁹. Sulle autorità procedenti di uno Stato aderente alla Convenzione, pertanto, incombe il dovere di svolgere tutte le attività necessarie per accertare il fatto e individuare e punire l'eventuale autore ma, soprattutto, incombe su di loro il dovere di proteggere le vittime dal rischio di ulteriori violazioni dei loro diritti fondamentali. A questo fine, è necessaria l'audizione della vittima, audizione che, con riferimento a specifici reati, come ad esempio lo *stalking* e le molestie sessuali, deve essere condotto prontamente e a distanza il più possibile ravvicinata dall'ipotetico fatto³⁰, trattandosi di condotte che molto spesso tendono ad avere una *escalation* che può culminare in eventi drammatici³¹. Pertanto, sebbene non vi siano esplicite indicazioni riguardo al momento in cui le autorità debbano procedere al primo colloquio con la vittima, il diritto a essere ascoltata – in conformità all'obbligo

²⁶ G. ILLUMINATI, *The victim as a witness*, cit., p. 67.

²⁷ Diversamente, l'Unione Europea riconosce espressamente tale diritto, sebbene affronti il tema in maniera abbastanza cauta, ossia non precisando esattamente il momento né le modalità nelle quali tale diritto debba essere esercitato. Cfr. S. RUGGERI, *Audi Alteram partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Cham, 2017, p. 380.

²⁸ Ci si riferisce, in particolare, ai diritti previsti dagli artt. 2, 3, 4, e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

²⁹ Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, le autorità inquirenti degli Stati aderenti alla Convenzione devono compiere indagini complete, celeri ed effettive al fine di accertare i fatti e di assicurare la punizione degli eventuali autori. Così Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 giugno 2009, ricorso n. 33401/02, *Opuz c. Turchia*, par. 150; Id., 7 ottobre 2021, ricorso n. 20116/12, *Zoetic e altri c. Azerbaijan*, par. 187; Id., 31 agosto 2021, ricorso n. 42705/11, *Estemirova c. Russia*; Id., 21 settembre 2021, ricorso n. 20914/07, *Carter c. Russia*. Sul tema in dottrina si vedano *ex multis* M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Archivio penale*, n. 5, 2019; L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed "equità processuale"*, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018; V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Archivio penale*, n. 3, 2020.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 giugno 2022, ricorso n. 23736/19, *De Giorgi c. Italia*, para. 67-68.

³¹ Cfr. le vicende analizzate in Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 aprile 2022, ricorso n. 10929/19, *Landi c. Italia*.

procedimentale stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – dovrebbe essere garantito già nella fase iniziale delle indagini penali³².

Nel quadro tracciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, pertanto, il *right to be heard* dell'offeso non ha un autonomo riconoscimento, facendo piuttosto parte di quell'insieme di situazioni giuridiche attive che discendono dal riconoscimento, da parte della Convenzione, di diritti fondamentali, come il diritto alla vita e all'integrità psico-fisica.

Come si anticipava, non pare potersi rintracciare alcun esplicito riferimento a tale diritto neppure nella Convenzione di San Josè, che costituisce il punto di riferimento per la Corte Interamericana. Ciò posto, al pari di quanto fatto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte Interamericana ha recuperato il riconoscimento di tale garanzia in via esegetica. Difatti, poiché in base agli artt. 8 e 25 del Patto di San Josè alle vittime e ai loro familiari devono essere garantiti rimedi effettivi contro le violazioni dei diritti umani da loro subite, gli stessi devono avere il diritto di essere ascoltati e di intervenire nel procedimento penale che li riguarda e ciò proprio al fine di contribuire all'accertamento della verità, alla punizione dell'eventuale responsabile e, da ultimo, alla riparazione del danno patito³³. D'altronde, presupposto logico affinché le autorità svolgano indagini effettive, serie e imparziali è che le stesse siano messe, sin da subito, a conoscenza dell'evento dannoso³⁴, risultato che può essere ottenuto solo anticipando il più possibile l'audizione della persona offesa³⁵. In questo senso, l'audizione dell'offeso non costituisce solo una prerogativa del giusto processo, ma, più a monte, costituisce un'espressione del diritto alla giustizia, alla verità³⁶ e alla riparazione, che assumono particolare rilievo soprattutto in caso di gravi violazioni dei diritti umani³⁷.

Emblematicamente, infatti, tanto la Corte europea dei diritti dell'uomo quanto la Corte Interamericana non fanno discendere il diritto della vittima di essere ascoltata tanto e solo dalle norme sul giusto processo – tendenza per la verità maggiormente accentuata con

³² Nel caso *Talpis c. Italia*, la Corte ha riscontrato una violazione degli obblighi procedimentali sussistenti in capo alle autorità poiché la presunta vittima era stata interrogata dalla polizia per la prima volta sette mesi dopo aver presentato la denuncia. Secondo la Corte, «un simile ritardo poteva solo privare la ricorrente della protezione immediata richiesta dalla situazione. È vero, come sostenuto dal Governo, che durante il periodo in questione la ricorrente non è stata sottoposta a ulteriori atti di violenza fisica da parte di A.T. Tuttavia, la Corte non può ignorare il fatto che la ricorrente, che era oggetto di molestie telefoniche, viveva nella paura mentre si trovava presso il centro di accoglienza». Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 marzo 2017, ricorso n. 41237/14, *Talpis c. Italia*, par. 114.

³³ Corte interamericana dei diritti umani, 24 febbraio 2011, *Gelman c. Uruguay*, par. 187.

³⁴ Corte interamericana dei diritti umani, 20 novembre 2007, *García Prieto e altri c. El Salvador*, par. 101; Corte interamericana dei diritti umani, 25 novembre 2006, *Miguel Castro Castro c. Perú*, par. 378.

³⁵ L'assunto è peraltro confermato dalla giurisprudenza della Corte Interamericana che, per valutare l'effettività e la completezza delle indagini penali aventi ad oggetto particolari reati, tiene conto di una serie di indici, alcuni dei quali guardano alla posizione della vittima e al suo coinvolgimento. Nello specifico, i giudici hanno valorizzato la realizzazione di accertamenti tecnici sul corpo della vittima (Corte interamericana dei diritti umani, 26 settembre 2006, *Vargas Areco c. Paraguay*, par. 87 ss.); l'omissione o il ritardo nell'assunzione di dichiarazioni (Corte interamericana dei diritti umani, 21 maggio 2013, *Suárez Peralta c. Ecuador*, par. 96). Cfr. F. VALDEZ PEREIRA, L.F. SCHNEIDER KIRCHER, *Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (LACtHR)*, cit., p. 246.

³⁶ In diversi procedimenti, la Corte Interamericana ha affermato che le vittime e i loro familiari hanno il diritto di sapere cosa è successo e di conoscere l'identità del responsabile. Così Corte interamericana dei diritti umani, *García Prieto e altri c. El Salvador*, cit., par. 102; Corte interamericana dei diritti umani, 4 luglio 2007, *Escué Zapata c. Colombia*, par. 166.

³⁷ Sul punto si rinvia a A. JULIO-ESTRADA, V. SALAZAR, *Third parties in criminal procedures: the Inter-American Court of Human Rights case-law*, in questo dossier.

riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo – quanto piuttosto dalla tutela procedimentale di diritti inviolabili come il diritto alla vita, all'integrità, al rispetto della vita privata e familiare, il che rafforza il diritto in questione, conferendogli radici ben più profonde di quelle che potrebbero apparire *prima facie*.

Eppure, paradossalmente, proprio i beni giuridici fondamentali che si intendono tutelare mediante l'audizione dell'offeso sono al contempo esposti a seri rischi durante lo svolgimento di queste attività. E così, specialmente quando si tratta di vittime di reati particolarmente gravi o di persone offese vulnerabili³⁸, l'esercizio del loro diritto può diventare la causa di un'ulteriore lesione, ponendo le basi per la concretizzazione di un fenomeno particolarmente problematico qual è quello della vittimizzazione secondaria³⁹.

Nonostante le potenzialità della recente giurisprudenza delle Corti internazionali, l'esercizio concreto di tale diritto potrebbe incidere su altri diritti fondamentali della vittima. In effetti, affrontare un processo penale può compromettere la sua salute fisica e mentale, soprattutto quando è sottoposta all'esame incrociato. In tale situazione, il dichiarante deve rievocare i fatti criminosi e confrontarsi con l'imputato, rivivendo così il trauma sofferto. Pertanto, le autorità giudiziarie devono adottare le misure necessarie per ridurre al minimo tale rischio ed evitare ulteriori pregiudizi. A ben vedere, infatti, in tali particolari situazioni, alle vittime vengono accordate misure urgenti di protezione in ragione del loro ruolo di testimoni, poiché l'obiettivo primario è garantire che la prova possa essere utilizzata nel giudizio⁴⁰. In questi casi, sempre più di frequente le autorità giudiziarie procedono alla loro audizione ed escussione mediante modalità protette, utilizzando cioè dei metodi che, frapponendosi tra accusato e accusatore, sembrano idonei a rafforzare la tutela delle persone offese a scapito però delle garanzie della difesa.

Tuttavia, poiché su entrambi i piatti della bilancia si trovano diritti e libertà fondamentali, non si può adottare un approccio di tal tipo ed occorre sempre ricercare un punto di equilibrio tra le diverse esigenze che vengono in gioco. In tale contesto, assume

³⁸ Sulla nozione di "particolare vulnerabilità", quantomeno rispetto all'ordinamento interno, si veda S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 297 ss. Secondo S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, cit., p. 72, «la caratteristica che individua la vulnerabilità può essere individuata, in estrema sintesi, nella difficoltà di ricordare e descrivere i fatti che hanno generato il disagio relazionale, senza mediazione ed in presenza dell'accusato; difficoltà destinata ad aggravarsi con il passare del tempo che, di regola, aumenta il rischio di vittimizzazione secondaria».

³⁹ Per «secondary victimisation» si intende «the psychological trauma often suffered by victims due to the re-enactment of the event». Così M. DANIELE, E. CALVANESE, *Evidence gathering*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, Cham, 2018, p. 386. Sul tema si vedano anche P.P. PAULESU, *An overview on the "crisis" of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, vol. 8, n. 3, 2022, p. 1073 ss.; O. MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in D. NEGRI, R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, p. 130; A. PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Torino, 2017, p. 378 ss.; C. CESARI, *"La campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni*, in S. BUZZELLI, L. CARACENI, F. SIRACUSANO, M.G. COPPETTA, V. PATANÈ, O. MAZZA, C. CESARI (a cura di), *Il minorenni fonte di prova del processo penale*, Milano, 2015, p. 296 ss.; G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giurisprudenza sovranazionale*, in *Cassazione penale*, n. 10, 2009, p. 4066.

⁴⁰ H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, cit., p. 86; C. EVANS, *Reparations for Victims in International Criminal Law*, disponibile su <https://rwi.lu.se/app/uploads/2012/04/Reparations-for-Victims-Evans.pdf>, p. 6.

un'indubbia rilevanza l'interpretazione che le Corti internazionali hanno dato al diritto al confronto dell'accusato, i cui margini di cedevolezza costituiscono delle brecce attraverso le quali può farsi strada la tutela dei dichiaranti, siano essi vittime del reato o semplicemente soggetti meritevoli di particolare protezione, circostanza che rende più complesso realizzare una *reductio ad unum* e prospettare soluzioni univoche.

4. Tutela dei dichiaranti e diritto al confronto: la logica del bilanciamento nella giurisprudenza delle Corti internazionali in materia di diritti umani

In definitiva, sebbene le norme sul giusto processo – prima tra tutte l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, norma manifesto delle garanzie processuali individuali riferibili alla *fairness* processuale –, non prendano espressamente in considerazione la posizione di tale categoria di soggetti, non si può negare che la loro vita, libertà e sicurezza, così come quella dei loro familiari debbano essere garantite affinché un procedimento possa dirsi realmente *fair*⁴¹. Di conseguenza, gli Stati contraenti sono chiamati a tenere conto di tali esigenze e devono perciò regolare i propri procedimenti penali in modo tale che questi diritti non siano ingiustificatamente lesi⁴².

Cercare di assicurare un adeguato *standard* di tutela ai dichiaranti, senza però frustrare le istanze di tutela dell'accusato è un'operazione tutt'altro che agevole, in quanto in questo caso emergono istanze antinomiche, difficilmente conciliabili. Da un lato, infatti, vi sono i principi del giusto processo, in base ai quali, affinché l'imputato possa essere condannato, è necessario che le prove siano assunte in sua presenza nel corso di un'udienza pubblica, al fine di consentire il contraddittorio e, in ogni caso, che all'imputato sia offerta un'opportunità adeguata e appropriata di esaminare o controesaminare i testimoni a carico, sia al momento in cui le dichiarazioni sono rese sia in una fase successiva del procedimento⁴³. Dall'altro lato, è di fondamentale importanza proteggere i testimoni dai potenziali effetti pregiudizievoli

⁴¹ La necessità di assicurare il rispetto del diritto alla vita e dell'integrità psico-fisica dei testimoni e dei loro familiari è stata affermata già a partire dalla fine del secolo scorso tanto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo quanto dalla Corte Interamericana in alcuni importanti casi come, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., par. 70; Id., *Van Mechelen and Others c. Paesi Bassi*, cit., par. 53; Corte interamericana dei diritti umani, 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, par. 199 e Id., 31 agosto 2017, *Vereda La Esperanza c. Colombia*, par. 113; Id., 13 marzo 2018, *Carvajal Carvajal c. Colombia*, par. 126. Cfr. B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale italiano*, cit., p. 103; S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Torino, 2008, p. 227 ss.; M. CHIAVARIO, *Il «diritto al processo» delle vittime dei reati e la corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, 2001, p. 940.

⁴² *Ibidem*. In queste ipotesi la Corte interamericana ammette il ricorso a misure coercitive provvisorie, finalizzate ad assicurare una tutela effettiva della vita e dell'integrità psico-fisica del teste. In certi casi, peraltro, facendo leva su quanto previsto dagli artt. 63.2 della Convenzione e 25 dello Statuto della Corte, i giudici hanno ammesso la possibilità di ordinare l'applicazione di misure coercitive provvisorie volte a evitare danni irreparabili. Corte interamericana dei diritti umani, 29 novembre 2008, *Kawas Fernández c. Honduras*, par. 9. Cfr. A. JULIO-ESTRADA, V. SALAZAR, *Third parties in criminal procedures: the Inter-American Court of Human Rights case-law*, in questo dossier.

⁴³ Art. 6, par. 3, lett. d) Cedu. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2011, ricorsi n. 26766/05, 22228/06, *Al-Khawaja and Tahery c. Regno Unito*, par. 118; Id., 19 luglio 2012, ricorso n. 26171/07, *Hümmer c. Germania*, par. 38; Id., 27 febbraio 2001, ricorso n. 33354/96, *Lucà c. Italia*, par. 39.

della *cross-examination*⁴⁴. Quest'ultima, peraltro, quando viene svolta nel corso di un'udienza pubblica, non è foriera di pregiudizi solo per coloro i quali sono direttamente coinvolti nell'attività istruttoria, ma anche per chi rimane estraneo a questa attività procedimentale.

Talvolta, infatti, a prescindere dalla commissione di condotte intimidatorie da parte dell'accusato o di persone a lui vicine, i dichiaranti sperimentano un generale timore di deporre, derivante, ad esempio, dalla notorietà dell'indagato/imputato o dal particolare contesto nel quale si trovano. In queste ipotesi, mantenere l'anonimato è il riflesso di un'esigenza vitale, che le autorità nazionali non possono ignorare⁴⁵. Proprio per questo, tanto la Corte europea dei diritti dell'uomo quanto la Corte Interamericana riconoscono la necessità di proteggere tali individui e a questo fine ammettono l'adozione di misure finalizzate a preservare l'anonimato dei dichiaranti⁴⁶, senza però che ciò pregiudichi il diritto di difesa. Per la Corte Interamericana, occorre utilizzare alcune misure compensative e, in particolare, è necessario che il giudice conosca l'identità del testimone e abbia la possibilità di osservarne il comportamento, così da poter formare il proprio convincimento in ordine alla sua attendibilità e credibilità; che la difesa sia messa nella condizione di interrogare direttamente il dichiarante, sia pur su aspetti che non abbiano alcuna attinenza alla sua identità, ma, soprattutto, bisogna evitare che l'eventuale condanna dell'accusato si fondi esclusivamente sulle dichiarazioni rese da testimoni la cui identità sia stata mantenuta riservata. Ne consegue che, ai fini della formazione di un giudizio di colpevolezza, è imprescindibile la sussistenza di ulteriori elementi probatori, autonomi e convergenti, idonei a corroborare le dichiarazioni del c.d. testimone "senza volto"⁴⁷.

Sul punto, si apprezza quindi un importante punto di contatto con la giurisprudenza di Strasburgo⁴⁸, che, nelle sue decisioni più risalenti, aveva applicato la «*sole or decisive rule*» per verificare se il procedimento fosse stato condotto in modo equo. In particolare, in base a

⁴⁴ P.P. PAULESU, *An overview on the "crisis" of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination*, cit., p. 1070.

⁴⁵ In realtà, secondo quanto messo in luce da F. VALDEZ PEREIRA, L.F. SCHNEIDER KIRCHER, *Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, cit., p. 254, «The InterAmerican Court explained the idea that, faced with a context of intimidation and threats to important witnesses to the reconstruction of the facts, an isolated and decontextualized view cannot be taken. Threats shall be considered in the context of obstacles to the investigation of the criminal case. Otherwise, such events can become a means of perpetuating impunity, avoiding the full clarification of criminal events». Da ciò emerge che la Corte Interamericana ricollega la sicurezza e la protezione di tutti coloro i quali intervengono nel procedimento penale al valore dell'effettività delle indagini penali: la loro tutela è dunque una condizione necessaria, sebbene non sufficiente, per ottenere una decisione corretta e per realizzare l'accertamento dei fatti.

⁴⁶ I giudici di Strasburgo, ad esempio, hanno ritenuto legittima la richiesta di anonimato avanzata dalle autorità di polizia impegnate in attività sotto copertura, quando questa è finalizzata a garantire la loro sicurezza e quella delle loro famiglie, oltretutto a preservarne l'utilità per operazioni future. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 56-57; Id., 12 gennaio 2017, ricorso n. 54146/09, *Báték e altri c. Repubblica Ceca*, par. 46; Id., 23 maggio 2017, ricorsi n. 67496/10 e 52936/12, *Van Wesenbeeck c. Belgio*, para. 100-101. Allo stesso modo, la Corte interamericana ha valorizzato l'apporto dei «faceless witnesses», considerando l'espedito dell'anonimato – che implica la non rivelazione, agli imputati e alle rispettive difese, dell'identità del teste indicato dall'accusa – un utile mezzo per garantire i diritti alla vita, all'integrità, alla libertà e alla sicurezza personale di coloro che rendono dichiarazioni. Cfr. sul punto il caso emblematico Corte interamericana dei diritti umani, 21 ottobre 2016, *Pollo Rivera e altri c. Perù*, cit., para. 205.

⁴⁷ Corte interamericana dei diritti umani, *Pollo Rivera e altri c. Perù*, cit., par. 205. In termini analoghi, Corte interamericana dei diritti umani, 29 maggio 2014, *Norín Catrimán e altri c. Cile*, par. 243.

⁴⁸ Così F. VALDEZ PEREIRA, L.F. SCHNEIDER KIRCHER, *Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, cit., p. 255.

questa regola – elaborata per bilanciare un’interpretazione rigorosa del diritto al confronto e l’utilizzo di prove acquisite in *deficit* di un confronto dialettico – qualora l’accusato non avesse avuto un’occasione adeguata e sufficiente per contestare la prova, egli non avrebbe potuto essere condannato esclusivamente sulla base di quella prova⁴⁹. Evidentemente, quindi, la Corte di Strasburgo, nel bilanciare gli interessi della vittima con quelli dell’accusata, tendeva ad attribuire un peso maggiore al diritto dell’accusato di confrontarsi con i testi a suo carico rispetto al diritto del dichiarante di evitare ulteriori sofferenze psicologiche dovute alla *cross-examination*⁵⁰.

Tuttavia, negli ultimi anni l’approccio dei giudici di Strasburgo è cambiato significativamente e l’ago della bilancia sembra essersi spostato verso la tutela dei dichiaranti. A partire dalle storiche decisioni *Al-Khawaja e Tahery contro Regno Unito* e *Schatschaschwili contro Germania*, la Corte ha escluso che la «sole or decisive rule» potesse essere applicata in maniera eccessivamente rigorosa, affermando che, qualora una condanna si fondi esclusivamente o in misura determinante su prove assunte in *deficit* di confronto dialettico, i giudici di Strasburgo, prima di dichiarare la violazione del diritto al confronto, devono verificare con particolare attenzione se le autorità nazionali abbiano riconosciuto alla persona accusata idonee garanzie volte a compensare la mancanza del confronto (i c.d. “*counterbalancing factors*”)⁵¹.

Questo vaglio, volto a verificare la presenza di idonee “*procedural safeguards*” e realizzabile solo *ex post* dalla Corte Edu e non già dalle autorità nazionali procedenti, peraltro, non deve essere svolto solo nel caso in cui non vi sia stato alcun confronto a causa dell’assenza dei dichiaranti. Tali principi, difatti, non operano soltanto con riferimento ai testimoni assenti: essi devono trovare attuazione anche qualora la difesa abbia incontrato

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Lucà c. Italia*, cit., par. 40: «where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6». Cfr. S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and latin America*, Cham, 2017, p. 329; ID., *Le contestazioni nell’esame testimoniale. Un’analisi critica della disciplina italiana in prospettiva interdisciplinare e nell’ottica del diritto comparato*, in *La legislazione penale*, p. 4 ss.; S. QUATTROCOLO, *Artificial intelligence, computational modelling and criminal proceedings. A framework for a European legal discussion*, Cham, 2020, p. 82.

⁵⁰ Nel caso *P.S. contro Germania*, l’imputato era stato dichiarato colpevole di aver commesso una violenza sessuale ai danni di una bambina di otto anni sulla base delle dichiarazioni *de relato* rese dalla madre della vittima, la quale aveva riferito quanto raccontatole dalla figlia, nonché dall’agente di polizia, che aveva interrogato la minore immediatamente dopo i fatti e ciò in quanto il giudice dibattimentale aveva escluso la necessità di esaminare la vittima, al fine di evitarle ulteriori traumi psicologici. In questa occasione, la Corte di Strasburgo, investita della questione, riscontrò una violazione dell’art. 6, par. 3, lett. D), Cedue, sulla scorta del fatto che alla difesa non fosse stata concessa alcuna possibilità di contestare l’attendibilità della prova ritenuta decisiva. Corte europea dei diritti dell’uomo, 20 dicembre 2001, ricorso n. 33900/96, *P.S. c. Germania*.

⁵¹ Nello specifico, in *Corte europea dei diritti dell’uomo, Al-Khawaja and Tahery c. Regno Unito*, cit., par. 147, la Corte ha affermato: «The Court therefore concludes that, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. [...] The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case». Cfr. J.R. SPENCER, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Oxford, 2014, p. 48 ss.; R.E. KOSTORIS, *Per una “grammatica” minima del giudizio di equità processuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura*, n. 1, 2020, p. 1676 ss.; C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights*, cit., p. 273.

difficoltà eccessive nell'esercizio del diritto al confronto a causa dell'ammissione e dello svolgimento dell'esame testimoniale con particolari modalità⁵² (circostanza che si realizza, per l'appunto, quando vengono utilizzate, a fini probatori, le dichiarazioni rese da testimoni anonimi, da soggetti che abbiano rifiutato di deporre in dibattimento o di confrontarsi con la difesa, si pensi al coimputato, oppure, ancora, da persone il cui esame sia stato svolto utilizzando tecniche speciali di audizione, come la videoconferenza⁵³). Com'è facilmente intuibile, tali principi assumono particolare rilievo anche in tutti quei casi in cui ad essere sentite sono le vittime e, più in generale, i soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità, rispetto ai quali, come si è visto, esiste un vero e proprio obbligo di protezione in capo alle autorità nazionali.

In quest'ottica, a essere rimodellato non è tanto il diritto al confronto in sé, quanto le modalità nelle quali esso può essere esercitato, modalità che oggi risentono della rilevanza attribuita a determinate categorie di dichiaranti. A ben vedere, in effetti, secondo la giurisprudenza internazionale, tale fondamentale diritto dell'accusato si considera garantito anche laddove esso sia attuato con modalità differenti rispetto al confronto diretto tra accusatore e accusato. A ritagliarsi un certo spazio, in questo quadro, sono quindi alcuni espedienti capaci, quantomeno in linea teorica, di realizzare un compromesso tra le istanze del dichiarante e quelle dell'accusato. Ci si riferisce, nello specifico, oltre alle risalenti modalità di audizione mediante vetro-specchio, al ricorso alle videoregistrazioni di un colloquio con un testimone o, ancora, alla possibilità di ricorrere alla videoconferenza che, pur ponendo un medium tra l'accusato e il suo accusatore, consente in qualche misura di trovare un punto di incontro tra le contrapposte esigenze.

Negli ultimi anni, in effetti, le Corti hanno posto particolare enfasi sulle potenzialità delle risorse messe in campo dal progresso scientifico e tecnologico da ultimo richiamate e in diverse occasioni è stato incoraggiato il ricorso alla videoregistrazione come modalità di documentazione della prova dichiarativa. L'utilizzo di tale strumento consentirebbe, infatti, al contempo, al giudice di apprezzare l'esperienza comunicativa maturata in precedenza nella sua espressione più pura e genuina e di sostituire una nuova escussione del dichiarante nella fase del giudizio con la sua riproduzione⁵⁴. Per questa via, si riuscirebbe ad assicurare alla persona accusata un contraddittorio argomentativo di gran lunga più qualificato rispetto a quello che potrebbe realizzarsi su un verbale scritto, in quanto la difesa risulterebbe messa nella condizione di osservare direttamente le modalità con cui i contributi dichiarativi sono

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2015, ricorso n. 9154/10, *Schatschaschwili c. Germania*, par. 116: «Given that the Court's concern is to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, it must review the existence of sufficient counterbalancing factors not only in cases in which the evidence given by an absent witness was the sole or decisive basis for the applicant's conviction but also in those cases where, following its assessment of the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence, it finds it unclear whether the evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight and that its admission may have handicapped the defence».

⁵³ Cfr. C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights*, cit., p. 274; A. FALCONE, *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*, in *La legislazione penale*, 2023, p. 1 ss.; M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, p. 133; M. BOLOGNARI, *La videoconferenza transnazionale nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2, p. 519.

⁵⁴ Così, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 settembre 2013, ricorso n. 61800/08, *Gani c. Spagna*; Id., 27 aprile 2009, ricorso n. 23220/04, *A.L. c. Finlandia*, par. 41; Id., 7 luglio 2009, ricorso n. 30542/04, *D. c. Finlandia*, par. 50.

stati assunti⁵⁵ e di apprezzare il contegno tenuto dal dichiarante nel corso dell'attività istruttoria⁵⁶.

Eppure, la soluzione prospettata dai giudici di Strasburgo, se dal punto di vista del dichiarante elimina i rischi derivanti da una nuova escussione, potrebbe porre delicati problemi con riferimento all'accusato, in quanto parifica, sul piano della tutela, il diritto dell'accusato a confrontarsi direttamente con il proprio accusatore a un contraddittorio differito sulla fonte di prova, soluzione che si rivela discutibile nella misura in cui i relativi contributi dichiarati siano poi decisivi ai fini del giudizio di responsabilità dell'imputato.

Stanti i limiti della videoregistrazione, potrebbe allora essere guardata con favore la videoconferenza che, seppur frapponendo un diaframma tra i soggetti coinvolti nella procedura istruttoria, consente lo svolgimento contestuale dell'esame incrociato. Tale strumento, infatti, rende possibile lo svolgimento di un'udienza a distanza, nella quale le persone coinvolte nel procedimento non si riuniscono fisicamente nello stesso luogo, ma sono collegate tramite collegamento audio-visivo. Non a caso, le videoconferenze sono state frequentemente utilizzate per facilitare la partecipazione a distanza alle udienze avanti ad oggetto reati particolarmente gravi o nelle quali erano coinvolte particolari categorie di persone, essendo capaci di ridurre il rischio di ritorsioni perpetrate dall'accusato o da terzi nei confronti delle vittime o delle loro famiglie e, al contempo, di frapporre un *medium* tra offeso e imputato, idoneo ad attenuare lo *stress* provocato dal confronto diretto tra i due. Pur riconoscendo i vantaggi connessi alla c.d. smaterializzazione dell'attività d'udienza e, per quel che qui interessa, dell'esame dei dichiaranti, non possono però sottacersi le insidie che si celano dietro l'uso della videoconferenza per assumere le prove dichiarative. Perlomeno con le tecnologie oggi esistenti, la partecipazione a distanza non può essere parificata alla presenza fisica e, in ogni caso, tale preoccupazione non è attenuata neppure se si prendesse in considerazione l'ipotesi, per la verità infrequente, di un collegamento di ottima qualità. La "mediazione" elide una componente essenziale del portato comunicativo dell'audizione, riconducibile al contegno del dichiarante: si perdono, infatti, i contatti visivi, i giochi di sguardi⁵⁷, i gesti e il linguaggio del corpo, che diventa meno decifrabile⁵⁸. L'esame diventa in altre parole più artificioso e meccanico e aumenta il rischio che il teste sia reticente o che non dica la verità⁵⁹.

⁵⁵ Secondo M. GIALUZ, *Victim's protection in the case law of the European Court of Justice and the European Court of human rights*, cit., p. 28, grazie alla possibilità di mostrare il filmato in udienza, la videoregistrazione consente sempre alla difesa di verificare (ed eventualmente mettere in discussione), il metodo utilizzato per condurre l'esame.

⁵⁶ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 4, 2013, p. 127 ss.

⁵⁷ «Il fatto che sia irrealizzabile un vero e proprio contatto visivo rende anche impossibile capire con certezza se il testimone, quando risponde alle domande, stia effettivamente guardando il giudice o le parti tramite lo schermo oppure altrove». Così N. PASCUCI, *L'esame a distanza di testimoni, periti e consulenti tecnici in dibattimento*, Milano, 2025, pp. 3-4. Cfr. M. BIRAL, *The Italian Routs towards Digitalisation of Criminal Proceedings. The Latest Developments in the Field of Remote Justice*, in *Revista brasileira de direito processal penal*, n. 2, 2024, p. 8.

⁵⁸ Secondo alcuni autori, si tratta di una conseguenza non trascurabile in quanto tramite il contatto visivo con il dichiarante il giudice è capace di intercettare le sue incertezze ed eventualmente il suo rimorso. Cfr. R. ZHONG, M. BARANOSKI, N. FEIGENSON, L. DAVISON, A. BUCHANAN, H.V. ZONANA, *So You're Sorry? The Role of Remors in Criminal Law*, in *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2014, n. 1, p. 43 s.

⁵⁹ D. NEGRI, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 460, secondo cui «quei soggetti, agevolati dalla distanza fisica e isolati nella quiete delle loro postazioni, saranno più facilmente portati a confermare, quasi indisturbati, la versione dei fatti già riferita a suo

La videoconferenza, se contribuisce ad attutire i principali fattori che sono in grado di arrecare concreto pregiudizio al dichiarante nel corso della *cross-examination*, pone delicatissime questioni in relazione alla concreta effettività di quel metodo di accertamento che trova nel contraddittorio tra le parti la sua cifra più autentica e, per l'effetto, del diritto al confronto della persona accusata⁶⁰.

Per queste ragioni, sarebbe auspicabile procedere con cautela ed evitare che le misure volte a tutelare la posizione dei dichiaranti siano adottate automaticamente: dato che la previsione di siffatti meccanismi non garantisce alla difesa la medesima tutela offerta dalla *cross-examination*, il loro utilizzo dovrebbe essere soggetto ad un rigoroso sindacato da parte delle autorità giudiziarie dell'ordinamento domestico, volto ad appurare il particolare stato psico-fisico in cui versa dichiarante e ad individuare la misura che meglio possa coniugare il suo bisogno di protezione con le istanze di tutela della persona accusata⁶¹. D'altronde, come è emerso anche nelle pagine che precedono, così come sono eterogenee le posizioni in cui si trovano i diversi dichiaranti e, conseguentemente, le istanze di cui sono portatori – che ben possono variare se ad esempio si considera l'offeso piuttosto che l'agente sotto copertura – parimenti devono essere eterogenee le soluzioni adottate dall'ordinamento, che deve comunque avere come stella polare quella della *fairness* processuale.

5. Conclusioni

L'analisi finora condotta ha messo in luce il notevole impegno mostrato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte interamericana nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze individuali che vengono in gioco, tra le quali rientrano quelle dei dichiaranti, considerate, ai fini del presente studio, afferenti alla macrocategoria dei terzi.

Dai filoni giurisprudenziali analizzati si evince il metodo seguito dai giudici internazionali, i quali, nel ricostruire il diritto al confronto, hanno adottato un approccio comprensivo, volto a considerare i diversi interessi in gioco e, in particolare, i diritti fondamentali dei testimoni che subiscono gli effetti dell'assunzione della prova orale. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, difatti, l'art. 6, par. 3, lett. d), Cedu non può essere interpretato nel senso di richiedere in tutti i casi che le domande siano poste direttamente dall'imputato o dal suo difensore attraverso l'esame incrociato o con altri mezzi e ciò sulla scorta della consapevolezza in ordine ai pregiudizi che il confronto diretto tra l'accusatore e la vittima potrebbe generare su tali soggetti⁶². Significativamente, dunque, la necessità di attenuare i rischi di ripercussioni sui diritti fondamentali degli individui sottoposti agli effetti delle attività giudiziarie ha spinto i giudici di Strasburgo a ridefinire l'ambito del

tempo agli inquirenti». In senso difforme si veda R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma sociale per il processo penale?*, in *Sistema penale*, n. 2, 2021, p. 137 s., secondo la quale l'esame a distanza, grazie alla sua «distanza fisica» e alla sua «maggiore lentezza», potrebbe avere effetti positivi sull'acquisizione probatoria, favorendo il *fair play* delle parti.

⁶⁰ N. PASCUCI, *L'esame a distanza di testimoni, periti e consulenti tecnici in dibattimento*, Milano, 2025, p. 2.

⁶¹ Sul punto appaiono infatti condivisibili le preoccupazioni espresse da C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights*, cit., p. 275.

⁶² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 2021, ricorso n. 22597/16, R.B. c. *Estonia*; Id., 28 maggio 2015, ricorso n. 41107/10, Y. c. *Slovenia*, par. 106.

diritto al confronto, dando così voce a preoccupazioni che per troppo tempo sono rimaste inascoltate⁶³. Intervenendo in materia di diritto al confronto è stato possibile rafforzare la posizione processuale dei dichiaranti, affermando che i diritti di tali soggetti e, conseguentemente, il loro effettivo esercizio debbano sempre essere presi in considerazione nel giudizio di equità complessiva del procedimento penale, creando così uno statuto del dichiarante che, a differenza di quanto accadeva in passato, non si compone più di sole situazioni giuridiche doverose – anzi, di veri e propri obblighi penalmente rilevanti –, ma consta altresì di veri e propri diritti, la cui tutela è tale da giustificare anche una limitazione di un diritto fondamentale, com'è appunto il diritto al confronto.

Se questo è vero, l'insegnamento dei giudici internazionali appare di assoluta rilevanza rispetto a uno studio sulla tutela dei terzi e, prima ancora, rispetto alla legittimazione di tale categoria e di un'indagine volta a valorizzare la loro posizione all'interno e al di fuori del procedimento penale. Al di là del significato da attribuire a queste decisioni rispetto alla declinazione del perimetro del diritto al confronto della persona accusata, il dato che assume particolare rilievo è che, pur non essendo formalmente parti, i c.d. terzi e i loro diritti devono sempre essere presi in considerazione, specie nell'ottica di dare attuazione al modello del *fair process* propugnato a vario livello e a cui aderiscono gli ordinamenti, a prescindere dalle specifiche scelte processuali da questi svolte.

ABSTRACT: *Oral Evidence and the Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Protection of Specific Categories of Witnesses in ECHR and LACtHR Case Law*

This article examines witness protection through the lens of international courts' case law. The taking of witness testimony, as a procedural activity involving third parties, may raise sensitive issues concerning their protection. While such activity is generally neutral and does not affect the fundamental rights of those involved, particular circumstances may expose witnesses to risks of harm, thereby necessitating protective measures. However, these measures often entail limitations on the accused's right to cross-examination. This tension has required, and continues to require, international courts to engage in a careful balancing of the competing interests at stake.

⁶³ Sul punto v. *Cedu e cultura giuridica italiana*, intervista di R. Conti a R.E. Kostoris e S. Ruggeri, in *giustiziasinsieme.it*, 20 marzo 2020.

CLAUDIO ORLANDO*

INVESTIGAZIONI OCCULTE E TUTELA DEL TERZO NEL PROCEDIMENTO PENALE: IL CONTRIBUTO DELLE GIURISPRUDENZE CEDU E CADU

SOMMARIO: 1. Investigazioni occulte e tutela del terzo. – 2. La nozione di “terzo” nel quadro della giurisprudenza internazionale. – 3. Investigazioni occulte, impatto sui diritti fondamentali dei terzi e *standard* di tutela convenzionali. – 3.1. Garanzie preventive. – 3.2. Garanzie successive. – 4. Conclusioni.

1. *Investigazioni occulte e tutela del terzo*

Negli ultimi anni le trasformazioni che hanno investito la giustizia penale hanno posto al centro della riflessione dottrinale questioni di cruciale rilievo sistematico, tali da interessare non soltanto l'assetto strutturale del processo penale ma, in termini ancor più radicali, la stessa concezione del rapporto tra autorità pubblica, esercizio della funzione giurisdizionale e tutela dei diritti fondamentali dei soggetti a vario titolo coinvolti nell'accertamento.

Fra tali questioni emerge prepotentemente il progressivo ampliamento della capacità del processo penale di incidere su situazioni giuridiche soggettive facenti capo a una pluralità di individui ben più vasta di quella tradizionalmente circoscritta alla figura dell'imputato e delle parti in senso formale. È nella fase delle indagini che tale fenomeno si lascia apprezzare maggiormente, giacché proprio in questa l'esercizio dei poteri pubblici manifesta con particolare intensità la propria vocazione a interferire con diritti fondamentali riferibili anche a soggetti che restano, almeno secondo le categorie formali del rito, estranei alla vicenda processuale¹. Se, infatti, le restrizioni della libertà personale e della libertà di circolazione possono legittimamente colpire soltanto il soggetto sottoposto alle indagini o l'imputato, un novero assai più esteso di misure coercitive e di strumenti investigativi si rivela pienamente idoneo a comprimere il diritto di proprietà, la libertà e segretezza delle comunicazioni, nonché ulteriori posizioni soggettive riferibili a individui privi di qualsiasi ruolo formale nel processo penale². La riflessione dottrinale ha da tempo messo in luce la carica afflittiva e l'elevata capacità invasiva di tali espedienti, i quali, pur collocandosi in un momento logicamente e cronologicamente anteriore all'accertamento definitivo della responsabilità, sono suscettibili di produrre effetti gravosi nei confronti di soggetti “estranei” alla dinamica

* Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Messina.

¹ Sul punto si veda l'ampio studio dedicato alla tutela del terzo nel procedimento penale da S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, Cham, 2024.

² Si tratta di una tendenza che si giustifica in considerazione dell'afflittività delle c.d. “sanzioni informali”. Sul punto v. R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi costituzionali*, in F. GIUNTA, R. ORLANDI, P. PITTARO, A. PRESUTTI (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 39 ss. Una prospettiva privilegiata per osservare tale fenomeno viene offerta da V. DI NUZZO, *Indagini reali, coercizioni reali e tutela del terzo*, in *La legislazione penale*, 5 maggio 2021, p. 1 ss. e dallo studio condotto da M. PISATI, *Le misure ablativo patrimoniali e le tutele dei terzi nel procedimento penale*, Milano, 2024. Di recente v. anche E. SCORZA, *La confisca per lottizzazione abusiva e le garanzie procedurali a favore dei terzi*, in *Cassazione penale*, 2026, p. 589 ss.

processuale in senso stretto³, talora persino più penetranti di quelli che per il reo discendono dall'applicazione della pena.

Questa attitudine afflittiva del giudizio penale ha oggi conosciuto una ulteriore e particolarmente sensibile accentuazione per effetto dell'evoluzione tecnologica e del ricorso sempre più esteso a strumenti digitali nell'ambito delle attività investigative⁴. Attraverso l'impiego di dispositivi informatici l'ambito soggettivo di proiezione degli effetti pregiudizievoli delle misure investigative tende ad ampliarsi in forme che sfuggono, almeno in parte, sia a una piena prevedibilità *ex ante* che a un effettivo controllo quanto alla loro concreta estensione. L'uso diffuso di strumenti di indagine dall'elevato tasso tecnologico finisce, infatti, per erodere la tradizionale linea di separazione tra lo spazio del procedimento penale e la sfera esterna a esso, portando alla luce forme nuove, pervasive e particolarmente insidiose di investigazione, la cui reale portata non appare ancora suscettibile di una compiuta delimitazione⁵. Anche laddove tali strumenti siano impiegati in relazione a indagini nei confronti di soggetti determinati, la loro messa in atto si risolve inevitabilmente nell'esposizione al rischio di una pluralità crescente di soggetti terzi⁶. L'impiego di *malware* del tipo *trojan horse* costituisce, a questo riguardo, una delle manifestazioni più emblematiche del fenomeno in questione: in simili evenienze nessuno è realmente in grado di prevedere con precisione né la quantità dei dati che verranno acquisiti né l'identità dei soggetti le cui comunicazioni saranno captate, indipendentemente dal fatto che il titolare del dispositivo sia l'indagato oppure un terzo⁷.

È proprio con riguardo a quest'ultimo soggetto, il quale non assume né la qualifica di indagato né quella di imputato, che emerge con chiarezza l'insufficienza dell'apparato di

³ Cfr. S. RUGGERI, *Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 402; V. DI NUZZO, *Search and Seizure of Digital Evidence: Human Rights Concerns and New Safeguards*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 127; L. BACHMAIER WINTER, *Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation: The Strasbourg Court Facing Big Brother*, in E. BILLIS, N. KNUST, J.P. RUI (a cura di), *The Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, 2021, p. 317 ss.

⁴ In tema v. F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020, p. 1 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *Criminal Investigation, Technological Developments, and Digital Tools: Where Are We Heading*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, cit., p. 4 ss.

⁵ Cfr. D. NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Archivio penale*, 2016, p. 3, il quale rileva che «tolta o annebbiata che sia la cornice formale degli istituti giuridici, a divenire sfuggenti sono le stesse coordinate della verifica di proporzionalità sulle misure destinate ad incidere nella sfera dei diritti fondamentali: non è circoscritta a priori la platea di individui potenzialmente passivi; resta dubbio lo scopo dell'intrusione; si sottrae a solide geometrie scalari la relazione tra gravità del fatto temuto o commesso, livello dei requisiti necessari all'intervento reattivo dell'autorità e importanza del bene del singolo sottoposto a limitazione. Ne deriva l'estrema elasticità dei bilanciamenti, il che equivale a rendere flessibili verso il basso le garanzie individuali».

⁶ Cfr. L. BERNARDINI, F. SANVITALE, *Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings: a New Pattern for Independent Review?*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2023, pp. 84-85.

⁷ Sul punto la dottrina è vastissima. Cfr. *ex multis* S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, p. 299 ss.; ID., *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in G. GIOSTRA, R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018, p. 263 ss.; A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 2276 ss.

garanzie approntato da molti ordinamenti nazionali⁸. Il terzo risulta non di rado sprovvisto di forme di tutela adeguate ed effettive rispetto al rischio di abusi connessi all'impiego di simili tecniche investigative. Le criticità si manifestano, specialmente, in relazione alla possibilità di attivare meccanismi idonei a consentire al terzo un controllo *ex post* sulla legittimità delle operazioni compiute⁹. A ciò si aggiunga che, frequentemente, soltanto coloro i quali sono direttamente interessati dalle dinamiche procedimentali hanno titolo a essere informati una volta concluse le operazioni, mentre i terzi rimangono solitamente collocati al di fuori del circuito delle garanzie processuali: essi non ricevono avvisi, non sono destinatari di notificazioni e potrebbero non acquisire mai conoscenza del fatto di essere stati sottoposti a captazione. Da ciò deriva un *deficit* conoscitivo che incide direttamente sull'effettività dei rimedi esperibili e che, proprio per questa via, compromette in misura rilevante la possibilità di reagire a eventuali abusi.

Le aporie appena richiamate si fanno ancor più marcate laddove la vicenda processuale assuma una dimensione transnazionale. In tali contesti, infatti, il ricorso a misure investigative coercitive si presenta spesso come strumento necessario al soddisfacimento delle esigenze proprie della cooperazione internazionale; nondimeno, esso si accompagna frequentemente a una tutela non pienamente adeguata dei diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti da tali operazioni. L'impiego transfrontaliero degli strumenti digitali estende, in termini ancor più evidenti, il potenziale lesivo delle misure processuali nei confronti di individui che non soltanto risultano formalmente estranei al procedimento, ma che, in molti casi, ignorano persino l'esistenza stessa di un'indagine penale avviata in un altro Stato¹⁰.

Un quadro siffatto rende, in questo senso, non più procrastinabile il riconoscimento di interessi giuridicamente rilevanti facenti capo a soggetti diversi dalle parti in senso formale, i quali avanzano con sempre maggiore intensità istanze di partecipazione attiva ed effettiva al procedimento penale. In questa prospettiva, il diritto internazionale in materia di diritti umani offre parametri di indubbio e crescente rilievo ai fini del rafforzamento della tutela delle persone lese da attività di indagine intrusive e da misure suscettibili di comprimere i loro diritti fondamentali. Particolare significato assume il fatto che, nonostante la formulazione generalmente ampia delle disposizioni contenute nei principali strumenti internazionali di protezione dei diritti umani, il ricorso a tali fonti per riconoscere e tutelare i diritti fondamentali dei terzi costituisca un'acquisizione relativamente recente. Ciò è avvenuto tanto nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto in quello del Patto di San José, che vanno progressivamente assumendo un rilievo sempre più marcato nella definizione dello *standard* di tutela che deve essere riconosciuto a tali soggetti¹¹.

2. La nozione di "terzo" nel quadro della giurisprudenza internazionale

⁸ Cfr. V. DI NUZZO, A. FALCONE, *Third Parties and Their Formal and Substantial Participation in Criminal Justice: A Comparative-Law Analysis of Domestic Jurisdictions*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 322 ss.

⁹ Sul punto v. M. BIRAL, *Nuovi orizzonti di tutela per i terzi colpiti da intercettazioni*, in *Cassazione penale*, 2025, p. 1346 ss.; ID., *Intercettazioni e tutela di terzi estranei al procedimento*, in G. DI PAOLO, L. PRESSACCO (a cura di), *Indagini e prove nella società digitale. Questioni attuali e prospettive future*, Napoli, 2025, p. 97 ss.

¹⁰ In tema v. S. RUGGERI, *Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World*, cit., p. 422 ss.

¹¹ Sul punto v. in questo dossier i contributi di R. ESSER, *Third Parties in Criminal Justice. The Viewpoint of ECtHR Case-Law* e A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, *Third Parties in Criminal Procedures: The Inter-American Court of Human Rights Case-Law*.

Per affrontare in modo adeguato il tema oggetto di studio, appare preliminarmente indispensabile chiarire quale significato debba essere attribuito ai fini della presente indagine alla nozione di “terzo” nel quadro della giurisprudenza internazionale¹².

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha tradizionalmente concentrato il proprio baricentro di tutela sulla figura dell'accusato. Ciò emerge nitidamente ove si consideri che le garanzie previste dall'art. 6 CEDU – disposizione che consacra il diritto a un equo processo – si rivolgono espressamente nei confronti della persona accusata¹³. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente affermato che una *criminal charge* sussiste a partire dal momento in cui un individuo abbia subito sostanzialmente gli effetti avversi di misure adottate dalle autorità in conseguenza di un *suspicion of guilt* sollevato nei suoi confronti¹⁴. La Corte ha quindi accolto una nozione autonoma di *criminal charge*, costruita non già sul dato della formale contestazione, bensì sull'incidenza concreta che l'attività procedimentale esercita sulla sfera dei diritti fondamentali del soggetto nei cui confronti siano stati acquisiti elementi di colpevolezza. Ne consegue che l'operatività dell'art. 6 CEDU non presuppone necessariamente la formulazione di un'imputazione, né richiede che il soggetto sia stato tratto dinanzi al giudice in forza di una contestazione. Anche colui che sia stato arrestato o interrogato sulla base di un sospetto di colpevolezza può essere considerato destinatario di un'accusa e, in quanto tale, invocare le garanzie offerte dall'art. 6 CEDU¹⁵.

In termini non dissimili si muove la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, la quale considera la persona accusata destinataria delle garanzie riconosciute dal Patto di San José già nella fase investigativa anche in assenza di formali capi d'imputazione. Del resto, il Patto di San José, pur collocando nel medesimo paragrafo dell'art. 8 tanto la presunzione di innocenza quanto un catalogo di garanzie essenziali dell'equo processo, non riserva queste ultime esclusivamente alla persona accusata, ma le riconosce, significativamente, a ogni persona. Si tratta di un dato testuale tutt'altro che trascurabile: esso, infatti, sollecita un'impostazione di segno estensivo, idonea a proiettare le garanzie del giusto processo anche oltre il perimetro soggettivo tradizionalmente definito dalla sola figura

¹² Occorre osservare che questo studio non ha ad oggetto l'intervento dei terzi nei giudizi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo ovvero della Corte interamericana, bensì la tutela apprestata dalle giurisprudenze internazionali ai soggetti suscettibili di ricadere in tale categoria nell'ambito dei procedimenti penali nazionali.

¹³ È significativo, al riguardo, che la Corte EDU tradizionalmente ha interpretato la nozione di “*criminal charge*” in modo autonomo rispetto alle categorie sviluppate a livello domestico da parte dei singoli ordinamenti. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 1978, ricorso n. 6236/73, *König c. Germania*, par. 88; Id., 27 giugno 1968, ricorso n. 1936/36, *Neumeister c. Austria*, par. 28; Id., 23 marzo 2016, ricorso n. 47152/06, *Blokhin c. Russia*, par. 179.

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 maggio 2017, ricorso n. 21980/04, *Simeonovi c. Bulgaria*, par. 110; Id., 13 settembre 2016, ricorsi n. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, par. 249; Id., 10 settembre 2010, ricorso n. 31333/06, *McFarlane c. Irlanda*, par. 143; Id., 15 luglio 1982, ricorso n. 8130/78, *Eckle c. Germania*, par. 73; Id., 27 febbraio 1980, ricorso n. 6903/75, *Deweert c. Belgio*, para. 42-46.

¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 dicembre 2000, ricorso n. 34720/97, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, par. 42: «While the present applicants had not yet been formally charged on 24 October 1990 when the section 52 requests were made, the Court considers that they were, at that stage, ‘substantially affected’ and therefore ‘charged’»; Id., 29 gennaio 2019, ricorso n. 31816/08, *Stirmanov c. Russia*, par. 39; Id., 14 ottobre 2010, ricorso n. 39660/02, *Aleksandr Zaichenko c. Russia*, para. 41-43; Id., 5 ottobre 2017, ricorso n. 22059/08, *Kaleja c. Lettonia*, para. 36-41.

dell'imputato e quindi a ricomprendere individui che, pur non formalmente accusati, risultino concretamente interessati dalle dinamiche procedurali¹⁶.

L'impostazione accolta dalle Corti internazionali è sintomatica di un diverso modo di approcciarsi al tema del riconoscimento delle garanzie processuali della persona e riveste un'importanza decisiva ai fini dell'individuazione dei soggetti cui la presente ricerca intende rivolgersi. Si assiste, infatti, a una tendenziale inversione di metodo rispetto a quanto siamo soliti osservare a livello nazionale: mentre nelle giurisprudenze CEDU e CADU ad assumere rilievo specifico ai fini dell'attivazione delle garanzie convenzionali è l'incidenza diretta di un'attività procedimentale sulla sfera giuridica dell'individuo, a livello nazionale, di regola, il riconoscimento di un diritto e delle garanzie da esso derivanti dipende essenzialmente dall'assunzione di una specifica qualifica nell'ambito del procedimento. A ciò si aggiunga che gli Stati contraenti tanto della CEDU quanto della CADU seguono opzioni sensibilmente differenziate in relazione al ruolo che i soggetti sono chiamati a svolgere nell'ambito del procedimento penale. Nell'area CEDU, ad esempio, vi sono ordinamenti, come quello italiano, nei quali la persona offesa non può assumere la veste di parte formale se non nel momento in cui eserciti l'azione civile successivamente all'instaurazione del giudizio. In una simile prospettiva, la categoria dei "terzi" potrebbe apparire riferibile alla persona offesa soltanto sino al momento della proposizione della domanda risarcitoria nel processo penale¹⁷. In altri ordinamenti, invece, come quello spagnolo, la persona offesa può sì esercitare l'azione civile ma può anche promuovere essa stessa l'azione penale (*acusación particular*)¹⁸. Analogamente, in numerosi ordinamenti latinoamericani la persona offesa è considerata parte del procedimento penale, sicché in tali contesti la sua eventuale riconduzione alla categoria dei "terzi" si rivelerebbe impropria¹⁹.

Alla luce di tali rilievi, un approccio di carattere strettamente formalistico non sembra in grado di offrire una definizione sufficientemente comprensiva e coerente con gli obiettivi specifici della presente indagine. Appare, piuttosto, preferibile adottare una nozione autonoma, imperniata sull'impatto che il procedimento penale è in grado di produrre nella sfera giuridica dei terzi. Tale impatto, a ben vedere, non riguarda soltanto il soggetto nei cui confronti gli atti processuali siano formalmente diretti, ma si estende anche a tutti coloro che subiscono passivamente gli effetti di una pluralità di attività procedurali, purché nei loro confronti non sia stato formulato alcun sospetto di colpevolezza. Per altro verso, tali effetti possono manifestarsi tanto in via diretta quanto in via indiretta, a seconda che gli atti del procedimento siano specificamente rivolti nei confronti di un terzo ovvero lo coinvolgano soltanto in via mediata. Come si vedrà, forme di interferenza indiretta con la sfera giuridica dei terzi possono prodursi sia nell'ambito delle misure investigative occulte sia nel contesto delle attività istruttorie, come accade, ad esempio, nell'esame incrociato²⁰.

¹⁶ Cfr. A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, *Third Parties in Criminal Procedures: The Inter-American Court of Human Rights Case-Law*, cit.; F.V. PEREIRA, L.F.S. KIRCHER, *Third Parties in Criminal Proceedings in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 230.

¹⁷ Sul punto si rinvia a D. FOTI, E. MALINO, *Third Parties in Italian Criminal Proceedings*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., p. 102 ss.

¹⁸ Cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, cit., pp. 167-168.

¹⁹ Sul punto v. A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, *Third Parties in Criminal Procedures: The Inter-American Court of Human Rights Case-Law*, cit.

²⁰ In relazione a tale tematica v. in questo dossier E. MALINO, *Prove orali e diritto al confronto nel processo penale: la tutela di particolari categorie di dichiaranti nelle giurisprudenze CEDU e CADU*.

In questa prospettiva, la nozione di “terzo” sembra ricomprendere un’ampia gamma di soggetti, vale a dire tutti coloro che subiscono gli effetti avversi di attività procedurali senza essere destinatari di un’accusa in materia penale. Su questo sfondo, negli ultimi anni tanto la Corte europea dei diritti dell’uomo quanto la Corte interamericana dei diritti umani hanno progressivamente sviluppato un approccio autonomo al fine di individuare un nucleo di garanzie processuali in favore di coloro che subiscono gli effetti di atti del procedimento senza rivestire la qualità di indagati, imputati o partecipanti, in senso formale o sostanziale, al processo penale. Una simile impostazione, a ben vedere, consente di porre in relazione la prospettiva del diritto internazionale con le categorie elaborate dai singoli ordinamenti degli Stati contraenti.

3. *Investigazioni occulte, impatto sui diritti fondamentali dei terzi e standard di tutela convenzionali*

L’interferenza con i diritti fondamentali di soggetti diversi dall’accusato rappresenta, per molti aspetti, uno sbocco fisiologico delle indagini, specialmente ogniqualvolta la raccolta degli elementi di prova avvenga mediante strumenti idonei a incidere su libertà che trovano riconoscimento e tutela tanto a livello internazionale quanto sul piano nazionale. Tra questi strumenti, in particolare, meritano di essere attenzionati i mezzi capaci di svolgere attività tradizionali in maniera occulta, totalmente all’insaputa cioè dei soggetti nei cui confronti sono rivolti. Il carattere occulto delle tecniche investigative, difatti, acuisce i problemi sul piano della tutela dei diritti individuali, in quanto facilita le intrusioni nella sfera giuridica di una pluralità di soggetti, rendendole non soltanto particolarmente invasive ma, inoltre, largamente imprevedibili.

È noto che le carte internazionali di tutela dei diritti fondamentali non escludono in via di principio il ricorso, nel quadro delle indagini penali, a una pluralità di forme di investigazione occulta, muovendo dall’implicito presupposto che l’accertamento dei fatti penalmente rilevanti possa rendere necessario l’impiego di mezzi incidenti sul diritto al rispetto della vita privata e delle comunicazioni. Nondimeno, proprio la particolare capacità afflittiva di tali strumenti ha indotto le giurisprudenze internazionali a elaborare un insieme di requisiti volti a delimitarne rigorosamente l’impiego nel procedimento penale; requisiti che nel corso degli anni le relative Corti hanno progressivamente precisato, sviluppato e reso più stringenti²¹.

Sotto questo profilo, il sindacato di legalità e di proporzionalità²² esercitato dalle giurisprudenze internazionali si fa tanto più rigoroso quanto più marcato risulti il carattere occulto delle misure prese in considerazione: e ciò per l’evidente ragione che il loro impiego non deve mai risolversi in una irrimediabile e ingiustificata compressione dei diritti fondamentali riconosciuti dagli strumenti convenzionali²³. In questa prospettiva, ad esempio,

²¹ *Infra*, para. 3.1 e 3.2.

²² Corte europea dei diritti dell’uomo, 4 dicembre 2015, ricorso n. 47143/06, *Roman Zakharov c. Russia*, par. 236; Id., 18 maggio 2010, ricorso n. 26839/05, *Kennedy c. Regno Unito*, par. 155; Id., 5 maggio 2021, ricorsi n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, par. 334. Corte interamericana dei diritti umani, 18 ottobre 2023, *Caso Miembros de la corporación de abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia*, par. 536; Id., 22 giugno 2022, *Caso Morilla Galarcio y otros vs. Colombia*; Id., 25 agosto 2022, *Caso Deras García y otros vs. Honduras*; Id., 28 novembre 2018, *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en atenco vs. México*.

²³ Cfr. D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato, destinazione e destino del processo penale*, in D. NEGRI, L. ZILLETTI (a cura di), *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo. Atti del Convegno, Roma 28*

la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte ribadito che il carattere segreto delle misure di indagine non vale, di per sé, a legittimare forme surrettizie di attenuazione dell'effettività della tutela convenzionale²⁴. Proprio perché la segretezza sottrae l'atto investigativo alla conoscenza immediata del destinatario, l'ordinamento è anzi chiamato, in tali ipotesi, a una funzione di controllo tanto più intensa quanto più grave è il rischio che l'esercizio del potere investigativo si traduca in una indebita compressione della sfera individuale.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si impone di verificare se, e in quale misura, gli *standard* internazionali elaborati con riguardo alle misure investigative dal carattere particolarmente intrusivo possano essere applicati anche ai terzi e se le peculiarità proprie delle situazioni che li concernono richiedano un adattamento dei parametri già definiti ovvero impongano il riconoscimento di ulteriori e specifiche condizioni di tutela. In altri termini, occorre comprendere se la posizione del terzo possa essere ricondotta entro il medesimo statuto garantistico elaborato per il soggetto destinatario dell'accusa, oppure se essa esiga, in ragione della diversa qualità dell'interferenza subita, una rimodulazione delle categorie tradizionali e una più articolata calibrazione delle garanzie.

In tale direzione, tanto la Corte europea quanto la Corte interamericana dei diritti umani hanno progressivamente affrontato la questione con l'obiettivo di contenere il rischio di indebite interferenze con i diritti fondamentali dei terzi. Tale approccio si è tradotto, da un lato, nell'individuazione di un nucleo minimo di garanzie funzionali alla prevenzione degli abusi di potere da parte delle autorità investigative; dall'altro, nella definizione dei limiti e delle condizioni al ricorrere delle quali il ricorso a misure investigative particolarmente intrusive può ritenersi compatibile con la salvaguardia dei diritti fondamentali.

3.1. *Garanzie preventive*

La previsione di idonee garanzie preventive rappresenta il principale strumento capace di evitare a monte indebite interferenze nei confronti della vita privata dei soggetti²⁵.

Rileva così innanzitutto la questione relativa alla preventiva definizione delle categorie dei soggetti passibili di essere destinatarie di attività captative. Nella sentenza *Iordachi e altri c. Moldova*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU sul rilievo che la legislazione nazionale non offriva una definizione sufficientemente determinata delle categorie di soggetti suscettibili di essere colpiti da misure di intercettazione delle comunicazioni, limitandosi a fare generico riferimento a «suspects, defendants, or other persons involved in a criminal offence»²⁶. In particolare, la Corte ha posto in evidenza come nessun chiarimento fosse stato fornito in ordine all'esatta individuazione dei soggetti riconducibili a quest'ultima categoria²⁷.

29 settembre 2018, Padova, 2019, p. 17; Id., *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2020, p. 6; I. NERONI REZENDE, *Criminal Justice and Data Protection: Communication and Metadata under EU Human Rights Law*, Torino, Oxon, New York, 2026, p. 19 ss.

²⁴ Sul punto v. *ex multis* Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 settembre 1978, ricorso n. 5029/71, *Klass e altri c. Germania*, par. 64. Cfr. S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, p. 546 ss.

²⁵ Sul punto v. F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., p. 132.

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2009, ricorso n. 25198/02, *Iordachi e altri c. Moldavia*, par. 44. In tema v. M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU. A study of telephone tapping and bouse search*, Antwerpen – Apeldoorn – Portland, 2016, p. 132.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Iordachi e altri c. Moldavia*, cit., par. 44.

L'approdo cui la Corte è pervenuta in tale pronuncia, successivamente ribadito in numerose decisioni concernenti ipotesi di *mass surveillance*, offre indicazioni metodologiche di particolare rilievo ai fini della revisione delle soluzioni accolte da taluni ordinamenti, tanto sul piano interno quanto in ambito transnazionale. Ciò nondimeno, non pochi sistemi giuridici – come quello italiano del resto – continuano a difettare di indicazioni sufficientemente precise circa i soggetti che possono essere legittimamente assoggettati a intercettazione, con la conseguenza di consentire il ricorso a mezzi investigativi particolarmente invasivi anche nei confronti di individui il cui collegamento con il fatto di reato risulti del tutto indeterminato, meramente eventuale, o addirittura inesistente²⁸.

Una chiara rappresentazione di tale criticità è offerta dalla sentenza *Roman Zakharov c. Russia*. In quella occasione, la Corte ha rilevato che, sebbene «interception measures in respect of a person who was not suspected of any offence but could possess information about such an offence might be justified under Article 8 of the Convention», né la legislazione russa né la giurisprudenza interna chiarivano in quale modo dovesse essere concretamente interpretata l'espressione «a person who may have information about a criminal offence or relevant to the criminal case»²⁹. Il punto, ancora una volta, non risiede tanto nell'astratta ammissibilità dell'interferenza, quanto piuttosto nell'insufficiente determinatezza dei presupposti soggettivi che dovrebbero circoscriverne l'esercizio.

Nella medesima direzione si colloca altresì la sentenza *Amann c. Svizzera*, nella quale la Corte europea ha sottolineato la necessità di prestare particolare attenzione a ogni violazione, reale o potenziale, della riservatezza di soggetti nei cui confronti non sia stato elevato alcun sospetto di colpevolezza e le cui conversazioni siano state captate in via meramente fortuita, come può accadere, ad esempio, per i destinatari di specifiche chiamate o per gli utenti occasionali dell'apparecchio sottoposto a intercettazione³⁰. In quel contesto, l'art. 66, comma 1-bis, della legge federale svizzera – vigente all'epoca dei fatti – stabiliva che, ove sussistessero le condizioni per disporre il controllo nei confronti dell'imputato o dell'indagato, anche i terzi potessero essere sottoposti a monitoraggio, purché specifici elementi consentissero di presumere che essi ricevessero o trasmettessero informazioni destinate all'imputato o all'indagato, ovvero provenienti da costoro. La Corte ha nondimeno rilevato che il diritto interno non prendeva in considerazione, quali «partecipanti necessari» alla conversazione telefonica registrata dalle autorità investigative, i soggetti intercettati in via fortuita, né specificava quali cautele e garanzie dovessero essere predisposte a tutela di tali categorie di persone al fine di prevenire possibili abusi³¹.

Alla luce di tali premesse, la Corte europea ha progressivamente individuato un nucleo di garanzie minime che gli ordinamenti nazionali sono tenuti a prevedere per assicurare un'adeguata protezione dei diritti fondamentali dei soggetti esposti a simili forme di interferenza. Tra tali garanzie rientrano le seguenti: la determinazione della natura dei reati che possono giustificare l'adozione di un provvedimento di intercettazione; la definizione delle categorie di persone suscettibili di essere sottoposte a captazione; la previsione di un limite di durata delle intercettazioni; la disciplina delle modalità di esame, utilizzazione e conservazione dei dati acquisiti; l'individuazione delle cautele da osservare nella

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 245; Id., 16 febbraio 2000, ricorso n. 27798/95, *Amann c. Svizzera*, par. 76; Id., *Kennedy c. Regno Unito*, cit., par. 167.

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 245.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Amann c. Svizzera*, cit., par. 61.

³¹ *Ibid.*, par. 76.

comunicazione dei dati a terzi; nonché la previsione delle circostanze nelle quali le registrazioni debbano o possano essere cancellate, ovvero i supporti distrutti³².

Sulla stessa linea si pone, a ben vedere, la giurisprudenza della Corte interamericana, la quale richiede che la legislazione interna dei Paesi aderenti al Patto di San José preveda un sistema ben definito per autorizzare, vigilare e supervisionare le attività di *intelligence*, delimitando con la massima precisione possibile i seguenti profili: le tipologie di misure investigative il cui utilizzo è ammesso durante lo svolgimento di attività di *intelligence*; gli obiettivi perseguiti mediante l'impiego tali misure; le categorie di persone e di attività rispetto alle quali è consentito acquisire e raccogliere informazioni; il grado di sospetto idoneo a giustificare la raccolta di informazioni; i termini entro i quali è consentito l'impiego delle suddette misure e strategie; i metodi idonei ad aggiornare, monitorare e vagliare le misure e le azioni impiegate per acquisire e raccogliere informazioni³³.

In tale elaborazione giurisprudenziale si coglie con particolare evidenza un dato di fondo: la tutela convenzionale non si esaurisce nel controllo sull'astratta legittimità del ricorso a strumenti di investigazione occulta e massiva, ma esige che gli ordinamenti nazionali predispongano, con sufficiente precisione, un sistema di garanzie capace di delimitare in modo effettivo l'estensione soggettiva del potere di captazione. Ed è proprio in rapporto alla posizione dei terzi che tale esigenza di determinatezza si manifesta con maggiore intensità, giacché è in questo ambito che il rischio di uno slittamento da un uso mirato dell'interferenza investigativa a forme più ampie e indeterminate di sorveglianza si fa particolarmente elevato. Le giurisprudenze internazionali, dunque, sono ferme nel richiedere che la legge dei singoli ordinamenti nazionali specifichi in maniera sufficientemente chiara le modalità, i tempi e i casi in cui è possibile procedere ad una limitazione tollerabile del diritto alla vita privata per ragioni connesse all'attuazione della giustizia penale³⁴. La questione, a ben vedere, è dirimente ai fini della ricostruzione della materia in una prospettiva convenzionalmente conforme: come il riconoscimento di un diritto non è subordinato al possesso di una specifica qualifica formale, così il terzo che ha subito una indebita interferenza nella propria sfera giuridica non può essere destinatario di una tutela inferiore rispetto a chi riveste uno *status* formale nel procedimento domestico in virtù della mera "accidentalità" del suo coinvolgimento nell'ambito dell'attività captativa.

Per questa ragione, in un ambito nel quale l'abuso dell'esercizio del potere investigativo è suscettibile di produrre conseguenze pregiudizievoli per un novero pressoché inquantificabile di soggetti, non vi è dubbio che la soluzione migliore sul piano preventivo sia quella di affidare ad un'autorità giurisdizionale la competenza esclusiva ad autorizzare attività di monitoraggio lesive della sfera privata³⁵.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 giugno 2006, ricorso n. 5934/00, *Weber e Saravia c. Germania*, par. 95; Id., 24 aprile 1990, ricorso n. 11105/84, *Huwig c. Francia*, par. 34; Id., *Amann c. Svizzera*, cit., par. 76; Id., 18 febbraio 2003, ricorso n. 58496/00, *Prado Bugallo c. Spagna*, par. 30.

³³ Corte interamericana dei diritti umani, *Caso Miembros de la corporación de abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., par. 538.

³⁴ Cfr. L. BERNARDINI, F. SANVITALE, *Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings*, cit., pp. 84-85, «It is against this background that the relevance of Article 8 ECHR arises, acting as a solid gatekeeper for the privacy and data protection rights of the individuals involved in criminal proceedings whose electronic devices are searched and seized for the purpose of collecting evidence». Sul punto v. anche in questo *dossier* A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, *Third Parties in Criminal Procedures: The Inter-American Court of Human Rights Case-Law*, cit.

³⁵ Sul punto v. F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., p. 133; M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU*, cit., p. 133; A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, *Third Parties in*

Nondimeno, sebbene le giurisprudenze internazionali abbiano manifestato un evidente favore per una *judicial oversight*, la Corte EDU, nella nota sentenza *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, ha al contempo precisato che siffatta forma di controllo non integra, in quanto tale, un «necessary requirement»³⁶. Ciò che rileva, nella prospettiva della giurisprudenza di Strasburgo, non è tanto la natura formalmente giurisdizionale dell'organo chiamato ad autorizzare o controllare la misura, quanto piuttosto il grado di indipendenza che deve connotare l'autorità investita del compito di valutare la necessità e la proporzionalità dell'attività investigativa³⁷. In tale ottica, la Corte di Strasburgo ha ritenuto compatibile con gli *standard* convenzionali anche l'intervento di un'autorità indipendente, purché essa sia posta in condizione di apprezzare lo scopo dell'attività di intercettazione, nonché i soggetti o i canali di comunicazione suscettibili di essere attinti dalla captazione³⁸. Si tratta, all'evidenza, di dati imprescindibili ai fini di una valutazione effettiva della necessità e della proporzionalità della misura. In particolare, ciascun aspetto dell'attività deve essere assoggettato a forme di supervisione e tale controllo deve atteggiarsi in termini sufficientemente rigorosi da prevenire interferenze arbitrarie o illegittime con i diritti fondamentali dei terzi. È proprio in relazione a questi ultimi, infatti, che l'esigenza di un controllo effettivo acquista una pregnanza ancora maggiore, poiché la loro estraneità all'area del reato rende tanto più problematica la

Criminal Procedures: The Inter-American Court of Human Rights Case-Law, cit. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Klass e altri c. Germania*, cit., par. 56; Id., *Kennedy c. Regno Unito*, cit., par. 167. Corte interamericana dei diritti umani, *Caso Miembros de la corporación de abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., par. 538 ss.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit., para. 197 e 351. Cfr. L. BERNARDINI, F. SANVITALE, *Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings*, cit., p. 94, in cui gli autori, riprendendo un passaggio del par. 35 della sentenza resa dalla Corte europea in occasione del sentenza relativa al caso *Trabajo Rueda c. Spagna* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 maggio 2017, ricorso n. 32600/12) osservano che «the Court seems open to granting individuals with an absolute prerogative to have any intrusive measure likely to threaten the right to private life assessed by an independent body before it is implemented. In a nutshell, rather than distinguishing different situations and multifaceted controls over intrusive measures on a case-by-case basis, the Strasbourg Court seems here to cast light on a new 'universalistic' perspective on the procedural guarantees stemming from Article 8 ECHR – the need to foresee a prior independent authorisation in all cases where an intrusive measure is to be implemented by the prosecuting authorities».

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit., para. 352; Id., 25 maggio 2021, ricorso n. 35252/08, *Centrum för rättvisa c. Svezia*, para. 265-266; ID., *Trabajo Rueda c. Spagna*, cit., par. 35. Cfr. V. TURANJANIN, *When does bulk interception of communications violate the right to privacy? The limits of the state's power and the European Court of Human Rights Approach*, in *International Cybersecurity Law Review*, 2023, n. 4, p. 128; L. BACHMAIER WINTER, *Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation*, cit., p. 317 ss.; Id. *The role of proportionality principle in cross-border investigations involving fundamental rights*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013, p. 94 ss.; L. BERNARDINI, F. SANVITALE, *Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings*, cit., p. 94; G. MALGIERI, P. DE HERT, *European Human Rights, Criminal Surveillance, and Intelligence Surveillance: Towards "Good Enough" Oversight, Preferably but not Necessarily by Judges*, in D. GRAY, S.E. HENDERSON (a cura di), *Surveillance Law*, Cambridge, 2017, p. 511 ss.; L. BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigative*, Napoli, 2022, p. 138 ss.

³⁸ In ambito CADU, la Corte interamericana ha affermato che «en cuanto a la supervisión de las actividades de inteligencia, se hace necesario que el marco jurídico establezca, sin perjuicio del control judicial sobre medidas o acciones específicas en situaciones concretas, una institución civil independiente de los servicios de inteligencia y del Poder Ejecutivo, de naturaleza parlamentaria, administrativa o jurisdiccional, la cual, además de contar con los conocimientos técnicos sobre la materia, debe estar dotada de las facultades para ejercer sus funciones, incluido el acceso directo y completo a la información y los datos indispensables para cumplir su cometido» (Corte interamericana dei diritti umani, *Caso Miembros de la corporación de abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., par. 564). Sul punto si rinvia al contributo in questo dossier di A. JULIO ESTRADA, V. SALAZAR, *Third Parties in Criminal Procedures: The Inter-American Court of Human Rights Case-Law*, cit.

giustificazione di sacrifici imposti alla loro sfera privata in assenza di un vaglio esterno, imparziale e sufficientemente rigoroso. In tale ambito, l'indipendenza dell'organo chiamato al controllo, la completezza delle informazioni di cui esso deve poter disporre e l'intensità del sindacato esercitato rappresentano, quindi, condizioni essenziali affinché il ricorso a strumenti investigativi occulti non si traduca in un'incontrollata espansione del potere delle autorità procedenti di realizzare ingerenze nella sfera dei diritti fondamentali dei terzi.

3.2. *Garanzie successive*

Accanto a simili garanzie, gli ordinamenti nazionali sono tenuti a predisporre rimedi effettivi a favore di chiunque abbia motivo di ritenere che le proprie comunicazioni siano state sottoposte a intercettazione da parte delle autorità investigative, affinché risulti assicurata un'adeguata conformità ai parametri convenzionali e sia concretamente possibile contestare la legittimità dell'attività investigativa svolta³⁹.

In tale quadro si iscrive il tema della notificazione delle attività intrusive compiute: essa costituisce, in termini funzionali, uno dei presupposti necessari perché i rimedi successivi previsti dal diritto interno possano dirsi adeguati ed effettivi a tutela dei diritti e degli interessi dei terzi lesi dall'azione investigativa⁴⁰. Non a caso, le Corti internazionali in materia di diritti umani hanno più volte valorizzato il requisito informativo quale indice decisivo tanto dell'effettività dei mezzi di tutela, quanto dell'esistenza di garanzie idonee a prevenire abusi nell'esercizio dei poteri di indagine⁴¹.

Analoghe esigenze si impongono anche con riguardo alla conservazione dei dati acquisiti mediante attività captativa occulta: la *retention* deve essere accompagnata dalla comunicazione di adeguate informazioni a tutti i soggetti interessati – non soltanto all'indagato o imputato – affinché ciascuno sia posto nelle condizioni di attivare strumenti difensivi e di tutela⁴². La centralità di tale requisito emerge con particolare chiarezza nella

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 232; Id., *Klass e altri c. Germania*, cit., par. 49-50; Id., *Weber e Saravia c. Germania*, cit., par. 106.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 234; Id., *Klass e altri c. Germania*, cit., par. 57; Id., *Weber e Saravia c. Germania*, cit., par. 135; Id., *Big Brother Watch c. Regno Unito*, cit., par. 358: «regardless of whether material was acquired through targeted or bulk interception, the existence of a national security exception could deprive a notification requirement of any real practical effect. The likelihood of a notification requirement having little or no practical effect will be more acute in the bulk interception context, since such surveillance may be used for the purposes of foreign intelligence gathering and will, for the most part, target the communications of persons outside the State's territorial jurisdiction. Therefore, even if the identity of a target is known, the authorities may not be aware of his or her location». Corte interamericana dei diritti umani, *Caso Miembros de la corporación de abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., par. 565: «La necesidad de asegurar la efectividad del acceso al recurso ha determinado que a nivel internacional se prevea la notificación, a la persona afectada por las acciones de inteligencia, de que ha sido objeto de estas, una vez que los servicios de inteligencia han finalizado la injerencia».

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 2006, ricorso n. 62540/00, *Associazione per l'integrazione europea e i diritti umani e Ekinidzhiev c. Bulgaria*, par. 58; Corte interamericana dei diritti umani, *Caso Miembros de la corporación de abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, cit., par. 565.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, cit., par. 310, in cui si afferma che «as regards the third stage, after the surveillance has been terminated, the question of subsequent notification of surveillance measures is inextricably linked to the effectiveness of remedies before the courts and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers. There is in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless the latter is advised of the measures taken without his or her knowledge and thus able to challenge their legality». Secondo F. NICOLICCHIA, *Controlli occulti e*

sentenza *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, nella quale la Corte EDU ha sottolineato che, una volta cessate le operazioni di monitoraggio, la questione della notificazione è strettamente connessa alla possibilità di attivare rimedi giurisdizionali, alla loro effettività e alla presenza di garanzie capaci di proteggere gli individui dal rischio di abuso dei poteri di sorveglianza statale.

In questa prospettiva, il riconoscimento di un meccanismo che consenta anche ai terzi incidentalmente coinvolti in un'indagine penale di adire un giudice per la tutela delle proprie posizioni soggettive assume nella prospettiva delle giurisprudenze internazionali natura di garanzia imprescindibile. Solo un rimedio attivabile su iniziativa dell'interessato, nei cui confronti si stata effettuata un'attività di *discovery*, consente infatti di sottoporre a verifica la legittimità della misura e, al contempo, di contenere il rischio di impiego o divulgazione di dati riferibili a soggetti estranei all'indagine⁴³. In tale senso è significativa la sentenza *Contrada c. Italia* (n. 4), nella quale la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, rilevando che la disciplina interna non impone alle autorità procedenti un obbligo di comunicazione nei confronti dei soggetti intercettati che non siano parti del procedimento⁴⁴. Per tali soggetti, di conseguenza, non risulta concretamente esperibile un rimedio successivo idoneo ad attivare un controllo giurisdizionale sulla legittimità delle intercettazioni: e, appunto per ciò, la normativa italiana non soddisferebbe i requisiti convenzionali perché la compressione del diritto al rispetto della vita privata possa dirsi ammissibile⁴⁵. Nella medesima pronuncia, in ogni caso, la Corte ha osservato che il diritto interno – anche alla luce dell'interpretazione consolidata della Corte di cassazione – individua con sufficiente precisione sia le persone suscettibili di essere intercettate, sia le circostanze e le condizioni

continuativi come categoria probatoria, cit., p. 156, «de risultanze del controllo potranno essere utilizzate al fine di orientare il giudizio di responsabilità dell'imputato, e quest'ultimo deve pertanto essere reso compiutamente edotto circa l'esecuzione di ricerche segrete non solo onde vagliare la legittimità della limitazione arrecata al suo diritto al riserbo, ma anche per contestare la valenza probatoria degli elementi raccolti a suo carico».

⁴³ Cfr. L. BERNARDINI, F. SANVITALE, *Searches and Seizures of Electronic Devices in European Criminal Proceedings*, cit., p. 103: «It is only during the ex post facto independent review that the exclusion of data belonging to third parties becomes conceivable (and also feasible). In this sense, it can be argued that third parties with a legal interest in the case must have the opportunity to defend themselves against the publication of their data and that other-than-judicial authorities (e.g., Data Protection Supervisors) may be involved in criminal proceedings to ensure the protection of private life, should it be necessary».

⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 maggio 2024, ricorso n. 2507/19, *Contrada c. Italia* (n. 4), par. 92: «La Cour note que la loi italienne prévoit que les parties à la procédure sont informées sans délai une fois les opérations d'interception terminées et ont accès aux enregistrements et aux transcriptions des écoutes ainsi qu'à l'ensemble des décisions judiciaires pertinentes de façon à pouvoir, le cas échéant, en contester la régularité et la pertinence (paragraphe 27 ci-dessus). Aucune notification ultérieure de la mesure n'est en revanche prévue pour celles des personnes mises sur écoute qui sont étrangères à la procédure, si bien que ces personnes, à moins d'une indiscretion ou d'un autre événement étonnant, pourraient ne jamais apprendre qu'elles ont été visées par une mesure de surveillance». In tema v. M. BIRAL, *Nuovi orizzonti di tutela per i terzi colpiti da intercettazioni*, cit., p. 1346 ss.; S. LORUSSO, *Nessun dubbio (per la CEDU) sull'uso distorto delle intercettazioni lesivo dei terzi estranei al procedimento*, in *La legislazione penale*, 1° aprile 2025, p. 8 ss.

⁴⁵ Cfr. D. FOTI, *La disciplina italiana delle intercettazioni viola l'art. 8 CEDU*, cit., il quale sottolinea l'importanza del fatto che «i Giudici di Strasburgo abbiano finalmente posto l'accento sulla rilevanza della *discovery* anche per soggetti diversi dall'indagato o imputato, i quali potrebbero divenire destinatari dell'avviso di deposito della documentazione relativa alle intercettazioni in quanto soggetti interessati, così da poter partecipare all'udienza di stralcio. In tal modo, anche al terzo sarebbe consentito far valere l'eventuale illegittima ingerenza nella propria sfera personale, inserendosi in una parentesi procedimentale. Tuttavia, se tale soluzione potrebbe non risultare particolarmente onerosa avuto riguardo al terzo direttamente intercettato, non pare possa dirsi lo stesso in merito alla diversa situazione del terzo le cui conversazioni vengano casualmente captate nel contesto di operazioni condotte sull'utenza di altri soggetti».

per disporre la misura. In tal senso, la legislazione è stata ritenuta conforme almeno al requisito di prevedibilità richiesto dalla Convenzione in materia di intercettazioni⁴⁶.

In definitiva, il tratto comune alle conclusioni raggiunte dalle Corti risiede nell'accento posto sulla disponibilità, per le persone accusate e per i soggetti non indagati né imputati, di un controllo effettivo – giurisdizionale o, in alternativa, davanti a un'autorità amministrativa indipendente – volto a verificare la legittimità della misura investigativa e la correttezza delle modalità esecutive. Tale possibilità di sindacato rappresenta il criterio decisivo per apprezzare, in concreto, la compatibilità convenzionale dei poteri di sorveglianza e delle correlate interferenze nella sfera privata.

Il problema dell'effettività della tutela non si esaurisce, pertanto, nella sola predisposizione astratta di rimedi successivi, ma investe, più radicalmente, le condizioni concrete che rendono possibile il loro esercizio. E poiché tali condizioni presuppongono, in via primaria, che il soggetto destinatario dell'attività investigativa venga posto a conoscenza dell'interferenza subita, la notificazione delle attività intrusive si rivela il necessario punto di snodo tra segretezza dell'indagine e possibilità di reazione giurisdizionale. È precisamente in questo passaggio che la tutela dei terzi mostra la propria più evidente fragilità, ma anche, al tempo stesso, il proprio valore sistematico, giacché è qui che si misura la capacità dell'ordinamento di impedire che il carattere occulto dell'attività investigativa si traduca in una definitiva sottrazione del potere pubblico a ogni controllo effettivo.

4. Conclusioni

Dall'analisi sin qui svolta è possibile trarre una rilevante conclusione: sorprendentemente, la capacità del processo penale contemporaneo di restare fedele alla propria vocazione garantistica, anche nel momento in cui più intensamente si espande la sua capacità afflittiva, sembra emergere proprio dall'esigenza di definire un congruo *standard* di tutela del terzo. Se è vero che l'indagine penale non può rinunciare all'impiego di misure al giorno d'oggi sempre più necessarie ai fini dell'accertamento, è altrettanto vero che la legittimazione del potere investigativo dipende, in ultima analisi, dalla sua permanente riconduzione entro forme, limiti e controlli idonei a impedire che l'efficacia dell'attività procedimentale si converta in una indebita interferenza dell'autorità sulle libertà fondamentali dell'individuo. Ed è precisamente sotto questo profilo che la condizione del terzo viene ad assumere un rilievo paradigmatico, giacché in essa si manifesta con particolare evidenza la necessità di ripensare il rapporto tra poteri investigativi e garanzie individuali oltre l'orizzonte della sola figura dell'indagato o dell'imputato.

Questa conclusione offre un'indicazione metodologica di rilievo per approcciarsi in modo adeguato al tema della terzietà processuale. Si è avuto modo di appurare come essa, lungi dal coincidere con una mera condizione di estraneità al reato, metta piuttosto in luce

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Contrada c. Italia* (n° 4), cit., par. 87: «La Cour note qu'en effet le code de procédure pénale italien ne fait pas référence aux catégories de personnes qui sont susceptibles d'être mises sur écoute. Elle observe toutefois que selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'article 267 du CPP trouve à s'appliquer dès lors que des indices sérieux font présumer l'existence d'une infraction, indépendamment de la question de savoir qui en est l'auteur, si bien que, à condition que la mesure soit nécessaire à la poursuite de l'enquête, la mise sur écoute peut être ordonnée, dans certaines limites, même à l'égard de personnes qui ne sont pas directement impliquées dans la commission de l'infraction dont il s'agit».

l'esistenza di interessi specifici – pur diversi da quelli dell'indagato o dell'imputato – che si radicano entro una relazione di stretta corrispondenza tra le esigenze di accertamento e la tutela delle libertà individuali. Ne deriva la necessità di ampliare, in una prospettiva sostanziale, la nozione stessa di “partecipazione”, sottraendola a una ricostruzione esclusivamente formalistica e riconducendola, invece, alla concreta incidenza che l'azione investigativa esercita sulla sfera di diritti e interessi di tutti i soggetti a vario titolo coinvolti dalle dinamiche procedurali.

Nondimeno, gli ordinamenti interni appaiono ancora lontani dal conseguire *standard* di tutela soddisfacenti in favore dei terzi. Benché essi risultino sempre più frequentemente attinti da misure investigative intrusive, viene loro sovente negato l'accesso a garanzie partecipative essenziali; e, là dove tali garanzie esistano, esse non si rivelano proporzionate alla portata delle compressioni di libertà e dei sacrifici imposti. Tale esito è indice di una persistente riluttanza a considerare – e, correlativamente, a trattare – i terzi come partecipanti effettivi al processo penale, o quantomeno come soggetti titolari di un diritto di partecipazione nei procedimenti che incidono direttamente sulla loro sfera di diritti e interessi. È ormai evidente che le sfide poste dall'evoluzione contemporanea della giustizia penale richiedono un intervento complessivo, tanto del legislatore quanto della giurisprudenza. Tuttavia, un simile intervento non può ridursi alla sola predisposizione (o al rafforzamento) di garanzie processuali in favore di coloro che abbiano già subito una lesione o una compressione dei propri diritti e delle proprie libertà. Occorre, piuttosto, affiancare a tale dimensione successiva di tutela una linea di intervento preventivo, volta a rafforzare *ex ante* le garanzie partecipative dei soggetti che, pur attinti dall'azione investigativa o processuale, non possano conseguire lo *status* di parte nel processo penale.

In tale prospettiva, un approccio ampio, deformalizzato e flessibile appare la via maggiormente idonea a soddisfare la pluralità di esigenze connesse ai ruoli crescenti e alle nuove forme di coinvolgimento dei terzi nel processo penale. È, in definitiva, lungo questa direttrice che diviene possibile ricomporre, in chiave sistematica, l'espansione dei poteri investigativi e l'irrinunciabile esigenza di garantire a chiunque subisca effetti pregiudizievoli dall'azione penale un livello adeguato di partecipazione, conoscenza e controllo, proporzionato alla intensità dell'interferenza subita.

ABSTRACT: Covert investigations and the protection of third parties in criminal proceedings: the contribution of ECHR and IACtHR case law

This study examines the protection of third parties in criminal proceedings in light of the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). After clarifying the notion of “third parties” within the scope of international law, the analysis will focus on the impact of covert investigative measures on third parties' fundamental rights and on the contribution of the ECtHR and the IACtHR to the recognition of a set of procedural safeguards for third parties in criminal proceedings.

7.

**La tutela del terzo nella giustizia penale
dell'Unione europea e transnazionale**

GIORGIO AVILA*

COMUNICAZIONI TELEMATICHE E CRITTOFONINI: ESIGENZE INVESTIGATIVE E DIRITTI FONDAMENTALI NEGLI ARRESTI DI PIÙ CORTI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Attività d'indagine e sistema *Sky-Ecc* – 3. Quale modello per le indagini svolte all'estero? – 4. ...E quale natura giuridica per i dati acquisiti? – 4.1. La posizione della Corte di Giustizia Europea e della Corte costituzionale anche per l'acquisizione dei "dati esterni al traffico". – 4.2. L'acquisizione di dati digitali e l'Ordine europeo di indagine. – 5. L'arresto delle Sezioni Unite.

1. *Premessa*

L'inarrestabile avanzamento tecnologico ha determinato un significativo ampliamento dei canali di comunicazione, imponendo, in parallelo, un crescente ricorso da parte degli organi inquirenti a strumenti investigativi connotati da un elevato grado di sofisticazione tecnica e da una marcata capacità intrusiva. Tali modalità di indagine, pur rispondendo a imprescindibili esigenze di efficacia e tempestività dell'azione investigativa, sollevano rilevanti criticità in ordine alla tenuta del sistema di garanzie previsto dall'ordinamento, ponendo delicate questioni di bilanciamento tra sicurezza collettiva e tutela dei diritti fondamentali della persona. Si pensi alle attività investigative eseguite sulle piattaforme comunicative criptate che si avvalgano di dispositivi informatici appositamente modificati (c.d. crittofoni) e di *server* dislocati in ogni parte del mondo. In queste ipotesi, il problema principale diviene verificare se tali attività siano riconducibili entro l'orbita precettiva di uno dei tipici mezzi di ricerca della prova, in modo da regolare le modalità di apprensione del dato con un'adeguata copertura normativa che non le ponga in contrasto con i dettami codicistici e costituzionali e al fine dell'introduzione nel giudizio della c.d. prova digitale, quale rappresentazione di un fatto incorporata su base materiale con metodo digitale ("qualsiasi altro mezzo" per come indicato dall'art. 234 c.p.p.)¹.

Quanto premesso fa da sfondo alla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite penali il cui dispositivo è stato depositato il 29 febbraio 2024 (e le motivazioni il 14 giugno 2024), investendo un tema sul quale si sono pronunciate nuovamente sia la stessa Corte di Cassazione² che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea in Grande Sezione, in data 30 aprile 2024 a seguito di rinvio pregiudiziale disposto dal *Landgericht Berlin*³. Attraverso il rinvio

* Dottorando di ricerca in *Giurisprudenza* presso l'Università di Catania.

¹ L. CUOMO, *La prova digitale*, in G. CANZIO, L. L. DONATI (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2022, p. 622 ss.

² Cass. pen., Sez. I, 12 marzo 2024, (3 aprile 2024), n. 13535, in *Quot. Giur.*; Cass. pen., Sez. IV, 5 aprile 2024, n. 13819.

³ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-670/22 «Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia penale – Direttiva 2014/41 UE – Ordine europeo di indagine penale – Acquisizione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione – Condizioni di emissione – Servizio di telecomunicazioni cifrate – EncroChat – Necessità della decisione di un giudice – Utilizzo di prove acquisite in violazione del diritto dell'Unione».

pregiudiziale, in particolare, i Giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di precisare le condizioni per la trasmissione e l'utilizzabilità legittima delle prove nei procedimenti penali transfrontalieri attraverso l'emissione di ordini europei di indagine.

Concentrando, innanzitutto, l'attenzione proprio sulla pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte, i Giudici di legittimità – in esecuzione di diversi ordini europei di indagine – hanno ritenuto utilizzabili nei procedimenti italiani gli atti trasmessi dall'autorità francese concernenti comunicazioni effettuate tramite l'uso di criptofonini, acquisite e deciptate dall'autorità giudiziaria estera, attraverso complesse modalità operative, alcune delle quali poste sotto segreto di Stato. Sulla questione, il Supremo Collegio si è pronunciato in seguito a un contrasto interpretativo sorto tra le Sezioni della Cassazione, chiamate a decidere su ricorsi aventi a oggetto misure cautelari emesse sulla scorta degli atti trasmessi dalla Francia. Un orientamento largamente maggioritario⁴ riteneva, infatti, che gli atti di che trattasi fossero riconducibili all'art. 234-*bis* c.p.p., mentre due sentenze “gemelle”⁵ della VI Sezione hanno ritenuto che tali attività andassero più correttamente ricondotte nell'orbita precettiva dell'art. 270 c.p.p., aprendo uno squarcio in quell'orientamento interpretativo ormai consolidato.

La pronuncia risolutiva del contrasto trae origine dalle vicende che vedono coinvolte, da un lato, la società di telecomunicazioni *Sky global* (fornitrice di criptofonini) e, dall'altro, la piattaforma di messaggistica criptata *Sky-ecv*, utilizzata dagli esponenti di alcune associazioni criminali al fine di comunicare in via riservata attraverso l'uso di *smartphone* appositamente modificati, c.d. criptofonini. In particolare, l'uso di detti strumenti consente l'invio di messaggi cifrati il cui contenuto, laddove captato, rimane incomprensibile senza le apposite chiavi di decifrazione.

La complessa attività di indagine compiuta in Francia dalla *Gendarmerie*, con la cooperazione di Belgio e Olanda e con il supporto di *Eurojust* e dell'*Europol*, si era concentrata proprio sull'acquisizione e deciptazione di messaggistica cifrata, la cui apprensione era stata resa possibile dall'inoculazione furtiva di captatori informatici, sia sui singoli dispositivi *target*, che sul *server* al quale si appoggiava la piattaforma *Sky-ecv* e nel quale transitavano e rimanevano memorizzate (per un periodo di tempo limitato) tutte le comunicazioni. In questo modo gli investigatori erano stati in grado di monitorare il flusso di informazioni di oltre 70 mila utenze e i risultati di tali attività investigative erano, poi, refluiti in procedimenti in corso in altri Stati membri in seguito all'emissione di una molteplicità di ordini di indagini europei.

In materia di criptofonini e *chat* criptate è possibile riscontrare una selva di questioni interpretative, a partire dalla qualificazione giuridica da riconoscere all'atto di indagine, fino al problema riguardante la legittimazione all'emissione di un ordine europeo di indagine per l'acquisizione di risultati di indagini svolte in altro Paese e a un eventuale controllo giurisdizionale dei risultati così acquisiti. Prima di poterci addentrare nell'analisi delle questioni che hanno portato le Sezioni Unite a pronunciarsi in data 29 febbraio 2024, è utile

⁴ Fra le tante Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio (14 settembre) 2023, n. 37503; Cass. pen., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, in *C.E.D. Cass.*, n. 284563-01. Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201, in *C.E.D. Cass.*, n. 285350-01; Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 2023, n. 48838, in *C.E.D. Cass.*, n. 285599-01; Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, in *C.E.D. Cass.*, n. 283998-01.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, in *C.E.D. Cass.*, n. 285284-01; Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44155, in *C.E.D. Cass.*, n. 285362-01. Cfr. G. SPANGHER *Chat. Saranno le Sezioni Unite a “decriptare” le questioni giuridiche*, in *Giust. ins.*, 2023; F. RESTA, *Criptofonini e ordine europeo di indagine: le questioni poste alle Sezioni Unite*, in *Giust. ins.*, 2023.

porre attenzione – anche da un punto di vista tecnico/investigativo – sulle modalità di acquisizione e decriptazione delle conversazioni così da tentare di ricostruire le attività investigative svolte dalla *Gendarmerie*.

2. Attività d'indagine e sistema Sky-ecc.

Tutte le applicazioni di *Instant messaging* e di *Voice call* fanno uso di protocolli crittografici, per cui, al fine di poter carpire i contenuti delle *chat* e dei messaggi che corrono criptati sulla rete, la tecnica investigativa più “semplice” consisterebbe nell’installare un captatore informatico⁶ sul dispositivo *target* in uso al soggetto indagato.

Tale tecnica investigativa, infatti, permetterebbe agli inquirenti di controllare da remoto (e all’insaputa del soggetto indagato) le periferiche del dispositivo infettato, attivando furtivamente il microfono per poter registrare le chiamate, nonché di avvalersi di una funzione di “replica” – sullo schermo di altro dispositivo in possesso degli inquirenti – di ciò che viene visualizzato sul *display* del sistema bersaglio, così da poter captare i contenuti delle *chat* sia in entrata che in uscita: in uscita, si riuscirebbe a “fotografare” il testo prima che le infrastrutture informatiche procedano alla loro criptazione; in entrata, viceversa, se ne immortalerebbe il contenuto non appena appare già decriptato sul *display* del dispositivo bersaglio infettato⁷.

Problemi investigativi sorgono con l’avvento dei c.d. criptofonini⁸, ovverosia *smartphone* appositamente modificati sia nella loro componente *software*, che nella loro componente *hardware*, i quali usano «metodi di crittografia capaci di proteggere i sistemi di comunicazione, solitamente basati (...) sullo stesso *hardware* dei normali telefonini, ma con l’aggiunta di sistemi di cifratura superiori ai normali dispositivi *Android* o *Apple*. I criptofonini utilizzano un *hardware standard*, in genere *Android*, *Blackberry* o *IPhone*, ma rispetto ai normali telefonini ospitano un *software* capace di contenere un sistema operativo dedicato, avente particolari requisiti di sicurezza, capaci di disabilitare i servizi di localizzazione (GPS, *Bluetooth*, fotocamera, scheda SD e porta USB). Le chiamate rimangono attive ma solo in modalità *Voice over Internet Protocol* (VOIP), non appoggiandosi alla rete GSM e impiegano applicazioni proprietarie e criptate (quali *Encrochat*, *Sky-Ecc*, *Anom* etc.) che utilizzano reti diverse dalla normale rete telefonica, e crittografate a una cifratura a più livelli»⁹. Tali modifiche rendono

⁶ S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on-line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2855 ss.; M. TROGU, *Intrusioni segrete nel domicilio informatico*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, p. 569 ss.

⁷ Come risaputo, il captatore informatico è un *software* facente parte della categoria dei *malicious software* (c.d. *Malware*), ossia un *virus* informatico che, una volta installato in modo furtivo all’interno del dispositivo digitale *target* è in grado di svolgere attività di ricerca e di sorveglianza *on-line* molto invasive e di seguire l’attività mediante *shadowing*, cioè attraverso un controllo occulto dell’apparecchiatura effettuato da remoto. Tale programma è composto da due moduli: un *server* (programma infettivo installato), e un *client* (*virus* che consente la captazione) collegati fra di loro.

⁸ Cfr. M. RAMPIONI, *I limiti di utilizzabilità della messaggistica criptata SkyEcc acquisita tramite ordine europeo di indagine tra obblighi europei e principi costituzionali*, in *Giur. Pen. Web*, 2023, p. 4.

⁹ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2023, n. 47798.

il dispositivo in questione impermeabile¹⁰ al *trojan virus*, il quale – se installato – al massimo riuscirebbe a captare dei semplici messaggi cifrati e, quindi, non intellegibili¹¹.

In ipotesi del genere, dapprima occorrerà acquisire le *chat* criptate trasmesse via rete, dopodiché, però, per poter loro ascrivere un significato comprensibile, occorrerà procedere alla loro decifrazione tramite le apposite chiavi di decriptazione.

Nel caso che ci occupa, dunque, è possibile scindere l'azione investigativa svolta in Francia in due differenti passaggi: l'introduzione furtiva, mediante inoculazione di un captatore informatico, nei *server* che custodivano alcune delle chiavi di decriptazione nonché l'insieme delle conversazioni da decriptare che rimanevano memorizzate per un periodo limitato e la successiva decriptazione di tali conversazioni, mediante la captazione delle ulteriori chiavi di cifratura depositate nei singoli criptofonini, senza le quali i messaggi sarebbero rimasti delle semplici stringhe informatiche¹².

Tale ultima attività si era resa necessaria proprio in considerazione del modello di criptazione *end to end* utilizzato dalla piattaforma *Sky-ecc*, grazie al quale ogni dispositivo era dotato di una propria personale chiave di cifratura così da non permettere (nemmeno tramite le sole chiavi di decrittazione depositate nel *server*) la decifrazione dei messaggi scambiati.

Più specificatamente, nel caso della piattaforma *Sky-ecc* si trattava di un servizio *client server*¹³: qualsiasi comunicazione per poter transitare dal dispositivo del mittente al dispositivo del destinatario deve essere triangolata da un *server* centrale sotteso al funzionamento dell'intera piattaforma. Tale *server*, però, non si sarebbe limitato a triangolare le *chat* scambiate su *Sky-ecc*, bensì le avrebbe anche incamerate e conservate in memoria per un periodo limitato¹⁴.

Tutte le comunicazioni passanti per tale piattaforma risultavano protette da quattro differenti chiavi di cifratura, alcune delle quali conservate nei *server* (come nel caso *Blackberry*¹⁵), altre conservate all'interno dei singoli criptofonini. Tale piattaforma, quindi, fondeva la tecnologia *End to End*¹⁶, con la tecnologia *Pin to Pin*¹⁷.

¹⁰ La differenza fondamentale con le applicazioni di “*chat sicure*” tradizionali (*WhatsApp*, *Telegram* etc.) è che mentre in questi casi i dati vengono criptati al momento dell'invio e quindi decriptati una volta giunti a destinazione, nel caso dei criptofonini, sia le comunicazioni in entrata quanto le comunicazioni in uscita sono sempre crittografate *end to end*.

¹¹ L. LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, in *Pen. dir. proc.*, 2/2023, p. 417 ss.: da qui, la necessità di disporre delle chiavi di cifratura in assenza delle quali, i flussi comunicativi scambiati tramite i criptofonini si presentano come mere stringhe informatiche redatte secondo il sistema binario: cioè, a dire, sequenze di numeri prive di qualsiasi significato intellegibile ai più.

¹² Per un'analisi tecnico-investigativa e ulteriori approfondimenti, cfr. D. CURTOTTI, V. RIZZI, W. NOCERINO, A. RUSSITTO, G. GILBERTI, G. SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, in *Sist. pen.*, 2023, 6, pp. 173 ss.; M. T. MORCELLA, *Le due mosse, con cui l'AG francese ha “hackerato” Sky Ecc*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 10, pp. 1377 ss.

¹³ Per “*Client server*” si indica una architettura di rete nella quale in computer client si connette a un server per la fruizione di un certo servizio, quale ad esempio la condivisione di una certa risorsa hardware/software con altri client, appoggiandosi alla sottostante architettura protocollare.

¹⁴ Nel caso in oggetto il *server* era a Roubaix, in territorio francese.

¹⁵ Cfr. L. FILIPPI, *Quattro miti da sfatare sull'intercettazione dei cellulari Blackberry*, in *Pen. dir. proc.*, 2023.

¹⁶ Il sistema crittografico *End to End* è un sistema di comunicazione cifrata nel quale solo i dispositivi delle persone che stanno comunicando dispongono delle chiavi di cifratura indispensabili per poter rendere intellegibili le *chat* che corrono criptate in rete tra i due dispositivi mobili. Più semplicemente, è lo stesso metodo crittografico che viene utilizzato dalla piattaforma di messaggistica *on-line* *WhatsApp*: al momento dell'invio del messaggio il telefonino del mittente ne cripta il contenuto e lo recapita al dispositivo del destinatario il quale, grazie alla propria chiave di decifrazione, lo rende intellegibile.

¹⁷ Nel sistema crittografico *Pin to Pin*, le chiavi di decifrazione utili al fine di decriptare le *chat* sono conservate nel server sotteso al funzionamento dell'intera piattaforma di *Instant Messaging*.

Al fine di acquisire le *chat* in formato intellegibile, dapprima sono stati installati sui *server* cui si appoggiava la piattaforma *Sky-ec* dei c.d. *TAP* di rete¹⁸, i quali hanno consentito non solo di recuperare le chiavi di decriptazione depositate nei *server* unitamente alle comunicazioni pregresse, ma pure di intercettare l'intero flusso telematico che correva in tempo reale sulla piattaforma (quindi, è stato possibile intercettare non solo quello relativo alle singole utenze sotto controllo, bensì anche il flusso di tutti i dispositivi che usavano *Sky-ec*, esponendo tale strumento investigativo al rischio di un suo uso “a strascico”, finalizzato piuttosto che a degli accertamenti mirati, alla ricerca di mere *notitiae criminis*¹⁹).

Per recuperare le ulteriori chiavi di decriptazione, poi, in un secondo momento, l'autorità francese ha proceduto all'installazione di captatori informatici sulle singole utenze degli *Sky-ec users*, riuscendo così a decifrare le comunicazioni.

Nell'intero quadro sopra descritto è di tutta evidenza che tali formidabili capacità di penetrazione nella sfera privata dell'individuo (indagato, indiziato o addirittura terzo estraneo) «impongono un delicato bilanciamento delle esigenze investigative con la garanzia dei diritti inviolabili, che possono subire gravi lesioni»²⁰.

3. *Quale modello per le indagini svolte all'estero?*

Pur non essendo ufficialmente noti i singoli passaggi investigativi che hanno portato alla apprensione e alla decriptazione degli elementi di prova mediante introduzione nei *server* cui si appoggiava la piattaforma *Sky-ec*, è opportuno interrogarsi se – per quanto trapelato – tali attività possano essere ricondotte entro lo schema di uno dei mezzi tipici di ricerca della prova. Il vero problema è la tassonomia in cui inquadrare le attività di indagine esperite sulle piattaforme criptate. Questo perché i ritrovati della modernità non offrono solo nuove modalità di esecuzione di “vecchi” istituti processuali ma, spesso, rappresentano attività inedite, “casi e modi” originali che mal si conciliano con le categorie probatorie “tradizionali” e richiedono un'attenta analisi sulla compatibilità con il sostrato giuridico in cui si insinuano²¹.

Mancando all'interno dell'ordinamento italiano specifiche previsioni normative che disciplinino l'accesso, l'acquisizione e la conservazione dei dati informatici depositati nei *server* e visto il rischio che tali indagini possano tramutarsi in attività meramente “esplorative”, è necessario verificare la legittimità probatoria delle investigazioni sulle piattaforme criptate²².

Il primo modello cui ricondurre le attività svolte in Francia potrebbe essere quello delle “perquisizioni informatiche”. Si deve, in particolare, all'intervento legislativo operato con L. 18 marzo 2008 n. 48²³ la disciplina relativa alla ricerca e alla apprensione dei dati informatici

¹⁸ *Traffic Access Point (TAP)*, è un dispositivo *hardware* inserito in un punto specifico in una rete in cui è possibile accedere ai dati a scopo di test o risoluzione dei problemi. I *TAP* di rete vengono principalmente utilizzati per monitorare il traffico tra due punti in una infrastruttura di rete.

¹⁹ Cfr. A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012, p. 275 ss.

²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 28 aprile (1° luglio) 2016, n. 26889, in *C.E.D. Cass.*, n. 266905.

²¹ Cfr. P. CORVI, *Le modalità di acquisizione dei dati informatici trasmessi mediante posta elettronica e applicativi di chatting: un rebus non ancora del tutto risolto*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 1, p. 216.

²² D. CURTOTTI, V. RIZZI, W. NOCERINO, A. RUSSITTO, G. GILBERTI, G. SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, in *Sist. pen.*, cit., p. 182.

²³ Legge di “Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, tenutasi a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno”. Con specifico riferimento alla materia processuale penalistica, le disposizioni previste dalla Convenzione imponevano alle parti l'adozione e la definizione di procedure adeguate all'accertamento dei reati commessi per il tramite delle

ai fini di prova. La legge in questione ha modificato svariate norme del codice di rito²⁴, innestando nella disciplina dei tradizionali mezzi di ricerca della prova (ispezioni, perquisizioni e intercettazioni) disposizioni specificatamente volte a regolamentare la ricerca e l'apprensione dei dati informatici²⁵. Questi ultimi, in quanto dati dematerializzati, sono passibili di essere sottoposti a sequestro indipendentemente dall'assoggettamento a vincolo reale del supporto fisico che li contiene²⁶.

Se da un lato, però, il legislatore si è premurato di adattare i mezzi tipici di ricerca della prova alle continue evoluzioni tecnologiche, dall'altro non ha posto l'accento sulla differenza tra «perquisizioni di dati informatici» e «perquisizioni effettuate mediante tecnologie informatiche da remoto» soprattutto in considerazione delle infinite potenzialità invasive dei *software* che oggi permettono un controllo occulto. Se non è difficile, infatti, ricondurre le perquisizioni informatiche all'interno dello schema delle perquisizioni «classiche», lo stesso non può dirsi per quelle attività perlustrative occulte ed effettuate da remoto che infelicitamente vengono definite «perquisizioni *on-line*», la cui nomenclatura è l'unico punto di contatto – frutto di un palese inganno linguistico – con quel classico mezzo di ricerca della prova.

Quanto premesso induce a pensare di non poter ricondurre le attività svolte in Francia entro lo schema delle perquisizioni, presentando, le attività svolte, notevoli differenze rispetto allo schema «classico». L'attività investigativa è stata finalizzata all'acquisizione occulta di elementi utili ai fini investigativi in un contesto spaziale e temporale indeterminato e *in fieri*, essendo, l'attività *on-line*, completamente ignota al soggetto indagato, che, di conseguenza, non può esercitare alcun diritto difensivo. È proprio la possibilità di poter apprendere non solo ciò che è avvenuto nel passato, ma anche ciò che è in via di formazione o in corso di svolgimento (con la potenzialità, quindi, di proiettarsi nel futuro) a segnare la netta differenza rispetto alle perquisizioni «tradizionali».

A riprova della non riconducibilità allo schema delle perquisizioni «classiche», è di supporto anche la considerazione che si è trattato di attività investigative permanenti, senza limiti di durata e senza alcuna indicazione degli elementi probatori e delle modalità di esplicazione delle indagini, permettendo così l'apprensione di una infinità di dati non selezionati secondo rigidi criteri di ricerca²⁷.

Nemmeno, altresì, sembrerebbe possibile ricondurre le attività svolte entro lo schema delle ispezioni. L'attività ispettiva consiste nella semplice osservazione e visualizzazione esterna dello stato dei luoghi, delle persone o delle cose, senza alcuna loro modificazione, al

tecnologie informatiche, che consentissero di bilanciare l'interesse all'azione repressiva con la tutela dei diritti fondamentali.

²⁴ Le modifiche più rilevanti al codice di procedura penale hanno riguardato le disposizioni in materia d'ispezione (art. 244, comma 2 c.p.p.), perquisizione (art. 247, comma 1-bis e art. 352 c.p.p.) e sequestri (artt. 254, 254-bis, 256, 259, 260 c.p.p.), nonché l'attribuzione agli ufficiali di P.G., di particolari poteri relativi all'assicurazione delle fonti di prova digitale nei casi di urgenza derivante dal rischio di dispersione o di alterazione dei dati (artt. 353 e 354 c.p.p.).

²⁵ Cfr. P. TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 406.

²⁶ Tramite tale novella, il legislatore ha inteso espressamente assimilare alle «cose» i dati informatici. Ne è prova la formulazione dell'art. 260 c.p.p., che, al comma 1, fa espressamente riferimento, per l'individuazione delle modalità attraverso le quali procedere all'apposizione dei sigilli, alla natura delle «cose», prevedendo che il sigillo possa apporsi elettronicamente o informaticamente.

²⁷ Per approfondimenti sulle attività esperibili mediante captatore informatico cfr. A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2274 ss.; S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on-line (o perquisizioni elettroniche)*, cit., p. 2855 ss.; E. M. MANCUSO, *Le perquisizioni on-line*, in *Jus Online*, 2017, 3, p. 415 ss.

fine di ricercare e, in caso positivo, di acquisire le tracce e gli altri effetti materiali del reato²⁸; «l'atto del perquisire differisce dall'ispezione nell'organo anatomico; mano e, rispettivamente, occhi; l'inspicere scruta; il perquirente fruga»²⁹. Nella fattispecie in esame, in realtà, non sembra possibile affermare che l'attività degli organi inquirenti si sia limitata alla semplice osservazione, essendo state prese di mira comunicazioni criptate, la cui ispezione, al massimo, avrebbe permesso la visione di conversazioni non intelleggibili.

V'è di più: in primo luogo, i criptofonini forniti dalla *Sky Global*, oltre ad avere fotocamere, GPS e microfoni disabilitati, consentivano la trasmissione di messaggi cifrati che, dopo trenta secondi, venivano automaticamente eliminati dal *server* sotteso al funzionamento della piattaforma *Sky-Ecc*; ancora, se un dispositivo non fosse stato raggiungibile dalla rete, il messaggio sarebbe stato conservato per 48 ore per poi essere cancellato automaticamente; infine, lo *Sky-ecc users* poteva procedere alla cancellazione immediata del contenuto del dispositivo mediante la digitazione di una un'apposita *password* «antipánico». L'introduzione furtiva in più sistemi informatici volta all'acquisizione non solo delle conversazioni pregresse, ma anche di quelle in itinere (considerando per di più la funzionalità di cancellazione periodica automatica delle conversazioni dal *server* dedicato) renderebbe forse opportuno inquadrare l'attività realizzata dall'autorità inquirente entro lo schema delle intercettazioni³⁰.

Tuttavia, anche con riferimento alle intercettazioni sorge qualche dubbio vacillando «i criteri basati sulla necessaria concomitanza tra attività captativa segreta e interlocuzione tra i soggetti coinvolti nella comunicazione/conversazione, nonché lo stesso inquadramento di quest'ultima»³¹. Inoltre, mal si concilia questo inquadramento con le indagini «a strascico» che sono state svolte dagli inquirenti d'oltralpe, tenuto conto che la nostra disciplina interna pone come condizione per l'espletamento di indagini così ampie, requisiti stringenti volti a limitare l'uso di mezzi così invasivi³² al fine di evitare una deriva esplorativa delle indagini. Il problema risiede nella confusione che potrebbe derivare dall'ampio uso del captatore informatico una volta inoculato nel dispositivo *target*, tale da rendere difficoltosa la distinzione tra le attività che rientrerebbero nel novero dell'art. 266 ss. c.p.p. e tutte le altre.

Le difficoltà nell'inquadrare l'attività svolta entro lo schema di uno dei tipici mezzi di ricerca della prova potrebbe essere sintomatica del fatto che si sia proceduto con l'uso di mezzi di ricerca della prova che non trovano una compiuta regolamentazione nel nostro codice di rito³³.

D'altra parte, laddove si propendesse per la loro atipicità, tali attività non dovrebbero ritenersi vietate sol perché atipiche, in quanto: in primo luogo, alcuni segmenti delle attività sono riconducibili ai tipici mezzi di ricerca della prova; in secondo luogo, come noto, nel sistema processuale penale italiano non esiste un principio di tassatività della prova, essendo il giudice espressamente autorizzato ad assumere anche «prove non disciplinate dalla legge»

²⁸ Cfr. G. BRAGHÒ, *L'ispezione la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in L. LUPARIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul Cybercrime* (l. 18 marzo 2008, n. 48), Milano, 2009, p. 192.

²⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 827.

³⁰ Per un approfondimento, v. M. RAMPIONI, *I limiti di utilizzabilità della messaggistica criptata SkyEcc acquisita tramite ordine europeo di indagine tra obblighi europei e principi costituzionali*, cit., p. 5 ss.

³¹ L. PARLATO, voce *Perquisizioni online*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, Milano, 2017, p. 344.

³² V. Cass. pen., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 6623, in *C.E.D. Cass.*, n. 280838-01.

³³ Cfr. L. LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, cit., p. 14; F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2017, p. 489.

*ex art. 189 c.p.p.*³⁴. In particolare, al cospetto di una prova atipica, così come di un mezzo di ricerca della prova atipico, la legge processuale vuole soltanto che siano rispettate tre condizioni: che sia una prova idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti; che la sua assunzione non pregiudichi la libertà morale della persona interessata; che prima di procedere all'ammissione, il giudice senta le parti sulle modalità di assunzione della prova³⁵.

Prove e investigazioni atipiche non possono, tuttavia, incidere sui tre diritti fondamentali che la Costituzione italiana definisce "inviolabili": il diritto alla libertà personale, *ex art. 13 Cost.*; il diritto all'intimità domiciliare, *ex art. 14 Cost.*; il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni, *ex art. 15 Cost.* Tutte le attività probatorie che comportano una compressione di uno di questi tre fondamentali diritti dell'individuo devono essere previste tassativamente dalla legge. Infatti, gli articoli della Carta costituzionale appena menzionati stabiliscono che non è consentita alcuna limitazione di tali diritti se non per «atto motivato dell'autorità giudiziaria» (riserva di giurisdizione) e «nei casi e modi previsti dalla legge», ovvero «con le garanzie stabilite dalla legge» (riserva di legge). Analogamente, l'art. 8 CEDU impone che «sia prevista dalla legge» ogni intrusione dell'autorità pubblica, non solo nell'intimità della corrispondenza e del domicilio, ma in genere nella «vita privata dell'individuo»³⁶.

4. ...E quale natura giuridica per i dati acquisiti?

Il tema trattato è estremamente attuale in relazione all'inquadramento giuridico delle conversazioni via *chat* o *e-mail*. Tale questione è stata oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale, producendo esiti non sempre uniformi per quanto concerne le modalità di acquisizione di tali conversazioni. Non è sempre agevole determinare quando un'attività investigativa incida davvero sui diritti inviolabili dell'individuo. Il vero problema è che bisognerebbe prendere atto che sia la nostra Carta fondamentale sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono state redatte in un contesto storico in cui certe forme di intrusione nella vita privata dell'individuo non erano nemmeno immaginabili. Anche per le molte questioni interpretative che si agitano in materia di "corrispondenza digitale", il quesito a cui deve darsi una risposta rimane, infatti, sempre lo stesso: se si sia o meno nell'orbita precettiva dell'art. 15 Cost.

È di tutta evidenza che, in realtà, il problema non risiede nella ammissibilità o meno dell'indagine probatoria atipica, quanto piuttosto nella qualificazione dell'atto probatorio e nella scelta della fattispecie in cui inquadrare l'atto investigativo: intercettazione, sequestro di corrispondenza, semplice sequestro di documenti digitali, sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni *etc.*

Con una prima pronuncia il Giudice di legittimità, nonostante un orientamento di segno contrario, ha affermato il principio secondo cui «indipendentemente dal sistema di intrusione utilizzato (quello di accesso diretto al computer ovvero occulto attraverso un

³⁴ F. CAPRIOLI, *Il "catturatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, cit., p. 485 ss.

³⁵ Nel senso che l'art. 189 c.p.p. andrebbe inteso «in senso ampio come comprensivo anche dei mezzi di ricerca della prova e dei mezzi d'indagine non previsti dalla legge», Cass. pen., Sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 88.

³⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo (28 luglio) 2006, n. 26795, *Prisco*, in *C.E.D. Cass.* n. 234270; F. IOVINE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Riv. dir. cont.*, 2014, 3-4. P. 336 ss.

programma spia), quando si vanno a recuperare delle e-mail ormai spedite o ricevute siamo di fronte ad un'attività intercettativa»³⁷. Un dato significativo in tale sentenza non può passare inosservato: con tale decisione la Corte di Cassazione (già nel 2016) ha ritenuto che anche con riferimento ai messaggi di posta elettronica non colti in itinere dovesse comunque farsi ricorso a quelle garanzie previste per le intercettazioni, superando – già da allora – quel ragionamento basato sulla netta distinzione tra dato “freddo” e dato “caldo”³⁸.

Tale decisione si contrapponeva a quel costante orientamento di segno contrario³⁹, secondo il quale il ricorso alla disciplina – e, quindi, alle garanzie – delle intercettazioni non era necessario laddove la comunicazione via *chat* o *e-mail* fosse già intercorsa, individuando la linea di demarcazione tra i diversi metodi acquisitivi del dato comunicativo (e tra le diverse garanzie da dover apprestare), a seconda che il messaggio fosse ancora nella sua fase “dinamica” dell'inoltro (c.d. dato caldo) o nella sua fase “statica” dell'avvenuta ricezione o spedizione (c.d. dato freddo).

Nonostante tale orientamento consolidato, permaneva un dubbio su quale fosse la natura giuridica del dato così acquisito. In certi casi la Cassazione ha individuato nel sequestro di corrispondenza⁴⁰ l'istituto idoneo a recepire tale risultato probatorio, mentre in altri lo ha ricondotto entro lo schema del sequestro ordinario⁴¹, riconoscendo al messaggio la natura di “semplice documento”, poiché captato/acquisito nella sua fase statica e, perciò, quale dato “freddo”.

Com'è stato sottolineato, tale indirizzo interpretativo ha trovato terreno fertile anche grazie alle disposizioni in tema di perquisizioni e sequestri informatici, disciplinati rispettivamente agli artt. 247, comma 1-*bis* e 254-*bis* c.p.p.⁴². Tuttavia, secondo un'altra lettura⁴³, la conclusione non può essere considerata così scontata e di così ampia portata generale, date le peculiarità delle comunicazioni elettroniche prese in considerazione. Ad esempio, nell'ipotesi in cui vi sia un ritardo nella consegna del messaggio già inviato al destinatario a causa di un malfunzionamento del *server* che triangola la comunicazione, potrà parlarsi di comunicazione già intercorsa e fare ricorso all'istituto del sequestro di documento, oppure di comunicazione ancora in itinere e fare ricorso al sequestro di corrispondenza o anche all'intercettazione?⁴⁴ Inoltre, nell'ipotesi in cui il messaggio sia già stato correttamente recapitato dal mittente al destinatario, ma non ancora letto da quest'ultimo, il comportamento comunicativo dovrà considerarsi esaurito o ancora in itinere?⁴⁵ È, cioè, ancora appropriato

³⁷ Cass. pen., Sez. IV, 28 giugno (30 settembre) 2016, n. 40903, in *C.E.D. Cass.*, n. 268230.

³⁸ Sul superamento della distinzione tra dato “freddo” e dato “caldo” si è espressa da ultima Cort. Cost., 27 luglio 2023, n. 170; sul tema v. anche *infra* §4.1.

³⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio (14 settembre) 2023, n. 37503; Cass. Pen., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, in *C.E.D. Cass.*, n. 284563-01. Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201, in *C.E.D. Cass.*, n. 285350-01; Cass. pen., Sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, in *C.E.D. Cass.*, n. 276227-01; Cass. pen., Sez. V, 21 novembre 2017, 16 gennaio 2018, n. 1822, in *C.E.D. Cass.*, n. 272319.

⁴⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 28997, in *C.E.D. Cass.*, n. 252893.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201, in *C.E.D. Cass.*, n. 285350-01; Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 2023, n. 48838, in *C.E.D. Cass.*, n. 285599-01; Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, in *C.E.D. Cass.*, n. 283998-01.

⁴² Cfr. P. FELICIONI, *L'acquisizione di contenuti e-mail e delle chat WhatsApp tra intercettazioni e sequestro*, in *Riv. Guardia di Fin.*, 2019, 6, p. 1582; E. M. MANCUSO, *L'acquisizione dei contenuti mail*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, cit., pp. 497-534.

⁴³ Cfr. F. R. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, in *Arch. pen.*, 2024, 1, p. 5.

⁴⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 giugno (30 settembre) 2016, n. 40903, in *C.E.D. Cass.*, n. 268230.

⁴⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 giugno (30 settembre) 2016, n. 40903, cit.

parlare di corrispondenza in questo caso?⁴⁶ Tutti questi dubbi sono emersi anche con riferimento alla tradizionale corrispondenza cartacea.

Si pensi, poi, a quei componenti di una determinata associazione criminale, i quali per comunicare tra loro piuttosto che inviare messaggi, si limitavano a “parcheggiare” le *e-mail* nella cartella “bozze” di un determinato *account* di posta elettronica di cui tutti gli appartenenti al sodalizio possedevano le credenziali di accesso, così da poter leggere le missive in realtà mai effettivamente spedite. In questo caso, la Suprema Corte⁴⁷, per la semplice circostanza che quei messaggi non fossero mai stati spediti, con una visione forse un po’ miope, ha ritenuto che non si trattasse di corrispondenza, bensì di un semplice sequestro documentale del messaggio, che è stato possibile acquisire grazie alla introduzione furtiva degli inquirenti che avevano inoculato un captatore informatico, utilizzato come *keylogger*.

Dall’analisi della rassegna giurisprudenziale, sembra emergere una sorta di predilezione per la forma acquisitiva del sequestro, orientata verso schemi meno garantisti. D'altronde, un dato è incontrovertibile: mentre le attività di intercettazione sono garantite da una doppia riserva di legge e di giurisdizione e, quindi, con indicazione tassativa dei casi nei quali è possibile ricorrere a un mezzo di ricerca della prova così invasivo, il sequestro documentale è lo strumento che più facilmente consente l’ingresso di risultanze probatorie nel processo. Ciò avviene, da un lato, tramite un obbligo motivazionale significativamente meno rigoroso rispetto a quello necessario per limitare la libertà e la segretezza delle comunicazioni e, dall’altro, tramite la mancanza di una tassativa elencazione dei reati per i quali è esperibile.

Com’è stato sottolineato, tuttavia, in tal modo, «si manifesta un’attività investigativa sganciata da concreti confini operativi, che assume una disinvoltura di forme del tutto incompatibile con il precetto dell’art. 15 Cost., ritenuto applicabile nello specifico dalla stessa Corte costituzionale. Di qui il rischio di una deriva “esplorativa” del potere ablatorio di un dato di natura comunicativa»⁴⁸.

4.1. La posizione della Corte di Giustizia Europea e della Corte costituzionale anche per l’acquisizione dei “dati esterni al traffico”.

La rilevanza delle modalità acquisitive è stata colta anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale.

Le posizioni assunte dalle Supreme Corti e i principi di diritto in esse contenuti sono stati posti a fondamento di quell’inedito orientamento giurisprudenziale intrapreso dalla Sezione VI della Corte di Cassazione con due sentenze “gemelle”⁴⁹, in contrapposizione a quello in precedenza consolidatosi.

Prendendo le mosse dalla giurisprudenza europea in materia di “dati esteriori delle comunicazioni”, la Corte di Giustizia ha ritenuto, inoltre, non conforme al diritto sovranazionale la normativa interna che consente l’acquisizione dei c.d. tabulati telefonici

⁴⁶ P. FELICIONI, *L’acquisizione di contenuti e-mail e delle chat WhatsApp tra intercettazioni e sequestro*, cit., pp. 1582 ss.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. IV, 28 giugno (30 settembre) 2016, n. 40903, in *C.E.D. Cass.*, n. 268227.

⁴⁸ F. R. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, cit., p. 6; v. da ultima Cort. Cost., 27 luglio 2023, n. 170; sul tema v. anche *infra* §4.1.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44155, cit.

senza che tale attività sia soggetta a un previo controllo giurisdizionale⁵⁰, facendo convergere tale disciplina entro i confini dell'art. 15 Cost.

Per «dati esteriori delle comunicazioni» si intendono tutte le informazioni, non solo relative al traffico telefonico in entrata e in uscita, bensì riguardanti anche qualsiasi tipo di comunicazione elettronica; i dati comprendono una vasta gamma di elementi, quali la data, l'orario, la durata, la frequenza delle chiamate con una determinata utenza, le diverse utenze contattate, gli intestatari delle SIM e la possibilità di geolocalizzare tramite il sistema di analisi delle celle telefoniche di impegno. La raccolta e l'elaborazione di tali dati, pur non investendo direttamente il contenuto della comunicazione, consentono, tuttavia, di delineare in modo preciso le abitudini relazionali e di movimento di un individuo, incidendo profondamente sulla sua sfera privata. Proprio per la loro intrinseca capacità di incidere sulla dimensione più intima della vita privata, l'accesso e l'uso di tali dati devono essere sottoposti a un rigoroso vincolo di legalità, consentiti soltanto nei casi e con le modalità espressamente previste dall'ordinamento. Solo così può essere salvaguardato quel nucleo inviolabile di diritti fondamentali che costituisce presidio irrinunciabile della persona.

In tal modo, la Corte di Giustizia non ha fatto altro che pretendere la previsione legislativa dei “casi” e dei “modi” nei quali è ammessa l'acquisizione dei tabulati telefonici, in osservanza della doppia riserva di legge e di giurisdizione ricavabile dal dettato degli artt. 14 e 15 Cost.

È importante sottolineare come prima ancora della pronuncia del Giudice sovranazionale, la Corte costituzionale italiana aveva già affermato che l'acquisizione dei tabulati telefonici, compresa quella dei c.d. “dati esterni”, rientrasse nell'ambito di tutela dell'art. 15 Cost., riconoscendo, quindi, alla relativa disciplina le garanzie sulla inviolabilità della segretezza delle conversazioni⁵¹. Tuttavia, lo stesso Giudice delle leggi, se da un lato ha ritenuto non riconducibile entro lo schema tradizionale della prova documentale l'acquisizione del tabulato telefonico, dall'altro, sostenendo che l'acquisizione dei c.d. “dati esteriori” comprime in misura meno incisiva l'art. 15 Cost. rispetto alla captazione di comunicazioni – ai fini dell'acquisizione del dato – ha reputato garanzia sufficiente il semplice decreto motivato del pubblico ministero, in linea con quanto previsto per il sequestro di corrispondenza.

Come è già stato osservato⁵², con l'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, la Corte di Giustizia europea ha voluto colmare l'evidente *deficit* di tutela costituzionale in materia di acquisizione dei tabulati⁵³, ma, nonostante ciò, il legislatore ha continuato a mostrare una certa indifferenza o lentezza nel risolvere la questione.

⁵⁰ Fra le tante, v. Corte giust. UE, Grande sezione, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland LTD e Kärtners Landesregierung, Michel Seitzinger* e altri (in materia di *data retention*).

⁵¹ Cfr. Corte Cost., 11 marzo 1993, n. 83; Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 188; Corte Cost., 6 marzo 2019, n. 38.

⁵² Cfr. F. R. DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, Vol. 2, p. 314; F. R. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, cit., p. 9 ss.

⁵³ Per un'analisi in tema di immediata percettività nell'ordinamento interno dei principi enunciati dalla Corte UE, v. Cort. Cost. 21 giugno 2010, n. 227: “per consolidata giurisprudenza, le statuizioni interpretative della Corte di Giustizia dell'unione europea ha, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni” e Corte Cost. 21 ottobre 2021, n. 217: si inseriscono nell'ordinamento interno “con il valore di *jus superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice *a quo*”.

Sul tema, tuttavia, il giudice europeo è tornato più volte. La Grande Sezione della Corte di Giustizia, con la sentenza del 2 marzo 2021 *H.K. c. Prokuratuur* ha stabilito, infatti: a) che confligge con la disciplina comunitaria quella normativa nazionale che permette che i dati dei tabulati telefonici possano essere acquisiti dalle autorità pubbliche per finalità di prevenzione, ricerca e accertamento in procedimenti per reati di qualsivoglia gravità, in quanto una tale intrusione nella sfera privata dell'individuo potrebbe essere giustificata solo nelle ipotesi di contrasto alle forme più gravi di criminalità; b) che confligge con la disciplina comunitaria l'ipotesi di una normativa nazionale che renda il pubblico ministero competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico telefonico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale⁵⁴.

Tale decisione ha enfatizzato l'importanza di prevenire che pratiche illegittime di acquisizioni e conservazione indiscriminata di dati possano arrecare un pregiudizio a soggetti terzi all'accertamento penale, ossia soggetti che potrebbero non essere definiti né indagati né indiziati. A tal fine, è essenziale un controllo preventivo da parte di un organo imparziale, ovvero indipendente e terzo⁵⁵.

Ne consegue che l'autorità pubblica incaricata di effettuare tale controllo preventivo non potrà essere la stessa coinvolta nella conduzione delle indagini. Di conseguenza, una legislazione che consenta al pubblico ministero di acquisire direttamente i dati esteriori delle comunicazioni, si porrà in contrasto con il comando comunitario⁵⁶.

A ben vedere, si è al cospetto dell'esplicita enunciazione di una inutilizzabilità di derivazione comunitaria⁵⁷, la quale si affianca a quelle scaturenti dalla violazione dei principi costituzionali⁵⁸ e imporrebbe ai giudici nazionali di dichiarare inutilizzabili, in via derivata, tutti quegli elementi di prova acquisiti illegittimamente e conservati in maniera indiscriminata.

La sentenza *H.K. c. Prokuratuur* ha avuto l'effetto di risvegliare il legislatore nazionale dalla sua prolungata sonnolenza tant'è che, con la tecnica della legislazione "d'urgenza" (D.L. 30 settembre 2021, n. 132), è stato modificato l'art. 132, comma 3 del D.lgs. 196/2003 (T.U. *Privacy*)⁵⁹, e, al contempo, è stato inserito il nuovo comma 3-bis⁶⁰.

Tuttavia, questa netta scelta politico-legislativa evidenzia una chiara incoerenza, da un lato, nel considerare necessaria l'autorizzazione del giudice per poter acquisire i tabulati telefonici e, dall'altro, nell'omissione di una simile forma di garanzia preventiva (*rectius*: nessuna forma di garanzia) per attività di indagini molto più invasive – quali appunto l'acquisizione di ciò che potremmo definire a vario titolo "comunicazioni", *chat* criptate e più in generale le c.d. perquisizioni *on-line* – che sottopongono maggiormente a un duro stress di tenuta il rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo.

L'ultimo tassello in un ordine cronologico, in materia di tabulati telefonici, è stato posto nuovamente dalla Corte di Giustizia UE che, adita a seguito di rinvio pregiudiziale disposto dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano, con la sentenza

⁵⁴ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 2 marzo 2021, *H.K. Prokuratuur*.

⁵⁵ Cfr. F. DI VIZIO, *Chat criptate e diritto processuale penale*, in *Dir. Giust. Cost.*, 2024, p. 12.

⁵⁶ Cfr. F. R. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, cit., p. 11.

⁵⁷ S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 775.

⁵⁸ F. R. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, cit., p. 12.

⁵⁹ Limitando il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova solo per i reati di particolare gravità «per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni», nonché per quelli «di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi».

⁶⁰ Prevedendo la necessità che l'acquisizione dei tabulati avvenga mediante adozione di «decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero» fatti salvi ovviamente i casi di urgenza.

a Grande Sezione del 30 aprile 2024, causa C-178/22⁶¹, è stata chiamata a valutare la compatibilità della delimitazione prevista dall'art. 123 d.lgs. n. 196/2003 (circa la previsione dei reati/presupposto legittimanti l'acquisizione dei tabulati telefonici) con l'art. 15, par. 1, Direttiva 2002/58/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11, nonché dell'art. 52 par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, la Corte di Giustizia – continuando nel solco di quanto precedentemente statuito con la sentenza *H.K. c. Prokuratuur* – ha ritenuto la disciplina italiana compatibile con la normativa europea, statuendo che la normativa europea «non osta a una disposizione nazionale che impone al Giudice nazionale – allorché interviene in sede di controllo preventivo a seguito di una richiesta motivata di accesso a un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata dell'utente di un mezzo di comunicazione elettronica, conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, presentata da un'autorità nazionale competente nell'ambito di un'indagine penale – di autorizzare tale accesso qualora quest'ultimo sia richiesto ai fini dell'accertamento dei reati puniti dal diritto nazionale con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, purché sussistano sufficienti indizi di tali reati e detti dati siano rilevanti per l'accertamento dei fatti, a condizione, tuttavia, che tale giudice abbia la possibilità di negare detto accesso se quest'ultimo è richiesto nell'ambito di un'indagine vertente su un reato manifestamente non grave, alla luce delle condizioni sociali esistenti nello Stato membro interessato». La sentenza conferma, dunque, l'orientamento garantista della disciplina italiana in materia di acquisizione dei tabulati telefonici ai fini di prova nel processo penale.

In aggiunta, sul fronte nazionale, su tali argomenti è intervenuta anche la Corte costituzionale, la quale si è recentemente pronunciata sulla natura delle acquisizioni di comunicazioni avvenute via *chat* tramite la piattaforma *WhatsApp*.

Come sopra specificato, giurisprudenza consolidata riconduceva l'acquisizione di messaggistica pregressa nell'alveo dell'orbita precettiva della prova documentale di cui all'art. 234 c.p.p., mentre per l'acquisizione di comunicazioni “in corso”⁶² applicava la fattispecie del sequestro di corrispondenza *ex art.* 254 c.p.p.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 170 del 27 luglio 2023⁶³, ha avuto modo di precisare che l'inviolabilità della segretezza della “corrispondenza”, cui fa riferimento la disposizione generale dell'art. 15 Cost., ricomprende non solo la tradizionale corrispondenza in forma cartacea, ma anche lo scambio di messaggi elettronici tramite *e-mail*, *SMS* o

⁶¹ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-178/22.

⁶² Si veda fra le altre Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822, in *C.E.D. Cass.*, n. 278124-01; Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417, in *C.E.D. Cass.*, n. 283319-01, secondo cui: «in tema di mezzo di prova, i messaggi *WhatsApp* e gli sms conservati nella memoria di un telefono cellulare hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., sicché è legittima la loro acquisizione mediante riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p. (Fattispecie relativa a dati – allegati in copia cartacea o trasfusi nelle informative di polizia giudiziaria – acquisiti in separato procedimento, in cui la Corte ha precisato che non è indispensabile, ai fini della loro autonoma valutabilità, l'acquisizione della copia forense effettuata nel procedimento di provenienza, né dell'atto autorizzativo dell'eventuale perquisizione)».

⁶³ Per un approfondimento sulla sentenza della Corte costituzionale in oggetto v. M. BORGABELLO, *Il concetto di corrispondenza nella sentenza 170 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Giur. pen. web*, 2023, 7-8; M. GUARINO, F. CAGNOLA, *Legal privilege all'italiana: profili di incostituzionalità e prospettive de iure condendo alla luce dell'intervento della Corte costituzionale nella vicenda “fondazione open”*, in *Sist. pen.*, 2024, 4, p. 77; V. PUPO, *Evoluzione degli strumenti tecnologici di comunicazione e autorizzazioni ad acta nei confronti dei parlamentari: i chiarimenti della Corte costituzionale sulla nozione giuridica di “corrispondenza”*, in *Cons. Onl.*, 2024, 1.

piattaforme di messaggistica istantanea, anche quando tali messaggi siano già stati ricevuti dal destinatario e, quindi, anche dopo l'esaurimento del rapporto comunicativo, almeno fin tanto che esso conservi carattere di attualità e interesse per gli interlocutori e cioè finché, «per decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un documento “storico”»⁶⁴.

La Corte costituzionale ha così individuato, nel criterio della “particolare attualità”, il mezzo per discernere in concreto l'esistenza o meno dell'esigenza alla riservatezza dei dati e dei messaggi che, laddove esistente, non ne consentirebbe l'acquisizione se non nelle forme e con le procedure previste per il sequestro di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p.⁶⁵.

Da quanto detto appare del tutto evidente che i veri profili di criticità discendono dalla circostanza che l'intera disciplina interna è stata pensata ed elaborata per un tipo di corrispondenza “tradizionale”, caratterizzata da un invio di missive occasionale, non istantaneo e comunque non continuativo, aspetti questi che la rendono completamente differente dalla corrispondenza “moderna”, caratterizzata da freneticità, rapidità, e continuità nello scambio dei messaggi.

Alla luce di ciò, c'è chi ha sostenuto che la Corte costituzionale avrebbe dovuto prendere atto del fatto che i messaggi inoltrati via *chat* – proprio per le summenzionate caratteristiche di rapidità, immediatezza nell'inoltro, costanza e continuità – possano essere sostanzialmente considerati delle comunicazioni, con la conseguenziale applicazione della disciplina *ex artt.* 266 ss. c.p.p. (pur con qualche forzatura interpretativa), oppure – constatata l'inidoneità dell'attuale disciplina a trovare un equilibrio tra contrapposte esigenze investigative e di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti – il legislatore avrebbe dovuto valutare l'opportunità di una riforma del codice di rito, volta a modernizzare la relativa disciplina alla luce dell'incalzante evoluzione tecnologica⁶⁶.

4.2. L'acquisizione e l'Ordine europeo di indagine.

Alle difficoltà date da un quadro così complesso e variegato, deve aggiungersi che tutto ciò che riguarda crimini informatici o commessi mediante tecnologia informatica, travalica i confini di un singolo Stato. A ragion di ciò, il legislatore ha previsto strumenti di cooperazione giudiziaria che hanno reso ancor più articolato il quadro generale⁶⁷.

Uno di questi strumenti è l'ordine europeo di indagine (O.E.I.)⁶⁸, ovvero sia la decisione giudiziaria attraverso cui un Paese dell'UE (c.d. Paese di emissione) richiede di

⁶⁴ Così Corte Cost., 2023 n. 170, in motivazione: «il concetto di corrispondenza si presterebbe infatti, a ricomprendere oltre alla tradizionale corrispondenza cartacea recapitata a mezzo di servizio postale e telegrafico (divenuta ormai statisticamente minoritaria), anche i messaggi scritti scambiati attraverso strumenti di tipo informatico e telematico: messaggi assistiti dalla medesima garanzia di segretezza, assicurata dalle credenziali di accesso riservate per la corrispondenza elettronica e dalla disponibilità esclusiva, in capo ai corrispondenti, dei dispositivi elettronici utilizzati per lo scambio dei messaggi di testo».

⁶⁵ Cfr. S. DE FLAMMINEIS, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale*, in *Sist. pen.*, 2024, p. 4 ss.

⁶⁶ Cfr. G. AMATO, *L'utilizzabilità delle chat criptate SkyEcc al vaglio delle Sezioni Unite: analisi del dibattito e prospettive di riforma del codice di rito*, in *Dir. Giust. Cost.*, 2024, p. 12 ss.

⁶⁷ Per un'analisi specifica v. F. DI VIZIO, *Chat criptate e diritto processuale penale*, cit., p. 2 ss.

⁶⁸ Cfr. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 9, p. 3288 ss.

acquisire i risultati di attività di indagini effettuate in un altro paese membro (c.d. Paese di esecuzione⁶⁹).

L'art. 6 della direttiva 41/2014 UE subordina l'emissione di un O.E.I. alla presenza di due condizioni: a) la garanzia dei principi di proporzionalità e necessità rispetto al procedimento per il quale è prevista tale emissione e tenuto conto dei diritti del soggetto indagato/imputato che potranno essere compressi per ragioni legate a esigenze investigative solo nella misura strettamente necessaria e sempre salvaguardandone il nucleo essenziale; b) il rispetto del principio di equivalenza, per il quale l'atto o gli atti di indagine richiesti con l'ordine europeo di indagine potranno essere acquisiti a condizione che gli stessi atti «avrebbero potuto essere emessi nelle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Da ciò deriva che in base al tipo di attività da acquisire, muta l'autorità competente a emettere un ordine europeo di indagine: quest'ultimo dovrà essere emesso previa autorizzazione giurisdizionale – e non disposto direttamente da un pubblico ministero – laddove in un caso interno analogo quell'atto di indagine fosse soggetto a una preventiva autorizzazione giurisdizionale⁷⁰.

In tema di individuazione dell'autorità competente all'emissione, la situazione diviene maggiormente complessa in materia di acquisizione di comunicazioni su piattaforme criptate. Infatti, «l'acquisizione delle comunicazioni criptate di cui stiamo parlando, presenta la complicazione di avvenire sulla base di protocolli variabili a seconda della situazione concreta e, in particolare, della circostanza che le comunicazioni siano o no in corso di svolgimento al momento della loro apprensione»⁷¹. La soluzione del problema – soprattutto alla luce della recente sentenza della Corte costituzionale – impone di verificare se sia legittima una distinzione tra dati “caldi” e dati “freddi” e se le cadenze del ragionamento giuridico debbano atteggiarsi in maniera differente a seconda che la conversazione sia ancora in atto o che si tratti di conversazione già esaurita e che giace sui *server* di cui si avvale la piattaforma, giacché diviene «inevitabile che, trasportato in una realtà così fluida, l'appena menzionato corredo di garanzie che emerge dalla legislazione sull'O.E.I. non riesca a operare sempre con la medesima intensità, assumendo varie declinazioni»⁷².

In materia di acquisizione di risultanze probatorie digitali mediante ordine europeo di indagine sono sorti contrasti giurisprudenziali sia riguardo alla corretta qualificazione giuridica da riconoscere alle *chat* di gruppo criptate e decifrate all'estero, sia in merito alla legittimazione del pubblico ministero a poter emettere un ordine europeo di indagine senza un previo controllo giurisdizionale.

Secondo un primo orientamento largamente condiviso – che in dottrina è stato definito di «acquisizione libera»⁷³ – l'apprensione di tali *chat* mediante ordine europeo di indagine

⁶⁹ Cfr. T. RAFARACI, *L'ordine europeo di indagine penale. Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione* (artt. 4.6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017), in M. R. MARCHETTI, E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di procedura penale all'Ordine europeo di indagine*, Milano, 2019, pp. 295 ss.

⁷⁰ M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso SkyEcc/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 2023, p. 5.

⁷¹ M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso SkyEcc/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 5.

⁷² M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso SkyEcc/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 5.

⁷³ Cfr. M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso SkyEcc/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, cit., pp. 2 ss.

costituirebbe una acquisizione di «documenti e dati informatici» *ex art. 234-bis c.p.p.* o, tuttalpiù, un'acquisizione di «prova documentale» *ex art. 234 c.p.p.*⁷⁴.

Tale indirizzo interpretativo prende le mosse dalla distinzione tra «intercettazioni», da un lato, e «acquisizione e decifrazione di dati comunicativi» dall'altro, individuando il *discrimen* tra le due attività nel momento in cui vi sia stata la captazione della comunicazione (cifrata o meno che sia): a) se l'apprensione del messaggio cifrato è avvenuta durante l'inoltro, allora si potrà parlare di intercettazione, trovando applicazione gli artt. 266 ss. c.p.p.; b) se la captazione del messaggio cifrato è avvenuta una volta che lo stesso sia stato recapitato, la successiva attività di decriptazione verrà considerata una semplice attività tecnica volta a rendere intellegibile un dato documentale e, perciò, troveranno applicazione gli artt. 234 ss. c.p.p. In altri termini, laddove il messaggio telematico, anche se non intellegibile, venga acquisito allorquando non si trovi più all'interno del «flusso comunicativo», andrà esclusa l'applicabilità di tutto quel corredo di garanzie previste per le intercettazioni, le quali sono destinate a operare solo per i flussi comunicativi «in atto»⁷⁵. È stato ritenuto chiaro, infatti, «che solo alla prima delle due appena indicate tipologie di operazioni fa riferimento l'art. 266-bis c.p.p., che estende l'applicabilità delle norme del codice di rito relative alle «normali» intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra soggetti a distanza, alle intercettazioni di flussi di comunicazioni relativi a sistemi telematici ovvero intercorrenti tra più sistemi telematici: flussi che non avvengono in via diretta tra apparecchi informatici, ma che sfruttano la trasmissione dei dati in via telematica, dunque via cavo o ponti radio, ovvero per mezzo di altra analoga strumentazione tecnica (...) Laddove il messaggio telematico sia «in chiaro», cioè non criptato, la sua captazione e la sua registrazione ne rendono immediatamente intellegibile il contenuto e, perciò, direttamente utilizzabile ai fini di prova il relativo risultato conoscitivo. Se, invece, il messaggio telematico, come è accaduto nel caso di specie, sia criptato, gli inquirenti ne possono valorizzare il contenuto a fini dimostrativi solo laddove abbiano la disponibilità dell'algoritmo che consente di decriptarne il tenore ovvero se tale «chiave» venga altrimenti messa a disposizione agli investigatori dalla società che ne è proprietaria»⁷⁶.

Tale orientamento, riconoscendo alle *chat* acquisite da autorità estera natura sostanzialmente documentale, ha attestato la legittimità della loro acquisizione mediante ordine europeo di indagine emesso dal pubblico ministero – senza un previo controllo giurisdizionale – facendo ricadere il dato entro l'orbita precettiva dell'art. 234-bis c.p.p. a norma del quale «è sempre consentita l'acquisizione o documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare»⁷⁷. Disposizione quest'ultima applicabile al caso di specie in quanto

⁷⁴ Fra le tante, v. Cass. Pen., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, in *C.E.D. Cass.*, n. 284563-01; Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio (14 settembre) 2023, n. 37503 (non massimata); Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201, in *C.E.D. Cass.*, n. 285350-01; Cass. pen., Sez. VI, 11 ottobre 2023, n. 48838, in *C.E.D. Cass.*, n. 285599-01; Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, in *C.E.D. Cass.*, n. 283319-01.

⁷⁵ Per un approfondimento, v. F. DI VIZIO, *Chat criptate e diritto processuale penale*, cit., p. 15 ss.; G. AMATO, *L'utilizzabilità delle chat criptate SkyEcc al vaglio delle Sezioni Unite: analisi del dibattito e prospettive di riforma del codice di rito*, cit., p. 2 ss.; S. DE FLAMMINEIS, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, progresso penale telematico e intelligenza artificiale*, in *Sist. pen.*, 2024, p. 7 ss.

⁷⁶ In motivazione, Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, in *C.E.D. Cass.*, n. 283319-01; vedi, inoltre, fra le tante, Cass. pen., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, in *C.E.D. Cass.*, n. 284563-01; Cass. pen., Sez. I, 1° luglio 2022, 15 settembre 2022, n. 34059; Cass. pen., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 29426, in *C.E.D. Cass.*, n. 276358-01.

⁷⁷ Norma introdotta con L. 18 marzo 2008, n. 48, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica.

l'acquisizione «ha riguardato non un documento cartaceo o analogico, bensì un documento inteso come rappresentazione comunicativa incorporata in una base materiale con metodo digitale»⁷⁸, mentre “legittimo titolare” è da intendersi «la persona giuridica che di quei documenti o di quei dati poteva disporre in forza di un legittimo titolo secondo l'ordinamento giuridico del paese estero, identificabile non soltanto nella persona fisica e/o giuridica che procede alla trasmissione e alla conservazione dei dati, ma anche nella polizia giudiziaria, dell'autorità giudiziaria, nella persona offesa, nell'amministrazione pubblica, nella società che gestisce il servizio telefonico, nell'*internet service providers*»⁷⁹.

Sulla base di questo assunto, l'orientamento in parola, ai fini dell'utilizzabilità dei dati trasmessi, ha risolto anche i problemi relativi: 1) al controllo sulla regolarità dell'attività investigativa svolta dall'autorità estera e 2) al controllo sulla regolarità dei metodi di decriptazione, di custodia e trasmissione di tali dati. Con riferimento al primo controllo, il Giudice di legittimità ha liquidato il problema mediante il ricorso al “principio di reciproca fiducia”⁸⁰ tra gli Stati membri dell'UE. In particolare, per la Corte di cassazione, «l'utilizzabilità degli atti trasmessi a seguito di O.E.I., non è condizionata a un accertamento da parte del giudice italiano inerente la regolarità delle modalità di acquisizione esperite dall'autorità straniera, ribadendosi il pieno vigore - in assenza di deduzioni specifiche - della presunzione della regolarità dell'attività svolta, spettando al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e la competenza a risolvere qualsiasi questione in ordine ad eventuali irregolarità lamentate»⁸¹. In merito, poi, al secondo dei due controlli, si sono rese necessarie due considerazioni: a) l'acquisizione dei messaggi criptati può avvenire solo se si è in possesso di un algoritmo o di una chiave di cifratura che renda il dato intellegibile e, poiché ogni messaggio cifrato ha una propria chiave di decifratura, ecco che l'impiego della stessa non può che dare luogo a una decriptazione completa e corretta salvo che la difesa non dimostri specificamente e concretamente l'eventuale alterazione o manipolazione del testo captato; b) la genuinità del testo captato durante il periodo di custodia e durante la trasmissione dei dati è salvaguardata dall'utilizzo di idonee metodologie quale, tra le altre, il riversamento dei dati in supporti ottici non riscrivibili e trasmessi all'interno di buste sigillate antieffrazione.

Naturalmente, queste affermazioni sono state oggetto di aspra critica⁸² laddove non tengono in considerazione il diritto della difesa al contraddittorio nella formazione della prova soprattutto in considerazione dell'alto tasso tecnico-specialistico richiesto per tali attività, le quali potrebbero alterare irreversibilmente la resa conoscitiva del dato se non svolte secondo la *legis artis*.

Sennonché, a opinione di un secondo orientamento interpretativo inaugurato dalla VI Sezione Penale della Corte di Cassazione con due sentenze “gemelle”⁸³, deve escludersi che l'istituto applicabile per l'acquisizione di comunicazioni tramite *chat* criptate possa essere l'art. 234-bis c.p.p. A fondamento di tale statuizione troviamo un triplice ordine di ragioni: a) mancherebbe il requisito indispensabile del “consenso del legittimo titolare dei dati ai fini

⁷⁸ In motivazione, Cass. Pen., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, in *C.E.D. Cass.*, n. 283319-01.

⁷⁹ Ancora, Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, cit.

⁸⁰ Consiglio UE 2018/C449/02.

⁸¹ In motivazione, Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, in *C.E.D. Cass.*, n. 283319-01.

⁸² Cfr. M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso SkyEcc/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 1 ss.

⁸³ Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, in *C.E.D. Cass.*, n. 285284-01; Cass. pen., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44155, in *C.E.D. Cass.*, n. 285362-01.

della loro acquisizione”, in quanto i dati di cui trattasi (messaggi e algoritmi di decodifica) sono stati acquisiti furtivamente, tramite l’inoculazione di più captatori informatici e con tale ragionamento si è negato che l’autorità giudiziaria francese possa essere considerata “legittimo titolare”; b) l’art. 234-*bis* c.p.p. potrebbe trovare applicazione solo per l’acquisizione di documenti che preesistano al procedimento penale o che comunque si siano formati *aliunde*, mentre nel caso di specie le operazioni di captazione, acquisizione e decriptazione sono state attività procedurali suscettibili di ledere gli spazi tutelati dal diritto alla riservatezza nonché capaci di alterare il contenuto dei dati laddove non eseguite correttamente, deponendo in tal senso la recente sentenza della Corte costituzionale⁸⁴ precedentemente analizzata, la quale supera quel ragionamento giuridico basato sulla distinzione tra “dato freddo” e “dato caldo” qualificando i messaggi già letti e conservati nel cellulare non come documenti, bensì come “corrispondenza”; c) infine, l’art. 234-*bis* c.p.p., introdotto a seguito della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, è uno strumento concepito per evitare il ricorso a strumenti di cooperazione giudiziaria e, quindi, si pone in termini di necessaria alternatività con l’acquisizione mediante ordine europeo di indagine.

Ne discende che con la c.d. «acquisizione libera» si potrebbero pericolosamente aggirare tutta quella serie di garanzie previste dalla normativa che disciplina il ricorso all’ordine europeo di indagine (Direttiva UE, n. 41 del 3 aprile 2014; D.lgs. n. 108 del 21 giugno 2017)⁸⁵.

Ne segue che, secondo tale diverso orientamento, vi è una duplice possibilità di qualificazione del materiale probatorio, a seconda che la captazione avvenga nella fase “dinamica” o meno dell’inoltro: a) nel caso in cui i dati vengono acquisiti nella loro fase statica (quali dati “freddi”), l’attività acquisitiva dovrebbe essere inquadrata quale “sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni” di cui all’art. 254-*bis* c.p.p.; b) laddove, invece, emerga che i dati richiesti sono acquisiti durante la loro fase dinamica dell’inoltro (quali dati “caldi”), tale attività andrebbe qualificata quale intercettazione, trovando applicazione gli artt. 266 ss. c.p.p.⁸⁶ (nel qual ultimo caso, per l’utilizzabilità di tali prove, sarebbe stato necessario un controllo preventivo da parte dell’autorità giudiziaria italiana – giudice per le indagini preliminari – al fine di verificare la sussistenza delle condizioni per l’emissione dell’ordine europeo di indagine).

Preso atto dei contrasti interpretativi, dapprima, la III Sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 47798 del 3 novembre 2023 ha devoluto alle Sezioni Unite le seguenti questioni di diritto: a) «Se in tema di mezzi di prova la acquisizione di messaggi di chat di gruppo scambiati con sistema cifrato, mediante O.E.I., presso A.G. straniera che ne ha eseguito la decrittazione costituisca acquisizione di “documenti e dati informatici” ai sensi dell’art. 234-*bis* c.p.p. o di “documenti” ex art. 234 c.p.p. o sia riconducibile in altra disciplina relativa all’acquisizione di prove»; b) «Se il trasferimento di cui sopra debba essere oggetto di verifica giurisdizionale preventiva della sua legittimità, nello stato di emissione dell’ordine europeo di indagine»; c) «Se l’utilizzabilità degli esiti investigativi di cui al precedente punto

⁸⁴ Cort. Cost., 27 luglio 2023, n. 170.

⁸⁵ Cfr. M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso SkyEcc/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 2 ss.

⁸⁶ Per un approfondimento in materia, cfr. M. TORRE, *L’intercettazione di flussi telematici (art. 266 bis c.p.p.)*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, Torino, 2019, p. 892 ss.

“a)”, sia soggetta a vaglio giurisdizionale nello Stato di emissione dell’ordine europeo di indagine»⁸⁷.

In un secondo momento, la VI Sezione penale della Suprema Corte, con ordinanza n. 2329 del 15/01/2024⁸⁸, ha nuovamente adito il Supremo Collegio, allargando il *thema decidendum* a due ulteriori quesiti: a) «Se l’acquisizione mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall’autorità giudiziaria estera su una piattaforma informatica criptata integri, o meno, l’ipotesi disciplinata nell’ordinamento interno dall’art. 270 c.p.p.»; b) «Se l’acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall’autorità giudiziaria estera attraverso l’inserimento di un captatore informatico sul “server” di una piattaforma criptata sia soggetta nell’ordinamento interno ad un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine alla utilizzabilità dei dati raccolti»

5. L’arresto delle Sezioni Unite.

In riferimento al primo quesito sollevato, avente a oggetto la natura delle comunicazioni acquisite in Italia, ovverossia se le stesse configurassero una fattispecie sussumibile sotto l’artt. 234 c.p.p. o 234-bis c.p.p. oppure fossero riconducibili ad altro istituto, le Sezioni Unite⁸⁹ hanno statuito che il trasferimento dei dati «rientra nell’acquisizione di atti di un procedimento penale che, a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento negli artt. 78 disp. att. c.p.p., 238, 270 c.p.p. e, in quanto tale, rispetta l’art. 6 della Direttiva 2014/41/UE» che disciplina le condizioni di emissione e trasmissione di un ordine europeo di indagine⁹⁰.

Il Supremo Collegio, superando un orientamento che potremmo qualificare consolidato, ha statuito che per i dati così acquisiti non trovi applicazione l’art. 234-bis c.p.p. e non si sia, quindi, di fronte a una «prova informatica».

Diviene d’obbligo, allora, il quesito su quale debba essere l’inquadramento normativo se si considera che i Giudici di legittimità, da un lato, omologandosi a quanto chiarito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 170/2023, hanno escluso che si tratti di documenti e dati informatici *ex* art. 234-bis c.p.p. o di documenti “semplici” *ex* art. 234 c.p.p., riconoscendo, quindi, alle comunicazioni acquisite la caratura di “corrispondenza”, mentre, dall’altro, non riconoscono l’estensione delle garanzie sottese all’art. 15 Cost. a tutti i dati acquisiti, in quanto ciascuno di questi «a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento negli artt. 78 disp. att. c.p.p., 238 c.p.p., 270 c.p.p.» (dando contemporaneamente risposta anche ai quesiti posti successivamente dalla VI Sezione).

Altro elemento ermeneutico significativo proposto dalle Sezioni Unite è che se risulta chiaro il riferimento «all’acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte in diverso procedimento», operato con il richiamo all’art. 270 c.p.p., al tempo stesso non si comprende quali dati rientrerebbero nel concetto di «verbali di un diverso procedimento» cui si riferiscono gli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.: se le *chat* acquisite, i verbali delle

⁸⁷ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2023, 30 novembre 2023, n. 47798 (non massimata)

⁸⁸ Cass. pen., Sez. VI, 15 gennaio 2024, 18 gennaio 2024, n. 2329 (non massimata).

⁸⁹ Cass. pen., Sez. Un. 14 giugno 2024, n. 23755/23756.

⁹⁰ Per un primo commento, cfr. G. SPANGHER, *Criptofonini: fissati i punti di diritto*, in *Giust. ins.*, 2024.

intercettazioni, i brogliacci di polizia giudiziaria o altri ancora non conosciuti⁹¹. Sembra esserci un timido riferimento a poter espungere dal processo gli atti invalidi, ma attraverso delle locuzioni non univoche.

Essendo, tuttavia, qui in gioco la circolazione di prove tramite emissione di ordine europeo di indagine, è necessario comprendere come operino le garanzie offerte dai principi di equivalenza e di proporzionalità rispetto a risultanze probatorie che risultano, autonomamente raccolte dalle autorità straniere sulla base della *lex loci*.

Poiché né la direttiva 41/2014, né il d.lgs. 108/2017 si occupano specificamente della questione in esame, è necessario volgere più attentamente l'attenzione all'art. 78 disp. att. c.p.p., disposizione dedicata all'acquisizione della «documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera», il cui primo comma dispone che «la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da una autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'art. 238 c.p.p.». Secondo gli Ermellini, venendo in gioco prove già autonomamente raccolte da autorità straniere prima della emissione di ordine europeo di indagine, «l'equivalenza» con i casi interni analoghi va parametrata non in rapporto alla disciplina nazionale della formazione della prova, bensì a quella della «circolazione» delle prove fra procedimenti diversi⁹².

In riferimento, poi, al secondo quesito riguardante l'eventuale necessità di una preventiva verifica giurisdizionale circa l'adozione di un ordine europeo di indagine nel paese di emissione, il Supremo Collegio ha risposto negativamente, individuando nel pubblico ministero colui che può attivare l'ordine europeo per acquisire gli atti di un altro procedimento penale (questione sollevata da entrambe le Sezioni remittenti). Se la tras migrazione di elementi di tal fatta, d'altronde, si verificasse nell'ambito di procedimenti interni, l'autorizzazione preventiva non costituirebbe un requisito necessario, atteso che né l'art. 238 c.p.p. né l'art. 270 c.p.p. (in caso di intercettazioni) ne contemplano la previsione. L'organo del pubblico ministero, infatti, figura, *ex art.* 2 lett. c della direttiva 41/2014, fra i soggetti che possono emettere un ordine europeo di indagine a condizione che l'organo di Procura sia legittimato «in un caso interno analogo a ordinare un atto di indagine diretto alla trasmissione di prove già in possesso delle autorità nazionali competenti»⁹³.

Infine, in merito al terzo quesito concernente l'eventuale necessità, ai fini della utilizzabilità in Italia, di una verifica giurisdizionale (quantomeno postuma), il Supremo Collegio ha dato risposta affermativa, riconoscendo al giudice dello «stato di emissione» la valutazione della utilizzabilità degli atti trasmessi mediante ordine europeo di indagine, per la verifica del rispetto del diritto di difesa e del giusto processo. Ciò comporta la presenza di un controllo giurisdizionale *ex post* nell'ambito dello Stato di emissione. Controllo, quest'ultimo, che equivale ad assicurare il diritto all'impugnazione nello Stato di emissione previsto *ex art.* 14 direttiva 41/2014⁹⁴.

Tale ultima affermazione, pur rispettosa della riserva di giurisdizione e del diritto di difesa, al tempo stesso può rischiare di rivelarsi una formula vuota rispetto a quale tipo di controllo potrà effettuare il giudice sull'attività svolta in altro paese, ovvero a quali garanzie

⁹¹ Cfr. L. FILIPPI, *Le SS. UU. sui criptofonini: ma "l'equo processo" ammette la prova a genesi ignota?*, in *Quot. Giurd.*, 2024.

⁹² M DANIELE, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *Sist. pen.*, 2024.

⁹³ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-670/22.

⁹⁴ Cass pen., Sez. Un. 14 giugno 2024, n. 23755/23756. Per un approfondimento, cfr. M. DANIELE, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, cit.

potranno assicurarsi al diritto di difesa su dati probatori di cui non si conosca la provenienza, e le cui modalità acquisitive e di decriptazione siano poste, addirittura, sotto segreto di Stato.

Se da un lato il Supremo collegio ha affrontato e chiarito la tematica della natura di tali atti trasmessi dalla Francia (non si tratta di fattispecie *ex art. 234-bis c.p.p.*), adesso è necessaria una valutazione della legittimità delle attività investigative estere, i cui risultati sono stati posti a fondamento di molteplici misure cautelari in Italia. Risulta essenziale, alla luce delle ricadute in termini di restrizione della libertà personale dei soggetti coinvolti, dare una risposta a diversi interrogativi: quali sono state le modalità di acquisizione delle *chat* in oggetto? Con quali garanzie? Può dirsi rispettato il principio del «giusto processo»?

La Corte di Cassazione, da un lato, statuisce che «l'utilizzabilità del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, e trasmessa sulla base di ordine Europeo di indagine, deve essere esclusa se il giudice italiano rileva che il loro impiego determinerebbe una violazione dei diritti fondamentali»⁹⁵, dall'altro, che il sistema di cooperazione basato sull'ordine europeo di indagine si fonda sul principio di presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali delle attività istruttorie svolte dalle autorità giudiziarie degli altri Stati dell'Unione⁹⁶. Da ciò discende che «l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire la violazione di diritti fondamentali grava sulla difesa, quando è questa a dedurre l'inutilizzabilità o l'invalidità di atti istruttori acquisiti dall'autorità giudiziaria italiana mediante OEI»⁹⁷.

Con considerazioni non troppo distanti – sempre in tema di criptofonini –, in data 30 aprile 2024 la Corte di Giustizia UE a Grande Sezione (adita a seguito di rinvio pregiudiziale disposto dal *Landgericht Berlin*) ha pubblicato la sentenza nella causa C-670/22⁹⁸, fissando punti di diritto a cui dovranno omologarsi le Corti dei Paesi dell'Unione Europea nei quali si sia prospettata la problematica della utilizzabilità delle risultanze probatorie acquisite in Francia⁹⁹.

Secondo i Giudici di Lussemburgo, in particolare, all'interno del concetto di autorità competente all'emissione di un ordine europeo di indagine volto a ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle autorità giudiziaria di altro Paese dell'Unione Europea, rientra anche il pubblico ministero, qualora in casi analoghi in base al diritto interno dello «stato di emissione», il pubblico ministero sia competente a ordinare un atto di indagine volto alla trasmissione di prove che sono già in possesso delle autorità nazionali¹⁰⁰.

Di conseguenza, «l'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un pubblico ministero adotti un ordine europeo di indagine inteso a ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione, qualora tali prove siano state acquisite a seguito dell'intercettazione, da parte di tali autorità, nel territorio dello Stato di emissione, di telecomunicazioni dell'insieme degli utenti di telefoni cellulari che permettono, grazie a un software speciale e a un hardware modificato, una comunicazione cifrata da punto a punto, purché un tale ordine di indagine

⁹⁵ Cass pen., Sez. Un. 14 giugno 2024, n. 23755/23756. §13, §16.

⁹⁶ *Considerando* 19, Direttiva 41/2014.

⁹⁷ Cass pen., Sez. Un. 14 giugno 2024, n. 23755/23756. §7.6, §10.6.

⁹⁸ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-670/22.

⁹⁹ Per un commento, cfr. G. SPANGHER, *La Corte di Giustizia e criptofonini*, in *Giust. Ins.*, 2024.

¹⁰⁰ Per un approfondimento, cfr. R. BELFIORE, *L'ordine europeo di indagine nella sentenza "Encrochat" della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2024.

rispetti tutte le condizioni eventualmente previste dal diritto dello Stato di emissione per la trasmissione di tali prove in un caso puramente interno a detto Stato»¹⁰¹.

In particolare, non essendo specificato in alcun punto della Direttiva 41/2014 UE cosa debba intendersi per “telecomunicazioni”, pur essendo richiamate espressamente all’art. 31, par. 1 del medesimo testo normativo, secondo la Corte tale articolo «deve essere interpretato nel senso che una misura connessa all’infiltrazione in apparecchi terminali, diretta a estrarre dati relativi al traffico, all’ubicazione e alle comunicazioni basate su Internet, costituisce una “intercettazione di telecomunicazioni” ai sensi di tale articolo, che deve essere notificata all’autorità a tal fine designata dallo Stato membro sul cui territorio si trova la persona sottoposta all’intercettazione»¹⁰².

Inoltre, tale ultimo articolo secondo la Corte deve essere interpretato nel senso che esso mira a tutelare non solo la sovranità nazionale, «ma anche i diritti degli utenti sottoposti a intercettazione di telecomunicazioni»¹⁰³, comportando tali indagini una limitazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni *ex art. 7* della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Infine, in merito all’ultima questione devoluta alla Corte di Giustizia circa il quesito se il principio di effettività imponga al giudice nazionale di non prendere in considerazione le informazioni e gli elementi di prova che siano stati ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell’Unione Europea, secondo i giudici di Lussemburgo laddove il giudice nazionale ritenesse che gli ordini europei di indagine siano stati illegittimamente emessi, l’art. 14, par. 7 della Direttiva 2014/41 impone «di espungere, nell’ambito del procedimento penale avviato a carico di una persona sospettata di atti criminalità, informazioni ed elementi di prova se tale persona non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni su tali informazioni ed elementi di prova e questi ultimi siano idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti»¹⁰⁴.

Dall’analisi delle pronunce sopra riportate, sembra emergere un’armonia di vedute tra la Corte di Giustizia e la Corte di Cassazione. In tal modo, riaffiora l’antica impostazione secondo cui non è richiesto alcun vaglio critico sulle attività istruttorie compiute dalle autorità straniere, approccio affermato in materia di rogatorie internazionali. Un simile approccio, tuttavia, rischia di tradursi in una deriva applicativa improntata a eccessiva indulgenza, favorendo il consolidarsi di una visione secondo cui gli elementi probatori autonomamente acquisiti all’estero – in ossequio alla *lex loci* – possano essere pedissequamente accolti nell’ordinamento processuale interno, in assenza di qualsivoglia scrutinio critico e in virtù di una fiducia aprioristica nell’operato delle autorità straniere.

ABSTRACT: *Telematic Communications and Crypto Phones: Investigative Needs and Fundamental Rights in the Case Law of Multiple Courts*

This paper examines the evolving notion of “communication” in the digital age and its procedural implications, drawing on recent investigative experiences and case law. Beginning with the Sky-ECC case—where vast amounts of encrypted messages were decrypted and

¹⁰¹ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-670/22, §106.

¹⁰² Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-670/22, §119.

¹⁰³ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-670/22, §125.

¹⁰⁴ Cort. Giust. UE, Grande sezione, 30 aprile 2024, rinvio pregiudiziale causa C-670/22, §131.

later used in criminal proceedings through European Investigation Orders—the study highlights how digital acquisitions challenge the traditional categories of criminal procedure: interceptions, seizures, and documents. The analysis shows how the boundary between legitimate evidence gathering and exploratory investigation has become increasingly blurred. The second part focuses on metadata and traffic records in light of the jurisprudence of the CJEU and the Italian Constitutional Court, which have expanded the concept of correspondence to include electronic communications (SMS, emails, chats). These rulings require strict judicial oversight based on proportionality and immediacy.

**TUTELA DEL TERZO E DEI SUOI DATI PERSONALI NELL'AMBITO DELLA
COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA¹. IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tutela dei dati personali nella cooperazione giudiziaria europea. – 3. I soggetti del trattamento dei dati personali: i principi espressi dalla Corte di Giustizia UE Corte UE e qualificazione dell'autorità giudiziaria come titolare del trattamento dei dati personali. – 4. Quali rimedi per il terzo interessato? – 4.1 La tutela dei terzi e esecuzione dell'OEI – 4.2 Il procedimento previsto dall'art. 14 del D.lgs. 18 maggio, n. 51 – 5. Il punto debole della normativa italiana: l'assenza di un onere informativo – 6. Conclusioni.

1. Premessa

La tutela dei terzi nel processo penale incrocia i diritti delle parti e gli obblighi positivi e negativi delle autorità di polizia e giudiziaria².

* Dottorando in "Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali" presso l'Università degli Studi di Palermo e Magistrato Ordinario in Tirocinio presso il Tribunale di Palermo.

¹ Per un approfondimento sul rapporto tra diritto alla privacy e processo penale, cfr. L. LUPARIA, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, Testo della relazione svolta al XXXII Convegno della «Associazione tra gli studiosi del processo penale G.D. Pisapia» dedicato a «Diritti della persona e nuove sfide del processo penale», Università degli Studi di Salerno, 25-27 ottobre 2018; M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003; D. Marshall, T. Thomas, *Privacy and Criminal Justice*, Basingstoke, 2017; M. BASSINI, O. POLLICINO, *Commento all'art. 8 della Carta*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, pp. 141 ss.; G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai «Safe Harbour Principles» al «Privacy Schield»*, Roma, 2016, pp. 113 ss.; C. DI FRANCESCO MAESA, *Balance Between Security and Fundamental Rights Protection: an Analysis of the Directive 2016/680 for Data Protection in the Police and Justice Sectors and the Directive 2016/681 of the Use of Passenger Name Record (PNR)*, in *Eurojus* (online), 24 maggio 2016; R. ORLANDI, *Il processo nell'era di internet*, in *Diritto Penale e Procedura* (Dir. pen. proc.), 1998, p. 140; S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, pp. 3 ss.; S. ALLEGREZZA, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione Europa*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali*, cit., p. 61; C. PANSINI, *Novità legislative interne*, in *Processo penale e giustizia* (Proc. pen. giust.), 2018, pp. 690 ss.; F. R. DAL POZZO, *La tutela dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Eurojus* (online), 27 dicembre 2018; M. PUGLIA, *La protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE*, in (a cura di) AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, pp. 788 ss.; F. BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, *Il diritto dell'Unione europea*, 1 (2015), p. 25; M. DE SALVIA, *Dati personali e sfera privata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: ricostruzione sommaria delle linee-guida*, in M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico. Coesistenza pacifica o scontro di civiltà?*, Napoli, 2015, p. 11.

² Come si vedrà nel proseguo, le autorità nazionali sono gravate da obblighi o, meglio, oneri, consistenti in particolare nel trattamento lecito dei dati e in una raccolta degli stessi che avvenga per finalità determinate, esplicite e legittime, oltre a non essere eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono trattati (c.d. obbligo negativo). A questi oneri si aggiunge anche l'obbligo positivo di fornire informazioni comprensibili e garantire i diritti dell'interessato, nella specie l'accesso, la rettifica, la cancellazione e la limitazione del trattamento.

Questo è un tema importante specialmente nella fase delle indagini preliminari, nel corso della quale la segretezza che permea l'attività investigativa non sempre consente ai soggetti interessati di svolgere immediatamente³ – e si potrebbe dire anche efficacemente – un controllo sulla legittimità della raccolta dei dati e delle informazioni personali⁴.

L'idea di un procedimento penale inteso come «una continua violazione [legalizzata] del diritto alla riservatezza»⁵ costituisce un elemento che complica ulteriormente la problematica, specie quando l'autorità si avvale dei più evoluti strumenti di comunicazione.

L'esito è ovviamente quello di una massimizzazione delle informazioni circolanti, al punto tale da complicare l'attività di selezione dei dati da parte degli investigatori, anche a causa di oneri operativi talvolta di non semplice esecuzione. Ne è un esempio il caso in cui la PG o il PM debbano provvedere all'ascolto e alla trascrizione di un numero elevato di conversazioni captate col rischio di vanificare l'obbligo di escludere dalla verbalizzazione quelle informazioni che *“riguardano fatti e circostanze [...] che consentono di identificare soggetti diversi dalle parti”*, rendendo dunque quasi impraticabile una immediata valutazione di irrilevanza delle stesse ai fini delle indagini⁶.

Non può neppure trascurarsi la “genericità” con cui il legislatore ha previsto, all'art. 268, comma 6, c.p.p., il dovere del giudice di stralciare i verbali relativi a *“categorie particolari di dati personali o soggetti diversi dalle parti”*, rimettendo anzitutto all'interprete il difficile compito di qualificare i dati “particolari” – non trascrivibili o comunque non utilizzabili – e di distinguerli da quelli non qualificabili come tali. È evidente, infatti, che, in mancanza di una espressa indicazione, la PG e il PM non potranno che ricorrere ai principi indicati nella Direttiva UE 2016/680 e nel D.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, in materia di trattamento dei dati personali, nella parte in cui attribuiscono all'autorità titolare del trattamento il compito di distinguere, *“tenuto conto della finalità del trattamento e per quanto possibile, i dati personali in relazione alle diverse categorie di interessati previste dalla legge e i dati fondati su fatti da quelli fondati su valutazioni”*⁷.

Spetta, quindi, all'autorità procedente individuare i criteri interpretativi per qualificare i soggetti interessati dal trattamento e differenziare i dati personali che saranno oggetto di valutazione.

Nonostante tali indicazioni legislative, non può escludersi l'esistenza di un elevato tasso di discrezionalità, che pone, specie in capo al PM, l'onere di confrontare le informazioni ottenute con i fatti concreti oggetto di indagine e, quindi, con le specifiche esigenze investigative. E tale attività si complica nel momento in cui il titolare del trattamento è chiamato a distinguere i “dati di fatto” da quelli di tipo “valutativo”, senza tuttavia fornire

³ Ad esempio, in tema di intercettazioni l'art. 268 c.p.p. prevede l'avviso immediato ai difensori delle parti, i quali, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. In questo caso, è il PM a stabilire il termine dal quale notificare ai difensori l'avviso, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga.

Altra ipotesi è quella in cui, a seguito di escussione di sommarie informazioni, un soggetto riferisca all'autorità di polizia o giudiziaria dati o informazioni che attengono ad altro soggetto non indagato, né individuato quale persona informata sui fatti. È evidente che soggetto interessato verrà a conoscenza di tale circostanza solo – o eventualmente – in un momento successivo rispetto alla deposizione. In questo caso, a differenza del mezzo delle intercettazioni, il terzo risulta sprovvisto di uno specifico rimedio a tutela, a maggior ragione se di tali informazioni ne venga chiesta la ripetizione in sede di esame testimoniale di chi le ha rese.

⁴ Il quadro si complica se si considera che la Direttiva UE in materia lascia liberi gli Stati membri di stabilire delle restrizioni di citati diritti, purché fondate su misure legislative intese a limitarli.

⁵ S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa*, cit., pp. 5 ss.

⁶ Cfr. Art. 268, comma 2-bis, c.p.p., come novellato dalla L. 9 agosto 2024, n. 114.

⁷ Cfr. art. 4 D.lgs. 18 maggio 2018, n. 51.

alcuna indicazione o criterio per distinguere ciò che attiene al fatto rispetto a ciò che attiene alle valutazioni.

Pertanto, vi è il concreto rischio di rimettere la decisione a una libera interpretazione delle autorità procedenti, le quali, in presenza di una mole ingente di dati raccolti e di un tempo esiguo per scrutinarli, potrebbero ritenere – quasi in ogni caso – prevalenti le esigenze investigative sulla preventiva selezione delle informazioni da utilizzare.

Se, tuttavia, questa valutazione appare facilmente compatibile con l'ipotesi in cui il soggetto terzo sia “direttamente” controllato o intercettato, di contro non lo è con riguardo alla posizione del terzo “indirettamente” sottoposto a misura investigativa, tale perché presente al momento dell'intercettazione ambientale o telefonica dell'indagato o perché i suoi dati sono stati acquisiti accidentalmente nel corso dell'indagine. Il terzo c.d. “indiretto” non è, quindi, sottoposto ad indagine né è individuato come soggetto connesso all'indagato, ma viene comunque sottoposto a controllo – anche se accidentalmente – e i suoi dati personali vengono trattati in assenza di una predeterminata finalità.

La questione si complica ulteriormente nel caso in cui la raccolta delle informazioni avvenga attraverso strumenti di cooperazione giudiziaria, tra tutti l'ordine europeo d'indagine (OEI), che non contempla specifici rimedi per tutelare il soggetto interessato dal trattamento dei dati personali in fase investigativa.

È su questo sfondo che si colloca la Direttiva UE 2016/680, poiché è con la sua emanazione che si comprende l'obiettivo di creare un unico spazio comune, nel quale far confluire e circolare i dati raccolti nel corso delle attività investigative o di prevenzione e, quindi, creare delle interazioni tra *domestic activities* e *cross-border exchanges*⁸. Tutto nella consapevolezza che solo una raccolta regolamentata unitariamente a livello nazionale incoraggia la c.d. “cooperazione informativa”, garantendo anche la futura utilizzabilità delle informazioni nell'ambito dei procedimenti e processi interni.

L'armonizzazione delle discipline nazionali in materia favorisce il bilanciamento tra esigenze investigative e tutela dei diritti, poiché non vi può essere un adeguato livello di protezione dei diritti fondamentali in presenza di disparità o disomogeneità normative che possono ostacolare la libera circolazione dei dati personali tra le autorità.

Si può affermare, dunque, che uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia non può funzionare se alla libera circolazione dei dati personali tra le autorità nazionali non corrisponda un'altrettanta equivalente tutela dei diritti individuali, per la cui piena esplicazione è opportuno prevedere equivalenti poteri e strumenti di controllo.

Ne è conferma la Comunicazione della Commissione UE al Parlamento europeo e al Consiglio del 2022¹⁰, nella quale sono state individuate le criticità che hanno condizionato originariamente l'efficacia della Direttiva UE 2016/680. È stato evidenziato, in primo luogo, che i «due terzi degli Stati membri non hanno rispettato il termine del maggio del 2018 per recepire la LED nel diritto nazionale. Ciò nonostante, la maggior parte degli Stati membri ha recepito tale direttiva entro il 2019 dopo che la Commissione aveva avviato procedure di infrazione». Inoltre, «si è rivelato più difficile compilare statistiche sull'applicazione della

⁸ Cfr. Corte giust. UE, sentenza del 25 febbraio 2021, Commissione c. Spagna, C-658/19, ECLI:EU:C:2021:138, punto 75.

⁹ Per un approfondimento sulla cooperazione informativa, F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa*, cit.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 2022, Prima relazione sull'applicazione e sul funzionamento della direttiva (UE) 2016/680 sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie (“LED”), p. 8.

LED [...] Alcune autorità di controllo della protezione dei dati non raccolgono statistiche sulle loro attività di controllo».

Ulteriore criticità rilevata riguardava l'assenza di indicazioni giurisprudenziali in materia. E infatti – a dire della Commissione – la giurisprudenza «sta iniziando soltanto ora a svilupparsi in merito all'applicazione della LED. Numerosi procedimenti sono attualmente pendenti dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'interpretazione di disposizioni chiave della LED quali il diritto di accesso degli interessati e il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo»¹¹.

E ancora, si è osservato che il recepimento della Direttiva del 2016 non è avvenuto senza criticità, per lo più connesse sia alla diversità dei metodi di trasposizione interna adottati dagli Stati membri¹², sia alla risoluzione di particolari questioni tematiche¹³.

Tanto premesso, questo contributo analizza l'impatto della Direttiva sul processo penale italiano, nell'intento di verificare se il meccanismo delineato agli artt. 116 e 130 c.p.p. sia sufficiente a tutelare il terzo interessato e se lo stesso possa o debba essere integrato dalle previsioni in materia di intercettazioni, tra tutte l'art. 268 c.p.p.

Si dedicherà, inoltre, particolare attenzione anche ai rapporti con la disciplina sull'OEI, specie con riferimento all'istituto dell'opposizione all'esecuzione e alla possibilità di estenderne l'applicazione anche ai soggetti diversi dagli indagati/imputati.

Sin da subito giova rilevare che il *deficit* di tutela è anche conseguenza del mancato intervento del legislatore europeo, il quale, nella citata comunicazione, anticipava e programmava un intervento riformatore – che avrebbe dovuto essere attuato entro il 2020 – al fine di coordinare la disciplina dell'OEI con la normativa in tema di protezione dei dati personali¹⁴. Si prevedeva, in particolare, che i dati raccolti per scopi diversi da quelli per i

¹¹ Da ultimo, si è pronunciata sul tema Corte giust. UE, Grande sezione, 4 ottobre 2024, C-548/21, CG c. Bezirkshauptmannschaft Landeck, ECLI:EU:C:2024:830.

¹² Nella Comunicazione, cit., p. 10, si scrive che alcuni Stati membri hanno recepito la LED «facendo riferimento alla medesima disposizione o a una disposizione equivalente del GDPR». Altri ordinamenti hanno invece introdotto nuove disposizioni di tipo amministrativo generale o di diritto procedurale amministrativo o di procedura penale. Altri ancora hanno altresì recepito «alcune disposizioni della LED nella legislazione settoriale che disciplina il funzionamento e i poteri di autorità competenti specifiche».

¹³ Ad esempio, sempre nella Comunicazione, cit., p. 10, la Commissione rappresenta che – nel 2022 – «ha avviato procedure di infrazione nei confronti di Grecia, Finlandia e Svezia in quanto le loro leggi nazionali di recepimento non sono conformi alla LED. [nei confronti della] Grecia riguarda una serie di punti, tra cui, tra l'altro, la non applicazione del diritto nazionale di recepimento della LED al trattamento di dati personali da parte delle autorità giudiziarie e di quelle preposte all'esercizio dell'azione penale nonché da parte delle autorità che agiscono sotto la loro supervisione per la maggior parte dei reati; il recepimento delle disposizioni in materia di conservazione dei dati ed esame (articolo 5); la base giuridica per il trattamento dei dati (articolo 8); nonché garanzie nel contesto del processo decisionale automatizzato (articolo 11). Le procedure di infrazione nei confronti di Finlandia e Svezia sono state avviate perché le loro leggi non forniscono agli interessati accesso a un ricorso effettivo dinanzi a un organo giurisdizionale. La Commissione ha avviato una procedura di infrazione nei confronti della Germania nel maggio del 2022 perché diverse leggi nazionali di recepimento della LED non forniscono poteri correttivi effettivi a livello federale e di Land».

¹⁴ Stessa sorte ha riguardato in generale la correzione di tutti gli atti giuridici precedenti all'adozione della Direttiva, rispetto ai quali la Commissione – nel 2020 – ha auspicato successivi interventi riformatori. Quest'ultimi invero mai avvenuti o realizzati solo parzialmente, come dimostra il già citato esempio dell'OEI, contrariamente a quanto ha previsto l'art. 60 della Direttiva UE 2016/680 secondo cui, con riguardo agli atti giuridici dell'Unione già in vigore, «rimangono impregiudicate le disposizioni specifiche per la protezione dei dati personali contenute in atti giuridici dell'Unione che sono entrati in vigore il o anteriormente al 6 maggio 2016 nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, che disciplinano il trattamento tra Stati membri e l'accesso delle autorità nazionali designate ai sistemi d'informazione istituiti ai sensi dei trattati, nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

quali sono stati raccolti è permesso solo alle «condizioni specificate all'articolo 4 o all'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie o all'articolo 6 del regolamento generale sulla protezione dei dati».

Ciò nonostante la Direttiva UE 2014/41 non si pone – almeno in astratto – in contrasto con i diritti degli interessati dal trattamento, in quanto ivi è stato riconosciuto, da un lato, il diritto fondamentale alla *“protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali”* e, dall'altro, il dovere degli Stati membri di *“prevedere, nell'applicazione della presente direttiva, politiche trasparenti riguardo al trattamento dei dati personali e l'esercizio del diritto dell'interessato di ricorrere ai mezzi d'impugnazione per la protezione dei propri dati personali”* (cfr. considerando 40 e 41).

In linea di principio, dunque, la tutela è riconosciuta¹⁵.

Perplessità si pongono, tuttavia, con riferimento all'effettività e all'equivalenza della tutela dei terzi nel procedimento penale, nei confronti dei quali le autorità nazionali hanno il duplice dovere di fornire delle informazioni e garantirne l'accesso agli interessati, affinché questi si possano avvalere di un eventuale reclamo o, comunque, un mezzo di impugnazione¹⁶.

Anzitutto, sotto il profilo dell'effettività, si ricorda che l'ordinamento nazionale deve garantire che le norme procedurali non rendano eccessivamente difficile o impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Direttiva del 2016. In altri termini, non devono porsi ostacoli che incidono negativamente sull'efficacia della tutela dei diritti in materia di trattamento dei dati personali.

Deve sin d'ora rilevarsi che tale principio non appare allo stato pienamente soddisfatto, stante l'assenza di un coordinamento tra il codice di rito e la disciplina contenuta nel D.lgs. n. 51/2018. In particolare, il legislatore non ha inserito nel primo una regolamentazione delle modalità attraverso le quali le autorità di polizia o giudiziarie devono fornire le informazioni, di cui all'art. 10 del citato D.lgs., né ha previsto una specifica procedura rimediale esperibile nel procedimento penale, limitandosi ad estendere – all'art. 14 D.lgs. – il meccanismo di accesso agli atti e di correzione di errori materiali (cfr. artt. 116 e 130 c.p.p.).

Ne risulta compromesso anche il profilo dell'equivalenza della tutela, poiché il suddetto procedimento di tutela, benché esteso a *“chiunque vi abbia interesse”* e, quindi, anche ai terzi, omette comunque di considerare la specificità delle singole posizioni degli stessi. È evidente, infatti, che la situazione del terzo *“direttamente”* sottoposto ad indagine non è equiparabile a quella del terzo *“indirettamente”* controllato.

Ebbene, la conseguenza potrebbe essere quella di applicare in modo meno favorevole i diritti e la tutela previsti dalla Direttiva UE 2016/680 rispetto alla disciplina nazionale, nella specie predisponendo un apparato rimediale solo in astratto compatibile con la fonte eurounitaria.

¹⁵ E su questa traccia si è mosso anche il legislatore nazionale, il quale con la Legge n. 114/2024 ha parzialmente integrato la disciplina in materia di intercettazioni, inserendo un apposito riferimento alla tutela dei dati e delle informazioni di soggetti diversi da quelli coinvolti nel procedimento.

¹⁶ Come si vedrà, il considerando 26 e l'art. 4 della Direttiva UE 2016/680 amplia la platea degli obblighi, ricomprendendovi, oltre all'attuazione di un trattamento dei dati in modo lecito e corretto e per finalità determinate, esplicite e legittime, anche il dovere di trattare i dati in modo adeguato, pertinente e non eccedente rispetto alla finalità, tenuto anche conto dell'esigenza di aggiornarli – se necessario – e di conservarli in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità di trattamento. Si pone, altresì, in capo alle autorità il dovere di proteggere adeguatamente i dati mediante misure tecniche e organizzative adeguate, specie nell'ipotesi di trattamenti non autorizzati o illeciti.

Le menzionate criticità incidono chiaramente anche sulle investigazioni transnazionali e, quindi, sulla cooperazione giudiziaria, in quanto la presenza di un terzo soggetto complica l'attività delle autorità nazionali coinvolte, il cui interesse è quello ottenere in tempi rapidi e in segretezza dati e informazioni.

La causa del problema può essere individuata nel testo della Direttiva sull'OEI, la quale, già nella parte delle definizioni, omette ogni riferimento alla platea di soggetti che potrebbero essere coinvolti dall'esecuzione dell'ordine. Al contrario, mostra una timida apertura il D.lgs. attuativo n. 108/2017, nella parte in cui, talvolta, declina la categoria dei soggetti interessati indicandone espressamente la qualifica o la posizione nel procedimento penale.

L'aspetto definitorio non è, tuttavia, sufficiente se manca del tutto la previsione di uno strumento di tutela per quel soggetto, il terzo interessato, che voglia dolersi della illegittimità della raccolta dei propri dati o delle relative modalità o, semplicemente, ottenere una cancellazione, limitazione o rettifica degli stessi. Si creerebbe un vuoto di tutela connesso all'assenza di un'effettiva conoscenza del trattamento dei dati da parte delle autorità.

2. La tutela dei dati personali nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea

La tutela della *privacy* nel processo penale è un tema di grande interesse nel contesto della “piccola Europa”, al punto che il legislatore europeo ha provato a definire un quadro normativo comune per superare la frammentazione delle discipline nazionali e implementare il sistema delle garanzie.

Il settore della cooperazione giudiziaria è da sempre connesso al tema della protezione dei dati personali, in quanto la raccolta e lo scambio di informazioni rappresenta il nucleo centrale dell'attività di contrasto alla criminalità transazionale¹⁷. E infatti, come è stato confermato in sede di definizione e approvazione del progetto di Direttiva UE 2016/680, la precedente fonte – la Decisione quadro 2008/977/GAI – trovava applicazione “solo al trattamento transfrontaliero dei dati e non alle attività di trattamento effettuate dalla polizia e dalle autorità giudiziarie a livello strettamente nazionale”, con la conseguenza di rendere difficoltoso per le autorità “stabilire il carattere puramente nazionale o transfrontaliero di un trattamento di dati”¹⁸.

Un'unica regolamentazione favorisce soprattutto un livello più elevato di tutela dei diritti dei soggetti interessati dal trattamento dei dati personali¹⁹. Esempio di tale tendenza si rinviene non solo nella previsione di singole disposizioni relative allo scambio di informazioni – come, ad esempio, in materia di squadre investigative comuni (2002/465/GAI) – ma anche

¹⁷ Nella neo adottata Direttiva (UE) 2023/977 relativa allo “scambio di informazioni tra le autorità di contrasto degli Stati membri”, il legislatore europeo ha ribadito che, al fine di una cooperazione efficiente ed efficace, è opportuno migliorare lo “scambio di informazioni” ed “è essenziale che le autorità di contrasto competenti di uno Stato membro abbiano la possibilità, nel quadro del diritto applicabile dell'Unione e nazionale, di ottenere un accesso equivalente alle informazioni a disposizione dei loro colleghi in un altro Stato membro”.

¹⁸ Sul punto, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati, del 25 gennaio 2012, COM/2012/010 final. Per un approfondimento dottrinale, v. G. RUGANI, *La protezione dei dati*, cit., p. 83; L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but high enough*, in IRI Promemoria, 2012, 2, pp. 1-10.

¹⁹ Cfr. considerando 15 della Direttiva UE 2016/680, cit.

nell'approvazione di più recenti atti normativi che si occupano dello scambio di dati tra le autorità nazionali²⁰.

Dopo qualche decennio di incertezza e di esitazione – caratterizzati da iniziative individuali degli Stati membri – l'Unione europea si è dotata di un'unica fonte normativa, la Direttiva UE 2016/680, che, seppure ha il merito di aver delineato principi e criteri comuni, tuttavia incontra il limite di non aver imposto l'adeguamento delle fonti in materia di cooperazione giudiziaria.

La conseguenza è che nelle fonti che disciplinano gli strumenti di cooperazione giudiziaria, tra queste la Direttiva sull'OEI, mancano regole relative alle modalità di raccolta, impiego, registrazione, conservazione e cancellazione dei dati personali acquisiti nel corso dell'attività investigativa e poi trasfusi nel processo penale.

Per sopperire a tale vuoto, il legislatore europeo prima, e la giurisprudenza europea dopo, continuano a richiedere che il trattamento rispetti – in ogni caso – i diritti e le libertà fondamentali e in particolare il diritto alla protezione dei dati personali a prescindere dalla nazionalità, dalla residenza o dallo *status* dei singoli. Difatti, la Corte UE ha in più occasioni ribadito che tutti i dati e le informazioni personali (dati genetici, dati personali relativi a reati, procedimenti penali e condanne e di eventuali misure di sicurezza correlate, dati biometrici che identificano in modo univoco una persona, qualsiasi dato personale sensibile) possono essere raccolti e acquisiti e, quindi, trattati «solo laddove esistano garanzie adeguate contro i rischi che il trattamento di tali dati può comportare per gli interessi, i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato».

Ciò è possibile – continua il giudice europeo – se al singolo è consentito verificare che la limitazione non abbia pregiudicato il contenuto essenziale del diritto e sia conforme ai principi di legalità, proporzionalità e necessità²¹.

Occorre interrogarsi, però, se i principi fondanti il legittimo trattamento dei dati personali risultino soddisfatti nell'ipotesi dell'esecuzione di un OEI da parte delle autorità nazionali e, in particolare, se il terzo interessato abbia strumenti per attivare i rimedi previsti, anche di tipo non giurisdizionale.

La Direttiva UE 2014/41 in tema di OEI qualifica – al considerando 40 e 41 – la protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali come un diritto fondamentale, conformemente a quanto previsto dall'art. 8, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali UE, auspicando che gli Stati membri prevedano «politiche trasparenti riguardo al trattamento dei dati personali e l'esercizio del diritto dell'interessato di ricorrere ai mezzi d'impugnazione per la protezione dei propri dati personali».

Pertanto, al legislatore nazionale è stato assegnato il compito di individuare, in piena autonomia, gli istituti idonei a porre rimedio alle eventuali violazioni della *privacy*, con l'evidente risultato di aver acuito il *deficit* di coordinamento con le fonti in materia di cooperazione giudiziaria e tra le singole discipline nazionali.

E tale difetto è più marcato con riferimento all'ordinamento italiano, nel quale si assiste all'assenza nel codice di rito di una disciplina *ad hoc* in tema di tutela dei dati personali. O meglio, questa è prevista sommariamente solo per lo strumento delle intercettazioni, trascurando però altri strumenti o mezzi investigativi – ad esempio, le perquisizioni e i sequestri informatici o anche l'escussione a s.i.t. o l'assunzione di dichiarazioni testimoniali

²⁰ Direttiva (UE) 2023/977, cit.

²¹ Sul punto, Corte giust. UE, Grande sezione, sentenza dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238; Corte giust. UE, Grande sezione, sentenza del 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e Eijfert*, C-92/09 e C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662.

di soggetti sottoposti a protezione o, ancora, l'acquisizione dei tabulati e l'impiego dei c.d. *IMSI catcher*²² – rispetto alle quali potrebbe porsi la medesima problematica.

E ancora, se la libertà degli Stati ha raggiunto l'obiettivo di recepire il contenuto della Direttiva, tuttavia non ha prodotto l'effetto sperato di adeguamento e coordinamento interno. La conferma di ciò si rinviene ancora una volta nell'ordinamento italiano, nel quale il legislatore italiano ha trasfuso il testo della Direttiva nel D.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 – a distanza di ben due anni dalla efficacia della Direttiva del 2016 –, sebbene creando un sottosistema normativo non del tutto privo di criticità e ambiguità²³.

Tra gli aspetti positivi di questo travagliato percorso normativo vi è il merito del citato D.lgs. del 2018 di aver ricordato che il procedimento e il processo penale sono veri e propri “catalizzatori” di dati personali²⁴, capaci di generare e, soprattutto, di sviluppare e accelerare una costante raccolta e conservazione di dati personali. Non è un caso, infatti, che il legislatore ha fornito una definizione esaustiva di “trattamento”, idonea a ricomprendere *“qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione”*.

In tale nozione possono essere sussunte, quindi, sia le attività investigative classiche, sia qualsiasi altra attività atipica o complessa che comporti il trattamento dei dati personali. Così, all'ipotesi più frequente delle intercettazioni si affiancano anche i sequestri e le perquisizioni informatiche o dei dispositivi cellulari, l'acquisizione di tutti i dati relativi agli spostamenti e all'ubicazione del soggetto bersaglio (c.d. GPS), i tabulati telefonici e – perché no – anche il trattamento di tutte le informazioni acquisite mediante analisi delle c.d. fonti aperte²⁵.

Ma è possibile andare oltre. Difatti, il profilo che più si apprezza è quello relativo alla previsione della nozione di “profilazione”, con la quale si indica *“qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti [...] le preferenze personali, gli interessi, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”*.

²² L'*IMSI-catcher* (c.d. falso ripetitore) è un dispositivo elettronico utilizzato per intercettare il traffico delle comunicazioni telefoniche e tracciare la posizione degli utenti di telefonia mobile. Funziona come un ripetitore di segnale “falso” che si interpone tra il telefono dell'utente e le vere torri cellulari.

²³ Ad esempio, l'art. 13 del citato D.lgs., rubricato “esercizio dei diritti dell'interessato e verifica da parte del Garante”, statuisce che i diritti dell'interessato possono essere esercitati anche tramite Garante, al di fuori dei casi in cui il trattamento è effettuato dall'autorità giudiziaria per le finalità di “prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati”. Ci si interroga sul perché il legislatore abbia previsto, in generale, la possibilità di rivolgersi al Garante quando il trattamento avviene ad opera delle “autorità competenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati” – come da rubrica del D.lgs. 51/2018 –, quando poi per la medesima attività (art. 1, comma 2) si prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria se il trattamento è dalla stessa eseguito. E allora, proprio perché si tratta di un procedimento o di un processo penale, il trattamento dei dati avverrà in ogni caso sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, residuando spazi minimi per l'intervento del Garante.

²⁴ Al punto tale che la dottrina più autorevole – cfr. L. LUPARIA DONATI, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, Riv. Dir. Proc., 2019, 6, p. 1449 – sostiene che «la privacy appare oggi una garanzia in profonda (e continua) espansione, in un moto «controcorrente» rispetto a salvaguardie più «classiche» del rito penale».

²⁵ Perviene a questa conclusione anche la Corte UE (nota 12), per la quale la nozione di “trattamento” si presta ad un'interpretazione estensiva per il «carattere non tassativo, espresso dal vocabolo “come”, delle operazioni menzionate in detta disposizione» (punto 71).

Non si tratta per nulla di un concetto ovvio, soprattutto quando oggetto di accertamento sono reati – come, ad esempio, la pedopornografia o lo sfruttamento della prostituzione *online* – per il cui accertamento gli investigatori accedono, individuano, acquisiscono e seguono le preferenze e le ricerche di singoli individui o utenti.

E ancora, rileva l'ipotesi in cui le autorità di polizia e giudiziarie impiegano sistemi automatizzati di identificazione e controllo, i quali consentono in breve tempo e in modo massivo la raccolta di dati relativi anche alla sfera più intima del soggetto. L'esempio è quello del c.d. riconoscimento facciale, che consente di ricostruire, attraverso l'acquisizione di elementi identificativi del soggetto (viso, fattezze fisiche, modalità comportamentali, etc.), la sua personalità, le abitudini e le frequentazioni.

Ecco, in tutte queste ipotesi è maggiormente sentita l'esigenza di apprestare un'adeguata tutela alla raccolta e all'eventuale impiego indiscriminato dei dati personali.

Sono tutte operazioni molto penetranti sulla tutela dei dati personali, a maggior ragione se si tende a far confluire i relativi risultati nel processo penale. Ciò fa sì che quest'ultimo venga definito come «un creatore di *personal data*: non si accontenta di acquisire i dati sul prevenuto, ma di questi ricostruisce e proietta un «profilo inedito»²⁶.

Lo sono ancor di più con riguardo alle *cross-border investigations*, il cui nucleo centrale è dato dall'accertamento di crimini commessi da gruppi criminali talvolta strutturalmente articolati perché presenti in più di tre paesi e composti da membri di diverse cittadinanze oppure perché caratterizzati dall'impiego di sistemi di comunicazione più efficienti.

Qui, le esigenze investigative sono soddisfatte dall'uso di processi massivi di raccolta e condivisione di informazioni, che possono coinvolgere, direttamente o indirettamente, anche soggetti terzi. Basti pensare alle indagini per terrorismo o narcotraffico internazionale, per tratta o traffico di esseri umani o, ancora, per reati di competenza dell'EPPO, le quali sovente riguardano più indagati o anche soggetti terzi, siano essi direttamente connessi o indirettamente coinvolti (quest'ultima ipotesi è la più complessa a causa della impossibilità di determinare, a priori, la finalità e il soggetto destinatario del trattamento).

Gli esempi sin qui prospettati sono, dunque, accomunati da un profilo: maggiori sono la complessità, la intrusività, la durata delle investigazioni e il numero di soggetti coinvolti, maggiore sarà la quantità di dati che le autorità di polizia e giudiziarie dovranno trattare.

E allora, se così è, l'obiettivo di un unico spazio giudiziario europeo deve essere quello di far dialogare le esigenze repressive con i diritti e le relative tutele, poiché uno dei principi cardine in materia di cooperazione giudiziaria è la predisposizione di un sistema di tutela equivalente (*rectius* proporzionato) ai mezzi di intrusione impiegati. Per usare le parole delle Corti sovranazionali, un'ingerenza è giustificata non solo quando è coperta da una base giuridica, ma anche quando è necessaria e proporzionata alla finalità perseguita.

Pertanto, anche i dati dei terzi raccolti nell'ambito delle investigazioni transfrontaliere sono meritevoli di una «tutela equivalente» al grado di incisività e intrusività del mezzo investigativo impiegato²⁷.

La questione è semplice: come può il soggetto terzo direttamente o indirettamente inciso da un'indagine svolta in altro Stato membro o da autorità straniera a tutelarsi dal

²⁶ S. ALLEGREZZA, *Giustizia penale*, cit., p. 61; L. LUPARIA DONATI, *Privacy*, cit., p. 1450.

²⁷ Questa valutazione è sicuramente più semplice con riguardo alle intercettazioni di comunicazione, rispetto alle quali tutti gli ordinamenti predispongono di discipline rimediali pressoché comuni. Diverso è, invece, il caso di attività investigative atipiche o proprie di un ordinamento, per le quali il problema del coordinamento sovranazionale è sicuramente maggiore.

trattamento dei propri dati personali? È nelle condizioni di conoscere a monte l'esistenza dell'intrusione e, a valle, di esperire i rimedi previsti dalla Direttiva UE?

A questa domanda il D.lgs. citato non fornisce una risposta, poiché nulla prevede in ordine al trattamento nell'ambito delle investigazioni transnazionali. È come se avesse dettato una disciplina idonea a ricomprendere tutte le fattispecie di trattamento.

Eppure, l'omologazione delle tutele non sempre costituisce strumento di giustizia, anzi al contrario è foriero di disparità. Ne è un esempio l'ipotesi del soggetto terzo straniero, i cui dati vengano acquisiti indirettamente a seguito di intercettazione disposta dalle autorità italiane: questo soggetto dovrebbe, anzitutto, venire a conoscenza che l'autorità giudiziaria è in possesso dei suoi dati, per poi attivare il procedimento previsto dalla legge.

Inoltre, potrebbe essere sottoposto anche ad eventuali limitazioni all'accesso dei propri dati per motivi investigativi per un periodo non previsto dalla legge e, quindi, rimesso alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria. Senza trascurare, altresì, che il trattamento potrebbe comportare la conservazione dei dati personali *sine die*, in quanto la legge non prevede un termine legale.

Ma il profilo più critico della disciplina in esame attiene al profilo della conoscenza del trattamento e, quindi, alla possibilità per il terzo interessato di verificare la sussistenza di una raccolta dei suoi dati e di chiederne la cancellazione, la rettifica o la limitazione. Tema, questo, non affrontato dal legislatore nel citato D.lgs., avendo solo predisposto un procedimento attivabile dinanzi all'autorità giudiziaria intervenuta.

Orbene, se il presupposto per l'attivazione del rimedio è proprio la conoscenza del trattamento delle informazioni personali, allora la mancata previsione di oneri comunicativi informativi condiziona sicuramente l'attivazione del rimedio. Si prevede, in altri termini, uno strumento di tutela privo di utilità pratica, specie se il terzo interessato risiede in altro Stato e rispetto al quale, magari, non si è in possesso di ulteriori elementi identificativi.

Le perplessità aumentano nel momento in cui la Direttiva 2016/680 chiede agli Stati membri di garantire *“che lo scambio dei dati personali da parte delle autorità competenti all'interno dell'Unione [...] non sia limitato né vietato per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”*. Se priorità è quella di non intralciare lo scambio delle informazioni, tuttavia è necessario prevenire e/o evitare un trasferimento *“indiscriminato”* dei dati personale, senza che l'autorità di polizia e giudiziaria informi il titolare dei dati.

In realtà, non manca un dovere comunicativo, ma al contrario non sono previste le modalità per assolverlo.

La conseguenza è dunque evidente: il terzo soggetto dovrebbe agire contemporaneamente in più ordinamenti, dinanzi a diverse autorità di controllo e in esecuzione di diverse procedure di tutela, con un evidente dispendio di risorse e il rischio di eventuali pronunciamenti contrastanti.

3. I principi espressi dalla Corte di Giustizia UE: individuazione dei soggetti titolari e legittimità del trattamento

Altra problematica attiene all'individuazione del soggetto titolare dei dati personali. Sul punto, l'art. 3 della Direttiva UE 2016/680 individua l'autorità competente in *“qualsiasi autorità pubblica competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali”*. Definizione nella quale si ricomprende evidentemente anche

l'autorità di polizia e quella giudiziaria, trattandosi dei soggetti chiamati a svolgere le funzioni investigative e di accertamento penale.

Questa nozione fornisce sicuramente elementi utili per individuare il titolare del trattamento dei dati, anche se potrebbe non essere semplice indicare tale soggetto quando nella stessa fase procedurale o processuale intervengono più autorità (ad esempio, il PM e il giudice).

L'unica situazione in cui il codice di rito italiano individua in modo chiaro il titolare del trattamento è quella delle intercettazioni. In questo ambito, le operazioni si svolgono sotto la vigilanza del P.M. ed è quest'ultimo a operare una prima selezione dei dati rilevanti per le indagini, mentre, nel caso di violazione, il soggetto interessato deve rivolgersi al Gip.

La questione non è puramente teorica, ma ha dei riflessi sulla valutazione della legittimità della raccolta dei dati, posto che l'autorità competente è l'unica che conosce la finalità del trattamento e, quindi, l'unica che può delimitare la proliferazione dei dati personali. E di conseguenza, è il soggetto al quale il terzo dovrebbe poter rivolgere le istanze di tutela.

A proposito del controllo di legittimità, la Corte di Giustizia si è pronunciata sul ruolo della Direttiva UE 2016/680 e, in particolare, sulla portata dei principi cardine sanciti nella stessa, cui devono attenersi i titolari del trattamento.

Il giudice europeo è lapidario nell'affermare, in conformità al principio di limitazione delle finalità²⁸, che «i dati personali siano raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime e trattati in modo non incompatibile con tali finalità» e che «l'effettività di tale principio esige necessariamente che la finalità della raccolta sia determinata sin dalla fase in cui le autorità competenti tentano di accedere ai dati personali, poiché un siffatto tentativo, qualora si riveli proficuo, è tale da consentire a tali autorità, in particolare, di raccogliere, estrarre o consultare immediatamente i dati in questione».

In altri termini, anche un'operazione preliminare alla raccolta dei dati – come, ad esempio, l'inoculazione di un captatore o un tentativo di sblocco del cellulare o, ancora, la raccolta di informazioni presso soggetti terzi – va qualificata come “trattamento” e sottoposto, di conseguenza, alle regole e alle garanzie previste dalla Direttiva UE.

L'indicazione della Corte non è sufficiente, tuttavia, per comprendere cosa accada nell'ipotesi in cui i dati personali di un soggetto terzo siano raccolti indirettamente e senza alcuna preventiva individuazione di una finalità legittima (probabilmente da intendere come indicazione del reato da accertare e sussistenza almeno dei gravi indizi di reato²⁹). Se con riguardo al terzo “direttamente” sottoposto a misura investigativa la finalità del trattamento è preventivamente individuata in un provvedimento autorizzativo del PM o del Giudice – perché magari si tratta di soggetto collegato all'indagato o, comunque, sottoposto ad indagine –, nei confronti del terzo “indirettamente” controllato invece si opererebbe in assenza di una finalità predeterminata.

Si potrebbe obiettare che non sempre è possibile prevedere il coinvolgimento di un terzo indirettamente interessato dall'esecuzione di una misura investigativa³⁰. Ma in ogni caso,

²⁸ Sul punto, cfr. Corte giust. UE, sentenza del 26 gennaio 2023, *Ministerstvo na vatreshnite raboti*, C-205/21, ECLI:EU:C:2023:49, punto 122.

²⁹ In materia di intercettazioni si richiede, altresì, l'assoluta indispensabilità dell'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini.

³⁰ Basti pensare all'ipotesi in cui la PG sta intercettando un indagato, il quale, in un dato momento e luogo, sta conversando con altro soggetto non indagato né destinatario di una misura investigativa. In questo caso, la PG potrebbe apprendere di dati e informazioni personali del terzo indirettamente coinvolto, che *prima facie*

non può essere trascurato il rischio concreto di eseguire un trattamento di dati personali sulla base di una finalità determinabile solo *ex post*, che potrebbe avere delle refluenze anche sulla eventuale e successiva utilizzabilità delle informazioni raccolte³¹.

Una soluzione che, al contempo, ritenesse legittima la mancata predeterminazione di una finalità del trattamento e consentisse l'acquisizione dei dati inciderebbe, altresì, sul principio di certezza del diritto, atteso che gli individui devono poter prevedere gli esiti dell'esecuzione di una misura investigativa sotto il profilo della raccolta, dell'utilizzabilità e della trasmissione degli stessi ad altra autorità di trattamento³².

La questione si complica se il destinatario di una misura investigativa è un terzo straniero, le cui informazioni personali vengono raccolte dall'autorità di uno Stato e trasmesse alle autorità dello Stato in cui si svolgerà il processo. Ipotesi classica è quella dell'emissione e del riconoscimento di un OEI, la cui esecuzione può comportare, talvolta inevitabilmente, l'acquisizione dei dati di soggetti terzi in aggiunta a quelli dell'indagato.

Ebbene, in questo caso sembra che il terzo non possa avvalersi di un rimedio immediato a fronte della lesione dei suoi diritti, poiché lo stesso potrebbe non essere a conoscenza della misura investigativa.

La soluzione al problema della tutela dei terzi deve tenere conto però della già citata distinzione tra terzo direttamente e indirettamente sottoposto a controllo. E, in particolare, nel primo caso il terzo potrà avvalersi degli stessi rimedi previsti per l'indagato. Ove, invece, la raccolta riguardi un terzo indirettamente coinvolto, la tutela appare sicuramente condizionata, oltre che dal grado delle informazioni allo stesso fornite, anche dalla diversità delle discipline nazionali³³.

Ciò è più vero se il trattamento non è consistito solo nell'operazione di raccolta dei dati, ma anche nella successiva trasmissione degli stessi a un'autorità giudiziaria straniera, gravando ancora una volta sul terzo l'onere di verificare *ex post* l'integrità della catena acquisitiva-conservativa.

Al principio di legalità si aggiunge anche quello della c.d. minimizzazione dei dati³⁴. Invero, dalla previsione per cui i dati personali devono essere "*adeguati, pertinenti e non eccessivi rispetto alle finalità per le quali sono trattati*", il giudice europeo trae la conclusione per cui il trattamento deve essere proporzionato.

Dal concetto di proporzionalità si inferisce, in particolare, che la misura investigativa può incidere sui diritti fondamentali e che questi «vanno considerati alla luce della loro funzione sociale e bilanciati con altri diritti fondamentali». Le limitazioni sono compatibili, dunque, «solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Esse

potrebbero apparire rilevanti. Altra ipotesi è quella in cui si esegue la perquisizione e il sequestro di un dispositivo informatico di un indagato, ad esempio un usuraio o un soggetto che favorisce la prostituzione altrui, nel quale vengono rinvenuti dati e informazioni personali, talvolta di carattere sensibile, dei clienti o di coloro che si rivolgono per ottenere un servizio.

³¹ Sempre in tema di intercettazioni, l'art. 271 c.p.p. prevede la sanzione della inutilizzabilità ove le intercettazioni siano state eseguite fuori di casi consentiti dalla legge e, quindi, anche nell'ipotesi in cui non siano stati rispettati i requisiti autorizzativi delle stesse (artt. 266 e 267 c.p.p.).

³² Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 4 ottobre 2024, C-548/21, cit., punto 76.

³³ Deve tenersi conto della circostanza che alcuni ordinamenti prevedono il controllo dell'autorità amministrativa, mentre altri assegnano tale potere al giudice della fase.

³⁴ Cfr. Corte UE, sentenza del 30 gennaio 2024, *Direktor na Glavna direksia «Natsionalna politisia» pri MVR – Sofia*, C-118/22, ECLI:EU:C:2024:97.

devono operare nei limiti dello stretto necessario e la normativa che comporta le limitazioni deve prevedere norme chiare e precise che ne disciplinano la portata e l'applicazione»³⁵.

Anche questo profilo non è esente da criticità.

Il requisito della “necessarietà” è soddisfatto qualora «l'obiettivo perseguito dal trattamento di dati non possa ragionevolmente essere conseguito in modo altrettanto efficace con altri mezzi meno lesivi dei diritti fondamentali delle persone interessate». La necessità presuppone – implicitamente – la predeterminazione sia di una finalità legittima che dei soggetti destinatari della misura (quantomeno sotto il profilo della determinabilità).

Tuttavia, così descritto, neppure tale requisito appare idoneo a coprire le fattispecie che coinvolgono la posizione dei terzi, specie di quelli indirettamente controllati, poiché l'autorità di polizia o giudiziaria non è nelle condizioni di valutare a priori l'intensità dell'ingerenza della misura sulla sfera privata di soggetti ulteriori e diversi dall'indagato o eventuali terzi direttamente incisi).

A ben vedere, neanche un controllo preventivo del giudice riuscirebbe a colmare una simile lacuna, perché un provvedimento autorizzativo dovrebbe valutare, in seno al giudizio di proporzionalità, «la gravità della limitazione»³⁶ così apportata all'esercizio dei diritti fondamentali di cui trattasi, la quale dipende dalla natura e dalla sensibilità dei dati [...], l'importanza dell'obiettivo di interesse generale perseguito da tale limitazione, [...] la pertinenza dei dati in questione per l'accertamento dei fatti»³⁷ e il collegamento esistente tra il destinatario della misura e il reato di cui trattasi.

Tutti elementi, questi, che con riguardo alla posizione dei terzi difficilmente potrebbero essere oggetto di esame preventivo del giudice, se non nelle limitate ipotesi in cui il terzo diventi successivamente indagato o sia esso stesso sottoposto a controllo³⁸. Al più, si potrà assistere ad una forma di tutela *ex post*³⁹.

Inquadrate i principi di massima, è lecito allora interrogarsi sui rimedi attivabili dal terzo nell'ipotesi di raccolta e successiva trasmissione dei dati a un'autorità straniera.

Per rispondere al quesito, la Corte UE compie un passaggio ulteriore e, in particolare, analizza la categoria dei soggetti “interessati” dal trattamento e il dovere dell'autorità di operare una chiara distinzione tra i dati personali relativi ai diversi soggetti.

³⁵ Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 4 ottobre 2024, C-548/21, cit., punto 85; anche Corte giust. UE, sentenza del 30 gennaio 2024, *Direktor na Glavna direktsia «Natsionalna politisia» pri MVR – Sofia*, cit., punto 39.

³⁶ Al punto 91 Corte giust. UE, Grande sezione, 4 ottobre 2024, C-548/21, cit., il giudice sottolinea l'importanza del controllo giurisdizionale sulla gravità della limitazione, poiché a seguito di un trattamento di dati personali in fase investigativa l'autorità di polizia e giudiziaria potrebbero venire a conoscenza «non soltanto dati relativi al traffico e alla localizzazione, ma anche fotografie e la cronologia di navigazione su Internet effettuata con tale telefono, o addirittura una parte del contenuto delle comunicazioni», potendo ricostruire «le sue abitudini di vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tale persona e gli ambienti sociali da essa frequentati».

³⁷ *Ibidem*, cit., punto 90.

³⁸ Ciò è possibile, ad esempio, nel caso delle intercettazioni, per l'esecuzione delle quali è necessaria una valutazione sulla eventuale esistenza dell'illecito penale e non la colpevolezza di un determinato soggetto, sicché per procedere legittimamente ad intercettazione non è necessario che tali indizi siano a carico di persona individuata o del soggetto le cui comunicazioni debbano essere captate a fine di indagine (cfr. Cass., Sez. I, sentenza n. 2568 del 18/09/2020).

³⁹ Anche se, come è emerso più di recente dalla sentenza della Corte UE sul tema dell'art. 31 Reg. EPPO e del controllo giurisdizionale, una tutela giurisdizionale di tipo successivo non sempre è idonea a porre rimedio alle violazioni gravi dei diritti fondamentali. Per tal motivo il giudice europeo ha auspicato l'effettuazione di un “previo controllo giurisdizionale”.

Premesso il duplice necessario accertamento del collegamento tra il soggetto controllato e il reato e la «rilevanza dei dati e delle informazioni personali ai fini dell'accertamento dei fatti», il giudice europeo identifica i soggetti interessati nelle «persone sospettate, per fondati motivi, di avere commesso o di stare per commettere un reato, [nell]le persone condannate per un reato, [nell]le vittime o potenziali vittime di tali reati, nonché [nell]le altre parti rispetto a un reato che potrebbero essere chiamate a testimoniare nel corso di indagini su reati o di procedimenti penali conseguenti».

Il merito di questa classificazione è sicuramente quello di fornire un'indicazione operativa all'interprete, anche se – va detto – nessuna particolare attenzione è stata rivolta alla possibilità di sussumervi anche i terzi interessati.

Lungi dal considerarla un'enucleazione tassativa, la posizione del terzo potrebbe rilevare ove lo stesso sia chiamato come testimone o, al più, come persona informata sui fatti, ma non sicuramente come soggetto terzo che, malgrado non sia collegato all'indagato e al reato, comunque si è visto “trattare” i propri dati personali.

Diversamente dalla Direttiva UE, il legislatore italiano avrebbe potuto prevedere, nell'ambito della sua libertà di azione, uno standard di tutela maggiore, inserendo espressamente la figura dei “terzi” tra i soggetti interessati.

Tutt'al più, tale vuoto normativo ben potrebbe essere colmato in sede interpretativa dal considerando 31 della citata Direttiva, secondo cui – appurata l'esistenza di diverse categorie di dati personali – *“dovrebbe essere operata [...] una chiara distinzione tra i dati personali relativi a diverse categorie di interessati, quali: indiziati, condannati, persone offese e altri soggetti, quali testimoni, persone informate dei fatti, persone in contatto o collegate a indiziati o condannati”*, potendo ricomprendere nell'ultima categoria anche i terzi diretti e indiretti.

Può affermarsi, in definitiva, che il grado di tutela riconosciuto agli individui dipende dalla qualificazione giuridica dei dati personali. E infatti – a parere della Corte UE – particolari accortezze devono essere osservate per il trattamento di dati sensibili, per i quali è la stessa Direttiva 2016/680 a richiedere una *“specifica protezione i dati personali [...] dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali”* (considerando 37). Ciò in quanto si tratta di tutte quelle informazioni che «rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche e le convinzioni religiose o filosofiche».

Ora, in presenza di simili dati, il giudice europeo ribadisce che il trattamento deve avvenire in esecuzione di una finalità determinata, esplicita e legittima, in ossequio anche i criteri di adeguatezza, pertinenza e non eccedenza delle informazioni rispetto alla già menzionata finalità. Afferma, altresì, che il principio della *“stretta necessità”* va interpretato nel senso che il trattamento dei dati sensibili «può essere considerato necessario solo in un numero limitato di casi» e solo se la «necessità sia valutata in modo particolarmente rigoroso»⁴⁰.

Tale interpretazione sicuramente pone una barriera al trattamento indiscriminato dei dati sensibili, ma l'assenza di criteri univoci lascia un margine ampio di apprezzamento all'autorità nazionale, che potrebbe giustificare la raccolta delle informazioni sulla base di una asserita esigenza di repressione dei reati.

⁴⁰ Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 4 ottobre 2024, C-548/21, cit., punto 107. Con riguardo al rispetto dei principi posti dagli artt. 8 e 52 CDFUE, il giudice europeo ha in più occasioni ribadito che «la tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata a livello dell'Unione esige che le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali intervengano entro i limiti dello stretto necessario» (cfr. Corte giust. UE, sentenza 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, EU:C:2016:970, punto 96).

In altri termini, la valutazione rigorosa della necessità potrebbe risolversi nel mero riscontro dell'esigenza di accertare fatti di reato, a maggior ragione se è lo stesso giudice europeo ad affermare che il trattamento dei dati non può essere limitato solo alla «lotta contro i reati gravi [perché ciò] limiterebbe i poteri di indagine delle autorità competenti nei confronti dei reati in generale. Ne risulterebbe un aumento del rischio di impunità per detti reati, tenuto conto dell'importanza che tali dati possono avere per le indagini penali».

Per prevenire i rischi di una valutazione sommaria della «sola stretta necessità», è opportuno considerare che per il legislatore europeo i dati personali non dovrebbero essere – in astratto – oggetto di trattamento, salvo che il trattamento: 1) sia soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato stabilite per legge e sia autorizzato in casi consentiti dalla legge; 2) sia autorizzato per legge o, comunque, sia necessario per salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona; 3) riguardi dati resi manifestamente pubblici dall'interessato (come nell'ipotesi delle c.d. fonti aperte).

Tale risultato è rafforzato da ulteriori raccomandazioni contenute nella Direttiva UE, nella quale si sottolinea l'importanza di prevedere «garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato», tra queste la «possibilità di raccogliere tali dati unicamente in connessione con altri dati relativi alla persona fisica interessata» o anche la «possibilità di provvedere adeguatamente alla sicurezza dei dati raccolti» e, ancora, la previsione di «norme più severe riguardo all'accesso ai dati da parte del personale dell'autorità competente e il divieto di trasmissione di tali dati».

Occorre, allora, interrogarsi se queste garanzie siano in concreto previste dall'ordinamento italiano e in che misura trovino applicazione nella prassi.

Un dato è certo: se è necessario che l'ingerenza sia sottoposta a un controllo preventivo del giudice, allora rimangono prive di garanzia tutte quelle ipotesi in cui la misura investigativa incida indirettamente sul terzo. Soggetto rispetto al quale non è stato possibile operare un preventivo vaglio di proporzionalità dell'ingerenza sulla sfera privata.

4. Quali rimedi per il terzo interessato?

La tutela della riservatezza dei terzi nel procedimento penale rappresenta – usando le parole di autorevole dottrina⁴¹ – «una garanzia in profonda (e continua) espansione, in un moto «controcorrente» rispetto a salvaguardie più «classiche» del rito penale». Ne è conferma il dibattito nazionale sorto intorno al tema di una riforma seria della disciplina sulle intercettazioni, nel dichiarato intento di fornire un nucleo di salvaguardia effettivo.

Elevare la tutela dei dati personali dei terzi a «*garanzia profonda*» impone un'analisi più rigorosa dei testi normativi e dei rimedi previsti, poiché il procedimento e il processo penale rappresentano – oggi più che mai – i luoghi nei quali confluiscono informazioni di tutti i tipi.

Rilevano, in tal senso, tutte le questioni connesse alla raccolta di dati tramite l'accesso alle piattaforme *online*⁴² o, ancora, all'utilizzo di sistemi di sorveglianza o intercettazione massiva, in grado di determinare una profilazione dei soggetti c.d. bersaglio. Da non trascurare, altresì, l'introduzione normativa di ulteriori modelli d'indagine e di prevenzione,

⁴¹ L. LUPARIA DONATI, *Privacy*, cit., p. 1449.

⁴² Basti pensare all'annosa questione dell'acquisizione delle informazioni ottenute attraverso l'accesso ai dispositivi crittografati *Echocat* e *SKYec*.

ad esempio il sistema *Entry/Exit System* (EES)⁴³ o l'acquisizione dei codici di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi⁴⁴.

Sono misure che incidono indubbiamente sulla sfera privata dei soggetti coinvolti: e infatti, se l'uso di tali meccanismi appare legittimo nei confronti di indagati o sottoposti ad attività preventiva, diversamente lo sarebbe con riferimento a terzi non indagati, non condannati e neppure sospettati di aver commesso un reato.

Data la portata dell'ingerenza dei meccanismi investigativi sulla *privacy*, occorre adesso interrogarsi sulla effettiva sussistenza di tutele per i terzi interessati da un'attività di investigazione transfrontaliera.

L'esigenza di predisporre un apparato rimediale effettivo è indubbiamente connessa alla cooperazione giudiziaria in materia penale, poiché quest'ultima si fonda proprio sulla raccolta e sullo scambio di informazioni pertinenti a diverse categorie di interessati⁴⁵, nella prospettiva di farne uso come prove nei processi penali nazionali.

Deve rilevarsi, inoltre, che ove la raccolta o lo scambio di informazioni avvengano nell'ambito di un'investigazione transnazionale, le stesse non possono che essere eseguite mediante l'uso di strumenti di cooperazione giudiziaria. Tali attività – che si ricorda essere qualificate come “trattamento” dalla Direttiva UE 2016/680 – soggiacciono, quindi, alla specifica disciplina prevista in materia.

Questa conclusione troverebbe conferma anche nell'art. 160 *bis* del codice della *privacy*, che stabilisce che “*la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento dei dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali*”.

Pertanto, tutte le questioni relative alla legittimità delle modalità di raccolta dei dati e, quindi, del relativo utilizzo nel procedimento o nel processo vanno risolte secondo quanto prevede la disciplina processuale penale.

Ciò posto, la Direttiva UE 2014/41 statuisce, all'art. 3, che “*nel compimento delle attività relative all'emissione, alla trasmissione, al riconoscimento ed all'esecuzione dell'ordine di indagine, i dati personali sono trattati secondo le disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziari*”. Per

⁴³ Si tratta di una procedura di semplificazione dei controlli nel territorio dell'UE. È stato previsto, in particolare, che, al momento dell'ingresso, i soggetti non cittadini europei dovranno fornire, oltre ai dati personali, anche i propri dati biometrici (impronte digitali e immagini facciali), raccolti tramite sistemi di riconoscimento facciale.

⁴⁴ Di cui alla Direttiva 2016/681/UE in tema di *Passenger Name Record*. Le autorità nazionali sono legittimate ad acquisire i c.d. codici di prenotazione, ossia le informazioni relative al viaggio di ciascun passeggero comprendenti i dati necessari per il trattamento e il controllo delle prenotazioni a cura dei vettori aerei e di prenotazione interessati per ogni volo prenotato da qualunque persona o per suo conto, siano esse registrate in sistemi di prenotazione, in sistemi di controllo delle partenze utilizzato per la registrazione dei passeggeri sui voli, o in altri sistemi equivalenti con le stesse funzionalità. Secondo il legislatore europeo, l'uso efficace dei dati PNR, ad esempio confrontando i dati PNR rispetto a varie banche dati relative a persone e oggetti ricercati, è necessario per prevenire, accertare, indagare e perseguire i reati di terrorismo e i reati gravi e rafforzare così la sicurezza interna, per raccogliere prove e, se del caso, scoprire complici e smantellare reti criminali.

⁴⁵ Lo scambio di informazioni, definito dal Regolamento (UE) 2024/982 sulla consultazione e lo scambio automatizzati di dati per la cooperazione di polizia come “una componente essenziale delle misure che sostengono la sicurezza pubblica in uno spazio interdipendente senza controlli alle frontiere interne. Lo scambio di informazioni sulla criminalità e sulle attività criminali, incluso il terrorismo, persegue l'obiettivo generale di proteggere la sicurezza delle persone fisiche e di salvaguardare interessi importanti delle persone giuridiche tutelati dalla legge”, può riguardare i profili DNA e i dati relativi alle impronte digitali delle rispettive banche dati penali nazionali o anche quelli relativi alle immatricolazioni dei veicoli nazionali e alle immagini del volto, etc.

tal motivo, le autorità nazionali – siano esse di polizia o giudiziarie – devono osservare la Direttiva UE 2016/680 per quanto attiene al trattamento dei dati personali raccolti nel corso delle c.d. *cross border investigations*.

Si tratta, invero, di una disposizione poco esaustiva, giacché si limita a riproporre il contenuto dell'art. 20 Direttiva 2014/41, nulla prevedendo riguardo a finalità e modalità del trattamento dei dati personali raccolti nel corso delle attività investigative.

La giustificazione di tale assenza può essere rinvenuta nella relazione governativa al D.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 – recante norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE –, in cui il legislatore rinviava la questione del “trattamento dei dati giudiziari” alla successiva trasposizione della Direttiva del 2016 nell'ordinamento italiano (cfr. il trattamento dovrà avvenire «secondo quanto previsto dall'ordinamento interno in conformità con gli strumenti europei, attesa tra l'altro l'imminente implementazione della regolamentazione discendente dalla direttiva 2016/680/UE», avvenuta poi con il D.lgs. n. 51/2018).

A prescindere da questo profilo, è opportuno rilevare che la violazione delle regole sul trattamento dei dati personali può verificarsi, anzitutto, quando le autorità italiane devono dare esecuzione ad un OEI emesso dalle autorità di un altro Stato UE (procedura c.d. passiva). Qui è il PM italiano a riconoscere ed eseguire l'OEI, salvo le ipotesi in cui debba farlo il Giudice, osservando le forme richieste dall'autorità di emissione e a condizione che esse non si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano⁴⁶.

Allo stesso modo, una tal violazione può verificarsi anche nel contesto di una procedura c.d. attiva, quando a richiedere il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI è l'autorità italiana.

Balza subito in evidenza che le disposizioni che regolano le citate procedure nulla prevedono con riguardo al trattamento dei dati personali, mancando del tutto disposizioni di raccordo con la legge speciale⁴⁷ e con il codice di rito e, in particolare, con le parti relative allo svolgimento delle indagini preliminari e ai rapporti giurisdizionali con le autorità straniere (artt. 696 *bis* c.p.p. ss.). Ciò è più evidente nel momento in cui si afferma che «il processo è, banalmente, un recettore di dati: questi ultimi arrivano dal circuito esterno alla dimensione giudiziale [appunto attraverso le indagini e le attività di cooperazione giudiziaria] e fanno ingresso al suo interno», rendendo il processo medesimo «una macchina volta a cercare dati: vengono qui in rilievo i vari mezzi di ricerca della prova, anche digitale»⁴⁸.

Né è stata introdotta una specifica disposizione in tema di diritti dei terzi incisi dall'esecuzione dell'OEI, con l'effetto di rinviare necessariamente all'applicazione delle normative nazionali⁴⁹. Eppure, nel recente passato la dottrina aveva già segnalato che «strumenti come l'ordine europeo di indagine consentiranno nell'immediato futuro di registrare l'emersione di ulteriori figure di terzi di buona fede meritevoli di tutela, ad esempio

⁴⁶ Tipico esempio è quello dell'OEI emesso al fine di eseguire l'intercettazione di telecomunicazioni. con l'assistenza tecnica della autorità giudiziaria italiana.

⁴⁷ Si allude al successivo D.lgs. n. 51/2018, il cui testo avrebbe potuto essere espressamente richiamato in sede di successiva modifica del D.lgs. del 2017.

⁴⁸ L. LUPARIA DONATI, *Privacy*, cit., p. 1449.

⁴⁹ A differenza di quanto è avvenuto con riguardo altri strumenti di cooperazione giudiziaria, nella specie in materia di MAE – la L. n. 69/2005 prevede una disciplina in favore dei terzi – e di confisca – il D.lgs. 7 agosto 2015, n. 137 prevede il ricorso per cassazione per violazione di legge da parte del terzo interessato che non sia stato messo in grado di partecipare al procedimento. Sulla stessa scia, richiama il D.lgs. n. 202/2016 che recepisce la Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato.

tutte le volte in cui l'attività probatoria incida anche su diritti fondamentali di persone diverse dall'accusato»⁵⁰.

Se queste sono le premesse, è lecito domandarsi da dove l'interprete debba trarre lo statuto di tutela dei terzi e dei rimedi da loro esperibili in caso di illegittimo trattamento dei dati in esecuzione di un OEI.

Soccorrono gli artt. 7 D.lgs. n. 108/2017 (e art. 6 Direttiva UE 2014/41) e 696 *decies* c.p.p., che rispettivamente sanciscono il principio di proporzionalità e la tutela dei terzi in buona fede interessati dall'esecuzione di un provvedimento giudiziario straniero.

Il primo, in particolare, impone che dall'esecuzione di un OEI non derivi “un sacrificio ai diritti e alle libertà [...] di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista”.

L'espressione “altre persone coinvolte” – che viene accostata alla figura dell'indagato o all'imputato – può essere interpretata nel senso di estendere la valutazione della proporzionalità anche alla posizione dei soggetti terzi. L'autorità giudiziaria italiana deve, quindi, accertare in concreto se i mezzi investigativi comportino un sacrificio ai diritti fondamentali solo nella misura strettamente necessaria e in ogni caso senza incidere sul nucleo essenziale dei medesimi⁵¹.

Tale valutazione deve riguardare l'intero caso concreto e, dunque, non essere limitata alla sussistenza dei presupposti per l'esecuzione del mezzo di ricerca della prova richiesto e, in particolare, alla sola natura del fatto per cui si procede e alla tipologia di soggetti destinatari. Se così non fosse, si correrebbe il rischio di un automatico riconoscimento della richiesta straniera, senza alcun vaglio preventivo delle condizioni di esecuzione e della compatibilità con i diritti fondamentali.

Un utile supporto per rendere effettivo il principio di proporzionalità potrebbe essere il *modello* con cui l'autorità chiede il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI, nel quale si indica, oltre alle esigenze investigative, anche l'identità della persona interessata, la sua posizione nel procedimento e ogni elemento utile all'identificazione del soggetto terzo destinatario della misura.

Tale operazione propedeutica è sicuramente più semplice quando la misura deve essere eseguita nei confronti di un terzo “direttamente” interessato. Diversamente, per l'ipotesi in cui il destinatario è un soggetto terzo solo “indirettamente”, il sistema sconta – come visto al paragrafo 2 – la difficoltà o, meglio, l'impossibilità di predeterminare la finalità e i soggetti destinatari della misura.

Il secondo punto d'appoggio è dato dall'art. 696 *decies* c.p.p., il quale estende la tutela – nei casi e con i mezzi previsti dalla legge – ai terzi di buona fede interessati dall'esecuzione della decisione di riconoscimento. Ai terzi è assicurata la partecipazione al procedimento di riconoscimento con le forme e le garanzie che la legge assicura nei procedimenti analoghi già regolati dall'ordinamento interno.

La citata disposizione consente, dunque, al terzo inciso da provvedimenti emessi da autorità straniera di ottenere una tutela come se i provvedimenti e le decisioni fossero state

⁵⁰ S. MARCOLINI, *Mutuo riconoscimento, efficienza della cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in F. RUGGIERI, *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni* (a cura di), Torino, 2017, p. 15.

⁵¹ Nella *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante "Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale"*, il legislatore evidenzia come «la proporzionalità-adequatezza, impone, di porre in bilanciamento, da un lato, la restrizione imposta al singolo e, dall'altro, il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della funzione».

emesse dall'autorità italiana. In particolare, i soggetti terzi recuperano le garanzie sulla base contraddittorio postumo, essendogli riconosciuto il diritto di intervenire e partecipare al procedimento⁵².

Ciò malgrado, non viene meno la principale criticità rispetto all'effettività della tutela del terzo, poiché la stessa è condizionata alla ricorrenza di due presupposti: da un lato, la previsione di una tutela *“nei casi e con i mezzi previsti dalla legge”* e, dall'altro, la buona fede.

Se il primo requisito non pone alcun problema interpretativo – perché espressione del principio di legalità –, meno chiaro appare il senso del presupposto della *“buona fede del terzo”*. Quest'ultimo non può solamente riguardare la posizione del terzo rispetto al fatto concreto o ai suoi rapporti con l'indagato, bensì deve involgere l'intero momento di esecuzione della misura investigativa e, quindi, anche la possibilità di fruire delle garanzie (se) previste dalla legge.

Così declinata, la buona fede del terzo sussiste se, pur essendo previste le garanzie informative o partecipative, lo stesso non abbia potuto prendere parte al procedimento per causa a lui non imputabile (ad esempio, un difetto di notifica o la mancata citazione dello stesso).

Se si vuole realmente tutelare il terzo dalle ingerenze nella sua sfera privata è ragionevole prospettare un'interpretazione che vada oltre il concetto stesso di buona fede, per abbracciare tutte quelle ipotesi in cui il terzo, pur in assenza di un rimedio espressamente previsto, possa agire in giudizio per la tutela dei propri interessi.

Se ne inferisce, pertanto, che il soggetto terzo – i cui dati personali sono stati raccolti in sede investigativa – possa rivolgersi al giudice per richiedere e ottenere tutela, ad esempio sperando il rimedio dell'incidente di esecuzione (come avveniva precedentemente all'introduzione dell'art. 104 *bis* disp. att. cod. proc. pen. in materia di confisca e sequestro)⁵³ o avvalendosi degli istituti dell'opposizione all'esecuzione dell'OEI (art. 13 D.lgs. n. 108/2017) o della procedura di cui all'art. 14 del D.lgs. n. 51/2018. Quest'ultimo è esperibile quando il soggetto che vi abbia interesse *“può chiedere, con le modalità di cui all'art. 116 c.p.p., la rettifica, la cancellazione o la limitazione dei dati personali che lo riguardano”*, con attivazione del procedimento di cui all'art. 130 c.p.p. dinanzi al giudice penale.

E tali due strumenti hanno in comune una prima criticità, ossia l'assenza di un onere comunicativo e informativo in capo alle autorità nazionali che eseguono il trattamento.

4.1 La tutela dei terzi e esecuzione dell'OEI

Se il principio generale esige che l'interessato eserciti i suoi diritti dinanzi all'autorità giudiziaria penale quando il trattamento dei dati avviene nel corso di un'indagine o di un processo⁵⁴, occorre esaminare se, dinanzi allo stesso giudice, il terzo possa avvalersi dello specifico rimedio previsto dall'art. 14 del D.lgs. n. 51/2018 o, viceversa, dell'opposizione al decreto di riconoscimento dell'OEI.

⁵² Espressione di questa tendenza è l'art. 104 *bis* disp. att. cod. proc. pen. in tema di confisca e amministrazione dei beni confiscati, che prevede la citazione del terzo nel giudizio di cognizione. Si assiste, infatti, alla parificazione giuridica del soggetto terzo titolare formale dei beni, in sede di giudizio penale con sequestro funzionale alla confisca estesa, con il soggetto titolare formale di beni sequestrati in prevenzione.

⁵³ Come ha chiarito la Corte di cassazione (Cass., Sez. VI, 29 luglio 2025, n. 27807), l'incidente di esecuzione rappresenta rimedio operante, in generale, nelle ipotesi in cui la posizione del terzo sia stata di fatto pretermessa.

⁵⁴ Art. 13, comma 1, D.lgs. n. 51/2018.

Prendendo le mosse da quest'ultimo, l'art. 13 appare consegnare un rimedio “*soggettivamente limitato*”, poiché riconosce al solo indagato e al difensore il diritto di proporre opposizione al Gip, il quale decide, sentito il PM, con ordinanza. Estende la platea dei ricorrenti alla persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione – si richiama la posizione del terzo – nell'ipotesi del “*sequestro a fini di prova*”.

Orbene, ne risulta ancora una volta pretermessa la possibilità del terzo di prendere parte al procedimento presentando opposizione contro il decreto di riconoscimento. Una diversa conclusione consentirebbe al terzo interessato di avvalersi della garanzia minima del controllo di legittimità degli atti esecutivi, non essendo sempre richiesto il preventivo intervento dell'autorità giudiziaria né altrimenti impugnabile la misura investigativa.

La mancata previsione di un controllo giurisdizionale preventivo si pone in aperto contrasto con quanto ha affermato il giudice europeo nella già citata pronuncia sulla C-548/21, nella parte in cui ribadisce che l'osservanza del principio di proporzionalità impone una «ponderazione di tutti gli elementi pertinenti, qualora l'accesso ai dati personali da parte delle autorità nazionali competenti comporti il rischio di un'ingerenza grave, o addirittura particolarmente grave, nei diritti fondamentali dell'interessato, è essenziale che tale accesso sia subordinato a un controllo preventivo effettuato da un giudice»⁵⁵.

Tale controllo preventivo è necessario poiché, in adesione all'interpretazione dei concetti di previsione legale e di “*stretta necessità*” dell'ingerenza, il giudice può operare il giusto temperamento tra la finalità di repressione dei reati e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati delle persone interessate dal trattamento.

E non può neppure mettersi in dubbio che la raccolta dei dati personali costituisca, di per sé, una grave ingerenza sulla sfera privata del terzo interessato, poiché con l'inizio del trattamento sorge la potenziale «esigenza soggettiva di impedire intrusioni della vita privata, così come quella di non veder compromessi l'immagine e l'onorabilità, o fraintesa la personalità»⁵⁶. Per tal motivo si sostiene che un «controllo successivo non consentirebbe di rispondere all'obiettivo del controllo preventivo, che consiste nell'impedire che sia autorizzato un accesso ai dati di cui trattasi che ecceda i limiti dello stretto necessario».

Inoltre, il giudice che esegue il controllo preventivo deve avere la possibilità di rifiutare o a limitare tale accesso – e quindi il trattamento – qualora constati che l'ingerenza nei diritti fondamentali sarebbe sproporzionata tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti.

Nulla di tutto questo è previsto con riferimento all'ipotesi in cui, in esecuzione dell'OEI, siano stati direttamente o indirettamente raccolti dati o informazioni di un soggetto terzo, al quale non è neppure dovuta la comunicazione, a cura della segreteria del pubblico ministero, del decreto di riconoscimento dell'OEI (cfr. art. 4, comma 4)⁵⁷. Neppure l'art. 35 del citato decreto fornisce utili indicazioni, poiché, nell'ambito di una procedura attiva, riconosce solo alle parti – e i terzi non lo sono – e ai loro difensori il diritto di conoscere, nei casi e nei modi previsti dalla legge processuale, l'avvenuta esecuzione dell'OEI e la ricezione della documentazione delle attività compiute da parte dell'autorità di esecuzione⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 4 ottobre 2024, C-548/21, cit., punto 102.

⁵⁶ L. LUPARIA DONATI, *Privacy*, cit., p. 1450.

⁵⁷ Conseguenza che impone un temperamento con le ipotesi in cui l'ordinamento interno prevede che di determinati atti non sia dato avviso.

⁵⁸ Anche l'art. 27 fa riferimento alle “parti” nell'ipotesi in cui l'ordinamento preveda che una determinata misura debba essere emessa dal giudice: in questa ipotesi bisognerà prima sentire le parti. Il concetto di “parte” è ben diverso da quello di terzo interessato.

Il terzo viene privato della duplice possibilità di conoscere della richiesta (ed esecuzione) di una misura investigativa disposta direttamente nei suoi confronti o solo indirettamente eseguita e di avvalersi di rimedi o tutele.

E tale criticità è maggiore perché il modulo che viene inviato all'autorità di esecuzione prevede anche l'indicazione del "terzo" come possibile destinatario della misura investigativa, senza che gli sia dovuta alcuna comunicazione. Per cui, si ha un soggetto che, al pari dell'indagato/imputato, deve essere individuato (nome, cognome, etc.) nella richiesta di riconoscimento ed esecuzione dell'OEI, ma al quale tuttavia non è riconosciuto alcun diritto comunicativo, informativo o partecipativo.

Eppure, con lo strumento dell'opposizione si portano «all'attenzione del giudice per le indagini preliminari i profili di presunta illegittimità dell'*exequatur* dell'OEI, quali l'assenza dei presupposti per il suo riconoscimento o, al contrario, la presenza di motivi ad esso ostativi»⁵⁹, ricomprendendovi tutte le ipotesi di violazione dei diritti fondamentali. Inoltre, essendo un mezzo di impugnazione, «la cognizione del Giudice dell'opposizione sarebbe conseguentemente limitata ai capi e ai punti impugnati, fatta salva la sussistenza di questioni rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo»⁶⁰, tra le quali potrebbe annoverarsi anche la violazione delle regole del trattamento in quanto lesiva di diritti fondamentali.

In sede di opposizione al decreto di riconoscimento il terzo potrebbe sollevare le censure in ordine alla legittimità del trattamento dei propri dati personali, quasi come se potesse addurre la sussistenza di un "motivo ostativo al riconoscimento" consistente nella incompatibilità dell'esecuzione dell'atto richiesto nell'OEI rispetto agli "obblighi dello Stato sanciti dall'articolo 6 del TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE".

E ciò a maggior ragione se "la protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali è (elevato a) un diritto fondamentale", per il rispetto del quale gli "Stati membri dovrebbero prevedere, nell'applicazione della presente direttiva, (...) l'esercizio del diritto dell'interessato di ricorrere ai mezzi d'impugnazione per la protezione dei propri dati personali" (cfr. considerando 40 e 41, Direttiva UE 2014/41).

Potrebbe sostenersi, dunque, che una simile impostazione normativa – che esclude il terzo dalla possibilità di avvalersi di un rimedio – svilisce il senso stesso del principio di effettività della tutela giurisdizionale, al quale anche la Direttiva UE 2016/680 fa espresso riferimento: ai sensi del considerando 85, "ciascun interessato dovrebbe avere il diritto di proporre reclamo a un'unica autorità di controllo e a un ricorso giurisdizionale effettivo a norma dell'articolo 47 della Carta qualora ritenga che siano stati violati i diritti di cui gode ai sensi delle disposizioni adottate a norma della presente direttiva o se l'autorità di controllo non dà seguito a un reclamo, lo respinge in tutto o in parte o lo archivia o non agisce quando è necessario intervenire per proteggere i diritti dell'interessato".

Al terzo leso dovrebbe riconoscersi, quindi, il diritto di proporre un autonomo ricorso giurisdizionale come reazione alle ipotesi in cui l'autorità adita non abbia dato seguito a un reclamo, lo abbia respinto (in tutto o in parte), lo abbia archiviato oppure quando non abbia agito per proteggere i diritti dell'interessato.

È evidente, altresì, la violazione del principio di proporzionalità che impone, a fronte di un accesso ai dati personali che comporterebbe il rischio di ingerenza grave o "addirittura

⁵⁹ Cfr. Cass., Sez. VI, sent. 28 aprile 2022, n. 24048, con commento di C. DE LUCA, *Ordine europeo d'indagine e opposizione al decreto di riconoscimento: una nuova pronuncia della Cassazione*, in *sist. pen. (online)*, 6 ottobre 2022. Si ricorda, in particolare, che le ragioni di merito dell'OEI possono essere contestate soltanto davanti all'autorità di emissione.

⁶⁰ *Ibidem*, cit.

particolarmente grave” nei diritti fondamentali, la predisposizione di un controllo giurisdizionale, in questo caso di tipo successivo e completamente devolutivo.

Anche il giudice europeo, nella sentenza *Gavanozov II*⁶¹, ha ribadito l'importanza che «le persone interessate [senza alcuna distinzione tra parti e soggetti terzi] da siffatti atti d'indagine dispongano di mezzi d'impugnazione appropriati che consentano loro, da un lato, di contestarne la regolarità e la necessità e, dall'altro, di chiedere un adeguato rimedio qualora tali misure siano state disposte o eseguite illegalmente».

Diritto che si traduce, con riferimento all'OEI, nella possibilità di «potersi avvalere di un ricorso avverso l'ordine europeo di indagine che dispone l'esecuzione di dette misure».

In altri termini, l'ordinamento italiano, pur prevedendo un rimedio ulteriore (assente negli altri Stati membri) – appunto l'opposizione al decreto di riconoscimento – non estende la sua portata ai soggetti diversi dall'indagato/imputato. Profilo, questo, che anche la Corte UE ha evidenziato quando si è pronunciata sull'art. 6 della Direttiva UE 2014/41, precisando che, se «è vero che tale disposizione non menziona la presa in considerazione, nell'emettere un ordine europeo di indagine, dei diritti delle persone interessate dagli atti d'indagine indicati in detto ordine diversi dalla persona sottoposta a indagini o imputata» (par. 53), ciò tuttavia non impedisce di innalzare il livello di tutela con la previsione di ulteriori rimedi.

Ciò detto, quale potrebbe essere la soluzione ermeneutica più conforme allo standard di tutela dei diritti fondamentali?

Citando ancora una volta le parole del giudice europeo, l'autorità di esecuzione ha il potere di non dare esecuzione all'ordine sulla base di una “*valutazione caso per caso*”, qualora sussistano seri motivi per ritenere che l'esecuzione sarebbe incompatibile con i diritti fondamentali garantiti (cfr. art. 11, par. 1, lettera f), Direttiva OEI).

Una simile soluzione non è pienamente condivisibile, pena il rischio di svilire la portata stessa della disciplina sull'OEI e il valore del principio del mutuo riconoscimento: in assenza di una richiesta dell'interessato, il giudice nazionale, posto dinanzi a una violazione dei diritti fondamentali, potrebbe d'ufficio non dare esecuzione all'ordine e, quindi, elevare un'eccezione a regola generale di non riconoscimento.

Altra soluzione potrebbe allora consistere nella ricerca di un rimedio idoneo a coprire le ipotesi in cui terzo interessato dall'esecuzione di un OEI – specie se indirettamente coinvolto – non abbia altra possibilità per esercitare i diritti connessi al trattamento dei propri dati personali.

Potrebbe applicarsi il principio sancito in più occasioni dalla Corte Costituzionale⁶² – estendibile anche al giudice di merito – secondo cui, in presenza di una indebita compromissione di un diritto, il giudice deve «svolgere appieno la propria funzione di interpretazione adeguatrice del sistema, individuando, all'interno di esso, lo strumento riparatorio più idoneo».

Il rimedio cui si allude potrebbe essere l'incidente di esecuzione, *ex* art. 676 c.p.p., notoriamente individuato dalla giurisprudenza di legittimità quale strumento riconosciuto al terzo – anche se con riguardo alle misure ablativo – «in generale operante in tutti i casi in cui la posizione del terzo sia stata di fatto pretermessa»⁶³. In tal modo, a fronte dell'assenza di un

⁶¹ Conformi anche diverse pronunce della Corte EDU, 22 maggio 2008, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*, CE:ECHR:2008:0522JUD006575501, punto 59; Corte EDU, 31 marzo 2016, *Stoyanov e a. c. Bulgaria*, CE:ECHR:2016:0331JUD005538810, punti 152-154; Corte EDU, 19 gennaio 2017, *Poserimi c. Bulgaria*, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, punti da 84-86.

⁶² Cfr. Corte Cost., sentenza del 28 luglio 2000, n. 395.

⁶³ Cass., Sez. VI, 29 luglio 2025, n. 27807.

rimedio impugnatorio – a causa della mancata considerazione del terzo come parte del procedimento o del processo –, la tutela “sostanziale” dei diritti dello stesso trova conferma nell’ordinamento giuridico in attuazione dei principi sanciti agli artt. 3 e 24 Cost.

Se una simile soluzione ha il vantaggio di ricondurre a sistema la posizione del terzo, riconoscendogli l’accesso alla tutela giurisdizionale pressoché immediata, tuttavia costituisce una forma di estensione analogica di altre fattispecie, per giunta non in linea con l’impostazione strutturale e sistematica dell’incidente di esecuzione. E infatti, da un lato, quest’ultimo è esperibile solo dopo che un provvedimento del giudice è divenuto definitivo e, dall’altro, viene presentato al Giudice funzionalmente competente ai sensi dell’art. 667 c.p.p., dalla cui cognizione esulano le questioni relative al trattamento delle informazioni del terzo.

In definitiva, la tutela del terzo inciso dal trattamento dei suoi dati personali non trova un effettivo riscontro nella normativa sull’OEI, né appare superare il vaglio del principio di equivalenza, poiché l’esercizio dei diritti riconosciuti dalla Direttiva UE 2016/680 non è agevolmente e immediatamente esercitabili nel procedimento di riconoscimento del decreto di emissione dell’OEI.

In ogni caso, pur volendo ammettere l’esistenza di un rimedio o l’applicazione estensiva dell’istituto dell’opposizione, la tutela resterebbe comunque condizionata o esclusa dall’assenza di un dovere comunicativo/informativo posto in capo alle autorità nazionali. Dovere, questo, che – come si è accennato – è limitato solo alle persone dell’indagato, dell’imputato e dei relativi difensori.

4.2 Il procedimento previsto dall’art. 14 del D.lgs. 18 maggio, n. 51

Con il Decreto n. 51 il legislatore nazionale ha dato attuazione alla Direttiva UE 2016/680, delineando una disciplina circoscritta al trattamento dei dati personali da parte dell’autorità competente ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali.

È stato precisato, in particolare, che i diritti esercitabili dagli interessati sono disciplinati conformemente alle norme nazionali sui procedimenti giudiziari. Da qui, il rinvio del D.lgs. 2018 agli artt. 116 e 130 c.p.p.

Ai fini che qui interessano, l’art. 14 traspone il contenuto del considerando 40 della citata Direttiva, ai sensi del quale “è opportuno predisporre modalità volte ad agevolare l’esercizio, da parte dell’interessato, dei propri diritti conformemente alle disposizioni adottate a norma della presente direttiva, compresi i meccanismi per richiedere e, se possibile, ottenere, gratuitamente, in particolare, l’accesso ai propri dati personali, la loro rettifica o cancellazione e la limitazione del trattamento. Il titolare del trattamento dovrebbe essere tenuto a rispondere alle richieste dell’interessato senza ingiustificato ritardo, a meno che applichi limitazioni ai diritti dell’interessato conformemente alla presente direttiva”. E infatti, si sancisce che “chiunque vi abbia interesse, durante il procedimento penale o dopo la sua definizione, può chiedere, con le modalità di cui all’art. 116 c.p.p., la rettifica, la cancellazione o la limitazione dei dati personali che lo riguardano. Il giudice provvede con le forme dell’articolo 130 del codice di procedura penale”.

Sotto il profilo della legittimazione attiva, l’art. 14 si differenzia dalla disciplina dell’opposizione all’OEI, perché attribuisce espressamente l’esercizio dei suddetti diritti “all’interessato”, usando un termine generico idoneo a ricomprendere anche il terzo i cui dati

siano stati – direttamente o indirettamente – sottoposti a trattamento⁶⁴. Non specificare la qualificazione soggettiva dell'interessato conferma, dunque, la volontà del legislatore di prescindere dalla posizione processuale del singolo individuo, ponendo invece in rilievo il contenuto degli atti e delle misure investigative e la tipologia di dati personali o delle informazioni, piuttosto che la titolarità degli stessi.

Quanto al profilo oggettivo, invece, il rimedio esperibile viene individuato nel combinato disposto degli artt. 116 e 130 c.p.p.: il terzo può esercitare i diritti a lui riconosciuti (rettifica, cancellazione o limitazione dei dati) tramite un'istanza presentata secondo le forme dell'art. 116 c.p.p., ossia attraverso il rilascio di copie, estratti o certificati di singoli atti.

La disposizione codicistica positivizza il diritto di accesso che nella Direttiva UE 2016/680 è indicato come un passaggio indefettibile per tutelare i propri interessi lesi da un trattamento illegittimo dei dati. E infatti, il terzo – come ogni persona fisica – dovrebbe poter accedere alle informazioni che la riguardano, al fine di verificare l'esistenza di un trattamento di dati e la relativa liceità e, quindi, constatare la finalità del trattamento (oltre a conoscere periodo di durata del trattamento e i destinatari dei dati).

Tramite l'art. 116 c.p.p., il terzo interessato richiede l'accesso agli atti o ai documenti nei quali ritiene possano essere indicati i propri dati personali, potendone chiedere al contempo il rilascio di una copia, estratto o certificato⁶⁵. Effettuato l'accesso ai dati e verificata un'anomalia nel trattamento, sempre il terzo può chiedere – con apposita istanza – la cancellazione, la limitazione e la rettifica delle informazioni. Il giudice investito dell'istanza provvede secondo la disciplina per la correzione degli errori materiali (art. 130 c.p.p.).

Il rimedio così congegnato non è esente da critiche, poiché non prendono in considerazione le diverse posizioni che il terzo può assumere.

Se il trattamento dei dati del terzo avviene nell'ambito dell'esecuzione di un OEI, la questione si complica: non solo al terzo non è dovuta la comunicazione del riconoscimento del decreto, ma – ove fosse prevista – lo stesso non potrebbe neppure attivare il procedimento di cui agli artt. 116 e 130 c.p.p., poiché la valutazione della richiesta di cancellazione, limitazione o rettifica può involgere anche il “*merito*” del caso concreto, espressamente rimesso al controllo dell'autorità emittente.

Ad esempio, dinanzi ad una richiesta di cancellazione dei dati personali fondata sulla lamentata irrilevanza degli stessi ai fini probatori, il giudice dovrebbe entrare nel merito del caso concreto, sovrapponendo la propria valutazione a quella dell'autorità emittente. Di contro, il procedimento potrebbe essere attivato per motivi di pura legittimità nell'ipotesi in cui la cancellazione riguardi il trattamento di dati avvenuto in contrasto con le disposizioni della Direttiva UE (e quindi a prescindere dai profili di merito).

Allo stesso modo con riguardo alla richiesta di limitazione ove i dati personali debbano essere conservati a fini probatori. Al contrario, il ricorso a tale procedura sarebbe possibile quando, in seno all'istanza di limitazione del trattamento, si contesti l'esattezza dei dati personali o se l'esattezza o l'inesattezza di tali dati non possa essere accertata in altro modo.

Pertanto, tale rimedio – ove effettivamente accessibile al terzo interessato – sarebbe limitato esclusivamente a poche ipotesi.

⁶⁴ Conferma si rinviene anche nel considerando 47 della medesima Direttiva, nella parte in cui impiega sovente l'espressione “*persona fisica*”.

⁶⁵ Anche se la Direttiva specifica che il diritto di accesso è soddisfatto anche quando all'interessato venga consegnata una “*sintesi completa di tali dati in forma intelligibile, cioè in una forma che gli consenta di venire a conoscenza di tali dati e di verificare che siano esatti e trattati conformemente alla presente direttiva*”. Non si richiede pertanto una copia completa o perfettamente corrispondente all'atto o al documento cui si è effettuato l'accesso.

Una ulteriore criticità va individuata nella tipologia e nell'ampiezza dei poteri e della valutazione del giudice, il quale potrebbe anche a rigettare le richieste dei terzi oppure ritardare, limitare o escludere la comunicazione di informazioni all'interessato o l'accesso di questi ai suoi dati personali per non compromettere indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari o l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali o, ancora, per proteggere la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale o per tutelare i diritti e le libertà altrui.

Si tratta di un esame complesso che impone al giudice di porre una limitazione ai diritti nella misura e per la durata in cui ciò costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata.

È evidente che all'ampiezza della valutazione giudiziale non corrispondono poteri e meccanismi di azione tali da consentirgli un vaglio approfondito, specie se gli viene richiesto un esame concreto e individuale del caso concreto per dichiarare l'applicazione di una limitazione parziale o totale del diritto di accesso⁶⁶.

Tale pretesa legislativa non può trovare agevolmente seguito con il meccanismo delineato agli artt. 116 e 130 c.p.p., sia per la già indicata circostanza per cui del merito di una misura investigativa si investe l'autorità emittente straniera, sia perché la relativa struttura non appare funzionale ad una valutazione così penetrante.

Invero, si tratta di una procedura celere che ha per oggetto un vizio, l'errore materiale o l'omissione, che non devono essere ricollegate a cause di nullità. Rilevano solamente quelle difformità tra il pensiero del giudice e la sua formulazione materiale o l'omissione di un comando che derivi dalla legge⁶⁷.

Questo configura un vizio che nulla ha a che vedere con l'illegittimo trattamento dei dati personali, che – come visto – richiede un esame approfondito del caso concreto nel suo complesso. Il legislatore avrebbe potuto diversamente rinviare alla sola procedura di cui all'art. 127 c.p.p., allo stesso modo caratterizzata da speditezza e che consente la partecipazione all'udienza di chi sia interessato.

E per superare le criticità connesse a tale meccanismo non può neppure affermarsi che il legislatore abbia rinviato all'art. 130 c.p.p. proprio nell'intento di consentire l'applicazione dell'art. 127 c.p.p., poiché il legislatore avrebbe espressamente e direttamente previsto l'applicazione di tale disposizione.

Sempre sotto il profilo oggettivo, si rileva che non tutti gli atti o i documenti contenenti dati personali – e dei quali si potrebbe chiedere la cancellazione, la rettifica o la limitazione al giudice – sarebbero “*giuridicamente*” sottoponibili alla procedura di cui all'art. 130 c.p.p.

Nel prevedere una statuizione del giudice, il legislatore non ha ben coordinato le disposizioni che consentono di ritardare o limitare l'accesso ai dati e l'esercizio dei diritti

⁶⁶ In realtà, il comma 2 dell'art. 14 circoscrive ulteriormente il potere del giudice di ritardare o limitare l'esercizio dei diritti, possibile solo quando vi è “una disposizione di legge o di regolamento adottato ai sensi dell'art. 5, comma 2”. La discrezionalità del giudice appare compressa entro i limiti stabiliti dalla legge, anche se, allo stato, il regolamento di attuazione di cui all'art. 5, comma 2 – che dovrebbe stabilire le condizioni di accesso, le modalità di consultazione e le modalità per l'esercizio dei diritti – non è stato adottato.

⁶⁷ Come si sostiene in giurisprudenza di legittimità, (cfr. Cass., Sez. III, sentenza del 24/06/2020, n. 24979), «la procedura di correzione di errore materiale, di cui all'art. 130 c.p.p., è consentita soltanto ove si debba porre rimedio ad una disarmonia tra l'espressione formale di una decisione ed il suo reale contenuto, ovvero, nel caso di errore di natura “omissiva”, qualora ci si trovi di fronte ad una mera incompletezza, con conseguente desumibilità dell'elemento da aggiungere dalla restante parte dell'atto, mentre è preclusa qualora si risolva nella sostituzione o nella modificazione essenziale della decisione».

connessi con l'attivazione della procedura in questione: se da un lato consente al titolare del trattamento di porre dei limiti “nella misura e per il tempo in cui ciò costituisca una misura necessaria e proporzionata (...) per non compromettere il buon esito dell'attività di indagine, accertamento e perseguimento dei reati”, dall'altro riconosce al giudice un generale potere di “emendare” l'atto o il documento che contiene dati personali, senza chiarire la portata di un eventuale onere motivazionale.

È come se si fosse trascurata la natura stessa di alcuni atti investigativi, ad esempio i decreti che dispongono le intercettazioni e i relativi verbali, i quali sono emessi dal PM o dal Giudice in una fase in cui non è ancora ammessa la c.d. *discovery* investigativa e, quindi, in assenza di contraddittorio. E dunque, per tali atti o i documenti – nei quali si è cristallizzato il trattamento dei dati personali – non sembrerebbe esperibile questa procedura, ove gli stessi non siano stati oggetto di un preventivo contraddittorio tra le parti.

Ciò significa, in altri termini, che il terzo interessato potrà venire a conoscenza del trattamento che lo ha riguardato solo dopo la conclusione delle indagini e con la *discovery*, quando magari la sua sfera privata è stata già pregiudicata e ogni rimedio successivo potrebbe non essere effettivo ed efficace.

Ed è qui che si pone la questione più complessa, che involge l'intero spazio della cooperazione giudiziaria. Se nel riconoscere ed eseguire un decreto OEI l'autorità giudiziaria italiana ha raccolto direttamente o indirettamente i dati personali di un terzo, questi dovrà rivolgersi a tale autorità – avvalendosi della procedura di cui all'art. 130 c.p.p. – oppure dovrà attivare il meccanismo previsto dall'ordinamento in cui si svolge l'indagine?

Teoricamente, trattandosi di una domanda che potrebbe riguardare anche il merito dell'attività investigativa, il terzo dovrebbe rivolgersi all'autorità emittente l'OEI, come d'altronde prevede la Direttiva UE del 2014. Tuttavia, questa soluzione appare poco compatibile con un'effettiva tutela dei diritti previsti dalla Direttiva UE 2016/680, la quale pone sui titolari del trattamento – PG, PM o Giudice – l'obbligo di mettere a disposizione dell'interessato e, quindi, anche del terzo alcune informazioni (identità del titolare del trattamento, le finalità dello stesso e i diritti esercitabili, etc.).

Previsione questa non rispettata dalla disciplina sull'OEI, nella parte in cui non prevede un obbligo di comunicazione del decreto di riconoscimento al terzo coinvolto nell'attività investigativa.

Per superare l'*empasse*, si potrebbe consentire al terzo l'attivazione della procedura di cui agli artt. 116 e 130 c.p.p. nell'ipotesi in cui la cancellazione, la rettifica o la limitazione riguardi dati o informazioni personali raccolte in modo illegittimo, ossia in violazione delle modalità previste dalla legge. Ove, invece, l'esercizio dei diritti si fondi su censure attinenti al merito investigativo, allora il terzo dovrà rivolgersi all'autorità emittente l'OEI.

È, in definitiva, una soluzione di compromesso che, a fronte dell'assenza di rimedi effettivi, riconosce al terzo uno strumento immediato di tutela.

Connessa a questo profilo è anche la questione relativa alla possibilità per l'autorità incaricata dell'esecuzione (PM o giudice) di attivare d'ufficio il meccanismo di cui all'art. 130 c.p.p., all'esito della quale adottare un provvedimento di cancellazione, rettifica o limitazione c.d. *de plano*.

Questa possibilità configurerebbe sicuramente un bilanciamento tra le esigenze investigative e i diritti del terzo, tuttavia un simile potere appare escluso dalla legge. E infatti, premessi il dovere di comunicare una serie di informazioni all'interessato e la possibilità di questi di esercitare i diritti, il D.lgs. del 2018 fa riferimento a un potere di attivazione

esclusivamente rimesso al soggetto interessato (*“chiunque vi abbia interesse”*), escludendo anche la legittimazione attiva del PM.

Deve rilevarsi, inoltre, che, ove al riconoscimento e all'esecuzione abbia provveduto in autonomia il PM, non viene indicato il giudice al quale il terzo dovrà rivolgersi. In astratto sarebbe il Gip, ma può accadere che in quella fase investigativa un giudice non sia stato ancora individuato o adito.

Sarebbe stato opportuno quantomeno riconoscere all'interessato – e quindi anche al terzo – il diritto di rivolgersi immediatamente anche al PM (organo competente per la misura investigativa), il cui eventuale provvedimento di rigetto o rifiuto potesse essere censurato dinanzi al Gip con lo strumento del reclamo o dell'opposizione. Di contro, si è preferito trascurare questo profilo, addirittura non prevedendo un rimedio successivo – anche di tipo impugnatorio – per contestare la decisione del giudice: se l'intento era quello di ridurre al minimo il margine di discrezionalità, al contrario si pone in capo ad un unico soggetto la scelta esclusiva e definitiva circa la sorte del trattamento dei dati personali del terzo.

A questa conclusione ben si adegua, invece, la scelta del procedimento di correzione di errore materiale, il cui provvedimento conclusivo è impugnabile con il ricorso per cassazione solo nelle ipotesi di nullità.

In ogni caso, ammesso che il terzo possa avvalersi agevolmente del rimedio, permane comunque la criticità relativa all'assenza di un vero e proprio dovere comunicativo/informativo in capo all'autorità che esegue il trattamento dei dati personali.

Eppure, si tratta di un profilo sul quale la Direttiva UE 2016/680 si sofferma in modo particolarmente vigoroso, prevedendo l'onere del titolare del trattamento di consentire l'accesso alle informazioni personali e di fornire una serie di informazioni finalizzate all'eventuale esercizio dei diritti di cui si è discusso.

5. Il punto debole della normativa italiana: l'assenza di un onere informativo

L'obiettivo posto alla base dell'adottata Direttiva era quello di superare il «quadro normativo frammentato che genera incertezza giuridica e porta a una protezione diseguale delle persone fisiche»⁶⁸, sostenendo le autorità nazionali nell'esercizio dei compiti di controllo in modo soddisfacente. L'assenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali incideva, dunque, in modo rilevante sulla «protezione dei dati e dei poteri diseguali delle autorità di protezione dei dati, l'esercizio dei diritti da parte delle persone fisiche è più difficile in alcuni Stati membri rispetto ad altri, soprattutto in ambito *on line*».

Per rendere effettivo il diritto fondamentale alla protezione dei dati e per consentire agli interessati di mantenere il controllo dei loro dati, le autorità nazionali devono garantire informazioni comprensibili e facilmente accessibili, in particolare l'esistenza del trattamento e delle sue finalità rese *“esplicite e legittime e precisate al momento della raccolta”*.

Quest'ultima precisazione è importante perché non si impone – come sostenuto anche dal Consiglio europeo nel parere n. 5/2016 – che le «informazioni siano fornite in forma trasparente», pena il rischio di compromettere «la finalità di un'indagine [...] qualora le informazioni sulla particolare misura investigativa siano fornite all'interessato in una fase

⁶⁸ Cfr. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati, cit., p. 3

precoce delle indagini». Ciò consente di bilanciare il diritto del soggetto interessato con l'esigenza di accertamento e repressione dei reati.

In tal senso, «spetta alle autorità nazionali competenti che siano state autorizzate [...] ad accedere ai dati conservati, informare gli interessati, nell'ambito dei procedimenti nazionali applicabili, dei motivi sui quali tale autorizzazione si basa, dal momento in cui ciò non rischia di compromettere le indagini condotte da tali autorità, e mettere a loro disposizione tutte le informazioni di cui all'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2016/680».

Tuttavia, né la fonte europea⁶⁹ né il D.lgs. del 2018 prevedono una disposizione che indichi il momento esatto in cui il terzo interessato possa essere informato del trattamento (*rectius* la finalità del trattamento, al periodo per il quale i dati sono trattati e ai destinatari dei dati) e, quindi, il momento in cui lo stesso possa esercitare i diritti previsti dalla Direttiva UE.

In linea di principio, il D.lgs. n. 51/2018 ha disciplinato all'art. 9 le “comunicazioni e modalità per l'esercizio dei diritti dell'interessato”, statuendo in particolare che “il titolare del trattamento adotta misure adeguate a fornire all'interessato tutte le informazioni di cui all'articolo 10 ed effettua le comunicazioni relative al trattamento di cui agli articoli 8, 11, 12, 13, 14 e 27, in forma concisa, intellegibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro. Le informazioni sono fornite con qualsiasi mezzo adeguato, anche per via elettronica, se possibile con le stesse modalità della richiesta”.

E ha, altresì, rimesso a un successivo D.P.R. – allo stato mai adottato – l'individuazione dei “termini e le modalità di conservazione dei dati, i soggetti legittimati ad accedervi, le condizioni di accesso, le modalità di consultazione, nonché le modalità e le condizioni per l'esercizio dei diritti di cui agli articoli 9, 10, 11 e 13”.

È sufficiente – come recita il considerando 26 della Direttiva UE – affermare che “le finalità specifiche del trattamento dei dati personali dovrebbero essere esplicite e legittime e precisate al momento della raccolta” per porre un dovere in capo all'autorità procedente e riconoscere un diritto all'interessato?

La risposta non può che essere negativa.

Eppure, l'insieme dei diritti riconosciuti agli interessati risponde all'esigenza di fornire al privato gli strumenti adeguati ad esercitare il controllo sull'utilizzo, sulla circolazione e sulla proliferazione dei propri dati personali. Esigenza, questa, “potenzialmente” soddisfatta con l'accesso ai dati medesimi e con l'esercizio del diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo, *ex* art. 47 della Carta, la cui eventuale limitazione è legittima se conforme al principio di proporzionalità (cfr. considerando 104 della Direttiva: “le limitazioni siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”).

Tali principi impongono – a dir della Corte di Giustizia – che «il titolare del trattamento fornisca all'interessato per consentirgli di esercitare i suoi diritti, se necessario, ulteriori informazioni, in particolare nel caso in cui i dati personali siano raccolti all'insaputa dell'interessato»⁷⁰. Se ne inferisce, quindi, che la segretezza investigativa irrobustisce il dovere informativo del titolare del trattamento, perché una raccolta massiva e costante dei dati è reputata maggiormente invasiva della sfera privata rispetto a un'acquisizione occasionale di informazioni personali.

⁶⁹ Da notare che la proposta di Direttiva della Commissione prevedeva che l'interessato dovesse ricevere le informazioni relative al trattamento di dati personali al momento della raccolta o, se i dati non sono raccolti direttamente presso l'interessato, all'atto della registrazione o entro un termine ragionevole, in funzione delle circostanze del caso.

⁷⁰ Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 4 ottobre 2024, C-548/21, cit., punto 102.

Deve rilevarsi, inoltre, che l'assenza di un dovere informativo non solo esclude il terzo interessato dalla possibilità di conoscere l'esistenza del trattamento e di valutarne la legittimità, ma lo priva del diritto a conoscere la motivazione fondante la misura investigativa e, per essa, la finalità del trattamento.

Pertanto, si giunge all'esito paradossale di riconoscere all'interessato uno strumento di tutela – la procedura di cui agli artt. 116 e 130 c.p.p. – senza però prevedere un rigido onere informativo in capo all'autorità titolare del trattamento. Si assiste alla previsione di uno strumento di tutela ma privo dei presupposti applicativi, nella specie la comunicazione nei confronti dell'interessato, il solo e unico mezzo che consentirebbe al terzo interessato di presentare un'istanza di accesso al titolare del trattamento e, solo in caso di violazione della normativa, adire il Giudice con il meccanismo previsto dall'art. 14 del citato D.lgs.

Occorre interrogarsi, tuttavia, sulla possibilità di colmare in via interpretativa la lacuna normativa.

Potrebbero trovare applicazione le regole in tema di *discovery* in fase di indagine e, in particolare, l'art. 114, comma 2, c.p.p., che disciplina il divieto di pubblicazione di atti e di immagini. E infatti, esclusi i delitti più gravi (art. 407 c.p.p.) – per i quali l'informazione può essere differita per «non compromettere indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari» o «non compromettere la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali» –, l'onere informativo dovrebbe essere assolto dal primo momento in cui vengono meno le esigenze connesse al segreto investigativo e, quindi, al momento di conclusione delle indagini e comunque prima che venga presentata una richiesta di archiviazione o di esercizio dell'azione penale o, ancora, al primo contatto con l'autorità di polizia o giudiziaria.

In ogni caso, prima che altri soggetti – diversi dall'indagato e dal difensore – accedano agli atti o ai documenti e apprendano dell'esistenza dei dati personali del terzo. Per far ciò, sarebbe opportuno prevedere un meccanismo simile a quello delle intercettazioni, per cui si consente al soggetto interessato di adire il giudice per stralciare quelle parti in cui sono riportate le proprie informazioni personali.

Così il terzo interessato verrebbe a conoscenza del trattamento prima ancora che gli atti o i documenti investigativi siano soggetti a pubblicazione attraverso l'accesso da parte di indagati, imputati, parti del procedimento e rispettivi difensori. In altri termini, si eviterebbe quella lesione connessa alla potenziale conoscenza o conoscibilità dei dati personali da parte di soggetti diversi dal terzo, a maggior ragione se quest'ultimo è stato solo “*indirettamente*” sottoposto a misura investigativa o controllo.

Non si ritiene funzionale, invece, differire l'adempimento dell'onere informativo alla fase dell'udienza preliminare, non solo perché non si può garantire la sua celebrazione in camera di consiglio, ma anche perché il terzo, non essendo parte del processo, non riceverebbe comunque una comunicazione o una notifica della fissazione dell'udienza. Inoltre, anche in questa fase, si assisterebbe ad una lesione della sfera privata del terzo, perché i suoi dati personali – non utili alla prosecuzione delle indagini o allo svolgimento del processo – confluirebbero comunque nel fascicolo del PM e del Gup.

In ogni caso, è auspicabile l'intervento del legislatore per meglio calibrare il contenuto del dovere comunicativo e informativo dell'autorità nazionale, anche per escludere una eccessiva discrezionalità del titolare del trattamento nell'indicare il momento dal quale esercitare il diritto di accesso. E infatti, per rendere la disciplina nazionale compatibile con il diritto eurounitario non è sufficiente prevedere che “*le informazioni sono fornite con qualsiasi mezzo adeguato, anche per via elettronica, se possibile con le stesse modalità della richiesta*” (art. 9 D.lgs. cit.),

poiché si dà per assunto che il terzo sia nelle condizioni di accedere ai dati, residuando il solo dovere dell'autorità di rispondere alla richiesta.

Al contrario, una normativa nazionale che comporti l'effetto di escludere qualsiasi diritto di accesso a tali informazioni non è conforme al diritto dell'Unione e, in particolare, ai principi di effettività e di equivalenza delle tutele. E la mancata conoscenza del trattamento dei dati integra gli estremi di una violazione della disciplina sulla protezione dei dati e, quindi, un profilo di incompatibilità con il diritto eurounitario.

6. Conclusioni

L'analisi sin qui condotta ha mostrato l'esistenza di un vuoto di tutela a livello nazionale, in particolare perché la disciplina contenuta nel D.lgs. del 2018 appare tutt'ora non coordinata con il codice di rito e con le relative garanzie.

Diverse sono le criticità che inficiano la procedura prevista nell'ipotesi in cui ad essere "toccato" dall'attività investigativa transnazionale sia il terzo c.d. indiretto. E infatti, in assenza di una disciplina delle modalità di comunicazione (che potrebbe esplicarsi per via istituzionale mediante notifica o attraverso la consegna di un formulario), si potrebbe quantomeno indicare il momento in cui l'autorità dovrebbe fornire le informazioni previste dalla legge (ad esempio, al primo contatto con l'autorità o prima dell'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini).

Inoltre, in assenza di un tale dovere comunicativo/informativo, sarebbe opportuno prevedere la possibilità per il giudice (o per l'autorità che in quel momento esegue il trattamento) di operare un controllo d'ufficio, secondo un meccanismo simile all'udienza filtro in materia di intercettazione che già prevede la possibilità di partecipazione del terzo (solo però direttamente inciso dalla misura investigativa).

Non si condivide quanto suggerito da una parte della dottrina – anche se con riguardo alla disciplina delle intercettazioni⁷¹ –, secondo cui l'esercizio dei diritti dei terzi interessati dovrebbe essere condizionato alla loro "iniziativa", escludendo qualsiasi onere in capo al PM. «In sostanza, si dovrebbe riconoscere al terzo il diritto di chiedere conferma dell'esistenza di intercettazioni che lo coinvolgono»⁷² o, comunque, di esercitare l'accesso ai fini di cancellazione, rettifica o limitazione dei propri dati personali.

Tuttavia, non si comprende come il terzo possa chiedere "conferma" dell'esistenza del trattamento se non ne è a conoscenza. Ciò a maggior ragione se l'attività investigativa ha riguardato anche la sfera personale del terzo "indirettamente" interessato, il quale, in assenza di un dovere comunicativo/informativo, potrebbe non venire mai a conoscenza di un trattamento dei suoi dati personali.

Un ulteriore profilo di criticità – che qui viene solo accennato – attiene alla sorte degli atti e documenti che contengono il trattamento dei dati personali del terzo in esecuzione di modalità non legittime e, quindi, in violazione della Direttiva UE 2016/680.

L'art. 160 *bis* del codice della *privacy* stabilisce che "la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento dei

⁷¹ L. RENZETTI, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, in *Leg. pen. (online)*, 4 aprile 2018, p. 71.

⁷² L. RENZETTI, *Una riforma (radicale?)*, cit., p. 71.

dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali”⁷³.

Sembra che ogni questione relativa alle modalità del trattamento – da intendere come acquisizione, raccolta, conservazione o l'utilizzabilità dei dati personali negli atti e nei documenti processuali penali – in violazione della normativa debba essere risolta applicando la disciplina processuale del codice di rito.

Si tratta di una deroga dell'art. 2 *decies* del codice della *privacy*, che sanziona con l'inutilizzabilità dei dati personali il trattamento avvenuto in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali. In altre parole, si rimanda all'applicazione delle regole previste per la sede processuale in cui i dati sono suscettibili di utilizzo.

Nonostante il rinvio fatto alle regole contenute nel codice di rito comprenda anche il nucleo di garanzie, l'art. 160 *bis* non appare comunque sufficiente a tutelare *ex post* i terzi lesi da un trattamento eseguito in violazione di legge, i quali non potrebbero eccepire alcuna forma di sanzione a fronte di un trattamento illegittimo. Ciò in quanto le fattispecie di nullità o inutilizzabilità degli atti o dei documenti costituiscono un elenco tassativo e, quindi, non sono suscettibili di un'interpretazione estensiva e benché meno analogica.

Tale conclusione è avvalorata, oltre che dall'art. 191 c.p.p. – che si riferisce alle sole ipotesi di inutilizzabilità “processuale” e, come tali, previste espressamente dal codice di rito –, anche dal citato art. 2 *decies*, che circoscrive l'inutilizzabilità ai soli dati trattati e non la estende agli atti o ai documenti che li contengono o riportano (per i quali si rinvia alla disciplina processuale).

Una soluzione potrebbe essere l'applicazione della categoria delle prove c.d. incostituzionali, trattandosi di «attività [i trattamenti dei dati personali] compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino», le stesse «non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁷⁴. Tuttavia, tale scelta ermeneutica recherebbe il rischio di trascurare in modo pressoché assoluto le esigenze di accertamento e repressione dei reati, per il cui soddisfacimento è necessario un bilanciamento.

In ogni caso, è evidente il contrasto con il concetto stesso di violazione dei dati personali contenuto nella Direttiva UE 2016/680, da intendere come la “*violazione della sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati*”. Contrasto che è però alimentato dalla stessa Direttiva nella parte in cui prevede, in luogo della cancellazione, la limitazione dei dati personali ove gli stessi debbano essere «conservati a fini probatori».

Il terzo potrebbe, quindi, usufruire di una tutela circoscritta alla sola “*limitazione dei dati personali*”, non essendo ragionevolmente possibile affermare che alla violazione delle regole sul trattamento consegua *ipso iure* l'illegittimità dell'attività investigativa e, quindi, l'inutilizzabilità degli atti o dei documenti che tali dati contengono o riportano. Con l'effetto conseguente di rimettere – ancora una volta – al giudice la discrezionalità circa l'utilizzo, ai fini decisori, di tali atti e documenti formati in violazione delle regole sul trattamento dei dati personali.

⁷³ L. LUPARIA DONATI, *Privacy*, cit., p. 1457.

⁷⁴ Cfr. Corte Cost., sentenza 6 aprile 1973, n. 34.

La questione si complica quando rilevano atti e prove formate o acquisite all'estero tramite OEI, le quali, ai sensi dell'art. 36 del D.lgs. n. 108/2017, trovano ingresso nel processo penale ai sensi dell'art. 431 c.p.p. E infatti, sono raccolti nel fascicolo per il dibattimento i documenti acquisiti all'estero mediante OEI e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità, oltre ai verbali assunti all'estero ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana.

Cosa accade se uno di questi atti contiene dati o informazioni personali raccolti in violazione delle regole sul trattamento ad opera dell'autorità estera?

L'effetto è identico a quello già segnalato, ossia nulla. L'unica valvola di sfogo del sistema va individuata nel libero convincimento del Giudice e, quindi, nella discrezionalità atta a valutare quali atti, pur se contenuti nel suo fascicolo, siano utilizzabili ai fini della decisione.

È evidente che una simile conclusione contrasta con l'affermata esigenza di fornire una tutela equivalente ai terzi a fronte di attività pervasive come quella del trattamento dei dati personali. Qui, infatti, non si discute di un apparato rimediale di tipo successivo, benché non effettivo, ma dell'assenza di un vero e proprio rimedio.

Si auspica un intervento legislativo che sappia coordinare la disciplina speciale con il codice di rito, introducendo delle disposizioni di più ampio respiro e, dunque, non solo limitate alla materia delle intercettazioni.

ABSTRACT: Protection of Third Parties and their Personal Data in the Context of European Judicial Cooperation. The Role of The Judicial Authority

Technological developments and the maximisation of data collection pose interpretative difficulties for interpreters, mainly due to the selection of usable information and the exercise of the rights of third parties involved in data processing. To date, European legal systems do not seem prepared to face the challenges posed by the circulation of personal data, especially in cases where police and judicial authorities make use of judicial cooperation instruments. This contribution focuses on the implications for fundamental rights and, in particular, on the protection of privacy in cases where the Public Prosecutor requests the acquisition of personal information through a European Investigation Order. It also analyses the inadequacy of the remedies provided for by Italian law, specifically those referred to in Articles 116 and 130 of the Code of Criminal Procedure, given that they do not appear to provide the third party concerned with a valid tool to deal with the profiling of their personal data.

MARCELLO DANIELE*

ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE E TUTELA DEI TERZI

SOMMARIO: 1. Dal triangolo alla stella. – 2. Chi sono i terzi? – 3. OEI e terzi. – 3.1. OEI italiani e tutela dei terzi all'estero. – 3.2. OEI stranieri e tutela dei terzi in Italia. – 4. Terzi dichiaranti. – 4.1. Libertà di autodeterminazione. – 4.2. Dichiaranti vulnerabili. – 4.3. Dichiaranti non vulnerabili. – 4.4. Il terzo che diventa indagato. – 5. Perquisizioni e sequestri nei confronti di terzi. – 5.1. Perquisizioni con successivi sequestri. – 5.2. Perquisizioni negative. – 6. Intercettazioni nei confronti di terzi.

1. *Dal triangolo alla stella*

Quello della protezione dei diritti dei “terzi” che, a vario titolo, sono coinvolti dalle attività che si svolgono nei processi penali è un tema poco esplorato¹.

Siamo abituati ad associare al processo penale la figura geometrica del triangolo, ai cui vertici si trovano il giudice, il pubblico ministero e l'imputato con il suo difensore. Ci dimentichiamo così che il processo è un fenomeno complesso, capace di interferire con gli interessi più diversi. Più accurata sarebbe l'immagine di una stella a più punte, tale da includere soggetti ulteriori rispetto ai tre tradizionali protagonisti.

Anche la comune percezione della dimensione operativa dei diritti fondamentali dovrebbe essere rimeditata. Non vi sono dubbi sul fatto che obiettivo primario del legislatore sia quello di proteggere il diritto di difesa dell'imputato, ossia il soggetto più a rischio di tutti. Ma è anche vero che, a partire dalla Costituzione, la salvaguardia dei diritti fondamentali ha una natura impersonale. “*Tutti*” - ammonisce l'art. 24 comma 1 Cost. - «possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Le parti processuali, sotto questo profilo, non godono di una corsia preferenziale².

Si tratta di un allargamento della prospettiva che non è estraneo al valore dell'equità processuale posto alla base dell'art. 6 CEDU: il quale, come ha più volte chiarito la Corte europea dei diritti dell'uomo, costituisce un valore di sintesi che richiede di valutare ciascun processo penale “considerato nel suo complesso” avendo riguardo non solo ai “diritti della difesa”, ma anche all’“interesse della collettività e delle vittime che il reato sia debitamente

* Professore ordinario di diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Padova.

¹ Per un'eccezione, v. il volume S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, Springer, 2024.

² Cfr. D. FOTI-E. MALINO, *Third Parties in Italian Criminal Proceedings*, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties*, cit., p. 106 s.

perseguito” e, “laddove necessario”, ai “diritti dei testimoni”³. Un valore, dunque, plurisoggettivo, che non consentirebbe di trascurare la tutela dei “terzi”⁴.

2. Chi sono i “terzi”?

In via preliminare, dobbiamo intenderci sul significato da attribuire all’espressione “terzo”.

In un senso più ristretto, i “terzi” si possono identificare con i soggetti che sono completamente disinteressati all’esito del processo penale, per la ragione che non sono né potenziali autori né vittime del reato. Essi vengono coinvolti nei processi nella misura in cui gli organi investigativi svolgono atti procedimentali suscettibili di comprimere i loro diritti. Si pensi ai testimoni che non siano anche persone offese, ovvero alle persone estranee alle vicende criminose che subiscano perquisizioni, sequestri o intercettazioni.

In un senso più ampio, i “terzi” sono anche coloro che, avendo il reato prodotto delle conseguenze nei loro confronti, non sono indifferenti all’esito del processo. Mi riferisco, in particolare, alle vittime del reato, che potrebbero essere incluse fra i terzi laddove l’ordinamento non riconosca loro poteri equiparabili a quelli delle parti, come la facoltà di esercitare l’azione penale (che, in questo caso, avrebbe natura privatistica), oppure altri poteri o diritti suscettibili di esercitare un’effettiva influenza sulle decisioni del giudice⁵.

Tale non risulta, nell’ambito del processo penale italiano, la condizione delle vittime, le quali, se non hanno esercitato un’azione civile in sede penale in quanto danneggiate civilmente dal reato, sono prive dei poteri processuali tipicamente attribuiti alle parti. Anch’esse, pertanto, possono essere considerate “terze” ai fini che qui rilevano.

3. OEI e terzi

È difficile negare che, già a livello nazionale, i terzi godano di una protezione più limitata rispetto alle parti; e questo divario si replica a livello sovranazionale, laddove, a causa delle diversità fra le legislazioni dei singoli Stati, non è infrequente che la stessa persona muti il suo ruolo da parte a terza a seconda del sistema considerato⁶.

Proviamo a focalizzare l’attenzione sulla raccolta transnazionale delle prove tramite lo strumento dell’ordine europeo di indagine penale (OEI)⁷. Parliamo di un settore - quello della cooperazione giudiziaria fra gli Stati - in cui le esigenze di efficienza e di rapidità tendono a prevalere sui diritti dell’accusato; il che, come è facile intuire, vale a maggior ragione per i terzi, in rapporto a cui emergono varie criticità.

³ V., in particolare, Corte europea dei diritti dell’uomo, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118. Cfr., al riguardo, C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties*, cit., p. 273 s.

⁴ Sull’esigenza di ampliare il concetto di “partecipazione al processo”, sulla base di un approccio orientato ad una tutela sostanziale dei diritti fondamentali, v. S. RUGGERI, *Third Parties in Criminal Justice: An Everlasting Mystery in a Constantly Developing Legal World?*, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties*, cit., p. 413 s.

⁵ Su tale concetto di “parte” v. già O. DOMINIONI, *Parte (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, 1981, p. 947 s.

⁶ V. S. RUGGERI, *Third Parties in Criminal Justice*, cit., p. 422 s.

⁷ Introdotto, come noto, dalla direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, traspunta nel nostro sistema dal d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108.

Al fine di individuarle, conviene distinguere a seconda che vengano in gioco ordini europei emessi dalle autorità italiane (OEI attivi) oppure dalle autorità straniere (OEI passivi).

3.1. OEI italiani e tutela dei terzi all'estero

Nel caso degli OEI attivi, abbiamo a che fare con terzi che si trovano in un altro Stato, interessati dall'attività istruttoria richiesta dalle competenti autorità italiane.

In queste situazioni, essi potrebbero anzitutto avvalersi del riesame nei confronti dell'OEI, previsto dall'art. 28 comma 1 d.lgs. 108/2017 a favore non solo della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato o del suo difensore, ma anche della «*persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione*»⁸.

Un altro rimedio è costituito dall'inutilizzabilità nei processi italiani delle prove raccolte all'estero. È vero che, salvo che sia rilevato d'ufficio dal giudice, si tratta di un vizio eccezionale dalle sole parti del processo⁹. Non è da escludere, però, che, anche qualora discenda dalla violazione di prerogative poste a favore di un terzo, l'accusato abbia ugualmente interesse ad invocarlo: ad esempio, al fine di escludere dal materiale decisorio elementi di prova sfavorevoli nei suoi confronti.

Certo, si potrebbe osservare che, così come è formulata dall'art. 36 d.lgs. 108/2017¹⁰, l'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero tramite l'OEI parrebbe operare principalmente in caso di violazione dei diritti dell'accusato. È prescritto, infatti, che vadano inclusi nel fascicolo per il dibattimento “i documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità” (lett. *a*), nonché i verbali degli atti «assunti all'estero a seguito di ordine di indagine ai quali *i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana*» (lett. *b*).

Non va trascurato, però, che la disciplina dell'OEI presenta la peculiarità di richiamare in modo generico il rispetto dei “diritti fondamentali” e dei “principi fondamentali” degli ordinamenti nazionali¹¹, senza arrivare a prescrivere precise regole processuali tali da attuare questi diritti e principi¹². Essa, dunque, risulta sufficientemente elastica da consentire un allargamento della tutela a favore dei terzi anche sotto il profilo del perimetro dell'inutilizzabilità.

Se ne può ricavare una conferma dal *case-law* della Corte di giustizia dell'Unione europea. I giudici di Lussemburgo, per quanto siano soliti ripetere che le questioni di ammissibilità delle prove sono principalmente di competenza degli Stati nazionali, in alcune decisioni relative alla materia della conservazione dei dati personali hanno avuto modo di osservare che regole di esclusione probatoria potrebbero essere ricavate, anzitutto, dal c.d.

⁸ Come vedremo *infra*, § 5.1, si tratta, però, di un'impugnazione utilizzabile solo in caso di perquisizione c.d. “positiva” (che abbia, cioè, come esito il ritrovamento di cose sequestrabili).

⁹ Cfr. O. CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'unione europea*, Wolters Kluwer-Cedam, 2024, p. 226 s.

¹⁰ Il quale replica le stesse regole previste dall'art. 431 comma 1 lett. *d* e *f* c.p.p. in relazione alle prove raccolte all'estero con le rogatorie.

¹¹ Si vedano gli artt. 1 § 4, 9 § 2, 11 § 1 lett. *f* e 14 § 2 direttiva 2014/41, nonché gli artt. 1, 4 comma 2, e 10 comma 1 lett. *e* d.lgs. 108/2017.

¹² Cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 2015, f. 4, p. 87 s.

principio di “equivalenza” con i casi interni dello stesso tipo, operante anche per l’OEI¹³. «In assenza di norme dell’UE in materia» – ha osservato la Corte di giustizia – «le norme procedurali per le azioni volte a salvaguardare i diritti che gli individui traggono dal diritto dell’UE» dovrebbero essere «non meno favorevoli delle norme che disciplinano azioni analoghe a livello nazionale»¹⁴.

Pertanto, se a livello nazionale una certa prova sarebbe inutilizzabile per violazione dei diritti di un terzo, la stessa sorte dovrebbe in linea di massima toccare alle prove raccolte all’estero con l’OEI in un caso analogo.

Il principio di equivalenza, però, da solo rischia di essere insufficiente, nella misura in cui la legge dello Stato di emissione dell’OEI non preveda adeguati divieti probatori. La Corte di giustizia pare esserne consapevole, laddove ha aggiunto che si deve altresì tenere conto dell’esigenza di evitare che le norme procedurali nazionali «rendano impossibile nella pratica o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell’UE» (c.d. principio di “effettività”). Né la Corte trascura il principio di “proporzionalità”¹⁵, anch’esso suscettibile di produrre i suoi effetti pure sotto il profilo di cui ci stiamo occupando¹⁶.

Tutto ciò consente di individuare una regola di esclusione formulata in caratteri generali nella stessa direttiva 41/2014, all’art. 14 § 7. Testualmente parlando, quest’ultimo si limita a richiedere il rispetto dei «diritti della difesa» e delle «garanzie del giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l’OEI». Ma nulla vieta di leggere l’espressione «valutazione» alla luce, per l’appunto, dei principi di effettività e di proporzionalità, intendendola come valutazione dell’*ammissibilità* delle prove¹⁷. Di qui l’obbligo per il giudice nazionale di dichiarare inammissibili le prove raccolte in violazione non solo del diritto di difesa dell’imputato, ma anche dell’equità processuale: nella quale, come si è visto, va ricompresa pure la protezione dei terzi¹⁸.

Insomma, al momento di decidere sull’utilizzabilità in un processo italiano di una prova raccolta all’estero tramite l’OEI, il giudice dovrebbe tenere conto anche degli eventuali pregiudizi subiti da terzi. E, considerato che nessuna regola del diritto eurounitario o nazionale individua in modo preciso quale tipo di violazione porterebbe all’inutilizzabilità della prova, quest’ultima dovrebbe essere delineata in base ad un approccio caso per caso, considerando l’impatto concreto della lesione nei confronti dell’interesse protetto.

¹³ L’art. 6 § 1 lett. b direttiva 2014/41 lo declina statuendo che “l’autorità di emissione può emettere un OEI” quando “l’atto o gli atti di indagine richiesti nell’OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo”.

¹⁴ Cfr. Corte di giustizia dell’Unione Europea, 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net*, § 222 s., e Id., 2 marzo 2021, C-746/18, *Prokuratuur*, § 41 s., in merito alla questione della conservazione dei dati di traffico.

¹⁵ Ai sensi del quale i sacrifici per i diritti fondamentali che derivano dalle attività istruttorie dovrebbero essere limitati allo stretto necessario.

¹⁶ Si veda Corte di giustizia dell’Unione Europea, *La Quadrature du Net*, cit., § 223, 225; v. anche, in rapporto al caso *Encrochat*, relativo all’acquisizione tramite l’OEI di messaggi digitali criptati intercettati da un’autorità giudiziaria straniera, Id., 30 aprile 2024, C-670/22, MN, § 103.

¹⁷ V., in questo senso, M. DANIELE, *Scope of Judicial Review in the Executing State in EIO Proceedings*, in *Enr. Crim. Law Rev.*, 2024, f. 2, p. 187 s.

¹⁸ Ad una conclusione non dissimile sono giunte Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23755, *Gjuzi*, § 13, e n. 23756, *Giorgi*, § 16, in relazione al noto caso *Sky ECC*, analogo al caso *Encrochat* affrontato dalla Corte di giustizia (v. *supra*, nota 16). Uno dei requisiti ai fini dell’ammissibilità delle prove raccolte all’estero tramite l’OEI – si legge in uno dei principi di diritto enunciati dalla Corte – è che il loro impiego non determini “una violazione dei diritti fondamentali”. V., al riguardo, M. DANIELE, *OEI e messaggi digitali già acquisiti all’estero. Riflessioni a partire dal caso Sky ECC*, in *sistemapenale.it*, 27 marzo 2025.

3.2. OEI stranieri e tutela dei terzi in Italia

Nel caso degli OEI passivi, invece, i terzi i cui diritti potrebbero essere compressi sono quelli che si trovano in Italia.

In tale diversa evenienza, viene in gioco anzitutto la possibilità per l'autorità nazionale di rifiutarsi di eseguire l'OEI ai sensi degli artt. 11 § 1 lett. *f* direttiva 2014/41, e 10 comma 1 lett. *e* d.lgs. 108/2017: in presenza, cioè, di un “fondato motivo” per ritenere che l'esecuzione dell'atto istruttorio sarebbe incompatibile con l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali.

Si tratta, infatti, di un motivo di rifiuto congegnato in modo sufficientemente generale da poter includere la protezione dei terzi, alla condizione che la potenziale violazione dei diritti di questi ultimi risultasse significativamente grave.

In secondo luogo, qualora l'esecuzione venisse disposta, ci sarebbe la possibilità di avvalersi dell'opposizione al provvedimento di riconoscimento dell'OEI emesso dalla competente autorità italiana: un rimedio previsto non solo a favore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato o del suo difensore, ma anche della «*persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione*» (art. 13 comma 7 d.lgs. 108/2017)¹⁹.

4. Terzi dichiaranti

Ciò premesso, proviamo a delineare alcune delle lacune nella protezione dei terzi coinvolti dagli OEI, in primo luogo considerando coloro che rendono deposizioni testimoniali.

La direttiva 2014/41 dà per scontato che i testimoni possano essere terzi. Ai sensi dell'art. 10 § 2 lett. *c*, tra gli atti istruttori che gli Stati che hanno aderito al sistema dell'OEI devono assicurare a favore delle autorità straniere richiedenti, rientra “l'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione”.

Qui la locuzione “terzo” ha una funzione di chiusura, potendo ricomprendere qualunque soggetto che non rientri nelle categorie precedenti. Al fine di darle un significato autonomo, si può ritenere che, nell'ambito del nostro sistema, essa ricomprenda le persone informate sui fatti da ascoltare nel corso delle indagini, laddove i “testimoni” a cui allude l'art. 10 § 2 lett. *c* sono, invece, identificabili con chi venga chiamato a deporre in dibattimento²⁰.

Ma quali sono i diritti dei terzi dichiaranti che l'adozione di un OEI potrebbe pregiudicare?

¹⁹ Non va però dimenticato che l'opposizione, analogamente a quanto avviene per il riesame dell'OEI, opera esclusivamente quando il riconoscimento ha ad oggetto il “sequestro a fini di prova”: v. *infra*, § 5.1.

²⁰ In questo senso, v. A. FALCONE, *The Protection of Third Parties and Victims in Criminal Proceedings in the Area of Freedom, Security, and Justice: Developments in EU Law*, in S. RUGGERI-A. FALCONE-V. DI NUZZO (a cura di), *Third Parties*, cit., p. 293.

4.1. *Libertà di autodeterminazione*

Vi è una prerogativa da ritenere, in ogni caso, intangibile: il diritto all'autodeterminazione, a livello nazionale protetto in rapporto non solo agli indagati (art. 64 comma 2 c.p.p.), ma a chiunque sia coinvolto in un processo (art. 188 c.p.p.).

Che si tratti di un diritto rispetto a cui non sono ammesse eccezioni emerge a chiare lettere dalla CEDU: la quale, nel proibire la “tortura” così come le “pene” o i “trattamenti inumani o degradanti” (art. 3), sottrae questo divieto a qualunque possibilità di “deroga in stato di urgenza” (art. 15 par. 1 e 3).

Ciò considerato, è chiaro che, anche nell'ambito della raccolta transnazionale delle prove tramite l'OEI, la sua violazione non rimarrebbe senza conseguenze. Ed infatti:

- nelle ipotesi in cui, tramite un OEI emesso da un'autorità italiana, un dichiarante venisse sentito all'estero in violazione della libertà di autodeterminazione, le sue dichiarazioni sarebbero inutilizzabili nel processo nazionale ai sensi degli artt. 14 § 7 direttiva e 36 d.lgs. 108/2017;
- qualora uno Stato straniero emettesse un OEI per chiedere all'Italia di ascoltare un dichiarante senza osservare la sua libertà di autodeterminazione, l'autorità italiana dovrebbe categoricamente opporre il motivo di rifiuto fondato sul rispetto dei diritti fondamentali.

4.2. *Dichiaranti vulnerabili*

Nel nostro come in altri sistemi, i dichiaranti che si trovino in una condizione di particolare vulnerabilità, quali i minorenni o le vittime del reato, godono di tutta una serie di protezioni finalizzate a preservarne la dignità, il benessere psichico e la riservatezza, al contempo salvaguardando la stessa attendibilità delle loro dichiarazioni. Basti pensare alla possibilità di essere esaminati con l'assistenza di un esperto in psicologia o psichiatria; oppure all'audizione in ambienti protetti o tramite modalità tali ad evitare il contatto diretto con chi rivolge le domande (ad esempio, la videoconferenza)²¹.

Abbiamo a che fare, qui, con forme di tutela che senz'altro possono essere ricomprese tra le condizioni di equità processuale. Lo si ricava dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di esame dei testimoni minorenni o delle vittime di reati sessuali²², nonché dalle salvaguardie specificamente apprestate dalla direttiva dell'Unione Europea sulle vittime²³. Sullo sfondo, del resto, vi è una solida copertura da parte della nostra Costituzione e delle carte internazionali dei diritti, se tiene conto del fatto che vengono in gioco valori di importanza preminente quali il diritto alla vita (artt. 2 CEDU e 2 Carta di

²¹ Si vedano gli artt. 498 comma 4-4 *quater* e 398 commi 5 *bis*-5 *quater* c.p.p.

²² Cfr., fra le molte, Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 agosto 2012, *Aigner c. Austria*, § 37; Id., 6 novembre 2009, *D. c. Finlandia*, § 43; Id., 17 ottobre 2007, *F. e M. c. Finlandia*, § 58; Id., 2 ottobre 2002, *S.N. c. Svezia*, § 47.

²³ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

Nizza), all'integrità psichica (artt. 8 CEDU e 3 Carta di Nizza) e alla salute (art. 32 comma 1 Cost.)

Che cosa accadrebbe quando tali modalità protette non fossero osservate? Nel contesto nazionale, la giurisprudenza tende ad affermare che non si originerebbe l'inutilizzabilità delle dichiarazioni, in quanto vizio non esplicitamente previsto da nessuna norma del codice; e neppure la nullità, posto che non verrebbero in gioco norme relative all'intervento, all'assistenza e alla rappresentanza dell'imputato o delle altre parti private²⁴.

Ciò però non significa che, a livello sovranazionale, si debba raggiungere la stessa conclusione. Proprio la flessibilità del sistema dell'OEI permette di distinguere caso per caso, andando oltre la mera equivalenza con le vicende interne analoghe. Pertanto:

- nell'ipotesi di OEI attivo, sarebbe invocabile l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da un testimone esaminato all'estero sulla base di modalità suscettibili di pregiudicarne in modo grave la dignità e il benessere;
- in caso di OEI passivo, qualora modalità del genere venissero richieste dallo Stato di emissione, sarebbe legittimo avvalersi del motivo di rifiuto fondato sul rispetto dei diritti fondamentali.

4.3. Dichiaranti non vulnerabili

Sono riconoscibili dei diritti anche a favore dei dichiaranti terzi che non si trovino in una situazione di vulnerabilità? Tenendo conto del fatto che l'ufficio testimoniale rappresenta un obbligo da adempiere in osservanza del dovere civico di contribuire al corretto accertamento dei fatti, la risposta dovrebbe essere negativa. La nota sentenza *Gavanozov II* della Corte di giustizia ha, tuttavia, portato a rimeditare la questione.

In quella vicenda, ai fini dell'accertamento di alcuni reati fiscali, le autorità investigative bulgare avevano l'esigenza di svolgere perquisizioni e sequestri nei locali di una società situata nella Repubblica Ceca, nonché di esaminare in videoconferenza una persona residente in quello Stato. Il diritto bulgaro, però, non prevedeva nessun mezzo di controllo giurisdizionale in merito all'impiego di tali atti istruttori, con la conseguenza che il competente giudice bulgaro aveva sollevato una questione di pregiudizialità di fronte alla Corte di giustizia in merito alla possibilità, in casi del genere, di avvalersi ugualmente dello strumento dell'OEI.

I giudici di Lussemburgo hanno risposto che, in base al diritto ad un ricorso effettivo nei confronti dei provvedimenti giurisdizionali previsto dall'art. 47 della Carta di Nizza, l'emissione di un OEI sarebbe da ritenere vietata qualora lo Stato di emissione non prevedesse «alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto lo svolgimento di perquisizioni e di sequestri nonché l'organizzazione di un'audizione di testimoni mediante videoconferenza»²⁵.

²⁴ La Corte di cassazione motiva questo approccio osservando che le modalità protette, perlopiù recepite da linee-guida specialistiche in tema di esame testimoniale dei dichiaranti vulnerabili (come la c.d. carta di Noto, relativa all'esame dei minori), non sono da ritenere vincolanti, in quanto non trasposte a livello legislativo con "relativa disciplina degli effetti in caso di inosservanza": v., fra le molte, Cass., sez. I, 9 marzo 2023, n. 13537.

²⁵ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea, 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov II*, § 63.

La Corte di giustizia, in questo modo, è andata oltre il principio di equivalenza²⁶, alzando l'asticella della tutela: tali mezzi di impugnazione (“*legal remedies*”) dovrebbero essere assicurati anche nelle situazioni in cui essi non fossero previsti in un caso interno analogo.

L'estensione di questo principio agli esami testimoniali, tuttavia, è controversa: vi è chi obietta che i diritti riconoscibili ai dichiaranti che non fossero in condizioni di vulnerabilità non sarebbero abbastanza importanti da richiedere la previsione di appositi mezzi di ricorso.

La Corte da giustizia, da parte sua, ha affermato che “il rifiuto di testimoniare nel contesto dell'esecuzione di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto l'organizzazione di un'audizione di testimoni mediante videoconferenza” potrebbe avere “conseguenze significative per la persona interessata in base alle norme previste a tal fine nel diritto nazionale dello Stato membro di esecuzione”, poichè “tale persona potrebbe essere obbligata a comparire all'udienza e a rispondere ai quesiti posti in tale ambito, a pena di sanzioni”. Vi sarebbe, cioè, il rischio di un'ingerenza arbitraria da parte dei pubblici poteri nei confronti della sfera privata della persona chiamata a testimoniare, qualora fosse illegittimamente obbligata a deporre²⁷.

Il rimedio invocato dalla Corte di giustizia potrebbe, in effetti, venire in gioco nei casi di violazione delle esenzioni dall'obbligo testimoniale: si pensi, per quanto concerne il nostro sistema, al c.d. privilegio familiare, esercitabile nei confronti dei prossimi congiunti del testimone (art. 199 c.p.p.), o alla possibilità di invocare il segreto professionale, d'ufficio o di Stato (artt. 200-202 c.p.p.)²⁸. Resta il fatto, tuttavia, che tali facoltà di astenersi dal deporre, così come altri diritti riconoscibili ai dichiaranti, non possiedono un fondamento nella Costituzione o nelle carte internazionali paragonabile a quello dei diritti riconoscibili ai testimoni vulnerabili. Il che spiega perchè l'ordinamento italiano, sia a livello interno sia in rapporto all'OEI, non preveda nessun mezzo di impugnazione in relazione all'audizione in videoconferenza di tali dichiaranti, pur risultando sotto questo profilo inadempiente rispetto a quanto richiesto dalla Corte di giustizia.

Quali possibilità resterebbero, dunque, in caso di violazione dei diritti dei terzi dichiaranti che non si trovassero in una condizione di vulnerabilità?

- in relazione agli OEI attivi, potrebbe essere invocata l'inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte all'estero qualora fosse violato il principio di equivalenza con i casi interni analoghi²⁹; improbabile, invece, che dalla violazione dei principi di proporzionalità ed effettività discendano conseguenze sufficientemente gravi da giustificare un divieto probatorio;

- per la medesima ragione, quanto agli OEI passivi non sarebbe agevole invocare il motivo di rifiuto basato sul rispetto dei diritti fondamentali.

²⁶ Il quale, in rapporto alle impugnazioni, si trova alla base dell'art. 14 § 1 direttiva 2014/41, ai sensi del quale gli Stati dovrebbero assicurare che «i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI».

²⁷ V. Corte di giustizia dell'Unione Europea, *Gavanozov II*, cit., § 44 s.

²⁸ Ed infatti, l'art. 18 comma 6 d.lgs. 108/2017 prevede che «i testimoni e i periti sono informati della facoltà di astensione riconosciuta dall'ordinamento interno e da quello dello Stato di emissione».

²⁹ Ad esempio, qualora già a livello nazionale si ritenesse che la violazione dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato previsto dall'art. 202 comma 1 c.p.p. determini l'inutilizzabilità delle dichiarazioni del testimone.

4.4. *Il terzo che diventa indagato*

Vi è anche la possibilità che un dichiarante terzo, sentito come tale dagli organi inquirenti, renda inaspettatamente dichiarazioni a proprio carico. In questa evenienza, come è noto, a livello nazionale operano le garanzie previste dall'art. 63 comma 1 c.p.p.: l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendolo che potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e lo invita a nominare un difensore; al contempo, le dichiarazioni divengono inutilizzabili a suo carico.

A seguito di tale mutamento di *status*, il terzo diventa un indagato, dovendo essere trattato come tale. E ciò vale anche in caso di impiego dell'ordine europeo di indagine penale, con la conseguenza che:

- in caso di OEI attivo, qualora all'estero il dichiarante non venisse avvertito del cambiamento di qualifica e continuasse ad essere esaminato come se fosse un testimone, le sue dichiarazioni sarebbero inutilizzabili nel processo italiano;
- in caso di OEI passivo, l'autorità italiana dovrebbe senz'altro procedere con l'interruzione dell'esame e gli avvertimenti previsti dall'art. 63 c.p.p.

5. *Perquisizioni e sequestri nei confronti di terzi*

Concentriamo ora l'attenzione sulle attività di perquisizione e di sequestro, anch'esse suscettibili di coinvolgere terzi.

Ciò emerge, anzitutto, dall'art. 250 comma 1 c.p.p., ai sensi del quale la copia del decreto di perquisizione deve essere consegnata non solo all'indagato eventualmente presente, ma anche "a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo".

L'art. 253 comma 1 c.p.p., dal canto suo, prescrive il sequestro "del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti", a prescindere dalla circostanza che queste appartengano all'indagato o a terzi.

I rimedi utilizzabili dai terzi interessati, nondimeno, variano a seconda della circostanza che l'OEI abbia ad oggetto una perquisizione seguita o no da un sequestro (rispettivamente, perquisizione "positiva" e "negativa").

5.1. *Perquisizioni con successivi sequestri*

Le perquisizioni positive mettono in pericolo non solo il diritto alla riservatezza delle persone che le subiscono, ma anche il loro diritto di proprietà sulle cose sottoposte a sequestro. Il che giustifica la previsione di specifici mezzi di tutela anche a favore dei terzi. In particolare:

- in caso di OEI attivo, vi è la possibilità, per "la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione", di avvalersi del riesame (art. 28 d.lgs. 108/2017), così come avviene a livello interno (artt. 257 e 324 c.p.p.).

Tale rimedio sarebbe utilizzabile anche per eccepire la mancanza delle c.d. “ragioni di merito” dell’emissione dell’OEI: vale a dire, i presupposti di svolgimento dell’atto istruttorio, quale il “fondato motivo” per svolgere la perquisizione³⁰ e la “pertinenza al reato” della cosa sequestrata³¹.

È controverso, invece, se, a fronte di una perquisizione illegittima, le cose sequestrate sarebbero comunque utilizzabili³². Come è noto, la questione è oggetto di annose discussioni nell’ambito del nostro sistema³³. Personalmente, ritengo di aderire alla tesi perlopiù accolta dalla giurisprudenza in ambito interno, secondo la quale, mancando l’esplicita previsione di divieti probatori, in questi casi il sequestro sarebbe consentito³⁴.

Ciò significa che un’eventuale inutilizzabilità delle cose illegittimamente sequestrate all’estero a seguito di un OEI italiano non potrebbe essere fondata sul principio di equivalenza.

Si può aggiungere che un divieto probatorio non sarebbe ricavabile neppure in applicazione dei principi di proporzionalità ed effettività. Non si potrebbe, infatti, sostenere che ne discenderebbe una violazione grave di un diritto fondamentale, proprio per la ragione che il terzo avrebbe la possibilità di avvalersi del riesame, rimedio che dovrebbe essere sufficiente ad assicurare un’adeguata protezione dei suoi diritti.

Per converso, quando la perquisizione e il sequestro avvengano a seguito di un OEI emesso da uno Stato straniero:

- viene in gioco l’opposizione di fronte al competente giudice per le indagini preliminari, prevista dall’art. 13 comma 7 d.lgs. 108/2017 anche a favore della “persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione”.

Si tratta di un’impugnazione che, per evitare un’antieconomica duplicazione, non si aggiunge al riesame, ma lo sostituisce³⁵. L’aspetto critico, tuttavia, è che essa ha un ambito più ristretto del riesame. Senz’altro può essere impiegata per sindacare il contenuto del provvedimento di riconoscimento dell’OEI da parte della competente autorità italiana³⁶, con particolare riguardo all’omessa applicazione di eventuali motivi di rifiuto o del principio di proporzionalità³⁷.

³⁰ Art. 247 c.p.p.

³¹ Art. 253 c.p.p.

³² Si pensi ad un OEI di perquisizione disposto direttamente dalla polizia, in assenza di un decreto autorizzativo del pubblico ministero, non ricorrendo le condizioni previste dall’art. 352 comma 1 c.p.p. (flagranza nel reato o evasione).

³³ V., per tutti, P. FERRUA, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, in *Rev. Bras. Direito Proc. Penal*, 2021, v. 7, n. 1, p. 233 s.

³⁴ V. Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, *Sala*. In dottrina, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 628 s.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Giappichelli, 2017, p. 251 s.

³⁵ V., in questo senso, Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 11491; Id., sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5940.

³⁶ Il quale va disposto, con la forma del decreto, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti (art. 4 comma 1 d.lgs. 108/2017). Cfr., al riguardo, Cass., Sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048.

³⁷ Che deve guidare pure l’operato degli organi di esecuzione, i quali devono ricorrere ad un atto istruttorio diverso quando quest’ultimo possa assicurare lo stesso risultato con mezzi meno intrusivi (art. 10 comma 3 direttiva 2014/41; artt. 7 e 9 comma 2 d.lgs. 108/2017).

Secondo l'interpretazione che pare essersi consolidata, però, essa non potrebbe estendersi alle ragioni di merito dell'emissione dell'OEI³⁸.

È una limitazione che possiede un sostegno letterale nell'art. 14 § 2 direttiva 2014/41³⁹, e che comunque risponde alla logica della fiducia reciproca che ispira il sistema dell'OEI⁴⁰. La sua conseguenza è che il terzo interessato, volendo contestare le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI, dovrebbe avvalersi dei mezzi di impugnazione a tal fine previsti nello Stato di emissione, con tutti i costi e i problemi logistici suscettibili di derivarne.

Si aggiunga che il terzo comunque non potrebbe avvalersi dell'opposizione per censurare eventuali violazioni tali da restare prive di conseguenze a livello nazionale: basti pensare all'omessa assistenza da parte di una persona di fiducia nel corso della perquisizione locale, prevista dall'art. 250 comma 1 c.p.p.⁴¹.

Un dubbio, peraltro, si pone quando il terzo non sia in possesso del bene al momento del sequestro, venendone a conoscenza solo successivamente. In un caso del genere, entro quando egli potrebbe avvalersi dell'opposizione? Il d.lgs. 108/2017 non offre una risposta, limitandosi a prescrivere che l'opposizione andrebbe proposta entro cinque giorni dalla comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento (art. 13 comma 1)⁴².

Per colmare la lacuna, in via interpretativa si è affermato che, in rapporto ai terzi, il termine in questione dovrebbe decorrere dal momento dell'effettiva conoscenza dell'avvenuto sequestro, così come avviene a livello nazionale per il riesame⁴³. Tuttavia, tenuto conto del fatto che oggetto dell'opposizione non è il provvedimento di sequestro in sé, ma il decreto riconoscimento del relativo OEI, mi sembra più corretto identificare il *dies a quo* con il giorno della conoscenza di quest'ultimo atto da parte dell'interessato⁴⁴.

³⁸ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea, *Gavanozov II*, cit., § 48; Cass., sez. VI, 24 settembre 2020, n. 30885.

³⁹ Ai sensi del quale "le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione".

⁴⁰ In sua assenza, l'esecuzione dell'OEI rischierebbe di complicarsi non poco. L'autorità di emissione dovrebbe mettere a disposizione dell'autorità di esecuzione l'intero fascicolo del procedimento, tradotto in una lingua ad essa comprensibile. L'autorità di esecuzione, a sua volta, dovrebbe valutare se i presupposti per lo svolgimento della perquisizione e del sequestro previsti dal diritto dello Stato di emissione coincidano con quelli del proprio diritto.

⁴¹ V., al riguardo, D. FOTI-E. MALINO, *Third Parties*, cit., p. 114.

⁴² L'art. 4 comma 4 aggiunge che la comunicazione deve essere effettuata al difensore "entro il termine stabilito ai fini dell'avviso di cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto. Quando la legge italiana prevede soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto senza previo avviso, il decreto di riconoscimento è comunicato al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo".

⁴³ In base all'art. 324 comma 1 c.p.p., a cui rinvia l'art. 257, la richiesta di riesame va presentata "entro dieci giorni dalla data di esecuzione del provvedimento che ha disposto il sequestro o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro": cfr. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 169. L'analogia con il riesame è estesa fino a ritenere in questo caso applicabile il più lungo termine di dieci giorni da E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs n° 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 173.

⁴⁴ In questo senso, v. Cass., sez. VI, 28 aprile 2022, n. 24048.

Certo, resta il pericolo che l'opposizione - impugnazione priva di efficacia sospensiva⁴⁵ - venga presentata troppo tardi per riuscire ad impedire il trasferimento della cosa sequestrata all'autorità straniera, allungandosi i tempi per ottenerne la restituzione⁴⁶.

5.2. Perquisizioni negative

Le perquisizioni negative hanno un impatto relativo al solo diritto alla riservatezza delle persone coinvolte. Può trattarsi, nondimeno, di un'interferenza di entità rilevante, specie laddove la perquisizione riguardi spazi non fisici ma digitali, pieni di informazioni altamente sensibili.

Per rimediare ad eventuali violazioni, a seguito di una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁷ a livello nazionale è stata predisposta un'inedita opposizione di fronte al giudice per le indagini preliminari contro il provvedimento di perquisizione «disposta fuori dei casi previsti dalla legge», utilizzabile anche dal terzo «nei cui confronti la perquisizione è stata disposta o eseguita» (art. 252 *bis* c.p.p.⁴⁸).

Si tratta di un mezzo di impugnazione in realtà privo di effetti processuali, posto che il suo eventuale accoglimento non porterebbe all'invalidità della perquisizione (dal cui verbale potrebbero emergere elementi utili al fine della ricostruzione dei fatti)⁴⁹. Al di là della sua reale utilità, la sua estensione agli OEI di perquisizione negativa non appare, comunque, consentita, considerato che essa non è richiamata dal d.lgs. 108/2017. Con la conseguenza che il nostro sistema risulta, sotto questo profilo, inadempiente non solo rispetto a quanto statuito dalla Corte di giustizia con la decisione *Gavanovsz II*, ma anche sotto il profilo dello stesso principio di equivalenza con la disciplina dei casi interni analoghi⁵⁰.

Nè sarebbe consentito estendere alle perquisizioni negative il rimedio del riesame⁵¹. Lo impedirebbe il principio di tassatività delle impugnazioni, se si tiene conto che l'art. 28 d.lgs. 108/2017 prevede il riesame in rapporto al solo «ordine di indagine *avente ad oggetto il sequestro a fini di prova*», a favore della «persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati».

6. Intercettazioni nei confronti di terzi

Anche le intercettazioni possono coinvolgere persone estranee alla vicenda criminosa, se si considera che vanno disposte sulla base di «gravi indizi» non necessariamente di «colpevolezza», ma anche solo di «reato». E la relativa disciplina, già a livello nazionale, offre

⁴⁵ Si veda l'art. 13 comma 4 d.lgs. 108/2017.

⁴⁶ In tale evenienza, infatti, l'esito positivo dell'opposizione costituirebbe un titolo per ottenere la restituzione della cosa tramite un'impugnazione in base al diritto dello Stato di emissione: Cass., Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 30885.

⁴⁷ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, § 38 s.

⁴⁸ Introdotto dall'art. 12 comma 1 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

⁴⁹ Al più se ne potrebbero ipotizzare implicazioni sul piano penale, in rapporto alla commissione dei reati di perquisizione e ispezione personali arbitrarie (art. 609 c.p.) o di violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale (art. 615 c.p.); sul piano disciplinare (art. 124 c.p.p.); oppure ai fini di un'azione di risarcimento dei danni (d.p.r. 18 aprile 1994, n. 388), o di responsabilità civile dei magistrati (l. 13 luglio 1988, n. 117).

⁵⁰ Cfr. O. CALAVITA, *L'ordine europeo*, cit., p. 238 s.; C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *sistemapenale.it*, 9 marzo 2022.

⁵¹ Per un'apertura in questo senso, a livello interno, v. L. GIORDANO, *Considerazioni sulla sentenza della Cedu Contrada c. Italia n. 4: per un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme di codice di rito*, in *sistemapenale.it*, 26 giugno 2024.

una protezione insoddisfacente delle ragioni dei terzi, come del resto è emerso dalla sentenza della Corte europea *Contrada c. Italia IV*⁵².

Viene in evidenza, allo stato delle cose, anzitutto il rimedio *ex post* previsto dall'art. 269 comma 2 c.p.p. Vi si prescrive che, quando la documentazione delle intercettazioni “non è necessaria per il procedimento”, qualunque “interessato” può chiederne “la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione”.

Si aggiungano i controlli preventivi introdotti dalla l. 9 agosto 2024, n. 114: vale a dire, le «indicazioni» e la «vigilanza» del pubblico ministero affinché nei verbali delle intercettazioni non siano riportate espressioni che consentano di «identificare soggetti diversi dalle parti», «salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini» (comma 2 *bis*); nonché lo stralcio, da parte del giudice, delle registrazioni e dei verbali che riguardino «soggetti diversi dalle parti, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza» (comma 6).

Conseguentemente, l'art. 89 *bis* comma 2 disp. att. c.p.p. ora prescrive che l'archivio delle intercettazioni deve essere gestito con «modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni» riguardanti “dati personali relativi a soggetti diversi dalle parti».

Ebbene, in ambito transnazionale:

- in caso di OEI attivo, il regime appena considerato si applica integralmente, posto che esso concerne operazioni successive allo svolgimento delle intercettazioni all'estero *ex artt.* 43 e 44 d.lgs. 108/2017;
- in caso di OEI passivo, valgono le regole di protezione dei terzi previste dall'ordinamento straniero che abbia effettuato le intercettazioni.

Si noti come la disciplina nazionale non contempli nessuna facoltà per i terzi di attivarsi autonomamente per fare valere le proprie ragioni, e mi sembra che un assetto del genere non sia sufficiente ad assicurare quanto richiesto dalla sentenza *Contrada IV*⁵³.

La speranza è che il pubblico ministero e il giudice applichino in modo scrupoloso le norme menzionate. Ma tale obiettivo potrebbe essere pregiudicato dalle deroghe alla segretezza delle informazioni fondate sulla loro rilevanza per le indagini o per il giudizio.

Oltretutto, il rimedio *ex post* previsto dall'art. 269 comma 2 - come ha osservato la stessa Corte europea - non è equiparabile ad un ricorso tale da stimolare un controllo in merito alla legalità dell'intercettazione⁵⁴, assicurando un'efficace protezione contro eventuali abusi⁵⁵, e capace, in caso, di portare ad una “riparazione appropriata”⁵⁶. L'inutilizzabilità prevista dall'art. 271 c.p.p.⁵⁷, dal canto suo, non sarebbe direttamente invocabile dai terzi, per quanto, come si è visto, potrebbe esserci un interesse dell'accusato ad avvalersene⁵⁸.

⁵² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 maggio 2023, *Contrada c. Italia IV*, § 66 s., la quale ha riconosciuto, a causa dell'inadeguata tutela dei terzi, la violazione del diritto alla riservatezza previsto dall'art. 8 CEDU.

⁵³ Così, con ulteriori considerazioni, X. GORDO ALARCÓN, *Perquisizioni e intercettazioni nei confronti dei terzi estranei al procedimento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2025, p. 320 s.

⁵⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Contrada c. Italia IV*, cit., § 66 s.

⁵⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Contrada c. Italia IV*, cit., § 91.

⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Contrada c. Italia IV*, cit., § 94 s.

⁵⁷ Ai sensi del quale “i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3”.

⁵⁸ Ad esempio, per ottenere l'esclusione di intercettazioni che gli fossero sfavorevoli. Cfr. *supra*, § 3.1.

Né va dimenticata l'assenza - parimenti stigmatizzata dai giudici di Strasburgo - di un adeguato sistema di informazione. Mentre le parti sono messe al corrente «immediatamente, una volta terminate le operazioni di intercettazione, e hanno accesso alle registrazioni e alle trascrizioni delle comunicazioni intercettate, nonché a tutte le decisioni giudiziarie pertinenti, in modo da potere, se del caso, contestarne la regolarità e la pertinenza», «non è invece prevista alcuna notifica successiva della misura per le persone sottoposte a intercettazione che sono estranee al procedimento, cosicché tali persone», “salvo indiscrezione o altro caso fortuito»⁵⁹, «potrebbero non venire mai a sapere che sono state oggetto di una misura di sorveglianza»⁶⁰.

Tutto ciò, in una prospettiva *de iure condendo*, suggerisce la previsione, tanto a livello interno quanto sul piano dell'OEI, di adeguate modalità di informazione dei terzi intercettati⁶¹, nonché l'introduzione di uno specifico rimedio per ottenere, qualora ve ne fossero le condizioni, una qualche forma di compensazione, perlomeno a livello economico⁶².

Più in generale, quella della riparazione dovrebbe essere una soluzione da perseguire al fine di ovviare a qualsiasi atto istruttorio disposto tramite l'OEI tale da interferire con i diritti dei terzi⁶³.

ABSTRACT: *European Investigation Order and Protection of Third Parties*

The protection of 'third parties' who are involved in criminal proceedings is a little-explored issue, and the European Investigation Order (EIO) is no exception. In the context of transnational evidence gathering through the EIO, third parties may be involved in various ways: as witnesses, or as persons involved in searches, seizures and interceptions. This article seeks to outline the forms of protection currently afforded to them by the European order, in the knowledge that adequate safeguarding of their prerogatives is an indispensable step towards better implementation of the value of procedural fairness enshrined in Article 6 of the ECHR.

⁵⁹ Come era accaduto, per l'appunto, a Bruno Contrada, il quale era venuto a conoscenza delle intercettazioni in quanto menzionate in un provvedimento di perquisizione disposto nei suoi confronti.

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Contrada c. Italia IV*, cit., § 92 s.

⁶¹ Su cui si veda, in prospettiva nazionale, M. BIRAL, *Nuovi orizzonti di tutela per i terzi colpiti da intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2025, p. 1354 s.

⁶² Così, quanto al contesto nazionale, M. TORRE, *Intercettazioni e tutela dei terzi non indagati: la normativa italiana non rispetta l'art. 8 della C.E.D.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, p. 137 s.; S. LORUSSO, *Nessun dubbio (per la Cedu) sull'uso distorto delle intercettazioni lesivo dei terzi estranei al procedimento*, in *legislazionepenale.eu*, 1° aprile 2025, p. 13 s.; ritiene, invece, sufficiente ad assicurare la tutela dei terzi intercettati un'interpretazione conforme alla CEDU e alle indicazioni della Corte europea della vigente normativa L. GIORDANO, *Considerazioni*, cit.

⁶³ In questo senso v. O. CALAVITA, *L'ordine europeo*, cit., p. 226 s., il quale invoca a tale riguardo il modello dell'art. 35 ord. pen.

**L'ACQUISIZIONE PROBATORIA NELLE INDAGINI TRANSNAZIONALI: COOPERAZIONE
GIUDIZIARIA E GARANZIE DIFENSIVE**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La giurisprudenza della Corte EDU sull'uso di strumenti tecnologici investigativi e la tutela delle garanzie convenzionali – 3. L'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea – 4. Gli orientamenti delle Corti supreme nazionali: Germania, Paesi Bassi e Austria – 5. La Corte di Cassazione sull'acquisizione probatoria transnazionale: soluzioni annunciate, diritti compromessi – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Le innovazioni tecnologiche hanno inciso su molteplici settori e, inevitabilmente, anche sul processo penale, dotandolo di nuovi e potenti mezzi che arricchiscono gli strumenti d'indagine nella disponibilità degli organi investigativi¹. Tra questi, la categoria privilegiata è oggi costituita dalle intercettazioni di comunicazioni disciplinate, sul versante europeo², dalla Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine³ e, a livello interno, dagli artt. 266-271 c.p.p., che ne regolano presupposti e limiti di utilizzo. Non va, però, trascurato che questo mezzo di ricerca della prova, per la sua intrusività, mette a rischio numerosi beni giuridici oggetto di tutela nel nostro ordinamento, quali il diritto di difesa⁴ e quello di riservatezza, con riguardo sia ai soggetti direttamente interessati dall'attività di captazione, sia ai terzi incidentalmente coinvolti⁵.

Un esempio delle criticità che possono presentarsi nell'utilizzo dei suddetti strumenti di indagine è rappresentato dalle operazioni di acquisizione probatoria⁶ condotte sulle

* Dottoranda di ricerca in Pluralismi Giuridici. Prospettive Antiche e Attuali – Università degli Studi di Palermo.

¹ C. CESARI, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, 2019, pp. 1168 e 1169.

² Il primo strumento normativo che ha disciplinato la materia delle intercettazioni a livello europeo è rappresentato dalla Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea. Tale Convenzione è stata attuata in Italia con il D.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, emanato in attuazione della legge delega 21 luglio 2016, n. 149.

³ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale. In Italia, detta direttiva è stata implementata mediante il D.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, recante Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale (GU 13.07.2017).

⁴ P. RAUCCI, *L'ordine europeo di indagine e prove digitali: tra presunzione di legittimità degli atti compiuti all'estero e diritti fondamentali*, in *Pen. dir. proc.*, 2025, p. 12 ss.

⁵ R. PRETTATO, *Digitalizzazione e giusto processo: la digital evidence nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *DPCE online*, 2024, pp. 721 e 722.

⁶ D. CURTOTTI-V. RIZZI-W. NOCERINO-A.M. RUSSITTO-G. GILIBERTI-G. SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, in *Sist. pen.*, 2023, p. 173 ss; M. RAMPIONI, *I limiti di utilizzabilità della messaggistica criptata SkyEcc acquisita tramite ordine europeo di indagine tra obblighi europei e principi costituzionali*, in *Giur. pen. web*, 2023, p. 25.

piattaforme *SkyEcc* ed *EncroChat*, ovvero servizi di messaggistica istantanea che forniscono un *software* sicuro per le comunicazioni private⁷. Tali sistemi consentono agli utenti di comunicare in forma anonima e sicura mediante crittografia *end-to-end*, eliminando ogni possibilità di accesso ai contenuti da parte di terzi, inclusi gli stessi fornitori del servizio. I dispositivi utilizzati presentano misure di sicurezza tecnologicamente avanzate, come un doppio sistema operativo – in modo che il sistema crittografato non sia rilevabile –, l'assenza di associazione tra SIM e *account* utente, la disabilitazione di GPS, microfono e fotocamera, sistemi di cancellazione automatica dei dati e possibilità di eliminazione degli stessi da remoto.

Oltre ai profili tecnici sin qui richiamati, un ulteriore e significativo ostacolo alle attività di accertamento è costituito dal carattere intrinsecamente a-territoriale della *digital evidence*⁸, che rende particolarmente complessa l'opera di inquadramento della competenza relativa alle operazioni di acquisizione⁹. I dati informatici, infatti, possono essere raggiunti tramite la rete *Internet* da qualunque luogo, indipendentemente dalla collocazione “fisica” del *server* che li ospita, rendendo, così, difficile l'individuazione della disciplina applicabile per la raccolta degli stessi (*lex loci* o *lex fori*)¹⁰.

In un contesto caratterizzato dall'utilizzo di tali sofisticati strumenti di protezione delle comunicazioni, capaci di favorire le attività criminose, la Francia – nel 2017 – ha avviato un'attività di indagine, acquisendo, nell'ambito di un procedimento per criminalità organizzata finalizzata al traffico di armi e stupefacenti, diversi dati informatici attraverso un'operazione massiva di *malicious hacking*, condotta, *in primis*, sulla piattaforma *EncroChat*.

Nello specifico, l'*intelligence* francese (DGSI) ha avviato le indagini introducendo nei dispositivi informatici un *trojan horse*¹¹ sotto forma di aggiornamento del sistema operativo, accedendo, così, ai dati presenti nei telefoni compromessi, inclusi i messaggi salvati, le rubriche, le note, le immagini e persino al codice identificativo del dispositivo (IMEI). In una seconda fase, il medesimo *software* è stato impiegato per monitorare le comunicazioni in tempo reale, captando i messaggi in entrata e in uscita e convogliandoli verso un *server* gestito dal Centro nazionale per il contrasto alla criminalità informatica della Gendarmerie francese¹².

Successivamente, tra il 2020 e il 2021, grazie all'impiego di una squadra investigativa comune (SIC), composta dalle autorità giudiziarie e da rappresentanti delle forze di polizia di

⁷ G. GUAGLIARDI, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati ottenuti tramite una operazione di hacking massiva all'estero e acquisiti in Italia tramite Ordine Europeo di Indagine. Il fine giustifica i mezzi?*, in *Giur. pen.*, 2024, pp. 4 e 5.

⁸ M. PITTIRUTI, *L'apprensione all'estero della prova digitale*, in L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, 2019, p. 205 ss; F. SIRACUSANO, *La prova digitale transnazionale: un difficile “connubio” tra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 178 ss; G. SOANA, *Catena di Custodia, Prova Digitale e Tecnologia Block Chain*, in *Dir. di Internet*, 2021, pp. 789 e 800; G. SPANGHER, *Servono regole di garanzia per la prova informatica*, in *Pen. Dir. e Proc.*, 2023, p. 425 ss.

⁹ C. PARODI, *L'acquisizione della prova digitale*, in *Il diritto vivente*, 2019, p. 35 ss.

¹⁰ D. CURTOTTI, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e “Vecchia Europa”: una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 745 ss; D. CURTOTTI-V. RIZZI-W. NOCERINO-A.M. RUSSITTO-G. GILIBERTI-G. SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, cit., p. 175 ss; S. DE FLAMMINEIS, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale*, in *Sist. pen.*, 2024, p. 2 ss; G. DI PAOLO, *La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche*, in *Pen. dir. proc.*, 2025, p. 2 ss; M. PITTIRUTI, *L'apprensione all'estero della prova digitale*, cit., p. 205 ss.

¹¹ L. MARAFIOTI, *Trojan horse: spiragli di retromarcia legislativa*, in www.questionegiustizia.it, 2023.

¹² G. GUAGLIARDI, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati*, cit., p. 5 ss.

Belgio, Francia e Olanda, con il coordinamento di Europol e la collaborazione di Eurojust¹³, si è giunti alla decriptazione e allo smantellamento di due delle principali piattaforme criptate fino a quel momento conosciute¹⁴: *SkyEcc* e *EncroChat*.

Le informazioni raccolte attraverso queste operazioni hanno avuto un impatto rilevante su una pluralità di ordinamenti. Numerosi Stati membri hanno fatto ricorso ai canali di cooperazione investigativa, in particolare allo strumento dell'ordine europeo di indagine (OEI)¹⁵, al fine di ottenere dati probatori rilevanti nei rispettivi ordinamenti¹⁶. Dette acquisizioni sono state determinanti per l'incriminazione di individui coinvolti in gruppi criminali organizzati, con conseguenze giudiziarie significative che hanno travalicato i confini nazionali, dando luogo ad un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In primo luogo, si è discusso circa l'individuazione e la conseguente ammissibilità processuale delle prove ottenute mediante attività di *hacking* da parte delle squadre investigative e poi trasmesse alle autorità dei vari Stati membri coinvolti¹⁷. In particolare, si è posto l'interrogativo sulla categoria giuridica entro la quale ricondurre queste attività: se farle rientrare nel paradigma delle intercettazioni (artt. 266 e ss. c.p.p.), dell'acquisizione documentale (art. 234 c.p.p.), della corrispondenza (artt. 254 e 353 c.p.p.)¹⁸ o, più propriamente, delle prove informatiche (art. 234 *bis* e 244, comma 2, c.p.p.). La scelta sulla qualificazione giuridica risulta determinante poiché influisce direttamente sul regime applicabile e sulla definizione delle garanzie processuali da riconoscere.

In secondo luogo, sono state sollevate criticità riguardanti le modalità concrete di ottenimento delle prove, in quanto la Francia, invocando il segreto di Stato¹⁹, ha sottratto trasparenza al meccanismo di acquisizione dei dati, con conseguenti limitazioni per la difesa nel controllo sull'integrità e sull'origine del materiale probatorio, con inevitabili ripercussioni sul principio del contraddittorio e del giusto processo²⁰.

Infine, questo genere di attività investigative ha posto rilevanti questioni anche con riferimento alla posizione dei c.d. soggetti terzi, i quali, pur essendo estranei alla vicenda

¹³ S. RAGAZZI - F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo, in attesa del count-down italiano*, in *Sist. Pen.*, 2024, p. 207.

¹⁴ P. TROISI, *I canali di ingresso delle intercettazioni assunte e decrittate all'estero*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, p. 1591; O. MURRO - W. NOCERINO, *Più ombre che luci nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di criptofonini*, in *Pen. dir. proc.*, 2024, p. 4 ss.

¹⁵ T. BENE - L. LUPARIA - L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, 2016, p. 9 ss; M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. Pen.*, 2023, pp. 1 e 2; A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 113 ss; M. RAMPIONI, *I limiti di utilizzabilità della messaggistica criptata*, cit., p. 25; T. RUSSO, *Ancora in materia di esecuzione dell'ordine europeo d'indagine (OEI) tra formazione della prova e sorveglianza di massa: due questioni aperte*, in *Sist. Pen.*, 2025, p. 27 ss.

¹⁶ M. DANIELE, *La collaborazione internazionale tra autorità investigative e giudiziarie in materia di indagini informatiche*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Cybercrime. Diritto e procedura penale dell'informatica*, Milano, 2018, p. 1621 ss; G. DI PAOLO, *La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche*, cit., p. 3 ss. D. TRIPICCIÓN, *Il regime di utilizzabilità della prova digitale formata all'estero ed acquisita tramite ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 692 ss.

¹⁷ F. SIRACUSANO, *La prova digitale transnazionale*, cit., p. 180 ss.

¹⁸ M. BORGABELLO, *Il concetto di corrispondenza nella sentenza 170 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Giur. pen. web*, 2023.

¹⁹ G. GUAGLIARDI, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati*, cit., p. 17 ss.

²⁰ A. GAITO, *Comunicazioni criptate ed esigenze difensive (da Blackberry a Sky-ECC)*, in *Arch. pen.*, 2024, p. 3 ss; L. MASSARI, *Il diritto di difesa, questo sconosciuto: il caso dei criptofonini e degli ordini europei di indagine*, in *Dir. dif.*, 2024; P. RAUCCI, *L'ordine europeo di indagine e prove digitali*, cit., p. 21 ss.

oggetto di indagine, si sono trovati coinvolti nelle operazioni di *hacking* massivo, attraverso una forma di intercettazione indiretta che ha portato alla raccolta dei loro dati personali poi confluiti nei *server*, unitamente a quelli relativi ai destinatari delle operazioni di captazione informatica. Questo coinvolgimento, astrattamente solo “indiretto”, si ripercuote comunque sulla tutela della riservatezza e sulla protezione dei dati personali dei terzi, privi peraltro di specifici strumenti processuali atti a tutelare la loro posizione²¹.

In definitiva, è evidente come tale vicenda abbia sollevato molteplici interrogativi sui quali sono state chiamate a rispondere sia le corti “europee” – Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte di Giustizia – sia quelle nazionali. Le decisioni intervenute, pur nella diversità degli approcci, hanno contribuito a delineare un primo perimetro interpretativo, evidenziando la necessità di un difficile equilibrio tra esigenze procedurali e tutela dei diritti inviolabili della persona.

2. La giurisprudenza della Corte EDU sull’uso di strumenti tecnologici investigativi e la tutela delle garanzie convenzionali

Come accennato, la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi sul rispetto delle garanzie convenzionali di tecniche investigative fondate sull’impiego di strumenti di sorveglianza tecnologicamente avanzati e, in particolare, di operazioni di *hacking* a carattere massivo.

Un primo significativo riferimento giurisprudenziale è rappresentato dal caso A.L. ed E.J. c. Francia²², relativo alle indagini condotte dalle autorità francesi sulla piattaforma *EncroChat*. Nello specifico, due cittadini britannici detenuti nel Regno Unito deducevano la violazione dell’art. 8 CEDU, atteso che le autorità francesi avevano disposto l’acquisizione generalizzata dei dati contenuti nella piattaforma *EncroChat* e successivamente trasmessi al Regno Unito. A ciò si aggiungeva, secondo i ricorrenti, la violazione degli artt. 6 e 13 CEDU, per la mancanza di rimedi effettivi volti a contestare nell’ordinamento inglese l’ottenimento e l’utilizzazione delle informazioni così raccolte²³.

La Corte di Strasburgo si è concentrata sull’adempimento della condizione di ammissibilità prevista dall’art. 35 CEDU, ossia l’esaurimento dei rimedi interni, riaffermando il carattere sussidiario del meccanismo di tutela predisposto dalla CEDU.

Infatti, esaminata la normativa nazionale, la Corte ha concluso che, ai sensi dell’art. 694-41 del codice di procedura penale francese²⁴, i ricorrenti, seppur di nazionalità britannica, avevano a disposizione strumenti giuridici idonei a contestare la legittimità e la proporzionalità della misura di raccolta dei dati. In particolare, essi avrebbero potuto richiedere l’esclusione delle prove acquisite mediante l’ordine europeo di indagine, alle stesse condizioni e secondo le medesime procedure riconosciute a un soggetto sottoposto ad indagine in Francia²⁵. Orbene, la scelta dei ricorrenti di non sottoporsi alla legislazione dello

²¹ G. SPANGHER, *Criptofonini: sono “in gioco” diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 173 ss.

²² Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Quinta Sezione, A.L. c. France e E.J. c. France, ricorsi nn. 44715/20 e 47930/21, del 24 settembre 2024, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-14395>.

²³ T. ZAPPÀ, *La sorte del diritto di difesa nel complicato rapporto tra evoluzione tecnologica ed esigenze investigative*, in *Il diritto vivente*, 2025.

²⁴ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-14395>, cit.

²⁵ T. ZAPPÀ, *La sorte del diritto di difesa*, cit.

Stato convenuto non li ha esonerati dal loro obbligo di esperire i mezzi di ricorso interni disponibili in tale Stato.

Di conseguenza, difettando il requisito di cui all'art. 35 CEDU, la Corte europea ha dichiarato inammissibili i ricorsi, senza pronunciarsi nel merito delle questioni sollevate e lasciando, così, irrisolti profili di grande rilievo. È, infatti, evidente come i giudici di Strasburgo abbiano scelto di non esporsi, trincerandosi dietro la, pur doverosa, declaratoria di inammissibilità e liquidando – forse con eccessiva rapidità – un caso che sollevava interrogativi di primaria rilevanza circa il rapporto tra esigenze investigative (transnazionali) e tutela dei diritti fondamentali.

È evidente che, all'esito di questa decisione, la Corte non ha offerto un adeguato scrutinio sul rispetto delle garanzie convenzionali e, in particolare, sui diritti di difesa e sul diritto a un equo processo, che avrebbero richiesto una valutazione approfondita, in virtù della natura intrusiva delle operazioni di *hacking* e della successiva circolazione dei dati personali tra le autorità di diversi Stati membri.

Un diverso approccio si rinviene nella sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 26 settembre 2023, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*²⁶, che, pur trattando una vicenda del tutto distinta rispetto a quella relativa ad *Encrochat* e *SkyEcc*, ha affrontato problematiche affini sotto il profilo delle garanzie processuali. In particolare, questo caso riguardava la condanna del ricorrente per appartenenza a un'organizzazione terroristica armata, c.d. *FETÖ/PDY* (in precedenza nota come “Movimento *Gülen*”), ritenuta dalle autorità turche responsabile del tentato colpo di Stato.

Elemento centrale della condanna era rappresentato dall'utilizzo, da parte dell'interessato, dell'applicazione di messaggistica crittografata denominata *ByLock*, che i giudici nazionali, alla luce delle attività investigative consistite nell'accesso ai *server* principali dell'applicazione e all'acquisizione dei dati ivi contenuti, avevano considerato come uno strumento concepito, in via esclusiva, per i membri del movimento e, dunque, indicativo di per sé dell'appartenenza all'organizzazione²⁷.

Orbene, nell'ambito del processo svolto dinanzi alle autorità turche non era stata riconosciuta al ricorrente la possibilità di accedere ai dati “grezzi” di *ByLock*, secretati dai servizi di *intelligence*, né quella di conoscere e contestare il materiale decriptato che lo riguardava. Inoltre, i giudici nazionali avevano omesso di considerare una serie di argomentazioni difensive che sollevavano dubbi sull'affidabilità delle modalità di acquisizione della prova²⁸, quali le incongruenze tra i diversi elenchi di utenti redatti dai servizi, le discrepanze tra il numero dei *download* e quello degli utilizzatori effettivamente perseguiti, nonché il dato – non contestato – per cui l'applicazione era stata liberamente accessibile al pubblico fino al 2016, senza alcuna restrizione di utilizzo²⁹. Elemento, quest'ultimo che smentiva la teoria dell'utilizzo esclusivo del suddetto *software* da soggetti appartenenti alle organizzazioni criminali, posta alla base della condanna.

²⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, ricorso n. 15669/20, del 26 settembre 2023.

²⁷ R. PRETTATO, *Digitalizzazione e giusto processo*, cit., p. 723 ss.

²⁸ J.J. OERLEMANS-D.A.G. VAN TOOR, *Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim Just.*, 2022, p. 321 ss.

²⁹ T. ZAPPALÀ, *La sorte del diritto di difesa*, cit.

Tenuto conto di tali carenze, la Corte EDU ha ritenuto che al ricorrente non fosse stato assicurato un effettivo diritto di difesa³⁰, con conseguente violazione delle garanzie processuali sancite dall'art. 6 CEDU.

Allo stesso tempo, i giudici sovranazionali hanno preso atto delle difficoltà tecniche e delle sfide pratiche connesse alla gestione della *digital evidence*³¹, chiarendo tuttavia che detti elementi non giustificano in alcun modo un'applicazione, per così dire, 'affievolita' delle garanzie convenzionali, riconoscendo la necessità di adottare i tradizionali *standard* procedurali per assicurare che il principio del giusto processo venga effettivamente rispettato, anche in presenza di strumenti investigativi tecnologicamente avanzati.

Ciò nondimeno, occorre rilevare come la Corte di Strasburgo, pur mostrando una crescente sensibilità rispetto alle questioni sollevate dalla *digital evidence*, continua a muoversi con estrema cautela, senza mai oltrepassare una soglia di intervento che possa dirsi realmente innovativa. È come se i giudici europei procedessero per gradi minimi, rimanendo entro una sorta di "*comfort zone* interpretativa". Dinanzi a problematiche ormai ricorrenti e più volte sottoposte al suo esame, la Corte avrebbe potuto cogliere l'occasione per delineare orientamenti di carattere generale o vere e proprie linee guida sull'utilizzo della prova digitale, offrendo agli Stati contraenti uno schema comune di riferimento. Questo avrebbe consentito non soltanto di fornire maggiore certezza agli operatori del diritto, ma anche di favorire un'applicazione uniforme delle garanzie convenzionali nell'ambito, estremamente delicato, della prova tecnologica.

3. L'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Un'analisi più approfondita sul tema in questione è stata offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale, con la sentenza del 30 aprile 2024³², si è pronunciata sul caso *EncroChat*, chiarendo i presupposti di legittimità relativi alla trasmissione e all'utilizzo delle prove nei procedimenti penali transnazionali attraverso lo strumento dell'ordine europeo di indagine³³.

La decisione trae origine da una questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Berlino (*Landgericht Berlin*), chiamato a valutare la legittimità di tre ordini europei di indagine emessi dalla Procura generale di Francoforte (*Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main*) nell'ambito di un procedimento penale relativo a un traffico di sostanze stupefacenti³⁴.

Le questioni sottoposte ai giudici di Lussemburgo erano molteplici.

La prima ha riguardato la legittimità dell'OEI emesso dalla Procura di Francoforte al fine di ottenere prove già nella disponibilità delle autorità francesi³⁵.

³⁰ M. DANIELE, *Oei e messaggi digitali già acquisiti all'estero*, in *Sist. Pen.*, 2025, p. 29.

³¹ R. PRETTATO, *Digitalizzazione e giusto processo*, cit., p. 729 ss.

³² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sent. C-670/22, del 30 aprile 2024.

³³ N. GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo d'Indagine penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero*, in *Arch. pen.*, 2023, p. 8 ss; L. GIORDANO, *La Corte di giustizia dell'UE sui criptofonini*, in *Ius Giusfrè*, 2024; E. LORENZETTO, *Il caso Encrochat e l'ordine europeo di indagine penale nel la staffetta fra Corte di giustizia e diritto dello Stato di emissione*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 2887; G. SPANGHER, *La Corte di Giustizia e i criptofonini*, in *Giustizia insieme*, 2024.

³⁴ R. BELFIORE, *L'ordine europeo di indagine nella sentenza "encrochat" della Corte di Giustizia UE*, in *Dir. e proc. pen.*, 2024, p. 1264; A. GAUDIERI, *OEI: la decisione della CGUE sul caso dei criptofonini*, in *Pen. dir. e proc.*, 2024, p. 2.

³⁵ S. RAGAZZI - F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate*, cit., p. 218.

La Corte, innanzitutto, ha rilevato che, ai sensi dell'art. 1, par. 1, della direttiva 2014/41, l'OEI può riguardare sia il compimento di specifici atti volti all'acquisizione di prove, sia l'ottenimento di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione. Inoltre, ha chiarito che un simile ordine può essere emesso dal pubblico ministero senza la necessità di una convalida giudiziale, purché siano rispettate le stesse condizioni che regolerebbero la trasmissione di prove analoghe in un contesto puramente interno³⁶.

A questo proposito, è stato richiamato l'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41, che impone all'autorità di emissione un duplice vaglio³⁷: da un lato, quello di necessità e proporzionalità dell'OEI rispetto al procedimento in corso, con particolare attenzione ai diritti della persona indagata o imputata; dall'altro, quello di conformità dell'atto di indagine richiesto alle condizioni previste dal proprio diritto nazionale³⁸.

Questo approccio, secondo la Corte, contribuisce ad evitare forme di abuso nell'utilizzo dell'OEI, preservandone la funzione di strumento eccezionale e circoscritto a situazioni giustificate da esigenze investigative concrete e proporzionate³⁹. Tuttavia, è opportuno evidenziare come la raccolta delle prove avvenuta mediante intercettazioni di massa su piattaforme criptate, unitamente al mancato accesso all'algoritmo di decrittazione, non scongiuri il rischio di elusione della normativa dello Stato di emissione.

La seconda questione ha avuto ad oggetto la qualificazione giuridica delle attività svolte dalle autorità francesi, belghe e olandesi con il supporto di Eurojust ed Europol, la definizione di intercettazione e la portata dell'obbligo di notifica agli Stati interessati⁴⁰.

Preliminarmente, l'organo di giustizia ha ricondotto tali operazioni alla nozione di intercettazione, quantomeno ai fini dell'ordine europeo di indagine⁴¹. In particolare, ha precisato che rientra in questa categoria l'utilizzo di un captatore installato su apparecchi terminali, diretto a estrarre dati relativi al traffico, all'ubicazione e alle comunicazioni di un servizio basato su *internet*, fornendo così una definizione ad ampio spettro, che consente di ricomprendervi non soltanto la captazione "in tempo reale", ma anche i contenuti già memorizzati sui dispositivi⁴².

Inoltre, la Corte ha ribadito che siffatte attività determinano un'ingerenza particolarmente significativa nel diritto al rispetto della vita privata e delle comunicazioni, sancito dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ne consegue che gli Stati membri sono tenuti a garantire che, nell'ambito di un procedimento penale, siano rispettati i diritti di difesa e le garanzie di un equo processo nella valutazione delle prove ottenute tramite OEI; in mancanza di tali presupposti, le prove devono essere escluse.

³⁶ Secondo quanto stabilito dall'art. 2 della direttiva 2014/41 relativa all'ordine europeo di indagine penale, il pubblico ministero figura espressamente tra le autorità giudiziarie che, al pari del giudice, dell'organo giurisdizionale o del magistrato inquirente, sono intese come «autorità di emissione». Cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sezione seconda, sent. C-635/23, del 10 luglio 2025. T. RUSSO, *Ancora in materia di esecuzione dell'ordine europeo d'indagine*, cit., p. 36 ss; V. TONDI, *La Corte di Giustizia sul caso encrochat: le importanti indicazioni della grande sezione sulla circolazione dei dati mediante ordine europeo di indagine*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, p. 837;

³⁷ T. ZAPPÀ, *La sorte del diritto di difesa*, cit.

³⁸ G. SPANGHER, *La Corte di Giustizia e i criptofonimi*, cit.; P. TROISI, *I canali di ingresso delle intercettazioni*, cit. pp. 1594 e 1595.

³⁹ R. BELFIORE, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 1266.

⁴⁰ S. RAGAZZI - F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate*, cit., p. 219; V. TONDI, *La Corte di Giustizia sul caso encrochat*, cit., p. 838 ss.

⁴¹ M. DANIELE, *Oei e messaggi digitali già acquisiti all'estero*, cit., p. 13.

⁴² F. NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione di messaggistica criptata dall'estero*, in *Sist. pen.*, 2024, p. 201; P. TROISI, *I canali di ingresso delle intercettazioni*, cit. p. 1603.

Dopodiché, muovendo dalla suddetta qualificazione, i giudici europei hanno aggiunto che le misure di intercettazione devono essere notificate allo Stato membro nel quale si trova il soggetto interessato, riconoscendo all'autorità destinataria la possibilità di opporsi⁴³ o interrompere l'attività qualora essa non sarebbe stata autorizzata in un procedimento interno analogo⁴⁴.

In questa prospettiva, la Corte ha sottolineato che l'obbligo di notifica non risponde soltanto alla necessità di preservare la sovranità dello Stato membro interessato, ma persegue anche l'obiettivo di garantire che il livello di tutela riconosciuto nell'ordinamento nazionale in materia di intercettazioni non venga compromesso. Un simile meccanismo, infatti, è funzionale a proteggere i diritti delle persone terze coinvolte, estendendosi, altresì, all'utilizzazione dei dati ai fini dell'esercizio dell'azione penale nello Stato membro destinatario della notifica⁴⁵.

La terza questione ha riguardato il principio di effettività e, in particolare, le conseguenze giuridiche derivanti dall'acquisizione di prove in violazione del diritto dell'Unione europea. Sul punto, si è precisato che i giudici nazionali sono tenuti a escludere dal processo le prove rispetto alle quali le parti non abbiano avuto la possibilità concreta di formulare osservazioni efficaci, soprattutto quando esse siano idonee a incidere in modo determinante sulla ricostruzione dei fatti.

È evidente, dunque, la centralità attribuita al contraddittorio e al pieno esercizio del diritto di difesa, che rischierebbero di essere gravemente compromessi qualora non fosse garantito all'imputato il diritto di confrontarsi con il materiale probatorio posto a suo carico. Ciononostante, va osservato come questo principio, pur affermato con chiarezza dalla Corte, non abbia sempre trovato una coerente applicazione nelle giurisprudenze nazionali che, in più occasioni, hanno ammesso all'interno dei processi prove acquisite tramite l'ordine d'indagine europeo senza garantire alla difesa una reale possibilità di contestazione.

Inoltre, nella motivazione della sentenza sono stati ribaditi alcuni principi generali destinati a orientare lo svolgimento delle indagini transnazionali. Da un lato, la Corte ha sottolineato il rilievo del principio di fiducia reciproca tra Stati membri, particolarmente significativo nel contesto delle squadre investigative comuni; dall'altro, ha richiamato la necessità di preservare la sovranità statale, chiarendo che l'art. 31 della direttiva OEI⁴⁶ non si

⁴³ C. DE LUCA, *L'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo d'indagine (OEI) proveniente dall'estero: verso un mutamento di prospettiva?*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 2376.

⁴⁴ G. SPANGHER, *La Corte di Giustizia e i criptofofoni*, cit.

⁴⁵ M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo d'indagine penale*, Torino, 2018, p. 186; A. DIDDÌ, *Specifici atti di indagine*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, 2018, p. 99; T. RUSSO, *Ancora in materia di esecuzione dell'ordine europeo d'indagine*, cit., p. 38; P. TROISI, *I canali di ingresso delle intercettazioni*, cit. p. 1599.

⁴⁶ Articolo 31: Notifica allo Stato membro nel quale si trova la persona soggetta a intercettazione e la cui assistenza tecnica non è necessaria - 1. Se, ai fini del compimento di un atto di indagine, l'intercettazione di telecomunicazioni è autorizzata dall'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato membro di intercettazione») e l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione indicata nell'ordine di intercettazione è utilizzato sul territorio di un altro Stato membro (lo «Stato membro notificato») la cui assistenza tecnica non è necessaria per effettuare l'intercettazione, lo Stato membro di intercettazione ne dà notifica all'autorità competente dello Stato membro notificato dell'intercettazione: a) prima dell'intercettazione, qualora l'autorità competente dello Stato membro di intercettazione sappia, al momento di ordinare l'intercettazione, che la persona soggetta a intercettazione e si trova o si troverà sul territorio dello Stato membro notificato; b) durante l'intercettazione o ad intercettazione effettuata, non appena venga a conoscenza del fatto che la persona soggetta a intercettazione si trova, o si trovava durante l'intercettazione, sul territorio dello Stato membro notificato. 2. La notifica di cui al paragrafo 1 è effettuata utilizzando il modulo di cui all'allegato C. 3.

limita a tutelare la competenza dello Stato notificato, ma mira anche a garantire la protezione dei diritti delle persone coinvolte.

Parallelamente, ha evidenziato che l'autonomia procedurale degli Stati membri incontra limiti precisi fissati dal principio di equivalenza, con il quale si vieta di adottare regole meno favorevoli rispetto a quelle previste per situazioni interne analoghe, e dal principio di effettività, che osta all'operatività di discipline tali da rendere impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione.

Infine, la quarta questione ha riguardato il principio della trasparenza, strettamente connesso alla necessità di garantire il rispetto dei diritti della difesa e di un giusto processo⁴⁷. In particolare, la Corte, nella sentenza in esame, ha chiarito che la verifica dell'integrità dei dati acquisiti non può avvenire nella fase di emissione dell'ordine europeo di indagine, ma soltanto nel momento in cui le prove divengono effettivamente disponibili alle autorità competenti e vengono introdotte nel procedimento penale⁴⁸. È, dunque, nella sede del contraddittorio sulla loro utilizzabilità, o al più tardi in quella della valutazione probatoria, che l'eventuale opacità delle modalità di acquisizione assume rilevanza giuridica, soprattutto quando si tratti di elementi decisivi ai fini della ricostruzione dei fatti⁴⁹.

In conclusione, è stata ribadita l'esigenza di mantenere un costante equilibrio tra l'interesse pubblico alla repressione dei reati e la tutela dei diritti fondamentali degli individui, ricordando che tali garanzie si estendono non soltanto agli indagati, ma anche ai terzi, la cui vita privata può essere compromessa dallo svolgimento indagini invasive mediante l'utilizzo di strumenti tecnologicamente sofisticati⁵⁰.

La portata della sentenza, pertanto, non si esaurisce nel caso specifico, ma assume un rilievo sistematico: essa fissa principi di diritto destinati a orientare le giurisprudenze nazionali nell'utilizzo delle prove digitali acquisite all'estero, imponendo alle corti degli Stati membri un adeguamento costante e coerente con i parametri stabiliti dalla Corte di Giustizia.

4. Gli orientamenti delle Corti supreme nazionali: Germania, Paesi Bassi e Austria

Sul piano nazionale, meritano attenzione le pronunce delle Corti tedesca, olandese e austriaca che offrono approcci diversi sull'utilizzo della prova digitale entro i confini domestici.

Qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo, l'autorità competente dello Stato membro notificato può, senza ritardo e al più tardi entro 96 ore dalla ricezione della notifica di cui al paragrafo 1, notificare all'autorità competente dello Stato membro di intercettazione che: a) l'intercettazione non può essere effettuata o si pone fine alla medesima; e b) se necessario, gli eventuali risultati dell'intercettazione già ottenuti mentre la persona soggetta ad intercettazione si trovava sul suo territorio non possono essere utilizzati o possono essere utilizzati solo alle condizioni da essa specificate. L'autorità competente dello Stato membro notificato informa l'autorità competente dello Stato membro di intercettazione dei motivi di tali condizioni. 4. L'articolo 5, paragrafo 2, si applica, *mutatis mutandis*, alla notifica di cui al paragrafo 2.

⁴⁷ L. BERNARDINI, *On Encrypted Messages and Clear Verdicts – the Encro Chat Case before the Court of Justice (Case C-670/22, MN)*, in *EU Law Live*, 2024.

⁴⁸ R. BELFIORE, *Immediatezza e prova transnazionale*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 2197; M. DANIELE, *Oei e messaggi digitali già acquisiti all'estero*, cit., p. 14 ss.

⁴⁹ A. GAITO, *Comunicazioni criptate ed esigenze difensive*, cit., p. 8 ss.; E. LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate nella fucina dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 185 ss.

⁵⁰ T. RUSSO, *Ancora in materia di esecuzione dell'ordine europeo d'indagine*, cit., p. 40.

La Corte di giustizia federale tedesca (*Bundesgerichtshof*), con decisione del 2 marzo 2022⁵¹, ha riconosciuto la piena utilizzabilità delle conversazioni ottenute dalle autorità tedesche attraverso un OEI rivolto alla Francia. Innanzitutto, i giudici hanno chiarito che gli atti di indagine compiuti dalle autorità francesi non possono essere sottoposti a verifica secondo i parametri del diritto tedesco. Quindi, secondo questa impostazione, non risulta decisivo stabilire se una misura analoga sarebbe stata autorizzabile in Germania, poiché il riesame della questione, alla luce del diritto straniero, non costituisce condizione necessaria per il trasferimento e l'utilizzo delle prove raccolte in conformità al diritto dello Stato di origine⁵².

Inoltre, le differenze esistenti tra i presupposti richiesti in Francia e quelli previsti in Germania per l'adozione di determinate attività investigative trovano adeguato contemperamento nel § 261 del codice di procedura penale tedesco, che sancisce il principio del libero convincimento del giudice nella valutazione della prova. Conseguentemente, la Corte ha escluso la sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dal diritto europeo, sottolineando come l'operato delle autorità francesi non rappresentasse una forma di "sorveglianza di massa" su un numero indefinito di utenti, ma avesse piuttosto avuto ad oggetto una precisa piattaforma – *EncroChat* – progettata e utilizzata prevalentemente quale strumento di supporto ad attività criminali. A conferma di ciò, rileva la circostanza che i dispositivi sui quali era installato il suddetto *software* – ossia i criptofonini – non fossero reperibili attraverso i canali ordinari di distribuzione e comportassero costi particolarmente elevati, tali da renderne l'impiego circoscritto a contesti criminali caratterizzati da un alto livello di organizzazione.

Infine, i giudici tedeschi hanno ritenuto legittima anche l'acquisizione preventiva di detti elementi investigativi mediante trasferimenti effettuati dai servizi di *intelligence* prima dell'emissione dell'ordine europeo di indagine, richiamando sul punto il principio sovranazionale che consente la trasmissione di informazioni tra autorità di polizia di diversi Stati membri⁵³.

Questa pronuncia non ha eliminato le perplessità sulla reale affidabilità del materiale probatorio, dal momento che l'integrità dei dati trasmessi non può essere verificata a causa del segreto di Stato opposto dalle autorità francesi. È quindi evidente che, nel bilanciamento tra diritti fondamentali dell'individuo ed esigenze investigative e di sicurezza pubblica, la Corte tedesca abbia privilegiato in modo marcato queste ultime, riducendo così lo spazio di tutela delle garanzie difensive.

Una soluzione diversa è stata adottata dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi (*Hoge Raad*), con la decisione del 13 giugno 2023⁵⁴ su domanda pregiudiziale della Corte distrettuale dei Paesi Bassi Settentrionali.

Il caso in questione presenta profili peculiari rispetto agli altri, in quanto le autorità olandesi, facendo parte delle SIC, hanno partecipato attivamente alle attività di indagine, le quali sono state autorizzate mediante appositi provvedimenti emessi dal giudice competente.

Orbene, la Corte olandese, pur trovandosi in una situazione di favore rispetto alle altre corti nazionali, poiché nei procedimenti sottoposti al suo esame non emergevano particolari criticità in ordine all'acquisizione probatoria, ha ritenuto opportuno formulare delle conclusioni di portata più ampia.

⁵¹ <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2022/2022038.html>.

⁵² T. ZAPPÀ, *La sorte del diritto di difesa*, cit.

⁵³ S. RAGAZZI - F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate*, cit., p. 210 ss.

⁵⁴ <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2023:913>.

In primo luogo, ha chiarito che, quando le indagini vengono condotte da autorità straniere, si applicano i requisiti previsti dal diritto olandese per l'adozione della misura investigativa solo se l'iniziativa è della stessa autorità olandese. Invece, l'autorizzazione preventiva del giudice nazionale non è necessaria nel caso in cui le indagini si svolgano o siano già state svolte dalle autorità straniere, e queste rendano disponibili i risultati delle investigazioni. Opera, così, una presunzione di legittimità della raccolta dei dati esteri, potendo questa essere sindacata dal giudice olandese unicamente quando emergano evidenti segnali di inaffidabilità dei dati o di illegittimità del metodo di raccolta degli stessi.

In secondo luogo, ha stabilito che in caso di acquisizione di materiale probatorio da un altro Stato, il giudice nazionale deve partire dall'assunto che la raccolta dei dati sia avvenuta in maniera affidabile, mentre è tenuto a esercitare un vaglio di affidabilità solo quando emergano concrete indicazioni di inaffidabilità o laddove le modalità di acquisizione siano rilevanti per la valutazione della prova ai fini del rispetto delle garanzie del giusto processo.

In terzo luogo, la Corte ha sottolineato che, pur non essendo previsto dal codice di rito olandese, il pubblico ministero può comunque richiedere un'autorizzazione preventiva al giudice per lo svolgimento di attività investigative particolarmente invasive o non disciplinate dall'ordinamento nazionale⁵⁵.

La decisione della Corte Suprema olandese evidenzia, quindi, una chiara distinzione tra la responsabilità delle autorità straniere che conducono le indagini e il ruolo del giudice nazionale nella valutazione della legittimità (*ex ante* e/o *ex post*) e dell'utilizzabilità delle prove.

Infine, risulta più restrittivo l'orientamento della Corte Suprema austriaca⁵⁶. Quest'ultima, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁷, ha affermato, in maniera netta, che le prove raccolte da autorità investigative straniere su dispositivi mobili situati in Austria non possono essere utilizzate quando i metodi impiegati non siano consentiti dal diritto nazionale.

La pronuncia si distingue dalle altre perché compie un passo ulteriore rispetto alla giurisprudenza tedesca e olandese: la Corte, infatti, ha sottolineato che l'autorità emittente l'OEI deve fornire al pubblico ministero austriaco informazioni sufficienti per consentirgli di valutare in concreto le modalità di raccolta dei dati e, conseguentemente, la loro utilizzabilità processuale. Inoltre, ha precisato che la legge austriaca non concede al pubblico ministero alcuna discrezionalità nell'autorizzare provvedimenti investigativi. Infatti, qualora questi ultimi non risultino compatibili con l'ordinamento austriaco, l'utilizzo delle prove deve essere categoricamente escluso, evitando così che le garanzie interne possano essere aggirate mediante il ricorso a canali investigativi esteri⁵⁸.

In definitiva, il criterio dirimente individuato dalla Corte Suprema austriaca consiste nell'accertare se la misura investigativa sarebbe stata legittima anche secondo la *lex fori* dell'ordinamento in cui i dati vengono utilizzati, riaffermando così la centralità del principio di legalità e la non sacrificabilità delle tutele difensive.

La rilevanza di tale pronuncia può essere apprezzata oltre i ristretti confini nazionali, poiché sancisce con fermezza la non elusività delle garanzie legali interne a fronte di misure

⁵⁵ S. RAGAZZI - F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate*, cit., p. 211 ss.

⁵⁶ Suprema Corte austriaca (OGH *Entscheidung*), sent. n. 14Os107, del 5 novembre, 2024; Suprema Corte austriaca (OGH *Entscheidung*), sent. n. 11Os129, del 13 novembre, 2024.

⁵⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sent. C-670/22, del 30 aprile 2024, cit.

⁵⁸ C. LÖDDEN, *Austrian Supreme Court Rules on the Use of SkyECC-Evidence Collected by Foreign Authorities*, in *Joint defense team*, 2025.

investigative segrete idonee adottate da autorità straniera e idonee a incidere sui diritti fondamentali.

In conclusione, dal confronto tra le pronunce esaminate emerge un quadro europeo eterogeneo: la Germania tende a privilegiare le esigenze investigative, l'Austria adotta un rigoroso rispetto delle garanzie interne, mentre i Paesi Bassi seguono una posizione intermedia, riconoscendo la legittimità dei dati esteri, ma prevedendo verifiche di affidabilità qualora ciò sia necessario a garantire il rispetto del giusto processo. Tali differenze evidenziano la significativa variabilità nel trattamento delle prove digitali e sottolineano l'importanza di un continuo dialogo giurisprudenziale a livello europeo finalizzato a bilanciare efficacia investigativa e tutela dei diritti fondamentali.

5. *La Corte di Cassazione sull'acquisizione probatoria transnazionale: soluzioni annunciate, diritti compromessi*

Nel panorama nazionale italiano, assumono particolare rilievo le due sentenze c.d. gemelle⁵⁹ della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, chiamata a pronunciarsi sulla questione in esame nel tentativo di fornire un orientamento unitario. Il tema, infatti, era stato già più volte sottoposto all'attenzione delle sezioni semplici, le quali avevano adottato soluzioni tra loro difformi, dando luogo a significative oscillazioni giurisprudenziali⁶⁰.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi su due questioni. La prima ha riguardato la qualificazione giuridica degli atti trasmessi dalla Francia e, successivamente, acquisiti dal pubblico ministero italiano tramite ordine europeo di indagine.

A tal proposito, la Corte ha ricondotto tale attività nell'ambito delle intercettazioni, ritenendo applicabile l'art. 270 c.p.p. e riconoscendo al pubblico ministero la possibilità di acquisire i dati in parola senza necessità di una preventiva autorizzazione da parte del giudice competente per il nuovo procedimento⁶¹.

La Cassazione ha fondato la sua conclusione sul principio, consolidato a livello interno, secondo cui il pubblico ministero può chiedere e ottenere la disponibilità di prove già formate in un determinato processo per produrle in un altro, anche se originariamente soggette ad autorizzazione del giudice. Secondo questa impostazione, dunque, gli atti oggetto di ordine europeo d'indagine, in quanto prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione, possono essere legittimamente richiesti e acquisiti dal pubblico ministero italiano, anche se l'attività acquisitiva svolta in un altro stato è avvenuta senza alcuna preventiva autorizzazione giudiziale.

È evidente, però, che le garanzie riconosciute dal nostro ordinamento potrebbero non essere previste con la stessa intensità in altri ordinamenti, nei quali l'accesso ai dati può avvenire secondo procedure meno rigorose, con conseguente rischio di un abbassamento del livello di tutela interno qualora dette tipologie di prove fossero automaticamente utilizzabili nel processo penale italiano.

⁵⁹ Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024, n. 23755, in *Cass. Pen.*, 2024, p. 2553 ss.; Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024, n. 23756, *ivi*, p. 2575 ss.; M. DANIELE, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *Sist. pen.*, 2024, p. 1.

⁶⁰ L. FILIPPI, *Criptofonini Sky-Ecc e messaggi criptati: la Corte di Cassazione attua i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite*, in *Pen. dir. proc.*, 2024, p. 2 ss.; F. GIUNCHEDI, *Sezioni unite e acquisizione di dati dalla piattaforma Sky ECC: soluzioni formalmente ineccepibili, ma lesive dei diritti di difesa e del contraddittorio tecnico*, in *Proc. pen. giust.*, 2025, p. 91; G. GUAGLIARDI, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati*, *cit.*, p. 32; L. PELLI, *Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, p. 1084 ss.; T. ZAPPÀ, *La sorte del diritto di difesa*, *cit.*

⁶¹ F. GIUNCHEDI, *Sezioni unite e acquisizione di dati dalla piattaforma Sky ECC*, *cit.*, p. 93; L. PELLI, *Sezioni Unite*, *cit.*, p. 1086.

Un'ipotesi ancor più controversa è rappresentata dall'eventualità in cui – mediante l'utilizzo dell'OEI quale strumento volto a eludere le garanzie interne – il pubblico ministero deleghi all'autorità estera lo svolgimento di attività probatorie che, nell'ordinamento italiano, presupporrebbero un provvedimento autorizzativo del giudice, che verrebbe così evitato. In questa prospettiva, il ricorso all'OEI rischierebbe di tradursi in una vera e propria “scorciatoia probatoria”⁶², suscettibile di sacrificare in modo sproporzionato, per esigenze di natura investigativa, la protezione dei diritti fondamentali, soprattutto in una fase storica caratterizzata dal crescente impiego di strumenti tecnologicamente sofisticati e altamente invasivi.

La seconda questione ha riguardato il rispetto delle garanzie difensive. Sul punto, le Sezioni Unite hanno ritenuto non necessario rendere accessibile alla difesa l'algoritmo utilizzato per la decrittazione, escludendo qualsiasi rischio di alterazione dei dati, in quanto l'eventuale utilizzo di una chiave errata avrebbe determinato una mancata decrittazione, e non già una decrittazione inesatta.

Non del tutto convincente si rivela l'impostazione seguita dalla Cassazione nella parte in cui esclude la possibilità per la difesa di esercitare un controllo tecnico sulla prova digitale, realizzando, in questo modo, quella che è stata efficacemente definita una “tirannia tecnologica”⁶³, in cui non sono tanto i principi giuridici a determinare le modalità di acquisizione e utilizzazione della prova, quanto piuttosto la concreta conformazione tecnica del dato digitale, che finisce per condizionare in maniera irreversibile la realtà processuale⁶⁴.

Questo assunto si traduce inevitabilmente in una compressione del principio del giusto processo, poiché l'impossibilità di accesso ai dati non consente alla difesa neppure di nominare consulenti di parte e di instaurare un contraddittorio effettivo, indispensabile per la corretta valutazione probatoria.

In definitiva, pare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione abbiano affrontato con eccessiva rapidità una questione di particolare delicatezza, che avrebbe invece richiesto probabilmente un'analisi più attenta. Colpisce, in particolare, la mancata valorizzazione dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *EncroChat*, ove è stato affermato che il diritto di difesa postula la possibilità per le parti di formulare efficacemente le proprie osservazioni sulle prove potenzialmente decisive, elevando tale garanzia a condizione stessa di utilizzabilità.

L'intervento della Cassazione, così configurato, non appare pertanto idoneo ad assicurare il pieno rispetto dei diritti fondamentali che costituiscono l'architrave del processo penale: il diritto di difesa (art. 24 Cost.), il diritto al giusto processo (art. 111 Cost.) e la tutela della vita privata (art. 8 CEDU). L'approccio adottato rischia, infatti, di compromettere non solo le garanzie degli imputati, ma anche quelle dei soggetti terzi, le cui comunicazioni possano risultare, sia pure in via mediata, oggetto di attività investigative⁶⁵.

⁶² L'espressione è di L. MARAFIOTI, *Sezioni Unite e tirannie tecnologiche*, cit., pp. 8 e 9.

⁶³ L. MARAFIOTI, *Sezioni Unite e tirannie tecnologiche*, cit., p. 11.

⁶⁴ A. BARBIERI, *I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine*, in *Giur. pen.*, 2023, p. 4 ss.

⁶⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, Contrada c. Italia, ricorso n. 2507/19, del 23 maggio 2024, in *Cass. Pen.*, 2024, p. 2828 ss. Cfr. T. BENE, *Le garanzie procedurali a tutela della posizione del soggetto terzo in procedure di ablazione del diritto di proprietà*, in *Proc. pen. giust.*, 2025, p. 995 ss; S. LORUSSO, *Nessun dubbio (per la CEDU) sull'uso distorto delle intercettazioni lesivo dei terzi estranei al procedimento*, in <https://www.la-legislazione-penale.eu/nessun-dubbio-per-la-cedu-sulluso-distorto-delle-intercettazioni-lesivo-dei-terzi-estranei-al-procedimento-sergio-lorusso/>, 2025; E. SCORZA, *Diritto al rispetto della vita privata, procedimento penale e mezzi di ricerca della prova: la Corte EDU si pronuncia sulla tutela dei terzi*, in *Cass. Pen.*, 2024, p. 2840.

7. Conclusioni

L'analisi sin qui condotta evidenzia un panorama giurisprudenziale estremamente complesso e articolato, in cui le operazioni di *hacking* di massa sulle piattaforme criptate hanno rappresentato un banco di prova cruciale per i sistemi processuali nazionali, chiamati a confrontarsi con le sfide derivanti dalla digitalizzazione delle indagini.

La cooperazione giudiziaria e investigativa a livello europeo ha consentito un contrasto efficace alle reti criminali di rilevanza internazionale, trovando nell'utilizzo dell'OEI uno strumento indispensabile per rendere più incisiva la collaborazione tra le autorità di diversi paesi. Tuttavia, la questione relativa all'ammissibilità delle prove acquisite mediante tecniche investigative tecnologicamente avanzate rimane uno dei nodi più problematici del processo penale contemporaneo, anche alla luce delle ricadute che l'utilizzo di tali strumenti produce sulla tutela dell'indagato, incidendo in modo significativo sul diritto di difesa e dei terzi.

In questo contesto, infatti, sono stati acquisiti e resi utilizzabili – anche nei confronti di autorità straniere – dati e comunicazioni riferibili a soggetti estranei alle attività illecite oggetto di indagine, ai quali non è stata riconosciuta alcuna facoltà di opporsi all'uso delle informazioni raccolte, né tantomeno di chiederne la cancellazione, anche nelle ipotesi in cui tali dati si sono rivelati ininfluenti per lo svolgimento delle indagini.

Le soluzioni proposte dalle varie corti, nazionali e sovranazionali, si sono rivelate poco incisive e non pienamente idonee a garantire un equilibrio tra esigenze investigative e rispetto delle garanzie processuali. Risulta, dunque, necessario un ripensamento dell'approccio adottato dalla giurisprudenza, volto a riaffermare il valore dei principi costituzionali e sovranazionali in tema di giusto processo.

In una prospettiva *de jure condendo*, se l'adozione di un codice di procedura penale europeo appare al momento un obiettivo ambizioso e di difficile realizzazione, risulta auspicabile il raggiungimento di un maggiore grado di armonizzazione delle norme procedurali relative alla raccolta e all'utilizzabilità delle prove tra i diversi ordinamenti nazionali. Ciò consentirebbe di agevolare la circolazione tra Stati membri senza pregiudicare gli *standard* di tutela del giusto processo né lasciare eccessivi spazi di discrezionalità suscettibili di tradursi in forme di arbitrio interpretativo.

Intanto, *de jure condito*, è essenziale che i tribunali nazionali, nella valutazione dell'ammissibilità delle prove, esercitino un controllo rigoroso sul rispetto dei diritti fondamentali, assicurando che le acquisizioni probatorie avvengano nel pieno rispetto delle norme procedurali e delle garanzie difensive, anche dei soggetti terzi eventualmente coinvolti.

ABSTRACT: *Evidence Gathering in Transnational Investigations: Judicial Cooperation and Defensive Guarantees*

The use of encrypted messaging services such as Ecrochat and SkyEcc by organized crime has posed new challenges in terms of privacy protection and procedural guarantees. The investigations, launched by the French Gendarmerie and culminating in the decryption of thousands of conversations through hacking, have raised sensitive questions about the admissibility and legitimacy of the evidence obtained. This article analyzes the issue, starting with the supranational level, where it examines the guidelines of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, which, despite reaching

different conclusions, show a gradual adaptation of conventional guarantees to digital evidence. Secondly, the analysis focuses on the national level and, in particular, on the rulings of the Supreme Courts of some of the states involved, such as Germany, the Netherlands, Austria, and, most recently, Italy, where the Court of Cassation has adopted an approach that is not fully in line with the respect for defense guarantees. The issues addressed highlight the complexity of balancing investigative needs and fundamental rights, highlighting the need for harmonized regulatory intervention at the European level.

VINCENZO PILLITTERI*

TUTELA DEL TERZO E PRINCIPIO DEL *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NELLA PROCEDURA PENALE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio *del nemo tenetur se detegere* nel contesto internazionale e convenzionale. – 3. L'Ordine Europeo d'Indagine penale e le rogatorie attive e passive. – 4. Regole e limiti alla prova penale nel diritto eurounitario. – 5. La tutela del terzo. – 5.1. Efficacia del diritto al silenzio nella cooperazione giudiziaria penale. – 5.2. Il diritto al silenzio nell'ambito della responsabilità da reato degli enti ex D. Lgs. 231/01. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Poche attenzioni vengono mostrate verso la tutela del soggetto terzo nel contesto del “processo penale convenzionale”, soprattutto in un ambito in cui la transfrontalierità delle condotte ha evidenziato un intensificarsi di rapporti commerciali fra Stati europei. Tale posizione soggettiva impone di valutare la garanzia principale riconosciutagli: la tutela da autoincriminazione esercitata per mezzo del diritto al silenzio. Il canone del *nemo tenetur se detegere* rappresenta, nel contesto europeo, un principio base delle garanzie processuali¹. Le origini storiche di tale principio, tuttavia, sono state oggetto di una pluralità di ricerche nella letteratura anglo-americana² attraverso l'analisi della giurisprudenza sviluppatasi nel tempo.

Sul punto, possono individuarsi due scuole di pensiero. Secondo la prima posizione storica, tale principio sarebbe sorto con l'abolizione, nell'ambito processuale ecclesiastico, del giuramento *ex officio*³ che aveva quale unico fine quello di coartare la volontà dell'imputato e costringerlo a rispondere per il fatto contestato. L'istituto venne ulteriormente utilizzato dinanzi alla *Court of High Commission* la quale costituiva, durante il regno dei Tudor, organo giudiziario che, a differenza dei tribunali ecclesiastici, aveva poteri coercitivi sull'imputato. La peculiarità procedurale è da rinvenire nell'assenza di una incolpazione, tanto che il giuramento *ex officio* veniva applicato anche a fronte di generiche notizie apprese dal pubblico⁴. Secondo la ricostruzione storica avanzata da illustri giuristi è necessario evidenziare che, secondo il pensiero di una parte di essi, l'origine del *se detegere* è da individuare nel pensiero di Sir. Edward Coke attraverso una maggiore evoluzione dei sistemi di *common law*, tanto da dar vita ad un conflitto di giurisdizione tra quella ecclesiastica ed il *common law*.

* Avvocato penalista.

¹ Cfr. C. cost., 1° febbraio 1982, n. 9 che qualifica il diritto di difesa in termini di vero e proprio diritto di libertà.

² *Ex plurimis*, R.H. HELMHOLZ, *The privilege against self-incrimination. Its origins and development*, Chicago, 1997; J.H. WIGMORE, *Nemo tenetur seipsum prodere*, in *Harvard law review*, 1891, p. 71.

³ J.H. WIGMORE, *Nemo tenetur seipsum prodere*, cit., p. 85; L.W. LEVY, *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*, New York, 1968, pp. 216-218 e pp. 301-309.

⁴ W.J. STUNTZ, *The substantive origins of criminal procedure*, in *The Yale law journal*, 1995, p. 412.

inglese che pose fine alle corti ecclesiastiche nel 1640. Ovviamente, l'abolizione di tali tribunali portò ad un abbandono dell'istituto in esame.

Tuttavia, poco chiara rimane la modalità dell'ingresso del *se detegere* nella giurisdizione di *common law*. Difatti, almeno sino alla seconda metà del diciannovesimo secolo, il diritto al silenzio dell'imputato non veniva considerato come una prerogativa difensiva. Ciò in quanto, il modello processuale, all'epoca vigente, era fondato sull'assenza della difesa tecnica e, quindi, sull'unica strategia difensiva delle dichiarazioni dello stesso imputato. Pertanto, secondo la letteratura d'oltreoceano, la nascita del *se detegere*, benché presente nella riflessione giuridica, avrebbe visto una concreta attuazione solo con l'ingresso della difesa tecnica davanti alle corti di *common law*. In particolare, si evidenzia come una prima forma di diritto al silenzio avrebbe trovato applicazione al fine di eliminare alcune fattispecie di diritto penale sostanziale, quali ad esempio il reato di eresia, ritenute come ingiuste⁵. Successivamente, si ebbe un ampliamento, seppur timido, delle applicazioni giurisprudenziali del *se detegere* durante gli anni della “*glorious revolution*” del 1688, nei quali emerse il privilegio in parola soprattutto in relazione alle produzioni documentali autoincriminanti. Il punto di svolta si ha nel 1776 con l'indipendenza delle colonie inglesi site nel Nordamerica e, più nello specifico, con l'entrata in vigore della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Invero, il *se detegere* trova una esplicita previsione nel V emendamento della citata Costituzione, il quale prevede il diritto al giusto processo ma anche il diritto al silenzio contro dichiarazioni autoincriminanti dell'imputato nel processo penale («nessuno...in nessun processo penale potrà essere costretto a testimoniare contro sé medesimo»); tale postulato viene, altresì, tutelato, in via indiretta, dal IV emendamento come esplicitazione processuale del diritto alla *privacy*. La dottrina penalistica ha dedicato un ampio dibattito, sia sostanziale che processuale, tanto da metterne in alcuni casi in discussione anche una giustificazione costituzionalmente orientata del *privilege*.⁶

Infine, giova evidenziare come il principio costituzionale del diritto al silenzio, nel sistema statunitense, venne, tuttavia, limitato alle sole persone fisiche. Difatti, nel celebre caso *Hale vs. Henkel* del 1906 la Corte Suprema ha radicalmente escluso l'applicazione a favore delle *corporations* del privilegio contro l'autoincriminazione. Anche nella dottrina processual-penalistica tale concetto ha trovato dei pieni sostenitori che hanno posto l'attenzione delle loro tesi, da un lato, rilevando che il diritto al silenzio funge da garanzia tra la posizione dell'accusa, che agisce attraverso ampie risorse investigative e quella del singolo soggetto⁷, e, dall'altro, riportandosi alla presunzione di innocenza.⁸ A fronte di tale ultima posizione, che basa la propria tesi sulla mancanza di obblighi per l'imputato, la *presumption of innocence*, unitamente a quelli dell'onere della prova e del ragionevole dubbio (c.d. regola B.A.R.D.⁹), impone una visione duplice: l'imputato può liberamente non collaborare alla formazione della prova e il giudice non deve assumere un atteggiamento colpevolista. Tale breve disamina nel sistema di *common law* pone un'attraente necessità di compararla con lo sviluppo nel sistema penale italiano. Infatti, se nel panorama statunitense il principio si è

⁵ A. DONOGAN, *The right not to incriminate oneself*, in *Social Philosophy and policy*, 1984, pp. 143-144.

⁶ C.T. MCCORMICK, *Some problems and developments in the admissibility of confessions*, in *Texas law review*, 1946, p. 277 s. Fra le tesi favorevoli alla conservazione del principio, cfr. E.N. GRISWOLD, *The fifth amendment today*, in *The Marquette law review*, 1956, p. 191.

⁷ M. S. GREEN, *The privilege's last stand: the privilege against self-incrimination and the right to rebel against the state*, in *Brooklyn law review*, 1999, p. 650.

⁸ S.E. SUNDBY, *The reasonable doubt and the meaning of innocence*, in *Hastings law journal*, 1989, pp. 459-461.

⁹ Per una disamina sul punto si veda A. MANNA – V. PILLITTERI, *Il processo relativo alla c.d. trattativa stato-mafia come espressione del “diritto penale del nemico”*, in *Dir. di Difesa*, 4, 2022, p. 824.

posto in relazione sia al diritto penale sostanziale e alla teoria generale del reato oltre che al sistema prettamente processuale, in Italia la letteratura sostanzial-penalistica ha elaborato proprie tesi a partire dagli anni '80, elevando, da un primo punto di vista, tale principio a rango costituzionale contenuto nel più ampio diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost., e d'altra visuale, nell'art. 384 c.p. in base al quale «non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore»¹⁰. Secondo tale tesi, la norma costituzionale opererebbe soltanto a livello endo-processuale, essendo limitata «ad ogni stato e grado del procedimento», mentre la norma codicistica avrebbe un'operatività extra-processuale divenendo, quest'ultima, complementare al dettato costituzionale, con la conseguenza che risulterebbe applicabile anche oltre ogni previsione prevista dalla norma sostanziale. Tale ultima considerazione ha trovato critiche da parte di altra parte della dottrina, la quale ha sostenuto che, al di là dell'aspetto tassativo previsto dall'art. 384 c.p., non appare plausibile un'applicazione del principio nel più vasto terreno del diritto penale sostanziale né potrebbe individuarsi uno stato di necessità *ex art. 54 c.p.*¹¹

Tale garanzia, nata nei sistemi di *common law* ma successivamente diffusa anche nell'Europa continentale costituisce, secondo una delle più autorevoli tesi della dottrina, un vero e proprio diritto alla libertà morale dell'individuo, tanto da richiamare teorie della dogmatica statunitense in quanto, attraverso il diritto al silenzio, si garantirebbe al cittadino non solo di evitare il pericolo di una incriminazione ma anche il proprio discredito¹². Nel sistema processuale italiano la *ratio* di tale istituto trova una piena applicazione nell'art. 63 c.p.p. in base al quale se una persona non indiziata rende dichiarazioni dalle quali emergano elementi di reità a suo carico, l'autorità procedente deve interrompere l'esame avvertendola che potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e invitandola a nominare un difensore, con la garanzia che le dichiarazioni rese non potranno essere utilizzate contro la medesima persona. Tale previsione garantista è estesa anche alla persona che avrebbe dovuto essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta ad indagini¹³.

La letteratura processual-penalistica ha già da tempo tentato di argomentare sul punto tanto da porre un più ampio ragionamento, soprattutto a livello comparativo, con i sistemi di *common law* e trarne, di conseguenza, le profonde radici dell'istituto¹⁴. Appare importante, anche ai fini del presente studio, porre la distinzione, già analizzata dalla dottrina appena citata, tra i differenti effetti conseguenti all'esercizio del c.d. *ius tacendi*, che si esplica, alternativamente, nel diritto dell'imputato di opporre una *recusatio respondendi* integrale, nel privilegio contro l'autoincriminazione, posto quale deroga alla risposta secondo verità, e nel c.d. *right not to be questioned*, il quale, secondo l'Autrice, si identificherebbe in un vero e proprio diritto dell'accusato di un rapporto dialogico con l'autorità giudiziaria. Tale tesi, che in verità richiama quanto già affermato da altra autorevole dottrina¹⁵, ripropone il "diritto al silenzio"

¹⁰ M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174 e ss.

¹¹ A. PERINI, *Ai margini dell'esigibilità, nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1999, I, p. 538 e ss.; sul punto cfr. anche D. PULITANO, *Nemo tenetur se detegere: Quali profili di diritto sostanziale?*, in *Aa.Vv., Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, 2000, I, p. 452.

¹² G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, III, Milano, 1997, p. 253. L'Autore, per la tesi riportata nel testo, cita gli interpreti della stessa quali il giudice Field nel processo *Brown vs Walker*, il Prof. M. Franklin e il giudice W. O. Douglas, allora membro della Corte Suprema.

¹³ L. GIULIANI, G. ILLUMINATI, *art. 63*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, IV ed. 2025, p. 205 ss.

¹⁴ E. M. CATALANO, *Diritto al silenzio, Right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4018 e ss.

¹⁵ E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 412.

avente una portata generale tale da consentire una non collaborazione con l'autorità giudiziaria. Tale polivalenza porta a restringere il tema del *nemo tenetur*, in ordine al rifiuto della parte di produrre *contra se instrumenta propria*, fino alla falsa testimonianza di chi vi sia stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo da un grave nocumento nella libertà o nell'onore¹⁶. È proprio questo l'oggetto del presente studio da approfondire in relazione all'impatto dell'autoincriminazione del terzo rispetto alle parti processuali nel contesto europeo e internazionale. Si tratta di una prospettiva comparata e di una ricerca delle fonti del "nuovo processo penale europeo" che deve specchiarsi, quasi narcisisticamente, nel lago dei principi di tutela del terzo rispetto al processo dell'imputato. Più in particolare, i rapporti economici nascenti dall'assenza dei confini commerciali portano, sempre più, ad una velocità di interscambio di informazioni processuali che non possono non tenere conto dei principi costituzionali e sovranazionali della tutela della persona oltre che degli enti commerciali, nella prospettiva del superamento del divieto imposto dal brocardo *societas delinquere non potest*. Il presente studio, dunque, si propone di approfondire il principio del "diritto al silenzio" nella prospettiva europea del processo penale e stabilirne i limiti dell'ordinamento nazionale e il rispetto di quello sovranazionale.

L'analisi della giurisprudenza italiana è stata determinata da alcuni interventi da parte della Corte costituzionale che hanno basato le decisioni sia sulla presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. sia sull'art. 24 Cost. A titolo esemplificativo potrebbe citarsi la pronuncia n. 111 del 2023 in relazione alle informazioni sui beni patrimoniali e sulle condizioni individuali, familiari o sociali nonché sull'esercizio di uffici o servizi pubblici; ciò in relazione alle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio, identificati come avvertimenti ai sensi dell'art. 64, comma 3, c.p.p. Invero, la meno recente pronuncia sostenuta da Corte Cost. n. 169 del 1994 si era spinta a ritenere che il principio del *nemo tenetur* processuale potesse arrivare fino al mendacio; tale decisione ha trovato un limite successivo proprio nella citata sentenza n. 111 del 2023.

Certamente, appare pregevole che, nella sentenza n. 179 del 1994, il diritto di mentire viene ritenuto come una forma di manifestazione del diritto di difesa non ostandovi alcun obbligo di dire la verità.

Da tale premessa è necessario porre le basi per l'applicazione del suddetto principio anche al terzo non incolpato che, attraverso la propria collaborazione, potrebbe avere la certezza o la possibilità di un'autoincriminazione.

2. Il principio del *nemo tenetur se detegere* nel contesto internazionale e convenzionale

La premessa formulata pone, sin da subito, una sete cognitiva soprattutto nella convergenza del principio citato rispetto ad un campo processuale poco esplorato: il processo penale europeo tanto ampio quanto pragmaticamente evanescente. Eppure, si tratta della nuova frontiera procedurale da analizzare e poter verificare empiricamente a fronte di una collaborazione fra Sistemi, soprattutto in relazione ai mezzi di prova.

Prima di approcciarci al *thema disputandum*, è necessario evidenziarne le basi processuali. Si tratta, in fondo, di comprendere se, cognitivamente, esista un sistema processuale penale europeo e come lo stesso venga ad attuarsi per i singoli Stati membri.

¹⁶ V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972, p. 3 ss.

Preliminarmente, occorre citare la nozione tipicamente sostanzialista di “reato transnazionale” che costituisce una pressante deroga al dogma che impone un’attribuzione singolare dei reati alla sovranità degli Stati; con ciò apportando anche una prospettiva processuale più ampia rispetto alla confinata previsione codicistica che aveva relegato il codice di rito penale, anche nella sua ultima versione, che porta il nome dell’allora Ministro della Giustizia Sen. Giuliano Vassalli. Tale autorevole rappresentante della dottrina aveva già da tempo anteposto, seppur in tema di estradizione, l’ottica della cooperazione internazionale in materia penale dalla quale sarebbero dovuti nascere i vincoli alla potestà punitiva degli Stati. Con ciò evidenziando che, all’epoca, gli Stati fossero poco propensi a riconoscere limitazioni della propria sovranità in materia penale, soprattutto quando queste derivano dall’esterno ed anche rispetto alla condizione di «impotenza di fronte al soggetto che in linea di principio esso sarebbe abilitato a perseguire, processare e punire»¹⁷. Pertanto, la più recente nozione di reato transnazionale, configurata dall’art. 3 l. 146/2006¹⁸, ha, di conseguenza, accentuato la funzione di cooperazione giudiziaria, che parte della letteratura distingue tra la nozione classica di “cooperazione giudiziaria internazionale a connotato orizzontale”, rispetto alla giustizia penale internazionale quale quella svolta dalla Corte penale internazionale, e la giustizia penale sovranazionale strutturata in ambito comunitario europeo per i reati posti a tutela degli interessi finanziari dell’Unione che, tuttavia, riconosce una certa riserva di giurisdizione nazionale¹⁹. Il vigente codice di rito penale, nel libro XI, dal titolo «Rapporti giurisdizionali con autorità straniere», ha profilato una struttura topografica normativa attraverso tre titoli: il II («Estradizione»), il III («Rogatorie internazionali») e il IV («Effetti delle sentenze penali straniere. Esecuzione all’estero di sentenze penali straniere»). In via preliminare, è stato inserito dall’art. 3, D.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, anche il Titolo I-*bis* attinente ai principi del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari fra Stati della U.E. (artt. 696-*bis* – 696-*decies* c.p.p.). L’ultimo indirizzo del legislatore è apparso improntato, in termini di continuità, alla rilevanza della cooperazione giudiziaria tra Stati membri, attraverso gli inserimenti di nuovi articoli dedicati esclusivamente alla collaborazione eurolunitaria. Tale preliminare introduzione impone un passaggio attraverso il sindacato giurisdizionale sulla prova acquisita all’estero e, dunque, sulla tutela del terzo appartenente ad uno Stato che costituisce, spesse volte, il soggetto da sottoporre al vaglio dispositivo dell’autorità degli altri singoli Stati.

A tal fine, occorre citare il c.d. Ordine Europeo di Indagine (O.E.I.), introdotto ai sensi dell’art. 2, lett. a), D. Lgs. n. 108/2017, il quale costituisce il provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall’autorità giudiziaria di uno Stato membro dell’Unione europea, per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di

¹⁷ G. VASSALLI, *Specialità dell’extradizione e perseguibilità dell’azione penale*, in *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1997, pp.421 e ss.

¹⁸ Art. 3 legge 146/2006: «Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:

a) sia commesso in più di uno Stato;
 b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;
 c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
 d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.»

¹⁹ M. CHIAVARIO, A. PERDUCA, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Torino, 2022, p. 2.

un altro Stato membro dell'Unione, ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili. Più in particolare, la richiesta di assistenza per mezzo dell'O.E.I. costituisce un idoneo strumento di reperimento di prove oltre i confini nazionali, purché utilizzabili nello Stato in cui si svolge il processo²⁰ e ciò al fine di evitare un automatismo di utilizzabilità della prova che, laddove acquisita all'interno del medesimo contesto nazionale, sarebbe invalida.

Oltre a tale istituto di recente elaborazione legislativa, occorre anche far menzione delle rogatorie attive e passive previste agli artt. 723 e ss. c.p.p., nelle quali si pongono anche due questioni sul medesimo quesito: per lo Stato richiesto, l'ampiezza dell'ammissibilità preliminare degli atti richiesti (artt. 623-626 c.p.p.) e, per lo Stato richiedente, l'utilizzabilità delle prove a fronte dell'ordinamento nazionale e del singolo procedimento (artt. 727-729 *quinquies* c.p.p.) di cui si approfondirà meglio la questione successivamente. Senza allo stato perpetuare la trattazione di tale interessante questione, la stessa merita menzione al fine di porre le basi alla materia della tutela dei terzi rispetto al processo penale sotto un duplice profilo: dall'autoincriminazione e dalla eventuale conseguenza processuale che, dal mancato rispetto delle regole processuali per le quali è prevista una sanzione di invalidità, possa emergere l'inutilizzabilità della prova che, in molti casi, costituisce il nucleo istruttorio del processo stesso.

Ai fini del presente lavoro, la prima regola di tutela citata costituisce la conseguenza dell'osservanza o della violazione del più generale principio del *nemo tenetur se detegere* ovvero del "diritto al silenzio" che può essere impersonato, sotto il profilo soggettivo, dall'imputato/indagato o dal terzo estraneo al procedimento. L'art. 7, par. 5, Direttiva UE 2016/343 disciplina proprio tale diritto, limitatamente all'imputato o all'indagato. Occorre domandarsi se tale postulato costituisca un alto rango valoriale da applicare attraverso le norme processuali oppure possa rientrare nel contesto di un ben più ampio brocardo di rango gerarchico. In effetti, l'art. 6, par. 2 CEDU e la Direttiva UE 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo, diramano tale fonte attraverso due profili: l'inosservanza del diritto di non collaborazione e il divieto di utilizzazione come prova dell'esercizio del diritto al silenzio. A livello convenzionale la nozione di "presunzione di innocenza" viene inquadrata all'interno della più ampia nozione di "equo processo" tanto che le *quaestiones* sul tema vengono trattate unitamente al par.1 CEDU²¹; la *ratio* di tale scelta e, dunque, della evidente garanzia, è posta a presidio del rispetto del diritto di difesa, tanto che tale principio è stato, precedentemente, sancito dall'art. 14, par. 2 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966 e dall'art. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Da un punto di vista giurisprudenziale, la presunzione è stata garantita anche nel contesto dell'istituto della c.d. "estradizione passiva" nel punto in cui la Corte europea ha ritenuto che il provvedimento non possa contenere affermazione di colpevolezza dell'accusato sulla premessa che l'accertamento di responsabilità sia rimesso allo Stato richiedente²². Nessun dubbio può, pertanto, residuare nel fatto che il diritto a non contribuire alla propria incolpazione costituisca una proiezione della "presunzione di innocenza". Tale principio appare estendersi ad ogni ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea, tanto per

²⁰ E. SELVAGGI, *Ventiquattro anni di cooperazione giudiziaria*, in Cass. pen., 2020, p. 2034.

²¹ Corte Edu, Previti c. Italia, 2.

²² Corte Edu, 24 aprile 2008, Ismoilov e altri c. Russia, par.162 e ss.

gli “Strumenti di cooperazione giudiziaria che disciplinano la materia della prova²³” quanto per gli “Strumenti di cooperazione giudiziaria che disciplinano la materia della prova in senso lato²⁴”. Tali istituti hanno quale fonte il c.d. Programma di Stoccolma²⁵.

Detto ciò, è necessario individuare, a livello convenzionale, le regole e i limiti alla prova per poi analizzarne, conseguentemente, l'incidenza del valore del “diritto al silenzio” da parte del terzo²⁶. In linea con quanto precedentemente affermato, l'art. 7 della Direttiva UE 2016/343 (presunzione di innocenza) disciplina non soltanto tale ultimo principio *tout court* bensì anche il diritto di non autoincriminarsi e il diritto di rimanere in silenzio. La *ratio* di tale atto è costituita dal rafforzamento del diritto ad un processo penale equo ma anche quale minimo comune denominatore normativo, ai sensi dell'art. 82, par. 2, lett. b) TFUE, proprio in relazione al principio della “presunzione di innocenza”. Si è voluto, pertanto, promuovere anche la fiducia reciproca tra gli Stati membri e, di conseguenza, facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale nonché favorire la libera circolazione dei cittadini. Appare evidente come una tale *ratio* sia stata fondata proprio sul c.d. Programma di Stoccolma e, segnatamente, sul punto 2.4 concernente i «diritti della persona nei procedimenti penali», tanto che lo stesso Consiglio ha invitato la Commissione europea ad «esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e valutare se sia necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore». Due aspetti possono essere posti all'attenzione del dibattito dottrinale e interpretativo, il primo dei quali sintetizzato nella previsione di limitare l'applicazione della direttiva ai soli procedimenti penali, con esclusione dei procedimenti civili e dei procedimenti amministrativi anche quando questi ultimi possano comportare sanzioni particolarmente afflittive come in materia di concorrenza, commercio, fiscalità e così via.

L'altra problematica, a dir vero quasi omessa negli approfondimenti degli studiosi, è inerente, invece, alla estensione della direttiva non soltanto alle persone fisiche ma anche alle persone giuridiche, nonostante l'art. 2 e il *considerando* n. 12 prevedano tali garanzie per i soggetti indagati o imputati in un procedimento penale. In ordine a tale ultimo tema, è necessario osservare che l'eventuale prevalenza di parte della dottrina italiana, che considera la responsabilità derivante da reato da parte degli enti *ex* D. Lgs. 231/2001 come esclusivamente penale e non anche amministrativo-penale, non può che portare all'esito scontato dell'applicazione della garanzia citata. A dimostrazione, comunque, della necessità dell'applicazione nell'ordinamento italiano di tale garanzia, vi è l'assoluta partecipazione dell'ente al procedimento penale tanto che il legislatore ha imposto un richiamo integrativo

²³ Ordine europeo di indagine penale (applicazione direttiva 2014/41 UE del 3 aprile 2014); Ordine per l'acquisizione delle prove elettroniche (Regolamento UE 2023/1543 del 12 luglio 2023) relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione delle prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione delle pene detentive a seguito di procedimenti penali; Regolamento UE in materia EPPO (2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017) relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura Europea.

²⁴ Scambio di informazioni tra autorità investigative e giudiziarie (Decisione Quadro 2006/960/GAI del Consiglio del 18 dicembre 2006) relativa allo scambio di informazioni e intelligence tra autorità degli Stati membri dell'UE; Atti acquisiti dalle c.d. squadre investigative comuni (Decisione del Consiglio 2002/465/GAI del 13 giugno 2002).

²⁵ Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela del cittadino*, in G. U. U.E., 4 maggio 2010, C. 115.

²⁶ Per maggiori approfondimenti, cfr. M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

e di compatibilità tra le scarse regole del sistema 231 e il procedimento penale attraverso gli artt. 34 e 35 del D. Lgs. 231/2001²⁷. Appare, pertanto, una *contradictio in terminis* sottoporre a processo la persona giuridica, per mezzo di tutte le regole del processo penale italiano, ma senza la copertura della garanzia della presunzione di innocenza e dei suoi diversi corollari quale il diritto al silenzio. Condivisibile sul punto è la tesi del C. E. Paliero il quale ha correttamente sostenuto che il «modello italiano di corresponsabilizzazione diretta dell'ente per il fatto-reato dei suoi rappresentanti dà vita ad un sistema *stricto sensu* punitivo»²⁸. Secondo tale impostazione, si è di fronte a “*matière pénale*” sotto l’egida della CEDU che in alcune condizioni equipara la pena c.d. criminale alle altre sanzioni²⁹.

Occorre evidenziare che anche la Corte di Strasburgo ha dato riconoscimento a tale garanzia processuale incentrando la propria definizione nella nozione di “equo processo” di cui all’art. 6, par. 1 CEDU e proprio al fine di contribuire all’esclusione di errori giudiziari³⁰. Nonostante tale fondamentale inquadramento del principio in questione, nella giurisprudenza europea si è costantemente affermato che il principio del *nemo tenetur se detegere* si esplica «nel diritto a non essere costretto a fornire elementi contra se ed è perciò intimamente correlato alla presunzione d’innocenza di cui all’art. 6 comma 2 Cedu»³¹, tanto che l’operatività di tale garanzia è scevra da limitazioni giustificate da particolari interessi pubblici nella repressione di determinati reati³². Occorre precisare che nella decisione J. Murray c. Regno Unito, la Corte ha ritenuto che, soltanto a fronte di una “coercizione impropria”, è rilevabile la violazione a livello convenzionale; sul punto, la Corte di Strasburgo ha voluto precisare che la “coercizione impropria” sussista in caso di dichiarazioni rese a seguito di minaccia di sanzioni, di costrizioni fisico-psicologiche della persona in violazione dell’art. 3 CEDU, di condotte ingannevoli finalizzate a carpire informazioni non manifestate³³. Del tutto anticipatoria, rispetto ai temi che si tratteranno nei paragrafi successivi, è proprio la decisione Funke c. Francia³⁴ che estende tale diritto al silenzio anche all’ipotesi di richiesta di produzione documentale contro l’accusato, come nei casi di ipotesi di reati tributari o fiscali le cui indagini si svolgono a livello europeo.

In chiusura, la Corte di Giustizia ha stabilito che gli artt. 47 e 48 del Carta dei diritti fondamentali dell’Unione assicurano il diritto al silenzio anche alle persone fisiche sottoposte ad un procedimento amministrativo per abuso di mercato, nel caso in cui le dichiarazioni rese da queste possano contribuire a farne emergere la responsabilità penale³⁵.

²⁷ A. MANNA, V. PILLITTERI, *sub Art. 34*, in *Codice della responsabilità da reato delle persone giuridiche ragionato*, Roma, 2025, p. 308 e ss.

²⁸ C.E. PALIERO, *La responsabilità ex crimine della persona giuridica: imputazione e sistematica*, in L. CORNACCHIA, E. D. CRESPO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti collettivi, profili dogmatici e politico-criminali ad oltre vent’anni dal d.lgs. 231/01*, Torino, 2023, p. 5 e ss.

²⁹ Per approfondimenti sulla nozione di *matière pénale*, cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

³⁰ Corte Edu, 25 febbraio 1993, Funke c. Francia, § 44.

³¹ Corte Edu, Grande Camere 8 febbraio 1996, J. Murray c. Regno Unito, par. 45.

³² E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio, riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022, p. 5 e ss.

³³ In ordine alla prima fattispecie cfr. Corte Edu, 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito; alla seconda ipotesi cfr. Corte Edu, 11 luglio 2006, Yalloh c. Germania; alla terza Corte Edu, 5 novembre 2002, Allan c. Regno Unito.

³⁴ Corte Edu, Funke c. Francia, cit.

³⁵ Corte di Giustizia (Grande sezione), sentenza 2 febbraio 2021, causa C.481/19, DB c. Consob.

3. L'Ordine Europeo d'Indagine penale e le rogatorie attive e passive

Nel contesto della cooperazione europea, sulle basi del Programma di Stoccolma, appare emergere una prima conseguenza interpretativa dell'orientamento convenzionale basato su di un criterio di assistenza giudiziaria fondata sul mutuo riconoscimento ma finalizzata, monopolisticamente, alla repressione dei reati e non anche alle garanzie sottese al loro accertamento³⁶. Pienamente condivisibile, a fronte di tale campanello di allarme, è la sedimentazione della dottrina che da sempre ha rilevato come uno “spazio giudiziario comune” possa esistere se, contestualmente, venga sostenuto dal riconoscimento dei diritti dei soggetti coinvolti, attraverso procedure di cooperazione al fine di apporre una maggiore tutela processuale³⁷. Il mutuo riconoscimento, nel contesto strettamente probatorio, rileva, al fine del presente studio, nel caso in cui il provvedimento emesso in uno Stato europeo debba essere equiparato all'interno di altro Paese membro, anche «qualora l'ordinamento straniero possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile»³⁸; sulla base di tale impostazione risulterebbe consequenziale, apparentemente, che le prove acquisite autonomamente all'interno del contesto processuale di uno Stato europeo debbano essere valutate come ammissibili attraverso un automatismo convenzionale alla stregua della presa d'atto delle sentenze definitive emesse in uno Stato diverso da quello che le riconosca.

L'art. 1, § 1, della Dir. 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, rubricato «Ordine Europeo di Indagine e obbligo di darne esecuzione», stabilisce che «l'Ordine Europeo d'Indagine (O.E.I.) è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato di emissione») per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove conformemente alla presente direttiva. L'O.E.I. può anche essere emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione». Ed è su tale presupposto che deve incentrarsi l'attenzione dello studioso ove si consideri che in tale “trasferimento” di elementi probatori si annidano i maggiori rischi per lo Stato ricevente. Da un lato, una chiara limitazione della sovranità processuale sotto il profilo della inapplicabilità delle proprie regole di valutazione, acquisizione e utilizzabilità della prova e, dall'altro, l'estrema apertura a regole procedimentali che hanno seguito una *ratio* ordinamentale diversa. È in gioco la tutela delle garanzie individuali che costituisce il vero fondamento politico delle scelte che il legislatore ha innestato all'interno del codice di procedura penale, anche a tutela del terzo che viene escusso senza garanzie delle dichiarazioni *contra se*. Con l'introduzione dell'Ordine Europeo di Indagine penale, che in questo contesto viene solamente citato al fine di individuare un settore nel quale approfondire lo studio delle garanzie individuali, si è voluto introdurre uno strumento per dare una velocizzazione alla procedura e, nel contempo, assicurare l'ammissibilità delle prove mantenendo un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali per mezzo della reciproca fiducia tra Stati membri (cfr. Dir. 3 aprile 2014/41/UE). Più nello specifico, attraverso tale istituto procedurale, avente la forma di un provvedimento giudiziario, vengono richiesti il compimento di atti di indagine specifici nell'ambito di altro Stato membro ovvero la trasmissione di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione (Art. 1, § 1 Dir. n. 2014/41/UE). Certamente il § 4 dell'art. 1 impone il divieto di modifica dell'obbligo di rispetto di diritti fondamentali e di principi giuridici sanciti nell'art.

³⁶ O. MAZZA, *Presunzione di innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1401.

³⁷ F. ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano, 2025, pp. 21-22.

³⁸ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, COM (2000) 495 def., *Comunicazione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, par. 3.1., 4.

6 TUE, lasciando impregiudicato il diritto e la procedura penale nazionale. È proprio in tale contesto che, seppur tra i soggetti non legittimati alla richiesta, ai sensi del § 3 dell'art. 1³⁹, il terzo deve ricevere una maggiore tutela a fronte di una richiesta di “collaborazione” che possa essere già stata prestata antecedentemente all’emissione dell’O.E.I. e che risulta acquisibile ai sensi dell’art. 5 della direttiva citata e alle condizioni di cui all’art. 6. Si tratta, nello specifico, di individuare, ora per allora, una generale garanzia per il terzo che dalla sua partecipazione potrebbe rimanere incluso tra le nuove parti del processo penale in quanto “fornitore” di elementi *contra se* rilevanti sotto il profilo penale.

Tali considerazioni devono essere estese anche all’istituto della rogatoria che il codice di rito penale differenzia in attiva e passiva. Il titolo III («Rogatorie internazionali») è strutturato attraverso un ordine di trattazione in cui si distinguono le rogatorie dall’estero (artt. 723 e ss. c.p.p.), appunto dette “passive”, per il fatto che è lo Stato estero che ha richiesto la cooperazione giudiziaria dell’Italia, da quelle “attive” nella quali l’autorità italiana costituisce il soggetto richiedente rispetto allo Stato estero (artt. 727 e ss. c.p.p.). È su tale ultimo istituto che deve incentrarsi una duplice valutazione delle garanzie processuali del terzo: sotto il profilo dell’intervento ministeriale, per mezzo di un decreto con il quale il Ministro della Giustizia decide di non dar corso alla richiesta di assistenza giudiziaria ai sensi del comma 2 dell’art. 727 c.p.p. ovvero in caso di inoltro diretto da parte dell’autorità giudiziaria, ai sensi del comma 4, della medesima norma procedurale. In buona misura, si tratta di stabilire se i soggetti richiedenti possano, una volta valutata la violazione per la garanzia del terzo e, quindi, l’eventuale inutilizzabilità della prova da acquisire, inibire la procedura al fine di non acquisire una prova invalida.

In considerazione di tali ultimi quesiti, collegati anche all’O.E.I., si svilupperà una disquisizione maggiormente approfondita nel prosieguo del presente lavoro al fine di trarne anche una soluzione.

4. Regole e limiti alla prova penale nel diritto eurounitario

Occorre riprendere quanto già evidenziato dall’art. 7 della Direttiva UE 2016/343, in ordine proprio alla valutazione della prova, tanto che già in passato la letteratura è apparsa alquanto visionaria su tale tema⁴⁰. Il titolo del presente paragrafo ci introduce nel contesto del diritto alla prova e dei suoi limiti a livello convenzionale, al fine di confrontare tale complesso normativo con i diritti dei terzi che diventano titolari ovvero strumenti dell’esito probatorio finale. Come prima delineato, la Direttiva sancisce, all’art. 7, il diritto di rimanere in silenzio ed il diritto di non autoincriminarsi, considerati aspetti specifici del principio della “presunzione di innocenza”; essi, infatti, mirano ad evitare che gli indagati e gli imputati siano in qualche modo “costretti” a produrre prove o documenti ed a fornire informazioni che possano indurli ad autoincriminarsi. Ad ogni modo, l’esercizio di tali diritti – che evidentemente non possono essere invocati in relazione a domande concernenti l’identificazione dell’indagato e dell’imputato – determinano una duplice conseguenza.

La prima di queste è che le autorità giudiziarie potrebbero tenere in debito conto, al momento dell’adozione della decisione finale, il comportamento collaborativo degli indagati

³⁹ L’emissione di un O.E.I. può essere richiesta da persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi.

⁴⁰ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

e degli imputati purché non considerino l'esercizio di siffatti diritti come una prova di colpevolezza. Tuttavia, la medesima disposizione tende a porre alcuni steccati ermeneutici all'esercizio del diritto di non autoincriminarsi in quanto non risulta inibito «alle autorità competenti di raccogliere prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell'indagato o imputato». In quest'ultimo caso, si pensi, ad esempio, al materiale ottenuto sulla base di un mandato, o per il quale sussista l'obbligo per legge di conservarlo e fornirlo su richiesta, o l'analisi dell'aria alveolare espirata, del sangue o delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA (*considerando* n. 29). Ed inoltre, così come disposto nel sesto paragrafo dell'art. 7, gli Stati membri possono «prevedere che, in relazione ai reati minori, lo svolgimento del procedimento, o di alcune sue fasi, possa avvenire per iscritto o senza un interrogatorio dell'indagato o imputato da parte delle autorità competenti in merito al reato ascritto loro, purché ciò rispetti il diritto a un equo processo». Da un punto di vista ermeneutico, la medesima direttiva rimanda ai principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, più in particolare, il *considerando* n. 27 prevede che «per determinare se il diritto al silenzio o il diritto di non autoincriminarsi sia stato violato, è opportuno tener conto dell'interpretazione del diritto a un equo processo ai sensi della CEDU data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo». Sotto altro aspetto, costituisce applicazione del principio in esame l'informazione del diritto di non autoincriminarsi che gli indagati e gli imputati devono ricevere quando acquisiscono la comunicazione, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 3 e 4 della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali. Giova precisare che questi due diritti, anche se non elaborati chiaramente nel corpo dell'art. 6 CEDU, possono essere implicitamente ricavati dal comma 2 («Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata») ovvero nella libera scelta dell'accusato di non collaborare. Opzione che l'ordinamento deve prevedere, ai sensi dei par. 1 e par. 2 della Direttiva, laddove si prevede che gli Stati riconoscano agli indagati/imputati il diritto di restare in silenzio. Secondo la dottrina⁴¹ tale sistema non prevede una sanzione processuale vera e propria, sotto forma di limite alla prova che comporti l'inutilizzabilità del materiale raccolto in violazione del diritto al silenzio o di quello di non autoincriminarsi. L'art. 10 della Direttiva prevede, tuttavia, che gli Stati provvedano affinché gli indagati siano dotati di un «ricorso effettivo» in caso di violazione della medesima poi ripreso nel *considerando* 44. In particolare, sono stati individuati due rimedi: secondo il primo devono essere gli Stati membri a garantire che gli indagati e gli imputati dispongano di un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti loro conferiti. In base al secondo, fatte salve le norme e i sistemi nazionali in materia di ammissibilità delle prove, gli Stati membri devono garantire che, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove ottenute in violazione del diritto al silenzio o del diritto a non autoincriminarsi, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento. Nella prospettiva della medesima opinione, la norma legittimerebbe l'ammissione della prova e la sua valutazione senza che la giurisprudenza europea possa trarne un divieto. Una soluzione alternativa è stata inquadrata nel *considerando* 44, ove si ricava che il principio di effettività del diritto dell'Unione richiede che gli Stati membri istituiscano rimedi adeguati ed efficaci in caso di violazione di un diritto conferito alle persone dall'ordinamento dell'Unione. Un rimedio effettivo, disponibile in caso di violazione di uno qualsiasi dei diritti stabiliti nella

⁴¹ A. CABIALE, *Il limite alla prova nel diritto eurounitario e, in particolare nella Direttiva (UE) 2016/343*, in F. CASSIBA, J. DELLA TORRE, E. N. LA ROCCA, F. ZACCHÈ (a cura di), *Le nuove frontiere della presunzione di innocenza*, Milano, 2024, pp. 41-51.

direttiva, dovrebbe, per quanto possibile, avere l'effetto di porre gli indagati o imputati nella stessa posizione in cui si sarebbero trovati se la violazione non si fosse verificata, al fine di proteggere il diritto ad un giusto processo e i diritti della difesa.

Un altro aspetto della medesima garanzia costituisce la seconda conseguenza derivante dall'esplicazione del più generale "diritto al silenzio" rappresentata dal divieto di utilizzazione come prova dell'esercizio del medesimo di cui si è servito la persona interessata. Tale pericolo risulta scemato proprio dalla disposizione dell'art. 7, par. 5, il quale stabilisce che «l'esercizio da parte degli indagati e degli imputati del diritto di rimanere in silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non può essere utilizzato contro di loro e non può essere considerato prova che hanno commesso il reato in questione». Tale disposizione deve essere oggetto di interpretazione tanto che il *considerando* 28 aggiunge: «L'esercizio del diritto al silenzio o del diritto a non autoincriminarsi non dovrebbe essere utilizzato contro una persona indagata o imputata e non dovrebbe, di per sé, essere considerato una prova che la persona interessata ha commesso il reato in questione. Ciò non dovrebbe pregiudicare le norme nazionali relative alla valutazione delle prove da parte di tribunali o giudici, a condizione che siano rispettati i diritti della difesa».

Tra le diverse interpretazioni è da citare la decisione della Corte Edu, 7 aprile 2015, O'Donnell c. Regno Unito che individua il silenzio come possibile elemento da considerare unitamente al quadro d'accusa. Tuttavia, secondo l'opinione di chi scrive, l'oggetto del presente studio non rientra tra i criteri di valutazione della prova bensì nel più ampio diritto di difesa che deve trovare applicazione sin dal momento in cui il soggetto, ancora non indagato, si rapporta con l'autorità giudiziaria.

5. La tutela del terzo

Per poter approfondire l'ampiezza della tutela del terzo è necessario affermare che il "diritto al silenzio" è riconosciuto in parte anche al di fuori del procedimento penale: inchieste formalmente qualificate come amministrative secondo il diritto interno, ma ricondotte alla "materia penale" dalla Corte di Strasburgo (es. procedimento in materia di vigilanza, ispettiva ecc.). Quest'ultima ha evidenziato l'illegittimità di trasmigrazioni probatorie dalla sede amministrativa a quella penale sulla base del principio *nemo teneur se detegere* in quanto è stato ritenuto contrario ad equità processuale l'utilizzo nel processo penale della relazione del curatore fallimentare contenente le dichiarazioni autoincriminanti del fallito⁴².

Ed ancora altra decisione⁴³, è stata sollecitata dal rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale che con l'ordinanza n. 117 del 10 maggio 2019 aveva proposto l'invio al fine di far vagliare la validità della normativa di diritto secondario dell'UE (art. 14, par. 3 Dir. 2003/6/CE e succ. mod.) nella parte in cui obbliga gli Stati membri ad introdurre previsioni sanzionatorie per la mancata collaborazione. La Corte di Giustizia ha stabilito che l'obbligo in questione è circoscritto al dovere di presentarsi e a quello di non adottare comportamenti ingiustificatamente dilatori dell'audizione ma non si estende fino a divenire un obbligo di collaborazione che possa sfociare nel rilascio di dichiarazioni autoincriminanti. In esito alla

⁴² Corte Edu, 27 aprile 2004, Kensal c. Regno Unito.

⁴³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 2 febbraio 2021, Cit.

pronuncia la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 187 *quinqüiesdecies* TUF⁴⁴. Dalle considerazioni fin qui riportate non appare residuare alcun dubbio circa la sussistenza della garanzia del diritto al silenzio del terzo non indagato.

Occorre, tuttavia, procedere, alla luce della casistica prima esposta, all'analisi di due quesiti da risolvere sotto il profilo prettamente procedurale. Il primo di essi può essere semplicemente riassunto nella dubbia modalità di acquisizione del dato probatorio amministrativo ma non penale, mentre il secondo è inerente all'incertezza interpretativa di come far valere la violazione probatoria nel contesto di una rogatoria internazionale attiva, oggi meglio definita come "assistenza giudiziaria".

In ordine al primo profilo, la materia appare principalmente limitata ad una casistica inerente ai reati tributari e/o fiscali in generale, laddove, spesse volte, l'autorità giudiziaria italiana "riceve" dalla polizia giudiziaria dichiarazione e/o documenti "preconfezionati" nel contesto procedurale estero senza alcun vaglio delle garanzie sottese all'acquisizione del dato medesimo. Il riferimento è non soltanto alla mancanza di principi costituzionalizzati o previsti in fonti legislative, quanto piuttosto l'aggiramento della garanzia attraverso il "passaggio" del materiale probatorio sotto le "mentite spoglie" di documenti amministrativi non soggetti alle garanzie penali. Appare, pertanto, necessario e, dunque, acquisibile quale prova documentale *ex* art. 234 c.p.p. Ovviamente, l'indagine del presente studio deve avere quale punto di riferimento la posizione del terzo e il rischio della propria autoincriminazione derivante dall'esito probatorio. Sul punto, in ordine al criterio generale di valutazione della prova, acquisita all'estero, la Corte di Cassazione ha precisato che «In materia di reati tributari, è utilizzabile un documento acquisito originariamente per fini amministrativi da uno Stato estero secondo la disciplina della Convenzione OCSE sulla reciproca assistenza in materia tributaria anche successivamente ad altri scopi, compreso quello penale, nel rispetto delle norme in tema di acquisizione di documenti in fase procedimentale e processuale senza necessità di richiedere l'autorizzazione dello Stato estero che aveva rilasciato quella documentazione»; tale nozione viene completata dal seguente principio: «Ciò vale nel caso in cui non sia già prevedibile al momento della richiesta l'estraneità dell'informazione rispetto all'ambito amministrativo proprio della Convenzione OCSE, la rilevanza dell'informazione stessa per altri scopi diversi da quello fiscale oppure il coinvolgimento di più ambiti»⁴⁵.

Altro aspetto della medesima questione deve riguardare l'applicazione dell'art. 78, commi 1 e 2 norme att. c.p.p. («Acquisizione di atti di un procedimento penale straniero»), in base al quale si disciplina l'assunzione di prove documentali formate dall'autorità giudiziaria ovvero dalla polizia straniera. La norma in questione riguarda, pertanto, gli atti istruttori autonomamente formati nell'ambito dell'ordinamento di altro Stato, in quanto l'assunzione della prova avanzata dall'autorità italiana può essere soltanto espletata attraverso l'istituto della rogatoria⁴⁶. Conseguentemente, nel caso in questione, la norma di attuazione richiama l'applicazione dell'art. 238 c.p.p. («Verballi di prova di altri procedimenti»).

Sotto tale aspetto i profili di garanzia appaiono duplici in quanto, se la tutela è rivolta all'utilizzabilità della prova, il criterio da seguire, nel nostro ordinamento, è quello appena citato secondo i *dicta* della Suprema Corte. Tuttavia, la tutela del terzo, come rilevato prima, poiché, secondo l'opinione dello scrivente, costituisce l'esplicazione della garanzia del diritto di difesa, è su tale vaglio che deve incentrarsi l'attenzione al fine di poter stabilire la

⁴⁴ C. cost. 30 aprile 2021, n. 84.

⁴⁵ Cass. pen., sez. III, 26.01.2023, n. 9083, Costa, RV 284234.

⁴⁶ C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, p. 221.

conseguenziale utilizzabilità del dato probatorio contro il terzo medesimo, secondo il principio del *nemo tenetur se detegere*. Tale opinione non appare in contrasto con i criteri stabiliti dalle Direttive UE prima citate per il solo fatto che pongono tale garanzia in favore del solo indagato o imputato; se così fosse si verrebbe a comprimere il significato intrinseco del “diritto al silenzio” che, in maniera contraddittoria, porterebbe ad una incriminazione di un soggetto terzo che, una volta acquisita la qualità di indagato o imputato, vedrebbe applicato il principio di garanzia. L’effetto di tale distonia si concretizzerebbe, quindi, nella possibilità di “estorcere” dichiarazioni indizianti al terzo per poi sottoporlo all’accusa con l’impossibilità di far valere, nel contesto processuale, quelle stesse dichiarazioni rese in altra sede. Tali “rigurgiti inquisitori” appaiono di difficile applicazione in un contesto segnato dalla presunzione di innocenza che, anche a livello convenzionale, assorbe il principio analizzato. Per molto tempo, sotto il profilo dogmatico si è assestata una situazione di disinteresse sul tema tanto che la dottrina ha voluto sottolineare il “periodo di crisi” del “diritto al silenzio”⁴⁷.

Si è, pertanto, ritornati a disquisire di tale istituto per mezzo di un’interessante opera dottrinale nella quale si è affrontato l’*excursus* storico dello stesso⁴⁸ stabilendo, a conclusione di un dotto ragionamento, come l’interrogatorio «da strumento privilegiato di ingresso della prova della colpevolezza del reo... in un vero e proprio mezzo di difesa». Condivisibilmente, la spinta di tale tesi non può escludere dalla garanzia il terzo che può attuare un proprio diritto di difesa anche se non ancora indagato. Certamente, tale garanzia rappresenta un vero e proprio diritto di autodifesa il quale costituisce l’unico baluardo in un momento in cui il terzo non gode delle piene protezioni processuali, a cominciare dall’assistenza di un difensore e dalle informazioni dei propri diritti processuali. Si tratta, nello specifico, di arginare non soltanto il pericolo della violazione della garanzia del principio *nemo tenetur se detegere* in un momento definibile come “stragiudiziale”, ma anche di porre limiti ad un uso *contra reum* delle dichiarazioni rese in un momento in cui il terzo non godeva delle piene garanzie⁴⁹. Nel contesto ordinamentale italiano sono perfettamente compatibile con tale concetto le previsioni contenute negli artt. 62-65 c.p.p., finalizzate specificamente a tutelare l’indagato/imputato “dichiarante”. Ciò si esplica attraverso un divieto di testimonianza *de auditu* resa nel corso del procedimento, sia oralmente che in altra forma, tanto che l’art. 63 comma 1, c.p.p., come prima precisato, impone, attraverso un’anticipazione di tutela delle garanzie difensive e, nello specifico, del diritto al silenzio, all’autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria, di interrompere l’esame. In ogni caso, ai sensi della medesima norma, si prevede un riflesso futuro circa l’invalidità delle medesime dichiarazioni nel processo (*rectius*: giudizio) sotto il profilo dell’inutilizzabilità contro la persona che le ha rese. Tale divieto ha come conseguenza una sanzione di inutilizzabilità soggettiva non potendo estendersi alle parti di dichiarazioni che riguardano la responsabilità di terzi. La *ratio* è chiaramente riferibile al fatto che, per queste ultime, la qualifica del soggetto dichiarante è quella del testimone ovvero della persona informata sui fatti. Tale sanzione, quale conseguenza della violazione del diritto al silenzio, appare ancora più estesa laddove il dichiarante avrebbe dovuto essere sentito, fin dall’inizio, in qualità di imputato o di indagato. Le precedenti disposizioni risultano allineate al divieto di testimonianza indiretta per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, ai sensi dell’art. 195, comma 4, c.p.p.

⁴⁷ L. MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, p. 13 e ss.

⁴⁸ P. MARCHETTI, *Testis contra se*, Milano, 1994.

⁴⁹ Per un approfondimento storico a partire dal diritto romano cfr. P. FIORELLI, *Confessione (storia)*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 864 e ss.; sul tema della confessione nel dir. proc. pen. cfr. G. BELLAVISTA, *Voce Confessione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 917 ss.

Ovviamente, questi principi, riportati nel codice di procedura penale italiano, non possono non essere osservati, quanto meno nel nostro ordinamento, nell'ambito dell'acquisizione delle prove da parte di altro Stato membro. Il rischio si annida, tuttavia, nella c.d. confessione "documentale" che, come sottolineato già da tempo dalla dottrina⁵⁰, rischia di annullare ogni differenza tra prove vietate e prove ammissibili, introducendo in tal modo i cc.dd. "dati probatori di secondo grado" riguardanti proprio le parole pronunciate dal soggetto poi indagato. Come sottolineato dalla letteratura tedesca, il presupposto deve essere costituito dall'autonomia del sistema processuale penale che deve prevedere al suo interno, *in primis*, divieti probatori e, *in secundis*, le relative sanzioni⁵¹.

5.1. *Efficacia del diritto al silenzio nella cooperazione giudiziaria penale*

Al fine di risolvere il secondo quesito posto in apertura, è necessario verificare l'incidenza del principio del *nemo tenetur se detegere* nel contesto delle cc.dd. rogatorie estere, cercando di focalizzare la questione anche in ordine alle funzioni svolte dai soggetti interessati quali il Ministro della Giustizia o l'autorità giudiziaria. Occorre precisare, *per incidens*, che l'istituzione nell'ambito europeo di strumenti di cooperazione giudiziaria quale l'O.E.I. ha, in qualche modo, relegato l'operatività della rogatoria ai rapporti di assistenza giudiziaria con gli Stati extracomunitari⁵².

La questione, apparentemente semplice, pone però l'esito, soprattutto sotto il profilo interpretativo, alquanto rischioso. Più in particolare, è necessario stabilire se il Ministro, contrariamente a quanto si sostiene, potrebbe inibire la procedura di cui all'art. 723 c.p.p., attraverso un intervento "politico" proprio nella fase di esecuzione della rogatoria proveniente dall'estero, regolata per gli Stati membri dell'UE al comma 2 e per gli Stati terzi ai commi 4,5,6, essendo quest'ultima sottoposta al duplice vaglio dell'opportunità politica e dell'ammissibilità giuridica, ai sensi dell'art. 724 c.p.p., rispetto, invece, all'extradizione. Come più volte affermato dagli studiosi del diritto, il primo istituto è posto a tutela degli interessi dello Stato, mentre il secondo a garanzia dei diritti individuali tutelati dall'ordinamento. Tuttavia, il Ministro, ai sensi dell'art. 723 c.p.p., può arrestare l'*iter* a fronte di atti vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. Più nello specifico, con la riforma operata dal D. Lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, ai sensi del comma 2 dell'art. 723 c.p.p., quando le Convenzioni in vigore tra gli stati membri ovvero gli atti adottati dal Consiglio e dal Parlamento dell'Unione Europea, prevedono un intervento del Ministro, questi può stabilire, con proprio decreto, di non dare corso all'esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria purché tale discrezionalità rimanga relegata nei limiti e nei casi stabiliti dalle convenzioni e dagli atti normativi. Un limite, dunque, al Ministro di intervenire secondo le norme convenzionali. Tuttavia, il Ministro della Giustizia non deve dar corso alla rogatoria, come prima evidenziato, allorquando risulta, dai medesimi atti, evidente la violazione di legge ovvero la contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. Tale discrezionale decisione è pur sempre accompagnata dalla verifica di carattere legislativo e dei principi dell'ordinamento giuridico italiano con la conseguenza che, in tale contesto, si può senz'altro attribuire al Guardasigilli un vaglio di compatibilità e di verifica anche della

⁵⁰ L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., pp. 399-413.

⁵¹ W. NIESE, *Doppelfunktionell Prozeßhandlungen*, Göttingen, 1950.

⁵² G. CANZIO, R. BRICCHETTI (a cura di), *sub Art. 723*, in AA. VV. *Codice di Procedura penale*, II ed., 2ª, Milano, 2024, p. 5945.

violazione del principio del “diritto al silenzio” in quanto quest’ultimo rappresenta l’applicazione della più ampia presunzione di non colpevolezza. Anche in relazione alla “rogatoria attiva”, ex art. 727 c.p.p., è necessario domandarsi se il Ministro, quando le Convenzioni in vigore o le disposizioni del diritto dell’Unione Europea prevedano il suo intervento, possa, con decreto, decidere di non dare corso all’inoltro della richiesta di assistenza giudiziaria proprio nei limiti delle Convenzioni e degli atti normativi. Si tratta di valutare l’applicazione delle norme processuali nello Stato in cui l’atto viene compiuto, stante il limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico italiano e dunque con il diritto di difesa⁵³. Appare ovvio, anche dalla giurisprudenza citata, che in ogni caso l’eccezione di inutilizzabilità potrà essere avanzata nel contesto processuale dalle parti interessate.

5.2. Il diritto al silenzio nell’ambito della responsabilità da reato degli enti ex D. Lgs. 231/01

Brevi cenni merita la disciplina del c.d. processo agli enti, introdotto nel nostro ordinamento dal D. Lgs. 231/01 in applicazione della legge-delega 300/2000. Tale responsabilità è da considerarsi tipicamente convenzionale in quanto oramai riconosciuta nell’ambito del contesto europeo, con diverse sfumature in ordine alla qualificazione come amministrativa, penale o amministrativa-penale. In relazione alla normativa vigente, nel nostro ordinamento è necessario porre in risalto all’applicazione del “diritto al silenzio” nel giudizio *de societate* in quanto “l’unica voce” dell’ente è costituita dal suo legale rappresentante. In applicazione dei principi su esposti, ovvero della tutela del terzo in sede “pre-giudiziale”, nel sistema 231 occorre porre l’attenzione sulla circostanza che il rappresentante legale indagato/imputato per il reato presupposto divenuto incompatibile ex art. 39 D. Lgs. 231/01 con la società da egli rappresentata fino a quel momento, gode, ai sensi dell’art. 44, di una chiara incompatibilità con l’ufficio del testimone e con tutte le garanzie previste per l’interrogatorio e per l’esame dell’imputato di reato connesso ex art. 210 c.p.p.⁵⁴ Rilevato ciò, le garanzie del divieto di autoincriminazione vanno perciò poste a sostegno del nuovo legale rappresentante, non coinvolto nella vicenda giudiziaria, il quale, invece, non gode di alcuna garanzia in ordine alle dichiarazioni che egli potrà rendere a seguito di richiesta dell’autorità giudiziaria. Tale stortura normativa mal si concilia con lo *status* rivestito dal soggetto il quale può essere chiamato a rispondere, potenzialmente, anche in conflitto con gli interessi della società che egli rappresenta e che risulta incolpata nel medesimo processo penale. La suesposta interpretazione, ad avviso dello scrivente, mal si concilia con lo stesso art. 39 D. Lgs. 231/01 che prevede che l’ente debba costituirsi con un rappresentante diverso rispetto a quello indagato/imputato del reato presupposto. Tuttavia, come sottolineato nella Relazione ministeriale al D. Lgs. 231/01, all’ente è riconosciuta la condizione di imputato nel procedimento e, pertanto, la persona fisica che lo rappresentava al momento della commissione del reato non potrà essere escusso come testimone; ne discende che per la stessa ragione per la quale l’ente viene equiparato alla posizione dell’imputato/persona fisica

⁵³ Cass. pen., sez. II, sentenza, 22/12/2016, n. 2173 (rv. 269000): «In tema di rogatoria internazionale, trovano applicazione le norme processuali dello Stato in cui l’atto viene compiuto, con l’unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico italiano e dunque con il diritto di difesa»

⁵⁴ A. MANNA, V. PILLITTERI, sub Art. 44, in *Codice della responsabilità da reato delle persone giuridiche ragionato*, cit., pp. 352-353.

il nuovo rappresentante legale deve godere delle garanzie di cui all'art. 64, comma 3 lett. b) e c), c.p.p.

6. Conclusioni

Le riflessioni avanzate con il presente saggio portano a ritenere la sussistenza di un'ampia discrasia tra l'aspetto formale della previsione del principio del *nemo tenetur se detegere* a livello convenzionale e la sua applicazione sostanziale, soprattutto, nei confronti del terzo, laddove la disciplina sulla cooperazione giudiziaria, alquanto variegata, necessita di un coordinamento a livello europeo sul diritto di difesa; che, anche se delineato nelle sue linee essenziali, risulta incentrato soltanto sulla figura del soggetto sottoposto al procedimento penale. Invero, la garanzia, nella sua massima espansione, non può non essere estesa al soggetto interessato *ab aexterno*, rispetto alle indagini che devono compiersi fra i diversi Stati, in quanto, in caso contrario, si minerebbe il diritto di libertà dello stesso, il quale sarebbe costretto ad una consequenziale autoincriminazione. Tale diritto di libertà si esplica nel più specifico diritto di difesa che costituisce un corollario fondamentale, non soltanto per la persona giudicabile ma anche per colui che, non essendo tale, lo deve comunque "utilizzare" a sostegno delle proprie scelte. Appare, pertanto, auspicabile la previsione di una esplicita disciplina nell'ambito di un contesto in cui oramai da tempo la dottrina individua una vera e propria procedura penale "europea".

ABSTRACT: *Protection of third parties and the principle of 'nemo tenetur se detegere' in European criminal proceedings*

This study draws the reader's attention to the application of the procedural guarantees deriving from the right to silence in the European procedural landscape. This guarantee, derived from the maxim "nemo tenetur se detegere", is contextualized in both the international and European convention contexts, especially as a guarantee for third parties against their potentially self-incriminating statements. In this context, a preliminary analysis of the European evidentiary framework is therefore proposed, offering a new vision of this institution within the framework of criminal judicial cooperation, which still today raises serious procedural questions regarding its application. However, the extensive research has led to an examination of the institution, which can also be applied to companies that may be held liable for corporate criminal liability pursuant to Legislative Decree 231/2001. The references to doctrine and jurisprudence place the paper in a starting position for further in-depth analysis.

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E TUTELA DEL TERZO

SOMMARIO: 1. Misure reali e tutela del terzo nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e nella legge di attuazione. – 2. Il controllo di legittimità sui provvedimenti relativi alle misure reali. – 3. Tutele del terzo a confronto: mandato d'arresto europeo ed estradizione. – 4. Il volto efficientista del mandato d'arresto europeo a seguito del d. lgs. n. 10/2021.

1. Misure reali e tutela del terzo nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e nella legge di attuazione

La decisione quadro 2002/584/GAI¹ relativa al mandato d'arresto europeo, tutta incentrata com'è sulla consegna dell'individuo, dedica una sola disposizione alla tutela di eventuali terzi rispetto alla richiesta di *traditio*. Segnatamente, ai sensi dell'art. 29, l'autorità giudiziaria dello Stato destinatario del mandato d'arresto europeo, su richiesta dell'autorità emittente o *motu proprio*, «confisca e consegna beni che *a*) possono essere necessari come prova, ovvero *b*) sono stati acquisiti dal ricercato a seguito del reato». Tuttavia, sono espressamente fatti salvi «gli eventuali diritti sui beni [...] acquisiti dallo Stato membro di esecuzione o *da terzi*», poiché in tal caso è imposta la restituzione dei beni in questione da parte dello Stato emittente «quanto prima possibile dopo la fine del procedimento penale».

Dunque, la sussistenza di eventuali diritti sulla *res* non osta alla consegna di essa; per converso, la tutela del terzo è posticipata rispetto alle esigenze del procedimento penale domestico². Il che rappresenta una proiezione, nella materia *de qua*, del principio del mutuo riconoscimento cui è improntata l'intera decisione quadro³.

* Professore associato di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Teramo.

¹ *Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, in *G.U. delle Comunità Europee*, 8 luglio 2002, L 190.

² La soluzione non è innovativa: se ne riviene traccia già nell'art. 20 della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957. Quella disposizione, infatti, dopo aver previsto la possibilità, per la Parte richiasta, di «sequestr[are] e rimett[ere] [...] gli oggetti: *a*) che possono servire da mezzi di prova o *b*) che, provenendo dal reato, sono stati trovati al momento dell'arresto in possesso dell'individuo richiesto o sono scoperti ulteriormente» (comma 1), stabilisce che «sono, tuttavia, riservati i diritti che la Parte richiasta o terzi avrebbero acquisito su questi oggetti. Se vi sono di tali diritti, gli oggetti, terminato il processo, saranno restituiti il più presto possibile e senza spese alla Parte richiasta» (comma 4).

Un meccanismo analogo è previsto anche dal *Model Treaty on Extradition*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 14 dicembre 1990, con la *resolution* 45/116. L'art. 13, rubricato *Surrender of Property*, dispone che «*all property found in the requested State that has been acquired as a result of the offence or that may be required as evidence shall, if the requesting State so requests, be surrendered [...]*». Nondimeno, «*where the law of the requested State or the protection of the rights of third parties so require, any property so surrendered shall be returned to the requested State free of charge after the completion of the proceedings, if that State so requests*».

³ Sul principio di mutuo riconoscimento quale «perno su cui ruota l'intera cooperazione giudiziaria» europea, cfr., *ex multis*, M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *EAD., Studi di diritto*

A livello interno, alla previsione in discorso è stata data attuazione con l'art. 35 della l. n. 69/2005⁴, il quale non è stato interessato dal significativo *restyling* in chiave europeista della l. n. 69/2005 ad opera del d. lgs. n. 10/2021⁵.

Difficile dire se la scelta del legislatore sia stata motivata da un disinteresse rispetto alla tematica oppure dalla convinzione che le regole ivi dettate fossero già sufficientemente in linea con la decisione quadro. Di certo, la disposizione in esame presenta asimmetrie degne di nota rispetto alla disciplina europea.

Anzitutto, a livello interno si ritrovano elencate in maniera più puntuale le misure reali applicabili dalla corte d'appello investita da una richiesta di cooperazione giudiziaria dall'estero⁶: a) sequestro dei beni necessari ai fini di prova; b) sequestro dei beni suscettibili di confisca in quanto costituenti il prodotto, il profitto o il prezzo del reato nella disponibilità del ricercato⁷. Inoltre, va segnalato che, ai sensi dell'art. 35 l. n. 69/2005, la corte d'appello «può» disporre il sequestro, mentre «la formulazione dell'art. 29 [della decisione quadro] appare non lasciare spazio alla discrezionalità dello Stato di esecuzione nel dare seguito alla

processuale. II – Questioni europee e “ricadute” italiane, Torino, 2007, *passim* e spec. p. 20 ss., nonché P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1290 ss. e L. BACHMAIER WINTER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*², Milano, 2022, p. 363 ss. A livello monografico, v. R.M. GERACI, *Il mutuo riconoscimento della cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Bari, 2020. In chiave critica, però, cfr. C. CARINI, *L'introduzione del mandato d'arresto europeo in Italia e la tutela dei diritti individuali: a proposito delle disposizioni introduttive della legge italiana di attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI*, in *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2009, vol. 18, p. 37, secondo cui si tratterebbe di un principio «frutto di un'elaborazione giurisprudenziale avviata dalla Corte di Lussemburgo, alcuni decenni or sono, specie per sostenere la libera circolazione delle merci e dei servizi, sulla cui “cogenza” è pure lecito sollevare qualche dubbio».

⁴ Legge 22 aprile 2005, n. 69, *Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, in *G.U.*, 29 aprile 2005, n. 98. In dottrina, in chiave monografica, v. A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Milano, 2010, nonché G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012.

⁵ Decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10, *Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle delega di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117*, in *G.U.*, 5 febbraio 2021, n. 30. Per un'analisi, v. M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.* 2021, n. 3, p. 63 ss.; G. COLAIACOVO, *La nuova disciplina del mandato d'arresto europeo tra esigenze di semplificazione della procedura e tutela del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 868 ss.

⁶ Per converso, nell'ipotesi di una richiesta di ablazione reale nell'ambito di un mandato d'arresto europeo attivo, l'art. 34 l. n. 69/2005 prevede soltanto che il procuratore generale richieda all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, con il medesimo euromandato, «la consegna dei beni oggetto del provvedimento di sequestro o di confisca eventualmente emesso dal giudice competente, trasmettendo, nel contempo, copia dei provvedimenti di sequestro». Ogni tutela per il terzo, dunque, è in quel caso offerta dagli strumenti di impugnazione previsti a livello interno avverso il provvedimento ablativo. In sede esegetica, si è comunque sostenuto che la pendenza dell'impugnazione non impedisca l'inoltro della richiesta di consegna; con la precisazione, però, che, in caso di riforma o annullamento del provvedimento ablativo, le autorità nazionali sarebbero tenute a fornirne immediata informazione allo Stato di esecuzione. Va evidenziato, altresì, che la richiesta di consegna reale va formulata contestualmente all'emissione dell'euromandato nell'ipotesi attiva, mentre tale contestualità temporale tra la richiesta di *traditio* personale e quella reale non pare imposta se la richiesta proviene dall'estero. Cfr. E. CALVANESE, *La consegna di beni e oggetti. Le misure reali*, in L. KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, p. 379.

⁷ Ai sensi dell'art. 35, comma 2, l. n. 69/2005, l'autorità che ha emesso l'euromandato, nel richiedere l'ablazione reale, deve precisare «se la consegna necessita ai soli fini della prova ovvero ai fini della confisca». In sede scientifica, tuttavia, si è sostenuto che sarebbe opportuno richiedere tale indicazione anche nelle ipotesi di sequestro disposto *motu proprio* dall'autorità giudiziaria italiana. Cfr. E. CALVANESE, *La consegna di beni e oggetti*, cit., p. 378.

richiesta di consegna, che viene ancorata al tradizionale limite della “conformità” alla legislazione nazionale dello Stato di rifugio»⁸.

Anche in tema di tutela del terzo la normativa italiana presenta tratti peculiari. Con precipuo riferimento ai sequestri probatori, la corte d'appello è tenuta a subordinare la consegna alla restituzione del bene una volta soddisfatte le esigenze processuali⁹. Quanto ai sequestri finalizzati alla confisca, si prevede espressamente, per un verso, che essi siano disposti salvaguardando i diritti acquisiti dallo Stato italiano o da terzi, nonché, per altro verso, che la consegna sia comunque subordinata alla condizione che successivamente non risultino diritti acquisiti da parte di questi ultimi. La regola affonda le proprie radici nel principio generale¹⁰ secondo il quale, avendo la confisca il carattere sostanziale di «pena», tale misura non può essere applicata a beni di cui il terzo dispone in buona fede, in ossequio alla presunzione d'innocenza e al carattere personale della responsabilità penale¹¹.

Infine, la disposizione di chiusura di cui all'art. 35, comma 9, l. n. 69/2005 stabilisce che «sono sempre fatti salvi gli eventuali diritti acquisiti sui beni [...] dallo Stato italiano o da terzi». Non è agevole comprendere se la clausola di salvezza suddetta implichi, in presenza di diritti acquisiti da terzi, un divieto di consegna della *res* oppure la mera necessità di una restituzione del bene a esigenze di cooperazione soddisfatte. Se è vero che quest'ultima opzione è senza dubbio più in linea con l'art. 29 della decisione quadro, è altrettanto vero che, allorquando il legislatore ha inteso subordinare la consegna a una successiva restituzione del bene, si è premurato di esprimerlo a chiare lettere, come in tema di sequestro probatorio. Ciò induce a ritenere preferibile la prima soluzione, la quale presenta, altresì, l'indiscutibile pregio di offrire una maggiore tutela all'interessato.

2. Il controllo di legittimità sui provvedimenti relativi alle misure reali

In ragione dell'espresso rinvio operato dall'art. 35, comma 8, l. n. 69/2005, la disciplina dei rimedi avverso le ablazioni reali è mutuata da quella dettata, in materia di estradizione, dall'art. 719 c.p.p., ai sensi del quale il procuratore generale presso la corte d'appello, la persona interessata e il suo difensore possono proporre ricorso per cassazione per le sole violazioni di legge.

Poiché la locuzione «persona interessata» di cui all'art. 719 c.p.p. ha portata evidentemente più ampia di «ricercato» (art. 35, comma 1, l. n. 69/2005), sembra potersi fondatamente affermare che la titolarità del diritto d'impugnazione in sede di legittimità spetta non soltanto al consegnando, ma anche al terzo a cui la *res* è stata sequestrata o che ha

⁸ Così E. CALVANESE, *La consegna di beni e oggetti*, cit., p. 369.

⁹ In prospettiva più generale, sui requisiti necessari affinché un terzo possa avanzare una richiesta di restituzione di una *res* sottoposta a vincolo reale, cfr. V. DI NUZZO, *Indagini penali, coercizioni reali e tutela del terzo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5 maggio 2021, p. 10 ss.

¹⁰ Cfr. P. TROISI, *Adprehensio rei e “buona fede” del terzo*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 1173.

¹¹ Regola codificata anche nella *Direttiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea*, in *G.U. delle Comunità Europee*, 29 aprile 2014, L 127, il cui art. 6, par. 2, stabilisce che i diritti dei terzi in buona fede non sono pregiudicati dalla confisca.

diritto alla restituzione del bene¹². Il legislatore ha inteso, così, offrire uno strumento rimediale al soggetto, diverso da quello di cui è stata chiesta la *traditio* personale, che si ritenga leso dall'ablazione reale verificatasi nell'ambito dell'euromandato.

Con specifico riguardo alla sequenza procedimentale del giudizio dinanzi alla Suprema Corte, il «laconico»¹³ art. 719 c.p.p. nulla dispone, lasciando all'interprete il compito di ricavare la relativa disciplina, previa verifica di compatibilità, da quella dettata, in via generale, dall'art. 311 c.p.p. per il ricorso per cassazione in materia cautelare nei procedimenti «interni».

Dottrina¹⁴ e giurisprudenza¹⁵ hanno concordemente identificato in dieci giorni, decorrenti dalla comunicazione o dalla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento (art. 311, comma 1, c.p.p.)¹⁶, il limite temporale per l'impugnazione *de libertate*. Il termine breve ivi indicato ben si concilia, del resto, con le scansioni procedurali accelerate dei procedimenti di cooperazione giudiziaria. Tuttavia, a seguito delle modifiche operate dal d. lgs. n. 10/2021, si registra un difetto di coordinamento tra il ricorso per cassazione nell'ambito reale *ex* artt. 35 l. n. 69/2005 e 719 c.p.p., da un lato, e il ricorso per cassazione avverso il provvedimento con cui la corte d'appello decide sull'esistenza delle condizioni per l'accoglimento della richiesta di consegna, dall'altro lato. L'art. 22, comma 1, l. n. 69/2005 stabilisce, infatti, che in quest'ultima ipotesi l'interessato, il suo difensore e il procuratore generale presso la corte d'appello possono proporre ricorso per cassazione entro cinque giorni dalla conoscenza legale della sentenza¹⁷. Inoltre, ai sensi dell'art. 22, comma 3, l. n. 69/2005, i giudici di legittimità sono chiamati a decidere sul ricorso entro dieci giorni dalla ricezione degli atti, i quali devono essere trasmessi alla Suprema Corte entro il giorno

¹² Nel senso del testo, con riferimento al procedimento di estradizione, M.R. MARCHETTI, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova, 1990, p. 109; in materia di euromandato, EAD., *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 963, nonché M. CERESA GASTALDO, *I mezzi di impugnazione*, in L. KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, cit., p. 330. *Contra* G. BISCARDI, *Le misure reali*, in G. PANSINI, A. SCALFATI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, p. 230, secondo il quale l'art. 719 c.p.p. ammetterebbe una «legittimazione singola [...] che diviene alternativa [...] qualora non vi sia coincidenza soggettiva tra destinatario del mandato d'arresto europeo e avente diritto alla restituzione delle cose sequestrate»; il che induce l'Autore a rilevare l'esistenza di un «diniego di tutela giurisdizionale [...] incompatibile con i principi costituzionali».

¹³ Così G. DI CHIARA, voce *Estradizione*, in *Enc. dir.*, II agg., 1998, p. 883.

¹⁴ V., *ex multis*, M.R. MARCHETTI, *L'extradizione*, cit., p. 755.

¹⁵ Cass., Sez. VI, 1° dicembre 2021, Talmaci, in *C.E.D. Cass.*, rv. 282754.

¹⁶ L'art. 719, comma 1, c.p.p. prevede che copia dei provvedimenti cautelari emessi dal presidente della corte d'appello o dalla corte d'appello sia comunicata e notificata, dopo l'esecuzione, al procuratore generale presso la corte d'appello, nonché «alla persona interessata e al suo difensore». Nonostante il riferimento al «suo difensore», la locuzione «persona interessata» è sufficientemente ampia da farvi rientrare non solo il consegnando, ma anche il terzo che abbia subito l'apprensione della *res*. Cfr. M. CERESA GASTALDO, *I mezzi di impugnazione*, cit., p. 331.

¹⁷ Il termine è ridotto a tre giorni (art. 22, comma 5-*bis*, l. n. 69/2005) qualora sia impugnata l'ordinanza emessa dalla corte d'appello nell'ipotesi di consenso alla *traditio* ai sensi dell'art. 14 l. n. 69/2005. In dottrina, si è fondatamente criticata l'eccessiva ristrettezza dei termini per la presentazione dell'atto d'impugnazione avverso la decisione sulla *traditio* personale, tanto limitati da privare, di fatto, l'interessato della possibilità di esercitare efficacemente il diritto di difesa. Ciò, soprattutto, tenendo a mente che il nuovo ricorso per cassazione deve fondarsi su motivi di stretta legittimità – art. 606, comma 1, lett. *a*), *b*), e *c*) c.p.p. – ed è, dunque, di non agevole redazione. Cfr., sul punto, L. SCOLLO, *La riforma del mandato d'arresto europeo. Meno diritto e più diritti*, in *Giur. pen. web*, 2021, n. 2, p. 14. Sul complesso rapporto tra efficienza nella cooperazione e tutela del diritto di difesa, v. anche G. COLAIACOVO, *Speditezza della procedura e compressione del diritto di difesa nel mandato d'arresto europeo*, in <https://dirittodidifesa.eu>, 4 novembre 2021.

successivo alla presentazione dell'atto d'impugnazione¹⁸. Da ciò consegue che, nell'ipotesi di impugnazione da parte del terzo avverso il provvedimento ablativo reale che lo concerne, la procedura di consegna personale sarà, nella stragrande maggioranza dei casi, ormai già conclusa prima che la Corte di cassazione possa pronunciarsi.

Anche le modalità di proposizione del ricorso sono interamente mutate dall'art. 311, commi 3 e 4, c.p.p. (richiamati, altresì, dall'art. 325, comma 3, c.p.p.): il ricorso, corredato dai motivi e redatto in lingua italiana, va presentato nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Nulla osta a che, ai sensi dell'art. 311, comma 4, c.p.p., il ricorrente enunci nuovi motivi dinanzi ai giudici di legittimità anteriormente all'inizio della discussione. Quanto alle forme di celebrazione del giudizio, in assenza di chiare indicazioni a livello testuale, va ritenuto applicabile l'art. 311, comma 5, c.p.p. Pertanto, la Corte di cassazione decide sull'impugnazione in camera di consiglio, nelle forme delineate dall'art. 127 c.p.p., entro il termine – solo ordinatorio – di trenta giorni dalla ricezione degli atti¹⁹.

Va esclusa, invece, la possibilità di proporre riesame avverso i provvedimenti che dispongono il sequestro di una *res* nel corso della procedura di cooperazione giudiziaria in esame²⁰. Oltre al chiaro dato testuale dell'art. 719 c.p.p., depone nel medesimo senso la circostanza che l'art. 35, comma 3, l. n. 69/2005, nel richiamare le disposizioni del Libro III, Titolo III, Capo III applicabili in materia di mandato d'arresto europeo, escluda l'art. 257 c.p.p.

Ne risulta un apparato di controlli tale da assicurare al terzo una tutela meno incisiva rispetto a colui che riveste il medesimo ruolo nei procedimenti “interni”. Invero, mentre quest'ultimo può sollecitare uno scrutinio che può spingersi sino al vaglio dei presupposti di fatto della misura, simile *chance* è preclusa nell'ambito del mandato d'arresto europeo²¹.

Non solo: in quest'ultimo settore, la giurisprudenza ha persino escluso la possibilità di dolersi dinanzi ai giudici di legittimità di eventuali errori annidati nella motivazione del provvedimento cautelare²². Seppure l'art. 35, comma 3, l. n. 69/2005 espressamente prescriva che il decreto che dispone la misura reale debba essere motivato, il vizio di motivazione, a parere della Suprema Corte, non sarebbe ricompreso nella nozione di violazione di legge²³, neppure qualora si intenda censurare la manifesta illogicità del discorso giustificativo²⁴, fatta salva la sola ipotesi di una radicale mancanza dell'*iter* argomentativo²⁵. Di conseguenza, solo a colui che riveste il ruolo di terzo nei procedimenti interni è garantita una verifica sulla

¹⁸ Il termine è ulteriormente ridotto a soli sette giorni (art. 22, comma 5-*bis*, l. n. 69/2005) nel caso sia stata impugnata l'ordinanza con cui la corte d'appello decide sulla richiesta di esecuzione, ove l'interessato abbia prestato il proprio consenso.

¹⁹ Non pare applicabile al ricorso in ambito cautelare, in assenza di indicazioni in tal senso a livello testuale, il termine acceleratorio di cui all'art. 22, comma 3, l. n. 69/2005.

²⁰ Discorso analogo vale con riguardo al settore dell'estradizione. Pure a fronte dell'art. 714, comma 2, c.p.p., il quale prevede l'osservanza delle disposizioni dettate per le misure cautelari “interne”, trova applicazione in quella sede l'art. 719 c.p.p., disposizione speciale che chiude la Sezione II del Titolo II dedicato all'estradizione, il quale ha la funzione di derogare, nella materia *de qua*, al più ampio sistema di controlli previsto in via generale dal capo VI del Libro IV, Titolo I. In dottrina, v. M. CERESA GASTALDO, *I mezzi di impugnazione*, cit., p. 321.

²¹ Cfr. G. FRIGO, *Inadeguato il regime delle impugnazioni nella procedura di consegna*, in *Guida dir.*, 2005, n. 36, p. 86 ss.

²² Cfr. Cass., Sez. VI, 25 giugno 2009, M., in *C.E.D. Cass.*, rv. 244535.

²³ Da ultimo, Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2021, Georgiev, in *C.E.D. Cass.*, rv. 282256. V. anche Cass., Sez. VI, 21 maggio 2008, Sierakowski, *ivi*, rv. 239941; Cass., Sez. VI, 10 maggio 1999, Romeiro Romero, *ivi*, rv. 214753.

²⁴ Cass., Sez. VI, 23 maggio 2003, Below, in *C.E.D. Cass.*, rv. 226047.

²⁵ Cass., Sez. VI, 9 luglio 2015, Eddomairi, in *C.E.D. Cass.*, rv. 264336; Cass., Sez. VI, 31 ottobre 2013, Chenier, *ivi*, rv. 257848; Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2005, Bala, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 338 ss., con nota di F. PERONI, *I presupposti dell'arresto provvisorio dello straniero in sede di convalida*.

motivazione del provvedimento cautelare. Il che pare comportare una disparità non del tutto giustificata e tale da ingenerare qualche dubbio circa la compatibilità dell'assetto appena descritto con l'art. 3 Cost.

3. Tutele del terzo a confronto: mandato d'arresto europeo ed estradizione

Un ulteriore profilo critico emerge mettendo a raffronto la disciplina in materia di cautele reali dettata per il mandato d'arresto europeo, da un lato, e per il procedimento d'extradizione, dall'altro. In quest'ultima sede, l'art. 714, comma 3, c.p.p. delinea un generale divieto di applicazione di misure cautelari – personali e reali – allorché vi siano «ragioni per ritenere che non sussistono le condizioni per una sentenza favorevole all'extradizione». Ciò significa che, nell'ambito del procedimento applicativo di una misura cautelare in materia d'extradizione, il giudice italiano deve dare conto in motivazione dei requisiti positivi e negativi per la pronuncia di una sentenza favorevole alla *traditio*, tra i quali assume ruolo decisivo l'art. 705, comma 1, c.p.p., che obbliga l'autorità giudiziaria a farsi carico di uno scrutinio sulla gravità indiziaria «quando non esiste convenzione o questa non dispone diversamente». In altre parole, l'art. 714, comma 3, c.p.p. prefigura, per via mediata, una verifica sulla serietà dell'accusa mossa all'estraddando, allorché «in ogni tempo» e «a richiesta del Ministero della giustizia» venga disposto il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato per il quale è demandata la consegna.

In materia di mandato d'arresto europeo, per contro, manca una previsione analoga all'art. 714, comma 3, c.p.p. Di qui, un duplice interrogativo.

In primo luogo, sorge il quesito se, in quell'ambito, un'ablazione reale ex art. 35 l. n. 69/2005 sia possibile per il sol fatto che è pervenuta alla corte d'appello una richiesta di cooperazione giudiziaria, oppure se debba, comunque, essere vagliata la sussistenza delle condizioni per procedere alla *traditio*. Quest'ultima soluzione sembra preferibile in ragione dell'indubbio legame che sussiste tra la domanda “principale” di consegna dell'individuo e quella “accessoria” di cooperazione reale²⁶, come emerge chiaramente sia dalla decisione quadro sia dalla lettera dell'art. 35 l. n. 69/2005. Invero, poiché la richiesta di sequestro proviene dalla medesima autorità giudiziaria che ha domandato la *traditio* dell'individuo, sembra indefettibile dover ritenere operanti anche in questa sede i motivi di rifiuto della richiesta di cooperazione previsti a livello generale dagli artt. 2, 18, 18-bis e 18-ter l. n. 69/2005.

In secondo luogo, occorre domandarsi se, in sede di applicazione della misura reale nell'ambito dell'euromandato, un qualche scrutinio sulla fondatezza dell'accusa mossa dallo Stato estero sia, comunque, doveroso. A tale proposito, va rammentato che, a livello interno, il decreto di sequestro probatorio di cui all'art. 253 c.p.p. deve necessariamente dare conto della sussistenza di un *fumus commissi delicti* in relazione al fatto per il quale si procede²⁷, come imposto dalla circostanza che la nozione normativa di «corpo di reato» menzioni

²⁶ Sul rapporto di «stretta pregiudizialità» tra richiesta personale e reale nell'ambito dell'euromandato, v. E. CALVANESE, *La consegna di beni e oggetti*, cit., pp. 378-379.

²⁷ Cass., Sez. II, 4 ottobre 2023, Santandrea, in *C.E.D. Cass.*, rv. 285348.

espressamente, appunto, il «reato [...] commesso»²⁸. Poiché tale disposizione trova senza dubbio applicazione in sede di mandato d'arresto europeo, in ragione del rinvio espresso operato dall'art. 35, comma 3, l. n. 69/2005, ne consegue, quale corollario, la necessità di una verifica sul *fumus commissi delicti* anche in quella sede.

4. Il volto efficientista del mandato d'arresto europeo a seguito del d. lgs. n. 10/2021

Limitarsi a evidenziare la necessità di uno scrutinio effettivo del giudice italiano sulla serietà della richiesta estera, tuttavia, rischia di scontare un eccessivo ottimismo alla luce della diversa direzione imboccata a livello più generale dal legislatore. Si allude alle modifiche operate di recente con il d. lgs. n. 10/2021, le quali hanno ricondotto nell'alveo della fisiologia il fenomeno della grandezza ridotta del fascicolo dell'euromandato.

Più in dettaglio, il recente intervento di ortopedia normativa ha ridisegnato in chiave minimalista il contenuto minimo necessario del mandato d'arresto europeo. L'attuale versione dell'art. 6 l. n. 69/2005 non richiede più, infatti, l'allegazione, da parte dello Stato richiedente, del provvedimento su cui la richiesta di cooperazione si fonda, sostituita dalla mera indicazione circa l'esistenza di quest'ultimo. Così, in ossequio al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali in ambito europeo, il mandato d'arresto acquista piena autonomia rispetto al provvedimento collocato "a monte" della richiesta di cooperazione giudiziaria.

Dall'eliminazione del dovere di allegazione del provvedimento azionato originariamente previsto dall'art. 6, comma 4, l. n. 69/2005 discende una drastica riduzione del controllo affidato al giudice italiano: il nuovo assetto gli preclude, infatti, qualsiasi scrutinio sulla motivazione del provvedimento estero e sulla serietà dell'accusa²⁹. Dunque, l'autorità giudiziaria italiana è oggi chiamata a un'adesione acritica alle conclusioni raggiunte dallo Stato estero che domanda la *traditio*. Il giudice italiano, addirittura, ha una visione soltanto parziale dell'imputazione mossa nel procedimento estero, che può scorgere unicamente da quel pertugio rappresentato dall'art. 6, comma 1, lett. e) l. n. 69/2005, il quale impone allo Stato richiedente di descrivere nel mandato le «circostanze della commissione del reato, compresi il momento, il luogo e il grado di partecipazione del ricercato».

Simile "vuoto" all'interno del fascicolo del giudizio fatalmente vanifica ogni tentativo finalizzato a teorizzare uno scrutinio effettivo da parte del giudice italiano sulla richiesta estera. Il che inferisce un decisivo colpo, altresì, alla possibilità di veder adeguatamente tutelati i diritti di tutti i soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dal procedimento di cooperazione, ivi incluso il terzo. Non ci vuole troppo senso pratico, infatti, per rendersi conto che l'assenza del provvedimento azionato con l'euromandato nel fascicolo del procedimento dinanzi alla corte d'appello rende pressoché impossibile, tanto più per il terzo, formulare doglianze relative all'accusa mossa dallo Stato richiedente. Ne consegue che anche la dimostrazione, da parte del terzo, circa l'assenza di qualsivoglia rapporto di pertinenzialità

²⁸ Per considerazioni analoghe, sia pure sviluppate con riferimento al diverso istituto di cui all'art. 321 c.p.p., v., volendo, M. PITTIRUTI, *Tutela patrimoniale della persona danneggiata dal reato e sospensione del processo penale*, in L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, Torino, 2020 p. 169 ss.

²⁹ Sul punto, sia consentito rinviare a M. PITTIRUTI, *Traditio all'estero e controlli in Cassazione*, Torino, 2023, p. 102 ss.

tra *res* e reato appare quantomai ardua. Di più: simile dimostrazione, pure indispensabile al fine di escludere la possibilità di *adprehensio* del bene, sembra assumere i tratti di una *probatio diabolica*.

Alla luce di ciò, l'unica “vera” doglianza che il terzo può utilmente coltivare, con ogni probabilità, attiene alla sussistenza di eventuali diritti acquisiti sulla *res* ai sensi dell'art. 35, comma 9, l. n. 69/2005³⁰.

Non basta. In prospettiva più generale, va evidenziato che la prassi ha adottato un approccio quantomai riduttivo con riferimento al ruolo da assegnare al giudice italiano, titolare ormai di un controllo di tipo meramente burocratico.

A titolo d'esempio, è sufficiente richiamare la parabola dell'art. 2 l. n. 69/2005. Nella sua versione originaria, tale disposizione stabiliva che l'Italia avrebbe dato esecuzione al mandato d'arresto europeo nel rispetto, tra l'altro, dei «diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...], in particolare dall'articolo 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) e dall'articolo 6 (diritto ad un processo equo)», nonché dei principi e delle regole «contenuti nella Costituzione [...], attinenti al giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla tutela della libertà personale, anche in relazione al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, nonché quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali»³¹.

A seguito della riscrittura operata dal d. lgs. n. 10/2021, la disposizione in esame si limita ora a prevedere che «l'esecuzione del mandato di arresto europeo non può, in alcun caso, comportare una violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato o dei diritti inalienabili della persona». Salutata con favore da parte della dottrina, a parere della quale il nuovo testo dell'art. 2 l. n. 69/2005 avrebbe inteso affidare «al giudice italiano il compito di verificare, in concreto, che l'esecuzione del mandato non rechi pregiudizio ai diritti fondamentali»³² dell'interessato, la disposizione è stata ben presto interpretata dalla giurisprudenza quale mera previsione “d'auspicio” sprovvista di qualsivoglia funzione pratica³³.

Segnatamente, la Corte di cassazione ha negato che la regola in discorso integri una vera e propria condizione ostativa alla *traditio*. Sarebbe, difatti, opzione ermeneutica scorretta valorizzare una disposizione interna di carattere generale, quale appunto l'art. 2 l. n. 69/2005, per coniare nuove ipotesi di rifiuto della consegna su base casistica non previste dalla

³⁰ Del resto, il terzo neppure ha titolo per interloquire – né è destinatario della *vocatio in ius* – nell'udienza in camera di consiglio dinanzi alla corte d'appello finalizzata alla decisione sulla *traditio* personale, nella quale sono sentiti il procuratore generale, il difensore, il consegnando se compare e il rappresentante dello Stato richiedente se presente (art. 17, comma 1, l. n. 69/2005).

³¹ Va detto, nondimeno, che la giurisprudenza, dal canto suo, sin dall'entrata in vigore della l. n. 69/2005 quadro, aveva concentrato i propri sforzi nel cercare di offrire un'interpretazione dell'art. 2 quanto più possibile aderente alle regole dettate a livello europeo. In quest'ottica, si era sostenuto che la disposizione in esame non avesse affatto inteso subordinare la consegna dell'individuo richiesto alla circostanza che l'ordinamento dello Stato emittente offrisse garanzie attinenti al giusto processo pari a quelle dell'ordinamento italiano, essendo sufficiente, al contrario, che lo Stato richiedente rispettasse «i relativi principi garantiti dalle Carte sovranazionali ed in particolare dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, al quale si richiama l'art. 111 Cost.» (Cass., Sez. VI, 3 maggio 2007, Melina, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2929, con nota di E. APRILE, *Garanzie del giusto processo e divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria, nell'esecuzione in Italia del mandato di arresto europeo*). Interpretazione, questa, per certi versi lodevole, giacché evidentemente mossa dall'intento di privilegiare le esigenze di mutua cooperazione, ma senza dubbio disallineata rispetto al dato codicistico e poco convincente per la scarsa tutela riservata al consegnando.

³² In questi termini L. SCOLLO, *La riforma del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 4.

³³ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 19 novembre 2024, T., in *C.E.D. Cass.*, rv. 287122.

decisione quadro, la quale nulla dispone in merito alla possibilità o meno di considerare il mancato rispetto dei diritti fondamentali quale limite a una richiesta di cooperazione giudiziaria³⁴. Di conseguenza, persino evidentissime violazioni delle garanzie difensive e partecipative dell'interessato sono state ritenute inidonee a fondare una decisione negativa sulla consegna³⁵.

In definitiva, nonostante la tutela dei diritti fondamentali debba ritenersi prioritaria, in una corretta prospettiva assiologica, rispetto alla pur importante assistenza giudiziaria tra Stati, occorre ammettere con disincanto che legislatore e prassi si muovono in direzione opposta³⁶. Sicché anche l'indagine volta a saggiare i profili di tutela del terzo deve fare i conti con la registrata tendenza a privilegiare *tout court* le esigenze di mutua cooperazione rispetto a quelle legate alla tutela di tutti i soggetti interessati dall'azione cooperativa. Conclusione alquanto preoccupante, considerato che, nell'ambito del mandato d'arresto europeo, «un rilievo enorme rivest[e], accanto agli interessi propri degli ordinamenti dei Paesi coinvolti, quel coagulo di valori che fanno capo anzitutto alla persona ricercata, ma in realtà anche a tutte le persone delle quali beni e libertà possono essere fortemente limitati in forza di tale procedura»³⁷.

Resta solo da evidenziare che le rilevate carenze della disciplina sulle misure reali in tema di mandato d'arresto europeo rischiano di far assumere alla procedura in esame i poco rassicuranti contorni di “zona franca”, rispetto ad altre forme di cooperazione giudiziaria nel

³⁴ Come noto, la decisione quadro 2002/584/GAI si limita ad affermare che la stessa rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi di cui all'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (considerando n. 12 e art. 1, comma 3). Essa prevede, inoltre, che la *traditio* non possa avvenire in presenza di un serio rischio che il consegnando venga sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti (considerando n. 13). Infine, la tutela di alcuni diritti fondamentali sta alla base della previsione di specifici motivi di rifiuto – si pensi, ad esempio, all'art. 4-*bis* in materia di processo *in absentia* – e il considerando n. 10 adombra la possibilità di una sospensione del meccanismo di cooperazione nei confronti di uno Stato resosi responsabile di gravi e reiterate violazioni dei principi di cui all'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea. L'assenza di una disposizione in grado di chiarire a livello normativo se il rispetto dei diritti fondamentali possa o meno rappresentare un limite idoneo alla *mutual trust* era stata stigmatizzata già dal Parlamento europeo in una Risoluzione del 27 febbraio 2014, nella quale si esprimeva preoccupazione per la mancata previsione di un motivo esplicito di non esecuzione del mandato d'arresto europeo «quando vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con gli obblighi di esecuzione degli Stati membri conformemente all'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». In dottrina, cfr. G.A. LOMBARDI, *Il rifiuto del MAE per il rischio di violazione dei diritti umani, tra sentenze interpretative e mancate previsioni legislative*, in *Arch. pen. web*, 5 febbraio 2021, p. 5 ss.

³⁵ In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2024, Lazaj, *inedita*, secondo cui la celebrazione del giudizio nello Stato emittente *in absentia* e senza l'assistenza di un difensore nominato fiduciarmente o d'ufficio non viola né l'art. 24 Cost. né le norme sovranazionali e convenzionali in tema di garanzie partecipative e di difesa tecnica e non legittima il rifiuto della consegna. In dottrina, sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'euromandato, v. S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 130 ss.

³⁶ Per una critica agli orientamenti giurisprudenziali, anche di matrice europea, volti a «compensare i diritti dell'accusato, un tempo prevalenti rispetto ai bisogni di difesa sociale, con interessi diversificati a quest'ultima riconducibili», v. E.N. LA ROCCA, A. GAITO, *Il “controlimito” della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *Arch. pen. web*, 19 aprile 2019, p. 12.

³⁷ Così S. RUGGERI, *Garanzie processuali ed evoluzione della cooperazione giudiziaria penale. Riflettendo su procedimento, norma e situazioni giuridiche soggettive alla luce della giurisprudenza della CGUE in materia di mandato d'arresto europeo*, in *questa Rivista*, 2025, p. 36.

medesimo settore, per acquisizioni reali irrispettose dei diritti degli interessati³⁸. Anche in relazione a questo specifico ambito, la decisione quadro – e con essa la l. n. 69/2005 – pare scontare ancora oggi quel “peccato originale” rappresentato dalla circostanza di essere un testo edificato prevalentemente con «finalità repressive»³⁹.

I rilievi che precedono autorizzano, in definitiva, a sostenere che l’ambizioso obiettivo di un sistema fondato su un adeguato bilanciamento tra diritti e mutua cooperazione⁴⁰ ha ceduto il passo al meno nobile risultato di un meccanismo senza dubbio efficiente, ma tutto polarizzato verso le esigenze della cooperazione interstatale.

ABSTRACT: European Arrest Warrant and the Protection of Third Parties

The essay critically analyses the legal framework concerning precautionary measures on property within the context of the European Arrest Warrant, with particular attention to the protection of third-party rights. The author highlights how the Council Framework Decision 2002/584/JHA and its Italian implementing law (Law no. 69/2005) prioritise the efficiency of surrender and the principle of mutual recognition, postponing or limiting the protection of third-party interests with respect to the needs of the criminal proceedings. With specific reference to the domestic discipline, the amendments recently introduced by Legislative Decree no. 10/2021 have heightened the efficiency-driven approach of Law no. 69/2005, eliminating the obligation to attach the underlying order upon which the cooperation request is based. This has led to a drastic, general reduction in the control exercised by the Italian judge over the reasoning and the seriousness of the accusation, while also nullifying the possibility for the third party to raise effective complaints.

³⁸ Per una rassegna in materia di cooperazione giudiziaria in ambito reale, da ultimo, a livello monografico, v. M. PISATI, *Le misure ablativo-patrimoniali e le tutele dei terzi nel procedimento penale*, Milano, 2024, p. 313 ss.

³⁹ Così M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, p. 178.

⁴⁰ Sul complesso rapporto tra diritti fondamentali e effettività dell’azione di cooperazione, v. A. MARTUFI, *La Corte di Giustizia al crocevia tra effettività del mandato d’arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1245 ss., e F.R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nel mandato d’arresto europeo, tra limiti costituzionali, necessità evolutive e diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3778 ss.; più di recente, v. P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, 2020, p. 1290 ss., nonché M. GIALUZ-E. GRISONICH, *Crisi dell’Unione Europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l’efficacia del mandato di arresto europeo*, *ivi*, 2020, p. 2650 ss. e G. COLAIACOVO, *Mandato d’arresto europeo e diritto alla salute: la Corte di giustizia detta criteri stringenti*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 2585 ss.

DIGITALIZZAZIONE DEL CRIMINE E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA: GLI ORDINI DI PRODUZIONE E CONSERVAZIONE NEL REGOLAMENTO SULL'E-EVIDENCE***

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il fenomeno della c.d. digitalizzazione del crimine – 3. La disciplina delineata dal Regolamento UE 2023/1543 e dalla Direttiva UE 2023/1544. – 4. Una nuova frontiera per il mutuo riconoscimento nel settore penalistico. – 5. Cifratura e decrittazione: criticità applicative del nuovo Regolamento. – 6. I prestatori di servizi digitali nello scacchiere della cooperazione giudiziaria. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

È ormai evidente che il tradizionale rapporto dicotomico tra dimensione *on-line* e *off-line* risulta poco adatto – se non addirittura inadeguato – a descrivere la condizione attuale dell'agire umano. Le nostre vite si svolgono in un contesto profondamente trasformato dall'incessante interconnessione tra immateriale e materiale¹.

L'epoca in cui viviamo si caratterizza per il progressivo utilizzo e per la natura totalizzante delle tecnologie digitali, le quali da un lato hanno radicalmente trasformato la produzione di informazioni – da analogiche a digitali – e dall'altro lato hanno mutato le modalità con le quali queste ultime vengono modificate, scambiate e archiviate. Si assiste, da alcuni anni, all'emersione di nuove forme di condotte penalmente rilevanti, rendendosi necessario un riassetto delle categorie proprie del diritto penale sostanziale e del diritto processuale penale.

In considerazione al secondo tra i due aspetti poc'anzi evidenziati, la pervasività degli strumenti digitali ha determinato una crescente rilevanza – ed una contestuale notevole incidenza – della prova elettronica all'interno dei procedimenti penali.

La *e-evidence* può assumere forme eterogenee – dai metadati ai dati di traffico, dalle comunicazioni telematiche ai contenuti pubblicati sui *social media* – e presenta caratteristiche peculiari, quali la volatilità, la dispersione transnazionale e la dipendenza da soggetti privati terzi e spesso localizzati al di fuori della giurisdizione dell'autorità inquirente. Tali

* Dottorando di ricerca in *Pluralismi giuridici. Prospettive antiche ed attuali* presso l'Università degli Studi di Palermo in co-tutela con la Rijksuniversiteit Groningen.

** Dottorando di ricerca in *Giurisprudenza* presso l'Università degli Studi di Catania..

*** Lo scritto riproduce, con note e integrazioni, l'intervento svolto in occasione del convegno su *Tutela del "terzo" e giustizia penale transnazionale: la prospettiva euromunitaria*, organizzato nell'ambito progetto PRIN 2022 su *Criminal proceedings and the protection of third parties: old and new challenges in the digital era*, Università di Palermo, 13 marzo 2025. Inoltre, il contributo è frutto di un sinergico confronto tra i due autori; tuttavia, a F. CAMBIANO può essere attribuita la redazione dei paragrafi 1, 2, 5 e 7, mentre a L. RAPISARDA dei paragrafi 3, 4 e 6.

¹ Autorevolmente, sul punto, L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto. Being Human in a hyperconnected Era*, Cham, 2014, il quale utilizza l'interessante e pertinente neologismo '*onlife*' per descrivere la crescente inscindibilità tra le due realtà, virtuale e reale.

caratteristiche pongono inedite sfide operative e giuridiche in ordine all'acquisizione, alla conservazione e all'utilizzabilità della prova in sede processuale.

L'attuale sistema di cooperazione giudiziaria, fondato in larga parte su meccanismi 'tradizionali' di assistenza giudiziaria, si dimostra inefficace a contrastare la velocità e la complessità delle indagini digitali. Anche lo stesso OEI (ordine europeo d'indagine), pur rappresentando un passo avanti nella logica del principio del mutuo riconoscimento, non sembra in grado di affrontare adeguatamente le criticità operative descritte, specialmente per quanto riguarda i Paesi – come l'Irlanda – in regime di *opt-out*.

Al fine di rispondere positivamente a tali esigenze, nell'ordinamento dell'Unione europea sono stati recentemente introdotti due nuovi strumenti: l'ordine europeo di produzione (noto anche con l'acronimo EPO, derivante dalla denominazione inglese *European Production Order*) e l'ordine europeo di conservazione (EPrO, sempre secondo la denominazione inglese: *European Preservation Order*) mediante un pacchetto normativo che si compone di un Regolamento e di una Direttiva².

2. Il fenomeno della c.d. digitalizzazione del crimine

La digitalizzazione, in parte consolidata e in parte in continua evoluzione³, ha contribuito a un impiego esponenziale di sistemi elettronici nelle attività quotidiane, sia lecite sia illecite.

Relativamente a tale ultima dimensione, le autorità giudiziarie e le forze dell'ordine si trovano ad affrontare nuovi e impegnativi ostacoli, soprattutto qualora si adotti una concezione ampia del termine 'crimine', svincolata e indipendente dal tipo di reato commesso o, ancora, da commettere. Particolare rilievo assume la gestione delle prove digitali, in termini di accesso, lettura e utilizzo delle stesse nei procedimenti penali. Infatti, al di là delle attività probatorie che possono già contare su una più compiuta esperienza – si pensi, fra le molteplici, all'analisi del DNA – le prove elettroniche o, appunto, digitali sono utilizzate con maggiore frequenza, non solo in relazione a reati direttamente o intrinsecamente connessi al mondo digitale⁴, ma anche con riguardo a una vasta gamma di fattispecie in cui, anche indirettamente, sistemi avanzati e non ancora consueti rivestono un ruolo significativo durante l'intero procedimento penale.

La natura trasformativa delle tecnologie digitali ha rivoluzionato le attività criminali, ampliandone in modo esponenziale lo spettro di operatività e influenzando su vari aspetti

² Si tratta del Regolamento UE 2023/1543 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penale, nonché della Direttiva UE 2023/1544 del Parlamento europeo e del Consiglio, recante Norme armonizzate sulla designazione di stabilimenti designati e sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove elettroniche nei procedimenti penali.

³ Si pensi, in riferimento al nostro Paese, alle ingenti risorse stanziare nell'ambito del piano Nazionale di Rilancio e Resilienza per la transizione digitale delle pubbliche amministrazioni. Per informazioni maggiormente dettagliate sul piano di ripartizione delle somme di cui sopra, si rinvia al seguente *link*: <https://www.mimit.gov.it/it/pnrr/piano>.

⁴ La categoria potrebbe ricomprendere tutti quegli illeciti penalmente rilevanti contraddistinti, sin dalla loro denominazione, dal prefisso “-cyber”. Si assiste, infatti, al passaggio da fattispecie di reato “contemporanee ma residuali” quali ad esempio il bullismo o il terrorismo, a quelle “contemporanee ma primarie”, quali il cyberbullismo e il cyberterrorismo.

strutturali. Il fenomeno in questione non è intervenuto solamente sulla genesi di nuovi illeciti penalmente rilevanti di particolare complessità e di difficile individuazione, accertamento e repressione, ma ha altresì ridefinito la configurazione di fattispecie tradizionali, al punto da condizionare tanto le modalità di commissione quanto l'impatto delle condotte illecite.

In tale prospettiva, si propone la formulazione di un nuovo concetto funzionale a esprimere il cambiamento epocale di paradigma: 'digitalizzazione del crimine'. Attraverso tale locuzione risulta possibile superare il classico dualismo crimine-tecnologia, circoscritto meramente ai *cybercrimes* in senso stretto, riconoscendo la piena integrazione degli strumenti digitali in una molteplicità di altre fattispecie delittuose.

Se, appunto, i *cybercrimes* – come gli attacchi *hacker* ai sistemi informatici, il furto d'identità virtuale, le frodi *online* o, ancora, l'utilizzo di *ransomware* – si caratterizzano per lo sfruttamento della tecnologia quale mezzo indefettibile ovvero senz'altro necessario attraverso cui si realizza la condotta criminosa, l'analisi evolutiva di altri reati è in grado di dimostrare come il digitale si sia innestato, con intensità naturalmente variabile a seconda della singola fattispecie in esame, anche su comportamenti delittuosi non direttamente, o quantomeno non originariamente, legati al mondo *tech*.

Per comprendere adeguatamente la portata del fenomeno della c.d. digitalizzazione del crimine, appare opportuno considerare, seppur brevemente e per sommi capi, l'evoluzione di alcuni fenomeni criminali in grado di dimostrare l'accelerazione in tal senso avvenuta negli ultimi anni.

Tra le manifestazioni più evidenti del fenomeno menzionato rientrano le metamorfosi subite dai reati a sfondo sessuale, i quali hanno trovato nelle piattaforme multimediali, da un canto, un nuovo terreno fertile per la loro commissione e, dall'altro, un vettore di diffusione dei relativi contenuti. Infatti, la rete e le applicazioni di messaggistica istantanea, specialmente quelle dotate di sistemi crittografati *end-to-end*, costituiscono oggi i principali strumenti attraverso cui vengono perpetrate forme di violenza e sfruttamento sessuale. A tal riguardo, è possibile menzionare una figura in crescente diffusione, ossia quella del c.d. *revenge porn*, consistente – in breve – nella divulgazione – spesso su gruppi chiusi, *forum* criptati o applicazioni anonime – di materiale multimediale a contenuto sessuale senza il consenso della persona ritratta. Le caratteristiche strutturali delle piattaforme utilizzate a tale scopo, come l'anonimato degli utenti e l'impossibilità di tracciarne le interazioni in tempo reale, rendono estremamente complesso l'accertamento della responsabilità penale degli autori delle condotte in esame e il reperimento delle relative prove digitali. Accanto alla pratica appena descritta, si segnala sempre a titolo esemplificativo un progressivo aumento della produzione e diffusione di contenuti sessuali 'in diretta' – *live streaming* – aventi ad oggetto l'esibizione di minori o altri individui particolarmente vulnerabili. In tali casi, l'autore della condotta mira a due possibili obiettivi: da un lato, l'influenza ed il 'potere sociale' all'interno di specifiche comunità digitali e, dall'altro, l'accrescimento del proprio patrimonio economico⁵.

Analogamente, i canali di facile comunicazione a noi contemporanei – come i *social media* e le moderne piattaforme di corrispondenza e messaggistica⁶ – vengono sempre con maggiore frequenza utilizzati nelle fasi di adescamento, reclutamento e sfruttamento delle vittime di tratta di esseri umani. Nonostante i continui interventi da parte delle società proprietarie delle piattaforme in questione, per limitarne gli usi inappropriati, cresce l'utilizzo di queste ultime da parte di soggetti che intendono creare rapporti di fiducia manipolativa ed

⁵ La monetizzazione del contenuto può avvenire, di norma, mediante circuiti di pagamento integrati all'interno delle stesse piattaforme ove avviene la realizzazione e la diffusione del contenuto.

⁶ Tra le tante è possibile menzionare le più diffuse quali *WhatsApp*, *Telegram*, *Discord* ovvero anche *Instagram*.

esercitare pressioni funzionali al successivo sfruttamento sessuale, lavorativo ovvero ancora criminale. Inoltre, l'impiego di pseudonimi e profili falsi rende difficoltose l'identificazione degli autori e la raccolta tempestiva dei dati rilevanti ai casi in questione, ostacolando – non poco – le indagini, soprattutto se si considera che le informazioni utili a livello investigativo si trovano memorizzate, spesso, su banche dati collocate in Paesi terzi ovvero soggette a brevissimi termini di conservazione che ne rendono praticamente impossibile l'acquisizione *ex post*.

Ancora, il *deep web* si è ormai affermato come il principale mercato illecito per il commercio di una serie di “prodotti” – materiale pedopornografico, stupefacenti, armi, beni culturali, ma anche piante e animali – che vengono scambiati a fronte del pagamento sotto forma, spesso, di criptovalute, le quali garantiscono transazioni anonime e difficilmente rintracciabili, rendendo estremamente complesse le attività di contrasto da parte delle autorità competenti. Perfino il fenomeno del terrorismo internazionale ha trovato nel mondo digitale un potente alleato. Le organizzazioni estremiste approfittano degli strumenti tecnologici per le attività preliminari di propaganda, indottrinamento e radicalizzazione, oltre che per la diffusione di ‘manuali d'istruzione’ e coordinamento operativo. Proprio tale ultimo livello rappresenta, da un punto di vista investigativo e repressivo, una delle frontiere più complesse: la possibilità di coordinare condotte illecite attraverso piattaforme digitali consente alle organizzazioni terroristiche di adottare una struttura reticolare in cui cellule autonome operano in maniera sincronica, pur in assenza di una direzione gerarchica, secondo comuni principi ideologici. Si assiste, di conseguenza, a una decentralizzazione delle operazioni che compromette l'efficacia dei tradizionali strumenti di contrasto.

La descritta evoluzione del crimine impone necessariamente una riflessione sullo strumento di maggiore rilievo per l'accertamento dei fatti nel contesto investigativo contemporaneo: la prova digitale.

Se, per un verso, risulta un dato incontrovertibile che la tecnologia abbia agevolato la proliferazione di nuove modalità di realizzazione degli illeciti, dall'altro appare indubbio che abbia contribuito alla formazione di nuove tracce che possono rivelarsi determinanti per le indagini⁷. Le informazioni, spesso sommerse nella vastità dei dati digitali generati quotidianamente, costituiscono una fonte preziosa per le autorità investigative, consentendo la ricostruzione di dinamiche criminali e l'individuazione dei responsabili.

In particolare, la prova digitale può assumere diverse forme, a seconda della sua natura e del contesto in cui viene raccolta⁸. I dati di traffico, quali indirizzi IP, cronologie di connessione e comunicazioni telematiche, permettono di tracciare le attività *online* e di stabilire, ove esistenti, eventuali legami tra soggetti coinvolti in attività illecite. I *metadati* – contenenti informazioni relativi alla creazione, alla modifica e alla localizzazione del *file* – offrono dettagli ‘invisibili’ nel contenuto stesso del documento, ma essenziali per l'analisi forense. Le transazioni finanziarie digitali, che includono pagamenti elettronici, operazioni in criptovaluta e movimenti bancari sospetti, rivestono un ruolo chiave nella ricerca di schemi di riciclaggio di denaro, frodi e finanziamenti illeciti. Anche l'attività compiuta attraverso i *social media* può rappresentare una fonte di prova significativa, con la possibilità di acquisire

⁷ Cfr. M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 283, il quale, correttamente, sottolinea che per tali ragioni le prove digitali «hanno un ambito operativo potenzialmente illimitato».

⁸ Cfr. F. SALIMI, *Legal Challenges in Dealing with Electronic Evidence in Criminal Proceedings*, in L. BACHMAIER WINTER, F. SALIMI (a cura di), *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*, Oxford, 2024, pp. 50-51.

post, messaggi privati, dati di geolocalizzazione e interazione tra gli utenti, spesso cruciali per ricostruire la preparazione e l'esecuzione di condotte criminali.

Una caratteristica distintiva della prova digitale, tuttavia, è la sua volatilità: a differenza delle prove fisiche, i dati elettronici possono essere facilmente modificati, cancellati o resi inaccessibili, rendendo necessaria un'acquisizione tempestiva e conforme a procedure forensi rigorose. Altresì – ed è anche questo aspetto di fondamentale importanza – la prova digitale pone dei notevoli problemi rispetto alla sua localizzazione: a differenza delle prove materiali, che si trovano in un luogo specifico e tangibile, essa può venire memorizzata in *server* soggetti a giurisdizioni diverse, risultando distribuita tra più Paesi o conservata in sistemi di *cloud computing*, con la conseguente difficoltà di risalire alla sua effettiva collocazione⁹.

La gestione e, in molti casi, la conservazione degli elementi che possono costituire prove digitali rimangono di dominio esclusivo dei *digital service providers*, terzi rispetto al procedimento penale, la cui collaborazione¹⁰ non risulta solamente auspicabile quanto necessaria ed essenziale per la trasmissione dei dati memorizzati sui loro *server* alle autorità giudiziarie richiedenti.

Tradizionalmente, l'ottenimento di queste informazioni da uno Stato all'altro avveniva attraverso meccanismi di assistenza giudiziaria piuttosto lenti e burocratici.

Neppure l'ordine europeo d'indagine (OEI), introdotto nel 2014¹¹, è riuscito a sopperire a queste difficoltà, tenendo conto del dato secondo cui il Paese membro dell'Unione europea all'interno del quale hanno sede i principali *digital service providers*, cioè l'Irlanda, si trova in regime di *opt-out* rispetto al menzionato strumento di mutuo riconoscimento¹².

Per superare i limiti della disciplina vigente, «le autorità nazionali hanno iniziato a contattare direttamente i *service providers* situati in altri Stati (appartenenti all'Unione o terzi), senza coinvolgere le autorità del Paese di esecuzione, creando canali di comunicazione su base “volontaria”»¹³ e ricercando, dunque, una collaborazione da parte dei *service providers* assolutamente non coercibile in caso di rifiuto.

All'esito di un percorso travagliato, all'interno dell'Unione europea sono stati recentemente introdotti due nuovi strumenti: l'ordine europeo di produzione (noto anche con l'acronimo EPO, derivante dalla denominazione inglese *European Production Order*) e l'ordine europeo di conservazione (EPrO, sempre secondo la denominazione inglese:

⁹ Cfr. T. CHRISTAKIS, *From Mutual Trust to the Gordian Knot of Notifications. The EU e-evidence Regulation and Directive*, in V. FRANSSEN, S. TOSZA (a cura di), *The Cambridge Handbook of Digital Evidence in the Criminal Investigations*, Cambridge, 2025, p. 175. Altresì, sul punto, S. TOSZA, *Electronic Evidence after E-evidence Package's Adoption: Challenges for Application and Unresolved Problems*, in *Studia Iuridica Lublinsia*, 2024, 5, p. 240: «the current legal framework, rooted in the principle that enforcement jurisdiction is confined to a state's territory, restricts law enforcement's ability to access data stored abroad. This territorial limitation clashes with the borderless nature of the Internet».

¹⁰ J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia private nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in *Sistema penale*, 2021.

¹¹ Direttiva UE 2014/41 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa all'ordine europeo d'indagine penale.

¹² Cfr. S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, p. 173 ss; altresì, V. FRANSSEN, *Cross-border gathering of electronic evidence in the EU: towards more direct cooperation under the e-Evidence Regulation*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. QUINTEL (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, II ed., Cheltenham, 2024, pp. 186-187.

¹³ M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 5, p. 281.

European Preservation Order) mediante un pacchetto normativo che si compone di un Regolamento e di una Direttiva¹⁴.

Alla luce delle considerazioni fin qui esposte, emerge con chiarezza come la c.d. digitalizzazione del crimine imponga un completo ripensamento delle strategie di contrasto alla criminalità, richiedendo strumenti investigativi aggiornati e un quadro normativo adeguato alla complessità dell'attuale contesto tecnologico. In tale scenario, la prova digitale non rappresenta soltanto un elemento imprescindibile per le indagini penali, ma costituisce altresì un banco di prova per l'evoluzione della cooperazione giudiziaria nella lotta alla criminalità nell'era digitale.

3. La disciplina delineata dal Regolamento UE 2023/1543 e dalla Direttiva UE 2023/1544

Il pacchetto normativo in tema di *e-evidence* trae origine da una proposta della Commissione europea, presentata ad aprile del 2018¹⁵, sostenuta da un approfondito studio d'impatto dell'intervento legislativo (283 pagine)¹⁶. L'approvazione definitiva del Regolamento e della Direttiva, all'esito di un lungo *iter* che ha coinvolto i due co-legislatori, Consiglio e Parlamento europeo, è giunta soltanto cinque anni dopo, il 12 luglio 2023. Sebbene la normativa sia già in vigore, la sua applicabilità è prevista a partire da agosto 2026, essendo necessari, tra l'altro, dei congrui termini per l'attuazione della Direttiva da parte degli Stati membri.

All'interno del Regolamento è disciplinato il funzionamento dei due istituti di nuova introduzione.

Lo strumento principe è indubbiamente l'ordine europeo di produzione, che consente alle autorità giudiziarie di uno Stato membro di richiedere direttamente a un fornitore di servizi digitali, situato in un altro Stato membro (concetto estremamente vago in questi termini, che verrà elaborato più dettagliatamente nel prosieguo, trattando della Direttiva), la consegna di dati sugli utenti, estremamente utili all'interno di un procedimento penale per il loro valore probatorio.

Le condizioni e le modalità di emissione ed esecuzione di un ordine di produzione variano a seconda della tipologia di dati che vengono richiesti. Infatti, il Regolamento distingue fra tre categorie di dati: dati relativi agli abbonati, dati relativi al traffico e dati relativi al contenuto¹⁷.

¹⁴ Si tratta del Regolamento UE 2023/1543 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penale, e della Direttiva UE 2023/1544 del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme armonizzate sulla designazione di stabilimenti designati e sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove elettroniche nei procedimenti penali.

¹⁵ *European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, COM/2018/225 final; *European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings*, COM/2018/226 final.

¹⁶ [Commission Staff Working Document Impact Assessment, SWD\(2018\) 118 final](#).

¹⁷ È, dunque, evidente che «[the] approach is based on the assumption that different levels of protection, based on the sensitive nature of the data and the corresponding degree of invasiveness of the production order, should apply» (M. CORHAY, *Private Life, Personal Data Protection and the Role of Service Providers: The EU E-evidence proposal*, in *European Papers*, 2021, p. 447).

Per i dati relativi agli abbonati e per quelli di traffico, purché questi ultimi siano necessari per la sola identificazione dell'autore del reato, l'ordine di produzione può essere emesso per qualsiasi reato oggetto d'indagine, oppure per eseguire una condanna a una pena o ad una misura di sicurezza di tipo detentivo non inferiori a quattro mesi¹⁸.

Diversamente, per l'acquisizione dei dati di contenuto e per quelli di traffico diversi dai precedenti, i requisiti sono maggiormente stringenti: l'ordine può essere emesso solo per reati puniti con una pena detentiva non inferiore a tre anni nel massimo edittale; tuttavia, se l'ordine è finalizzato all'esecuzione di una condanna o di una misura di sicurezza detentive, può essere emesso quando queste ultime non sono inferiori a quattro mesi¹⁹; infine, l'ordine può essere emesso anche per alcuni reati armonizzati da Direttive europee, specificamente e tassativamente individuati, quando commessi, in tutto o in parte, attraverso un sistema informatico²⁰.

In ogni caso – indipendentemente dalla tipologia di dato richiesto – l'emissione dell'ordine è subordinata al rispetto dei requisiti di necessità e proporzionalità, nonché alla possibilità che un simile ordine sia adottabile, in condizioni identiche, in un procedimento meramente interno²¹.

Le differenze attengono, tuttavia, anche agli aspetti strettamente procedurali.

Invero, per i dati relativi agli abbonati e per quelli di traffico necessari per la sola identificazione dell'autore del reato, secondo la formulazione del Regolamento, l'ordine di produzione può essere emesso da «un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero»²², ovvero convalidato da uno di questi, se l'ordinamento dello Stato d'emissione attribuisce la competenza a emettere l'ordine ad altra «autorità inquirente nel procedimento penale [...] competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale»²³.

Destinatario dell'ordine è unicamente l'*internet service provider*²⁴, che dovrà tempestivamente darvi esecuzione – a meno che non ravvisi la sussistenza di uno dei *grounds of refusal* tassativamente indicati dal Regolamento – entro i successivi dieci giorni²⁵. In ipotesi d'urgenza, peraltro, i termini per l'esecuzione sono ridottissimi: il prestatore di servizi, infatti, dovrà dare riscontro all'autorità emittente entro otto ore dalla ricezione dell'ordine di produzione²⁶. Nell'eventualità in cui l'*internet service provider* non dia esecuzione all'ordine di produzione entro il termine imposto (sia esso quello ordinario o quello d'emergenza), senza

Lo stesso legislatore europeo, nel considerando n. 31, specifica che la suddivisione dei dati in queste categorie è conforme a quanto già previsto nella Direttiva CE 2002/58 nella Convenzione di Budapest e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il Regolamento, comunque, offre una definizione delle categorie di dati all'art. 3, numeri 9), 10) e 11). Sul punto, inoltre, v. A. SACHOULIDOU, *Cross-border access to electronic evidence in criminal matters: The new EU legislation and the consolidation of a paradigm shift in the area of "judicial" cooperation*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2024, p. 261.

¹⁸ Art. 5, paragrafo 3, del Regolamento.

¹⁹ Art. 5, paragrafo 4, lett. a) e d) del Regolamento.

²⁰ Art. 5, paragrafo 4, lett. b) e c) del Regolamento.

²¹ Art. 5, paragrafo 2, del Regolamento. Per un'efficace disamina dei requisiti di necessità e proporzionalità – comuni anche alla Direttiva UE 2014/41 sull'ordine europeo d'indagine penale – si rinvia a O. CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'Unione europea*, Milano, 2025, pp. 24-38.

²² Art. 4, paragrafo 1, lett. a) del Regolamento.

²³ Art. 4, paragrafo 1, lett. b) del Regolamento.

²⁴ Art. 7, paragrafo 1, del Regolamento.

²⁵ Art. 10, paragrafo 3, del Regolamento.

²⁶ Art. 10, paragrafo 4, del Regolamento.

addurre una ragione di rifiuto accettata dall'autorità d'emissione, l'autorità giudiziaria del Paese membro in cui vi è il destinatario dell'ordine, assumerà le vesti di autorità d'esecuzione²⁷: in questa eventualità, dunque, si ripristina lo schema classico della cooperazione giudiziaria, che vede due autorità giudiziarie ai due poli.

Per i dati di contenuto e per quelli di traffico diversi dai precedenti, invece, il legislatore europeo ha voluto apprestare maggiori garanzie, data la maggiore sensibilità di queste informazioni.

In primo luogo, è imposto un previo vaglio giurisdizionale al momento dell'emissione dell'ordine di produzione. Sul punto, però, la versione italiana del Regolamento presenta alcune ambiguità testuali: è indicato che l'ordine di produzione debba essere emesso da «un giudice, un organo giurisdizionale o un magistrato inquirente»²⁸. Però, in alternativa, questi ultimi, possono effettuare un previo vaglio sulle richieste provenienti da qualsiasi altra autorità competente all'emissione, secondo l'ordinamento dello Stato d'emissione, che agisce in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale²⁹. Così, peraltro, parrebbe che anche il pubblico ministero possa essere organo emanante, atteso che nell'ordinamento italiano esso è il magistrato inquirente. Eppure, come visto, la figura del pubblico ministero è esplicitamente e distintamente ricompresa tra i soggetti che possono esclusivamente emanare un ordine di produzione per dati relativi agli abbonati o dati di traffico utili per la sola identificazione dell'autore del reato. Forse, allora, quella adottata dalla versione italiana del Regolamento è una terminologia tesa a includere il *juge d'instruction* tra i soggetti competenti per l'emissione (circostanza che sembra confermata dalla versione in lingua francese del Regolamento), ma non certo il pubblico ministero.

In secondo luogo, l'ordine di produzione inerente a queste tipologie di dati deve essere notificato all'autorità giudiziaria dello Stato in cui si trova lo stabilimento o il rappresentante del prestatore di servizi, affinché anch'essa eserciti un controllo sulle condizioni di emissione ed esecuzione, entrando fin da subito nel circuito della cooperazione per l'acquisizione della *e-evidence*; la notificazione, infatti, è contestuale alla trasmissione dell'ordine³⁰. Vi è, peraltro, un'eccezione, che sarà relevantissima sotto il punto di vista dell'incidenza statistica: non vi è alcun obbligo di notificazione se, al momento dell'emissione dell'ordine, l'autorità emittente abbia fondato motivo di ritenere che il reato sia stato commesso, sia in atto o sia suscettibile di essere commesso nello Stato di emissione, oppure se la persona i cui dati sono richiesti risieda nello Stato di emissione³¹.

Infine, cambiano i tempi di esecuzione. Dato che la notificazione all'autorità giudiziaria d'esecuzione è contestuale alla trasmissione dell'ordine di produzione al prestatore di servizi, quest'ultimo non deve eseguire l'ordine immediatamente; al contrario, l'art. 8, paragrafo 4, del Regolamento parla esplicitamente di un effetto sospensivo sugli obblighi dell'*internet service provider*, a meno che non si versi in un caso d'esecuzione in via d'urgenza. Il prestatore di servizi deve, quindi, attendere un sostanziale nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria notificata, che può anche essere tacito: l'ordine di produzione andrà, infatti, eseguito se non

²⁷ Art. 16, paragrafo 1, del Regolamento.

²⁸ Art. 4, paragrafo 2, lett. a) del Regolamento.

²⁹ Art. 4, paragrafo 2, lett. b) del Regolamento.

³⁰ Art. 8, paragrafo 1, del Regolamento.

³¹ Art. 8, paragrafo 2, del Regolamento. Il peso di quest'eccezione dipende naturalmente dal fatto che la transnazionalità, nella stragrande maggioranza dei casi, attiene esclusivamente al piano della singola prova digitale da acquisire, essendo, per tutto il resto, *purely domestic cases*.

dovesse pervenire alcun motivo di rifiuto entro dieci giorni dalla notificazione. Nelle more, comunque, l'*internet service provider* dovrà preservare quei dati, così da trovarsi nelle condizioni di eseguire l'ordine entro dieci giorni da quando perviene l'assenso dell'autorità giudiziaria notificata (o comunque alla scadenza del termine dato a quest'ultima per fare valere ragioni di rifiuto dell'ordine di produzione)³². In ipotesi d'urgenza, peraltro, l'autorità giudiziaria a cui è stato notificato l'ordine può, se decide di far valere un motivo di rifiuto, al più tardi entro quattro giorni dalla ricezione della notifica, notificare all'autorità di emissione e al destinatario la propria opposizione all'uso dei dati ovvero imporre un utilizzo dei dati solo alle condizioni da essa specificate; tuttavia, se in caso di rifiuto i dati sono già stati trasmessi all'autorità di emissione, quest'ultima cancella i dati o ne limita in altro modo l'uso oppure rispetta le condizioni d'impiego dei dati, nel caso in cui l'autorità di esecuzione abbia specificato condizioni³³.

Attraverso l'ordine europeo di conservazione, invece, non viene imposto ai fornitori di servizi di consegnare immediatamente i dati, bensì, si prescrive loro di preservarli, evitando che vengano definitivamente rimossi o alterati prima che le autorità possano richiederli. Il Regolamento stabilisce un periodo di conservazione dei dati di sessanta giorni³⁴.

Questo strumento è particolarmente utile nei casi in cui i dati dell'utente non occorranco subito, ma è possibile che diventino rilevanti per le indagini successivamente; oppure, altra ipotesi, è quella per cui l'autorità che procede con le investigazioni si trovi in attesa della previa autorizzazione di un giudice, qualora quest'ultima sia necessaria per la tipologia di dati di cui si intende chiedere la produzione (quindi, per i dati di contenuto e i dati di traffico, quando questi ultimi non vengano richiesti per la sola identificazione dell'autore del reato); in questi casi, inoltre, il Regolamento prevede anche la possibilità di estendere il periodo di conservazione di ulteriori trenta giorni³⁵.

Per l'ordine di conservazione il Regolamento non prevede limitazioni sull'autorità emittente, neppure per i dati di traffico e di contenuto; inoltre, non vi è notificazione all'autorità giudiziaria dello Stato in cui si trova lo stabilimento o il rappresentante del prestatore di servizi digitali. La ragione, evidentemente, risiede nella minore intrusività e lesività di questo strumento, posto che non vi è una divulgazione dei dati dell'utente, collocati presso i server dell'*internet service provider*, il quale, semplicemente, li "congela" in attesa di una – del tutto eventuale – futura richiesta di produzione. Anche per tali ragioni, un ordine di conservazione – non importa a quale tipologia di dati esso si riferisca – può essere emesso in presenza dei medesimi presupposti che rendono legittima l'emissione di un ordine di produzione per dati relativi agli abbonati e per dati di traffico richiesti per la sola identificazione dell'autore del reato.

Come si è accennato, il pacchetto normativo si compone, altresì di una Direttiva. Quest'ultima, che andrà recepita dagli Stati membri entro il 18 febbraio 2026, impone (*rectius*: imporrà) ai *providers* che operano nell'Unione – anche se sono stabiliti in Paesi terzi e indipendentemente dalla localizzazione dei loro server – di designare un proprio stabilimento, ovvero, alternativamente, di nominare un rappresentante legale all'interno dell'UE. Questi ultimi saranno i destinatari degli ordini di produzione e di conservazione e dovranno, quindi, riscontrare alle richieste provenienti dalle autorità giudiziarie dei Paesi

³² Art. 10, paragrafo 2, del Regolamento.

³³ Art. 10, paragrafo 4, del Regolamento.

³⁴ Art. 11, paragrafo 1, del Regolamento.

³⁵ Estensione temporale, su richiesta dell'autorità emittente, sempre prevista dall'art. 11, paragrafo 1, del Regolamento.

membri, dandovi esecuzione, consegnando i dati in loro possesso, suscettibili di configurarsi come prove elettroniche in un procedimento penale.

La Direttiva semplifica l'operato delle autorità giudiziarie nazionali e agevola l'acquisizione transfrontaliera della prova digitale, poiché rende esplicitamente non determinante il luogo in cui siano conservati i dati: se l'*internet service provider* è un prestatore di servizi all'interno dell'Unione, allora deve designare un proprio stabilimento o nominare un proprio rappresentante nel territorio UE³⁶.

Sempre secondo la Direttiva (art. 2, nn. 2 e 3), tale obbligo sorge quando l'*internet service provider* consente alle persone fisiche o giuridiche in almeno uno Stato membro di usufruire dei propri servizi, oppure se ha un collegamento sostanziale, basato su specifici criteri di fatto, con almeno uno Stato membro. Sul punto, specifica ulteriormente la Direttiva, che un collegamento sostanziale con uno Stato membro si considera esistente quando il fornitore di servizi ha una sede stabile in quello Stato; oppure, se non dispone di un vero e proprio stabilimento, il collegamento può comunque essere riscontrato, se il servizio ha un numero significativo di utenti o se le sue attività sono chiaramente rivolte verso quel Paese membro.

Presupposto di applicabilità del Regolamento, come è ovvio, è la transnazionalità della ricerca dell'*e-evidence*. Ciò significa che – in un caso diametralmente opposto – se l'*internet service provider* dovesse avere sede, stabilimento, o rappresentante nel Paese in cui si trova l'autorità investigativa che necessita dei dati, si applicherebbe la disciplina nazionale³⁷.

4. Una nuova frontiera per il mutuo riconoscimento nel settore penalistico

Si discute se gli ordini europei di conservazione e di produzione possano considerarsi operanti sulla base del principio del mutuo riconoscimento, lo stesso che orienta altri meccanismi di cooperazione giudiziaria in ambito UE, tra cui, in particolare, il mandato d'arresto europeo e l'ordine europeo d'indagine penale. Questo dibattito ha anche messo in dubbio la congruità della base legale su cui è stata, in un primo momento, avanzata la proposta di Regolamento e Direttiva e quella su cui è stata, successivamente, approvata la disciplina finale.

Secondo una sintetica definizione – che è certamente parziale e approssimativa, ma che deriva dallo sviluppo dello stesso principio in materia penale – il mutuo riconoscimento implica che a una decisione assunta da un'autorità giudiziaria in un Paese membro dell'Unione europea debbano essere dati riconoscimento e applicazione dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro, senza che quest'ultima possa opporre motivi di rifiuto al riconoscimento e/o all'esecuzione, se non per ragioni tassativamente indicate per i singoli strumenti di cooperazione giudiziaria³⁸.

La disciplina sugli ordini di produzione e conservazione va oltre questa dinamica, perché, come già si è ampiamente sottolineato, attraverso il suo schema procedimentale ordinario, consente all'autorità emittente dello Stato membro A di rivolgere l'ordine direttamente all'*internet service provider*, quindi a un soggetto privato, che ha il proprio

³⁶ Cfr. V. FRANSSEN, *Cross-border gathering of electronic evidence in the EU: towards more direct cooperation under the e-Evidence Regulation*, cit., p. 195.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Cfr. J. R. SPENCER, *The Principle of Mutual Recognition*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, Cham, 2018, pp. 281-282.

stabilimento oppure che ha designato un proprio rappresentante legale – secondo quanto stabilito dalla Direttiva – in altro Paese membro dell'Unione (Stato B). Viene, dunque, a mancare l'interlocuzione con un'altra autorità giudiziaria, perché destinatario dell'ordine è direttamente il prestatore di servizi³⁹.

A questo proposito, è interessante confrontare gli ordini di produzione e conservazione con l'ordine europeo di indagine penale – strumento il cui utilizzo, sempre nel campo dell'acquisizione di prove, è già ampiamente consolidato nel panorama della cooperazione giudiziaria europea – al fine di sottolinearne le principali differenze.

Mediante l'OIE si consente a un'autorità giudiziaria di uno Stato membro di chiedere all'autorità giudiziaria di un altro Paese membro di compiere uno o più atti investigativi, come perquisizioni, sequestri o intercettazioni, oppure per ottenere prove già nella disponibilità delle autorità competenti dello Stato di esecuzione (il caso Encrochat è probabilmente il più importante esempio di ordine europeo d'indagine emesso per tale finalità⁴⁰). A differenza dell'ordine di produzione, che consente di ottenere dati direttamente da un fornitore di servizi, l'ordine europeo d'indagine richiede sempre l'intervento dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione.

Rispetto all'OIE, pertanto, gli ordini di produzione e conservazione determinano un passo ulteriore verso una cooperazione diretta e immediata tra autorità giudiziarie e fornitori di servizi privati, localizzati presso un Paese membro conformemente a quanto previsto dalla Direttiva; rappresentano, dunque, un fondamentale tassello nell'evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale, nello specifico settore dell'acquisizione transfrontaliera della prova digitale, traendo ispirazione dalle forme di attuazione del principio del mutuo riconoscimento, già sperimentate con strumenti come l'OIE e il MAE, ma sviluppandole ulteriormente.

Nel corso dell'*iter* legislativo, peraltro, più voci hanno messo in dubbio che, così concepiti, gli ordini di produzione e conservazione fossero strumenti di mutuo riconoscimento; conseguentemente, incertezze erano state rilevate anche rispetto alla congruità dell'art. 82, paragrafo 1, lett. a) e d) TFUE, inizialmente assunto come base legale nella proposta della Commissione europea⁴¹. Invero, un argomento cardine nelle critiche risiedeva proprio nell'assenza di un'autorità giudiziaria coinvolta nel riconoscimento, poiché ciò condurrebbe all'adozione di un modello di «*direct public-private cooperation [that] cannot be framed as a form of judicial cooperation under EU law as foreseen in Article 82 of the TFEU*»⁴².

Le obiezioni appaiono parzialmente corrette. È certamente vero che la lett. d) del primo paragrafo dell'art. 82 TFUE, volto a facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, è poco calzante rispetto a istituti per i quali, secondo lo schema procedimentale base, non è previsto l'intervento di un'autorità giudiziaria preposta al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione giudiziaria, se non in limitate ipotesi.

³⁹ Cfr. S. TOSZA, *Mutual recognition by private actors in criminal justice? E-evidence Regulation and service providers as the new guardians of fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2024, p. 155.

⁴⁰ CGUE, *Grande Chambre*, Sent. 30/04/2024, Causa C-670/22, M.N. (Encrochat).

⁴¹ Sul punto, v. E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, Study requested by the LIBE committee of the EU Parliament, 2018, p. 31 (disponibile su europarl.europa.eu); altresì, M. BÖSE, *An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence*, Study requested by the LIBE committee of the EU Parliament, 2018, p. 36 (disponibile su europarl.europa.eu).

⁴² S. CARRERA, M. STEFAN, V. MITSILEGAS, *Cross-border data access in criminal proceedings and the future of digital justice. Navigating the current legal framework and exploring ways forward within the EU and across the Atlantic*, in CEPS, 2020, p. 58.

Sulla scorta di tali considerazioni, la versione finale del Regolamento – senza addentrarsi in alcuna pericolosa specificazione – individua la propria base legale nell’art. 82, paragrafo 1, TFUE nella sua interezza.

Pertanto, le residuali perplessità sulla congruità complessiva dell’art. 82 TFUE – e, in particolare, sulla lett. a) del paragrafo 1 –, che fanno leva su una discussa riconducibilità degli istituti in esame al principio di mutuo riconoscimento, sono superabili. Infatti, come correttamente si è osservato, «*the principle of mutual recognition as a basis for cooperation in criminal matters, does not have a formal definition in the Treaty*»⁴³. Trattandosi, piuttosto, di un principio estremamente duttile – nato in origine per favorire la circolazione dei beni e delle merci – è assolutamente accettabile che si presti alle stesse evoluzioni cui è andato incontro proprio nel settore commerciale e in ambito civilistico, dove decisioni di un’autorità giudiziaria di un Paese membro sono già eseguibili dai soggetti privati di un altro Stato membro cui sono indirizzate. Pertanto, superata questa rigidità, disancorata da precise prescrizioni contenute nelle fonti di diritto primario eurounitarie, è indubbio che la disciplina introdotta con il Regolamento UE 1543/2023 ambisca a facilitare la circolazione e il riconoscimento delle decisioni giudiziarie dei Paesi membri; lo fa attraverso l’introduzione di due nuovi strumenti, il cui funzionamento si basa su una fiducia tra gli ordinamenti così elevata da non essere neppure necessario l’intervento di un’autorità giudiziaria in sede di riconoscimento. In questi termini, ne deriva la piena coerenza con l’art. 82, paragrafo 1, lett. a) TFUE.

Questi strumenti, dunque, transcendendo il modello classico di mutuo riconoscimento, adottano una forma di riconoscimento tacito strutturale, in cui l’efficacia della decisione giudiziaria straniera è presupposta e operativa *ab initio*, senza alcun coinvolgimento necessario dell’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione (quantomeno nelle ipotesi maggiormente incidenti dal punto di vista statistico).

L’intervento del legislatore europeo era particolarmente atteso e la fase di negoziazione del pacchetto legislativo è stata particolarmente lunga ed elaborata⁴⁴. Tuttavia, la semplificazione procedimentale porta con sé alcune criticità. Se da un lato offre maggiori possibilità di accesso ai dati elettronici necessari già nelle fasi preliminari delle indagini, con tempistiche certamente più celeri ed esiti di riscontro meno incerti, dall’altro pone nuove sfide in termini di bilanciamento tra efficienza investigativa e tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

5. Cifratura e decrittazione: criticità applicative del nuovo Regolamento

Le riflessioni esposte appaiono sufficienti a evidenziare come il Regolamento 2023/1543/UE costituisca certamente un passo significativo in materia di raccolta e trasmissione transfrontaliera delle prove digitali. Tuttavia, persistono criticità applicative non marginali, soprattutto con riferimento alla trasparenza e all’effettiva utilità operativa delle procedure di acquisizione, decifrazione e verifica dei dati oggetto di richiesta.

L’era digitale, tra le molteplici innovazioni, porta con sé innegabili vantaggi tecnici e operativi, come ad esempio la possibilità, già menzionata, di utilizzare protocolli di messaggistica crittografati. Numerose aziende private attive nel settore delle

⁴³ Cfr. S. TOSZA, *Mutual recognition by private actors in criminal justice? E-evidence Regulation and service providers as the new guardians of fundamental rights*, cit., p. 158.

⁴⁴ I passaggi chiave dell’iter legislativo sono disponibili sul [sito del Parlamento europeo](#).

telecomunicazioni hanno già sviluppato – o stanno perfezionando – meccanismi avanzati di cifratura e trasmissione dei dati con l'obiettivo di incrementare e rafforzare la sicurezza delle conversazioni tra gli utenti.

La crescente diffusione della cifratura nelle comunicazioni elettroniche, da un lato, rappresenta una garanzia imprescindibile per la tutela della riservatezza dei dati e della sicurezza informatica; dall'altro lato, introduce barriere tecniche che rendono complessa l'attività investigativa e di contrasto, come dimostrano in maniera emblematica i casi *SkyECC*⁴⁵ e *Encrochat*⁴⁶. In relazione a tali casi, le autorità giudiziarie europee hanno affrontato ostacoli, *in primis*, all'accesso e, *in secundis*, all'utilizzo ai fini dell'accertamento penale di tali comunicazioni protette.

I dispositivi elettronici di nuova generazione, infatti, integrano nativamente sistemi di cifratura per i dati memorizzati e molte applicazioni, scaricabili facilmente da un utente medio, impiegano protocolli *end-to-end* in grado di rendere l'intercettazione o l'estrazione di dati intellegibili tecnicamente complessa e di difficile realizzazione⁴⁷.

In uno scenario così variegato, lo squilibrio tra l'evoluzione tecnologica e gli strumenti giuridici di contrasto alla criminalità crea un divario evidente e incolmabile, con il rischio concreto di una notevole compromissione delle attività investigative. Ad ogni modo, ogni intervento in materia deve continuare a rispettare i principi fondamentali del giusto processo, primo fra tutti la presunzione di innocenza, cardine irrinunciabile dello Stato di diritto.

Sul punto risulta interessante esaminare nel dettaglio un considerando del Regolamento, in particolare il n. 20, che, in poche battute, sintetizza ed evidenzia un problema che resta irrisolto. Il dettato si apre con il seguente periodo «l'applicazione del presente regolamento non dovrebbe pregiudicare l'uso della cifratura da parte dei prestatori di servizi o dei loro utenti»⁴⁸.

Innanzitutto, la Commissione dimostra di essere pienamente cosciente del ruolo cruciale che la crittografia riveste tanto in un'ottica squisitamente economica – cioè con riguardo all'interesse dei prestatori di servizi a offrire sul mercato prodotti in grado di garantire la segretezza delle comunicazioni tra i privati – quanto di tutela dei diritti fondamentali e della sicurezza cibernetica dei cittadini, dei governi, dell'industria e, più in generale, della società.

Di contro, risulta problematica – sotto il profilo pratico – la clausola finale del considerando in esame, secondo la quale «i dati richiesti per mezzo di un ordine europeo di produzione o di un ordine europeo di conservazione dovrebbero essere forniti o conservati a prescindere dal fatto che siano criptati o meno. Tuttavia, il presente regolamento non dovrebbe stabilire alcun obbligo per i prestatori di servizi di decifrare i dati».

L'assenza di un obbligo di decifrazione a carico dei prestatori di servizi comporta un significativo *vulnus* sul piano probatorio. La mera trasmissione di un dato cifrato, non intellegibile o non tecnicamente decifrabile, rischia di svuotare di contenuto, e non poco, l'efficacia dell'EPO – ma lo stesso dicasi per l'EPrO –, riducendolo a una formalità priva di valore funzionale.

⁴⁵ Cass. Sez. Un., sent. 29 febbraio-14 giugno 2024, n. 23755 e Cass. Sez. Un., sent. 29 febbraio-14 giugno 2024, n. 23756.

⁴⁶ CGUE, *Grande Chambre*, Sent. 30/04/2024, Causa C-670/22, M.N. (*Encrochat*), cit.

⁴⁷ Sul punto vedi F. CARLI, *La crittografia: cos'è, come funziona e perché è alleata della sicurezza informatica*, in *Network Digital* 360, 2022.

⁴⁸ Considerando 20 del Regolamento.

Ci si chiede allora su quali strumenti e metodologie debba fare affidamento l'autorità inquirente per accedere ai contenuti protetti: sebbene il pubblico ministero possa contare, di norma, su risorse – economiche e di “forza-lavoro” – notevolmente o comunque di misura superiore rispetto a quelle proprie della difesa, la questione dell'accessibilità, lettura e verificabilità delle prove digitali resta centrale.

In particolare, tra le varie problematiche, una sembra primeggiare, soprattutto in considerazione di quanto sopraindicato in termini di preservazione della presunzione di innocenza: si tratta del diritto della difesa di verificare l'integrità e la genuinità del dato digitale, specialmente in assenza – rispetto all'accusa – di un'analogia capacità tecnica di analisi e decodifica.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella già citata sentenza *Encrochat* del 30 aprile 2024⁴⁹, ha ribadito che, sebbene la cooperazione giudiziaria si fondi sul principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, resta ferma la responsabilità dei giudici nazionali di garantire che le prove digitali acquisite nel contesto transfrontaliero rispettino pienamente i diritti della difesa e gli *standard* del giusto processo. La Corte ha sottolineato la necessità estrema di garantire almeno dei livelli minimi procedurali, che implicino la produzione di relazioni tecniche dettagliate, certificazioni di autenticità e documentazione dell'intera catena di custodia dei dati, al fine di consentire agli accusati e ai loro difensori un controllo effettivo sulla legittimità e sulla genuinità della prova digitale.

Più nello specifico, la CGUE ha chiarito che un OEI finalizzato alla trasmissione di prove già detenute dallo Stato di esecuzione – nel caso di specie la Francia – può essere emesso anche dal pubblico ministero purché sussistano specifiche condizioni, le quali non necessariamente devono essere una riproduzione integrale di quelle previste per la raccolta delle prove nello Stato di emissione.

Ciò che rileva – e costituisce proprio uno degli aspetti più significativi del provvedimento in esame relativamente al tema del presente paragrafo – è la necessità che sia sempre garantita la possibilità di un controllo giurisdizionale successivo sul rispetto dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. In questa prospettiva, la Corte sembra orientarsi verso un equilibrio tra le esigenze di efficienza investigativa e la tutela giurisdizionale, riconoscendo come irrinunciabile – anche in assenza di un vaglio preventivo – almeno un controllo *ex post* sul rispetto dei diritti fondamentali.

Tornando all'ordine europeo di produzione, laddove non sia possibile prevedere un controllo preventivo sul materiale acquisito, è imprescindibile che all'imputato sia riconosciuta la possibilità di esercitare un controllo successivo. In linea con quanto affermato dalla CGUE nella pronuncia sopra richiamata, tale controllo deve includere la possibilità di sottoporre a nuova verifica le operazioni di decrittazione e di valutare in modo autonomo la catena di custodia dei dati.

In tal senso, risulta particolarmente rilevante quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*⁵⁰, del 2023, secondo la quale la «la violazione del diritto alla conoscenza è compensata dalla valutazione successiva del contenuto probatorio con altre garanzie». Seppur maturato in un diverso contesto processuale, l'orientamento della Corte EDU risulta perfettamente coerente con l'impostazione della CGUE nella sentenza C-670/22: in assenza di un controllo preventivo sull'acquisizione probatoria, è essenziale garantire alla difesa un controllo successivo pieno,

⁴⁹ CGUE, *Grande Chambre*, Sent. 30/04/2024, Causa C-670/22, M.N. (*Encrochat*), cit.

⁵⁰ Corte eur. [GC], 26 settembre 2023, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*. ric. 15669/20.

effettivo e tecnicamente idoneo, finalizzato alla verifica dell'integrità, autenticità e affidabilità del dato digitale.

Alla luce delle criticità evidenziate e degli orientamenti giurisprudenziali riportati, ci si potrebbe legittimamente interrogare sull'opportunità di prevedere – quantomeno in presenza di determinate garanzie giudiziarie – un obbligo, e non una mera attività discrezionale, a carico dei prestatori di servizi, di fornire alle autorità richiedenti le chiavi di cifratura o altri strumenti tecnici idonei a rendere accessibili in maniera effettiva i dati richiesti. È certo che una simile scelta normativa, sebbene suscettibile di influire negativamente sulla competitività tra aziende e sull'attrattività commerciale delle piattaforme digitali – soprattutto di quelle che fanno della cifratura un elemento distintivo della propria affidabilità – avrebbe potuto contribuire in modo più efficace alla velocità di intervento e al riequilibrio tra le parti processuali, rafforzando la concretezza del principio di parità delle armi.

In particolare, l'accesso diretto ai dati cifrati, reso possibile dall'ipotetico obbligo – non introdotto – avrebbe evitato alle autorità giudiziarie costosi e complessi procedimenti di decrittazione, con un impatto positivo in termini di risparmio di risorse e di efficienza investigativa. Allo stesso tempo, la trasmissione alla difesa della medesima chiave di cifratura – o comunque di strumenti tecnici equivalenti – le avrebbe consentito di decifrare autonomamente i contenuti o di verificare *ex post*, in modo pieno e indipendente, la correttezza e la completezza delle operazioni di decrittazione eseguite dall'accusa.

Forse, ed è soltanto un'idea di stimolo per una riflessione futura anche in vista di ciò che accadrà in seguito all'entrata in vigore del Regolamento, l'introduzione di un siffatto obbligo avrebbe permesso di superare molte delle criticità segnalate, restituendo equilibrio al confronto processuale e rafforzando, in modo concreto ed effettivo, la tutela dei diritti fondamentali coinvolti.

6. I prestatori di servizi digitali nello scacchiere della cooperazione giudiziaria

L'inedito ruolo assunto dai *digital service providers* nella disciplina sugli ordini di produzione e conservazione è il presupposto per la formulazione di una serie di interrogativi inediti nel panorama della cooperazione giudiziaria.

I fornitori di servizi digitali, che nella stragrande maggioranza dei casi sono dei veri e propri colossi (Alphabet, Apple, Meta, Microsoft, Twitter, ecc.), sono dei soggetti privati; dunque, puntano, prima di tutto, alla crescita delle proprie attività e alla massimizzazione dei profitti; non nascono come autorità pubbliche deputate alla tutela di interessi della collettività. È, altresì, possibile affermare che – in linea di principio – rispetto al procedimento penale che si svolge nello Stato d'emissione dell'ordine essi siano dei soggetti terzi.

Il Regolamento sugli ordini di produzione e conservazione della prova digitale rimette in discussione tutto ciò, essendosi in proposito parlato – già a partire dalla Proposta della Commissione europea – di «*re-allocation of protective functions*»⁵¹. Agli internet service providers, invero, quali destinatari ed esecutori degli ordini, spetta anche il compito di verificare che

⁵¹ M. BÖSE, *An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence*, Study requested by the LIBE committee of the EU Parliament, cit., p. 41.

siano rispettati i diritti fondamentali dei soggetti cui la richiesta si riferisce, spingendo gli *internet service providers* «more towards the public sphere, constituting a true paradigm shift»⁵².

Ebbene, ci si deve in primo luogo interrogare sulla capacità dei prestatori di servizi digitali di offrire un'effettiva tutela dei diritti fondamentali, posto che, a tutti gli effetti, essi divengono «il perno centrale del sistema»⁵³. Come verrà meglio esplicitato in seguito, è possibile affermare che le scelte tradottesi nella versione definitiva del Regolamento offrono delle prospettive di tutela – senza trascurare le esigenze di efficienza del sistema – ben più appaganti delle soluzioni alternative avanzate nel corso dell'*iter* legislativo.

La Commissione europea, nella sua proposta, era orientata verso l'attribuzione di un ruolo estremamente marginale all'autorità giudiziaria del Paese membro in cui si trova l'*internet service provider*, non contemplando neppure il ricorso alla notificazione. Il Consiglio aveva edulcorato questa impostazione, prevedendo una notificazione, priva di effetti sospensivi, per le richieste di dati di contenuto riguardanti soggetti non residenti nello Stato d'emissione. Si discostava moltissimo, invece, la soluzione offerta dal Parlamento europeo, mosso dall'idea, marcatamente in antitesi, per cui «*the responsibility for protecting human rights should not be shifted from states to service providers*»⁵⁴. Proprio a causa di ciò, si proponeva un utilizzo massiccio dello strumento della notificazione, per ordini di produzione relativi a ogni tipologia di dato e persino per gli ordini di conservazione; si differenziava, tuttavia, tra notificazioni con effetti sospensivi degli obblighi dei prestatori di servizi e notificazioni prive di tali effetti. La versione finale del Regolamento, come spesso accade, rappresenta un accomodamento tra queste posizioni antitetiche, ma opta anche per un regime astrattamente bilanciato alla luce di alcune considerazioni.

Rispetto a questo tema, infatti, è fondamentale sottolineare che l'Irlanda si trova in regime di *opt-in* per il Regolamento e la Direttiva sull'*e-evidence*. Ebbene, il cuore del problema risiede proprio in ciò: se la quasi totalità dei più importanti *internet service providers* ha stabilito la propria sede nello stesso Paese, cioè proprio l'Irlanda, principalmente per ragioni fiscali, un controllo da parte dell'autorità giudiziaria di questo Stato, come autorità sempre e comunque notificata, su ogni richiesta e per tutte le tipologie di dati, sarebbe assolutamente inefficace oltre che inefficiente.

Invero, già da alcuni numeri del sistema attuale, ancora basato sulla cooperazione volontaria da parte dei principali *internet service providers*⁵⁵, si ricava che il numero di richieste di trasmissione dati ogni anno è elevatissimo, nell'ordine delle decine di migliaia⁵⁶; soprattutto, si evince che le richieste hanno principalmente ad oggetto dati diversi dai dati di contenuto e che destinatari del 90% delle richieste sono cinque grandi fornitori di servizi

⁵² S. TOSZA, *Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role for private actors*, in *Computer Law & Security Review*, 2021, 43, p. 12.

⁵³ O. POLLICINO, M. BASSINI, *La proposta di Regolamento e-Evidence: osservazioni a caldo e possibili sviluppi*, in *Medialaws.net*, 26 ottobre 2018, p. 11.

⁵⁴ T. CHRISTAKIS, *From Mutual Trust to the Gordian Knot of Notifications. The EU e-evidence Regulation and Directive*, cit., p. 189. L'autore ha svolto un'esaustiva analisi di tutte le differenti proposte susseguitesi nel corso del complesso *iter* legislativo in punto di notificazione degli ordini di produzione ad autorità giudiziaria diversa da quella emittente; al suo ricchissimo contributo, dunque, si rinvia per ogni approfondimento.

⁵⁵ Per la consultazione dei quali si rinvia alle pagg. 13-15 dell'*impact assessment* della Commissione europea (v. nota n. 14).

⁵⁶ Sul punto, v. T. CHRISTAKIS, *From Mutual Trust to the Gordian Knot of Notifications. The EU e-evidence Regulation and Directive*, cit., pp. 194-195, che, richiamando i dati forniti da Europol, *SIRIUS EU Digital Evidence Situation Report: Cross-Border Access to Electronic Evidence*, The Hague, 20 December 2019, mette in luce che «in 2018 Facebook received and examined a total of 53.841 data requests, Google received 47.011, Apple 43.480 and Microsoft 22.919».

digitali, già precedentemente citati, tutti localizzati nella regione di Dublino. Ipotizzando che i numeri rimangano invariati anche in futuro ed essendo verosimile che questi prestatori di servizi indichino i propri stabilimenti in Irlanda anche ai fini della Direttiva, ne deriverebbe un volume di ordini di produzione notificati alla sola autorità giudiziaria irlandese assolutamente non compatibile con la capacità di effettuare un vaglio degli stessi a tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti⁵⁷.

Il rischio connesso a una scelta legislativa che preveda l'obbligatorietà della notificazione per ogni tipologia di dato – con conseguente esame degli ordini da parte dell'autorità giudiziaria notificata – diverrebbe quello di una trasformazione della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti in un mero manifesto ideologico, un simulacro, del tutto avulso dalla realtà fattuale. Al contrario, è il contesto in cui si inserisce il pacchetto legislativo sull'*e-evidence* a consentire di affermare che è proprio il singolo prestatore di servizi a trovarsi nella posizione migliore per offrire una tutela effettiva dei suoi utenti e dei loro dati, eventualmente attraverso l'istituzione di unità operative deputate all'esecuzione o al rifiuto all'esecuzione degli ordini di produzione e conservazione. Dunque, è una scelta bilanciata quella di prevedere un intervento dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui ha sede il prestatore di servizi, quale autorità notificata, solo per quelle richieste che si contraddistinguono per elevata intrusività, cioè, principalmente, per le ipotesi che riguardano acquisizioni di dati di contenuto⁵⁸.

Per quanto strettamente connessa a quella fin qui analizzata, è questione distinta quella attinente al tipo di approccio che il Regolamento adotta nei confronti degli *internet service providers*, dopo avere posto in capo a questi ultimi una funzione pubblicistica di particolare sensibilità. Anche in questo caso, anticipando le conclusioni, si deve osservare che, proprio su questo terreno, si riscontrano alcuni aspetti problematici all'interno del Regolamento, i quali rischiano di compromettere il complessivo sistema di tutela, in nome dell'efficienza “a ogni costo”.

Come autorevole dottrina ha fin da subito messo in luce, invero, il Regolamento trasmette chiaramente l'idea che la cooperazione tra autorità giudiziaria emanante e prestatore di servizi digitali non avvenga affatto su un piano paritario⁵⁹.

Il primo elemento da cui ciò si evince è il controverso art. 15 del Regolamento, che si compone di due paragrafi. Il primo paragrafo istituisce un sistema di sanzioni pecuniarie “effettive, proporzionate e dissuasive”, azionabili in caso di violazione delle norme sull'esecuzione degli ordini di produzione e conservazione; la determinazione di queste sanzioni è, peraltro, rimessa ai singoli Stati membri, con la sola previsione di un tetto massimo del 2% del fatturato mondiale annuo del prestatore di servizi. Il secondo paragrafo, all'opposto, crea una sorta di scudo per gli *internet service providers*, i quali non sono ritenuti

⁵⁷ Autorevolmente sul punto S. TOSZA, *Mutual recognition by private actors in criminal justice? E-evidence Regulation and service providers as the new guardians of fundamental rights*, cit., secondo cui, «if the volume of issued orders becomes significant, Irish authorities may simply not have the necessary resources to examine all of the transmitted orders» (p. 151); l'Autore sottolinea, altresì, che «if notification was to be made obligatory for any type of data, it would simply insert even more additional bureaucracy without any real effect on the rights of affected persons» (p. 159).

⁵⁸ In senso critico, M. DANIELE, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 3, pp. 1290-1291, il quale sostiene che la natura privatistica degli *internet service providers* e la loro esigenza di tutelare i propri interessi non si riesca bene a coniugare con il dovere di agire come organi pubblici in posizione di imparzialità, essendo gli stessi, in linea di principio, del tutto estranei all'esito del vaglio delle richieste.

⁵⁹ Il riferimento, sul punto, è a V. MITSILEGAS, *The privatisation of mutual trust in Europe's area of criminal justice: The case of e-evidence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 263 ss.

responsabili per eventuali pregiudizi causati agli utenti o ai terzi, che derivino esclusivamente da un'ottemperanza in buona fede a un ordine di produzione o di conservazione.

Vi è un ulteriore dato, di natura strettamente linguistica ma altrettanto emblematico, che emerge non tanto dalla versione in lingua italiana del Regolamento, bensì da quella inglese: l'autorità giudiziaria notificata, quindi l'autorità giudiziaria dello Stato in cui si trovano stabilimento o rappresentante del prestatore di servizi – come era stato evidenziato in dottrina ben prima dell'approvazione definitiva del Regolamento⁶⁰ – non è denominata *executing authority*, ma *enforcing authority*, così creandosi le basi per una netta differenza di approccio alla cooperazione, rispetto a quanto previsto per l'ordine europeo d'indagine penale.

Insomma, si espone certamente a critiche un sistema che, da un lato, attribuisce a degli enti privati una funzione di protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti e, dall'altro lato, ponendoli in una posizione di subordinazione, li rende passibili di sanzioni economiche, in ipotesi di rifiuto all'esecuzione non gradite all'autorità emanante.

Vi è poi da notare che tra prestatore di servizi e autorità giudiziaria notificata vi è una parziale divergenza dei motivi di rifiuto all'esecuzione, indicati, rispettivamente agli artt. 10 e 12 del Regolamento. Il riferimento critico, nello specifico, è rivolto al mancato inserimento delle (manifeste) violazioni di un diritto fondamentale sancito dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza tra le ragioni di rifiuto che può fare valere il prestatore di servizi. Peraltro, questa specifica ragione di rifiuto era presente nell'originaria Proposta della Commissione europea, ma è stata successivamente rimossa dal testo e oggi figura soltanto tra i motivi di rifiuto che può fare valere l'*enforcing authority*⁶¹. Anche questo punto del Regolamento, dunque, appare assolutamente distonico rispetto alla funzione attribuita ai prestatori di servizi.

Al contrario, rappresenta un elemento di grande plauso l'inserimento dell'interferenza con le immunità o i privilegi o con le limitazioni della responsabilità penale relative alla libertà di stampa o alla libertà di espressione nello Stato d'esecuzione come comune motivo di rifiuto. L'introduzione è parecchio opportuna alla luce delle derive autoritarie (già in atto o allo stato soltanto temute) in alcuni Paesi membri dell'UE, nei quali potrebbe divenire rischiosa anche la sola espressione di pensieri politicamente dissenzienti su account social, attraverso l'uso di pseudonimi. A causa degli stessi timori, era di assoluto interesse la proposta del Parlamento europeo (non confluita nel testo finale) d'inserire un meccanismo di trasmissione dell'ordine, da parte del prestatore di servizi all'autorità giudiziaria del Paese in cui lo stesso ha sede, con effetti sospensivi dei propri obblighi d'esecuzione, nell'eventualità in cui autorità giudiziaria emittente fosse quella di uno Stato membro nei confronti del quale fosse in corso una procedura *ex art. 7 TUE*⁶².

7. Conclusioni

Il fenomeno della c.d. digitalizzazione del crimine e la crescente dematerializzazione della prova nel procedimento penale rappresentano due traiettorie convergenti che hanno

⁶⁰ M. CORHAY, *Private Life, Personal Data Protection and the Role of Service Providers: The EU E-evidence proposal*, cit., p. 461.

⁶¹ Cfr. S. TOSZA, *Mutual recognition by private actors in criminal justice?*, cit., pp. 151-152.

⁶² Sul punto, v. T. CHRISTAKIS, *From Mutual Trust to the Gordian Knot of Notifications*, cit., p. 196.

imposto una revisione articolata e profonda degli strumenti di cooperazione giudiziaria in ambito europeo.

Il Regolamento UE 2023/1543 costituisce una svolta normativa di particolare interesse, destinata a incidere in modo strutturale sul rapporto tra investigazione e spazio digitale. L'introduzione dei due nuovi istituti – ordine europeo di produzione e ordine europeo di conservazione – segna il superamento, o quantomeno un aggiornamento, delle tradizionali logiche di assistenza giudiziaria. Ne deriva la nascita di un nuovo modello, diretto e immediato, che mira a garantire una risposta più efficace alle sfide poste dalla criminalità in rete.

Sul piano sistematico, le novità sono molteplici.

Innanzitutto, i nuovi strumenti coinvolgono in maniera diretta nella giustizia penale transfrontaliera dei soggetti privati, ovvero i *digital service providers*. La loro posizione di terzietà rispetto al procedimento penale viene, dunque, ridiscussa, a causa dell'assunzione di un ruolo di particolare delicatezza, derivante dall'attribuzione di una funzione di carattere pubblicistico, che integra il fulcro del sistema di cooperazione. Il sistema così sviluppato, altresì, segna un inedito mutamento di paradigma nel funzionamento della cooperazione giudiziaria orizzontale nel settore penalistico, fondata sul principio (e sul metodo) del mutuo riconoscimento.

In secondo luogo, si assiste a una ridefinizione degli equilibri tra efficienza dell'azione investigativa e tutela dei diritti fondamentali dell'indagato, in linea con i principi elaborati dalla giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU in materia di accesso ai dati personali, riservatezza delle comunicazioni e garanzie difensive. In particolare, il rischio di una compressione eccessiva del diritto al contraddittorio e della parità delle armi impone di monitorare con attenzione le ricadute del nuovo impianto sul piano processuale.

Alcune scelte appaiono meno convincenti. Tra queste, l'assenza di un obbligo per i prestatori di servizi di consegnare le chiavi di cifratura rischia di pregiudicare l'efficacia degli ordini emessi, vanificando la finalità stessa della disciplina. In un contesto in cui le comunicazioni cifrate rappresentano il centro degli interessi, sicuramente di quelli economici, di molte piattaforme, tale omissione costituisce un *vulnus* rilevante che potrebbe depotenziare l'intero sistema.

In conclusione, se da un lato il Regolamento sulla prova digitale delinea un modello potenzialmente virtuoso e 'al passo coi tempi', dall'altro lato resta ancora incerto il bilanciamento effettivo tra le esigenze di celerità ed efficienza investigativa e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, primo fra tutti il diritto di difesa. Sarà il futuro – e, auspicabilmente, anche l'intervento chiarificatore delle Corti nazionali e sovranazionali – a stabilire se tale ambizioso impianto si consoliderà come strumento di cooperazione efficace al pari, ad esempio, del MAE ovvero anche dell'OEI, o si rivelerà un compromesso fragile tra istanze, purtroppo, inevitabilmente divergenti.

ABSTRACT: *Digitalisation of Crime and Judicial Cooperation: the European Production and Preservation Order Framed by the E-Evidence Regulation*

The notion of digitalisation of offences captures a paradigm shift in the criminal matters: digital tools are no longer merely instrumental to specific offences, but increasingly permeate a wide range of traditional criminal behaviours. In this framework, digital evidence

has become central, yet its peculiar features – volatility, cross-border dispersion, dependence on service providers – challenge the effectiveness of traditional mechanisms of judicial cooperation. Even the European Investigation Order has proved insufficient. Regulation (EU) 2023/1543, introducing the European Production Order (EPO) and the European Preservation Order (EPrO), constitutes a significant step towards a more direct and efficient model of cooperation. Nevertheless, unresolved issues remain – most notably the absence of decryption obligations for service providers and the attribution to the latter of a fundamental rights protection role – raising concerns on the actual balance between investigative efficiency and the protection of fundamental rights.

8.

Terzi e vittime nella giustizia penale internazionale

VICTIMS AND THIRD PARTIES IN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Victim and International Criminal Court. – 3. Protection. – 4. Participation. – 5. Reparation. – 6. Special reference to *Amicus Curiae*. – 7. Final remark.

1. Introduction

An overview of international criminal justice in relation to the protection of human rights highlights the need to fight forcefully against violence regarding vulnerable victims (children¹ and women²), especially in armed conflicts. It is undeniable that national and international war conflicts leave after-effects that are difficult to overcome and affects entire generations³. Society and judicial systems at national and international level must make every effort to establish mechanisms to give a voice to the victims⁴ in these cases. In recent decades, in view of manifestations of extreme violence, there has been unanimous condemnation by the international community⁵, although the judicial response has not always

* Profesora Titular de Derecho Procesal, Universitat Jaume I, Castellón, Spain.

¹ All children have the right to a life free of violence (Article 19 Convention on the Rights of the Child). This requires the adoption of mechanisms by legal systems to protect them against violations of their rights. It should be noted that in relation to sexual violence, in 38 low- and middle-income countries, close to 17 million adult women report having experienced forced sex in childhood. UNICEF, *A familiar face: Violence in the lives of children and adolescents*, November 2017, pp. 3-6. P. S. PINHEIRO, *UNVAC World Report on Violence against Children*, 2010, p. 3.

² UN Women, *Infographic: Violence against women*, available at <https://www.unwomen.org/en/digital-library/multimedia/2015/11/infographic-violence-against-women>, 06 November 2015; UN Women, *Facts and figures: Ending violence against women*, available at <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>, 19 November 2015.

³ The effects of sexual violence echo across generations, through trauma, stigma, poverty, poor health and unwanted pregnancy. The children whose existence emanates from that violence have been labelled “bad blood” or “children of the enemy”, and alienated from their mother’s social group. Their vulnerability may leave them susceptible to recruitment, radicalization and trafficking. SCUN, *Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence*, 23 March 2018 (S/2018/250), § 14.

⁴ See ICC, *Strategic Plan 2026-2029*, pp. 49-53: Strategic Goal 5, Victims at the centre, Strategic Objective 5.1 Strengthen the policy and operational framework to enhance victim-centred approaches to investigations, prosecutions and the conduct of judicial proceeding; 5.2 Develop monitoring and evaluation mechanisms to assess the effectiveness of reparations programs, track long-term impacts on victims and affected communities, and refine policies based on feedback and best practices; 5.3 Further explore Court-wide engagement with affected communities at the early stages of the judicial process to guarantee meaningful participation of diverse victim groups – especially vulnerable populations (notably women and youth) – as well as at all stages of the judicial and reparations processes, including before the reparation order.

⁵ These trends have help to create a veritable social status of victim, one reflecting the magnitude of society’s recognition for his/her suffering, M. RAUSCHENBACH, D. SCALIA, *Victims and international criminal justice: a vexed question?*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, p. 443.

provided a rapid⁶ or satisfactory solution⁷. Indeed, as Cattin points out “victims of crime are often left alone, even if there is an effective system justice to bring to adjudication alleged offenders”⁸. If we transfer this conception to the international criminal justice system, it is not surprising that the features of an ideal victim of international criminal crime are identified as being: (i) weakness and vulnerability; (ii) dependency and (iii) grotesqueness⁹ if we consider the experience of the international criminal tribunals. Although it is true that the greatest exponent of the recognition of victims’ rights in general is to be found during the 1960-1980s¹⁰ in particular in United States¹¹, no justice system has refused to recognize the general

⁶ Just to mention two cases: on the one hand, in the Western Balkans, although a reparation scheme is in place in Bosnia and Herzegovina for survivors of conflict-related sexual violence, almost 30 years after the end of conflict, insufficient progress has been made in issuing reparations. Orders to pay compensation are rarely enforced, with perpetrators often insolvent or hiding assets. Witness protection measures for civil proceedings remain inadequate or non-existent, and legal and psychosocial support is limited. Victims who initiated civil proceedings in order to receive compensation from the Republika Srpska are ordered to pay court fees if they lose their cases, which has a chilling effect on the pursuit of justice. On the other, in Nepal, 16 years after the signing of the Comprehensive Peace Agreement, in 2006, accountability for conflict-related sexual violence remains limited and survivors continue to face barriers in gaining access to services, justice and reparations. Despite the appointment in 2020 of commissioners to head the two transitional justice commissions, minimal progress has been made in conducting detailed investigation into the 66, 147 complaints of human rights violations. The second national action plan on women and peace and security, which reflects the concerns of survivors of sexual violence, female fighters and children born of wartime rape, is pending endorsement. UNSC, *Conflict-related sexual violence Report of the Secretary-General*, 29 March 2022 (S/2022/272), §§ 63-64.

⁷ «On the other hand, the rights of victims, their increasingly obvious presence in the framework of criminal law and criminal proceedings, often become a dead letter, despite the legislative advances that have been made in recent decades at European and national levels»: see S. BARONA VILAR, *Encuentros restaurativos, tránsito de la guerra a la paz: ¿instrumento paliativo o reconstructivo?*, in *Estudios de Derecho*, 2018, p. 28.

⁸ «Victims are alone because their rights are not fully recognized by the law that is applicable to them, and their life, security and privacy are not always protected before, during and after the trial», D. CATTIN, *Article 68. Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings*, in K. AMBOS (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court Article-by-Article Commentary*, 2022, p. 2003. See also J.L. GÓMEZ COLOMER, *Estatuto Jurídico de la Víctima. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Valencia, 2015, p. 43 illustrates about the different role of victims in common law and continental systems, being the victim not considered a party in common law systems. See also A. PLANCHADELL GARGALLO, *La víctima*, in J.L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR (coord.), *Proceso penal: Derecho procesal III*, Valencia, 2025, pp. 111-130, for an analysis about the Standing of Victims of Crime in Spain.

⁹ As Schwöbel explains, the ‘ideal’ victim is a victimological concept made popular through the work of the renowned Norwegian criminologist Nils Christie. It is a concept introducing value hierarchies in the designation of victimhood, whereby some victims are deemed more readily deserving of the status than others. In detail about the features see C. SCHWÖBEL-PATEL, *The ‘Ideal’ Victim of International Criminal Law*, in *European Journal of International Law*, 2018 pp. 710-718; J. VAN WIJK, *Who is the ‘little old lady’ of international crimes? Nils Christie’s concept of the ideal victim reinterpreted*, in *International Review of Victimology*, 2013, p. 160.

¹⁰ In depth about the tracing the development of victims’ rights under international law, see T.M. FUNK, *Victims’ Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, New York, 2015, pp. 19-41. This author analyses the following historical evolution: A. Victim-centric Justice of the 1400 s-Customary Law as exemplified by the Code of Leke Dukagjini; B. Centralized State Power in the 1700 s and 1800s, the “scientification of Criminal Law, and the decline of Victims’ rights under domestic law; C. Twentieth-century resurgence of victims’ rights under domestic law; and D. Victims’ rights recognized as Part of International Law.

¹¹ See G.P. FLETCHER, *With Justice for Some. Victim’s Rights in Criminal Trials*, 2005. This author explains clearly the need to protect victims in criminal trial and approaches some of the most controversial and famous trials in the USA History: In 1978, Gay men stream out of the Castro and riot after the unexpected manslaughter verdict in the slaying of Harvey Milk; In 1990, Hasidic Jews march and scream their bitter disappointment after the surprise acquittals in trials for the murders of Meir Kahane and Yankel Rosenbaum; In 1991, Blacks and

principle that the system must accord the victim a right to private redress of wrongs¹² as will be approach *infra*. Focusing on United Nations contributions¹³, the General Assembly has adopted two resolutions dealing with the rights of victims, that are particularly relevant:

- The 1985 *Declaration on Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuse of Power* (Victims Declaration)¹⁴, provides a definition of victim that was considered the starting point in the ICC texts during the Preparatory Committee discussions. It is undeniable that the Victims Declaration although considered soft law in public international law, is the cornerstone of victim issues at the state level.
- The 2006 *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* (Basic Principles)¹⁵.

The system of procedural participation of the victim in the proceedings before the ICC¹⁶ has been a novelty with respect to the international criminal tribunals created previously¹⁷, since for the first time it allows, albeit as "participants" and not as "parties", their intervention in the procedural proceedings.

Hispanics rebel in Los Angeles after the first Rodney King verdict, leaving South-Central L.A. in ruins; Also 1991, Feminists fill the streets to "take back the night" and toughen laws against rape in the Mike Tyson trial. Moreover, highlights how such miscarriages of justice have become endemic. About the History of the Crime Victims' Movement in the United States see https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/ncvrw/2005/pg4c.html.

¹² As T.M. FUNK, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, cit., p. 20 states: «The earliest recorded legal systems and religious traditions- from the eighteen-century B.C. Babylonian Code of Hammurabi to the Visigothic Law Codes of the fifth century A.D.- in fact reflect the near universal belief that those wronged must have a right to redress... providing a forum for personal and direct redress has, thus, traditionally formed the very heart of the social contract between the individual and the collective».

¹³ In depth see M.C. BASSIOUNI, *International Recognition of Victims' Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2006, pp. 203-279. This author provides a comprehensive analysis about the International Recognition of Victims' Rights from a comparative perspective.

¹⁴ Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985. See UNODC, *Handbook on Justice for Victims, On the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, 1999 and UNODC, *Guide for Policy Makers Victims of Crime and Abuse of Power, on the Implementation of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, 1999.

¹⁵ Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2005 (A/RES/60/147). The Basic Principles recognize that victims should be treated with compassion and respect for their dignity that they should have their right to access to justice and redress mechanisms fully respected, and that national funds for compensation to victims should be encouraged together with the expeditious development of appropriate rights and remedies, W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2007, p. 326.

¹⁶ For a general overview of the procedure before the International Criminal Court from a practical perspective, see H. OLÁSULO, *La clínica jurídica internacional. Enfoque pedagógico e investigación 2011-2025 Volumen Especial por el XV Aniversario de la Clínica Jurídica Internacional*, Valencia, 2026.

¹⁷ Victims involvement in the proceedings before the international criminal tribunals for the former Yugoslavia (UNSC Res 827, 1993) and Ruanda (UNSC 955 (1994) (hereinafter ICTY and ICTR respectively) is limited to the status of witness (arts. 22 and 21 contain the same provision regarding protection of victims and witnesses. Therefore, victims can only testify if one of the parties or the judge so request and, one they are called to do so, their testimony is limited to answering the questions formulated by the parties and judge. Additionally, victims have no right -beyond that of the public- to access the evidence. Ochoa (2013), p. 208-209. In detail about comparison of different types of victim participation with existing international mechanisms such as the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC), the Special Tribunal for Lebanon (STL), the Kosovo Specialist Chambers & Specialist Prosecutor's Office (KSC) and the International Criminal Court (ICC) see C. SCHAFERLING, G. PETROSSIAN, *Victims Before the International Criminal Court, Definition, Participation, Reparation*, Berlin, 2021, pp. 7-95; F. M. GRIFANTINI, *Il ruolo della vittima nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in *Cassazione penale*, 2012, n. 9, pp. 3180-3190; L. SCOMPARIN, *Il ruolo della vittima nella giurisdizione*

In the following sections before focusing to the three main aspects of this contribution, that is: protection, participation and reparation of victims before the ICC, is necessary to define the concept and scope of victims to identify the most controversial issues in practice.

2. Victim and International Criminal Court

Since the Rome Statute¹⁸ does not contain a definition of victim, we must refer to Rule 85 (Definition of victims) Rules of Procedure and Evidence (RPE) where the following concept is included:

«(a) “Victims” means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court;

(b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes».

Sometimes the concept of “person” is used more generically to refer to victims who, for example, request their participation in the proceedings, or to their family members¹⁹.

Pursuant to sub-rule a) of Rule 85 RPE, four criteria must be met to obtain the status of victim: the victim must be a natural person, the victim must have suffered harm, the crime from which the harm ensued must fall within the jurisdiction of the Court, and there must be a causal link between the crime and the harm suffered²⁰.

This provision has given rise to different interpretations and questions, which are analyzed as follows:

Natural person: The initial jurisprudence of the Court interpreted this criterion in ‘the ordinary meaning of the term “natural person” as “human being”. Therefore a ‘natural person is any person who is not a legal person’²¹. To infer that the ‘natural persons

penale internazionale, in *La Legislazione penale*, 2003, n. 1, pp. 79-91; I. SFORZA, *La vittima davanti alla Corte penale internazionale: singolarità della figura e suoi poteri processuali*, in *Diritto penale e processo*, 2018, n. 8, pp. 1073-1083; P. SECHI, *Victims of crimes e giustizia penale internazionale: il ruolo delle vittime di reato nei procedimenti di fronte alla Corte penale internazionale*, in *Diritto & Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 2023.

¹⁸ Core Legal Texts of International Criminal Court are available at <https://www.icc-cpi.int/resource-library/core-legal-texts>.

¹⁹ The Office of Public Counsel for Victims – ICC, *Representing Victims before the International Criminal Court*, *A Manual for legal representatives*, 2020, p. 26.

²⁰ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo* (ICC-01/04-101), PTC I, “Decision on the Applications for the Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6, PTC I, 17.1.2006, § 79; *Situation in the Democratic Republic of the Congo* (ICC-01/04-177), PTC I, “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo”, 31.07.2006, § 7; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, (ICC-01/04-01/06), PTC I, “Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo, 28.07.2006, § 7; PTC I, “Decision on applications for participation in proceedings a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06, a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*”, 20.10.2006, § 9, among others.

²¹ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, cit., § 80.

'requirement does not cause any ambiguity or complexity would be impetuous'²². Two contentious issues are the identification²³ of natural persons and the debatable question of deceased persons. On the identification requirement, jurisprudence has moved from an initial strict approach²⁴ to a more reasonable stance²⁵ considering that applications for victims' participation shall contain information and supporting documentation to the extent possible²⁶. Another complex issue is related to the dilemma of whether individuals who are not longer alive are encompassed by rule 85 (a) RPE²⁷. Although jurisprudence have consistently proclaimed that deceased persons do not meet the victim criteria²⁸, there other decisions sustaining that 'victim does not cease to be a victim because of his or her death'²⁹.

Truthfulness of statements: The difficulty that has arisen before the Court is to determine, on the one hand, what parameters must be taken into consideration for a victim to be admitted as a participant and, on the other hand, to establish what assessment must be made. The Court understands that there must be reasonable "grounds to believe" (art. 55(2) RS) that the described story will be real and will fit within the material, temporal and territorial

²² T. BACHVAROVA, *The Standing of Victims in the Procedural Design of the International Criminal Court*, Leiden, 2017, p. 18.

²³ STL, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra*, "Decision on victims' participation in the proceedings", (STL-II-OHPTIPTJ F0236/201205081R121249-R1212911EN/nc), 8.05.2012, See in § 33 the list of documents that would suffice as proof of the applicant's identity.

²⁴ A number of restrict requirements were set regarding to the nature and form of the identification documents, which significantly narrowed the range of the admissible identification material, ICC, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okot Odiambo, Dominic Ongwen*, "Decision on victim's applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06", (ICC-02/04-01/05-252), 10.08.2007, § 16: «The Single Judge takes the view that, in principle, the identity of an applicant should be confirmed by a document (i) issued by a recognised public authority; (ii) stating the name and the date of birth of the holder, and (iii) showing a photograph of the holder».

²⁵ To the extent that even in cases of incongruity between application forms and supporting identification documents, the Court has consistently regarded the identities as duly established as long as the applicants would clearly and satisfactorily explain such incoherences. In that sense, among others see: ICC, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, PTC II, "Decision on Victim's Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings (ICC-01/04-02/06-211), 15.01.2014, § 23. ICC, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, "First Report on Applications to Participate in the Proceedings" (ICC-02/04-01/15), 16.09.2016, § 33.

²⁶ ICC, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, "Decision on victims' participation status", (ICC-02/11-01/15-379), 7.01.2016, §§ 45 -46. ICC, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, "Decision on victims' participation in trial proceedings", (ICC-01/04-02/06-449), 6.02.2015, § 46.

²⁷ T. BACHVAROVA, *The Standing of Victims*, cit. p. 23.

²⁸ ICC, *Situation in Darfur, Sudan*, PTC I, "Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07 (ICC-02/05-111-Corr) § 35-36. ICC, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, "Decision on victims' participation in trial proceedings" (ICC-01/04-02/06-449), 6.2.2015, § 48: «Accordingly, while it is possible to submit an application on behalf of victims, relatives of a deceased person will not be able to participate in these proceedings unless they show that they have suffered harm personally».

²⁹ ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, PTC III, "Fourth Decision on Victims' Participation", (ICC-01/05-01/08-320), 12.12.2008, §§ 39-52. Deceased persons were recognized as victims: «In case an application is made on behalf of a deceased person, the Single Judge recognizes this person as a victim of the case provided that (1) the deceased was a natural person, (2) the death of the person appears to have been caused by a crime within the jurisdiction of the Court and (3) a written application on behalf of the deceased person has been submitted by his or her successor».

scope provided for such purposes³⁰. In addition, a “consistent” and “coherent” presentation will also be taken into consideration in order to complement the previous criterion³¹.

Concept and content of harms suffered: In the absence of a definition of the term “harm” in the RE and in the RPE, the Court has had to rule on the matter on a case-by-case basis, and the interpretation must be compatible with internationally recognized human rights. It is understood that the harm referred to in Art. 85 RPP includes physical, economic and psychological or emotional harm³².

Indirect victims: Another issue that has generated decisions in this regard is that of indirect victims, i.e., those who have suffered harm as a consequence of the harm suffered by the direct victims. In this sense, a doctrine has been developed that admits the possibility of participation of indirect victims only to the extent that the relationship between them has been sufficiently demonstrated, and there must be a causal link between the harm that is manifested and the criminal acts that appear in the arrest warrant or in the decision of confirmation of charges. Indirect victims must establish that, as a result of their relationship with the direct victim, the loss, injury, or damage suffered by the latter gives harm to them³³. Excluded from the category of ‘indirect victims’ however, are those who suffered harm as a result of the (later) conduct of direct victims³⁴.

Pursuant to Rule 89.1 RPP, in order for a person to be considered a victim, he/she must file an application³⁵ with the Registry of the Court. Such application shall be made by means of a form prepared by the Registry, which must be previously approved by the Presidency of the Court. These standard forms shall, to the extent possible, be made available to victims, groups of victims, or intergovernmental and non-governmental organizations, which may assist in their dissemination, as widely as possible (Regulations 86.1 and 23.2 RegC. The use of standard application forms is not compulsory as long as the applicant provide the information referred to in regulation 86 (2) of the RegC³⁶. Prosecution and the Defence are entitled to reply to any application for participation filed by victims³⁷ (rule 89 1 RPE).

³⁰ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, PTC I, “Decision on the Applications for the Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6” (ICC-01/04-101), 17.01.2006, §§ 99-100.

³¹ ICC, *Situation in Uganda*, PTC, “Decision on the Prosecution’s Application for Leave to Appeal the Decision on Victims’ Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06” (ICC-02/04-101), §§ 14-15.

³² ICC, *Situation in Sudan, Darfur*, PTC, “Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07” (ICC-02/05-111-Corr), 14.12.2007, § 30.

³³ As Spiga explains: “granting the status of indirect victims to those persons who suffered harm as a result of the conduct of child soldiers enlisted in the militias under Lubanga’s control would give the Court the unique opportunity to provide redress to two categories of victims in the context of the same trial.” V. SPIGA, *Indirect Victims’ Participation in the Lubanga Trial*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 196.

³⁴ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, TC I, Redacted version of “Decision on ‘indirect victims’”, (ICC-01/04-01/06-1813), 8.4.2009, § 44-52.

³⁵ Application Form for Individuals and Application Form for Organizations are available at <https://www.icc-cpi.int/about/victims>

³⁶ ICC, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, “Public Redacted Version Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 VPRS 6”, PTC I, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17.1.2006, § 102.

³⁷ ICC, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, PTC I, “Public Redacted Version Decision on Protective Measures requested by Applicants 01/04-1/do to 01/04-6/dp”, (ICC-01/04-73), 21-07.2005 § 2.

The application to participate must refer to a specific procedure, and a new request must be made if victim wishes to participate in another procedure, even in related cases³⁸. The content of the form is determined by the provisions of regulation 86.2 RC and basically refers to the identity of the victim, the account of the facts he/she states, as well as the place and date they were committed, and harm suffered.

In order to expedite the processing of cases in which the number of victims is very high³⁹, a ‘collective approach’ is allowed through a joint application and also through a simplified form when the specific circumstances of the case deem it appropriate⁴⁰. Additionally, the A-B-C Approach is in principle an adequate tool to ensure the fairness and expeditiousness of the proceedings, while at the same time respecting the rights of both the accused and the victims. According to the A-B-C Approach, the Registry examines the applications for participation in light of rule 85 of the Rules and the criteria set by the relevant chamber and classifies the applicants into three categories: (a) applicants who clearly qualify as victims (“Group A”); (b) applicants who clearly do not qualify as victims (“Group B”); and (c) applicants for whom the Registry could not make a clear determination for any reason (“Group C”). While the Registry transmits to the Chamber all applications in unredacted form, it only transmits to the parties the Group C applications with redactions as necessary⁴¹.

3. Protection

Pursuant to art. 68.1 RE the Court shall take appropriate measures⁴² to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. In so doing, the Court shall have regard to all relevant factors, including age, gender and health, and the nature of the crime, in particular, but not limited to, where the crime involves

³⁸ ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, PTC, “Decision on the “Demande de participation de neuf victimes admises dans le procès de M. Thomas Lubanga Dyilo” (ICC-01/04-02/06-75), 26.06.2013, § 17.

³⁹ Those are victims’ figures reflected in the annual report of the ICC on its activities for 2021/22: «A combined total of approximately 13,000 victims participated in cases before the Court during the reporting period. The Court received more than 2,449 new victim application forms, including 468 in the Al Hassan case and 713 in the cases related to the Central African Republic II situation. A total of 195 representation forms were received with regard to the situations in Afghanistan and the Philippines for article 18 and article 15 processes, respectively. Altogether, 1,110 application forms for reparations were received in the reparation proceedings in the Al Mahdi and Lubanga cases. In addition, the Court received follow-up information for 400 existing applications». UNGA, *Report of the International Criminal Court, Note by the Secretary-General* (A/77/305), § 3.

⁴⁰ ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, PTC II, “Decision Establishing Principles on the Victims’ Application Process” (ICC-01/04-02/06-67), 28.05.2013, §§ 36, 42.

⁴¹ The A-B-C Approach was first adopted by the Ntaganda Trial Chamber, and subsequently followed in the Al Hassan case (at pre-trial and trial), in the Yekatom and Ngaïssona case (at pre-trial and trial), in the Abd-Al-Rahman case (at pre-trial). ICC, *Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani*, Judgment on the appeal of Mr Mahamat Said Abdel Kani against the decision of Pre-Trial Chamber II of 16 April 2021 entitled “Decision establishing the principles applicable to victims’ applications for participation”, (ICC-01/14-01/21 OA2), 14.9.2021, § 7 and 21. See ICC, *Chambers Practice Manual*, 2021, pp. 30-31.

⁴² Appropriate measures shall be interpreted, as entailing those enlisted in Rules 87 (Protective measures), 88 (Special measures) and 112.4 (Recording of questioning in particular case) RPE. Regulations 21 (Broadcasting, release of transcripts and recordings), 41 (Victims and Witnesses Unit), 42 (Application and variation of protective measures) and 101 (Restrictions to access to news and contact) RegC and in Regulations 79 (General provisions) and 100 (Protection and security of victims) of the RegR regarding responsibilities of the Registrar relating to victims and witnesses.

sexual or gender violence or violence against children⁴³. The Prosecutor shall take such measures particularly during the investigation and prosecution of such crimes. These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

Protection is a difficult and demanding task for any criminal jurisdiction and particularly so for an international tribunal⁴⁴. Through the definition of this high standard of protection for victims and witnesses, the Rome Statute has set a standard for the progressive development of the law relating to effectively functioning systems of criminal justice, not only international criminal justice⁴⁵.

It is important to note that special attention is paid to the most vulnerable groups of victims, in particular children, the elderly and victims of gender crimes, when providing for special and/or protective measures⁴⁶.

The object and purpose of this provision is not to attribute to any of the organs of the Court, including the Prosecution, the power to take whichever protective measure the relevant organ may consider necessary to protect a given witness. On the contrary, this provision aims at placing on every organ of the Court the obligation to pay particular attention to the needs of the witnesses in performing their functions and to cooperate, whenever necessary, with those organs of the Court that are competent to adopt specific protective measures such as the relocation of witnesses⁴⁷. This approach means that initiative for adopting protective measures may take place by the Court *proprio motu*⁴⁸ but also by other organs of the Court (Prosecutor or Registry).

The principle of proportionality should restrict the rights of the parties only as far as necessary, considering the nature and purpose of the proceedings at stake. Those measures⁴⁹

⁴³ Victims Participation and Reparations Section (VPRS), Victims before the International Criminal Court A guide for the participation of victims in the proceedings of the ICC. Available at https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/VPRS_Victim-s_booklet.pdf.

⁴⁴ R. CRYER, *Victims in the International Criminal Process*, in R. CRYER, D. ROBINSON, S. VASILIEV, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2019, Cambridge, p. 448.

⁴⁵ D. CATTIN, *Article 68. Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings*, cit., p. 2011.

⁴⁶ See in particular: ICC-OTP, *Policy on the Children*, November 2016; ICC-OTP, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*, 20 June 2014; ICC-OTP, *Policy of the Crime of Gender Persecution*, 7th December 2022, available at <https://www.icc-cpi.int/about/otp/otp-policies>

⁴⁷ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* “Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute and Rule 77 of the Rules”, (ICC-01/04-01/07), 21.04.2008, §§ 26-27.

⁴⁸ For example, inviting representatives of organizations to submit observations on current and specific issues related to the protection of victims, ICC, PTC I, *Situation in Darfur*, “Decision inviting observations in application of rule 103 of the rules of procedure and evidence”, (ICC-02/05-10), 24.7.2006, p.4, or mandating the non-disclosure of the identity of victim applicants to the Defence, ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, PTC I, “Decision on the Defence Application for Leave to Appeal the “Decision authorising the filing of observations on the applications for participation in the proceedings a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08”, (ICC-01/04-01/07), 27 February 2008, p. 5 or to the public for security reasons ICC, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, PTC I, “Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case”, 13.05. 2008, §§ 21–22.

⁴⁹ The protective measures ordered by the Court under Article 68(1) of the ICC Statute include i) the redaction of the applications for participation received from victims under Article 68(3) and transmitted to the parties for a reply under rule 89(1), especially if the suspect or accused may have access to said applications; ii) the redaction of submissions or decisions that are under seal before making them public; or the redaction of evidence before transmitting it to the suspect or accused; iii) the use of *ex parte* filings and *ex parte* hearings; iv) the use of reference numbers assigned by the Victims Participation and

must be adopted on a case-by case basis if and when the need arises. Given the impact of protective measures on fair trial principles, a careful balancing of interest is required⁵⁰. The use of anonymous witnesses (witnesses whose identity is not known to the accused) is a controversial issue⁵¹: Although anonymous witnesses' statements⁵² and summaries thereof are permitted at the pre-trial stage, the better stance is that the identity may be withheld only 'prior to the commencement of the trial'⁵³, for example during the confirmation of charges hearing⁵⁴.

4. Participation

Victims participation in the proceedings means the introduction of the restorative conception of justice for victims⁵⁵ and has produced similar debates at the ICC as in the

Reparations Section to the names of victims and witnesses; v) the prohibition for the parties to directly obtain confidential information on victims and witnesses, without a Chamber deciding whether to allow the parties to disclose confidential information regarding victims and witnesses; vi) the prohibition for the parties to directly contact victims and witnesses and the obligation to do so only through their legal representatives, the VPRS or the VWU if strictly necessary; vii) the non-publication of particular motions or requests, such as those requesting the issuance of warrant of arrests, until otherwise ordered by a Chamber; viii) the holding of hearings in closed session; ix) the provision of assistance to witnesses in the experience of giving oral evidence before the Court so as to prevent them from finding themselves in a disadvantageous position or from being taken by surprise as a result of their ignorance of the process of giving oral testimony ("witness familiarisation") before the Court; x) the disclosure in advance of the questions or the topics intended to be covered by the parties and participants during their questioning in order to protect traumatised or vulnerable witnesses; xi) the relocation of witnesses included in the Protection Programme of the Court; xii) the denial of provisional release requested by a suspect or accused; and xiii) the modification of the time limits to issue decisions under Article 61. See in depth all selected jurisprudence in E. CARNERO ROJO, *Article 68 Protection of the victims and their participation in the proceedings*, in M. KLAMBERG (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, 2017, pp. 516-517.

⁵⁰ R. CRYER, *Victims in the International Criminal Process*, cit., p. 449.

⁵¹ This practice was allowed once at the ICTY and was criticized and was never repeated. See ICTY Tadić TC II, 10.8.1995 (Judge Stephen dissenting).

⁵² As L. BACHMAIER WINTER, *Principio de inmediación y confrontación paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical*, in K. AMBOS, E. MALARINO (eds.), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia, 2019, pp. 307-311, reminds: «the right to cross examinations a fundamental right envisaged in art. 6.3.d) ECHR». See analysis of the most important jurisprudence in ECHR about this right.

⁵³ As S. RUGGERI, *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2018, p. 566 states: «the accused's right to be confronted with incriminating witnesses lies at the core of the requirement of the parties' involvement in evidence-gathering and the principles of a fair fact-finding, to the point that defendants cannot be convicted on the basis of the statements given by individuals who voluntarily avoided any confrontation with the accused».

⁵⁴ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence" (ICC-01/04-01/06-568), §§ 34-39.

⁵⁵ G.M. MUSILA, *Rethinking International Criminal Law: Restorative Justice and the Rights of Victims in the International Criminal Court*, Saarbrücken, 2010, *passim*. About legal challenges from the tension between restorative and retributive justice vid. G. ZAGO, *The role of victims at the International Criminal Court: legal challenges from the tension between restorative and retributive justice*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, pp. 1-17.

domestic judicial systems⁵⁶. On the one hand, some scholars and practitioners⁵⁷ argue that that this combination has not only created uncertainty and inconsistency in the Court's judicial interpretations and policy implementation, but threatens to undermine the key norms of international criminal justice: neutrality and impartiality⁵⁸. On the other, other standpoint reminds that 'the recognition of victims' rights pay tribute to the centrality of victims 'experience by contributing to the justice process and plays a central role in rebuilding societies'⁵⁹.

The truth is that learning from past experiences, as well as from the wisdom of partners, victims, intermediaries, civil society, NGOs or States, makes it possible for all elements of the ICC and Rome Statute systems to refine and further improve their approach to victims, and to better realise their responsibilities as duty bearers in relation to victims who have rights under the Rome Statute system⁶⁰.

Art. 68.3 of the ER constitutes the cornerstone on which the entire system of procedural participation of victims before the ICC is based. In this sense, where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court. This participation will be possible in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

As mentioned before, these provisions give the victim the status of "participant"⁶¹ but not of "party", which are the Prosecution and the Defense. In this sense, it is true that the

⁵⁶ While victims 'activists endorse the Court's new focus on victims, many legal scholars and practitioners have challenged the idea of combining the logics of retributive and restorative justice by maintaining that such a justice experiment can disrupt proper justice making at international criminal justice institutions.

⁵⁷ Judge CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT recalls the «countless hours spent on determining the victim status of hundreds of and in the future perhaps thousands of applicants 'and purports that the Court's engagement with victims has considerably lengthened its judicial proceedings. On the normative plane, victims' rights to participation threaten to undercut the defendant's right to a fair trial. On this basis, many contend that retributive and restorative justice processes should be separated again. For instance, by conducting trials, on the one hand, and channelling justice for victims through separate restorative institutions, such as truth and reconciliation commissions, on the other». C. VAN DEN WYNGAERT, *Victims Before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2012, p. 478.

⁵⁸ *Ibidem*, 690.

⁵⁹ To the myth «The participation of victims constitutes a burden to the proceedings, creates delays and leads to supplementary costs», FIDH highlights Judge Adrian Fulford experience and opinion, who was the presiding judge of the ICC's first trial, the Lubanga trial, and noted at the outcome of the trial: «The experience of Trial Chamber 1 has been that the involvement of victims has not greatly added to the length of the case. Their submissions and questioning have been focused, succinct and seemingly relevant to the issues in the case. Whether it is said their role has undermined the fairness of the trial will be revealed in closing submissions, but purely from the point of view of time, they have not significantly extended the proceedings. These are early days, but I am cautiously optimistic that their participation can be accommodated effectively in the individual trials»: FIDH, *Five Myths about Victim Participation in ICC Proceedings*, <https://www.fidh.org/IMG/pdf/cpi649a.pdf>, 2014, p. 6.

⁶⁰ «Overall, the Court must adapt to the unique aspects of each case and situation. More generally, however, the ICC system must adapt to the insecurity in which most victims live and to the affect it has on them. This means accounting, and where possible compensating, for the huge influence this insecurity has on victims' engagement with the Court». ICC-ASP, *Report of the Court on the Revised strategy in relation to victims: Past, present and future* (ICC-ASP/11/40), 5.11.2012, §§ 79-80.

⁶¹ About the scope and possibilities of victim's participation before the ICC, identifying most important challenges see, among others, M. PENA, G. CARAYON, *Is the ICC Making the Most of Victim Participation?*, in *The International Journal of Transitional Justice*, 2013, pp. 518-535; G. CARAYON, J. O'DONOHUE, *The International*

intervention of the victims is conditioned not only to the authorization of the Court, but also in many relevant aspects, as we will analyze below. It should be emphasized that victims may not bring criminal actions or challenge admissibility or jurisdiction, nor may they intervene in the examination of witnesses as if they were a party, nor may they file an appeal against the sentence handed down in the proceedings. However, as has been made clear in different decisions, the participation of victims⁶² must be meaningful⁶³, and cannot remain a mere formality without content or symbolic⁶⁴.

To this end, it has been ensured that victims have the right to free choice of counsel to represent them⁶⁵ (Rule 90 RPE), albeit subject to certain limits. Firstly, counsel must meet the requirements of Rule 22.1 RPE. In addition, in the event that there is a large number of victims, the Chamber may request the victims, in order to ensure the effectiveness of the proceedings, to appoint one or more counsel to represent them in a unified manner. Finally, when the interests of justice so require, the Chamber, after consultation with the Registry, may appoint counsel for victims (regulation 80.1 Regulations of the Court).

Criminal Court's Strategies in Relation to Victims, in *Journal of International Criminal Justice*, 2017, pp. 567-591; L. MOFFET, *Meaningful and Effective? Considering Victims' Interests Through Participation at the International Criminal Court*, in *Criminal Law Forum*, 2015, pp. 255-289; H. FRIMAN, *The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party to the Proceedings?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2009, pp. 485-500; J. WEMMERS, *Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victims' Right to Participate*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, pp. 629-643; ID., *Victims and the International Criminal Court (ICC): Evaluating the Success of the ICC with respect to Victims*, in *International Review of Victimology*, 2009, pp. 211-227; S. KELLY, *The Role of Victims in the International Criminal Court: Challenges and Opportunities*, in *New England Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 18; M. GLASIUS, *What is Global Justice and Who Decides? Civil Society and Victim Responses to the International Criminal Courts's First Investigations*, in *Human Rights Quarterly*, 2009, pp. 496-520; F. MCKAY, *Victim Participation in Proceedings Before the International Criminal Court*, in *Human Rights Brief*, 2008; A. PUES, *A Victim's Right to a Fair Trial at the International Criminal Court? Reflections on Article 68 (3)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, pp. 951-972; B. MCGONIGLE LEYH, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, Cambridge, 2011.

⁶² ASP-ICC (2012) Court's Revised strategy in relation to victims, Annex Rights and Prerogatives of Victims in Proceedings before the ICC, (ICC-ASP/11/38), 5.11.2012, p. 7-13. For an analysis about the Court's Strategies in Relation to Victims, see G. CARAYON, J. O'DONOHUE, *The International Criminal Court's Strategies in Relation to Victims*, cit.

⁶³ As A. SEHMI, 'Now that we have no voice, what will happen to us?' *Experiences of Victim Participation in the Kenyatta Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2018, p. 579 and 590 states: «the experience in the Kenyatta Case has shown that there are two preconditions for 'meaningful' participation of victims. The first is ensuring consistent communication between the Court and victims, and the second is the implementation of a holistic approach to participation with an emphasis on restoring victims' dignity. It is imperative to ensure consistent communication and consultation with victims by codifying best practices. There must be a stronger emphasis on restoring the dignity of participating victims».

⁶⁴ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, PTC I, "Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case" (ICC-01/04-01/07-474), 13.05.2008, § 49.

⁶⁵ About Victims' legal representation before the ICC, see S. GUERRERO PALOMARES, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, Navarra, 2014, *passim*. As Spiga highlights: «many procedural rights accruing to victims are exclusively exercised by the victim's legal representatives, in view of the fact that as professional counsel they have both the skills and the ethical boundaries to exercise them in a manner that does not infringe on the accused's fair trial rights. She also remarks that the widening of victims' participation has also been accompanied by an attempt to consider victims' rights collectively. While victims are in principle free to choose a legal representative, often have been assigned common legal representatives to groups of victims». V. SPIGA, *No Redress Without Justice, Victims and International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 1392.

Finally, we must indicate that the essential prerequisite to be able to consider a genuine participation is the notification to the victims and their legal representatives of all significant decisions, as provided in Rule 92 RPE. Likewise, jurisprudence holds that the Legal Representative of victims is entitled to be notified, on the same basis as the Prosecutor and the Defence, of:

«(i) All requests, submissions, motions, responses and other documents within the meaning of regulation 22 of the Regulations of the Court which are filed as 'public' in the record of the case;

(ii) All the public decisions of the Chamber in the present proceedings; and

(iii) Of the confirmation of charges hearing and any postponement thereof, as well as the date of delivery of the decision in accordance with rule 92(5) of the Rules⁶⁶».

The access of the victims or their legal representatives to the case files is also contemplated, subject to a restriction with respect to confidential documents and the protection of the national security of a State (Rule 121.10 RPE). Likewise, the record of the proceedings transmitted by the Pre-Trial Chamber may be consulted by the victims or their legal representatives participating in the proceedings (Rule 131.2 RPE).

It is necessary to dedicate, a section to indicate which modalities of victim participation may appear in the different procedural stages of the ICC proceedings⁶⁷. The following is an analysis of the most relevant issues that may affect victims.

Preliminary examination stage

If we take into account that the Court has already emphasized the importance of victims' participation in the proceedings as early as possible⁶⁸, it is logical that the first act of possible intervention of victims before the Court is when the Prosecutor concludes that the information provided does not constitute a reasonable basis for an investigation⁶⁹ (art. 15.6 RE).

⁶⁶ ICC, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, PTC II, "Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings", (ICC-01/09-01/11-249), 8.8.2011, § 95; ICC, *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, "Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings", (ICC-01/09-02/11-267), 28.8.2011, § 112.

⁶⁷ E. BAUMGARTNER, *Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court*, in *International Review of Red Cross*, 2008, p. 425, points out victim's participation differs considerably depending on the stage of the proceedings at which it takes place. Flexibility is the main characteristic of the provisions on victim participation.

⁶⁸ ICC, *Situation in the Republic of Cote D'Ivoire*, PTCIII, "Order to the Victims Participation and Reparations Section Concerning Victims' Representations Pursuant to Article 15(3) of the Statute", (ICC-02/11-6), 6.07.2011.

⁶⁹ The very first scenario envisaged by the Statute wherein victims are called upon to play a role is indeed meant to take place prior to a situation, let alone a case, being brought before the Court: such a scenario is the procedure for the authorisation of an investigation *proprio motu* by the Prosecutor. Article 15, paragraph 3, provides that "victims" may make representations to the Pre-Trial Chamber when the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation and, accordingly, submits to the Pre-Trial Chamber a request for authorisation of such an investigation in the absence of referral by a State or the Security Council. In this scenario, the "personal interests" of the alleged victim (or victims) may be affected since victims' representations to the Pre-Trial Chamber can provide factual and legal elements for the decision to authorise the investigation into the situation within which the same victims claim to have suffered harm as a result of the commission of crimes within the jurisdiction of the Court. In light of the above, the following two conclusions can be drawn: (i) victims, as well as any other subject, may contact the Court (in particular, the Office of the

Therefore, it is foreseen the need to inform victims (Rule 49.1 RPE) and the notification will indicate the possibility of submitting additional information regarding the same situation in the light of new facts and evidence (Rule 49.2 RPE).

In the event that the Prosecutor has requested authorization to open an official investigation, victims may make representations in writing to the Pre-Trial Chamber (art. 15.3 ER y rule 50.3 RPE). The time limit for victims to make representations shall be 30 days following information given (regulation 50.1 Regulations of the Court) in order to be considered by the Pre-trial Chamber.

In these cases, Prosecutor shall inform victims, known to him or her or to the Victims and Witnesses Unit, or their legal representatives, unless the Prosecutor decides that doing so would pose a danger to the integrity of the investigation or the life or well-being of victims and witnesses (Rule 50 RPE)⁷⁰.

Investigation stage

The investigation is carried out by the Prosecutor. The priority will be to obtain information about the facts and the circumstances surrounding them, by searching for evidence to decide whether to bring charges against a specific person or persons. In this context, the participation of victims has been a very controversial issue because the possibilities that exist are not clearly delimited.

In accordance with the legal provisions it is possible for victims to intervene in this stage but limited to the following aspects:

- a) In the review by the Pre-Trial Chamber of the decision of the Prosecutor not to proceed with the investigation or prosecution as provided for in art. 53 RE.
- b) In the incident of securing evidence or protection of victims and witnesses (art. 56.3 RE). There is also the possibility for the Chambers to request the opinions and observations of the victims on any issue raised, also at this procedural moment (rule 93 RPE).

Pre-trial stage

Prosecutor), prior to and irrespective of whether a situation or a case is pending before it, with a view to triggering the exercise of the Prosecutor's *proprio motu* powers; (ii) in the event that the Prosecutor considers it appropriate to exercise such powers, victims may be involved in the proceedings under article 15, provided only that they be known to the Court (either the Prosecutor or the Victims and Witnesses Unit). Accordingly, it appears that such victims are likely to play a significant role in the procedure leading to the Pre-Trial Chamber's decision as to whether the Prosecutor should be authorised to exercise his *proprio motu* powers, ICC, *Situation in Uganda*, "Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06", (ICC-02/04-101), 10.8.2007, §90- 92.

⁷⁰ The Chamber is duty bound to ensure that proceedings are carried out in an expeditious manner. Being mindful that victims' representations at this particular stage is a procedure of limited scope, which is merely confined to the Prosecutor's request for authorization of an investigation, the Chamber finds it appropriate to request the Victims Participation and Reparations Section (the "VPRS") to: (1) identify, to the extent possible, the community leaders of the affected groups to act on behalf of those victims who may wish to make representations (collective representation); (2) receive victims' representations (collective and/or individual); (3) conduct an assessment, in accordance with paragraph 8 of this order, whether the conditions set out in rule 85 of the Rules have been met; and (4) summarize victims' representations into one consolidated report with the original representations annexed thereto. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, PTC II, "Order to the Victims Participation and Reparations Section Concerning Victims' Representations Pursuant to Article 15(3) of the Statute" (ICC-01/09-4), 10.12.2009, § 9.

The pre-trial stage represents a key procedural moment since it is where it will be decided whether or not there is reasonable grounds to open a trial against a person. The two hearings that take place at this stage are the first appearance and the confirmation of charges hearing.

At the first appearance, the Pre-Trial Chamber shall satisfy itself that the person has been informed of the crimes which he or she is alleged to have committed, and of his or her rights under this Statute, including the right to apply for interim release pending trial (art. 60 ER).

Since the parties are present, it has been asked whether it is possible for the victims to intervene, and the Court has given a negative answer⁷¹, considering their presence inappropriate for the purpose of this appearance, which is none other than the one just mentioned.

In the confirmation of charges⁷², jurisprudence has precisely delimited victims' intervention by granting them a wide range of possibilities⁷³, such as access to decisions, public documents, public evidence and transcripts, the right to receive express notification of this hearing and to present oral or written arguments on issues arising in the course of the hearing itself.

Trial

Procedural participation of the victims on trial, is where it acquires a greater prominence. The different possibilities of participation will be specified in:

- Be entitled to attend and participate in hearings unless, in the circumstances of the case, the Chamber concerned is of the view that the representative's intervention should be confined to written observations or submissions (Rule 91.2 RPE).
- Observations and applications before the Chambers (rule 91.2 RPP).
- The right to submit evidence⁷⁴. Although it is true that there is no legal provision that empowers the legal representatives of the victims to lead evidence at the trial, the Court has interpreted that in certain circumstances and in accordance with specific parameters, the general clause of participation provided in art. 68.3 Re allows this possibility. Formal and substantive requirements have been provided for the admission of evidence by the victims' representatives:

On the one hand, the Trial Chamber has correctly identified the procedure and confined limits within which it will exercise its powers to permit victims to tender and

⁷¹ ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, PTC II, "Second Decision on the Motion of Legal Representative of Victim Applicants to Participate in Initial Appearance Proceedings and Article 19 Admissibility Proceedings" (ICC-01/09-01/11-40), 6.04.2011.

⁷² Art. 61 RE, rules 121 - 130 RPP and regulations 52-53 Regulations of the Court.

⁷³ ICC, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, PTC I, "Decision on the 138 applications for victims' participation in the proceedings" (ICC-01/04-01/10-351), 11.08.2011.

⁷⁴ "The Trial Chamber considers that the right to introduce evidence during trials before the Court is not limited to the parties, not least because the Court has a general right (that is not dependent on the cooperation or the consent of the parties) to request the presentation of all evidence necessary for the determination of the truth, pursuant to Article 69(3) of the Statute. Rule 91(3) of the Rules enables participating victims to question witnesses with the leave of the Chamber (including experts and the defendant). The Rule does not limit this opportunity to the witnesses called by the parties. It follows that victims participating in the proceedings may be permitted to tender and examine evidence if in the view of the Chamber it will assist it in the determination of the truth, and if in this sense the Court has "requested" the evidence". ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, T.C. I "Decision on victims' participation", (ICC-01/04-01/06-1119) 21-1.2008, § 108-111, 113-114, and 117.

examine evidence, being formal requirements: (i) a discrete application, (ii) notice to the parties, (iii) demonstration of personal interests that are affected by the specific proceedings, (iv) compliance with disclosure obligations and protection orders, (v) determination of appropriateness and (vi) consistency with the rights of the accused and a fair trial⁷⁵.

Accordingly, the possibility for the Legal Representatives to call victims who participate in the proceedings to testify in person, is subject to three important limitations: (i) The Chamber may not allow the participation by victims to infringe on the right of the accused to be tried without undue delay, in accordance with article 67(l)(c); (ii) The Chamber will only allow Victims' Legal Representatives to call witnesses to the extent that this does not in effect transform them into auxiliary prosecutors; (iii) Under no circumstances the Chamber will allow victims to testify anonymously vis-à-vis the Defence⁷⁶.

On the other, substantive requirements are envisaged on the premise that the Trial Chamber must ensure, on a case-by-case basis, that the right of the accused to a fair trial is respected. Therefore, whether a victim will be requested to testify on matters relating to the conduct of the accused will depend on the Trial Chamber's assessment of whether such testimony: (i) affects the victim's personal interests; (ii) is relevant to the issues of the case; (iii) contributes to the determination of the truth⁷⁷; and (iv) whether the testimony would be consistent with the rights of the accused, and in particular the right to have adequate time and facilities to prepare his defence (article 67 (1) (b) of the Statute), and a fair and impartial trial⁷⁸.

- Challenge to evidence proposed by the parties. This is a controversial aspect as they do not have the status of a party. However, jurisprudence establishes that the Chamber may consider the victims' requests in the admission or inadmissibility of evidence proposed by the parties⁷⁹.

- Presentation of observations. Victims may participate as witnesses on the specific facts, but it will also be possible for them to intervene to provide their comments provided that a written application⁸⁰ has been made, that the right of the accused to a fair trial before

⁷⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, A.P. "Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber Its Decision on Victims' Participation of 18 January 2008" (ICC-01/04-01/06-1432), 11.7.2008, § 104.

⁷⁶ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, PTC II, "Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140" (ICC-01/04-01/07-1665), 20.11.2009, § 22.c).

⁷⁷ The implementation of the ICCs commitment to the victim's search for truth is interwoven with the operationalization of its victim-centred approach. The main mechanism that explicitly safeguards the victim's active contribution to the search for truth is victim participation, supported by the Office of Public Counsel for Victims (OPCV) and the Trust Fund for Victims, S. STOLK, *The Victim, the International Criminal Court and the Search for Truth On the Interdependence and Incompatibility of Truths about Mass Atrocity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, p. 979.

⁷⁸ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled "Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial" (ICC-01/04-01/07-2288), 16.7.2010, § 114.

⁷⁹ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, AC, "Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008" (ICC-01/04-01/06-1432), 11.07.2008, § 101.

⁸⁰ «If the Legal Representatives wish to present evidence, their written applications are to explain: i. The nature of the proposed evidence and the manner in which it is to be presented; ii. The estimated time needed for the presentation of the proposed evidence; iii. How the personal interests of the participating victims would be affected by the presentation of the proposed evidence; iv. The relevance of the proposed evidence to the charges; V. How the presentation of the proposed evidence would assist in the Chamber's determination of the

an impartial tribunal is not affected and that the right of the accused to a trial without undue delay is not violated.

- Cross-examination of witnesses, experts and defendants. In principle, questioning by Victims' Legal Representatives should be limited to questions that have as their purpose to clarify or complement previous evidence given by the witness. Nevertheless, Victims' Legal Representatives may be allowed to ask questions of fact that go beyond matters raised during examination-in-chief, subject to the following conditions⁸¹: “a) questions may not be duplicative or repetitive to what was already asked by the parties. b) questions must be limited to matters that are in controversy between the parties, unless the Victims' Legal Representative can demonstrate that they are directly relevant to the interests of the victims represented. c) In principle, Victims' Legal Representatives will not be allowed to ask questions pertaining to the credibility and/or accuracy of the witness's testimony, unless the Victims' Legal Representative can demonstrate that the witness gave evidence that goes directly against the interests of the victims represented. d) Unless the Chamber specifically gave authorisation under regulation 56 of the Regulations, Victims' Legal Representatives are not allowed to put questions pertaining to possible reparations for specific individuals or groups of individuals.”

- Opening and Closing Statements. The Chamber shall specify the proceedings and manner in which participation of victims is considered appropriate, which may include making opening and closing statements (Rule 89.1 RPE).

Appeals stage

It is for the Chamber to ensure that the manner in which victims present their views and concerns is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Accordingly, in ordering the manner of participation of victims to comply with the rights of future suspects or a fair and impartial trial, the Appeals Chamber will limit the victims to presenting their views and concerns respecting their personal interests solely to the issues raised on appeal. Observations to be received by the victims must be specifically relevant to the issues arising in the appeal and to the extent that their personal interests are affected by the proceedings⁸².

Victims are entitled to appeal orders on reparations although it is quite questionable whether they may appeal decisions regarding protective measures⁸³.

truth in this case; vi. Whether a victim who is proposed as a witness has relinquished his or her anonymity; Whether and how the presentation of the proposed evidence would affect the rights of the accused and the fairness of the trial, especially if a victim wishes to testify without relinquishing his or her anonymity; viii. Any disclosure issues that need to be resolved in connection with the presentation of the proposed evidence; ix. Whether the Legal Representatives envisage applying for protective measures, such as redactions and/or in-court protective measures; X. Whether the proposed evidence is to be presented through persons who have been authorized to participate as victims in the trial proceedings, and if so, the application numbers under which those persons are registered». *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, TC III, “Order regarding applications by victims to present their views and concerns or to present evidence” (ICC-01/05-01/08-1935), 21.11.2011, § 3.

⁸¹ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, TC II, “Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140” (ICC 01/04-01/07-1665), 20.11.2009, § 90.

⁸² ICC-The Office of Public Counsel for Victims (OPCV), *Representing Victims before the International Criminal Court A Manual for legal representatives*, 5th ed, p. 189.

⁸³ R. CRYER, *Victims in the International Criminal Process*, cit., p. 459.

Pursuant to Article 75. 1 RE: “The Court shall establish principles relating to reparations⁸⁴ to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation. On this basis, in its decision the Court may, either upon request or on its own motion in exceptional circumstances, determine the scope and extent of any damage, loss and injury to, or in respect of, victims and will state the principles on which it is acting”.

As stated by the Court in its first judgment: «Reparations fulfil two main purposes that are enshrined in the Statute: they oblige those responsible for serious crimes to repair the harm they caused to the victims and they enable the Chamber to ensure that offenders account for their acts. Furthermore, reparations can be directed at particular individuals, as well as contributing more broadly to the communities that were affected. Reparations in the present case must - to the extent achievable - relieve the suffering caused by these offences; afford justice to the victims by alleviating the consequences of the wrongful acts; deter future violations; and contribute to the effective reintegration of former child soldiers. Reparations can assist in promoting reconciliation between the convicted person, the victims of the crimes and the affected communities»⁸⁵.

5. *Reparation*

The right to reparations is a well-established and basic human right that is enshrined in universal and regional human rights treaties⁸⁶, and in other⁸⁷ international instruments⁸⁸.

⁸⁴ See Rules 94-99 RPE, regulation 88 Regulations of the Court and regulations 110-111 Regulations of the Registry.

⁸⁵ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, TC I, “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” (ICC-01/04-01/06-2904), 7.08.2012, § 179.

⁸⁶ International human rights tribunals have given the victim an active position in the proceedings and have recognized the victim's right to reparation for the damages suffered. However only recognize the active legitimacy to initiate the procedure the following: European Court of Human Rights (Protocol n. 11) and African Court on Human and Peoples' Rights (art. 5 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' rights on the establishment of an African Court on Human and Peoples' rights. Victim's *Locus standi in iudicio* at Inter-American Court of Human Rights is recognized at all stages of the process, particularly at the reparations stage (art. 25 Rules of Procedure), See in detail C. GIL GANDÍA, *La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional*, Valencia, 2020, pp. 30-31; ID., *El sistema de reparación y el nuevo estatuto jurídico de la víctima de crimen internacional en la Corte penal internacional*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2022, n. 3, pp. 608-626.

⁸⁷ Initiatives for Redress and international criminal justice in Asia and Europe in I. BOTTIGLIERO, *Redres and International Criminal Justice in Asia and Europe*, in *Asia Europe Journal*, 2005, pp. 453-461. This author explains initiatives than have been taking place in the following cases: Victims of ‘Agent Orange’ in Vietnam; Victims of the Marcos regime in the Philippines; Victims of the former Yugoslavia conflict, and Redress for ‘historical crimes’. About the wider legal framework of victim redress, see, among others, C. MCCARTHY, *Reparations and victim support in the International Criminal Court*, cit., pp. 9-74. For the African Initiatives see J.P. PEREZ LEON ACEVEDO, *Victims and Reparations in International Criminal Justice*, in *African Initiatives. Nordic journal of international law = Acta Scandinavica juris gentium*, 2019, pp. 525-557.

⁸⁸ Including the UN Basic Principles; the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power; the Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime; the Nairobi Declaration; the Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa; and the Paris Principles. In particular about the Remedies for victims of violations of international humanitarian law, see L. ZEGVELD, *Remedies for victims of violations of international humanitarian law*, in *IRRC*, 2003, pp. 497-526.

Additionally, significant human reports⁸⁹ provided guidance to the ICC in establishing the principles and procedures to be applied to reparations for first time⁹⁰ in international criminal justice⁹¹.

Participation of victims in reparations proceedings becomes a milestone in the road of international criminal justice uniquely establishing a system in which both retributive and restorative justice are combined⁹². In this sense, victims participation in respect to reparations will be particularly be as follows:

- Right to request for reparations in writing and filed with the Registrar (rule 94 RPE)⁹³;

⁸⁹ Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final report submitted by Mr Theo van Boven, Special Rapporteur to United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 22 July 1993; The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final report of the Special Rapporteur Mr M. Cherif Bassiouni to the Commission on Human Rights, E/CN.4/2000/62, 18 January 20(X); The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the United Nations Secretary-General S/2004/616, 23 August 2004; The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the UN Secretary General, S/2011/634, 12 October 2011, *Ibidem*.

⁹⁰ The issue of victim's reparations has also been inadequately addressed by the hybrid tribunals that had been established in East Timor, Sierra Leone and Kosovo and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. See R. CRYER, *Victims in the International Criminal Process*, cit. For Cambodia experience, see M. ELANDER, *Figuring Victims in International Criminal Justice: The Case of the Khmer Rouge Tribunal*, New York, 2018, *passim* and S. SACOUTO, *Victim Participation at the International Criminal Court and the Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia: A Feminist Project?*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 2012, pp. 336-337. This author explains that the reality of victim participation is that significant limitations remain, mainly for two reasons: First, because victims do not have the opportunity to participate in proceedings unless the harm they experienced is linked to the charges being prosecuted by the court against the accused. And second, the charges against the accused depend on what the prosecution chooses to pursue. See also L. ZEGVELD, *Victims's Reparations Claims and International Criminal Courts, Incompatible Values?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, pp. 86-92 ; M. HENZELIN, V. HEISKANEN, G. METTRAUX, *Reparations to Victims before the International Criminal Court : Lessons from International Mass Claims Processes*, in *Criminal Law Forum*, 2006, p. 318.

⁹¹ At ICTY and ICTR unsuccessful attempts were made to modify the procedure in order to give them restorative powers, C. GIL GANDÍA, *La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional*, cit., pp. 21-23. Both tribunals limit reparations to the return of stolen property 'to their rightful owners? Without providing redress for personal injuries of a physical or mental nature. Rule 106 RPE in both tribunals allows a victim or persons claiming through the victim, to bring a legal action in national courts (or other competent body) for compensation, provided that relevant national legislation is available, M.C. BASSIOUNI, *International Recognition of Victims' Rights*, cit., p. 242. A study about victim redress and International Criminal Justice in C. MCCARTHY, *Reparations and victim support in the International Criminal Court*, cit.

⁹² For a detailed study of case law contributions (cases against Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Jean-Pierre Bemba Gombo, Bosco Ntaganda, and Dominic Ongwen) that have helped promote the right of victims to participate in the proceedings and to improve reparations to or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation, see P. MASSIDDA, E. CARNERO ROJO, *El desarrollo de los derechos de las víctimas en relación con la participación y la reparación ante la Corte Penal Internacional a la perspectiva de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas*, in H. OLÁSULO (dir.), *La clínica jurídica internacional. Enfoque pedagógico e investigación 2011-2025 Volumen Especial por el XV Aniversario de la Clínica Jurídica Internacional*, Valencia, 2026, pp. 61-93.

⁹³ Rule 94.1 RPE: «It shall contain the following particulars: (a) The identity and address of the claimant; (b) A description of the injury, loss or harm; (c) The location and date of the incident and, to the extent possible, the identity of the person or persons the victim believes to be responsible for the injury, loss or harm; (d) Where restitution of assets, property or other tangible items is sought, a description of them; (e) Claims for compensation; (f) Claims for rehabilitation and other forms of remedy; (g) To the extent possible, any relevant supporting documentation, including names and addresses of witnesses».

- To make submissions prior to the Court's ruling on the principles governing future reparations⁹⁴;
- Before making an order of reparation, the Court may invite and shall take account of representations from or on behalf of the victims (art. 75.3 RE);
- Submit their opinions on the reports issued by the experts in the cases of Rule 97.2 RPE;
- Attending the reparation hearing, whether it occurs at the same time as the sentencing⁹⁵ or separately (arts. 75.3 and 76.3 RE, rules 91.4, 94 and 143 RPE). This hearing can be postponed, in exceptional circumstances, by the Trial Chamber, on its own motion or at the request of the legal representatives of the victims participating in the proceedings;
- Appeal against the order for reparations (art 82.4 RE, rule 150 RPE).

In the reparation proceedings⁹⁶, the applicant shall provide sufficient proof of the casual link⁹⁷ between the crime and the harm suffered, based on the specific circumstances of the case, including with reference to difficulties encountered by the victims in obtaining evidence in support of their claim. Given the fundamentally different nature of reparations proceedings, the standard need not be the criminal standard of proof⁹⁸ “beyond reasonable doubt” and it may generally be appropriate to require proof on the “balance of

⁹⁴ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* “Scheduling order concerning timetable for sentencing and reparations” (ICC-01/04-01/06-2844), 14.3.2012, § 8: «In particular these should address, inter alia: i) whether reparations should be awarded on a collective or an individual basis (see Rule 97(1) of the Rules); ii) depending on whether there should be individual or collective reparations (or both), to whom are they to be directed; how harm is to be assessed; and the criteria to be applied to the awards; iii) whether it is possible or appropriate to make a reparations order against the convicted person pursuant to Article 75(2) of the Statute; iv) whether it would be appropriate to make an order for an award for reparations through the Trust Fund for Victims pursuant to Article 75(2) of the Statute; and v) whether the parties or participants seek to call expert evidence pursuant to Rule 97 of the Rules».

⁹⁵ Victim participation during sentencing may raise concerns about defence rights, in particular in respect of fair sentencing proceedings, the principle of proportional punishment, and avoidance of improper or unfair sentencing disparities. J.P. PÉREZ LEÓN ACEVEDO, *Assessing Victim Participation during Sentencing at the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, pp. 433-435: «In their written submissions in Lubanga, Katanga, Bemba and Al-Mahdi, the victims’ lawyers invoked a variety of arguments including: the extent of damage to victims and their families as a sentencing factor; the need to examine gravity qualitatively and quantitatively; views on types of penalties, namely, imprisonment, confiscation and fines (Article 77 and Rule 146); aggravating circumstances such as abuse of power/official capacity, defenceless victims and crimes committed with particular cruelty and discrimination; the need for severe and exemplary sentencing or sentencing beyond the maximum threshold; international and domestic sentencing practices; absence of mitigating circumstances, including irrelevance of the offender’s young age, no statement of deep and genuine remorse and lack of the offender’s apologies or intention to redress; etc.»

⁹⁶ J. MARTÍNEZ VENTURA, *Análisis del caso Lubanga, El procedimiento de reparaciones*, in K. AMBOS, E. MALARINO, C. STEINER (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*, 2014, pp. 350-369 identifies different stages.

⁹⁷ In depth about the casual link between the crime and harm suffered particularly in reparation stage at Lubanga, vid. A. APONTE CARDONA, *El nexo de causalidad en sede de reparación en el caso Thomas Lubanga*, in K. AMBOS, E. MALARINO, C. STEINER (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*, 2014, pp. 431-456.

⁹⁸ R.J. GARCÍA FALCONÍ, *Los estándares probatorios utilizados por la Corte Penal Internacional al fijar las reparaciones en el caso Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, in K. AMBOS, E. MALARINO, C. STEINER (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*, 2014, pp. 377-388, explains three standards: proof beyond reasonable doubt; clear and convincing evidence and finally preponderance of evidence, the one chosen by the ICC in reparations proceedings.

probabilities”⁹⁹. In these sense, various factors specific to the case should be considered, including the difficulty victims may face in obtaining evidence in support of their claim due to the destruction or unavailability of evidence¹⁰⁰. It is important to highlight in this context that establishing a causal link for transgenerational harm – defined as trauma passed down via social or epigenetic channels – has proven challenging in ICC proceedings due to its unsettled scientific foundations. A notable example occurred in the reparations phase of the Katanga case, where five descendants of direct victims petitioned for redress for “transgenerational psychological harm”. After extensive review, the Chamber’s 2018 decision ruled that while transgenerational harm is a valid concept in principle, the applicants failed to provide sufficient evidence to satisfy the required causal nexus¹⁰¹.

As for child victims¹⁰², the age-related harm experienced as well as their needs¹⁰³ must be considered and the Court should be guided by the principle of the “best interest of the child” as enshrined in the Convention on the Rights of the Child as well as other guidelines in other international instruments¹⁰⁴. On the other hand, a gender perspective should also always be taken into consideration in reparations for victims of sexual violence¹⁰⁵.

Regarding the modalities of reparation, we can refer to the first decision of the ICC in the *Lubanga Case* in this regard¹⁰⁶, which provides further definition of the concepts of restitution, compensation and rehabilitation:

⁹⁹ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision Establishing the Principles and Procedures to be Applied to Reparations”, (ICC-01/04-01/06-2904), 7.8.2012, § 101. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, Annex A, (ICC-01/04-01/06-3129), 3 March 2015, § 22).

¹⁰⁰ *Ididem*, § 252.

¹⁰¹ ICC, *Prosecutor v. Katanga*, “Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute”, (ICC-01/04-01/07-3728-tENG), Trial Chamber II, 24 March 2017, §§ 132–135; “Decision on the Matter of the Transgenerational Harm Alleged by Some Applicants for Reparations Remanded by the Appeals Chamber in its Judgment of 8 March 2018”, (ICC-01/04-01/07-3804-Red-tENG), Trial Chamber II, 19 July 2018, §§ 9–14.

¹⁰² ICC-OTP, Policy on Children, 2016, §§ 106-107: «The Office supports a child-sensitive approach to reparations, taking into account the differentiated effects and the harms caused to boys and girls by the crimes for which an individual was convicted, as well as their right to reintegration into their communities. The Office also supports consultation with the victims, including children, in order to determine the most effective, appropriate and gender-sensitive forms of reparation within a particular community. This approach is intended to promote reparations that are transformative in nature and that contribute to the best interests of children. The Office will, in framing any submissions, bear in mind that individual reparations awards, including non-monetary awards such as apologies, may enhance a child’s sense of justice.¹²⁷ At the same time, collective reparations, such as commemorations or the (re)construction of schools or health care facilities, may promote community reconciliation and provide the greatest benefit to groups of victims».

¹⁰³ «In determining what may constitute transformative reparations for children born in captivity, the Chamber emphasized that these children suffer specific harm and urgently require psychosocial support, access to education, healthcare, land, and future livelihoods», ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Reparations Order, Trial Chamber IX, No. ICC-02/04-01/15-2074, 28 February 2024, p. 414 d.

¹⁰⁴ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, Annex A, (ICC-01/04-01/06-3129), 3 March 2015, §§ 23-24).

¹⁰⁵ See C. MONTERO FERRER, *De “Lubanga” a “Ongwen”: reparaciones con perspectiva de género en la Corte Penal Internacional*, in *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, Vol. 7, n. 74, 2024.

¹⁰⁶ See in analysis about the Thomas Lubanga Dyilo Case, the first judgement of the ICC, K. AMBOS, E. MALARINO, C. STEINER (eds.), *Análisis de la primera sentencia*, cit., *passim*. L. CATANI, *Victims at the International Criminal Court, Some Lessons Learned from the Lubanga Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, pp. 905-922.

Restitution should, as far as possible, restore the victim to his or her circumstances before the crime was committed, but this will often be unachievable for victims of the crimes of enlisting and conscripting children under the age of 15 and using them to participate actively in the hostilities. Restitution is directed at the restoration of an individual's life, including a return to his or her family, home and previous employment; providing continuing education; and returning lost or stolen property. Restitution may be apposite for legal bodies such as schools or other institutions¹⁰⁷.

Compensation should be considered when i) the economic harm is sufficiently quantifiable; ii) an award of this kind would be appropriate and proportionate (bearing in mind the gravity of the crime and the circumstances of the case); and iii) the available funds mean this result is feasible. Consistent with internationally recognised human rights law, compensation requires a broad application, to encompass all forms of damage, loss and injury, including material, physical and psychological harm¹⁰⁸.

*Rehabilitation*¹⁰⁹: The right of victims to is to be implemented by the Court on the basis of the principles relating to non-discrimination, and this shall include a gender-inclusive approach that encompasses males and females of all ages. Rehabilitation shall include the provision of medical services and healthcare (particularly in order to treat HIV and Aids); psychological, psychiatric and social assistance to support those suffering from grief and trauma; and any relevant legal and social services¹¹⁰.

If the convicted person does not have any means to afford reparations (“indigent”), the Trust Fund for Victims may be requested to compliment the order for reparations so that the victims may receive some form of redress.

In accordance with art. 79 RE «A Trust Fund¹¹¹ shall be established by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims. The Court may order money and other property collected through fines or forfeiture to be transferred, by order of the Court, to the Trust Fund. The Trust Fund shall be managed according to criteria to be determined by the Assembly of States Parties» (see also rule 98 RPE).

¹⁰⁷ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, TC I, “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” (ICC-01/04-01/06-2904), 7.08.2012, §§ 223-225.

¹⁰⁸ «Although some forms of damage are essentially unquantifiable in financial terms, compensation is a form of economic relief that is aimed at addressing, in a proportionate and appropriate manner, the harm that has been inflicted. Examples include: a. Physical harm, including causing an individual to lose the capacity to bear children; b. Moral and non-material damage resulting in physical, mental and emotional suffering; c. Material damage, including lost earnings and the opportunity to work; loss of, or damage to, property; unpaid wages or salaries; other forms of interference with an individual's ability to work; and the loss of savings. d. Lost opportunities, including those relating to employment, education and social benefits; loss of status; and interference with an individual's legal rights (although the Court must ensure it does not perpetuate traditional or existing discriminatory practices, for instance on the basis of gender, in attempting to address these issues) e. Costs of legal or other relevant experts, medical services, psychological and social assistance, including, where relevant, help for boys and girls with HIV and Aids». *Ibidem*, §§ 226-231.

¹⁰⁹ Participation in the proceedings ex art. 68 (3) may, in and of itself, constitute a form of rehabilitation for those victims who, as right-bearers, freely determine to exercise their right to access to justice. Therefore, rehabilitation cannot be limited to forms of reparations imposed on the convicted persons, but must be also conducted with society at large, in order to help victims to promptly recover from trauma. D. CATTIN *Article 75 Reparations to victims* in K. AMBOS (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court Article-by-Article Commentary*, 2022, p. 2247.

¹¹⁰ *Ibidem*, §§ 232-236.

¹¹¹ The Trust Fund for Victims, <https://www.trustfundforvictims.org/>

The Trust Fund for Victims' (TFV) mission¹¹² is to respond to the harm resulting from such crimes by ensuring the rights of the victims and their families through the provision of reparations and assistance and by providing a voice for the victims¹¹³. The Rome Statute uniquely establishes a system in which both retributive and restorative justices are combined. Reparation orders will be directed to individual or collective¹¹⁴ victims depending on the case¹¹⁵ and it is also possible to provide a symbolic¹¹⁶ compensation award as in Katanga Case where the Trial Chamber ordered awards for reparations to 297 identified victims, comprised of an individual symbolic compensation award of \$250 to each victim and four collective awards to all identified victims in the form of housing assistance, education assistance, income generating activities, and psychological rehabilitation¹¹⁷.

¹¹² In 2025, Trust Fund for Victims' reparations portfolio included activities in relation to six cases: i) Court-ordered reparations at the implementation phase in four cases – the cases of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (the Lubanga case), the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi (the Al Mahdi case), the Prosecutor v. Bosco Ntaganda (the Ntaganda case), and the Prosecutor v. Dominic Ongwen (the Ongwen case); ii) reparations proceedings in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (the Al Hassan case); and iii) residual activities for the reparations programme in the case of the Prosecutor v. Germain Katanga (the Katanga case), which was completed in October 2023; See ICC-ASP, *Report of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims to the Assembly of States Parties on the activities of the Trust Fund for the period 1 July 2024 to 30 June 2025*, ICC-ASP/24/14, 28.08.2025, § 3.

¹¹³ In 2024, the TFV continued implementing reparations programmes for victims in the Lubanga and Al Mahdi cases, and initiated the delivery of reparations in the Ntaganda case. In particular, the TFV finalized the implementation of individual reparations to all eligible and reachable victims in the Al Mahdi case; dedicated resources to enrol the additional group of victims in the Lubanga reparations programme; initiated preparations for the Ongwen reparations programme; and closed all activities related to the Katanga reparations programme, including through submission to the Trial Chamber of the final report on implementation of reparations and the external evaluation in the Katanga case. By the end of 2024, around 3,800 individual victims had received or were continuing to receive reparations. This number represents 66 per cent of the approximately 5,760 victims who have been found eligible by the Court to receive reparations, and whose cases had been transmitted to the TFV. In addition, the TFV implemented numerous collective reparations awards in the Lubanga and Al Mahdi cases, which benefited over 70,000 persons, in particular in Timbuktu in relation to the Al Mahdi case, UNGA, *Report on activities and programme performance of the International Criminal Court for the year 2024* (ICC-ASP/24/3), 23.04.2025, § 259 -260.

¹¹⁴ In Keller's opinion collective awards seem better-suited to achieving restorative justice than individual awards. First, restorative justice is tied to the society as a whole; collective reparations might facilitate social healing more effectively than individual awards. Second, collective awards might draw more heavily on victim input. The process of developing community priorities based on victim's needs can be part of the healing process. Collective awards might also benefit the broader society and promote reconciliation between victims and other groups", L.M. KELLER, *Seeking Justice at the International Criminal Court: Victims' Reparations*, in *Thomas Jefferson Law Review*, 2007, p. 212.

¹¹⁵ Thus, for example, in the situation of the Republic of Mali, in the case against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber VIII issued an order for reparations establishing Mr. Al Mahdi's liability in the amount of Al Mahdi at €2.7 million for the following reparations: individual reparations for financial losses and for moral damages to victims with a close connection to the destroyed mausoleums, collective reparations through the reconstruction of the protected buildings, and collective reparations for the community of Timbuktu, ICC, *Situation in Mali, Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, "Reparations Order", (ICC-01/12-01/15-236), 17.8.2017, § 60.

¹¹⁶ Symbolic reparation «will be the antidote to situations of injustice that may be caused by criminal selectivity that does not depend on reasons of abstract justice». P. GALAIN PALERMO, *Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima*, in K. AMBOS, E. MALARINO, C. STEINER (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*, 2014.

¹¹⁷ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, "Public Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut Accompagnée d'une annexe publique (annexe I) et d'une annexe confidentielle ex parte réservée au

6. *Special reference to Amicus Curiae*

The figure of the amicus curiae¹¹⁸ is provided for in the ICC as well as in its predecessors.¹¹⁹ The purpose of this figure is to make submissions on any matter requested by a Chamber¹²⁰. The *Milosevic case*¹²¹ was very interesting in the delimitation of the functions attributed to amicus curiae. Slobodan Milosevic informed the Chamber in writing¹²² and indicated during his initial appearance at the Kosovo trial, that he intended to defend himself and did not want to be represented by legal counsel¹²³. In addition, the Chamber found that the defendant had demonstrated that he possessed the diligence necessary to defend himself¹²⁴, rejecting the Prosecutor's proposal that he should additionally assign defense counsel to the defendant¹²⁵. However, to ensure that the defendant received a fair trial and

Représentant légal commun des victimes, au Bureau du conseil public pour les victimes et à l'équipe de la défense de Germain Katanga (annexe II)”, (ICC-01/04-01/), 24.3.2017. And ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, “Draft implementation plan relevant to Trial Chamber II’s order for reparations of 24 March 2017 (ICC-01/04-01/07-3728) Confidential Annex 1: Detailed Overview of beneficiary categories, proposed awards within each category, and estimated values and budget costs thereto Public Annex 2: Defence correspondence regarding Mr Katanga’s potential participation Confidential, *ex parte* available to the Registry only Annex 3: Table of harm categorizations on an individual basis of all 297 victims Confidential, *ex parte* available to OPCV Legal Representative only Annex 4: Table of harm categorization of victims represented Confidential, *ex parte* available to the Legal Representative only Annex 5: Table of harm categorization of victims represented, 25.7.2017. (ICC-01/04-01/07-375).

¹¹⁸ For a in depth analysys of Amicus Curiae before International Courts and Tribunals, see A. WIJK, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, Bogotá, 2016, *passim*.

¹¹⁹ Rule 103 RPE Amicus curiae and other forms of submission: «At any stage of the proceedings, a Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue that the Chamber deems appropriate. 2. The Prosecutor and the defence shall have the opportunity to respond to the observations submitted under sub-rule 1. 3. A written observation submitted under sub-rule 1 shall be filed with the Registrar, who shall provide copies to the Prosecutor and the defence. The Chamber shall determine what time limits shall apply to the filing of such observations».

¹²⁰ See Rule 74 ICTY and ICTR, see S.WILLIAMS, H. WOOLA, *The Role of the Amicus Curiae before International Criminal Tribunals and International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, 2006, pp. 151-189.

¹²¹ See, among others, in general K. AMBOS, *El proceso contra Slobodan Milosevic: Un balance provisional*, in *Revista Penal*, 2005, pp. 3-7; M. DAMASKA, *Milosevic’s Right to Defence: Assignment of Counsel and Perceptions of Fairness*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 3-8; I. GAPARAYI, *The Milosevic Trial at the Halfway Stage: Judgement on the Motion for Acquittal*, in *Leiden Journal of International Law*, 2004, pp. 737-766; M. STEINITZ, *The Milosevic Trial Live!, An Iconical Analysis of International Law’s Claim of Legitimate Authority*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 103-123.

¹²² A person choosing to represent himself or herself shall so notify the Registrar in writing at the first opportunity. Rule 21.4 RPE ICC, and Rule 44 (G) ICTY and rule 45 (F) ICTR.

¹²³ ICTY, *Milosevic* Written Note by the Accused, (IT-02-54), 3.7.2001, Registry pp. 3371-72; Initial Appearance, 3.7. 2001, Transcript p. 1-2.

¹²⁴ As he had deliberately waived his right to be assisted by a lawyer, he was under a duty to show diligence himself, ECHR, Case of *Melin v. France* (Application no. 12914/87), 22-6.1993, § 25.

¹²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Milošević*, Status Conference (IT-99-37-PT), Transcript, 30 August 2001, p 18.

that the rest of the defendant's rights were fully respected, the chamber ordered the Registrar to appoint three amici curiae for the proper functioning of the proceedings¹²⁶.

But throughout the Milosevic trial there was an evolution and development of the work to be performed by the amicus curiae, especially with regard to their intervention¹²⁷ when necessary to guarantee the right to a fair trial¹²⁸, considering that while "the essential function of an amicus curiae is to be a friend of the court, not of the accused"¹²⁹, and that an amicus curiae is not a party to the proceedings and is not legally qualified to act as counsel for the accused"¹³⁰ it should be noted that where there is a recognized "identity of interests between the accused and the amici with respect to a particular matter and this does not create an inequitable situation for the prosecution, and is necessary in the interests of justice", the amicus curiae may assume certain functions that would belong only to the parties¹³¹.

In respect to the ICC, according to the constant jurisprudence, amicus curiae submissions may be admitted by a Chamber if it is desirable for the proper determination of the case and if the observations relate to an issue that the Chamber deems appropriate. This determination is made by the Chamber on a case-by-case basis and aims at having the opportunity to get experts' information on relevant issues of legal interest for the proceedings¹³². Particular interesting are contributions of amicus curiae in reparations stage¹³³ because assist chambers to determining the most affected victims and specific types and extent of harms suffered.

7. Final Remark

The participation of victims in the criminal proceedings before the ICC consists primarily on the possible presentation and consideration of their opinions and observations.

¹²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Milosevic* "Order Inviting Designation of Amicus Curiae" (IT-02-54), 30.9.2001. ICTY, Judicial Supplement 26, *Prosecutor v. Milosevic* (IT-99-37-PT), "Order Inviting Designation of Amicus Curiae", 31.9.2001, Trial Chamber III (Judges May (Presiding) Robinson and Fassi Fihri). The Trial Chamber stressed that the role of the Amici Curiae would not be to represent the Accused but to assist the court by: (1) making any submissions properly open to the accused by way of preliminary or other pre-trial Motion1; (2) making any submissions or objections to evidence properly open to the accused during the trial proceedings and cross-examining witnesses as appropriate; (3) drawing to the attention of the Trial Chamber any exculpatory or mitigating evidence; and (4) acting in any other way which designated Counsel considers appropriate in order to secure a fair trial.

¹²⁷ ICTY, *Prosecutor v. Milosevic*, 2.9.2004, Transcript, p. 32387.

¹²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Milosevic*, "Decision on Appeal by Amici Curiae", 20.1.2004, §. 4.

¹²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Milosevic* "Amici Curiae Submissions in Response to the Trial Chamber's "Further Order to Future Conduct of the Trial Concerning Assignment of Defence Counsel", 6.9.2004, *Amici Curiae* 13 August 2004, § 18 (iii)(a).

¹³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Milosevic*, 'Decision on the Interlocutory Appeal by the Amici Curiae against the Trial Chamber Order Concerning the Presentation and Preparation of the Defence Case, Separate Opinion Judge Shahabuddeen, (IT-02-54-AR73.6), Ap. Ch., 20.1.2004, §§ 1, 2 and 11.

¹³¹ *Ibidem*, §. 5.

¹³² ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, "Decision on the Request submitted pursuant to rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence" (ICC-01/04-373), 17.8.2007. § 3-4.

¹³³ See, for example, ICC, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 'Submissions of amicus curiae observations', (ICC-02/04-01/15-1925), 30.11.2021, p. 5: "submission will assist Trial Chamber IX in determining the most affected victims and the specific types and extent of harms suffered, types and modalities of reparations most appropriate to address individual and collective harm suffered by the victims of the crimes for which Mr. Ongwen was convicted and concrete estimates as to repair the harms suffered by the victims."

This intervention is conditioned to the acquisition of the status of victim, provided that the victim is a natural person who has suffered harm caused by a crime under the jurisdiction of the Court and that there is a causal link between the crime and the harm suffered. In this context, a system of participation in the different procedural phases has been articulated to delimit the extent and limits of this action, which, since it does not have the status of "party" in the strict sense, raises many questions in practice. It is in the reparation phase that the victims have been given maximum protagonism, establishing different modalities of restitution, compensation and rehabilitation. Taking into account these considerations is difficult to qualify this 'participation' as a third party in the proceedings, because victims' contributions to the process before the ICC is a unique and *sui generis* status, not suitable to any other experience at national or international level.

ABSTRACT: *Victims and Third Parties in International Criminal Justice*

The procedural role of victims at the International Criminal Court (ICC) remains controversial; although they are not considered 'parties', they enjoy unprecedented rights regarding participation and reparations. This chapter analyses the concept of the victim and the impact of these rights, focusing on three main areas: the protection of victims within the international legal framework, the means of participation at all stages of the proceedings, and the system of reparations (principles, procedures and implementation). Finally, it examines the role of the Amicus Curiae and the practical challenges the Court faces in its case law.

FRANCESCA PERRINI*

IL FONDO FIDUCIARIO PER LE VITTIME NEL SISTEMA DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. L'istituzione del Fondo fiduciario per le vittime. – 2. Il Regolamento del Fondo fiduciario per le vittime. – 3. I limiti del sistema riparativo e il loro (possibile) superamento tramite la tutela internazionale dei diritti umani. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *L'istituzione del Fondo fiduciario per le vittime*

Lo Statuto di Roma, nel rivolgere una grande rilevanza alle vittime dei crimini internazionali, prevede a loro favore delle forme di riparazione, con ciò ponendosi il pregevole obiettivo di realizzare un sistema di giustizia penale internazionale completo, nella misura in cui non si occupa unicamente della condanna degli autori dei crimini internazionali, ma anche della successiva riparazione per i danni che tali crimini hanno prodotto.

Si tratta di un approccio estremamente importante, nella misura in cui il sostegno alle vittime contribuisce al ristabilimento della pace e favorisce la ricrescita di una società colpita dagli orrori dei crimini internazionali.

È in tale contesto che si inserisce l'attività del Fondo fiduciario per le vittime di crimini internazionali¹, che, peraltro contribuisce alla realizzazione di alcuni degli obiettivi di sviluppo sostenibile di cui all'Agenda 2030, segnatamente quelli di: pace, giustizia e istituzioni forti (Obiettivo 16), riduzione della povertà (Obiettivo 1), buona salute e benessere (Obiettivo 3), uguaglianza di genere (Obiettivo 5), lavoro dignitoso e crescita economica (Obiettivo 8), riduzione delle disuguaglianze (Obiettivo 10) e lotta contro il cambiamento climatico (Obiettivo 13)².

* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

¹ V. C. FERSTMAN, *The International Criminal Court's Trust Fund for Victims: challenges and opportunities*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2003, p. 426 ss.; E. KRISTJANSDDOTTIR, *International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims*, in C. FERSTMAN, M. GOETZ, A. STEPHENS (eds.), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden-Boston, 2009, p. 173; F. MEGRET, *Justifying Compensation by the International Criminal Court's Victims Trust Fund: Lessons from Domestic Compensation Schemes*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2010, p. 124 ss.; L. MOFFET, *Reparations for Victims at the International Criminal Court: A New Way Forward?*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, p. 1204.

² <https://www.icc-cpi.int/news/new-zealand-stands-victims-most-serious-crimes-and-makes-contribution-trust-fund-victims>. Si ricorda che l'Agenda 2030 è stata adottata dall'Assemblea generale con risoluzione del 25 settembre 2015, A/RES/70/1, *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Il documento utilizza un approccio integrato che si articola attraverso 17 obiettivi, 169 targets, 43 strumenti di attuazione e 248 indicatori che abbracciano le diverse dimensioni dello sviluppo: pace, economia, ambiente, giustizia e democrazia. Sull'Agenda 2030 si veda M. MONTINI, F. VOLPE, *Sustainable Development Goals: "molto rumore per nulla"?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2015, p. 489 ss.; R. E. KIM, *The Nexus Between International Law and the*

La base giuridica per l'istituzione del Fondo è data dall'art. 75 dello Statuto di Roma, nel quale si prevede che la Corte «stabilisce i principi applicabili a forme di riparazione come la restituzione, l'indennizzo o la riabilitazione da concedere alle vittime o ai loro aventi diritto» e su tale base «può, su richiesta o di sua spontanea volontà in circostanze eccezionali, determinare nella sua decisione l'entità e la portata di ogni danno, perdita o pregiudizio cagionato alle vittime o ai loro aventi diritto, indicando i principi che guidano la sua decisione». A tal fine la Corte può emanare contro una persona condannata un'ordinanza di riparazione a favore della vittima. La stessa norma al par. 2 prevede la possibilità che «l'indennizzo concesso a titolo di riparazione sia versato tramite il Fondo di garanzia di cui all'Articolo 79».

In base alla norma in oggetto, dunque, la Corte può adottare apposite misure riparatorie in una fase successiva a quella relativa all'accertamento della responsabilità penale. Si tratta, infatti, di due momenti distinti e di due attività separate, che vedono, comunque, la vittima sullo sfondo dell'azione della Corte, non ricoprendo ella un ruolo attivo né in fase di accertamento, né in fase di riparazione.

La peculiarità del sistema, peraltro, è data dal fatto che la riparazione è affidata ad un apposito ente, appunto il Fondo fiduciario per le vittime, istituito, conformemente all'art. 79³ dello Statuto, dall'Assemblea degli Stati Parte.

In particolare, con una prima risoluzione del 9 settembre 2022⁴, l'Assemblea decide di istituire un Fondo fiduciario a beneficio delle vittime rientranti nella giurisdizione della Corte e delle famiglie di tali vittime. Nella stessa risoluzione si prevedono quattro forme di finanziamento da utilizzare per le azioni riparatorie, individuandole, in primo luogo, nei contributi volontari provenienti da Stati, organizzazioni internazionali, privati; nei proventi di ammende o confisci che la Corte decide che vengano trasferiti al Fondo; nelle risorse che derivano da risarcimenti ordinati dalla Corte ai sensi della regola 98 delle Regole di procedura e prova⁵; in altre risorse individuate dall'Assemblea degli Stati Parte.

La risoluzione, inoltre, contiene un allegato nel quale si prevede l'istituzione e la disciplina del Consiglio di amministrazione del Fondo, composto da cinque membri eletti dall'Assemblea degli Stati Parte per un mandato di tre anni e avente il compito di stabilire e gestire le attività e i progetti del Fondo previa consultazione delle vittime e delle loro famiglie,

Sustainable Development Goals, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 1, 2016, p. 16 ss.; M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 9, 2019, p. 1 ss.

³ Ai sensi del quale: «1. È istituito, con decisione dell'Assemblea degli Stati Parte, un Fondo a beneficio delle vittime dei reati di competenza della Corte e delle loro famiglie. 2. La Corte può ordinare che il ricavato delle ammende e dei beni confiscati sia versato Fondo 3. Il Fondo è gestito in conformità ai criteri stabiliti dall'Assemblea degli Stati Parte».

⁴ ICC-ASP/1/Res.6, *Establishment of a fund for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims*.

⁵ Ai sensi del quale: «1. Individual awards for reparations shall be made directly against a convicted person. 2. The Court may order that an award for reparations against a convicted person be deposited with the Trust Fund where at the time of making the order it is impossible or impracticable to make individual awards directly to each victim. The award for reparations thus deposited in the Trust Fund shall be separated from other resources of the Trust Fund and shall be forwarded to each victim as soon as possible. 3. The Court may order that an award for reparations against a convicted person be made through the Trust Fund where the number of the victims and the scope, forms and modalities of reparations makes a collective award more appropriate. 4. Following consultations with interested States and the Trust Fund, the Court may order that an award for reparations be made through the Trust Fund to an intergovernmental, international or national organization approved by the Trust Fund. 5. Other resources of the Trust Fund may be used for the benefit of victims subject to the provisions of article 79».

nonché esperti e organizzazioni competenti. È compito del Consiglio di amministrazione l'approvazione dei contributi volontari di Stati, organizzazioni internazionali e privati. La sua attività è sottoposta all'Assemblea degli Stati Parte.

Successivamente, con una seconda risoluzione del 10 settembre 2004⁶, l'Assemblea degli Stati Parte ha provveduto all'istituzione di un Segretariato alle dipendenze del Consiglio di amministrazione, del quale deve assicurare il buon funzionamento. La risoluzione si conclude reiterando l'invito a governi, organizzazioni internazionali e privati di contribuire al Fondo.

La tappa successiva è data dalla risoluzione del 3 dicembre 2005⁷, con la quale l'Assemblea degli Stati Parte ha adottato il Regolamento del Fondo (emendato con risoluzione del 14 dicembre 2007⁸).

2. Il Regolamento del Fondo fiduciario per le vittime

Il Regolamento, adottato al fine di garantire la corretta ed efficace azione del Fondo fiduciario, contiene disposizioni che trattano della gestione e supervisione del Fondo (parte I); del ricevimento di fondi (parte II); delle attività e progetti del Fondo (parte III); degli obblighi di segnalazione del Fondo (parte IV).

Il documento in oggetto fornisce un regime giuridico dettagliato su tutti gli aspetti del funzionamento del Fondo, la cui attività si sostanzia nell'espletamento di due mandati, vale a dire la riparazione a seguito di misure ordinate dalla Corte e l'attività di assistenza in favore delle vittime di crimini internazionali.

Ciò che occorre evidenziare (e che rende il Fondo un *unicum* nell'ordinamento internazionale) è la duplicità del suo mandato istituzionale.

Con riferimento al mandato di riparazione, le disposizioni regolamentari disciplinano le modalità secondo le quali deve realizzarsi il risarcimento che la persona condannata è tenuta a corrispondere. In questo senso, dunque, il Fondo agisce “a servizio” della Corte, essendo chiamato a dare esecuzione agli ordini giudiziali di riparazione di cui all'art. 75 dello Statuto CPI. Da questo punto di vista quindi, il Fondo funge da organo esecutivo nel sistema di giustizia riparativa della Corte.

Per quanto riguarda il mandato di assistenza, invece, Il Fondo è dotato di un potere autonomo di fornire supporto alle vittime e può, a tal fine, utilizzare risorse proprie. Il Regolamento specifica che le attività che rientrano in tale mandato – che si sostanziano principalmente in progetti di supporto materiale e psicologico nei confronti delle vittime e in attività che in genere tendono alla ricostruzione delle comunità colpite – devono essere preventivamente notificati alla Corte. Con riferimento a tale attività, il Regolamento specifica che sono da considerarsi beneficiari delle risorse coloro i quali rientrano nella definizione di vittima di cui all'art. 85 del Regolamento di procedure e prove⁹.

⁶ ICC-ASP/3/Res.7, *Establishment of the Secretariat of the Trust Fund for Victims*.

⁷ ICC-ASP/4/Res.3, *Regulations of the Trust Fund for Victims*.

⁸ ICC-ASP/6/Res.3, *Amendment to the Regulations of the Trust Fund for Victims*.

⁹ Ai sensi del quale: «For the purposes of the Statute and the Rules of Procedure and Evidence: (a) “Victims” means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court; (b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm

L'attività di supporto alle vittime è un'attività importante ai fini della ricostruzione di una società. Ed è bene evidenziare che la procedura davanti al Fondo si caratterizza per alcuni elementi da apprezzare vista la tipologia di interventi che l'attività richiede. In particolare, viene in rilievo, a tale proposito, la discrezionalità del Consiglio dei direttori, il quale valuta la necessità di fornire supporto e assistenza per la riabilitazione fisica psicologica, ovvero per altre necessità di tipo materiale alle vittime e alle loro famiglie; la collaborazione tra Consiglio dei direttori e Corte alla quale si chiede di rispondere entro 45 giorni dalla notifica sull'esistenza di eventuali questioni che ricadono nella giurisdizione della Corte.

È da evidenziare che, per la maggior parte dei casi, il Fondo individua come destinatari di tali misure alcune categorie di vittime, particolarmente vulnerabili, tra cui coloro che hanno subito varie forme di violenza sessuale e di genere (stupro, gravidanza forzata, schiavitù sessuale); minori costretti a combattere; bambini rimasti orfani;

Un aspetto particolarmente delicato di tutta l'attività di riparazione a favore delle vittime attiene alle incerte risorse a disposizione del Fondo, descritte alla regola 21 del Regolamento del Fondo stesso.

Tra tali risorse figurano, innanzitutto, quelle che sono trasferite al Fondo per ordine della Corte, aventi una ben determinata destinazione d'uso. In questo caso, infatti, si tratta di risorse che risultano da sanzioni pecuniarie o confische e vengono trasferite al Fondo sulla base dell'art. 79 dello Statuto della Corte con la finalità di dare attuazione degli ordini giudiziali di riparazione.

La norma fa, inoltre, riferimento a fonti di finanziamento "altre e diverse", individuandole in contributi volontari degli Stati, delle organizzazioni internazionali, di privati e eventuali risorse che l'Assemblea degli Stati Parte decide di destinare al Fondo.

Con riferimento a quest'ultima tipologia di risorse sorgono dei problemi in materia di loro reperimento che rischiano di ridimensionare di molto la portata dell'attività del Fondo.

3. I limiti del sistema riparativo e il loro (possibile) superamento tramite la tutela internazionale dei diritti umani

Al di là del nobile fine che l'istituzione del Fondo persegue e del tentativo di realizzare un sistema di giustizia penale internazionale completo, occorre sottolineare che a fronte degli ambiziosi obiettivi, i risultati conseguiti sono piuttosto modesti. E ciò per alcune caratteristiche insite al sistema stesso.

In primo luogo, è da evidenziare che il campo di applicazione delle misure ordinate dalla Corte è molto ristretto, in quanto di esse possono beneficiarne solo le vittime di quei crimini i cui autori siano stati identificati, formalmente accusati dal Procuratore, rinviati a giudizio e poi condannati. Pertanto, pur avendo il nobile fine di risarcire la vittima dei danni subiti in relazione ai crimini da cui è stata colpita, il meccanismo non prevede un ruolo attivo della vittima stessa, che continua a rimanere sullo sfondo. È, poi, da ricordare la difficoltà/impossibilità per la Corte di procedere nei confronti di tutti gli autori dei crimini internazionali, anche i più efferati ed estesi su larga scala.

to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes».

Quanto, invece, all'azione di supporto alle vittime si indica ogni possibile misura adottata dal Fondo fiduciario ai sensi dell'art. 79 dello Statuto di Roma. In questo caso, si tratta di misure che hanno un campo di applicazione più ampio, in quanto le attività del Fondo non sono subordinate ad una preventiva identificazione, accusa e condanna dell'autore del crimine. In questo caso, però siamo in presenza di altri due limiti che rischiano di inficiare l'attività del Fondo. Innanzitutto, perché vi è a carico del Fondo un obbligo di mantenere alcune risorse a disposizione della Corte, nell'ipotesi in cui essa volesse utilizzarli per gli ordini di riparazione ex art. 75. Inoltre, il sistema di finanziamento non solo non produce risorse sufficienti, ma non è neanche in grado di produrre risorse che siano stabili e sicure.

Del resto, la prassi conferma tali limiti, come si evince dal piano strategico del Fondo per il periodo 2023/2025¹⁰, in cui figurano ancora riparazioni relative a casi risalenti, come gli ordini giudiziali di riparazione per i casi Lubanga, Katanga, Al Mahdi.

Con riferimento ai programmi di assistenza, figurano ancora quelli relativi alla Repubblica democratica del Congo e all'Uganda, risalenti al 2008, cui poi si sono aggiunti quelli per la Repubblica centrafricana, la Costa d'Avorio, il Kenya.

Fino ad arrivare ad altri programmi decisi del Consiglio dei direttori per situazioni che ricadono nella giurisdizione della Corte e che a partire dal 2023 includono situazioni in Afghanistan, Bangladesh/Myanmar, Burundi, Sudan, Libya, cui si aggiungono Palestina e Ucraina.

Occorre dunque chiedersi se l'insufficienza dei fondi e i limiti del sistema possano essere superati dai meccanismi di risarcimento previsti dal diritto internazionale nell'ambito della tutela internazionale dei diritti umani¹¹.

Sebbene i procedimenti in questione assumano caratteristiche diverse rispetto al sistema riparatorio della Corte penale internazionale, si può ritenere che i due sistemi siano, comunque, tra loro in relazione, nella misura in cui entrambi hanno come finalità la tutela dell'individuo. I crimini internazionali, pur nella loro specificità, si sostanziano in violazioni di diritti umani internazionalmente protetti. Pertanto, l'individuo che si ritiene vittima di uno dei diritti contemplati in appositi strumenti convenzionali che prevedono meccanismi di controllo, può avvalersi di tali rimedi.

A ciò si aggiunga che i principali meccanismi di controllo di tipo giurisdizionale previsti dai trattati in materia di diritti umani prevedono forme di risarcimento che gli Stati condannati devono corrispondere in favore degli individui che hanno subito la violazione¹².

Vengono in rilievo, a tale riguardo, l'art. 41 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 63, par. 1 della Convenzione americana dei diritti umani, l'art. 27 par. 1 del Protocollo addizionale alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.

In questi casi l'individuo assume una posizione di rilievo, in quanto è egli stesso promotore dell'azione e, dunque, è protagonista del procedimento innanzi alla Corte sovranazionale e ad essere condannato sarà lo Stato, chiamato a rispondere non di crimini internazionali, ma di violazioni dei diritti tutelati nei citati testi convenzionali.

¹⁰ Consultabile al seguente link, <https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/2023-2025%20Strategic%20Plan%20Trust%20Fund%20for%20Victims%20at%20the%20ICC.pdf>.

¹¹ V. C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2019.

¹² In proposito v. E. RUOZZI, *Il risarcimento come forma di riparazione per la violazione di diritti umani fra responsabilità internazionale degli Stati e soggettività internazionale dell'individuo*, in *Federalismi.it* – Focus Human Rights, 28 luglio 2017.

Da questo punto di vista, quindi, ci si allontanerebbe molto dalle finalità e dai principi del diritto internazionale penale e la condanna dello Stato non avrebbe lo stesso peso della condanna di un individuo colpevole di crimini internazionali.

Una sintesi tra i due sistemi (diritto internazionale dei diritti umani e diritto internazionale penale) è ravvisabile nel documento elaborato dalle Nazioni Unite, intitolato *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights and Serious Violations of International Humanitarian Law*, adottato con risoluzione dell'Assemblea generale del 16 dicembre 2005¹³.

Occorre preliminarmente chiarire che, trattandosi di una risoluzione dell'Assemblea generale, il documento in oggetto non ha carattere vincolante, rientrando, dunque, nella tipologia di atto di *soft law*. Tuttavia, tale caratteristica, pur incidendo sulla valenza giuridica, non inficia il valore simbolico del documento, così come avviene per altri importanti risoluzioni dell'Assemblea generale¹⁴. È noto, infatti, che il valore giuridico di tali atti dipende dagli effetti che sono in grado di produrre e, dunque, in tale prospettiva, è al loro contenuto che bisogna guardare.

Con riferimento al contenuto dei *Basic Principles and Guidelines* (che constano di 27 principi suddivisi in 13 punti), occorre evidenziare che sin dal preambolo si specifica che essi si riferiscono alle *gross violations* dei diritti umani e alle gravi violazioni di diritto internazionale umanitario che, per la loro estrema drammaticità, rappresentano una importante offesa alla dignità umana. Si specifica, poi, che essi non introducono nuovi obblighi giuridici, ma identificano meccanismi, modalità, procedure per l'attuazione di obblighi giuridici già esistenti secondo il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto internazionale umanitario che sono complementari, benché contenuti in norme diverse. Si ricorda, inoltre, che nell'onorare il diritto delle vittime di beneficiare di rimedi e riparazioni, la comunità internazionale tiene fede ad un impegno nei confronti delle vittime, dei sopravvissuti e delle future generazioni e che, nell'adottare un approccio *victim-oriented*, afferma la propria solidarietà nei confronti dell'intera umanità.

In tale ottica, viene innanzitutto ribadito l'obbligo che incombe agli Stati di rispettare le norme (pattizie, consuetudinarie, interne) sui diritti umani e di adoperarsi affinché siano concretamente attuate nei loro ordinamenti, anche cooperando tra loro specie per il buon funzionamento dei meccanismi esistenti di giustizia penale internazionale.

Con riferimento alla nozione di vittima, si specifica che rientrano in tale categoria tutti coloro i quali, individualmente o collettivamente, hanno subito flagranti violazioni del diritto internazionale dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario, compresi familiari o altre persone in altro modo legate alle vittime. La condizione di vittima, peraltro, prescinde dalla circostanza che l'autore della violazione sia stato o meno identificato, arrestato, sottoposto a giudizio, o condannato¹⁵.

¹³ A/RES/60/147. Si veda al riguardo P. D'ARGENT, *Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 51, 2005, p. 25 ss.; C. TOMUSCHAT, *Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law*, in M. G. KOHEN (a cura di), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Leiden-Boston, 2007, p. 569.

¹⁴ Per tutti, basti pensare alla citata Agenda 2030.

¹⁵ A tale riguardo, il punto V, intitolato "*Victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*", così è formulato: «8. For purposes of the present document, victims are persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that constitute

In virtù di tale loro condizione le vittime hanno diritto ad essere trattate con umanità e al rispetto della loro dignità; devono essere adeguatamente protette con misure idonee rispetto ai traumi che hanno subito; hanno diritto a presentare un ricorso e a ricevere una riparazione adeguata, effettiva e rapida.

In particolare, con riferimento alle riparazioni per il pregiudizio subito (punto IX), si evidenzia che l'obiettivo della riparazione adeguata, effettiva e rapida è quello di promuovere la giustizia. Incombe allo Stato l'obbligo di provvedere alla riparazione quando la violazione (tanto del diritto internazionale dei diritti umani, quanto del diritto internazionale umanitario) è a lui imputabile. Se, invece, la violazione è imputabile a una persona fisica o giuridica o altra entità, questa è tenuta alla riparazione in favore della vittima. Gli Stati dovrebbero (e l'uso del condizionale ci fa capire che non siamo di fronte ad un obbligo) istituire appositi programmi di riparazione e assistenza per i casi nei quali i soggetti autori della violazione non volessero o non potessero provvedere alla riparazione.

Le forme della riparazione sono esplicitate nei principi da 19 a 23 e prevedono: la restituzione, la compensazione, la riabilitazione, la soddisfazione e garanzie di non reiterazione della violazione. In particolare, il principio 20 specifica che la compensazione dovrebbe essere attribuita per ogni danno accertabile sul piano economico e dovrebbe essere appropriata e proporzionata alla violazione subita tenendo conto del danno fisico o mentale, dei danni materiali e morali, delle eventuali perdite di profitti e spese sostenute¹⁶.

Come è evidente, il documento in oggetto non è particolarmente innovativo quanto al contenuto, nella misura in cui ribadisce gli obblighi che incombono agli Stati in virtù di altri strumenti di diritto internazionale. Potremmo dire, dunque, che non si tratta di un documento in sé vincolante, ma di un documento riproduttivo di obblighi internazionali già volontariamente assunti dagli Stati.

Il pregio sta, però, nell'aver posto al centro dell'attenzione la vittima e nell'aver convogliato verso di essa due sistemi normativi che il documento stesso definisce complementari.

Quanto meno intorno a questo approccio si può ritenere che vi sia il consenso della comunità internazionale, dal momento che il documento è stato adottato in seno al massimo forum internazionale.

4. Considerazioni conclusive

gross violations of international human rights law, or serious violations of international humanitarian law. Where appropriate, and in accordance with domestic law, the term "victim" also includes the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization. 9. A person shall be considered a victim regardless of whether the perpetrator of the violation is identified, apprehended, prosecuted, or convicted and regardless of the familial relationship between the perpetrator and the victim».

¹⁶ Il principio 20 così è formulato: «20. Compensation should be provided for any economically assessable damage, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, resulting from gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, such as: (a) Physical or mental harm; (b) Lost opportunities, including employment, education and social benefits; (c) Material damages and loss of earnings, including loss of earning potential; (d) Moral damage; (e) Costs required for legal or expert assistance, medicine and medical services, and psychological and social services».

Come è chiaro, purtroppo, le azioni che necessitano di attività di supporto alle vittime sono destinate ad aumentare, visto l'attuale scenario internazionale ed è per questo che andrebbe potenziata l'azione del Fondo fiduciario per le vittime di crimini internazionali. In tal senso vengono in rilievo alcuni suggerimenti contenuti nel rapporto *"No time to wait"*, elaborato dall'associazione Redress (organizzazione specializzata nell'assistenza alle vittime di gravi violazioni dei diritti umani a seguito di conflitti o calamità naturali), in cui, per esempio, si sottolinea la necessità di: avviare anticipatamente il mandato di assistenza nei Paesi sotto la giurisdizione della Corte in cui sono in corso indagini e in cui le vittime non hanno ricevuto assistenza; nei casi in cui il procedimento giudiziario si protragga, attuare il mandato di assistenza per fornire una misura di protezione provvisoria alle vittime; assicurarsi che le attività pianificate nell'ambito del programma di assistenza forniscano benefici tangibili e non puramente simbolici alle vittime e siano adeguatamente pianificate e valutate¹⁷.

Ma, a fronte di tale triste incremento di situazioni che vedono il perpetrarsi di crimini internazionali, se finora i problemi di reperimento dei fondi sono stati quelli che si è cercato brevemente di illustrare, oggi, rischiano di essere ulteriormente acuiti dalle scelte politiche ed economiche di alcuni Stati della comunità internazionale¹⁸. E ciò è tanto più grave ove si consideri che, comunque, il meccanismo riparativo non è un sistema risolutivo nella ricostruzione della comunità o della società nel suo complesso. Di questi aspetti deve farsi carico la comunità internazionale.

Volendo mettere in evidenza gli elementi positivi, occorre mettere in risalto alcuni punti.

Intanto, il Fondo fiduciario per le vittime di crimini internazionali istituito dalla Corte penale internazionale rappresenta una novità nel sistema di giustizia internazionale penale, perché i precedenti tribunali *ad hoc* non prevedevano il risarcimento.

Inoltre, il meccanismo va a colmare un limite del sistema della Corte, cercando di assegnare un ruolo (sebbene solo come beneficiaria del risarcimento) alla vittima, che, per il resto, rimane mero partecipante (e non parte) della procedura giurisdizionale.

Infine, pur in presenza dei limiti del sistema del Fondo, potremmo dire che il solco è tracciato nel senso di una sempre maggiore rilevanza dell'individuo nel sistema di giustizia penale internazionale.

Ciò che, in ogni caso, occorre evidenziare è che il Fondo è uno strumento potenzialmente molto efficace e da valorizzare in relazione ad entrambi i suoi mandati se si vuole veramente realizzare un sistema di giustizia penale internazionale che tenga conto non solo della fase di accertamento della responsabilità, ma anche della fase altrettanto importante di assicurare una riparazione alle vittime dei crimini internazionali.

¹⁷ Il rapporto è consultabile al link <https://redress.org/publication/no-time-to-wait-realising-reparations-for-victims-before-the-international-criminal-court/>, in cui si legge «Begin the assistance mandate earlier in countries within the Court's jurisdiction where investigations are ongoing and where victims have not received assistance. In cases where the trial proceedings are protracted, implement the assistance mandate to provide a measure of interim relief to victims. Ensure that the activities planned under the assistance programme provide tangible rather than purely symbolic benefits to victims and are properly planned and assessed».

¹⁸ L'ammontare dei contributi del Fondo nel periodo 2015-2023 è ben illustrato in *Strengthening the International Criminal Court and the Rome Statute System: A Guide for States Parties*, in *IBA International Criminal Court and International Criminal Law Programme*, Second Edition, October 2024, p. 89 ss., consultabile al link https://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/reports/TFV%20Strategic%20Plan%202023-2025_0.pdf.

ABSTRACT: *The Victims' Trust Fund in the International Criminal Court System*

This article analyzes the functioning of the Trust Fund for Victims of International Crimes within the International Criminal Court (ICC) system. In particular, it emphasizes the Fund's importance in terms of victim reparations and peacebuilding. The Fund's system represents a significant innovation in international criminal jurisdiction, which must be strengthened.

ROBERTO VIRZO*

LA CONFISCA NELLO STATUTO E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sulla confisca nell'esperienza dei «processi secondari di Norimberga». – 3. La confisca diretta e la confisca per equivalente nel sistema della Corte penale internazionale: disciplina e finalità riparatoria. – 4. Il canone della proporzionalità nella giurisprudenza della Corte penale internazionale in materia di confisca. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

A fronte di un crescente numero di trattati internazionali volti al contrasto di attività criminali che contemplano il ricorso a un ampio spettro di forme di confisca¹ – in linea, del resto, con una tendenza consolidata anche nelle legislazioni nazionali, ove l'istituto sembra propagarsi con una straordinaria *vis* espansiva fino a divenire quasi un «avamposto irrinunciabile del fenomeno punitivo»² –, nello Statuto della Corte penale internazionale (CPI) del 17 luglio 1998 tale misura conserva sempre natura giuridica di pena e rimane circoscritta alle figure della confisca diretta del profitto del reato e della confisca per equivalente (o di valore).

Da un lato, l'art. 77, concernente le pene applicabili, stabilisce al par. 2, lettera *b*), che la Corte può comminare, a titolo di pena accessoria alla detenzione, la confisca diretta: «A forfeiture of proceeds, property and assets derived directly or indirectly from that crime, without prejudice to the rights of bona fide third parties». Dall'altro, l'art. 109, par. 2, ammette, in fase di esecuzione da parte di uno Stato membro della misura ablatoria disposta dalla CPI, l'eventuale ricorso, in via sussidiaria, alla confisca per equivalente, prevedendo che «[i]f a State Party is unable to give effect to an order of forfeiture, it shall take measures to recover the value of the proceeds, property or assets ordered by the Court to be forfeited, without prejudice to the rights of bona fide third parties».

Come emerge con chiarezza dall'art. 77 dello Statuto CPI, la confisca diretta è applicabile ai soli beni collegati con il crimine internazionale in ordine al quale è stata pronunciata una condanna penale. Deve dunque sussistere un nesso di pertinenza tra il

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli studi di Messina.

¹ In argomento sia consentito rinviare a R. VIRZO, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, Napoli, 2020, in particolare pp. 1-160. Tra i più recenti accordi multilaterali in materia di lotta a condotte criminali transnazionali che prevedono il ricorso alla confisca si può menzionare, a titolo di esempio, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il cybercrime, aperta alla firma a Hanoi il 25 e 26 ottobre 2025 (in particolare, il ricorso alla confisca è previsto e regolamentato dall'art. 31).

² V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 1263.

crimine internazionale di cui è stata accertata la commissione e i beni oggetto dell'ablazione disposta nei confronti del condannato.

Con riferimento a questa tipologia di pena patrimoniale, che combina una funzione punitivo-deterrente con quella ripristinatoria dell'assetto esistente prima della commissione del crimine, non sembrano porsi problemi di proporzionalità. «Se infatti», come è stato acutamente osservato in termini generali, la «*ratio* della misura è l'ablazione di quanto è stato illecitamente guadagnato dall'agente, e che dunque quest'ultimo non ha diritto di trattenere, la proporzionalità di una simile ablazione è *in re ipsa*, limitandosi qui l'ordinamento a ripristinare in capo all'agente la situazione patrimoniale preesistente rispetto al reato»³.

Neppure con riguardo all'altra figura di confisca rinvenibile nello Statuto della CPI paiono sorgere criticità sotto il profilo della proporzionalità della misura patrimoniale. Va anzitutto ricordato che il ricorso in via sussidiaria alla confisca di valore consente – come si evince dal citato art. 109 – di ovviare alle difficoltà applicative della confisca diretta, le quali possono manifestarsi allorché, all'esito del processo penale internazionale, i proventi del crimine risultino già reimmessi nel circuito legale dell'economia ovvero resi irreperibili per effetto di operazioni di occultamento o di dissipazione. La confisca per equivalente permette, in siffatte circostanze, di sottoporre ad ablazione beni che, pur non derivando dalla commissione del crimine, si trovino nella disponibilità del condannato e abbiano un valore corrispondente a quello del profitto illecitamente conseguito. Il limite massimo del valore dei beni confiscabili (che non può eccedere quello dei proventi del reato) si rileva imprescindibile ove si consideri che la confisca per equivalente determina «un affievolimento del nesso di pertinenzialità tra il bene e il reato»⁴ e rende perciò preminente la funzione punitivo-deterrente rispetto a quella ripristinatoria. Invero il collegamento con il crimine internazionale commesso è soltanto indiretto e, soprattutto, il *tantundem* aggredibile ai fini della confisca può avere provenienza lecita.

Si è dunque in presenza di forme di confisca nel complesso coerenti con i principi generali e le garanzie dello Stato di diritto, cui è evidentemente improntata anche la giustizia penale internazionale. Entrambe risultano lontane – tanto sul piano concettuale quanto su quello applicativo – da modelli più muscolari di sanzioni patrimoniali, quali la confisca allargata⁵ e, *a fortiori*, le confische senza condanna⁶: figure queste ultime suscettibili d'incidere

³ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, pp. 203-204. Si veda inoltre A. M. MAUGERI, *Confisca (diritto penale)* in *Enciclopedia del diritto. Annali VIII*, 2015, p. 193.

⁴ Così V. MARCENÒ, *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, in T. EPIDENDIO, G. VARRASSO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 9.

⁵ Nella confisca allargata risulta ulteriormente indebolito il collegamento tra i beni oggetto dell'apprensione coattiva e il reato per il quale è stata pronunciata la condanna. Com'è noto, infatti, la confisca allargata si ancora a una condanna penale per un reato, la quale ne costituisce anzi l'indefettibile presupposto. Tuttavia, una volta applicata, la confisca allargata è destinata a proiettarsi sull'intero patrimonio del condannato, consentendo l'ablazione di tutti i beni il cui valore risulti sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica esercitata. Tale espansione si fonda su una presunzione di provenienza illecita, in virtù della quale i beni possono essere ritenuti frutto di attività criminose anche diverse da quelle oggetto della condanna che costituisce il titolo applicativo della misura.

⁶ In relazioni a tali problematiche tipologie di confisca, si veda, anche per ulteriori richiami bibliografici, T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020 e, con specifico riferimento a quelle previste da accordi e atti internazionali, R. VIRZO, *La confisca*, cit., pp. 35-45. Nella recente sentenza *Isaia e altri c. Italia*, del 25 settembre 2025, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ampiamente ricostruito le garanzie che devono assistere l'eventuale applicazione delle misure di confisca senza condanna (paragrafi 68-78).

in maniera significativa, oltre che sul diritto di proprietà, su garanzie fondamentali, a cominciare da quella, cardinale, della presunzione di innocenza.

Nondimeno, nella prassi giurisprudenziale della CPI, come in quelle di altri tribunali penali internazionali, internazionalizzati o ibridi⁷, si registra una certa cautela nell'applicazione della misura della confisca, ricorrendo al più alla pena pecuniaria dell'ammenda.

A nostro avviso – come si tenterà di dimostrare nel prosieguo della presente indagine – tale cautela si spiega in ragione di due ordini di fattori: da un lato, le garanzie intrinseche che devono assistere l'applicazione sia della confisca diretta sia di quella di valore; dall'altro, l'orientamento a ricondurre l'irrogazione delle pene accessorie patrimoniali all'interesse delle vittime dei crimini internazionali.

2. Cenni sulla confisca nell'esperienza dei «processi secondari» di Norimberga

L'atteggiamento di cautela rispetto alla pena della confisca contraddistinse del resto già l'esperienza del Tribunale militare internazionale. L'art. 28 della Charter of the International Military Tribunal⁸ conferiva a quest'ultimo il «diritto» di infliggere, quale pena accessoria, una misura patrimoniale che, pur non qualificata espressamente come confisca diretta, ne riproduceva fisionomia e natura giuridica, disponendo lo spossessamento definitivo, in capo al condannato, dei beni da questi illecitamente trafugati. Ai sensi della disposizione in parola, «[i]n addition to any punishment imposed by it, the Tribunal shall have the right to deprive the convicted person of any stolen property and order its delivery to the Control Council for Germany». Tuttavia, com'è noto, il Tribunale instaurato a Norimberga non fece applicazione di tale misura, neppure nei confronti di coloro che furono riconosciuti colpevoli del crimine di saccheggio⁹.

Remore nei confronti della confisca emersero anche durante la fase esecutiva di una delle pronunce rese nell'ambito dei cosiddetti «processi secondari» celebrati dalle autorità

⁷ Per questa classificazione, si veda, anche per ulteriori richiami bibliografici, A. DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localism*², Bari, 2015, pp. 232-292. Possono avvalersi di disposizioni in materia di confisca contenute nei loro atti istitutivi o nei regolamenti di procedura, oltre alla CPI, anche i *panels speciali per crimini gravi* istituiti a Timor Est (Sezione 10, par. 2, lettera c) del Regolamento n. 2000/15 del 6 giugno 2000); la Corte speciale per la Sierra Leone (art. 19 dello Statuto del 16 gennaio 2002); le Camere straordinarie presso i tribunali cambogiani (art. 39, par. 2 della Legge del 27 ottobre 2004 del Regno di Cambogia sulla istituzione in seno ai tribunali cambogiani di Camere straordinarie); le Camere straordinarie africane (art. 24, par. 24, lettera b) dello Statuto del 22 agosto 2012) e le Camere speciali per il Kosovo (art. 44 della Legge n. 27 del 31 agosto 2015 della Repubblica Kossovara, istitutiva delle Camere speciali e dell'Ufficio speciale del Procuratore). Gli Statuti del Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia (art. 24) e del Tribunale penale internazionale per il Rwanda (art. 23) si limitano invece a prevedere che le Camere di primo grado possano ordinare, in aggiunta alla pena detentiva inflitta al condannato, la restituzione ai legittimi proprietari dei beni e delle risorse acquisiti mediante la condotta criminosa.

⁸ Com'è noto, quest'ultima era annessa all'*Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the War Axis*. L'Accordo fu firmato a Londra in data 8 agosto 1945 ed entrò in vigore lo stesso giorno.

⁹ D. J. BIRKETT, *Asset Recovery at International(ised) Criminal Tribunals. Fines, Forfeitures and Orders for Reparations*, in N. H. JØRGENSEN (ed.), *The International Criminal Responsibility of War's Funders and Profiteers*, Cambridge, 2020, p. 456, ricorda che «[t]he Tribunal found the accused Alfred Rosenberg guilty of war crimes and crimes against responsibility based in part upon his responsibility for a system of organized plunder of both public and private property throughout the invaded countries in Europe».

d'occupazione statunitensi sulla base della *Control Council Law No. 10*, del 20 dicembre 1945, il cui art. II, par. 3, annoverava la confisca tra le pene applicabili¹⁰. Si tratta della sentenza *United States v. Alfried Krupp* del 31 luglio 1948, con la quale il Tribunale condannò l'imputato a dodici anni di reclusione e alla confisca di tutti i suoi beni, mobili e immobili («imprisonment for twelve years and (...) forfeiture of all [his] property; both personal and real»)¹¹. La misura si configurava dunque come una confisca generale dell'intero patrimonio del condannato ed era resa possibile in virtù del predetto art. II, par. 3, che non richiedeva alcun nesso eziologico tra il crimine accertato e i beni oggetto dell'ablazione.

Precisamente in ragione della natura e della portata della misura di confisca comminata nel caso di specie e malgrado la gravità dei crimini commessi da Alfried Krupp (in particolare lavoro forzato, riduzione in schiavitù e deportazioni¹²), l'Alto Commissario degli Stati Uniti per la Germania, John J. McCloy, emise un provvedimento di estinzione della pena accessoria¹³. Nel motivarlo, l'Alto Commissario affermò che «[g]eneral confiscation is not a usual element in our judicial system and is general repugnant to American concepts of justice»¹⁴.

Si trattava di un argomento formalmente improprio, posto che il Tribunale non era chiamato a giudicare sulla base del diritto statunitense¹⁵. È pur vero però che la pena della confisca generale dei beni – oggi ritenuta del tutto incompatibile con i principi dello Stato di diritto – era già all'epoca della sentenza *Krupp* vietata in numerosi ordinamenti interni¹⁶. Ciò perché tale forma radicale di confisca, «emblematica della “morte civile”»¹⁷, è di per sé profondamente iniqua. Essa comporta l'ablazione dell'intero patrimonio del reo, senza che sia necessario un collegamento tra il crimine commesso e i beni confiscati ed è suscettibile di incidere in modo significativo sul principio della personalità della pena qualora i suoi effetti si riverberino sui familiari del destinatario formale del provvedimento.

Proprio in quegli anni Giuliano Vassalli ebbe a osservare che in tale forma di confisca «le cose colpite dalla sanzione sono estranee al reato e nessun nesso è richiesto, neanche il più tenue, fra l'attività illecita del reo e la cosa confiscata. Il bene è qui investito dalla sanzione

¹⁰ L'articolo II par. 3 stabiliva inoltre: «Any property declared to be forfeited or the restitution of which is ordered by the Tribunal shall be delivered to the Control Council for Germany, which shall decide on its disposal». Il testo della *Control Council Law No. 10*, può essere consultato *online*, www.avalon.law.edu.

¹¹ Tribunale militare alleato, sentenza del 31 luglio 1948, *United States v. Alfried Krupp*, dispositivo, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Tribunal Under Control Council Law No. 10*, Washington, 1949, p. 1449. Su tale sentenza, si vedano, tra gli altri, K. J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 313-319; C. MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge, 2012, pp. 44-45 e 335-337; M. GALVIS MARTÍNEZ, *Forfeiture of Assets at the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2014, pp. 194-195.

¹² S. A. GOLDMAN, *A Fuhrer of Industry: Krupp before, during and after Nuremberg*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 2016, p. 189: «It is not known who first uttered the phrase, *Vernichtung durch Arbeit* (“extermination through work”) but Alfried Krupp did propose the idea to his Fuhrer (...). Alfried told his Fuhrer that “he could see no reason why [Jews, foreign saboteurs, anti-Nazi Germans, Gypsies, criminals, and antisocial elements] shouldn't contribute something to the Fatherland... Properly driven, each could contribute a lifetime of work in the months before he was dispatched”. It was an idea that Hitler readily accepted».

¹³ C. MCCARTHY, *Reparations and Victim Support*, cit., pp. 336-337.

¹⁴ M. GALVIS MARTÍNEZ, *Forfeiture of Assets at the International Criminal Court*, cit., p. 194.

¹⁵ K. J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals*, cit., p. 355 e D. J. BIRKETT, *Asset Recovery at International(ised) Criminal Tribunals*, cit., p. 458.

¹⁶ Si veda, anche per ulteriori richiami bibliografici, R. ISOTTON, *L'araba fenice. Sopravvivenze della confisca dei beni nel diritto penale italiano dalla Restaurazione al fascismo*, Tricase, 2018, pp. 23-93. Si veda altresì A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, pp. 19-44.

¹⁷ A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, Torino, 1989, p. 42.

in quanto bene di quel soggetto (...). I casi di confisca totale dei beni rendono ancor più evidente – attraverso la privazione inflitta al soggetto di ogni sua possibilità di autonomia, anche la più elementare, nel campo economico – questo carattere squisitamente repressivo della sanzione e la sua aderenza attraverso il bene colpito alla persona stessa dell'uomo»¹⁸.

3. *La confisca diretta e la confisca per equivalente nel sistema della Corte penale internazionale: disciplina e finalità riparatoria*

Con riguardo alla giustizia penale internazionale contemporanea, si è già osservato come uno dei fattori che induce la CPI a un atteggiamento di cautela nei confronti della pena accessoria della confisca risieda nell'esigenza di non comprimere le garanzie che, anche alla luce dello Statuto, devono presidiare la concreta applicazione di tale misura ablatoria.

La prima garanzia consiste nella tassatività delle figure di confisca previste dallo Statuto. Essa si sostanzia, da un lato, nella confisca diretta, quale unica tipologia che la CPI può irrogare, e, dall'altro, nella confisca per equivalente, ammessa solo in via sussidiaria nella fase di esecuzione statutale del provvedimento emesso dalla Corte.

La tassatività della confisca diretta, oltre a precludere il ricorso a forme più invasive di ablazione patrimoniale, richiede che il giudice internazionale identifichi con precisione i beni da assoggettare alla misura.

In questo senso merita di essere approfondito l'art. 77, par. 2, lett. b), dello Statuto¹⁹, ossia la disposizione che stabilisce che i beni confiscabili dalla Corte sono quelli collegati da un rapporto di derivazione con il crimine internazionale.

Dal tenore chiaro della norma si ricava la portata applicativa circoscritta della stessa confisca diretta: i beni oggetto di ablazione possono comprendere il prodotto e il profitto del crimine nonché altri beni derivanti da questo, ma non gli *instrumenta delicti*, sebbene anch'essi presentino un nesso pertinenziale con l'illecito. Durante il negoziato dello Statuto, infatti, molte delegazioni sottolinearono che «[t]heoretically, an instrumentality could include an aircraft carrier or a military base»²⁰, ritenendo opportuno evitare il rischio di sottoporre a confisca beni statali, talvolta di rilevanza strategica, impiegati per la commissione di crimini internazionali.

Ne discende altresì che la disposizione in esame trova applicazione esclusivamente con riguardo a crimini internazionali orientati all'accumulazione di ricchezze o comunque produttivi di profitto. A tale categoria possono ricondursi, in particolare, la schiavitù, la tratta

¹⁸ G. VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dommatici*, Padova, 1951, p. 27.

¹⁹ Su tale disposizione si vedano, tra gli altri, C. KRESS, G. SLUTTER, *Fines and Forfeitures Orders*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, p. 1823 ss.; R. E. FIFE, *Article 77. Applicable Penalties*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, III ed., München-Oxford-Baden-Baden, 2016, p. 1877 ss.; W. D. SCALIA, *Article 77. Peines Applicables*, in J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SELLARD (sous la direction de), *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. Commentaire article par article*, II ed., Paris, 2019, p. 2015 ss.; A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary*, II ed., Oxford, 2016, pp. 1160-1162.

²⁰ Così W. SCHABAS, *Penalties*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 1516, il quale ricorda che il 3 luglio 1998 «the chair proposed limiting forfeiture to proceeds and not to instrumentalities».

di esseri umani, lo sfruttamento sessuale, la presa di ostaggi, il saccheggio e l'appropriazione di beni del nemico non giustificata da necessità militari²¹.

Un'ulteriore garanzia si ricava dal combinato disposto del principio di presunzione di innocenza, sancito, nell'ambito dello Statuto della CPI, dall'art. 66, e dal correlato divieto di inversione dell'onere della prova, previsto dall'art. 67 del medesimo Statuto. Entrambi determinano un implicito rafforzamento della tassatività della confisca diretta. Alla luce di questo assetto normativo, non può essere imposto all'imputato l'onere di dimostrare la lecita provenienza di propri beni che non costituiscano il profitto o il prodotto di uno dei crimini internazionali per i quali egli è perseguito dinanzi alla Corte. Parimenti, non può presumersi, in assenza di prova contraria, per di più fornita dalla difesa, che tali beni siano frutto di attività illecite. Un simile approccio si tradurrebbe in una manifesta violazione del principio di presunzione di innocenza, ossia «l'architave»²² su cui non può che poggiare anche il processo penale internazionale.

Risiede esattamente in quanto precede l'accennato rafforzamento implicito della tassatività della confisca diretta e la conseguente inammissibilità del ricorso alla confisca allargata. Quest'ultima, infatti, estendendosi all'intero patrimonio del condannato, potrebbe colpire beni privi di un nesso di causalità diretta con il crimine internazionale accertato inclusi quelli aventi un valore eccedente rispetto al suo profitto o prodotto²³, sulla sola base dell'incapacità del soggetto destinatario della misura di provarne la lecita provenienza.

È significativo, del resto, che anche il Regolamento di procedura e di ammissibilità delle prove della CPI ribadisca la necessità che il provvedimento di confisca concerna beni per i quali sia comprovato un nesso di derivazione con il crimine internazionale commesso dal soggetto inciso. Ai sensi dell'art. 147, par. 4: «After considering any evidence submitted, a chamber may issue an order of forfeiture in relation to specific proceeds, property or assets if it is satisfied that these have been derived directly or indirectly from the crime».

Quanto alla confisca per equivalente, due garanzie che operano in relazione ad essa vanno sottolineate.

In via preliminare, giova ripetere che non si tratta di una misura applicabile dalle Camere della Corte, essendo queste ultime legittimate a disporre provvedimenti di confisca diretta. Come si è già osservato, la confisca per equivalente è, invece, implicitamente contemplata dall'art. 109, par. 2 dello Statuto della CPI quale misura ablativa cui gli Stati parti possono fare ricorso in fase di attuazione della confisca diretta ordinata dal giudice penale internazionale. Poiché la disposizione prevede che «[i]f a State party is unable to give effect to an order for forfeiture, it shall take measures to recover the value of the proceeds, property or assets ordered by the court to be forfeited», risulta evidente che le autorità nazionali competenti, al fine di dare esecuzione alla decisione della Corte, possono procedere all'apprensione coattiva di beni del condannato, ricorrendo, ove necessario, alla confisca per equivalente.

L'art. 217 del Regolamento di procedura e di ammissibilità della prova chiarisce che la confisca disposta dalla Corte può essere eseguita da «any State with which the sentenced person appears to have direct connection by reason of either nationality, domicile or habitual

²¹ M. GALVIS MARTÍNEZ, *Forfeiture of Assets at the International Criminal Court*, cit., pp. 195-204.

²² R. S. AITALA, *Diritto internazionale penale*, Milano, Firenze, 2021, p. 212.

²³ Ciò tenendo conto della eventuale applicabilità della confisca per equivalente in fase di esecuzione statutale del provvedimento disposto dalla Corte.

residence or by virtue of the location of the sentenced person's assets or property or with which the victim has such connection»²⁴.

Ciò premesso, la prima garanzia che connota questa tipologia di misura risiede nella sua natura sussidiaria. Tale garanzia risponde all'esigenza di evitare un'applicazione indiscriminata della confisca per equivalente e di limitarne l'operatività ai soli casi in cui la confisca diretta ordinata dalla CPI si riveli di fatto ineseguibile, ad esempio allorché i beni costituenti il prodotto o il profitto del crimine siano stati celati, alienati o dissipati²⁵.

La seconda garanzia non attiene esclusivamente alla confisca per equivalente, estendendosi alla confisca diretta. Come chiarito nell'introduzione del presente lavoro, entrambe le misure sono informate al principio di proporzionalità. In particolare, nel caso della confisca per equivalente, la proporzionalità è insita nel limite stesso del valore dei beni suscettibili di ablazione, che non può eccedere quello dei beni di cui la CPI abbia accertato la derivazione dal crimine internazionale commesso dal soggetto condannato. La proporzionalità si manifesta nella circostanza che la confisca per equivalente, pur incidendo su beni diversi da quelli derivanti dal crimine internazionale, non comporta, in definitiva, che la privazione, in capo al condannato, di una utilità economica corrispondente a quella ricavata dall'attività criminale²⁶.

Lo Statuto e il Regolamento di procedura e di ammissibilità delle prove della CPI chiariscono infine che la pena accessoria della confisca è altresì chiamata ad assolvere a una finalità di riparazione nei confronti delle vittime dei crimini internazionali commessi dal soggetto condannato.

²⁴ Con specifico riferimento al nostro Paese, l'Italia ha adottato il 3 marzo 2020 il decreto n. 61 del Ministero della giustizia, contenente il regolamento sulla determinazione delle modalità di destinazione alla Corte penale internazionale di somme, beni e utilità. Al riguardo, si veda M. CASTELLANETA, *Criteri e modalità per attuare in Italia i provvedimenti della Corte penale internazionale in materia di confisca: alcune osservazioni sul recente decreto del Ministro della giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 832 ss. La cooperazione internazionale relativa alla confisca diretta o per equivalente inflitta a beni di autori di crimini internazionali è prevista anche dall'art. 45 della Convenzione sulla cooperazione internazionale nelle indagini e nella repressione del crimine di genocidio, dei crimini di guerra, dei crimini contro l'umanità e di altri crimini internazionali, adottata a Lubiana il 26 maggio 2023 e firmata all'Aia il 14 febbraio 2025. Per un commento a tale Convenzione, F. SEATZU, *Grandeur et faiblesse de la Convention de la Haye sur la coopération internationale dans l'enquête et la poursuite des crimes de génocide, des crimes de guerre et d'autres crimes internationaux*, in *Federalismi*, 2025, p. 210 ss.

²⁵ Come è stato osservato da A. M. MAUGERI, *Confisca*, cit., p. 201, «la confisca per equivalente non deve rappresentare un *escamotage*, per consentire alla giurisprudenza di sottrarsi all'onere di accertare il profitto del reato».

²⁶ In tal senso, con riferimento alla confisca per equivalente in generale, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 203-204.

Si tratta di uno degli aspetti più innovativi dello Statuto di Roma²⁷, che riconosce alla Corte la competenza ad accordare forme di riparazione alle vittime dei crimini internazionali²⁸, definite in termini piuttosto ampi dal Regolamento di procedura²⁹.

In sostanza, nell'ambito della CPI, ogni misura di confisca – al di là della sua funzione punitivo-deterrente – tende a essere disposta nell'interesse delle vittime. È infatti a queste ultime o ai loro aventi diritto, che devono essere destinati i proventi dei crimini internazionali o gli altri beni di valore equivalente sottratti al condannato mediante il provvedimento ablatorio. In altri termini, alla confisca viene attribuita una marcata finalità riparatoria.

In particolare, la Camera competente in un dato procedimento può ordinare che i beni confiscati confluiscono, a titolo provvisorio, nell'apposito Fondo fiduciario per le vittime³⁰. Il sistema delineato dallo Statuto e dal Regolamento è strutturato in modo da prevedere che l'esecuzione della confisca di beni del condannato preceda le decisioni relative all'individuazione delle vittime legittimate alla riparazione e alla determinazione dell'indennizzo o della restituzione loro spettante. La Corte può inoltre disporre forme di riparazione collettiva a favore delle comunità locali che abbiano subito pregiudizi in conseguenza dei crimini internazionali commessi dalla persona condannata³¹.

Per queste ragioni, i beni confiscati nell'interesse delle vittime vengono temporaneamente destinati al Fondo, in attesa delle decisioni definitive in materia di riparazione.

²⁷ Come osserva, ad esempio, F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Milano, 2021, p. 419, viene in tal modo colmata «una lacuna degli Statuti dei tribunali penali internazionali *ad hoc*». Infatti la riparazione in favore delle vittime non era prevista né dallo Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia né dallo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. In tal senso, già CPI, Camera d'appello, sentenza del 15 febbraio 2016, *Prosecutor v. X*, par. 53: «[r]eparations to victims are a prominent feature of the Statute, distinguishing the Court from, for instance, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda or the Special Court for Sierra Leone, whose Rules of Procedure and Evidence indicate that compensation for injury caused by the crime may only be claimed “in a national court or other competent body”».

²⁸ Statuto della CPI, art. 75. Nel paragrafo 2 di tale disposizione sono elencate come possibili forme di riparazione la restituzione, il risarcimento (indennizzo) e la riabilitazione. Sulla riparazione nel sistema della Corte penale internazionale, si vedano anche per ulteriori richiami bibliografici, J.-B. JEANGÈNE VILMER, *Réparer l'irréparable: Les réparations aux victimes devant la Cour pénale internationale*, Paris, 2009; E. DWERTMANN, *The Reparation System of the International Criminal Court. Its Implementation, Possibilities and Limitation*, Leiden, Boston, 2010; C. MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, cit.; A.-T. LEMASSON, *La Cour pénale internationale et les victimes d'atrocités*, in J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SAILLARD (sous la direction de), *Statut*, cit., p. 97 ss.; L. MOFFET, C. SANDOVAL, *Tilting at Windmills: Reparations and the International Criminal Court*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, p. 749 ss.; C. PAPACHRISTOPOULOS, *Victim Assistance under the Rome Statute: Approach and Effectiveness of the Trust Fund for Victims Assistance Activities*, *ivi*, 2024, p. 737 ss.

²⁹ CPI, Regole di procedura e prova, regola 85: «a) “Victims” means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court; b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes».

³⁰ Sul quale si vedano, di recente, R. JAIN, *Victim Assistance under the Rome Statute: Approach and Effectiveness of the Trust Fund for Victims Assistance Activities*, in *Leiden Journal of International Law*, 2025, p. 641 ss. e F. PERRINI, *Il Fondo fiduciario per le vittime nel sistema della Corte penale internazionale*, in questo fascicolo.

³¹ Cfr., ad esempio, Corte penale internazionale, Camera di prima istanza VIII, ordinanza sulle riparazioni del 17 agosto 2017, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, dispositivo. In argomento, si veda V. TOMKIEWICZ, *Les réparations collectives devant la Cour pénale internationale*, in *Journal du droit international*, 2019, p. 49 ss.

In tal senso, merita attenzione il disposto dell'art. 57, par. 3, lett. e) dello Statuto di Roma, in virtù del quale anche le misure cautelari sono ordinate «for the ultimate benefit of the victims»³². Tale previsione conferma che il sistema della Corte è concepito in modo da garantire, sin dalle fasi preliminari del procedimento, la salvaguardia dei beni potenzialmente destinati alla riparazione, nell'interesse diretto delle vittime, assicurandone la conservazione e l'integrità patrimoniale in modo da garantire la futura effettività delle decisioni riparatorie.

Qualora alla misura cautelare segua, a titolo di pena accessoria, la confisca, i beni appresi dovranno essere destinati alle vittime dei crimini internazionali.

In questa prospettiva, il congelamento o il sequestro a fini di confisca³³ si configurano come provvedimenti conservativi urgenti, precipuamente volti a garantire la funzione riparatoria della misura, prevenendo – o quantomeno limitando – la dispersione della *res* suscettibile di ablazione.

Invero, la Camera preliminare nel caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, dopo aver osservato che «the success of the Court is, to some extent, linked to the success of its reparation system», ha puntualizzato che «the early tracing, identification and freezing or seizure of the property and assets of the person against whom a case is launched (...) is a necessary tool to ensure that, if that person is finally convicted, individual or collective reparation awards ordered in favour of victims will be enforced. Should this not happen, the Chamber finds that by the time an accused person is convicted and a reparation award ordered, there will be no property or assets available to enforce the award»³⁴.

In successive pronunce, alcune Camere della Corte, valorizzando ulteriormente l'esigenza di tutela dell'interesse delle vittime³⁵, hanno disposto misure cautelari funzionali all'esecuzione anche dell'ammenda, ossia l'altra pene accessoria di natura patrimoniale prevista dall'art. 77, par. 2 dello Statuto. I giudici non hanno cioè limitato il ricorso a misure cautelari di carattere patrimoniale in vista della sola confisca, come invece sembra desumersi dal tenore letterale dell'art. 57, par. 3, lett. e).

Tale interpretazione ha consentito di prescindere da una, sia pure sommaria, valutazione circa l'esistenza di un nesso di causalità tra i beni oggetto del provvedimento di sequestro o di congelamento e i crimini internazionali contestati all'imputato. Infatti, ai sensi dell'art. 77, par. 2 dello Statuto della Corte penale la sussistenza del nesso è necessaria per la confisca contemplata dalla lett. b) ma non per l'ammenda di cui alla lett. a). In altri termini, secondo la Camera preliminare nel caso *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, «a request for protective measures in respect of property or assets does not require a nexus between the crimes for which the accused is summoned, charged or convicted, unless it is made solely for the purposes of Article 77(2)(b) of the Statute»³⁶.

³² In argomento, D. J. BIRKETT, *Pre-trial "Protective Measures for the Purpose of Forfeiture" at the International Criminal Court: Safeguarding and Balancing Competing Rights and Interests*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, p. 585 ss.

³³ Il congelamento e il sequestro rientrano tra le misure che gli Stati Parte devono adottare, ai sensi dall'art. 93, par. 1, lett. k), dello Statuto di Roma, in attuazione degli obblighi di cooperazione con la CPI.

³⁴ CPI, Camera preliminare I, decisione sul mandato d'arresto del 10 febbraio 2006, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, par. 136.

³⁵ CPI, Camera d'appello, sentenza del 15 febbraio 2016, *Prosecutor v. X*, cit., par. 53: «The Appeals Chamber considers that an interpretation of the Statute that brings the property and assets of the suspect or accused person that will be potentially subject to reparations orders in the event of conviction within the scope of protective measures under articles 57(3) and 93(1)(k) of the Statute consolidates the effectiveness of the reparations system and is thus consistent with the object and purpose of the Statute».

³⁶ CPI, Camera di prima istanza V, decisione sull'attuazione della richiesta di misure di congelamento dell'8 luglio 2014, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, par. 16.

Questa linea giurisprudenziale è stata seguita da altri tribunali penali internazionali. Un esempio è rappresentato dalla Camera straordinaria africana nel caso *Ministère Public c. Hisssein Habré*. In un primo momento, la Camera di primo grado, con sentenza del 30 maggio 2016, ha rigettato la richiesta del Procuratore volta a ottenere la confisca dei beni, già sottoposti a sequestro, dell'ex dittatore del Ciad. Secondo i giudici – che hanno comunque condannato Habré alla pena dell'ergastolo – «[l]e Procureur n'apporte pas d'éléments suffisants pour conclure que les biens saisis sont le fruit de crimes commis par Hisssein Habré et susceptibles d'être confisqués»³⁷. La decisione è stata tuttavia modificata in sede di appello. Con la sentenza del 27 aprile 2017 è stata inflitta all'imputato una differente pena accessoria, vale a dire un'ammenda, fissata in 82 miliardi e 290 milioni di franchi CFA³⁸.

Naturalmente, qualora venga comminata l'ammenda e non la confisca, il condannato potrà decidere se soddisfare la pena pecuniaria utilizzando i beni eventualmente sottoposti alla misura cautelare ovvero attingendo ad altre proprie risorse patrimoniali. Come precisato da un'altra pronuncia di una Camera di prima istanza della CPI, il condannato «may use his frozen assets to pay his fine, and once it is paid the asset freezing order issued in this case ceases to have effect with respect to him»³⁹.

In definitiva, come anticipato nell'introduzione al presente lavoro, la preminente tutela di finalità di tutela delle vittime incide in maniera non marginale sull'indirizzo giurisprudenziale della CPI in materia di pene patrimoniali.

L'assenza di un nesso di pertinenza della somma oggetto dell'ammenda con il crimine accertato e le maggiori garanzie a tutela dell'imputato che sorreggono la confisca inducono i giudici penali internazionali a preferire la prima sanzione rispetto alla seconda, specie qualora si ritenga necessario far concorrere l'autore del crimine, attraverso il proprio patrimonio, alla soddisfazione del diritto al risarcimento delle vittime. Sicché, mentre la disciplina della confisca assicura un più esteso apparato di garanzie difensive, quella dell'ammenda, caratterizzata da un minore grado di protezione dei diritti dell'accusato, si presta meglio al perseguimento della finalità riparativa e alla salvaguardia degli interessi delle vittime.

4. Il canone della proporzionalità nella giurisprudenza della CPI in materia di confisca

Se, come si è appena visto, l'assetto delineato dallo Statuto della Corte penale internazionale in materia di confisca riflette un costante bilanciamento tra le esigenze di garanzia dell'imputato e la tutela degli interessi delle vittime, la concreta applicazione della misura mostra come il pendolo di tale equilibrio tenda a spostarsi verso la prima di queste due istanze.

Dalla giurisprudenza della CPI – così come quella degli altri tribunali penali internazionali, internazionalizzati o ibridi – emerge, infatti, un orientamento consolidato nel

³⁷ Camere africane straordinarie, Camera di primo grado, sentenza del 30 maggio 2016, *Ministère Public c. Hisssein Habré*, par. 2330. Su tale sentenza si vedano, E. KENTSA, *Le jugement de Hisssein Habré: une justice réparatrice exemplaire?*, in *African Journal of International Criminal Justice*, 2017, p. 213 ss.; D. J. BIRKETT, *Victims' Justice? Reparations and Asset Forfeiture at the Extraordinary Chambers*, in *J. African L.*, 2019, p. 151 ss.

³⁸ Camere africane straordinarie, Camera d'appello, sentenza del 27 aprile 2017, *Ministère Public c. Hisssein Habré*, dispositivo. Secondo, D. J. BIRKETT, *Victims' Justice?*, cit., p. 158, nel 2018 la somma in questione corrispondeva a circa 145 milioni di dollari statunitensi.

³⁹ CPI, Camera di prima istanza VII, sentenza del 17 settembre 2018, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo e altri*, par. 128.

ritenere che il nesso di pertinenza tra il bene che si intende aggredire mediante la sanzione patrimoniale e il crimine internazionale costituisca un presupposto indefettibile per il ricorso alla confisca diretta e che tale rapporto non possa basarsi su una mera presunzione.

Emblematico, al riguardo, è il caso *001* deciso dalla Camera straordinaria di prima istanza istituita presso i tribunali cambogiani per i crimini commessi durante il regime dei Khmer rossi. Pur avendo condannato l'imputato a trentacinque anni di detenzione, la Camera ha escluso l'applicazione della misura ablativa, rilevando che essa «has identified no personal property, money or real property acquired unlawfully or by criminal conduct by the Accused»⁴⁰.

L'assenza di beni riconducibili, anche solo indirettamente, all'attività criminosa ha dunque impedito alla Camera straordinaria di disporre la confisca, confermando che nei sistemi di giustizia penale internazionale, la misura, in ragione della sua fisionomia di confisca diretta, può essere adottata soltanto previo accertamento della sussistenza di un sicuro collegamento tra i crimini internazionali commessi dal condannato e i suoi beni.

L'approccio di cautela cui è improntata la giurisprudenza penale internazionale mira altresì a evitare che la confisca assuma una connotazione esclusivamente afflittiva, eccedendo le finalità proprie del sistema sanzionatorio di ciascun tribunale penale internazionale.

Si consideri ad esempio il par. 247 della sentenza resa nel caso *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* da una Camera di prima istanza della CPI: «[i]n the circumstances of the case, taking into consideration the nature and gravity of the crimes (...) the Chamber does not consider it appropriate to also impose a fine or forfeiture of proceeds. The Chamber will therefore only impose imprisonment»⁴¹.

Si tratta di una formula che, in termini pressoché identici, le Camere della CPI hanno ripreso in successive pronunce⁴², segno di un orientamento consolidato volto a preservare la proporzionalità della pena addizionale e a evitare indebiti aggravamenti della responsabilità sanzionatoria del condannato.

Per giudici dell'Aja, la ponderazione delle funzioni retributive e deterrenti – che come affermato, ad esempio nella sentenza *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* costituiscono «the primary objectives of punishment at the [International Criminal Court]»⁴³ – deve

⁴⁰ Camera straordinaria di prima istanza istituita in seno ai tribunali cambogiani, sentenza del 26 luglio 2010, caso n. *001/18-07-2007/ECCC/TC*, par. 634.

⁴¹ CPI, Camera di prima istanza, VI, sentenza del 7 novembre 2019, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, par. 247. Nel caso di specie, la commisurazione della pena non era agevole, considerando che l'imputato «était surnommé Terminator, pour 18 chefs de crimes de guerre (...) et crimes contre l'humanité (...), commis en République Démocratique du Congo, dans le contexte du conflit armé en Iturie en 2002 et 2003». Così R. PROUVÈZE, *Chronique de Jurisprudence Internationale*, in *Revue générale droit international public*, 2019, p. 1005.

⁴² Si veda, ad esempio, CPI, Camera di prima istanza, X, sentenza del 20 novembre 2024, *Prosecutor v. Al Hassan*, par. 130.

⁴³ CPI, Camera di prima istanza VIII, sentenza del 27 settembre 2016, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, par. 66. La Camera ricostruisce le due funzioni sulla base del Preambolo dello Statuto dove «it is declared that "the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished". Furthermore, in establishing the [International Criminal Court], the States Parties were "determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes"». Minore rilevanza viene invece data dalla Camera alla funzione rieducativa della pena. Nel paragrafo successivo essa precisa che «the extent to which the sentence reflects the culpability of the convicted person addresses the desire the ease that person's reintegration into society, although, in particular in the case of international criminal law, this goal cannot be considered to be primordial and should therefore not be given any undue weight». In argomento, A. GIANELLI, *The Place of Rehabilitation of the Offender among the Purposes of Penalties according to International Law*, in *International Law and the Protection of Humanity. Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, Leiden, Boston, 2017, p. 397 ss.

conciliarsi con l'esigenza di preservare la proporzionalità della risposta sanzionatoria al fine di evitare che, anche in considerazione delle effettive condizioni economiche del condannato, l'ablazione patrimoniale degeneri in una misura meramente afflittiva.

Un'eccessiva severità della pena complessivamente irrogata e inasprita dalla confisca o dall'ammenda, finirebbe infatti per collidere con l'interpretazione data nella stessa sentenza *Al Mahdi* della «retribution (...) that is not to be understood as fulfilling a desire for revenge, but as an expression of the international community's condemnation of the crimes, which, by way of imposition of a proportionate sentence, also acknowledges the harm to the victims and promotes the restoration of peace and reconciliation»⁴⁴.

È appena il caso di sottolineare che alla proporzionalità della pena infine comminata si perviene attraverso il pieno rispetto dei diritti dell'imputato, sanciti dall'art. 67 dello Statuto di Roma, che si rivelano imprescindibili in tutte le fasi del procedimento.

Tale esigenza assume rilievo anche in relazione alla pena accessoria della confisca, incidendo sull'applicazione dei provvedimenti cautelari di natura patrimoniale che possono precederla.

Può richiamarsi a titolo esemplificativo la decisione del 10 ottobre 2008 resa nel caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, con la quale la Camera preliminare III ha parzialmente accolto l'istanza di revoca del provvedimento cautelare presentata dall'imputato, cui era stato, tra l'altro, congelato un conto bancario acceso presso un istituto di credito portoghese. La Camera ha autorizzato il Portogallo a consentire prelievi mensili fino all'importo di 36.260 euro da tale conto, ritenendo la misura necessaria non soltanto per garantire il sostentamento della famiglia dell'imputato, ma altresì per assicurarne l'effettivo esercizio del diritto di difesa dinanzi alla Corte penale internazionale⁴⁵.

5. Conclusioni

Dall'analisi condotta emerge come la disciplina della confisca nel sistema della Corte penale internazionale sia improntata a un costante equilibrio tra l'efficacia della sanzione e la tutela delle garanzie fondamentali dell'imputato.

La giurisprudenza della CPI — in piena coerenza con l'impianto dello Statuto di Roma — mostra un orientamento di sostanziale cautela, che circoscrive l'applicazione della misura ai soli casi in cui sia provata la derivazione diretta o indiretta dei beni dal crimine accertato, escludendo ogni automatismo presuntivo e riaffermando la centralità del principio di legalità e del diritto di difesa.

All'interno di tale assetto, la confisca per equivalente, ammissibile solo in via sussidiaria e nella fase di esecuzione statutale del provvedimento, rappresenta uno strumento complementare, volto ad assicurare l'effettività della risposta sanzionatoria senza tuttavia derogare alle garanzie che presidiano l'applicazione della confisca diretta.

È inoltre valorizzata la funzione riparatoria della misura, che si inserisce in un sistema che ambisce a riconoscere alle vittime un ruolo sostanziale nel processo di giustizia penale

⁴⁴ CPI, Camera di prima istanza VIII, sentenza del 27 settembre 2016, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, par. 67.

⁴⁵ CPI, Camera preliminare III, decisione sull'istanza di revoca del sequestro dei beni e di richiesta di cooperazione con le competenti autorità del Portogallo, del 10 ottobre 2008, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, dispositivo, lett. a).

internazionale e a tradurre in termini concreti l'esigenza di ristabilire l'equilibrio violato dai crimini più gravi. La destinazione del prodotto e dei proventi del crimine confiscati – o del loro valore equivalente – al Fondo fiduciario per le vittime esprime una concezione della pena che non si esaurisce nella repressione del crimine, ma tende al ristabilimento dell'equilibrio violato e alla ricostruzione del tessuto umano e sociale lacerato dalle condotte più gravi.

In questa prospettiva, la cautela che permea l'azione della CPI e lo statuto di garanzie che ne disciplina la prassi sanzionatoria riflettono una visione del diritto internazionale penale diretta a coniugare l'esigenza di evitare l'impunità per i più gravi crimini contro l'umanità con il rispetto dei diritti dell'imputato. La confisca, anche a fronte della gravità delle violazioni giudicate, è inflitta solo quando risulti necessaria, proporzionata e funzionale al perseguimento delle finalità proprie della giustizia penale internazionale.

Un simile modello potrebbe forse essere tenuto in considerazione nei sistemi penali nazionali e negli strumenti convenzionali in materia di cooperazione contro la criminalità transnazionale, ambiti nei quali il *favor* per un'applicazione estensiva della confisca rischia talvolta di tradursi in una compressione delle garanzie difensive e del principio di proporzionalità della pena patrimoniale.

ABSTRACT: Forfeiture in the Statute and Case Law of the International Criminal Court

The article examines the regulation and judicial practice of forfeiture within the system of the International Criminal Court, focusing on its nature as an additional pecuniary penalty and its function as an instrument of reparative justice for the victims of international crimes. The analysis highlights how the ICC, despite its mandate to prevent impunity for the most serious crimes against humanity, adopts a cautious and balanced approach that upholds the principles of legality, proportionality, and the protection of the accused's fundamental rights.

The article also explores the subsidiary role of value-based forfeiture, applicable at the stage of national enforcement, and the increasing emphasis on reparative purposes through the allocation of confiscated assets to the Trust Fund for Victims. Ultimately, the ICC's experience is presented as a model of equilibrium between effective punishment and procedural fairness — a reference framework that could usefully inform domestic legal systems and international instruments in the fight against transnational crime.

ANGELO ZAPPULLA*

LA TUTELA DEL TERZO DICHIARANTE E L'ANONIMATO TESTIMONIALE NELLE GIURISDIZIONI PENALI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. Il testimone: un terzo necessario. – 2. I tribunali penali internazionali *ad hoc*. – 3. La Corte Penale Internazionale. – 4. Spunti conclusivi.

1. Il testimone: un terzo necessario

Il tema della tutela del terzo nel processo penale coinvolge, inevitabilmente e in prima battuta, la figura del testimone, terzo estraneo alla dinamica delittuosa – salva l'eventuale contestuale posizione di vittima¹ –, ma portatore di conoscenze necessarie alla ricostruzione dei fatti di cui in imputazione secondo la logica della pertinenza².

* Associato di Diritto processuale penale, Università di Catania.

¹ La persona offesa rappresenta spesso «la migliore fonte di informazione sul fatto storico», così P. TONINI, *L'oggetto della testimonianza della parte civile e della persona offesa dal reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1251.

² Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 570 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 73 s. Un mezzo, la testimonianza, che «costituisce da sempre uno strumento privilegiato dell'accertamento penale», A. SCALFATI, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, p. 149; «uno dei pilastri probatori per la ricostruzione del fatto», M. BARGIS, voce *Testimonianza (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Milano, 2008, p. 1097; «del resto, è dalla prova testimoniale che vengono attinti principalmente, talora quasi esclusivamente, gli elementi, i coefficienti del giudizio: *testimoniorum usus frequens ac necessarius est*», così E. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. II, Milano, 1924, p. 67. Sempre sulla centralità della testimonianza, cfr. anche C. CARINI, *La testimonianza*, in A. GAITO (Trattato dir. da), *La prova penale*, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 419; G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Trento, 2002, p. 14, nt. 3; L. FALDATI, *La testimonianza nel giudizio penale*, Milano, 2008, p. 2; A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007, p. 115; A. MICONI, *La testimonianza nel procedimento penale. Profili giuridici, psicologici e operativi*, Torino, 2009, p. 32 s.; T. PROCACCANTI, voce *Testimonianza*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., tomo II, Torino, 2005, p. 1652. Per le prime ricostruzioni in tal senso nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice di rito, cfr. C. DI MARTINO, voce *Prova testimoniale. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1; L. SCOMPARIN, *Testimonianza*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (dir. da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, vol. III, *Le prove*, tomo II, E. MARZADURI (coord. da), *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, Torino, 1999, p. 7. Nella vigenza del codice del 1930, cfr. E. AMADIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 326; V. GAROFOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 759; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 300; D. SIRACUSANO, *La testimonianza dall'istruzione al giudizio: scrittura, oralità, letture*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 31. Si sottolinea anche in sede anglosassone come «the role of witnesses in assisting police investigations and giving evidence in court is crucial to the success of criminal prosecutions», così N. R. FYFE, H. MCKAY, *Desperately Seeking Safety. Witnesses' Experiences of Intimidation, Protection and Relocation*, in *British Journal of Criminology*, 2000, 40, p. 675. Estremamente significativo, inoltre, come i dottori medievali declinassero i protagonisti processuali nell'ordine di *index, testis, accusator, defensor*, cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 129 e 168. Quella relativa alla testimonianza integra, inoltre, disciplina paradigmatica anche per gli ulteriori mezzi di prova dichiarativi, quali l'esame dell'imputato, dei periti e dei consulenti tecnici, cfr. V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo "adversary"*, Genova, 1988, p. 253; L.

Il testimone è comunemente coinvolto nel giudizio suo malgrado, subendo spesso gravi e difficilmente evitabili conseguenze. Nell'ambito del giudizio penale, infatti, «da una parte il soggetto nei cui confronti l'attività accertativa si svolge, dall'altra soggetti – i testimoni, anzitutto – su cui incombe una *servitus iustitiae*, sono esposti a sacrifici e sopportano costi molteplici quali effetti diretti dell'accertamento medesimo»³ da entrambi patito. E quello di testimonianza è, in particolare, un termine che, anche in ambito non forense, evoca sempre «qualcosa di sacro [...]». È la testimonianza, non il potere, che consegna il fatto e forma la decisione. Testimone è anche parola pericolosa. Il testimone non esce mai intatto. Ciò che ha detto, ciò che ha da dire, è una voce che dovrebbe non esserci. Il testimone è un intruso, e per questo corre un rischio e paga un pegno. Può essere la reputazione, la sicurezza, la vita»⁴. Ne consegue un'esponenziale progressione di situazioni di pericolo che non possono venir scaricate in maniera incontrollata ed esclusiva sul dichiarante che non rifugge dall'obbligo, penalmente sanzionato⁵ oltre che etico-sociale⁶, di riversare in giudizio le proprie conoscenze. Evenienza che diviene, in realtà, sempre più rara, dovendosi riscontrare una sempre crescente carenza, per paura, di testimoni in giudizio nei procedimenti per i reati di maggiore allarme sociale⁷.

A venire in considerazione è, in principal modo, il «teste, per così dire occasionale, chiamato davanti al giudice per riferire su fatti e circostanze, percepiti in modo assolutamente casuale, fuori da ogni logica rispetto al suo sistema di vita, al suo modo di essere, alla quotidianità delle sue scelte»⁸, una variegata congerie di «persone oneste disposte a testimoniare per senso di dovere civico»⁹, esponendosi a gravi rischi; soggetti «non provenienti da ambienti malavitosi, del tutto incensurati, perfettamente inseriti nella normale vita economica e sociale, spesso con avviate attività imprenditoriali»¹⁰.

Nonostante l'estremo rilievo, non solo giuridico, ma anche sociale della questione, quello in esame rimane, tuttavia, «un tema che non sempre ha avuto, proprio da parte dei

KALB, *La "ricostruzione orale" del fatto tra "efficienza" ed "efficacia"*, Torino, 2005, p. 11; A. SCALFATI, *Interessi in conflitto*, cit., p. 149.

³ G. DI CHIARA, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo: l'orizzonte-parametro del danno da attività giudiziaria penale tra oneri organizzativi e prevenzione dell'incommensurabile*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino, 2017, p. 453.

⁴ F. COLOMBO, *Prefazione*, in M. ALMERIGHI (a cura di), *Il testimone. Memorie di un magistrato in prima linea*, Milano, 2017, p. 9.

⁵ Sia consentito rinviare ad A. ZAPPULLA, *Delitti contro l'attività giudiziaria*, in S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte Speciale - I*, II ed., Milano, 2021, p. 329 ss.

⁶ La testimonianza «sta certamente alla radice stessa della vita associata, perché essa segna il profondo legame che naturalmente esiste tra il singolo ed il gruppo al quale appartiene», S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 375.

⁷ Cfr. A. CONFALONIERI, *Il ruolo della vittima e la sua tutela*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 302. Evidenziava, in particolare, rispetto al fenomeno mafioso, la «mancanza di prove dovuta alla limitata collaborazione dei cittadini e alla difficoltà intrinseca di ottenere testimonianze», G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, in collaborazione con M. Padovani, Milano, 1991, p. 152. Nel dibattito anglosassone si è evidenziato come dai *Witness Satisfaction Surveys*, del 2000 e del 2002, si ricavesse che più della metà dei testimoni fosse spaventata «about attending court», v. D. C. ORMEROD, A. L.-T. CHOO, R. L. EASTER, *The "witness anonymity" and "investigation anonymity" provisions*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 368, nt. 1.

⁸ D. SIRACUSANO, *Presentazione*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, cit., p. 2.

⁹ S. SAU, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 994.

¹⁰ A. MANTOVANO, *I "testimoni di giustizia". Come vengono protetti*, Relazione sui testimoni di giustizia, approvata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e delle altre associazioni criminali similari, seduta del 30 giugno 1998, in *Crit. pen.*, 1999, p. 227.

processualisti, l'attenzione che merita e che ci dovrebbe essere sollecitata dai problemi che incontrano i cittadini comuni, chiamati a svolgere questo essenziale servizio di giustizia»¹¹ da terzi estranei al procedimento e, proprio nell'«approccio all'esperienza del processo nel segno della tutela del teste, la scienza giuridica italiana sconta [...] ritardi storici»¹², ancora da colmare, ma non più tollerabili.

È, in proposito, l'esperienza delle giurisdizioni penali internazionali a essersi rivelata uno dei terreni di sperimentazione normativa maggiormente fertile¹³ anche per l'innestarsi di strumenti dall'innovativo statuto operativo non necessariamente vincolati dai condizionamenti, riscontrabili nelle singole sedi nazionali, degli astratti modelli processuali, che si vorrebbero accompagnati dal rigore di rigide geometrie normative¹⁴.

A prevalere nella giustizia penale internazionale¹⁵ è il *favor* verso approcci decisamente pragmatici, rivolti «alla sostanza delle dinamiche valoriali coinvolte»¹⁶, in costante ossequio rispetto a impostazioni fondate sulla flessibilità, che può divenire «una risorsa feconda per amministrare in modo “fair” ed efficiente quel tipo particolare di giurisdizione»¹⁷.

Se, inoltre, prospettive da doppio binario processuale possono legittimare parziali limitazioni al contraddittorio nella formazione della prova, per la gravità e l'allarme sociale caratterizzanti alcune peculiari forme di criminalità, tale logica eccezionale trova, inevitabilmente, particolare spazio in contesti processuali nati proprio al fine di «perseguire crimini atroci»¹⁸, come quelli oggetto degli interventi dei tribunali penali internazionali¹⁹.

¹¹ M. CHIAVARIO, *Un appuntamento che ci richiama in vario modo alle nostre responsabilità*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, cit., p. 6.

¹² G. DI CHIARA, *La tutela della fonte testimoniale nelle indagini preliminari del pubblico ministero e del difensore*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, cit., p. 73.

¹³ Cfr. G. MICHELINI, V. MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale e i suoi precedenti. La struttura della Corte*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale. Organi – competenza – reati – processo*, Milano, 2006, p. 11. Sia consentito rinviare anche ad A. ZAPPULLA, *Il testimone senza identità*, Torino, 2025, p. 133 ss.

¹⁴ Cfr. M. BOLOGNARI, *Studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*, Torino, 2023, p. 1; V. FANCHIOTTI, *I principi del processo*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 919 ss.; A. ORI, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings before the ICC*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (edited by), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. II, Oxford, 2002, p. 1442. Sul valore relativo della dicotomia modello accusatorio/modello inquisitorio, v. K. AMBOS, *International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed?*, in *International Criminal Law Review*, vol. 3, 2003, p. 2 ss. Quello caratterizzante la Corte Penale Internazionale non integra, in realtà, un modello misto, bensì un «unique compromise», così C. KRESS, *The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, p. 603.

¹⁵ In ambito sostanziale, sulle formulazioni ‘diritto internazionale penale’ e ‘diritto penale internazionale’, cfr. R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2008, p. 38 ss.; v. anche J. P. PIERINI, *Natura ed ambito di applicazione dello Statuto*, in V. FANCHIOTTI (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2014, p. 1 ss.

¹⁶ M. VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie: ibridismo e flessibilità del metodo di ricostruzione del fatto nella giustizia penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 294. In prospettiva più generale, per l'esigenza di cedere «meno alle pretese formali per assicurare di più la tutela dei nuclei fondamentali», v. E. ZAPPALÀ, *Presunzione d'innocenza e tutela del testimone*, in *Ann. sem. giur.*, 2001, p. 289.

¹⁷ M. VOGLIOTTI, *Al di là delle dicotomie*, cit., p. 296.

¹⁸ G. CONSO, *Presentazione*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale*, cit., p. V, le cui parole risuonano tristemente – ma anche facilmente – profetiche: «i crimini di guerra ed i crimini contro l'umanità, nonché i genocidi, non cessano di martoriare ogni angolo del mondo, territori di alcuni Stati ratificanti compresi» (p. VI).

¹⁹ La giurisdizione *ratione materiae* della Corte Penale Internazionale è determinata nell'art. 5.1 dello Statuto: genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimini di aggressione; cfr. A. CIAMPI, *La competenza della*

Tribunali nella cui opera di accertamento e repressione assumono prospettiva di primo piano le esigenze di tutela della vittima²⁰ nonché, quale loro immediato precipitato normativo, dei testimoni, la cui esposizione a gravissimi rischi è estremamente concreta ed elevata, per l'essere spesso chiamati a deporre durante crudeli conflitti armati ancora in corso, ciò che rende corrispondentemente assai difficoltoso, già a monte, assicurare al giudizio le loro dichiarazioni²¹. Il tutto in ambiti ricostruttivi, quelli degli *international criminal proceedings*, nei quali il ricorso alla testimonianza conserva, in genere, un ruolo prevalente, ancora vera e propria *regina probationum*²², che non risente della incalzante e inarrestabile pervasività epistemologica della prova scientifica²³.

Il mezzo di prova dichiarativo, innervato sulla soggettività del soggetto *loquens*, pone in primo piano proprio il delicato tema della tutela del dichiarante. A esser necessaria è un'articolata rete di protezione che assume nella giustizia penale internazionale connotazioni del tutto peculiari per l'accentuarsi delle difficoltà riconnesse alla tutela extra-processuale di chi si esponga a gravi e concreti rischi per l'incolumità propria e dei propri cari. Difficoltà causate dall'imprevedibile dislocazione territoriale della sfera di vita dei soggetti da tutelare e dall'assenza di una rete di uffici di polizia internazionale cui delegare la protezione²⁴. Una circostanza, quest'ultima, che impone un completo affidamento alle singole polizie nazionali, di cui la Corte, tuttavia, non è in grado di governare l'operato, essendo, come i tribunali *ad hoc* che l'hanno preceduta, «*a giant without arms and legs [which] needs artificial limbs to walk and work [...]. And these artificial limbs are state authorities*»²⁵.

Corte, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 76 ss.; J. P. PIERINI, *L'oggetto della giurisdizione e l'ammissibilità del caso*, in V. FANCHIOTTI (a cura di), *La Corte Penale Internazionale*, cit., p. 33 ss.

²⁰ Cfr. V. FANCHIOTTI, *Il dibattimento e le impugnazioni*, in ID. (a cura di), *La Corte Penale Internazionale*, cit., p. 145 ss.; P. LOBBA, *Le vittime nel sistema penale internazionale*, in AA. VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, IV ed., 2020, p. 299; L. SCOMPARIN, *Il ruolo della vittima nella giurisdizione penale internazionale: alla ricerca di una possibile mediazione penale internazionale*, Torino, 2005, p. 372.

²¹ Cfr. R. ARNOLD, *Witness Protection under Swiss Legislation: an Offspring of International Law*, in *Inter. Criminal Law Review*, 2007, p. 487, che sottolinea come fra i testimoni «*few are ready to testify in war crimes trials, out of worries for their life or that of their relatives*».

²² Facendo ricorso al brocardo comunemente riferito alla confessione «*optima regina probationum*», v. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, dir. da P. Del Giudice, vol. III, pt. II, Milano, 1927, p. 444.

²³ In ambito nazionale, invece, il dilatarsi operativo della prova scientifica ha indotto a «considerare la testimonianza più che una prova, come un mezzo che *sta in luogo* della prova che, *fante de mieux*, vi supplisce, quando non sono disponibili più solide evidenze scientifiche», così P. FERRUA, *Presentazione*, in G. CARLIZZI, G. TUZET (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, 2018, p. 5. Si è sottolineato, infatti, come, «proprio perché la voce della scienza vanta una credibilità esplicativa ben maggiore di quella offerta dal senso comune, una sorta di primazia scientifica tende a spodestare oggi sia la prova dichiarativa, sia le massime di esperienza quali suoi strumenti di valutazione, dalla posizione di centralità che esse occupano nella tradizione e nell'immaginario processualpenalistico di matrice accusatoria», così F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014, p. 563. Sui nuovi equilibri fra testimonianza e prove tecnico-scientifiche, cfr. anche C. CARINI, *La testimonianza*, cit., p. 423. Sull'incalzare costante e «senza tregua nella nostra epoca» dei mezzi tecnici di accertamento, v., in particolare, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 11.

²⁴ Cfr. R. S. AITALA, *Diritto internazionale penale*, Milano, 2021, p. 201 ss.; A. PROCACCINO, *La centralità del mandato d'arresto nel procedimento dinanzi alla Corte penale internazionale e l'esito del caso Almasri: interpretare e riformare*, in *Sistema penale*, 2025, n. 6, p. 55 s.; D. ROBINSON, S. VASILIEV, E. VAN SLIEDREGT AND V. OOSTERVELD, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2024, p. 463 ss.

²⁵ A. CASSESE, *On Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, in *Eur. Jour. Intern. Law*, 1998, 9, 2, p. 13.

Si accentua, pertanto, per tali ragioni, l'esigenza di valorizzare percorsi di tutela non solo extra, ma principalmente endo-processuale della sicurezza dei dichiaranti, all'interno dei quali un ruolo fondamentale può essere rivestito anche da variegata forme di anonimato testimoniale, proprio quale strumento per supplire al *deficit* di altri idonei strumenti di efficace protezione del testimone in grave pericolo. Non può più essere acriticamente esclusa, cioè, dignità operativa a un mezzo fino a oggi relegato nei bui sotterranei del processualmente inaccettabile, quale strumento che «non può che urtare la sensibilità del giurista di oggi»²⁶, per l'appartenere a «un imbarazzante passato»²⁷.

2. I tribunali penali internazionali ad hoc

Di non marginale interesse in tale prospettiva di riflessione si rivelano le esperienze degli ultimi Tribunali penali internazionali *ad hoc*, istituiti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite²⁸.

In questo contesto si collocano, innanzitutto, opzioni probatorie di erosione del contraddittorio intermedie rispetto alla testimonianza anonima, quali rinunce parziali all'oralità, attraverso la possibilità di deposizioni scritte²⁹, contemplate nella *rule 92 bis (A)(ii)(b)* delle *Rules of procedure and evidence*, operative innanzi all'*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*³⁰ (adottate ai sensi dell'art. 15 del relativo Statuto) e ammesse nonostante l'espresso riferimento al diritto «to examine, or have examined, the witnesses against him», contenuto nell'art. 21 dello Statuto del Tribunale.

Nel primo giudizio innanzi al Tribunale internazionale, che avrebbe portato alla condanna del serbo-bosniaco Duško Tadić³¹, la Corte ha attribuito, comunque, ampia rilevanza proprio

²⁶ M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, V, p. 851.

²⁷ F. CAPRIOLI, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, cit., p. 44; v. anche S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico. (Studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Torino, 2008, p. 210.

²⁸ Cfr. G. MICHELINI, V. MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale e i suoi precedenti*, cit., p. 10 ss.

²⁹ Cfr. M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, Torino, 2008, p. 66 ss. e 124 ss.

³⁰ L'*International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991* è stato istituito mediante la Risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che ne ha adottato anche lo Statuto. Cfr. E. P. REALE, *Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, in ID. (a cura di), *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, Padova, 1999, p. 85; G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Yugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Milano, 2007, *passim*.

³¹ Duško Tadić era imputato di molteplici violazioni della legge umanitaria internazionale, incluse gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 1949, in materia di leggi di guerra e crimini contro l'umanità, in particolare: stupro, omicidio, tortura, trattamenti crudeli e altre azioni inumane. Tadić è stata la prima persona arrestata su iniziativa del Tribunale internazionale e, con la successiva comminatoria di 25 anni di reclusione, il primo condannato da un Tribunale internazionale, dopo l'esperienza di Norimberga. Cfr. M. LEIGH, *The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses Against Accused*, in *American Journal of Intern. Law*, 1996, 90, p. 235; P. ROBERTS, *Why International Criminal Evidence?*, in P. ROBERTS, M. REDMAYNE (edited by), *Innovations in Evidence and Proof. Integrating Theory, Research and Teaching*, Oxford and Portland, 2007, p. 374 ss.

alla testimonianza anonima, dietro autorizzazione della *Trial chamber*³² al *Prosecutor* per garantire l'incolumità di una molteplicità di testimoni di accusa attraverso una duplice modalità di tutela³³. La graduazione accordata ha previsto, in particolare, un primo stadio di riservatezza sull'identità dei testimoni esclusivamente verso l'esterno dell'ambito processuale, disponendosi che le generalità dei soggetti citati venissero declinate in udienze a porte chiuse con un anonimato destinato solo al pubblico e non alle parti processuali³⁴; un secondo più invasivo e delicato livello di protezione, invece, ha comportato – solo per tre dei testimoni – l'anonimato anche nei confronti di imputato e suo difensore³⁵.

Il più alto grado di tutela è stato considerato legittimo sulla base dell'esplicito rilievo che anche un assoluto anonimato testimoniale possa venir ricompreso nell'alveo delle misure di protezione del dichiarante non incompatibili con le garanzie difensive (*rule 75 (A)*)³⁶. La decisione è stata presa, tuttavia, attraverso un giudizio espresso a maggioranza dei membri del collegio, diversamente da quella relativa alla riservatezza verso il pubblico e i *mass media* mediante udienze a porte chiuse raggiunta, invece, all'unanimità³⁷. Ad assumere significativo rilievo è la *dissenting opinion* del Giudice Stephen, che ha sostenuto «*that such a protective measure infringed upon the right of the accused to a fair trial, mainly because it radically undermined his capacity effectively to a fair trial, mainly because it radically undermined his capacity effectively to cross-examine the witnesses*»³⁸. Secondo tale impostazione, il combinato disposto fra gli artt. 21.2 e 22 dello Statuto del Tribunale della ex-Jugoslavia (come anche fra gli artt. 20 e 21 dello Statuto del

³² *Trial Chamber Decision on Protective Measures, Tadić* (IT-94-1-T), 10 agosto 1995. Per un resoconto sulla pronuncia, v. S. ZAPPALÀ, *Ammissibilità dell'anonimato come misura per la protezione dei testimoni*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1090. Sulla decisione, *ex multis*, C. CHINKIN, *Due Process and Witness Anonymity*, in *American Journal of Intern. Law*, 1997, 91, p. 75 s.; M. LEIGH, *Witnesses Anonymity in Inconsistent with Due Process*, *ivi*, p. 80 s.

³³ Sulle misure di protezione dei testimoni, v. C. CHINKIN, *The Protection of Victims and Witnesses*, in G. K. McDONALD, O. SWAAK-GOLDMAN (edited by), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, vol. I, The Hague-London-Boston, 2000, p. 453 ss.; C. KUNST, *The Protection of Victims and Witnesses at International and Internationalized Criminal Courts – the example of the ECCC*, Oisterwijk, 2013, *passim*.

³⁴ Cfr. S. D. MURPHY, *Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *American Journal of Intern. Law*, 1999, 93, p. 57.

³⁵ Cfr. M. LEIGH, *The Yugoslav Tribunal*, cit., p. 235.

³⁶ Cfr. *Trial Chamber Decision on Protective Measures, Tadić*, cit. In argomento, v. M. LEIGH, *The Yugoslav Tribunal*, cit., p. 235; S. ZAPPALÀ, *Human rights in international criminal proceedings*, Oxford, 2003, p. 130 ss. In chiave critica, v. M. CAIANIELLO, *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei Tribunali ad hoc*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, 2000, p. 153 ss.; S. MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, p. 183 s.; M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima. Le coordinate del dibattito sovranazionale e le novità introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 136/2010*, in *Dir. pen. cont.*, 30 dicembre 2011, p. 16, anche per i riferimenti bibliografici in nt. 87. V. pure L. CATANI, *La protezione delle vittime e dei testimoni nei processi penali internazionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 249 ss., pure in merito ad analoghe prese di posizione del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. Sottolinea come, nonostante un significativo reticolo di fonti positive, in materia di giustizia penale internazionale «al diritto giurisprudenziale appare attribuito un ruolo di primaria importanza», M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 10.

³⁷ Cfr. D. TOLBERT, F. SWINNEN, *The Protection of, and Assistance to, Witnesses at the ICTY*, in H. ABTAHI, G. BOAS (edited by), *The Dynamics of International Criminal Justice*, Leiden-Boston, 2006, p. 212.

³⁸ Cfr. S. ZAPPALÀ, *Human rights in international criminal proceedings*, cit., p. 131.

Tribunale del Ruanda³⁹⁾⁴⁰ legittima limitazioni al diritto alla pubblicità del procedimento, ma non alla sua intangibile equità, che sarebbe minata, invece, proprio dall'anonimato dichiarativo.

Nonostante mancasse un riconoscimento espresso sia nelle *Rules of Procedure and Evidence* che nel *Tribunal's Statute*, l'autorizzazione è stata concessa, comunque, facendo ricorso al più ampio e flessibile diritto consuetudinario internazionale, quale fonte sussidiaria di regolamentazione processuale⁴¹. Si è rivelato necessario, tuttavia, in sede di motivazione della decisione, il ricorso a un articolato *five-prong test* da sviluppare in *steps* progressivi, attraverso i quali ricostruire l'essenzialità della testimonianza anonima, l'indispensabilità della misura a protezione del dichiarante, il suo meritare la medesima e l'*extrema ratio* del ricorso a essa.

Innanzitutto, è stato considerato gravante sull'accusa l'onere di motivare l'«*existence of a real fear for the safety of the witness*», presupposto da accertare in chiave oggettiva, onde escludere la rilevanza di qualsivoglia forma di mera suggestionabilità del teste timoroso. Successivamente, andava dimostrato, ancora su un piano oggettivo, che la «*testimony of the witness [was] sufficiently relevant and important to the case*»; nonché, su un piano, invece, soggettivo, che «*there must be no prima facie evidence of the witness's unworthiness in any way*»⁴², necessitando una sorta di riscontro della serietà del dichiarante, incentrata, in primo luogo, sull'assenza di precedenti penali, che avrebbero minato l'indispensabile giudizio di affidabilità dello stesso. Le ultime due verifiche imposte dal test erano, infine, nella logica dell'*extrema ratio*, dovendo l'accusa dimostrare l'assenza di efficaci programmi di protezione extra-processuale, non frequentemente ipotizzabili negli insicuri territori di origine dei testimoni e da demandare a non sempre affidabili autorità locali⁴³; nonché l'indisponibilità di misure di protezione meno limitanti rispetto ai fondamentali diritti della difesa privata di un pieno contraddittorio.

L'esito positivo del *five-prong test*, nell'interezza dei singoli eterogenei e progressivi passaggi, oggetto di autonomo accertamento, impone, poi, un'ulteriore generale e conclusiva verifica che postula che «*must be satisfied that the accused suffers no undue avoidable prejudices*»⁴⁴, in applicazione degli indefettibili canoni di proporzionalità e minimo sacrificio necessario.

Secondo un'impostazione tesa a prevalente pragmatismo, la Corte non ha mancato di riconoscere, tuttavia, anche le insidie implicate da una prova anonima, richiamando la *Rule 89(D)* delle *Rules of Procedure and Evidence*, che attribuisce al giudice il potere di escluderla dal

³⁹ Lo Statuto dell'*International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwanda Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994*, è stato adottato mediante la Risoluzione n. 955 dell'8 novembre 1994 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Cfr. G. MICHELINI, V. MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale e i suoi precedenti*, cit., p. 12.

⁴⁰ Evidenzia una non sovrapposibilità fra il diritto di esaminare i testimoni a carico garantito dalla disciplina sui Tribunali *ad hoc* e il *right of confrontation* di cui al VI Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, v. M. LEIGH, *The Yugoslav Tribunal*, cit., p. 236; *contra* C. CHINKIN, *Due Process and Witness Anonymity*, cit., p. 75, cui ha replicato lo stesso M. LEIGH, *Witnesses Anonymity in Inconsistent with Due Process*, cit., p. 80. Cfr. anche le considerazioni di S. ZAPPALÀ, *Human rights in international criminal proceedings*, cit., p. 131, nt. 187.

⁴¹ Sulle fonti sussidiarie nel sistema della Corte Penale Internazionale, v. D. DONAT CATTIN, *Il diritto applicabile*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 278 ss.

⁴² Per le citazioni, v. *Trial Chamber Decision on Protective Measures, Tadić*, cit., p. 62 ss.

⁴³ Si sottolinea in *Trial Chamber Decision on Protective Measures, Tadić*, cit., p. 66, come comunemente i testimoni «*live in the territory of the former Yugoslavia or have family members who still live there and fear that they or their family members may be harmed, either out of revenge for rendering evidence or in order to deter others*».

⁴⁴ *Trial Chamber Decision on Protective Measures, Tadić*, cit., p. 66.

materiale utilizzabile per la decisione di condanna, qualora sia accertata la concreta ingiustizia di quanto acquisito con quella fonte inquinata⁴⁵.

Una tale dignità alla testimonianza anonima va inquadrata, comunque, nella logica speciale che caratterizza i Tribunali *ad hoc*, ed è stata ancorata dai giudici agli insegnamenti ricavabili dai precedenti forniti in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Precedenti espressamente richiamati nella decisione sulla vicenda Tadić al fine di ricostruire lo statuto del testimone anonimo e legittimare il ricorso allo stesso proprio attraverso tale esterno ancoraggio legittimante⁴⁶.

Quella adottata nella decisione Tadić si è rivelata, però, un'originaria posizione estrema che, attribuendo dignità a un anonimato assoluto, è stata poi ridimensionata nella giurisprudenza successiva del medesimo Tribunale⁴⁷. In questo contesto, merita menzione la proposta – «*an interesting suggestion*»⁴⁸ – formulata nella vicenda che ha coinvolto Tihomir Blaškić⁴⁹ in sede di memorie difensive, nell'ambito delle quali e al di fuori dalle esplicite previsioni normative (pur se in relazione al diverso contesto processuale relativo alla divulgazione di materiale difensivo) era stata ipotizzata la nomina di una sorta di *ombudsman*, con il ruolo di garante indipendente. Potrebbe prospettarsi, cioè, una figura autonoma, terza e imparziale, cui affidare il concreto livello di tutela dei diritti difensivi ed eventualmente anche lo stesso esame del testimone in pericolo su sollecitazione delle parti processuali e supervisione del giudice. Il tutto quale soluzione alternativa rispetto a quella più semplice e immediata di ammettere che sia lo stesso giudice a svolgere tale funzione; ipotesi che potrebbe andare incontro ai limiti derivanti dagli eventuali condizionamenti e 'pre-giudizi' che possano coinvolgere il giudicante, chiamato a valutare in via preliminare le possibili interrelazioni fra imputato e testimone d'accusa, non sempre agevolmente scindibili dai fatti contestati.

3. La Corte Penale Internazionale

Tali esperienze hanno rappresentato un importante e sperimentale «laboratorio [...] per la costruzione del giusto processo»⁵⁰ penale internazionale, facendo da fertile *humus* per quel

⁴⁵ Significativo come nella vicenda Tadić il *Prosecutor* abbia chiesto la revoca della tutela dell'anonimato del testimone "L", giacché fu accertata la falsità delle sue dichiarazioni su pressioni del governo bosniaco, v. *Prosecutor v Tadić* (IT-94-1-T), *Decision on Prosecutor's Motion to Withdraw Protective Measures for Witness L*, 5 dicembre 1996, § 4; cfr. M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit., p. 17, nt. 97.

⁴⁶ Parla di «debolezza di tale conclusione [...] ulteriormente provata dalla necessità che la Corte sente di invocare la giurisprudenza della Corte EDU», M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit., p. 17.

⁴⁷ Cfr. M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit., p. 18, nt. 98. Una rassegna della menzionata giurisprudenza in M. E. KURTH, *Anonymous witnesses before the International Criminal Court: Due process in dire straits*, in C. STAHN, G. SLUTTER (edited by), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, 2009, p. 621 s. Mentre per un repertorio di casi di *contempt of the Court* incidenti sull'incolumità dei testimoni, v. F. DE MINICIS, *Repertorio dei casi di oltraggio alla Corte*, in G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Yugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, cit., p. 148 ss.

⁴⁸ S. ZAPPALÀ, *Human rights in international criminal proceedings*, cit., p. 132.

⁴⁹ V. *Trial Chamber Decision, Blaškić* (IT-95-14-T), 27 gennaio 1997, § 51, con atteggiamento di maggiore prudenza rispetto alla testimonianza anonima, che non viene, tuttavia, esclusa; in termini di «un decisivo *revirement*», si esprime MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit., p. 18, nt. 98.

⁵⁰ G. MICHELINI, V. MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale e i suoi precedenti*, cit., p. 11. Cfr. A. PERDUCA, *Giustizia penale e diritto umanitario. Appunti su qualche esperienza di questi tempi*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 1023 ss.

che costituisce l'«espressione attualmente più compiuta della giustizia sovranazionale»⁵¹, «un fenomeno assolutamente originale, in grado di assurgere ad autentico fiore all'occhiello della civiltà giuridica»⁵², rappresentato dalla *International Criminal Court* con il suo Statuto adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1988 (ed entrato in vigore il 1° luglio 2002)⁵³.

Vengono in considerazione una giurisdizione e una relativa procedura che scontano imposizioni compromissorie necessitate dalla coesistenza, nel delicato momento genetico, di anime riconducibili a differenti, spesso antitetiche e a volte atecniche⁵⁴, visioni delle dinamiche processuali, già a monte rispetto ai temi pregiudiziali della contrapposizione fra sistema giuridico di *common law* e sistema giuridico di *civil law* e fra modello accusatorio e modello inquisitorio⁵⁵. Ne è derivato un sistema misto altamente ibridato, dove la marca accusatoria⁵⁶ consegue all'influenza delle convenzioni internazionali di riferimento⁵⁷, con innesti di altra matrice⁵⁸, incongruenze e passi indietro, come per la rinuncia a utilizzare esplicitamente termini altamente simbolici e, al contempo, fortemente condizionanti quale *cross-examination*⁵⁹, nonostante l'imputato goda pure innanzi alla Corte internazionale del diritto a interrogare o far interrogare i testimoni a carico (art. 67, comma 1, lett. e, dello Statuto)⁶⁰.

In mancanza, anche in questo caso, di espresse previsioni sull'anonimato e premesso che, ai sensi dell'art. 57, comma 3, lett. c, dello Statuto, alla *pre-trial chamber* è attribuita, fra le altre,

⁵¹ M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Torino, 2011, p. 1.

⁵² G. CONSO, *Presentazione*, cit., p. V; cfr. anche ID., *Un sogno che si avvera: la Corte Criminale Permanente*, in *Dir. uomo*, 2001, 2-3, p. 5.

⁵³ L'adeguamento dell'ordinamento italiano al *Rome Statute of the International Criminal Court* si è avuto solo con la l. 20 dicembre 2012, n. 237, *Norme per l'adeguamento allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*, «un adempimento tardivo, frettoloso e incompleto», così V. FANCHIOTTI, *Le inadeguatezze della normativa per l'adeguamento allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 731; cfr. anche U. LEANZA, *The Rome Conference on the establishment of an International Criminal Court: a fundamental step in the strengthening of International Criminal Law*, in F. LATTANZI, W. A. SCHABAS (a cura di), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, L'Aquila, 1999, p. 19 s.

⁵⁴ Cfr. V. FANCHIOTTI, *I principi del processo*, cit., p. 920 ss.

⁵⁵ È quel che ha caratterizzato i lavori della *Preparatory Commission for the International Criminal Court*, istituita il 17 luglio 1998, all'esito della *United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court* di Roma (sulla quale, v. M. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, New York, 2003, p. 462 s.; G. MICHELINI, V. MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale e i suoi precedenti*, cit., p. 22 ss.), e incaricata di predisporre, fra l'altro, le *Rules of Procedure and Evidence*, cfr. V. FANCHIOTTI, *Completata la stesura delle Rules Procedure and Evidence: II) Le Regole probatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1402; ID., *I principi del processo*, cit., p. 919 ss.; ID., *Struttura della Corte e fase delle indagini*, in ID. (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 95 s.; M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., p. 3 s.; D. PANFILO, *La Commissione Preparatoria della Corte Penale Internazionale*, Roma, 2006, p. 9 s.

⁵⁶ Cfr. A. ORIE, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Before the ICC*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (edited by), *The Rome Statute*, cit., p. 1477.

⁵⁷ Cfr. V. FANCHIOTTI, *I principi del processo*, cit., p. 919, che sottolinea come «il nuovo modello in realtà risulta molto somigliante a quello *adversary* di *common law*, in quanto ispirato ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dotata di una accentuata connotazione accusatoria».

⁵⁸ In realtà, «the choice made for the ICC was to rely on a model still based on adversarial inspiration, but with important inquisitorial elements», S. ZAPPALÀ, *Human rights in international criminal proceedings*, cit., p. 24; M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., p. 8 s.

⁵⁹ Cfr. V. FANCHIOTTI, *Completata la stesura delle Rules Procedure and Evidence*, cit., p. 1403; M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., p. 8, nt. 37.

⁶⁰ Cfr. M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 181 s.; V. FANCHIOTTI, *Il giudizio*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 1255 s.

la facoltà, quando ritenuto necessario, di provvedere in tema di protezione e di *privacy* sia delle vittime che dei testimoni⁶¹, a rilevare è, innanzitutto, il binomio degli artt. 67 e 68 dello Statuto.

Sullo sfondo dell'art. 64, comma 2, dello Statuto, con il quale si chiede che sia assicurato un giudizio da celebrare nel «*full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses*», nell'art. 67, comma 1, lett. e, si riconosce (come visto) alla persona accusata il diritto a esaminare o a far esaminare i testimoni a carico⁶², mentre nell'art. 68 si postula, in funzione subito equilibratrice, la necessità di «*misure appropriate per proteggere la sicurezza, il benessere fisico e psicologico, la dignità e la privacy dei testimoni*»⁶³, oltre che delle vittime⁶⁴ e dello stesso imputato⁶⁵. Figure, le prime due, che vengono significativamente assimilate almeno nella possibilità di far ricorso alle c.d. sessioni private, ovvero alle udienze a porte chiuse e a speciali mezzi tecnologici di ausilio nell'acquisizione delle prove (art. 68, comma 2), di estrema utilità in sede internazionale, caratterizzata da una molteplice dislocazione territoriale dei soggetti coinvolti.

Il legame fra le due disposizioni – artt. 67 e 68 dello Statuto – è accentuato dall'opzione, comune nelle giurisdizioni internazionali, di guardare alla vittima principalmente attraverso la lente del suo apporto di natura testimoniale⁶⁶. Nelle interrelazioni fra le garanzie a tutela rispettivamente di imputato e testimone è stata, comunque, «individuata una sorta di gerarchia»⁶⁷, desumibile anche dalla richiamata diversa terminologia utilizzata nell'art. 64 dello Statuto, nel suo riferirsi al «*full respect*» dei diritti dell'accusato e al più attenuato e sfumato «*due*

⁶¹ Cfr. M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., p. 15.

⁶² Cfr. T. LUZI, *I diritti della persona innanzi alla Corte*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 1058 s.

⁶³ Cfr. D. DONAT-CATTIN, *The rights of victims and international criminal justice*, in G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, p. 359 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il giudizio*, cit., p. 1185 s.; ID., *Il dibattimento e le impugnazioni*, cit., p. 146; L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, p. 93.

⁶⁴ Sulla tutela della vittima, in generale, nella giurisdizione penale internazionale, v. V. FANCHIOTTI, *La vittima nel sistema dei tribunali penali internazionali*, in AA.VV., *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001, p. 113; G. GRECO, *Victims' Rights Overview under the ICC legal framework: a jurisprudential analysis*, in *Intern. Criminal Law Review*, 2007, p. 535 ss.; C. JORDA, J. DE HEMPTINNE, *The Status and Role of the Victim*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (edited by), *The Rome Statute for an International Criminal Court*, cit., p. 1388 ss.; A. MANGIARACINA, *Le vittime nel procedimento penale internazionale: verso un ampliamento degli spazi partecipativi*, in V. MILITELLO (a cura di), *Conflitti inter-etnici e tutela delle vittime. Fra Corte penale internazionale e giurisdizione nazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 47 ss.; L. SCOMPARIN, *Il ruolo della vittima nella giurisdizione penale internazionale*, cit., p. 365 ss.

⁶⁵ Sulla comparsa dell'imputato al fianco di vittime e testimoni, cfr. B. BEDONT, *Gender-specific Provisions in the Statute of the International Criminal Court*, in F. LATTANZI, W. A. SCHABAS (a cura di), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 203.

⁶⁶ Caratteristica innovativa dello Statuto è, comunque, una prospettiva di tutela della vittima ad ampio spettro rispetto ai «tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Rwanda, i quali, seguendo l'impianto *adversary* di *common law*, guardavano alle vittime unicamente *uti testes*, nella loro valenza di prova testimoniale e come tale circondata da una rete di misure di protezione, funzionali a assicurarsene l'escussione», così V. FANCHIOTTI, *Il dibattimento e le impugnazioni*, cit., p. 146; cfr. anche ID., *Il giudizio*, cit., p. 1185; T. VAN BOVEN, *The Victim and the ICC Statute*, in H. A. M. VON HEBEL, J. G. LAMMERS, J. SCHUKING (edited by), *Reflections on the International Criminal Court*, Cambridge, 1999, p. 80. Sulla commistione dei ruoli di vittima e testimone, nella giurisdizione internazionale, v. M. MIRAGLIA, *Happy birthday ICC! Bilancio dei primi nove anni di attività della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2011, p. 34 s.; S. ZAPPALÀ, *The Right of Victims v. the Rights of the Accused*, in *Jour. Inter. Crim. Just.*, vol. 8, 2010, p. 151 s.

⁶⁷ V. FANCHIOTTI, *Il giudizio*, cit., p. 1186.

regard» per quelli di vittime e testimoni⁶⁸. A essere delineata sarebbe una scala gerarchica di valori nella quale il livello di protezione da attribuire alla seconda categoria di soggetti dovrebbe trovare collocazione in posizione inferiore rispetto agli interessi dell'*accused*, con i quali non potrebbe entrare in contrasto⁶⁹, come pure rispetto al principio di *fairness* e imparzialità del giudizio, giacché le misure a tutela di vittime o testimoni «*shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial*» (art. 68, comma 1). Il riferimento a una «*fair and impartial hearing*» compare, infatti, esclusivamente nell'art. 67, tracciandosi una gerarchia il cui superamento sarebbe difficilmente compatibile con i complessi equilibri e le delicate dosimetrie dello strumento processual-penalistico. Principi il cui rilievo all'interno delle dinamiche procedurali impone l'affidamento della relativa tutela a un giudice, chiamato a valutare il rilievo degli interessi in competizione anche nelle fasi anteriori al *trial* e in luogo del *Prosecutor*⁷⁰.

Con l'art. 68, comma 5, dello Statuto, ripreso sul punto dalla *rule* 81, comma 5, *Rules of Procedure and Evidence*⁷¹, si consente, inoltre, al *Prosecutor* di non procedere alla *discovery* pre-dibattimentale rispetto ai testimoni a grave rischio di concreta intimidazione, provvedendo a mere indicazioni sommarie, non compatibili, però, con il *trial* e che possono essere superate, comunque, dall'imputato che chieda di sottoporre a verifica la suddetta gravità dei pericoli per i testimoni⁷², tema sul quale deve essere messo in condizione d'interloquire efficacemente.

Il rassegnato reticolo normativo non sembrerebbe lasciare più, pertanto, margini operativi a vere e proprie forme di anonimato, almeno nella fase del *trial*. Ciononostante, però, meno rigorosa è la dizione rinvenibile nell'ulteriore *rule* 88, relativa a interventi del *Prosecutor* a garanzia dei testimoni, non caratterizzata da tassatività né negli strumenti né nel riferimento all'organo dell'accusa o alle fasi del procedimento⁷³.

Non sono mancate decisioni che hanno rinviato, quindi, pur eccezionalmente⁷⁴, la conoscibilità dell'identità del dichiarante da parte dell'accusato solo *in limine* dell'apertura della fase dibattimentale o, ancor più avanti, dell'avvio della stessa escussione del testimone

⁶⁸ Cfr. M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 97; M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit., p. 19.

⁶⁹ Cfr. Trib. Int. ex-Jugoslavia, Camera di prima istanza n. 2, 21 maggio 1998, Kupresić e a., in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1099.

⁷⁰ Cfr. J. R. W. D. JONES, *Protection of Victims and Witnesses*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (edited by), *The Rome Statute for an International Criminal Court*, cit., p. 1362.

⁷¹ In tema di gerarchia delle fonti, lo Statuto viene integrato (conquistando, così, una portata normativa di tendenziale completezza) con gli *Elements of crimes* e le *Rules of procedure and evidence* cfr. D. DONAT CATTIN, *Il diritto applicabile*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (coord. da), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 273 ss.; J. P. PIERINI, *Natura ed ambito di applicazione dello Statuto*, cit., p. 31.

⁷² Cfr. V. FANCHIOTTI, *Il giudizio*, cit., p. 1189 s.

⁷³ Cfr. M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit., p. 19, che richiama, in proposito, il canone «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», rilevando come dall'art. 68, comma 5, dello Statuto, «che limita l'adozione delle misure in esso elencate ad una fase antecedente all'inizio del dibattimento», possa ricavarsi che i *drafters* dello Statuto «se avessero voluto estendere la protezione al *trial* lo avrebbero detto esplicitamente».

⁷⁴ In questo senso, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Decision on victims' participation*, 18 gennaio 2008, §§ 130-131.

rimasto ignoto⁷⁵. Il tutto in cerca, in un necessario bilanciamento degli interessi in campo⁷⁶, di un'elisione delle compromissioni che possano interessare la piena esplicazione delle strategie difensive e del *right to confrontation* in particolare⁷⁷, nell'ambito di un complessivo atteggiamento della Corte maggiormente prudentiale rispetto a quello precedentemente adottato, invece, dai tribunali *ad hoc* «con una certa larghezza»⁷⁸, forse condizionata pure dalle esigenze di efficienza, anche simbolica, della giustizia internazionale, che hanno rischiato di minare l'equità dei procedimenti e una serena riflessione sulle più audaci forme di tutela dei testimoni.

Affianca il versante processuale anche la costituzione presso la Cancelleria della Corte Penale Internazionale di una Unità per la protezione delle vittime e dei testimoni, nonché delle altre persone messe a rischio dalle deposizioni in giudizio, che opera, con personale specializzato e previa consultazione con l'Ufficio del Procuratore (art. 43, comma 6, dello Statuto)⁷⁹, per garantire un'ampia gamma di strumenti di tutela⁸⁰.

4. *Spunti conclusivi*

Sul non trascurabile versante di politica internazionale e criminale che ha accompagnato la stesura del tessuto normativo relativo ai procedimenti innanzi alla Corte penale, merita sottolineare come il complesso impegno di *law-maker*, che ha caratterizzato i lavori della Conferenza diplomatica⁸¹ per la stesura di un trattato multilaterale qual è lo Statuto di Roma⁸², è stato di certo indirizzato da una variegata molteplicità di condizionamenti subiti da chi effettuava proposte con la mente rivolta verso l'istituenda Corte internazionale, ma il cuore verso gli ordinamenti interni⁸³. Non di rado hanno prevalso, pertanto, interessi

⁷⁵ V. *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Public redacted version of the Decision on the Protection of Prosecution Witnesses 267 and 353 of 20 May 2009*, cit. V. anche *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *Corrigendum to Decision on the participation of victims in the trial and on 86 applications by victims to participate in the proceedings*, 12 luglio 2010; *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Decision on victims' participation*, cit.; entrambe per fattispecie a tutela delle vittime del reato. Criticamente, v. M. CAIANIELLO, *First Decisions on the Admission of Evidence Evidence at ICC Trials: A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?*, in *Jour. Inter. Crim. Just.*, vol. 9, 2011, p. 387; S. ZAPPALÀ, *The Right of Victims v. the Rights of the Accused*, cit., p. 139 ss.

⁷⁶ V. *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Public redacted version of the Decision on the Protection of Prosecution Witnesses 267 and 353 of 20 May 2009*, 28 maggio 2009, § 31.

⁷⁷ Un compromesso ritenuto non perseguibile da chi evidenzia come «la misura della "anonimity" [...] finisce per conculcare in modo decisivo il *right to confrontation*», affermando, inoltre, come «il diritto al confronto risulti precluso *in nuce*, in questo caso: chi conduce il controesame non sa infatti chi sia colui che ha di fronte, né gli è dato di venirlo a sapere attraverso l'escussione», così M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 182.

⁷⁸ M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 182. Cfr. A. CAMON, *Accuse segrete*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, p. 292.

⁷⁹ Cfr. D. TOLBERT, sub art. 43, in O. TRIFFTERER (edited by), *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court. Observers' Notes*, Baden Baden, 1999, p. 643.

⁸⁰ Cfr. G. MICHELINI, V. MONETTI, *L'istituzione della Corte penale internazionale e i suoi precedenti*, cit., p. 43 s.

⁸¹ Sui lavori della Conferenza diplomatica (*United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, 15 giugno-17 luglio 1998), v. L. N. SADAT, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, New York, 2002, p. XV e 4.

⁸² Cfr. V. FANCHIOTTI, *I principi del processo*, cit., p. 917 s.; J. P. PIERINI, *Natura ed ambito di applicazione dello Statuto*, cit., p. 6.

⁸³ Cfr. V. FANCHIOTTI, *I principi del processo*, cit., p. 922.

strumentalmente funzionali all'indiretto rinsaldamento di istituti messi in discussione nei sistemi interni o, viceversa, ad aprire la strada nel panorama normativo nazionale e in futura chiave comparatistica a prospettive *de iure condendo*, secondo la logica dei circoscritti territori di sperimentazione tipica dei modelli speciali.

L'ipotesi di percorsi in chiave *de iure condendo* nazionale colora, infatti, proprio le previsioni pro-anonimato testimoniale innanzi alla Corte Penale Internazionale⁸⁴, frutto di articolate, pur se non compiutamente accolte, proposte di piena utilizzabilità della testimonianza anonima, avanzate, nel corso dei lavori della *Preparatory Commission* allo Statuto, dalla delegazione italiana⁸⁵.

Si può ricavare, comunque, in conclusione, un importante modello proprio per eventuali prospettive *de iure condendo* domestiche, rispetto alle quali guardare con estremo interesse all'evoluzione che ha caratterizzato la pur non recente esperienza delle giurisdizioni internazionali, per nuove riflessioni su uno strumento quale l'anonimato testimoniale da non rifuggire in maniera preconcepita, ma da analizzare in direzione dell'individuazione di un, certo non agevole, punto di equilibrio fra le esigenze dell'imputato di piena esplicazione del diritto al contraddittorio, da un lato, e del testimone di tutela dell'incolumità propria e dei propri cari, dall'altro. Pur nella consapevolezza della non piena sovrapponibilità delle realtà internazionali con quelle interne.

ABSTRACT: *La tutela del terzo dichiarante e l'anonimato testimoniale nelle giurisdizioni penali internazionali*

The paper analyses, also in a national *de iure condendo* perspective, the protection of the witness in the international criminal proceedings, up to the possibility of anonymous witness, in search of a delicate balance between the protection of the witness in a serious danger and the defendant's right to confrontation.

⁸⁴ In questo senso esplicitamente, M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., p. 7, nt. 33.

⁸⁵ Cfr. H. BRADY, *Protective and Special Measures for Victims and Witnesses*, in R. S. LEE (edited by), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, 2001, p. 450 s.; V. FANCHIOTTI, *Il giudizio*, cit., p. 1256, che richiama la proposta, poi respinta, di considerare ammissibile la testimonianza anonima, «sia pur nei limiti consentiti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, cioè limitatamente alle ipotesi in cui la testimonianza non fosse “decisiva” per la soluzione del caso»; M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit., p. 19; EAD., *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., p. 7. Sul contributo della delegazione italiana, v. U. LEANZA, *The Rome Conference on the establishment of an International Criminal Court*, cit., p. 14 s.

Conclusioni

STEFANO RUGGERI*

**THIRD PARTIES AND THE INCREASING COMPLEXITY OF LAW.
RELATIVISM AND AXIOLOGY OF THE PROCEDURAL PARTICIPATION
IN CRIMINAL JUSTICE IN THE DIGITAL ERA**

SUMMARY: 1. Introductory remarks. The procedural thirdness in criminal justice and the increasing complexity of legal orders. – 2. Third parties in criminal justice. An everlasting mystery in a constantly developing legal world. – 3. Individual and judicial thirdness. – 4. Partiality and thirdness: an inevitable dichotomy? – 5. Towards a new relativistic understanding of a fair trial in the light of the individual thirdness. – 5.1. Party, part, participation: the need for a deformed and axiological approach to criminal proceedings. – 5.2. The multiple roles of victims in criminal proceedings and their right to access to justice. – 5.3. The persistent “thirdness” of formal parties. The problem of the personal and effective participation of defendants in criminal trials. – 5.4. The increasingly participatory role of third parties and the need to redefine the principle of *par condicio* in the light of all the substantial participants in criminal proceedings. – 5.4.1. The challenges of evidence law and the complex trade-offs concerned with the right to confrontation. – 5.4.2. The individual protection *vis-à-vis* covert measures of investigation in the digital world. – 6. The extreme frontier: third parties and procedural fairness in the field of transnational criminal justice. – 6.1. The deformalisation of fair trial safeguards in the approach of ECHR case-law to evidence law. – 6.2. The flexible understanding of the individual thirdness in EU law. – 7. Conclusions.

1. Introductory remarks. The procedural thirdness in criminal justice and the increasing complexity of legal orders

At the end of our long road, we can now draw some concluding remarks by cutting across the outcomes achieved. Our project has been carried by way of combining two main perspectives, namely, the increasing involvement of third parties in criminal proceedings and the digital transformation of criminal justice. There is little doubt that these two phenomena are bringing about some of the most radical transformations not only in Italian and European criminal justice systems, but also internationally and worldwide. Yet a deeper analysis clearly shows that these two developments, far from being separated, are so strictly interconnected with each other that they become parts of a broader and common problem, which concerns the increasing complexity of criminal justice in a digitalised world.

This problem sets unprecedented challenges, which are of the utmost importance from both a practical and theoretical viewpoint. At the core of our research lies the problem of the growing relevance of the procedural thirdness in criminal justice. It does not seem an exaggeration to affirm that this phenomenon may lead to a new understanding of the very notion of criminal trial, which can no longer be seen as *actus triarum personarum*, two of them being parties *vis-à-vis* a non-party, i.e. the judge. By blurring the division line between parties and non-parties, the irruption of thirdness in criminal justice requires rethinking the main categories and the core principles of procedural law – especially those of equality of arms, *contradictoire* and impartiality of the judiciary, as clearly laid down by Italian constitutional law

* Ordinario di diritto processuale penale, *Professor of European and Transnational Criminal Justice*, Università degli Studi di Messina.

– that need be redefined in the light of this complexity. The legal-digital revolution in turn contributes to reshaping the procedural fairness, to the extent that today a fair trial can only be considered as such insofar as it can ensure a sustainable balancing of the conflicting interests between the competent authorities and all the individuals involved in criminal proceedings, according to their role and the impact of procedural activities and measures on their fundamental rights and freedoms.

However, these changes are not exclusive of criminal justice, but are parts of even more profound developments that are widely transforming several fields of law. This acknowledgment has led us to include the procedural thirdness in criminal matters into a broader context through a confrontation with other legal experiences. Like in concentric circles, the problem of thirdness pervades entire criminal law systems by emerging even in the field of substantive criminal law, notwithstanding it has traditionally followed an offender-oriented approach. But, as said, it goes far beyond criminal justice and cuts across very different areas of law, revealing not only the increasing relevance but also the multiple and changing roles of third parties in fields such as constitutional law, administrative law, international law, private law, sport law, and so on.

This acknowledgment allows us to reach a first preliminary conclusion, which, as we shall see, is of the utmost systematic importance in the field of criminal justice too, that is, the intrinsic dynamism and relativism of the category of legal thirdness, which shows different features depending on the problems and challenges concerned with several legal experiences, and even within the same field of law. Within this demanding scenario, we can therefore not expect to find a uniform meaning and a coherent system of protection of “third parties”, which fit all the challenges posed by different jurisdictions and legal contexts. Indeed, it is more than doubtful that a uniform notion of thirdness exists at all in the general theory of law, and even in the general theory of procedural law.

If one were to inquire into the reasons for the growing involvement of third parties in criminal justice systems, one should admit that several relevant factors contribute to this outcome. In particular, cultural factors have led to profound developments in contemporary legal orders, bringing about deep transformations in criminal justice policies, law-making, and judicial practices, but above all, favoured by strong interaction among judicial authorities pertaining to different jurisdictions and procedural experiences with diverse approach and tradition. If the criminal trial has probably always been one of the most reliable yardsticks to measure the degree of civilization of each society¹, the increasing level of complexity of the current societies is reflected by a progressive shift towards what has been rightly called a “participatory logic”.

This concept should be understood properly, however. It is questionable whether this participatory approach to criminal justice can be traced back to abstract models, such as inquisitorial, mixed, or adversarial models, which have evolved in very different ways and present themselves today in a multitude of forms and expressions according to the history and current organisation of each country. But it is mainly thanks to the jurisprudence of international human rights courts, and mostly to the caselaw of the ECtHR, which has greatly promoted inter-judicial dialogues and confrontation with domestic courts and tribunals, that

¹ In this sense, see recently O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/mazza-prescrizione-riforma-dei-due-orologi-populismo-costituzione>. But this acknowledgment is much older: cf. L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, II ed., Firenze, 1899, p. 7. See also F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1966, p. 17.

this understanding of criminal justice has taken roots². From the viewpoint of our study, it is interesting to note that a participatory logic should today not be circumscribed to those who hold the role and safeguards of formal parties in specific procedural contexts (mainly, in a criminal inquiry and the criminal process) but must be extended to all those individuals who can be touched upon by pre-trial measures, and are more and more involved in criminal proceedings notwithstanding their informal status.

It is precisely in the light of these complex developments that we have chosen to follow various levels of research, which highlight different perspectives of analysis, which encompass those of comparative law, based on the three experience of several domestic jurisdictions, domestic and transnational criminal justice, seen from the viewpoint of international human rights law and EU law, and most relevantly, international criminal justice.

These different levels of analysis, as well as the combination of various perspectives, do not only show the enormous richness of the procedural thirdness in criminal justice, but also call for fresh re-examination of some key questions of criminal procedure law. Thus, who can today be deemed entitled to be involved in criminal investigations and trials? Who should be deemed a party and who should not? And most significantly, who can undergo – and mostly, on which grounds and under which conditions – the effects of procedural activities without being a party?

Without a doubt, a re-examination of these essential questions is today indispensable especially in the fields of crime prevention and criminal investigation. While the division line between crime control and criminal inquiry is more and more blurred³, an increasing number of preventive and investigative measures, no matter whether or not regulated by law⁴, is deployed mostly through ever more advanced technological tools, and can touch upon fundamental rights and freedoms of a broad range of individuals in unprecedented forms and intrusive ways, as is particularly evident in cases of digital communication intercepts and online searches⁵.

A study on the role and safeguards of third parties in criminal proceedings, therefore, provides a privileged viewpoint to analyse the profound changes that Italian criminal justice, like other criminal justice systems, has undergone in the last years. Moreover, we have noted that a study on the procedural thirdness in the light of the digital revolution opens new perspectives to observe the degree of complexity that our legal world and contemporary societies, based on the rule of law, have achieved until now and will presumably achieve in a near future.

² A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 334 ff.

³ On this topic, among others, see the contributions of I. NERONI REZENDE, *Facial Recognition for Preventive Purposes: The Human Rights Implications of Detecting Emotions in Public Spaces*, and C. ORLANDO, *The Use of Drones and the New Procedural Safeguards in Crime Control and Criminal Investigation*, both published in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, Cham, respectively p. 7 ff., and p. 101 ff.

⁴ For a wide-ranging study specifically focused on new technological measures of investigation without legal basis cf. A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, II ed., Torino, 2019.

⁵ In this regard see D. FOTI, *Digital Privacy and Cyber-Interception of Communications*, and V. DI NUZZO, *Search and Seizure of Digital Evidence: Human Rights Concerns and New Safeguards*, both published in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, cit., respectively, p. 151 ff. and 119 ff.

2. Third parties in criminal justice. An everlasting mystery in a constantly developing legal world

Dealing with the procedural thirdness in criminal justice would be impossible without analysing the general scope of the legal thirdness, that is, the thirdness in the legal world. Inevitably, this broad perspective highlights the intrinsic dynamism of this complex category as a general legal category; and it is precisely from the viewpoint of the general theory of law that the legal thirdness, viewed “in the mirror”, enables us to address another problem, concerned with one of the most significant and difficult legal concepts, i.e., the concept of “party”, from which the notions of “partiality” and “participation” clearly depend.

That someone is a party to a contractual or a procedural relationship is of relatively little consequence for our purposes, as it does not alter the difficult task of identifying who is a party, and who remains extraneous, to a legal relationship. Since law certainly stands out among the most elaborated products of the relational capacity of human beings, we have always been faced with the enormous difficulty of tracing a division line between these two main categories. From this it follows that the legal thirdness, far from being a stand-alone category, is a portion of a dialectical relationship between the two essential concepts of thirdness and partiality in the light of the general problem of participation in any legal relationship.

Criminal justice scholarship has inherited this approach, and since it has mainly been focused on those who hold the status of formal parties to judicial proceedings, has long undervalued the problem of the standing of third persons. Therefore, the relationship between formal and third parties has traditionally been understood in terms of a rigid dichotomy between participants and non-participants. As Salvatore Satta clearly stressed, «a third person is he who is not a party: there is no other way of defining him»⁶.

Yet this simple assumption, which even today expresses the *communis opinio* in the procedural law literature, is not only a part of the mystery of the trial but furthermore reflects the mystery of the individual thirdness in procedural law, especially in the field of criminal justice. Thus, while parties, although they may vary according to different procedural contexts and jurisdictions, are usually well-defined, the features of third parties remain vague and undefined, and consequently *sine finibus*. It is precisely due to the absence of clear boundaries that one might extend the limits of the procedural thirdness «to the infinity and beyond», as Buzz Lightyear would say. But this would not only manifestly render this category useless and unmanageable; it would also lead to a somewhat puzzling and worrisome outcome, i.e. that everyone, although not being involved in a criminal trial and being therefore a third party, could be exposed to the detrimental effects of the institution of criminal proceedings. It is probably the fact that the procedural thirdness, like the legal thirdness in general, remains construed in negative terms that renders the features of this category truly mysterious, which makes it very difficult to provide clear safeguards to persons whose identity and role is extremely vague and can constantly vary depending on various factors and mostly on the criteria adopted.

Nevertheless, a closer inspection into our problem, with a special focus on criminal justice, shows that the very idea of a “third party” does not at all fit the challenges and features especially of crime prevention and criminal investigation. Crime control, in particular, is

⁶ S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 286.

increasingly characterised by the adoption of measures and acts with widespread effects, without any specific attention to formal parties. But since even pre-trial inquiries are often instituted and carried out against unknown suspects, it is apparent that all the individuals who are touched upon by investigative activities cannot be treated as third parties in a strict sense. Nor can there be any relational link between them and the investigative bodies, and even less the public prosecutor or an investigating magistrate whose independent role by definition excludes any basis of comparison. Paradoxically, although crime prevention and criminal investigation are more and more addressed against third parties, particularly due to the deployment of new digital means of investigation, there is still a lack of a rigorous approach to our problem.

Moreover, the standing of third parties is also not adequate for court procedures. We saw that the traditional construction of a legal thirdness is a relational concept that by definition requires the existence of a legal relationship. In relation to judicial trials, this idea traces back to the experiences of strongly contentious trials, characterised by one plaintiff (*primus*) and one defendant (*secundus*)⁷. It is precisely in the light of this understanding that the idea of “thirdness” is not adequate for criminal trials. Indeed, in countries like Italy, which as a general rule allows for the institution of civil-law actions within criminal proceedings, it is apparent that the individual thirdness is a too reductive way of defining the role of those individuals other than the public prosecutor and the accused, since other formal parties – i.e., the civil-plaintiff, as well as the person who can be declared liable for civil damage – should also be assumed as points of reference. Furthermore, the concept of the individual “thirdness” becomes even less appropriate in those jurisdictions in which forms of private criminal prosecution (or accessory private prosecution) are permitted⁸. In these jurisdictions, therefore, the notion of third parties should be referred to individuals other than all those who can also institute a criminal-law action and can thus become formal parties to judicial proceedings.

Yet a close examination shows that individuals other than formal participants cannot be deemed to be third parties even in criminal trials with a strongly contentious and dualistic structure. In particular, while an accused or a civil plaintiff are surely not a third party, it seems difficult to justify any comparison between third parties and public prosecutors who, regardless of their standing in domestic jurisdictions, can never be equated to private individuals. In other words, *e.g.* a witness or a family member of the victim might be treated as a *tertius* in relation to the defendant but will never be a *tertius* in a rigorous sense in relation to the public prosecutor, who holds a different role and function from those of any other private person involved in criminal proceedings, regardless of their consideration as a formal or a third party. The very idea of the individual thirdness presupposes subjective entities that can be confronted with each other and cannot be adapted to individuals who are by definition heterogeneous. At a deeper level still, even *primus* and *secundus* cannot be equated to each other, which confirms the inappropriateness of the notion of “contention” to criminal trials. In the light of this, there is also a need to reconstruct the core principle of *par condicio* in terms

⁷ As is well-known, this does not rule out the existence of various forms of involvement or intervention of third parties in civil trials with contentious structure, which often also entail the assumption of the role of parties to the judicial proceedings.

⁸ This scenario also belongs to the history of Italian criminal justice but cannot be excluded for future legislative intervention in our country because of the constitutional enshrinement of the principle of mandatory prosecution, which, following Italian constitutional case-law, does not entail a necessary monopoly of public prosecution. See Constitutional Court, judgments 61/1967, 84/1979, and 474/1993.

that are not those of an equality of arms but a fair balancing of opportunities, powers, and safeguards among parties.

In short, we may affirm that the traditional concept of the procedural thirdness in itself is not at all adequate to satisfy the specific requirements of criminal justice and the peculiar features of the criminal trial in particular, which render it a quite unique legal phenomenon. Doubtless, the criminal process cannot be compared to any other procedural experience, for even its most basic structure is so far away from that of contentious dualistic trials that a true thirdness appears to be a conventional and somewhat misleading notion. Maintaining a perspective founded on a dichotomy between formal and third parties, seen as non-parties, can therefore produce more confusion than clarity in approaching the complexity of contemporary criminal trials, and the developments that we are witnessing in Italian and European criminal justice systems.

3. Individual and judicial thirdness

This preliminary conclusion highlights another perspective that makes our problem even more mysterious and unaccessible. This perspective is strictly linked to the Italian constitutional model of a fair trial, which enacts into its core elements the thirdness and impartiality of the judiciary as essential component of *every* trial (Art. 111 par. 2 Const.). This point, although not being specifically dealt with by our project, is of the utmost importance to better understand the problem of third parties in criminal justice in all its systematic implications. It is surprising that, precisely in the light of this constitutional enshrinement, the first and perhaps main reference of the procedural thirdness in Italian law should be to the judge as an impartial body rather than to a third party as a non-party. This is however not the case for any jurisdiction, and while in most judicial cultures impartiality and independence are the key features of the judiciary, to the point that without them the whole construction of a fair trial would inevitably fall down, in several countries referring to the judge as a third person – or even more, a third party – would have no meaning.

Nevertheless, the idea of the judicial thirdness is much older than that of third parties as it goes back to the historical foundations of every model of judicial trial, and especially of every criminal trial, as the most powerful tool of administering justice in terms of a law-founded experience of *Δίκη*. Significantly, in the ancient Greek culture, it was precisely thanks to the involvement of a third person or body that the old revenge-based *Bia* evolved into to a new social and legal order in which the judicial trial turned out to be the main factor of creating law⁹. This essential idea has survived until today, as even in contemporary judicial cultures the institution of any judicial process coincides with the institution of an impartial body, which, as noted, sets an indispensable condition for a truly fair trial and a fair judgment that is able to produce the effects of *ne bis in idem*¹⁰. Remarkably, international human rights caselaw tends to relativise the effects of this fundamental safeguard in cases of rulings issued by a judicial body that lacks independence and impartiality. It is also worth observing that the European Court of Human rights, while usually following a very flexible approach to several fair trial rights in the light of an overall approach to the principle of

⁹ For an in-depth reflection on this transformation starting with Aeschylus' Oresteia cf. A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Sesto San Giovanni, 2023, p. 61 ff.

¹⁰ See IACtHR, 24 October 2012, *Nadege Dorzema and others v. Dominican Republic*, § 195.

procedural fairness, has instead traditionally adopted a more rigid standing in relation to the impartiality of the judge, whose breach cannot be compensated for in further phases or instances of the proceedings¹¹.

It is precisely in the light of the fundamental principle of impartiality that the judge – as well as any decision-making body, such as the jury – complies with the requirement of legal thirdness and is therefore deemed as a third person. Remarkably, Salvatore Satta, reflecting on the mystery of the judicial process by focusing on the experience of revolutionary trial, envisaged the core essence of any trial in the requirement that judgment be rendered by an impartial third person¹².

One might wonder why such different meanings of the procedural thirdness exist, and above all, how the individual thirdness and the judicial thirdness can co-exist. Manifestly, there are enormous differences between the role of judges and that of third parties; so much so that one might argue that we are dealing with two quite opposites notions of procedural thirdness. The thirdness of judges – and especially of the criminal judges – is traditionally intended to preserve their neutrality and distance from any partiality and parties' interest, thus reflecting a condition of disinterestedness that is a necessary condition for decision-making. By contrast, this condition does not fit the situation of third persons who are neither neutral nor disinterested in relation to specific investigative measures or judicial procedures. Hence, a huge distance may seem to divide these two expressions of the procedural thirdness; and this is the reason for which, although none of them is a formal party, judges can never be deemed to be third parties but are impartial bodies, while any third person, regardless of his formal status, is still a party, carrying out their own particular interest in the investigation or court proceedings.

Nevertheless, one cannot deny that some point of convergence can bring these two meanings of procedural thirdness closer to each other than what one might think. The main one is that the judicial impartiality should not only be defined in relation to the formal parties to the judicial trial, but also to a wider range of persons, which encompasses all those who can undergo the effects of procedural acts and measures, not to mention also those forces and factual powers that can have a strong impact on judicial processes and adjudication¹³.

This conclusion can revolutionise the traditional understanding of the judicial impartiality and the procedural thirdness, at the same time. From this it follows that the thirdness of judicial bodies and that of third parties are closely connected to each other, to the extent that the one former be properly defined only in the light of the latter, and *vice versa*. The evolution of Italian criminal justice, similarly to what has happened in other contemporary criminal justice systems, shows an ever wider number of individuals whose freedoms can be restricted and interfered with by investigative measures and judicial acts, and whose interests need be balanced with each other with a view to an overall procedural fairness.

This outcome confirms the need to redefine the very notion of judicial impartiality, not only in the light of the strict link existing between the judicial thirdness and the standing of third parties, but also and above all within a much broader framework. While the judicial independence appears to have clear features, the standing of judges as impartial bodies – i.e. the specific characteristic of the judicial thirdness, understood as judicial *im*-partiality – is not as clear as it seems to be. That judges are – and must always be – extraneous to the case

¹¹ ECtHR, *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Appl. No. 9186/80.

¹² S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., p. 284 ff.

¹³ *Ivi*, p. 286.

under their examination, as noted, is traditionally deemed to be a quite obvious precondition of decision-making. But this requirement of extraneousness, on closer inspection, is more reiterated than demonstrated in its rationale.

With rather excessive superficiality, extraneousness is frequently considered synonymous with neutrality, and both of them are deemed inherent in the judicial impartiality. But is that really so? And in relation to what or whom should the judicial neutrality be preserved? A number of relevant factors can impinge on the judicial neutrality and affect the judge's capacity of balancing all the conflicting interests at stake in each case being adjudicated. It would be oversimplifying to limit the analysis to those factors concerned with the interests and expectations of participants in the trial. It has been observed that systematic and exogenous factors increasingly play a very significant role in orienting or disorienting the adjudication processes. Mass and social media, in particular, have an enormous impact on investigation and prosecution, and while they can often draw and even manipulate the public opinion with regard to facts that are still under investigative or judicial examination, it would be an illusion to believe that the judicial authorities and decision-makers undergo no influence by what is often (and rather paradoxically defined) "trial by media", an outcome that is not only visible in public trials but also in pre-trial inquiries¹⁴.

Most interestingly, the analysis of the dynamics of endogenous factors and their impact on the judicial impartiality also allows us to look at the judicial impartiality with different eyes. We saw that, while the judge's independence from any influence by other state powers must be preserved at all costs, the judicial impartiality works on a different level. That judges must have no interest in the case subjected to their examination, for not being affected or damaged by the alleged offence nor having allegedly committed it, justifies, as noted, the idea of a judicial thirdness in relation to both *res iudicanda* and the parties to the ongoing trial. Yet it does not entail that factfinders remain uninvolved in the proceedings during the entire decision-making process, and above all, after decision-making.

It should first be noted that adjudication, far from being the ultimate goal of the criminal process, cuts across the overall judicial trial and especially all the steps of the evidence-gathering procedure, in which judges must always maintain their impartiality. It is a difficult task, considering that they are constantly called upon to issue interim decisions, which inevitably lead them to share the claims and views of individual parties (*e.g.*, by admitting or rejecting evidential requests, or applications for pre-trial measures, etc.). No matter whether each criminal justice system deals with criminal prosecution with a pluralistic approach or (like Italy) concentrates the prosecutorial powers in the hands of public prosecutors, there must always be a clear division line between prosecutorial and decision-making powers, so that judges must never hold the tasks of prosecutorial bodies.

Yet several factors may endanger these balances. In particular, the abuse of judicial powers of intervention in evidence-gathering procedures can alter the standing of judges as impartial bodies. It is also debatable that a testimonial examination mainly conducted by an independent authority can properly satisfy the requirements of effective confrontation pursuant to ECHR law, even though the parties are allowed to be present at the court hearing and can forward questions to the witness through the judge. This is especially true where the defence lawyer's is only allowed to put a few additional questions, after the witness has been long examined by the

¹⁴ Thus, especially in those jurisdictions in which the competence for carrying out criminal inquiries does not lie with investigative magistrates or judges but with public prosecutors and the judicial police, while special judges act as guarantors for the safeguarding of fundamental rights (the so-called *jueces de garantías* in Spanish-speaking countries), there is a risk that trials by media may strongly influence the tasks of both the prosecutorial and the judicial authorities.

judicial authority¹⁵. Furthermore, the undue exercise of other judicial powers, especially the power to amend the legal classification of the alleged offence pursuant to the *iura novit curia* principle, as has emerged from the European caselaw, can not only have severe repercussions on the right to effective defence but can also jeopardise the judge's impartiality¹⁶. Even limiting the possibility of legal re-classification of facts to the sole cases "apparent conflict between criminal law provisions" (*Scheinkonkurrenz*), as happened in the landmark *Drassich* judgment¹⁷, it is clear that enabling the judge to amend the *nomen juris* of the offence inevitably entails the risk of a judicial interference with the charge preferred by the prosecutor. This result in turn implies the bringing forward of the adjudication process, which does not appear to be compatible with an impartial decision-making.

To be sure, it is more than doubtful that the judicial thirdness rules out any substantial involvement of the competent judge in – and therefore implies a necessary extraneousness to – the preferred charges, during and mostly after the decision-making process regarding the adjudication on *res iudicanda*. Yet this assumption must be interpreted correctly. It has been observed that impartiality – and hence, the judicial thirdness – is often considered synonymous with neutrality and a passive role of the judge *vis-à-vis* all the participants, a result which is sadly widespread in trials with a contentious and strongly adversarial structure. Nevertheless, far from maintaining distance from everything and everybody, by finding facts and law during the all judicial process, every judge – unlike any party – does not have to avoid the parties' views and interests, and even more, must do his best to understand and embrace all the individual partialities. It is noteworthy that, according to the second of the three maxims elaborated by Immanuel Kant in relation to the *sensus communis* in his *Critique of Judgment*, adjudication does not only imply thinking for oneself but furthermore, and above all, think from the standpoint of everyone else. From the perspective of the legal (and mostly of the judicial) judgment, it follows that the judge, by means of «a broadened way of thinking», «overrides the private subjective conditions of his judgment, into which [...] others are locked [...], and reflects on his own judgment from a *universal standpoint* (which he can determine only by transferring himself to the standpoint of others)»¹⁸.

It is of the utmost importance that this broad way of thinking is preserved and maintained untouched until the time in which the power of *ius dicere* will be exercised. Yet in this extraordinary moment, in which the judge will significantly not act as an individual but as the voice of the entire legal order, he will also consume his own impartiality, being called upon to decide in *one* specific direction, whatever it is. That the judge must share the individual partialities with one non-repeatable ruling – although it might appear to be paradoxical – inevitably renders him a party. Similarly to what happens in civil trials in which the judge can partially state in favour of the plaintiff while partially rejecting his claim, a criminal judge may acquit certain defendants and convict others, or convict the accused for certain offences and acquit them for others. But the outcome will always be *one* ruling following an adjudication process in which the judge had to embrace all the individual partialities, and which reflects specific trade-offs of all the conflicting

¹⁵ J.D. JACKSON, S.J. SUMMERS, *The internationalisation of criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions*, Cambridge, 2012, p. 349.

¹⁶ For in-depth analysis of the European jurisprudence and an interesting reconstruction of this problem see S. QUATTROCOLO, *Riquadrificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011.

¹⁷ ECtHR, *Drassich v. Italy*, judgment of 11 December 2007, Appl. No. 25575/04. As to EU caselaw, see more recently CJEU, *BK*, judgment of 9 November 2022, C-175/22.

¹⁸ I. KANT, *Critique of Judgment*, transl. by W.S. Pluhar, orig. ed. 1790, Indianapolis/Cambridge, 1987, paras. 294 ff. For an examination of Kant's approach and its implications on the legal judgment see A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 141 ff.

interests in a way that can only be overruled through another adjudication process and another ruling in a higher instance. Remarkably, judges can never rule again on the same matter they have adjudicated, and this fundamental principle governs almost all procedural experiences, which confirms that the judicial impartiality, differently from *communis opinio*, is far removed from a non-partiality.

The need to maintain distance from individual parties, therefore, turns out to be a misleading perspective to describe the role and functions of judges, especially criminal judges, who are instead called upon to encompass the viewpoint of everybody by adopting a broad perspective. This standing has often been confused with a position *super partes*, whereas judges have to face what Francesco Canelutti rightly defined a «super-human task», not only due to the hard task of «unify[ing], through the judgment, the past and the future» but also, and above all, because of the enormous difficulty of embracing all the partialities while remaining on the same footing and assuring a fair balancing among the conflicting interests. One might argue that to a certain extent, this is also a form of “participation”; following the etymological sense of the word, we might think of a wide-ranging participation, that is, the capacity of encompassing all the individual partialities. Yet, as noted, this involvement in the case, which clearly presupposes a status of desinterestedness, also has an inevitable time-limit, which is marked by the moment in which the decision-making process is completed and *res iudicanda* is adjudicated. In this very moment, the judge, after being engaged in understanding and balancing the interests of all parties, shares one or more partialities, and his judicial ruling establishes a new legal set-up with binding effects for a concrete case and specific individuals.

This simple conclusion is often hidden by the traditionally static approach to the judge’s impartiality and the preconceived assumption that it will always remain such during the all adjudication process. But a dynamic understanding of this fundamental principle reveals why the judge, deciding on a specific case, loses any further possibility of thinking in that broad way on the same subject matter, an outcome that could otherwise be not explained by assuming that the judge’s is still impartial after his decision-making has been completed.

This dynamic approach entails a number of relevant implications. In particular, serious concerns arise in relation to those procedures which lack a true *contradictoire* or in which decision-making is reduced to the sole perspective of one partiality. This situation reaches its most problematic side whenever the judge is not only empowered to prefer charges but also to gather evidence and rule on the accusation *inaudita altera parte*, as happened in Italian *istruzione formale* under the Rocco code. But it would be wrong to consider it a past experience, for it still survives in those proceedings that highlight in which the judge either exercises the functions of a prosecutor or is called upon to state on the sole partiality of the prosecutor (e.g., in cases of penalty order procedures). There is little doubt that such situations give rise to a pathological mixture of roles, which leads to the unbearable result that the judge becomes a partial body before and during the decision-making process¹⁹.

4. Partiality and thirdness: an inevitable dichotomy?

These considerations suggest adopting a critical approach to the traditional understanding of third parties in criminal justice. We have noted that analysing the judge’s

¹⁹ F. CORDERO, *Procedura penale* (1966), cit., p. 589.

impartiality and the differences between the individual and judicial thirdness has been of the utmost importance to better focus on the role and features of third parties. Although some elements may bring the individual thirdness closer to the judge's thirdness, at least one relevant point differentiates them drastically from a dynamic viewpoint. Thus, regardless of how one considers the condition of judges after decision-making, we saw that during the overall criminal procedure, the criminal judge will have to ensure a constant balancing among all the conflicting interests. In this sense, he will never be a "party", which by definition only reflects a "part" of the whole²⁰. No party could bear this enormous task, and it is precisely in this perspective that, as has been noted, any third person is inevitably a party, irrespective of their formal status according to a specific legal order.

This simple assumption calls for fresh understanding of the dialectical relationship between parties and third persons. If the third person is a party as well, what is the difference between them and the trial's parties? Legal scholarship, as has been observed, conceives this relationship as an inevitable dichotomy, to the point that third parties are those who are *not* parties. But is that really so, especially in criminal justice? And how can this conclusion co-exist with the common condition of partiality that both of them share?

One might argue that re-examining the problem of the individual thirdness allow us to look at the ongoing evolution of criminal justice from a different perspective. Yet, in spite of the common partiality of parties and third persons, we saw that one issue may seem to distinguish them: while one can always know who a party to a criminal trial is, this is not the case for third parties. The traditional understanding of third parties in negative terms does not only make it an unclear and undefined category but also leads to the outcome that, as been noted, the notion third parties could potentially be extended without limits, encompassing several and very heterogeneous groups of individuals. But it is apparent that the procedural thirdness, conceived as including all those who are *not* parties to the proceedings, would become a somewhat useless category, which says almost nothing, since everybody other than formal participants might be a third party.

However, despite appearances, one could call into question that there is a clear division line between the categories of parties and third persons. Surprisingly, not only the category of third parties, but also that of formal parties is not as self-evident as it might seem to be. This is particularly evident in those jurisdictions, such as Spain, in which popular prosecution is permitted: this model is particularly relevant for the purposes of our research, showing that any citizen is potentially a third party but may become a formal party, depending on their decision²¹. Similarly, in Portugal, any citizen may request to be constituted as an assistant under the Popular Action Law, with a view to the protection of diffuse or collective interests²². Furthermore, even in those criminal justice systems in which victims are entitled to institute criminal proceedings, the number of the aggrieved parties is not always predictable in advance. Another relevant issue that needs be taken into account is the fact that several jurisdictions admit the lodging of civil-law actions. There is little doubt that the «exercise of civil actions in criminal proceedings also contributes to blurring the dividing line between parties and third parties», for civil-law actions in criminal trials often involve a number of legal entities encompassing insurance companies, state and regional authorities,

²⁰ F. CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 5.

²¹ F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings. A Comparative Law Study*, Cham, 2024, p. 172.

²² J. GOUVEIA DE CAIRES, J. REIS BARATA, *Report on Portugal*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings*, cit., p. 152.

and so on²³. Moreover, it is worth observing that even those countries in which no private criminal prosecution is (currently) allowed, such as Italy, acknowledge an increasing number of safeguards to the injured person who, regardless of the possibility of lodging a civil-law claim, therefore plays the substantial role of a party²⁴.

Certainly, the perspective of the aggrieved parties is a key point to reconstruct our problem from a different viewpoint. It is interesting to note that, independently from the characteristics of each criminal justice system, there is a need to promptly identify all the individuals who have been injured by the alleged offence, and this need is of such practical relevance that the failure to involve them in criminal proceedings can impact on the outcome of the criminal trial and even on the force of *res indicata*. The evolution of ECtHR caselaw²⁵, as well as of Italian constitutional jurisprudence²⁶, clearly shows that in criminal matters the effects of *auctoritas rei indicatae* are increasingly dependent on the subjective limits of criminal judgements, which effects should today not only be redefined from the viewpoint of the accused who has been tried but of the victim as well. Thus, the fact that the injured person has not been granted a fair opportunity to be involved in the criminal trial can weaken the guarantee of *ne bis in idem*. A similar perspective has been followed by the European Court of Justice, which dealing with the transnational dimension of *ne bis in idem*, has also stressed the importance of giving the victim a fair opportunity for being heard already during the investigative phase, as a precondition for a criminal decision to gain the effects of *res indicata* in cross-border situations, as highlighted in the landmark ruling *Kossowski*²⁷. This reasoning is of the utmost systematic relevance for our study, insofar as it shows that the overall fairness of a criminal trial can also largely depend on whether and how effectively victims and even witnesses, who have traditionally been deemed to be extraneous to criminal proceedings, have been involved in criminal proceedings.

Interestingly, we might find out that in the dynamics of criminal proceedings, the extraneousness to *res indicanda* and the ongoing procedure, while not being a necessary characteristic of third parties, could instead concern formal participants, and even the main parties to a criminal trial. Comparative law shows that in some countries, the individual thirdness reflects a relationship between the judicial authorities, the formal parties, and further individuals in quite opposite terms than those which characterise the traditional understanding of our problem. For instance, the fact that in Spain certain crimes can only be prosecuted by the victim leads to the outcome that the public prosecutor, being unable to assume the role of a party to the proceedings²⁸, should be treated as a third party. Quite

²³ F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, cit., p. 169.

²⁴ As a consequence, legislative terminology has progressively been adapted to these developments, so that Italian code of criminal procedure today contains some reference to the “injured party” (*parte offesa*). See, e.g., Art. 282-*quater* of Italian CPP, concerning the duty of notifying the injured party of the judicial pre-trial order regarding the removal from family home or the ban on approaching any place frequented by the victim.

²⁵ ECtHR, *Sabalić v. Croazia*, judgment of 14 January 2021, Appl. No. 50231/13, on which cf. V. DI NUZZO, «Ne bis in idem» e tutela della vittima di reato: la Corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ+, in *Foro it.*, 2021, p. 465 ff. For in-depth analysis of this perspective see recently E. MALINO, *Completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale*, in <https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2023/08/Speciale-Ne-bis-in-Idem-impaginato.pdf>, p. 81 ff.

²⁶ An emblematic case was the Eternit case, which led the Italian Constitutional Court to declare unconstitutional Article 649 of the code of criminal procedure, i.e., the provision regarding the *ne bis in idem*, unconstitutional. See Constitutional Court, judgment No. 200 of 2016.

²⁷ CJEU, Grand Chamber, *Kossowski*, judgment of 29 June 2016, C-486/14.

²⁸ F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Report on Spain*, cit., p. 169.

paradoxically, even the accused may become extraneous to their own trial. This result can materialise in different situations: *e.g.*, a police arrest of the alleged perpetrator might result in being unlawful and could not be judicially validated, with the consequence that the arrested person must immediately be released and treated as a third person. Moreover, it is apparent that, whenever the defendant, after having been formally accused, is acquitted for not having taken part in the criminal *affair*, he will inevitably be extraneous to *res indicanda*²⁹.

But on closer inspection, the idea of extraneousness also proves problematic in relation to the parties of criminal proceedings. Thus, it would be difficult to imagine that formal participants may become extraneous to the ongoing procedure for the simple fact that they decide not to intervene in a specific stage, or not to lodge a legal remedy and give rise to a further instance of the proceedings. Manifestly, the accused remain such – and consequently, must be granted fundamental safeguards, starting with the presumption of innocence – even if they do not appeal the judgment challenged by the public prosecutor or a private prosecutor (whenever private criminal prosecution is provided for by national law). Moreover, in some jurisdictions, such as Italy, the accused is allowed to take part in the appeal proceedings activated by another co-defendant, and in this case, the decision issued in a higher instance can under certain conditions produce some beneficial effects in their favour. This entails that no *res indicata* can materialise in relation to them, who will therefore maintain the status of parties to criminal proceedings notwithstanding their decision not to challenge these decisions. A similar situation can be observed in relation to other formal participants: *e.g.*, Italian caselaw has acknowledged the possibility of the court of appeal to rule on the civil-law claim in spite of the failure by the damaged party to challenge the decision against which the public prosecutor's office has lodged an appeal, which demonstrates that the damaged party remains a formal participant in a higher instance as well.

These examples confirm that the ideas of extraneousness and disinterestness may give rise to more confusion than clarity on the problem of the procedural thirdness, and especially of the individual thirdness, in criminal justice. Significantly, several categories of individuals who are usually deemed as third parties (witnesses, owners of goods etc.) should be deemed to be neither extraneous nor disinterested in relation to *res indicanda*. This suggests adopting a different approach to the topic of individual thirdness in criminal justice in the light of a core category of procedural law but of law in general, that is, the category of “party”³⁰.

We have seen that the judicial impartiality, viewed from a dynamic perspective, needs to be understood with regard to the relationship between the competent judge and all the participants in criminal trials, regardless of their status. But what distinguishes parties and third persons, and what makes them closer to each other, within this participatory framework? In particular, if any third person can, similarly to any formal participant, be restricted in their most precious rights and freedoms through pre-trial measures and further coercive means, adopted on the basis of *fumus delicti*, what distinguishes them from those who are parties to criminal proceedings? And why should the limits of the judicial oversight be

²⁹ In some countries, this result enables the competent authorities to question such defendants pursuant to the ordinary rules on witnesses testimony. Italian law, for example, provides for a hybrid regulation regarding witnesses with legal assistance (*testimonianza assistita*), which in certain situations may also concern co-accused tried in separate proceedings. It is interesting to note, however, that in the case described in the text, following a landmark ruling of the Constitutional Court (judgment No. 381 of 2006), the co-accused acquitted for being extraneous to the case at stake no longer need be assisted by a lawyer, with the result that this situation brings them closer to the regime laid down for normal witnesses.

³⁰ F. CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*, cit., p. 4 f.

differentiated in relation to both of them, as happens *e.g.* in Italy in the two fields of pre-trial personal measures and (tele)communication intercepts? That procedural acts can affect third parties too, indeed, manifestly renders them all the more interested in the ongoing inquiry and the criminal trial, and far from being extraneous, they should also be considered as intraneous as formal participants.

The English notion of a “third party”, which according to our continental tradition may seem to sound meaningless and even contradictory, therefore proves extremely useful to better focus on the individual thirdness, and hence on the problems of partiality and procedural participation in criminal justice. Yet, on closer inspection, one important element distinguishes the standing of formal and third parties, which element is concerned with the characteristics of the legal interests they respectively bring about in criminal justice. Thus, we saw that the legal interest of formal parties, although it does not always regard all possible decisions (*e.g.*, the damaged party is not interested in the severity of the accused’s punishment), is generally focused on the *whole* criminal trial. This not the case for third parties, whose legal interests are usually related to specific interim procedures, which are often connected with *res indicanda* (*e.g.*, the judicial review of search or seizure of assets, the procedure concerning the selection of the information obtained through digital communication intercepts, etc.). It is precisely in the light of their legal interest regarding such procedures that they claim for participation in criminal proceedings and deserve to be treated as *pleno iure* parties as well.

Furthermore, the number and identity of formal parties is generally clear and well-defined, even though this is not always the case for those jurisdictions which admit class criminal-law actions, or popular criminal prosecution, as happens in Spain. By contrast, the range of third parties is often not predictable, particularly because of the increasing use of ever more sophisticated digital measures with massive intrusive effects against several unforeseeable people. It is evident that the digital revolution has magnified the difficulty of identifying the exact limits of the category of third parties. Nevertheless, there is no doubt that such individuals are also fully interested in being involved in those procedures regarding the measures enforced against them and therefore need be dealt with as participants in criminal proceedings. The main challenge is to find proper mechanisms aimed at enhancing their participatory rights and safeguards, while preserving their condition of third parties and avoiding the risks regarding only formal parties and especially defendants.

A human rights perspective may therefore seem to provide the best method to define the concept of parties in criminal proceedings, or at least in specific interim procedures. Moreover, the substantial criterion of interference with fundamental rights, by means of procedural acts and intrusive measures, also proves useful to re-examine the problem of the standing of victims in criminal proceedings, taking into account their different status in European jurisdictions. We saw that various countries entitle the aggrieved parties to institute a criminal trial, or to lodge a concurrent or accessory criminal-law action. However, even in those countries that have traditionally walked a different road and do not permit forms of private criminal prosecution, there is little doubt that the injured person, regardless of whether domestic law grants them the role of formal parties, remains all the more interested in the decision regarding an alleged criminal conduct that caused harm or endangered their rights and legal goods, and should thus be considered as intraneous as formal parties.

It is worth observing that in the field of international criminal justice, the relationship among victims, formal parties, and third parties has evolved towards a common area, albeit with some important distinctions. As Ana Beltrán clearly pointed out, «procedural

participation of the victim in the proceedings before the ICC has been a novelty with respect to the international criminal tribunals created previously, since for the first time it allows, albeit as ‘participants’ and not as ‘parties’, their intervention in the procedural proceedings»³¹.

One might argue that in the field of criminal justice, the two notions of procedural participation and individual thirdness, far from being antithetical legal concepts, tend to converge towards a common phenomenon. Following the approach adopted decades ago by Francesco Carnelutti, we might still maintain the distinction between formal and substantial parties, depending on the type of their involvement in judicial proceedings. This distinction, although being of the utmost relevance for our study, could surely not be fully transposed to criminal trials³². On the one hand, third parties concern a broad and very heterogeneous group of people, which, as noted, may encompass, depending on the jurisdiction concerned, an increasing number of persons who, undergoing the prejudicial effects of ever newer measures of investigation and procedural acts, deserve to be granted the safeguards of parties, albeit not holding their formal status, but also individuals other than the public prosecutor and the accused, but who, being entitled to lodge a criminal-law action, can also become formal participants in criminal proceedings. On the other, we saw that especially thanks to the contribution of European caselaw, the very concept of “criminal charge” is today to be understood in a largely autonomous way, which reflects an ever more deformed understanding of formal parties too.

5. *Towards a new relativistic understanding of a fair trial in the light of the individual thirdness*

5.1. *Party, part, participation: the need for a deformed and axiological approach to criminal proceedings*

The observations conducted hitherto confirm the clear need for a deformed approach to the procedural thirdness in criminal justice, which suggests overcoming the rigid distinction between a formal participation and a non-participatory thirdness in criminal justice, founded on the traditional dichotomy between intraneousness and extraneousness to *res indicanda*. The convergence of both phenomena towards a common perspective should however lead us to distinguish the different legal interests that the individuals involved in criminal inquiries and judicial proceedings hold and which therefore entail a different legal response in terms of participatory safeguards. This perspective calls for a flexible understanding of the procedural thirdness that requires redefining the very concept of procedural participation in a way that focuses on different factors, especially the roles of parties and the types of the proceedings, but above all, the different consistency and value of individual and state-related interests that need be balanced with each other in criminal justice with a view to an overall fair trial.

In the light of this, one might wonder whether it is meaningful to maintain a unified approach, which is not only based on a formal division between those who are parties to the

³¹ A. BELTRÁN MONTOLIÚ, *Victims and Third Parties in International Criminal Justice*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings*, cit., p. 200.

³² In particular, Francesco Carnelutti founded his whole construction of the civil trial upon the idea of a dispute or litigation (*lite*), which led him to draw a division line between third parties who can become substantial participants in a dispute (e.g. by means of a joint intervention in the court proceedings) and those who are formal parties to the judicial trial for being able to institute them through a civil-law action. See F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 393 ff.

overall criminal procedure and those who are not, but also treats all third parties without grasping the different legal interests that each of them brings about in different procedures. We have noted that a relativistic perspective is the best way of understanding the complexity and the enormous dynamism of the procedural participation, which does not allow for rigid approaches to contemporary criminal justices systems. Thus, a close examination of the dynamics of criminal trials and the increasing number of interim and pre-trial procedures shows that the role of formal participants can largely vary during the criminal process according to several situations (*e.g.* acquittal of some defendants, separation of the proceedings, etc.), whereas individuals who, on the contrary, were initially extraneous to criminal proceedings may be allowed to join them (*e.g.* by way of instituting a civil-law action). But it is especially in pre-trial inquiries that an increasing number of persons, despite being often treated as third, may be affected by procedural acts and intrusive means of investigation, which inevitably enlarges the subjective range of participants in the first phase of criminal proceedings.

The deep developments that criminal proceedings – and particularly criminal investigations – are undergoing in the light of the digital revolution, therefore, suggest rethinking the notion of the procedural thirdness – and more generally, of the procedural participation – in a way that focuses on the dynamics and features of the specific procedures in which each individual is involved. It is noteworthy that, from the viewpoint of the interference with fundamental rights and the legal interest in taking, each “party” is a “part” of a whole, and as such can legitimately therefore claim for “participation” in the procedures concerned. Thus, a relativistic approach may also seem to reflect the common etymology of these essential categories, which justifies broadening the idea of participation to those who are involved in those procedures which are specifically concerned with their legal interests. From this it follows that we should consider as “participants” all the individuals who are concerned with either the entire criminal trial or specific interim or pre-trial procedures, and consequently, we should provide them with the necessary participatory safeguards. Therefore, a substantial approach helps enhance an axiological understanding of criminal justice, founded on the value that criminal justice systems – in the light of constitutional, supranational, and international law, mostly international human rights law – attach to individual legal interests, which call for effective legal protection of participatory rights rather than respect for abstract rights of the sole formal parties.

5.2. *The multiple roles of victims in criminal proceedings and their right to access to justice*

The first field in which we can observe the advantages of a relativistic and axiological approach to the individual thirdness with a view to an overall fair trial regards the role of the injured party in criminal proceedings. This is probably a problem in which any legal intervention in a multicultural scenario, such as the European area, is destined to an inevitable relativism. It is worth observing that EU lawmakers, in spite of the specific attention devoted to the victim’s rights at the primary law level (Art. 82 TFUE), has left the door open to flexible legal arrangements which are largely dependent on the very different roles of the aggrieved parties in criminal proceedings in the European jurisdictions.

Within this framework, a specific problem deserves consideration from the viewpoint of our study, namely the victim’s right to access to justice. This problem gains particular relevance in those legal systems which, as has been noted, do not allow the injured parties to institute a criminal trial or exclude their being entitled to assume the role of formal

participants. It is precisely in this regard that the European Court of Strasbourg has played a great role in allowing for a cultural convergence towards a substantial approach, which aims at considering the injured person as a party to criminal proceedings. Thus, the solutions elaborated in *Arnoldi v. Italy* and further developed by subsequent caselaw – albeit mainly with the aim of enabling the aggrieved parties to take part in the criminal trial to exercise their civil rights – has strengthened the protection of victims by extending the rights and safeguards that Article 6 ECHR grants the damaged party, starting with the right to a reasonable length of the proceedings, whenever their claim for justice is frustrated by the prosecution being time-barred due to the excessive duration of the criminal inquiry³³. According to Strasbourg case-law, the acknowledgment of fair trial rights, including the right to be heard personally, cannot depend on the existence of a formal role in criminal proceedings, with the consequence that the right to court – and the right to a fair criminal trial – must also be granted to the individuals who, although being entitled, were hindered to do so by the inactivity of the investigative bodies. Indeed, when the failure of the public prosecutor to institute a criminal trial impedes the damaged party from gaining the formal status of a damaged party, they deserve to be treated as substantial participants.

Notwithstanding the merits of this European jurisprudence, a substantial approach to participatory rights still encounters inevitable limits at the domestic law level, which limits can put at risk their proper protection. In particular, in those jurisdictions in which the institution of the court proceedings is in the hands of the public prosecutor, the victim's claim for justice will remain unheard if the aggrieved party neither holds the right to start prosecution nor can request the intervention of a judge. In such cases, the possibility of lodging a complaint before the ECtHR will not change this outcome, nor will it change considering the different mechanisms established by domestic law to comply with a European judgment that found a breach of one or more safeguards enshrined by the Convention, including a retrial, insofar as the injured person has no opportunity to determine the institution of the criminal trial. Moreover, according to constant Strasbourg caselaw, the European Convention does not provide any binding indications in this regard, as it does not acknowledge the defendant's «right to demand the prosecution and conviction of the accused»³⁴.

5.3. *The persistent “thirdness” of formal parties. The problem of the personal and effective participation of defendants in criminal trials*

A substantial and axiological perspective, moreover, does not allow us to address the problem of the procedural thirdness with different eyes but also proves very useful to deal with problems concerned with formal parties, or those who can assume such role, who, as noted, may also happen to assume a third position in criminal proceedings. The evolution of the ECtHR case-law testifies the constant commitment of the European judges to strengthen some essential safeguards that the accused, as a presumptively innocent person, must be granted in criminal trials. This is the case for the *nemo tenetur se detegere* principle³⁵, which must not only

³³ See extensively C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings*, cit., p. 263 ff.

³⁴ *Ibid.*, p. 265.

³⁵ The most frequent English formulation of this principle – i.e., the privilege against self-incrimination – does not seem to properly reflect the real of this fundamental safeguard, which does not aim at protecting individuals

be given to the person against whom no formal charges have yet been preferred, but also to the individual who is not even formally under investigation and nevertheless runs the risk of being subjected to a criminal investigation, particularly during police questioning.

Furthermore, a deformed approach to the procedural thirdness allows us to re-examine from a different perspective one of the core problems of contemporary criminal justice, which regards the accused's personal involvement in criminal trials. Among the main reasons that render this issue particularly problematic lies the different relevance that the defendant's personal contribution to fact-finding holds in criminal proceedings, depending on general features of each criminal justice system. One might argue that the various ways in which domestic law approaches this topic reflects in very clear terms the different relationships between state bodies and individuals.

Within this framework, displaying the accused's own contribution to the criminal trial in terms of an individual right or a duty is of particular importance from the perspective of this study. Comparative law shows that a few jurisdictions require defendants to be present at their own trial, while most criminal justice systems hold a somewhat neutral standing in relation to the accused's presence at trial and in court proceedings in general, which justifies the compromise-like approach adopted by EU institutions in Directive 2016/343/UE. The most relevant implication for purposes of our research is that, whereas defendants are allowed to take part personally in criminal process instituted against them, they are generally not required to do so. Yet this does not hinder the prosecutorial and judicial bodies from fulfilling their respective tasks, and a criminal process can therefore be initiated and can follow its course, with the consequence that the accused who have been tried *in absentia* can be adjudicated and even convicted.

It is well-known that the evolution of European caselaw has considerably smoothed this approach. Since the landmark decision *Colozza v. Italy*³⁶, the European Strasbourg Court has progressively defined the requirements justifying the carrying out of criminal proceedings in default, by acknowledging the general right of defendants to be granted a fair opportunity for taking part personally in their own trial, along with the right to be assisted by a lawyer. Significantly, the complementary role of personal and legal assistance was confirmed by the fact that even in those cases in which the European judges recognised the obligation of the accused with legal knowledge to participate in criminal proceedings, while providing for the possibility of certain sanctions to avoid "unjustified absences"³⁷, they expressly ruled out that such sanctions could imply depriving the accused of legal assistance, and in particular of the right to appoint a lawyer of their own choosing³⁸.

The enshrinement at the European law level of the defendant's right to personally participate in criminal proceedings entails that, regardless of the approach adopted by domestic jurisdictions, the competent authorities must set all the necessary conditions which enable the accused to exercise their right to make their own contribution to fact-finding.

from the risk of self-incrimination, for anyone can freely decide to accuse himself, but from the use of coercion aimed at doing so.

³⁶ ECtHR, *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, Appl. No. 9024/80.

³⁷ ECtHR, *Poitrimol v. France*, judgment of 23 November 1993, Appl. No. 14032/88, para. 35.

³⁸ To be sure, the Court has never provided clear indications as to the nature of such sanctions, by limiting itself to laying down what could *not* be used to sanction the accused. Along with legal assistance, European caselaw Court also ruled out national law adopting drastic measures to obtain the defendant's presence by coercive means, e.g. by requiring that defendants should undergo pre-trial imprisonment to challenge a conviction issued against them. In this sense cf. ECtHR, *Poitrimol v. France*, para. 38. On this topic see Negri (2014), p. 149 ff.

Such conditions must preferably occur in advance, in order to reduce to the minimum extent the risk that a criminal trial is instituted and conducted against a person who was not properly informed of the charges preferred, and who was not put in a position to choose whether to take part in court proceedings. Yet, when this is impossible, the individual right of personal participation and the corresponding duties of the competent authorities are of such relevance that the accused must be granted a new trial, no matter whether or not the conviction has become final.

The strong convergence of European jurisprudence and EU legislation towards a common participatory understanding of criminal justice has led to the introduction at the national law level of several *ad hoc* mechanisms aimed at granting defendants unlawfully tried *in absentia* the right to a retrial. Most significantly, the way of conceiving the general role of accused in criminal proceedings has certainly evolved thanks to this Europeanization of the accused's right to be personally involved in his own trial. But can we truly affirm that, far from being a mere object of fact-finding in the hands of the prosecutorial and judicial authorities, defendants have also ceased to be the absent holder of rights in a trial that could start and proceed without them?

Despite the merits of the ECtHR caselaw, EU legislative intervention and the developments in domestic law, there is still certain reluctance by European jurisdictions to avoid the carrying out of criminal trials against absent defendants. Doubtless, there is still a cultural barrier in this approach, which may explain why the accused are still not often granted the necessary conditions to take part personally in the criminal trial instituted against them. That defendants are often deprived of the possibility of making their personal contribution to fact-finding, therefore, still renders them substantially extraneous to criminal proceedings³⁹ – a third party in their own trial!

Moreover, it is apparent that the problem does not solely concern the right to take part personally but also, and most importantly, the right to be effectively involved in criminal trials. From this viewpoint, a situation of extraneousness of the accused from their own proceedings can also be observed in several procedural contexts, which go far beyond the area of *in absentia* procedures. This outcome frequently occurs in cases of alternative proceedings, depending on the approach followed by each jurisdiction and especially domestic caselaw. For instance, while Spain attaches considerable importance to the personal participation of defendants not only in bargaining procedures (*conformidades*) but also in the new procedure based on penalty order (*procedimiento por aceptación de decreto*), Italy is still far from enabling the accused to be personally involved in alternative criminal proceedings.

³⁹ It is more than questionable that this outcome can be justified or compensated for by guaranteeing the assistance of a lawyer, as happened in the transnational case *Melloni v. Ministerio Fiscal*, despite the relevance attached by the European Court of Justice to the fact that the applicant had been represented in court by two lawyers. Indeed, the fact that notice of the proceedings had been sent to the two lawyers of Mr. Melloni was clearly not enough to ensure his awareness of the proceedings, as it did not put him in a position to decide whether to attend the court hearing in person. Moreover, there was no clear evidence that he decided not to participate in the court proceedings. To be sure, even the appointment of a lawyer of one's own confidence does not in itself demonstrate the accused's waiver of his right to take part personally in criminal proceedings. In this case, however, the lawyers who defended Mr. Melloni on appeal no longer represented him, since he had withdrawn their mandate. This in turn cast doubts as to the fulfilment of the requirements set forth by the 2009 EU legislation, invoked by the Luxembourg judges. Thus, this legal instrument, although not requiring the proof of the unequivocal waiver of personal participation, conditioned the accused's surrender on the fact that he was truly defended by a counsel who, no matter whether appointed by the state or by himself, was mandated to do so. Cf. CJEU, Grand Chamber, *Melloni v. Ministerio Fiscal*, judgment of 26 February 2013, C-399/11.

Under Italian law, *e.g.*, defendants are radically excluded from the possibility of making any contribution to the decision on the issuing on a penalty order (*procedimento per decreto penale*), the conviction being issued *inaudito reo* by the competent judge, while their involvement in bargaining procedures (*patteggiamento*) is an eventuality that in the practice is somewhat infrequent.

Even more worryingly, comparative law shows a persistent outdatedness of domestic jurisdictions in reaching standards of effective participation of the defendant even in cases in which he is entitled to be present at trial. Notwithstanding multiple legislative reforms of criminal justice, Italy provides a clear example too. Following a solution adopted by the Joint Sections of the Court of Cassation in respect of the abbreviated proceedings⁴⁰ and subsequently extended by the same Court to the bargaining procedures⁴¹, the failure of the defendant who is present at trial to oppose the request of such alternative procedures, lodged by his defence lawyer without a special power. It is a very unfortunate solution, which turns out to entail relevant implications on the problem of the defendant's involvement in criminal proceedings. Italian law, indeed, requires neither the judge nor the public prosecutor to inform the accused, who might not have any legal knowledge and might even not speak the trial language, about the consequences of the decision either to consent or to oppose the institution of an alternative procedure. Nothing therefore ensures that defendants are fully aware of the request lodged by their lawyer. That they effectively agree with such request is certainly a constitutional law requirement – not only from the perspective of the waiver of *contradictoire* in evidence-gathering (Art. 111 par. 5 of the Italian Constitution), but also, and most significantly, because the decision on whether or not to accede an alternative procedure can impinge upon a number of fundamental rights (personal freedom, property, etc.).

From this it follows that under Italian law, defendants can paradoxically remain excluded from their own trial, whenever they are not properly granted the necessary safeguards to face some core decisions regarding their most precious rights within criminal proceedings. The proposed perspective, therefore, enables us to look with critical eyes at the right to personal participation of the accused who, in spite of its formal role, often still plays a marginal role in a criminal trial, and it is no doubt that the enhancement of a truly participatory understanding of a fair trial should lead to rethink several solutions among those laid down by statutory and case law.

5.4. *The increasingly participatory role of third parties and the need to redefine the principle of par condicio in the light of all the substantial participants in criminal proceedings*

While certain extraneousness may often characterise the standing of defendants in their own trial, we are more and more witnessing a strongly participatory role of third parties, which is apparent at different levels and in several contexts. This phenomenon is of the utmost importance for purposes of our analysis and suggests further broadening our viewpoint in a manner that, going beyond the perspective regarding the condition and safeguards of individual persons, focuses on the scope that must today be acknowledged to one of the main pillars of every model of a truly fair trial – i.e., the principle of equality of arms – in an ever more complex and digitalised (legal) world.

⁴⁰ Court of Cassation, Joint Sections, 31 January 2008, n. 9977, *Morini*, in *C.E.D.* No. 238680.

⁴¹ Court of Cassation, 16 February 2011, n. 8492.

In particular, ECHR law, as has been noted, provides a clear viewpoint of these significant developments⁴². By overcoming the perspective of the European Convention, which in 1950 aimed at enhancing the accused's standing *vis-à-vis* the state's prosecutorial power in criminal matters, the European Strasbourg Court has developed an innovative approach that, reflecting a wide-ranging conception of the procedural fairness, has more and more enhanced the role and safeguards of third parties. To be sure, the aim pursued by European caselaw was not to simply extend the defendant's fair trial guarantees to other participants in criminal proceedings – including witnesses, co-accused, victims, and so on – but to include them into a broad framework of values in which the accused's safeguards, far from having an absolute relevance, encounter clear limits because of the need not to endanger conventional rights of other individuals involved in investigative activities or affected by procedural measures.

Doubtless, this approach holds special importance in the light of the perspective followed in our research. Yet this does not entail that the defendant's rights must be sacrificed in order to satisfy the protection needs of substantial parties; it means recognising that the accused's right to a fair trial must be understood in relation to a criminal trial which fits the requirements of fairness regarding all the persons concerned, with their own needs and claim for justice in each concrete case.

5.4.1. *The challenges of evidence law and the complex trade-offs concerned with the right to confrontation*

The most relevant field in which we can observe a clear deformalisation of the categories of participants, in the light of a broad and relativistic understanding of a fair trial, is undoubtedly that of evidence law. It was precisely in this context that European case-law, as is well-known, paved the way for a noteworthy redefinition of one of the most significant conventional rights, on which every dialectical model of a criminal trial is founded, i.e., the right to confrontation. Thus, since the very notion of “confrontation” entails at least a bilateral legal relationship, the European Strasbourg Court has not only progressively deformalised the concept of person “charged” with a criminal offence by including suspects and the person investigated (even in another country, as we shall see), but has also, and above all, broadened the notion of “witness” by encompassing several categories of individuals, such as co-defendants, victims, expert witnesses, and so on.

This conception of “accuser” enabled the European Court to mitigate the strong accused-centred perspective of ECHR law by compensating for the lack of specific safeguards regarding individuals other than defendants, who are called upon to render oral evidence in criminal proceedings from the first steps of the investigative phase on. Therefore, dealing with confrontation rights has provided European caselaw with an extraordinary opportunity for promoting the view of an overall fair trial, by way of including into the judicial balancing the need to protect an increasing number of persons from the adverse effects especially of cross-examination in open court. This understanding confirms that even the right to confrontation, despite its enormous importance, cannot be interpreted in absolute terms, but is a part of the complex trade-offs regarding the overall fairness of criminal proceedings.

⁴² See extensively C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law*, cit., p. 263 ff.

Remarkably, the impact of this approach cannot be circumscribed to the sole right to confrontation, viewed as an individual guarantee, but is also visible on the equality of arms. There is little doubt today that the *par condicio* principle can no longer be related to the sole formal parties but must be understood from a wider viewpoint, which encompasses a broad range of individuals who, although not having the status of formal participants, are more and more involved in criminal inquiries and court proceedings. Nevertheless, this does not entail a hierarchy of values, in the sense that the interests and protection needs of third persons must prevail over those of the accused, or *vice versa*. It means that even a fundamental right, such as the right to confrontation, must be ensured in a way that does not imply undue restrictions on other human rights acknowledged by ECHR law, and therefore, can in specific circumstances be delimited in order not to endanger core values, such as those concerned with the rights to life, liberty, and physical integrity of other persons who – precisely from an axiological viewpoint, due to the high rank of such rights – deserve to be considered as *pleno iure* participants.

Interestingly, such balances may lead to relativise the stand of the confrontation rights to protect persons who due to their profession and functions cannot be deemed as third *private* parties (e.g., police officers). But the reach of the protection shield elaborated by the ECtHR is even broader, as it covers a variety of combinations, which aim at avoiding that the full exercise of the right to confrontation in an oral hearing may have indirect effects *vis-à-vis* persons other than the addressee of a procedural act, who might be a third party too (e.g., family members of undercover agents), as well as individuals who may be included into a wide category of aggrieved parties (e.g., the next of kin of the injured person). It is worth observing that the need to enlarge the subjective scope of the principle of equality of arms has gained increasing relevance in some European jurisdictions. As has been noted, Italian lawmakers, by enacting a constitutional model of fair trial, has not only enshrined the principle of equality of arms as a pillar of an effective *contradictoire* but has also coupled the right to confrontation with the guarantee of a judicial body before which the accused must be granted the opportunity of examining or having examined *any* person who renders evidence against them (Art. 111 par. 3 Const.).

In European caselaw, the landmark judgement *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* marked a point of no return in the approach followed the Strasbourg Court, not only in relation to the treatment of the right of confrontation but also, and more generally, in the balancing of the legal interests of accused and accusers, in the light of a new distribution of competences between the Court and domestic judicial bodies⁴³. Thus, the solutions set out by this judgment in relation to absent witnesses, and which were further developed by the Grand Chamber in *Schatschaschwili v. Germany*⁴⁴, enabled the European judges to overcome the “Pillars of Hercules” of previous European jurisprudence, constituted by the sole and decisive evidence rule. In this way, the European Court strengthened the participatory role of the injured person even in cases in which, for not being able to be present at trial, they could not even be considered substantial participants, on condition, however, that the domestic authorities provided for adequate factors to counterbalance the lack of confrontation. This acknowledgment proves particularly relevant in situations such as that in which the victim has died before the institution of the criminal trial, insofar as it satisfies

⁴³ ECtHR, Grand Chamber, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, judgment of 15 December 2011, Appl. No. 26766/05 and 22228/06.

⁴⁴ ECtHR, Grand Chamber, *Schatschaschwili v. Germany*, judgment of 15 December 2015, Appl. No. 9154/10.

the right to be heard of persons who, no matter their role established by domestic law, could not make their voice heard in court and could therefore not be examined by the accused.

Another remarkable result reached by European caselaw was the progressive extension of the doctrine elaborated in *Al-Khawaja and Tahery* to further categories of individuals, who, despite not being impeded from rendering evidence at trial, may refuse to do so, or can make use of special examination techniques, like videoconferencing. This led the Court to broaden the scope of the balancing between the defendant's right to confrontation and the rights of third parties, while giving rise to new challenges with a view to the achievement of an overall fair evidentiary procedure. Doubtless, there are situations in which face-to-face confrontation in open court may not only hinder a reliable fact-finding but can also negatively impinge on fundamental rights of specific categories of "witnesses". For instance, in cases of vulnerable victims, minors and undercover agents, direct confrontation in an oral hearing would entail the risk of traumatising for the person being heard, and alternative methods of examination should be preferable. However, as has been pointed out by Claudio Orlando, «this approach does not entail that measures aimed at safeguarding witnesses – particularly, the non-attendance of a witness at trial, the video recording of a witness interview, the possibility of examining the witness indirectly through written questions at trial or at the pre-trial stage – apply automatically. Since such measures do not grant the defence the same opportunities as cross-examination, their application must be subjected to the most careful scrutiny by domestic authorities»⁴⁵.

5.4.2. *The individual protection vis-à-vis covert measures of investigation in the digital world*

But the most complex challenges for the protection of third parties and the *par condicio* principle, from the perspective of this research, arise in the field of covert investigations with far-reaching effects, such as digital communication intercepts, online searches, digital seizure, and so on. Because of their capability of gathering a huge amount of data and information regarding individuals who are often fully extraneous to the alleged offence and the ongoing inquiry, such tools raise several difficult questions which are still far from achieving satisfactory solutions in the European legal scenario. The main factor that differentiates them from any other investigative measure, and which is surely one among the most significant effects of the increasing impact that the digital revolution has mainly had on criminal inquiries, is that covert investigative measures may not only be addressed against third parties, but can also affect an unpredictable number of people without their identity being known and foreseeable at the time the investigation started – remarkably, no matter whether their addressee is a suspect or a third person.

The European Court of Strasbourg has shown a clear awareness of the problems concerned with the wide-ranging effects of covert digital tools of investigation on third parties, but despite its commitment to enhancing their participatory rights, the results achieved have not yet been entirely satisfactory⁴⁶. To be sure, the evolution of European caselaw from *Iordachi and Others* to *Roman Zacharov* has extended to digital communication intercepts the approach started years before in respect of interception measures in the analogical era in *Kruslin v. France*⁴⁷, by way of requiring specific indications by domestic law or practice of the

⁴⁵ See extensively C. ORLANDO, *The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law*, cit., p. 274 f.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 275 ff.

⁴⁷ ECtHR, *Kruslin v. France*, judgment of 24 April 1990, Appl. No. 11801/85.

categories of person who can be intercepted. A delicate issue concerns the problem of the effects of communication intercepts on individuals tapped fortuitously. In 2000, in *Amann v. Switzerland*, the European Court was already called upon to face this problem, and even though it denied their role as “necessary participants” in the phone conversations being tapped, it laid down a set of safeguards that the domestic authorities must comply with to avoid abuses – which safeguards include, *inter alia*, the precautions to be taken when communicating the data to other parties, as well as the conditions on which recordings may or must be erased or the tapes destroyed⁴⁸.

It is worth observing that two of the main guarantees aimed at preventing undue interference with the right to privacy and digital communication – i.e., the guarantees of a judicial oversight and of a prior notification – were considerably smoothed by more recent European case-law, which replaced the former with the control by an independent body, while excluding the latter from being a necessary requirement with a view to the effectiveness of legal remedies. This approach is highly debatable from a methodological viewpoint. Instead of weakening the safeguards due to the individuals whose conversations or data have been fortuitously gathered through covert means of investigation, the Court should have required domestic authorities to rigorously justify the adoption of measures which result in a bulk surveillance, and which must therefore be subjected to a test of strict necessity and call for constant check by a judicial authority.

6. *The extreme frontier: third parties and procedural fairness in the field of transnational criminal justice*

6.1. *The deformatisation of fair trial safeguards in the approach of ECHR case-law to evidence law*

The sustainability of a broad understanding a fair trial in light of the increasing role of third parties should now be tested in relation to what might be considered the extreme limit of any procedural experience in criminal matters, that is, the complex field of transnational criminal justice. There is little doubt that the achievement of a “transnational fair criminal trial” is today an essential goal and a very difficult challenge for practitioners, public institutions, and academics, particularly in an ever more integrated legal area, such as the EU area of freedom, security, and justice. It is apparent that criminal procedures with a transnational dimension, especially when cross-border situations at stake which require the activation of mechanisms of international judicial cooperation, by definition enhance the need for a de-formalised approach to the procedural participation, and therefore to the dialectical relationship between formal participants and third parties. Since the distribution of powers, rights, and safeguards is always dependent on the role that any jurisdiction assigns to state bodies and individual parties, from this it follows that by springing from one jurisdiction to another, those who are parties in state A may not have any participatory role in state B.

In short, transnational criminal justice manifestly blurs the division line between formal and third parties, while confirming the need for a substantial and axiological understanding of the procedural participation. It was precisely the necessity of avoiding the lowering the standards of human rights protection that led the former European Commission of Human Rights to already adopt – in the 1973 landmark decision *X., Y. and Z. v. Austria* – a very innovative

⁴⁸ ECtHR, *Amann v. Switzerland*, judgment of 16 February 2000, Appl. No. 27798/95, para. 61.

approach by dealing with the problem of testimonial evidence obtained by means of letters rogatory⁴⁹. The clear aim of this approach was to grant the addressee of incriminating statements the essential safeguards due to every person charged with a criminal offence, starting with the right to confrontation, notwithstanding no criminal process had been initiated against him and consequently he did not hold the formal status of 'accused' in the jurisdiction in which evidence ought to be collected. Years later, the Strasbourg Court further developed this understanding in the judgment *A.M. v. Italy*. In spite of the lack of general international-law instruments based on combined methods in force in Italy at that time, the European judges found in this ruling a breach of the Convention due to the failure by the Italian authorities to grant the accused a fair opportunity of confrontation. This result was not only due to the fact that the letters rogatory had been issued without the applicant's knowledge, but also because the Italian public prosecutor had expressly requested the US authorities not to allow the attendance of both defendant and his lawyer at the examination of key witnesses abroad⁵⁰.

The need to realign the relationship between formal participants and third parties in the light of an overall axiological view of a fair procedural participation is further confirmed by the way the problem of the methods of evidence-gathering has been dealt with in ECHR law. In this way, European case-law aimed at ensuring both the effectiveness of the right to confrontation and the dialectical structure of the criminal process in the field of transnational criminal justice. An early attempt to shorten such distance was made by the former European Commission in *P.V. v. Federal Republic of Germany*, which stressed that the fundamental safeguard of confrontation can be complied with in different forms than cross-examination in open court⁵¹. This assumption led the Commission to develop an approach based on the possibility of forwarding written questions to the competent court for examining witnesses on commission, an approach that was maintained by the Court for two decades. It was only in more recent years, and thanks to the evolution of science and the availability of modern technologies, that the European Strasbourg Court started testing the overall fairness of the criminal trial in the light of the ability of domestic authorities to «offer more interactive type of questioning of witnesses abroad, like a video link»⁵². The duty of diligence on the part of the defence that characterised its jurisprudence until then was abandoned in *Damir Sibgatullin v. Russia*, when the European judges focused on the obligation of the contracting states to provide alternative forms of obtaining testimonial evidence abroad, particularly through modern means of audio-visual communication⁵³. The enhancement of the right to confrontation in turn brought the accuser closer to the accused in the context of proceedings that, because of their transborder nature and the difficulties concerned with territorial distance, tend to separate them.

6.2. *The flexible understanding of the individual thirdness in EU law*

While ECHR caselaw therefore reveals the clear intention to fill the gap between formal participation and individual thirdness in transnational criminal procedures, the evolution of EU law does not provide us with uniform indications as to the relationship between formal and third parties in the field of transnational criminal justice. Most interestingly, the evolution of EU legislation reveals a very flexible understanding of third

⁴⁹ EComHR, *X., Y. and Z. v. Austria*, decision of 5 February 1973, Appl. No. 5049/71.

⁵⁰ ECtHR, *A.M. v. Italy*, judgment of 14 December 1999, Appl. 37019/97.

⁵¹ EComHR, *P.V. v. Federal Republic of Germany*, decision of 13 July 1987, Appl. No. 11853/85.

⁵² ECtHR, *Zhukovskij v. Ukraine*, judgment of 3 March 2011, Appl. No. 31240/03, para. 45.

⁵³ ECtHR, *Damir Sibgatullin v. Russia*, judgment of 24 April 2012, Appl. No. 1413/05, para. 56.

parties. Indeed, whereas the EIO Directive does not only treat the procedural thirdness in relation to individuals other than defendants, but also other than the victim and further persons who are typically considered as third parties, such as witnesses, the EPPO Regulation instead proposes a very broad category of individual thirdness that encompasses even suspects and victims. As Antonella Falcone held⁵⁴, these different conceptions reflect the different purposes pursued by the EU instruments of judicial cooperation, which justify a relativistic approach from the perspective of European transnational criminal justice.

Nevertheless, one might observe some common points towards which EU legal tools seem to converge. The main point of convergence is that EU law does not take into consideration any third party but only those individuals who are involved in, or can be touched upon by, procedural activities. This approach is also confirmed by the EIO Directive, in which the inclusion of the hearing of third parties, along with other categories of individuals, into a list of measures that appears to be characterised by their non-coercive nature should be interpreted prudently and does not need to be misunderstood. Indeed, that the taking of oral evidence does not imply restrictions on fundamental rights and freedoms, as happens with intrusive measures of investigation (search and seizure, communication intercepts, etc.) does not mean that it cannot impinge on fundamental rights. Thus, several individual rights can be endangered by the way in which a suspect is questioned, or statements are collected from witnesses and third parties, which therefore calls for enhanced protection in transnational cases, in terms of informational safeguards, defence rights, and so on.

From a human rights perspective, it is clear that cross-border procedures set additional challenges to those existing in domestic situations. Thus, while EU law favours recourse to modern technologies, as has recently been confirmed by Regulation 2023/1543 on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial sentences following criminal proceedings, this approach requires further guarantees than those provided in purely national cases. Moreover, the need for enhanced protection in transnational evidence-gathering procedures entailing the use of videoconference was already apparent in the EIO Directive⁵⁵.

Of course, the need to strengthen the protection of third parties increases when recourse to judicial cooperation mechanisms aims at investigative measures to be enforced overseas which entail interference with fundamental freedoms. It is worth observing that EU lawmakers have somehow tightened the concept of third persons who can undergo especially patrimonial measures. This clearly results from Directive 2014/42/EU, which, by dealing with third parties in its Article 6, requires member states to undertake the «necessary measures to enable the confiscation of proceeds, or other property the value of which corresponds to proceeds», but only if the instrumentalities or proceeds of crime, «directly or indirectly, were transferred by a suspected or accused person to third parties, or which were acquired by third parties from a suspected or accused person, at least if those third parties knew

⁵⁴ A. FALCONE, *The Protection of Third Parties and Victims in Criminal Proceedings in the Area of Freedom, Security, and Justice: Developments in EU Law*, in S. RUGGERI, A. FALCONE, V. DI NUZZO (eds.), *Third Parties in Criminal Proceedings*, cit., p. 289 ff.

⁵⁵ In particular, suspects and defendants must «be informed in advance of the hearing of the procedural rights which would accrue to them, including the right not to testify at all», under the law of both the executing State and the issuing State, while witnesses must be granted a more limited, but not less relevant safeguard, namely they «may claim the right not to testify which would accrue to them under the law of either the executing or the issuing State and shall be informed about this right in advance of the hearing». See Art. 24(5)(e) EIO Dir.

or ought to have known that the purpose of the transfer or acquisition was to avoid confiscation, on the basis of concrete facts and circumstances».

This approach reveals the clear intention of EU institutions to circumscribe the category of third parties whose patrimony can be frozen or confiscated by highlighting a strict link to the alleged offence, which is demonstrated by the practice of suspects or accused «transferring property to a knowing third party with a view to avoiding confiscation». The concept of “knowing third party” is certainly in line with the general understanding of third parties proposed in our research, as founded on their involvement in (or their connection with) criminal proceedings. While this approach explains the attention attached by EU lawmakers to the need to preserve the rights of *bona fide* third parties, it also shows another important element to understand the way EU law treats third parties, entitling specific categories of individuals to claim the protection of those rights they assume to be infringed by investigative measures. The 2002 Framework Decision on the EAW had already walked a similar road by treating the issue of the rights of third parties regarding the seizure and handing over of property in the context of such surrender procedures. Unfortunately, this legislative instrument failed to specify several relevant aspects, starting with the definition of the categories of rights comprised in this provision, the applicable law according to which protection can be claimed, and so on. Without a doubt, all these aspects necessitate of proper clarification considering the vulnerable condition of the persons involved especially in criminal procedures having a transnational dimension, and therefore also third parties. The achievement of a higher degree of precision is a clear commitment of EU lawmakers, who are called upon to strengthen the protection of the individuals implicated in cross-border situations, beyond their formal status.

This perspective in turn allows us to better understand the broad approach adopted by the EPPO Regulation, which may seem to put on an equal footing defendants, victims, and third parties from the viewpoint of the adverse effects of procedural activities addressed against them. It might be argued that under this legal instrument, every person affected by investigations should be seen «as part of a wide category, namely as third parties, in relation to the EPPO’s investigative power and the national courts carrying out judicial review»⁵⁶. This does not however mean that we can consider the EPPO as a point of reference to define the “thirdness” of other participants in its investigations, for it is clear that the functions and roles of individuals and this supranational prosecutorial body are so heterogeneous that any comparison between them would be useless. At any rate, one should also acknowledge that the EPPO’s investigative action must always not only comprise the «public interests embedded in the prosecution of PIF crimes but also those of the suspect, victim, and any other affected parties in respect of which the national court plays the role of guarantor»⁵⁷.

7. Conclusions

The multiple perspectives of European law, and especially the developments occurred in the case-law of the European Courts, may seem to confirm the proposed deformed approach, which calls for a differentiated view of the category of third parties within a relativistic understanding of the procedural participation, depending on the type of the

⁵⁶ A. FALCONE, *The Protection of Third Parties and Victims in Criminal Proceedings*, cit., p. 301.

⁵⁷ *Ibid.*

proceedings and the legal interests at stake. In this perspective we may therefore understand the substantial way of approaching the procedural thirdness in criminal justice, promoted by the CJEU in *DR* and *TS*, in which it expressly held that «national legislation must allow third parties to appear as a party in the confiscation proceedings»⁵⁸.

Unfortunately, national lawmakers both within and outside Europe are still far from recognising this understanding, which does not allow them to achieve satisfactory standards of protection of third parties. Therefore, notwithstanding an increasing number of individuals are more and more touched upon by procedural acts, particularly during investigative phases, they are often denied essential participatory safeguards, and the existing guarantees are not proportional to the magnitude of the restrictions on fundamental rights and freedoms third parties undergo. Indeed, there is a widespread reluctance to consider (and treat) them as *pleno iure* participants in criminal proceedings, or *rectius*, in those specific procedures regarding their legal interests and rights.

The ECtHR has on various occasions pointed out the outdatedness of the domestic arrangements introduced by European legislatures, and the recent judgment *Contrada v. Italy* (No. 4) provides an enlightening example⁵⁹. In this case, the European Court found a breach of Article 8 ECHR on the ground that Italian law, insofar as it does not grant the person whose communications have been intercepted the status of a party in criminal proceedings, unless he already holds it for other reasons, does not ensure adequate and effective safeguards against abuses. Yet the Strasbourg judges did not limit themselves to this general conclusion but specified the qualitative requirements which must characterise all the procedures regarding communication intercepts, that is, the need to ensure that third parties are duly notified of the delivery of the documentation regarding an interception that captured their conversation, can obtain a judicial oversight of the lawfulness, proportionality, and necessity of such intrusive measure, and eventually can request the erasure of irrelevant communications and reparation for the unlawful interception. It is apparent that the informational requirement could pose delicate problems in relation to third parties whose communications have been fortuitously gathered during an interception ordered against other individuals, no matter whether suspects or third parties. But there is no valid ground for ruling out the possibility for a person affected by a communication intercept to access a judicial control, which is still the most powerful means of reducing the risk of abuses. Furthermore, the acknowledgment of these rights to third parties as well, and the provision of the need for the judicial authority to issue a reasoned decision in any case, might also prevent in advance an excessive use of interception tools, and to limit especially the recourse to spyware due to their widespread intrusiveness, as has been noted, in respect of an unpredictable number of people.

In the transnational domain, we saw that the CJEU has strongly contributed to enhancing a conception of third parties – and therefore of the procedural participation in all its features – based upon the intrusiveness of legal acts and their capability of affecting the interests of the applicants regardless of their role and status. This perspective, moreover, finds a clear legal basis in Article 263 TFEU, which links the guarantee of judicial review to the ability of acts of bodies and agencies of the Union to «produce legal effects *vis-à-vis* third parties».

⁵⁸ CJEU, *DR* and *TS*, judgment of 21 October 2021, C-845/19 and C-863/19.

⁵⁹ ECtHR, *Contrada v. Italy* (n. 4), judgment of 23 May 2024, Appl. No. 2507/19.

Yet a close examination shows that the potentials of such a relativistic and deformed approach to the individual thirdness goes far beyond a viewpoint founded on the negative effects of procedural acts *vis-à-vis* third parties. To be sure, this viewpoint seems to be the half of a broader perspective. Insofar as the stand of third parties leads to a re-examination of the huge problem of the procedural participation on the basis of the different legal interests of participants in criminal investigations and court proceedings, this problem may also be analysed from the opposite perspective too. Thus, what about those who can be advantaged by the effects of legal acts within a procedure in which they are involved without having any role of formal parties? Can they claim effective participation? Should they be treated as substantial parties as well, and in the affirmative case, what differentiate their standing from that of the third parties we have dealt with hitherto? There is little doubt that individuals other than formal parties may undergo negative consequences by the failure of the competent bodies to provide certain safeguards, *e.g.* family members of a person allegedly injured by domestic violence, stalking and violence against children.

Such situations, in their simplicity, highlight a viewpoint that still needs in-depth theoretical examination but appear to be of the utmost importance and open a very promising perspective, insofar as it reveals the different legal response that criminal trials must provide to individuals claiming for justice. This response should not be reduced to subsequent remedies to intrusive measures, but must be able to protect in advance every person involved in criminal justice, regardless of their formal role. Therefore, a proactive and preventive legal intervention is an essential component of any system which aims to ensure full protection of the most precious values of every participant in criminal proceedings, reducing to the minimum extent the risk of undue interference with fundamental rights such as privacy or physical integrity. This perspective confirms the need for a human rights-oriented – and therefore, a *lato sensu* constitutional law – approach in the light of a broad understanding of a fair and effective participation of individuals in criminal trials. There is still much to be done, but this is an inevitable road that must be walked to achieve a true space of justice for all the persons who undergo the experience of a criminal trial in every society.

ABSTRACT: *Third Parties and the Increasing Complexity of Law. Relativism and Axiology of the Procedural Participation in Criminal Justice in the Digital Era*

This contribution cuts across the outcomes achieved in this complex research by providing some concluding remarks on the interaction between the two pillars of this study, namely the increasing involvement of third parties in criminal proceedings and the digital transformation of criminal justice. It analyses the ever-lasting mystery of the standing of third parties, which however provides a useful viewpoint to rethink the participation on criminal investigations and trials, and therefore, the dialectical relationship between individuals and public authorities. A fresh examination of the distinction between procedural partiality and thirdness allows us to reconsider from a deformed and axiological viewpoint the essential category of “participation” in criminal proceedings, and the aims of criminal justice in an ever more complex and transnational dimension.