

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

11/2023

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

di Gaetano Ancona

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

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

1. Introduzione.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. I fatti ed il contesto giuridico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ *Ibid.*

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

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

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

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

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

3. La decisione della Corte.

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

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

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

¹⁸ *Ibid.*, § 25.

¹⁹ *Ibid.*, § 32.

²⁰ *Ibid.*, § 53.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ *Ibid*, § 48.

²⁵ *Ibid*, § 53.

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

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

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

4. Commenti.

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

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

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

²⁷ Ibid, § 86-88.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ *Ibid.*, § 38 e 43.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

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

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

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

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

5. Conclusioni.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**