

Feb/2025

CAMMINO
DIRITTO

Rivista Giuridica



RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore responsabile: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico:

A. Manna, A. Villa, A. Guasco, A. Lo Giudice, A. Sacco Ginevri, A. Patroni Griffi, A. Esposito, A. Pernigotti, A. Tarzia, A. Gusmai, A. Las Casas, A. Saccoccio, C. Salvadores De Arzuaga, C. Petteruti, C. Bologna, C. Grandi, C. Napolitano, C. Troisi, C. Scognamiglio, C. Buccico, C. Dounot, D. Bonaccorsi Di Patti, E. Kuzmin, E. Crespo, E. Catalano, E. Dominguez Redondo, E. La Rocca, E. Cersosimo, E. Damiani, F. Cassibba, F. Giunchedi, F. Vessia, F. Longobucco, G. Mercanti, G. Basini, G. Riccio, G. Lemme, G. Tabasco, G. Losappio, G. Tropea, G. Naglieri, G. Monaco, G. Kalflèche, H. Fariás Echeverría, I. Capelli, I. Alvino, I. Vivas Tesón, J. Peris Riera, J. Da Nobrega Souza, L. Salvaneschi, L. Della Ragione, L. Longhi, L. Kalb, L. Foffani, M. Feola, M. Tiberii, M. Staake, M. Giorgianni, M. Cavallaro, M. Montagnani, M. Rodríguez Montañés, M. Pio Fuiano, M. Esposito, M. Caterini, M. Löhnig, M. Benincasa, M. Lupoi, N. Triggiani, P. Troisi, P. Ghionni Crivelli Visconti, P. Alvazzi Del Frate, P. Albi, P. Valdrini, P. Hilpold, P. Milazzo, P. Dalia, R. Caterina, R. Ursi, R. Aprati, R. Giampetraglia, R. Letteron, R. Palladino, R. Miranda Goncalves, S. Nardi, S. Spuntarelli, S. Regasto, S. Setti, S. Caruso, S. Raffaele, S. Cociani, S. Harrendorf, T. Greco, T. Guerini, W. Huck, Z. Tsolakidis

Comitato dei Revisori:

A. Giocondi, A. Giraldi, C. Della Giustina, C. Ruocco, C. Migliazza, D. Schirò, F. Prato, G. Fadda, G. Marsico, I. Travaglione, L. Redazione, L. Di Crescenzo, M. Gangi, O. Greco, S. Greco, T. Passarelli, V. Visone, W. Nocerino

Redazione:

- capo redattore I. Taccola
- v.capo redattore G. Ferlisi
- v.capo redattore M. Bottino
- v.capo redattore I. Valentino

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**

ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140 - Rivista ANVUR

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via Rosa Jemma 50 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO Srl

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <https://www.camminodiritto.it>
Indirizzo e-mail: direzione@camminodiritto.it

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore

1 - UDIENZA PREDIBATTIMENTALE, VALUTAZIONE PROGNOSTICA E DECISIONE ALLO STATO DEGLI ATTI: UN'ANTINOMIA PIÙ APPARENTE CHE REALE

autore/i **Lucia Di Crescenzo**, pubblicato mercoledì 5 febbraio 2025

2 - LE CONCESSIONI BALNEARI DOPO LA LEGGE 166/2024 E POSSIBILI SCENARI

autore/i **Roberto Colucciello**, pubblicato martedì 18 febbraio 2025

3 - LA TUTELA EUROPEA E INTERNAZIONALE IN AMBITO DI CIRCOLAZIONE DI BENI CULTURALI: STRUMENTI NORMATIVI A CONFRONTO

autore/i **Lia Montereale**, pubblicato mercoledì 19 febbraio 2025

4 - LA FORMAZIONE DEL GIUDIZIO DEL GIUDICE CIVILE E CANONICO

autore/i **Giovanni Margherita**, pubblicato venerdì 21 febbraio 2025

UDIENZA PREDIBATTIMENTALE, VALUTAZIONE PROGNOSTICA E DECISIONE ALLO STATO DEGLI ATTI: UN'ANTINOMIA PIÙ APPARENTE CHE REALE

La sentenza in commento si riferisce al funzionamento dell'udienza predibattimentale, introdotta dalla c.d. "Riforma Cartabia", ed è meritevole di rilievo in quanto affronta il profilo relativo all'acquisizione di una consulenza tecnica di parte allegata ad una memoria prodotta dalla difesa dell'imputato, non inserita nel fascicolo del pubblico ministero poiché redatta successivamente alla notifica dell'avviso ex art. 415-bis c.p.p. Al contrario di altre prassi adottate nell'ambito dello stesso Distretto di Corte d'appello – e, addirittura, del medesimo Tribunale –, per la pronuncia in esame l'ingresso di atti ulteriori rispetto a quelli già presenti nel fascicolo formato dalla pubblica accusa è possibile se giustifica un proscioglimento per irragionevole previsione di condanna.

autore **Lucia Di Crescenzo**



Abstract ENG

Sommario: 1. Svolgimento del processo; 2. Motivi in fatto e in diritto; 3. Commento.

1. Svolgimento del processo

Con decreto di citazione del 7 marzo 2024, l'imputato – per il delitto previsto e punito dagli artt. 582, 585, co. 1 in relazione all'art. 577 co. 1, n. 1, 585, co. 2, n. 2, 94 co. 3 {URL} *bis* {URL}

Dopo un primo rinvio per rinnovo notifiche all'imputato, all'udienza del 10 ottobre 2024, accertata la regolarità del contraddittorio, la difesa depositava memoria difensiva e consulenza psichiatrica di parte alla quale si riportava. Il giudice di ritirava in camera di consiglio, all'esito della quale pronunciava, mediante lettura del dispositivo, sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 554-ter {URL}

2. Motivi in fatto e in diritto

In data 12 marzo 2023 il padre dell'imputato sporgeva querela rappresentando che nell'ambito di un diverbio intercorso con il figlio, quest'ultimo si agitava e gli scagliava contro un coltello da tavolo con punta rotonda, attingendolo leggermente alla testa e provocandogli un'escoriazione al cuoio capelluto per la quale non reputava necessario il ricorso alle cure ospedaliere.

Il querelante precisava che da alcuni giorni il figlio teneva un atteggiamento aggressivo, probabilmente legato all'assunzione di sostanze stupefacenti, tanto da rendere necessario, in data 16 marzo 2023, il ricovero forzato al reparto di psichiatria presso il nosocomio territorialmente competente.

La diagnosi di dimissione – di cui si dava atto all'interno della memoria difensiva depositata all'udienza del 10 ottobre 2024 – si sostanziava in *«disturbi psichici e comportamentali indotto da abuso di sostanze»*.

Nell'ambito della consulenza psichiatrica di parte, allegata alla memoria, si precisava che *«gli stati maniacali si manifestano attraverso l'espansione dell'umore con possibilità di agitazione, la irascibilità ed impulsività con conseguente capacità di autocontrollo e possibilità di tenere reazioni, anche improvvise ed imprevedibili, occasionate da banali stimoli. Siffatta capacità di autocontrollo, occasionata dal concreto stato patologico, si traduceva nell'incapacità di volere al momento del fatto [...] va ammessa, in via secondaria e contestuale, anche una compromissione della capacità di intendere e di volere nel senso che il soggetto, accecato dalla tempesta emotiva in atto, non aveva in quel momento lucida e piena consapevolezza della portata e delle conseguenze dell'atto che poneva in essere»*.

Va tenuto, altresì, in debito conto che il genitore in data 4 dicembre 2023 rimetteva la querela; tale circostanza, pur non sortendo effetti in merito alla procedibilità del reato (per il quale si procedeva d'ufficio), è quantomeno sintomatica di un mutamento di contesto rispetto a quello che lo aveva indotto a sporgere querela, a riprova del cambiamento migliorativo mostrato dall'imputato, il quale intraprendeva un percorso di recupero e reinserimento sociale, non residuando una valutazione di pericolosità sociale.

In sostanza, quindi, gli elementi acquisiti deponevano per l'insostenibilità dell'accusa in giudizio in riferimento alla prova dell'imputabilità dell'imputato. Ne conseguiva che le evidenze probatorie non consentivano di poter formulare, in vista del giudizio, una ragionevole previsione di condanna dell'imputato in ordine ai fatti ascritti.

3. Commento

Tra le misure elaborate nella l. n. 134 del 2021^[1] e ispirate dal “mantra” dell'efficienza^[2], si annovera l'istituto dell'udienza predibattimentale^[3] definita come

la «novità di maggiore rilievo [...] e, indubbiamente, una delle più significative dell'intera riforma»[4], voluta con il principale scopo di consentire – nella fase degli atti preliminari al dibattimento, nei casi di citazione diretta a giudizio[5] –, la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere, anche alla luce della nuova regola di giudizio – contestualmente introdotta – della «ragionevole previsione di condanna».

Sul piano degli obiettivi, la nuova udienza è votata a svolgere una duplice funzione[6]: da un lato, obbliga il giudice ad un controllo giurisdizionale sull'imputazione – chiudendo immediatamente il processo laddove il compendio investigativo non abbia concrete possibilità di portare ad un positivo accertamento della responsabilità penale – e, permette di procedere, quando sia stata avanzata richiesta, con i procedimenti alternativi al dibattimento; dall'altro, consente una corretta instaurazione del contraddittorio.

Per certi versi simile all'istituto dell'udienza preliminare, tra i timori manifestati, fin da subito, vi era proprio quello di evitare che il nuovo istituto ereditasse i difetti di funzionamento del primo, con il rischio di vanificare la *ratio* della riforma, senza tener conto, inoltre, che trattasi di una «fase iniziale del dibattimento, e non di una fase diversa»[7].

A dimostrazione della fiducia riposta nel nuovo istituto, con la riforma il modello di procedimento per citazione diretta a giudizio – per definizione, semplificato e celere[8] – ha subito un'espansione applicativa, facendovi rientrare alcuni «delitti da individuare tra quelli puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa», a patto che essi «non presentino rilevanti difficoltà di accertamento»[9].

Trattasi di un'udienza predibattimentale – con le forme della camera di consiglio – con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato innanzi a un giudice diverso da quello davanti al quale, eventualmente, dovrà celebrarsi il dibattimento[10]. La sua funzione principale si sostanzia nella valutazione del giudice – «sulla base degli atti trasmessi ai sensi dell'art. 553», norma che, nella versione vigente[11], richiama sia il fascicolo del dibattimento, formato dall'ufficio del pubblico ministero, che quello delle indagini – circa la sussistenza delle condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere dopo aver constatato che gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna[12].

La nuova regola di giudizio – valevole *sic et simpliciter* e in tutta la sua espansione anche per l'istituto in esame – imporrebbe al giudice del filtro non già di apprezzare l'utilità di un approfondimento dibattimentale, ma la prospettiva di una affermazione di penale responsabilità[13], aspetto che, a seconda del fine che si intende perseguire,

rappresenta sia il punto di forza del nuovo istituto, così come anche la criticità più evidente in ambito operativo.

Ed infatti, depurato il campo di indagine da considerazioni teoretiche e scarsamente pragmatiche, ci si trova di fronte ad un controllo di merito in ordine all'esercizio dell'azione penale formulata dall'accusa, onerata a sua volta di svolgere «una prognosi di responsabilità in capo all'imputato in funzione dell'esito finale del processo e non della sua utilità»[\[14\]](#) sulla scorta degli elementi contenuti nel fascicolo delle indagini.

Come già anticipato, l'istituto manifesta «evidenti affinità con l'udienza preliminare»[\[15\]](#): a partire dalla più incisiva regola di giudizio e continuando con la forma, il contenuto dell'epilogo decisorio, la disciplina della condanna del querelante alle spese e ai danni, nonché l'impugnazione e la revoca.

Ci si trova, in sostanza, al cospetto di una sorta di «diaframma» tra le indagini preliminari e il dibattimento o, per meglio dire, un «congegno normativo a vocazione selettiva che si propone di dar seguito esclusivamente a quei procedimenti che, se considerati allo stato degli atti, lasciano “presagire” l'emissione di una futura sentenza di condanna»[\[16\]](#).

L'istituto comporta, dunque, un controllo giurisdizionale sull'addebito elevato dall'organo della pubblica accusa da svolgersi nel contraddittorio tra le parti, che non si limita ad appurare il rispetto dello *standard* descrittivo di cui all'art. 552, comma 1, lett. c), {URL} [\[17\]](#), ma – una volta che la prima verifica abbia dato esito positivo – si spinge fino a testare successivamente l'aderenza al contenuto del fascicolo.

Il vaglio preliminare prefigurato assume, pertanto, una caratterizzazione «bifasica»[\[18\]](#) produttiva di effetti e rispondente a logiche efficientiste sempre che, una volta calato nella prassi, sia però effettivo e «penetrante»[\[19\]](#), soprattutto quando l'atto imputativo si presenta «approssimativo»[\[20\]](#): al giudice è richiesto di proiettarsi mentalmente nel successivo segmento processuale anticipando – e quindi, in un certo senso, ideando con una certa perspicacia – quella che potrebbe essere la successiva istruttoria dibattimentale e la sua idoneità ad accogliere e confermare la prospettazione accusatoria.

Com'è agevole prevedere, tale momento valutativo si presta a condivisibili speculazioni.

Da un lato, vi è chi sostiene che «il giudizio prognostico ha senso nel passaggio da una fase all'altra del procedimento penale, come accade con la richiesta di rinvio a giudizio e il decreto che dispone il giudizio (atti propulsivi del procedimento penale), mentre la sentenza di non doversi procedere *ex art.* 469 {URL} [\[21\]](#), e quella di proscioglimento *ex art.* 129 {URL} [\[22\]](#); dall'altro, chi insiste sulla natura prognostica del criterio della «ragionevole previsione di condanna»[\[23\]](#) e, quindi, a prescindere dal momento

processuale in cui si impone la sua applicazione.

Nel solco di quest'ultimo indirizzo interpretativo – raccogliendo un sicuro apprezzamento positivo – si inserisce la scelta operata dal giudice della sentenza in commento di acquisire documentazione non contenuta nel fascicolo trasmesso dall'ufficio del pubblico ministero (nel caso di specie, una consulenza tecnica di parte, allegata alla memoria difensiva), in aderenza al canone dell' *in dubio pro reo* – che è, e deve restare, l'angolo di visuale da privilegiare! – a scapito di quello dell'*in dubio pro actione*[24].

Diversamente ragionando, si rischierebbe di plasmare la figura di un magistrato «costretto a vestire i panni di [un] moderno aruspice che dall'esame di una materia vile (gli elementi proposti dall'accusa, non ancora assurti a dignità di prova) dovrà ricavare presagi su quanto in seguito dovrebbe avvenire»[25].

Il pericolo da neutralizzare è quello di paralizzare l'attività di un giudice che è chiamato da un lato ad effettuare una prognosi di condanna, su materiale gnoseologico predeterminato, dall'altro ad avvalersi della nuova *regula iuris* che non gli consente di limitarsi a decidere su quanto contenuto nei due fascicoli che gli pervengono ai sensi dell'art. 553 {URL}

Appare incontestabile, quindi, la considerazione in base alla quale il vaglio preliminare richiesto dal sistema presenta una duplice natura: dopo una prima fase “diagnostica” finalizzata a determinare il valore degli elementi conoscitivi in quel momento disponibili, segue una fase “prognostica” volta a stabilire se sia necessario o no svolgere il giudizio, ampliando l'analisi fino a prevedere se, in un eventuale dibattimento, i risultati conoscitivi ottenuti rimarrebbero tali, o fossero destinati a mutare[26].

Le potenzialità insite nell'istituto trovano, però, un evidente limite nella formulazione letterale della disposizione che vuole una pronuncia elaborata «sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero», con la conseguente impossibilità per il giudice, nel frangente in discorso, di ordinare nuove indagini ovvero di procedere a una integrazione del compendio probatorio, al contrario di quanto avviene, *ex artt.* 421-*bis* e 422 {URL} [27], scelta, questa, probabilmente espressiva della volontà di garantire a tutti i costi la speditezza e la fluidità del rito[28].

Come acutamente osservato, l'esperienza quasi trentennale della udienza preliminare avrebbe dovuto suggerire ai *conditores* che, nei contesti di snodo – e tale è da considerarsi anche il momento dell'udienza predibattimentale – agire in senso restrittivo sul criterio di giudizio non impedisce certo la nascita e l'affermazione di orientamenti giurisprudenziali che lo trascendano anche per non tradire le aspettative di chi ha asserito che «[s]e l'udienza preliminare si è spesso rilevata “un luogo di passaggio delle carte”,

altrettanto si confida che non si dirà dell'udienza filtro predibattimentale»[29].

Appare evidente che il presupposto indefettibile per la riuscita dell'effetto deflativo che accompagna la nuova *regula iuris* sia la completezza delle indagini[30]; tuttavia, pare altrettanto evidente che il legislatore abbia omesso di «forgiare una figura altrettanto attrezzata per l'udienza predibattimentale[31]» a differenza di quanto previsto, invece, in sede di richiesta di archiviazione o di udienza preliminare[32].

Abbandonata la strada di un esercizio dell'azione penale come conseguenza automatica alla ricezione della notizia di reato, la determinazione del pubblico ministero di instaurare il processo ha assunto connotati più spiccatamente valutativi[33], tanto da indurre a prediligere l'inazione tutte le volte in cui gli elementi raccolti dall'organo dell'accusa non consentano di assolvere l'onere probatorio in sede di giudizio.

La regola di giudizio della “ragionevole previsione di condanna” incombe già nella fase delle indagini preliminari e speculare a tale sistema emerge un pubblico ministero impegnato a sviluppare l'indagine in ogni direzione[34], ivi compresi gli accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato, in ossequio al cosiddetto principio di tendenziale completezza delle indagini.

Bisogna prendere atto che «oggi più che mai l'auspicata completezza delle indagini per una responsabile decisione sull'alternativa azione/inazione, dovrebbe giovare dell'eventuale contributo dell'accusato – mediante apporti gnoseologici personali o tramite l'attività del difensore – volto a individuare piste investigative ignote agli inquirenti» –, salvo che lo stesso non maturi un «interesse a riservare alla fase del giudizio il proprio apporto ricostruttivo alla vicenda»[35] –, e ciò anche al fine di restituire effettività al termine concesso all'indagato, dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, per contribuire alla formulazione delle determinazioni del pubblico ministero procedente.

Condivisibile la posizione di chi ha sostenuto che «a tale udienza è demandata, oltre l'esercizio di poteri di controllo sulla legalità delle indagini e sulla chiarezza e precisione delle imputazioni, la funzione strategica di temperare l'incontrollato dispiegarsi dell'obbligatorietà dell'azione penale, precludendo l'accesso ai processi inutili e superflui secondo il più rigoroso criterio prognostico di condanna dell'imputato, così da sollecitarne il ricorso ai riti alternativi»[36].

Invero, di fronte ad un giudice privo di poteri istruttori e chiamato a decidere allo “stato degli atti”, diventa più arduo il compito della difesa – a seguito della *discovery ex art. 415-bis* {URL} *chances* di successo[37].

Nel contesto di una difesa non solo più attiva ma anche proattiva, allo stato – ed è questa

la prassi adottata da alcune corti territoriali, dietro lo schermo di un'interpretazione rigorosamente letterale della norma – è preclusa alla difesa dell'imputato, ed anche della persona offesa, la produzione documentale direttamente alla prima udienza predibattimentale[38] che, si ricorda, è svolta nel contraddittorio tra le parti; a questo si aggiunge l'aberrante incertezza relativa alla possibilità data alle parti di discutere[39] tanto da indurre a “consigliare” ai difensori, in vista delle udienze celebrate avanti a giudice predibattimentale di cui non conoscono la prassi adottata in ordine alla discussione, di depositare una memoria – sempre possibile ai sensi dell'art. 121 {URL} [40], con ulteriore aggravio nell'espletamento del diritto di difesa.

Inoltre – e da tutt'altra prospettiva –, il *deficit* cognitivo che affligge il giudice chiamato al vaglio preliminare dell'accusa favorirebbe il transito ad un dibattimento destinato a concludersi con un proscioglimento, con il pericolo di pregiudicare gli obiettivi efficientistici perseguiti dalla riforma[41].

Ebbene, una possibile soluzione si intravede nell'art. 554-*bis*, comma 1, {URL} : la norma, infatti, dispone che l'udienza di comparizione predibattimentale si svolga in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato e, quindi, con le forme di cui all'art. 127 {URL}

Com'è noto, la giurisprudenza non esclude la possibilità di produrre nuovi documenti, in allegato alla memoria, a patto che venga correttamente instaurato ciò che è stato definito come un contraddittorio[42] “scritto di carattere esterno”[43].

Premesso che il termine per il deposito delle memorie deve intendersi libero ai sensi dell'art. 172, comma 5[44], la dottrina e la giurisprudenza prevalenti attribuiscono allo stesso natura perentoria, benché le norma non contempli espressamente la decadenza o l'inammissibilità nel caso di inosservanza e trovando rimedio, eventualmente, in una richiesta di breve termine a difesa per la corretta instaurazione del contraddittorio; inoltre, rispetto alla relazione tra l'art. 121 {URL} *interpretatio abrogans* dell'art. 127, comma 2, si sostiene che tra quest'ultima disposizione e l'art. 121, comma 1, il rapporto sia di “specialità-esclusione”, sicché la memoria depositata oltre il termine deve considerarsi irricevibile[45].

Ad ogni buon conto – e per quanto qui d'interesse – se la giurisprudenza discute del rispetto del termine non solo con riferimento alle memorie ma anche ai documenti[46], eventualmente allegati, non dovrebbe trovare ostacolo l'ingresso, nel corso dell'udienza di comparizione predibattimentale, una produzione documentale altra rispetto a quella contenuta nel fascicolo trasmesso al giudice, ma idonea a supportare la valutazione prognostica a cui il giudicante è chiamato[47].

Ne consegue che l'abbandono di speculazioni in ordine alla natura prognostica o

diagnostica della valutazione sottesa alla nuova regola di giudizio dovrebbe condurre – esattamente come accade nell’atto medico, dove la prognosi di una malattia è formulata dopo averla diagnosticata – all’accettazione che si è in presenza di un doppio giudizio, vale a dire di una prognosi emessa sulla base di una diagnosi: diagnosi perché il giudice formula il suo convincimento in base allo stato degli atti, ossia secondo l’evidenza probatoria in quel momento disponibile; prognosi perché oggetto del giudizio è la non prevedibilità della condanna, ossia un avvenimento futuro[48].

Come giustamente osservato[49], «il giudice potrebbe ragionevolmente prevedere la condanna quando le risultanze siano sì carenti, insufficienti o contraddittorie ma complessivamente il quadro probatorio sia aperto all’epilogo della colpevolezza mediante un dibattimento che plausibilmente correggerà i difetti delle indagini o farà luce sui punti d’ombra».

Un sistema così congegnato, se da un lato sembra tradire la *ratio* della riforma (che riposa, in realtà, su una pretesa responsabilizzazione[50] dei pubblici ministeri nell’espletamento delle indagini)[51], dall’altro tende ad assopire i condivisibili timori paventati nei confronti di una «figura necessariamente fortemente connotata da una logica di parte, istituzionalmente indotta a rinvenire forme di conferma di ipotesi unidirezionali»[52].

Dunque, se si propende verso il definitivo superamento del canone della sostenibilità dell’accusa in giudizio – interpretato come utilità del dibattimento, per cui il procedimento passa alla fase dibattimentale laddove questa fase sia in grado di completare o meglio specificare le risultanze disponibili[53] –, e si tende ad arrestare «la crescita di importanza di una fase nella quale la raccolta probatoria vede l’indagato, se non disarmato rispetto ai poteri del pubblico ministero, quantomeno in una posizione di netta inferiorità»[54]; al fine di restituire equilibrio al sistema, non resta che creare le condizioni – tra le quali, l’eventuale acquisizione degli atti prodotti dalle difese – affinché il giudice dell’udienza predibattimentale possa efficacemente assolvere alla sua funzione con tutti gli elementi a sua disposizione.

Orbene, nel caso della pronuncia in commento, se il giudice non avesse consentito l’acquisizione della consulenza tecnica di parte avrebbe probabilmente disposto l’inizio di un dibattimento in cui si sarebbe certamente resa necessaria una perizia idonea a incanalare un proscioglimento nel merito per difetto di imputabilità al momento del fatto.

La lungimiranza del giudicante ha posto rimedio anche alla lacunosità del compendio probatorio fornito dall’accusa dal momento che la documentazione medica – esaminata dal CTP, ma sottovalutata dal pubblico ministero – era la stessa versata agli atti del procedimento a corredo di una memoria depositata dopo l’avviso di conclusione delle indagini e capace di ingenerare già in quel momento il dubbio, in capo all’accusa,

dell'inidoneità degli elementi da porre a fondamento di una ragionevole previsione di condanna a carico di un soggetto affetto da vizio di mente al momento del fatto, tale da azzerare completamente la capacità di intendere e di volere.

In sostanza, pur se meglio compendiate nell'ambito di una consulenza tecnica di parte prodotta all'udienza di comparizione predibattimentale, gli elementi idonei a determinarsi per l'inazione erano già tutti sussistenti al momento della trasmissione del fascicolo del dibattimento e del fascicolo delle indagini ai sensi dell'art. 553 {URL}

Dunque, delle due l'una: o si consente al giudice del filtro di integrare il quadro probatorio, d'ufficio o su iniziativa di parte, comprimendo in questa fase l'esigenza di celerità ma restituendo al dibattimento solo i processi meritevoli di tale vaglio; oppure bisogna pretendere dagli uffici di procura lo svolgimento di indagini maggiormente accurate e, soprattutto, ispirate al canone, per quanto possibile, della completezza investigativa in virtù di una valutazione prognostica da azionare già al momento delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale.

In entrambi i casi, è necessario accogliere con favore la possibilità per le parti processuali – necessarie ed eventuali – di incidere significativamente sul giudizio proiettivo di sostenibilità o meno dell'accusa attraverso contributi cognitivi ed argomentativi arrecati da ciascuna[55], e magari non prodotti in precedenza, non solo per strategia difensiva ma anche perché sopravvenuti alla formazione del fascicolo per il dibattimento.

La nuova decisione da prendere “allo stato degli atti”, se interpretata rigidamente, da un lato sembra discostarsi irragionevolmente da altre ipotesi previste nell'impianto codicistico[56], dall'altro creerebbe uno sterile conflitto con il giudizio prognostico necessariamente richiesto per pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

Allo stato, però, non appare ipotizzabile altra soluzione – stante la diversità di vedute in punto di applicazione dell'istituto – se non quella di condividere quanto già osservato da attenta dottrina, secondo cui «in riferimento allo scopo dell'udienza predibattimentale, nessuno può dubitare che la volontà del legislatore sia stata quella di assegnargli una funzione pari a quella dell'udienza preliminare; di talché il ricorso alla *ratio legis* e alla *ratio iuris* di cui all'art. 12, co. 2, preleggi deve necessariamente consentire – come, peraltro, qualche giudice sta già facendo – di colmare i vuoti del legislatore con quegli incrementi necessari per permettere alla neo udienza di filtrare conformemente agli scopi del legislatore»[57].

Qualificare l'udienza predibattimentale come fase iniziale del dibattimento – e quindi non come fase “autonoma” – non giustifica la compressione dei poteri riconosciuti all'organo giurisdizionale per il sol fatto che gli stessi poteri raggiungeranno la massima

espansione nella fase dibattimentale *stricto sensu* intesa anche perché «è nel processo e in vista del giudizio di un organo diverso dal dominus delle indagini che vanno raccolti – ad iniziativa del magistrato del pubblico ministero e del soggetto al quale questi imputa la responsabilità del fatto-reato – i dati aventi valore o consistenza di prova[58]».

Ebbene, con l'udienza predibattimentale, nell'ambito della quale si impone di applicare la regola della “ragionevole previsione di condanna”, siamo già nel vivo del “processo” con tutte le garanzie che ne conseguono; pertanto, se si aderisce alla visione secondo cui «la fase è ogni singolo momento, produttivo di effetti autonomi, di ogni singolo grado del procedimento[59]» non si può non conferire autonomia alla fase dell'udienza predibattimentale – al pari dell'udienza preliminare – sia che la si intenda come “fase autonoma” – ma mai avulsa dall'intero sistema, in quanto le è stata assegnata la funzione di “filtro” – sia che la si intenda come “fase iniziale” del dibattimento.

La pronuncia in commento è la chiara dimostrazione di come il corretto funzionamento di un istituto – al di là della *littera legis*– è rimesso all'interpretazione sistematica degli operatori e alla maggiore o minore capacità di metabolizzarne la *ratio*[60]

Note e riferimenti bibliografici

[1] Legge 27 settembre 2021, n. 134, recante «delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Tra i primi commenti, v. A. Bassi-C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, Milano, 2021, p. 5 ss.; G. Canzio, *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in {URL} *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, p. 1 ss.; A. Marandola, *L. n. 134 del 2021: dal diritto giurisprudenziale alla legge ordinaria*, in {URL}

[2] Leggendo il dato relativo al periodo 2015-2019 riportato nella Relazione finale e proposte di emendamenti al {URL} (24 maggio 2021), nel nostro Paese, circa il 60% delle azioni esercitate dall'organo della pubblica accusa mediante la citazione diretta "sfocia", alla fine del giudizio di primo grado, in una sentenza di proscioglimento. Commentano i valori emersi dalle statistiche giudiziarie J. Della Torre, *Esiti, impugnazioni, sovraffollamento ed errori giudiziari*, in *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Gialuz-Della Torre, Torino, 2022, p. 142 ss.; F. Trapella, *La citazione diretta a giudizio: una riflessione*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3032 ss.; C. Valentini, *Riforme, statistiche e altri demoni*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, p. 1 ss. Come è stato condivisibilmente sostenuto, è necessario non sovrapporre due concetti tra loro differenti, vale a dire quelli di efficienza e di efficacia, in quanto «[s]i tratta di una differenziazione idonea a siglare il rapporto tra mezzo impiegato e fine perseguito: solo un mezzo efficiente consente il raggiungimento del fine, sì da rendere efficace il processo»; sul punto si rinvia a F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 161. Il rischio, infatti, è che, facendo prevalere la logica dell'efficienza, si ampli il divario dai principi fondamentali del processo mettendo a repentaglio la sua stessa efficacia. Un'impostazione "ragionieristica", infatti, implica la compressione dell'esercizio dei diritti fondamentali che costituiscono gli *essentialia* di un processo giusto; in questi termini, v. D. Negri, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, Padova, 2019, p. 27 ss. Per un'attenta analisi degli aspetti citati, si rinvia a F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore. Gli ingiustificati deficit dell'udienza predibattimentale*, in *Arch. pen.*, 1/2024, p. 13. Inoltre, secondo, E. Marzaduri, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, Giuffrè, 2024, p. 51 (relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "{URL}"), «ne consegue che con l'organizzazione e la gestione del processo penale, "ricerca ordinata (...) di verità", il legislatore deve assicurare un meccanismo capace di pervenire ad un accertamento dei fatti sottoposti alla disamina dell'autorità giudiziaria che sia rispettoso delle garanzie individuali ed al contempo in grado di fornire un risultato condivisibile da parte della comunità. Ed un apprezzabile ricerca dell'efficienza del rito penale, sviluppata sul piano della ragionevolezza della relativa tempistica, non potrà quindi aversi, se non tenendo nel debito conto le dette finalità».

[3] L'udienza {URL} *bis* e 554-ter {URL} #160; 10 ottobre 2022, n. 150, in attuazione dei criteri di delega di cui all'art. 1, comma 12, della ridetta legge n. 134 e successivamente integrati dal {URL} (cd. "correttivo Cartabia"). Sull'udienza predibattimentale, tra gli altri, E. Amodio, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 14; G. Barrocu, *Le disposizioni in materia di udienza predibattimentale*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, Fascicolo straordinario - *La disciplina transitoria della {URL}*, p. 49; F. Lombardi, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *Giur. pen. (web)*, 16 dicembre 2022, p. 1.

[4] In questi termini, A. Bassi-C. Parodi, *La riforma del sistema penale*, cit., p. 37. Per E. Amodio, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo»* cit., p. 16, si tratterebbe di uno «snod[o] di grandissimo rilievo». Dell'istituto si sono, altresì, occupati M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1152-1153; M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 3070 ss.; M. Gialuz, *La deflazione processuale e sostanziale*, in *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Gialuz-Della Torre, Torino, 2022, p. 313 ss.; R. Ianniello,

Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta, in *Quest. giust.*, 4/2021, p. 156 ss.; N. Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 143 ss. In dottrina c'è chi ha sostenuto che «qualora l'udienza predibattimentale non riuscisse a centrare il bersaglio, l'intera riforma potrebbe risulterne compromessa», in questi termini, M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *Sistema penale*, 2023, p. 2.

[5] Sul procedimento di cui agli artt. 550 ss. {URL} *Il procedimento*, in *Procedimenti speciali. Giudizio.*

Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, a cura di Spangher, in *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, vol. IV, t. II, p. 713 ss.; G. Garuti, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in *Procedimenti speciali*, a cura di Garuti, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, Torino, 2015, vol. III, p. 552 ss.

[6] «La prima deflattivo-anticipatoria [...] la seconda, organizzativa [...]», in questi termini C. Pansini, *Il procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, in *Manuale di diritto processuale penale*, A. Scalfati-A. Bernasconi- A. De Caro- M. Menna- C. Pansini- A. Pulvirenti- N. Triggiani- C. Valentini- D. Vigoni, IV ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 720 ss.

[7] In questi termini, M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, cit., secondo cui «nelle intenzioni del legislatore, non si tratta di un semplice doppione dell'udienza preliminare, anch'essa rafforzata dalla riforma». V., altresì, F. Lombardi, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia"*, cit., p. 1 ss.

[8] Com'è noto, operante per le contravvenzioni ovvero per i delitti puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni o con la multa, sola o congiunta alla predetta pena detentiva e per altre fattispecie di reato elencate nell'art. 550, comma 2, {URL} *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, cit., p. 47.

[9] Così, a norma dell'art. 1, comma IX, lett. l), L. 27 settembre 2021 cit.

[10] Una scelta di segno opposto non avrebbe del resto garantito la condizione, costituzionalmente imposta, di terzietà e imparzialità del (secondo) giudice, così C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in *Arch. pen. – Speciale Riforma Cartabia*, 2022, n. 2, p. 8. Sul punto, Corte cost. sent. 15 ottobre 2024 (dep. 14 novembre 2024), n. 179, pres. Barbera, rel. Amoroso che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, {URL}

[11] Prima dell'intervento legislativo ad opera dell'art. 32, co. 1, lett. c), n. 2, {URL}

[12] Ai sensi dell'art. 554-ter {URL} #160;

[13] A parere di C. Naimoli, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 834 ss., «il richiamo alla ragionevole previsione di condanna segna un livello minimo di concluzione del materiale raccolto a sostegno dell'ipotesi accusatoria, al di sotto del quale non si potrebbe semplicemente confidare in uno sviluppo dibattimentale».

[14] F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore. Gli ingiustificati deficit dell'udienza predibattimentale*, cit., p. 3; G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, 2022, 1, p. 1032, il quale spiega come «il materiale investigativo raccolto nel corso delle indagini assume un valore fondamentale, in quanto destinato a raggiungere una soglia probatoria più solida rispetto al passato per potere addivenire al rinvio a giudizio, superandosi così le interpretazioni tradizionali che ricollegavano la nascita dell'obbligo di agire al criterio dell'*in dubio pro actione*».

[15] In questi termini, C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, cit., p. 6. In dottrina c'è chi ha definito il nuovo istituto una «mini udienza preliminare»: in questi termini, v. M. Gialuz-J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 182. Dello stesso tenore, A. Marandola, *Introduzione*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Milano, 2022, XVII.

[16] C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, cit., p. 10

[17] Adempimento fondamentale è costituito dalla verifica della corretta rispondenza dell'imputazione a quanto risulta dagli elementi di prova contenuti nel fascicolo, con la conseguenza che il giudice potrà invitare il {URL} per *tabulas* degli insegnamenti di Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, Rv 238240. L'udienza costituisce, altresì, la sede per richiedere la definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato, dell'applicazione della pena concordata, della sospensione del processo con messa alla prova o dell'oblazione.

[18] Per tale rilievo nonché per l'espressione testualmente riportata nel corpo testo G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione in sede di udienza preliminare: tra tentativi di codificazione giurisprudenziale e resistenze dogmatiche*, in "Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali, a cura di Marandola, Milano, 2022, p. 147.

[19] M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza del sistema*, cit., p. 1152-1153.

[20] M. Gialuz, *La deflazione processuale e sostanziale*, in *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Gialuz-Della Torre, Torino, 2022, p. 315. Rimarca F. Trapella, *La citazione diretta a giudizio*, cit., p. 3043 come, nell'ambito del procedimento per citazione diretta a giudizio, le «imputazioni [vengano sovente] scritte frettolosamente, in modo generico o scorretto... in una sola battuta: le azioni [sono] esercitate in modo solo apparente».

[21] Sul rapporto tra sentenza predibattimentale e nuova udienza filtro, si rinvia a G. Dalia, *Il proscioglimento predibattimentale tra evoluzioni normative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2022, p. 1591 ss. in cui si legge «dal testo normativo, emerge l'introduzione di un'udienza predibattimentale in camera di consiglio, rispondente a diverse finalità, per nulla coordinate – per non esserci alcun riferimento – con l'istituto di cui all'art. 469 {URL} : in particolare, l'udienza viene vista come momento per consentire ad un giudice un vaglio preliminare circa la fondatezza e la completezza dell'azione penale e per risolvere anticipatamente tutte le attività prodromiche a quelle propriamente istruttorie e decisorie tipiche della fase dibattimentale [...] Tuttavia, così come delineata, l'udienza filtro monocratica verosimilmente comporterà aggravii processuali senza alcun tipo di beneficio, dimostrando ancora una volta la poca sensibilità del legislatore nel voler sfruttare l'esistenza di istituti già presenti, cui ricorrere per ottimizzare l'organizzazione dei carichi giudiziari: logiche di deflazione dovrebbero avere, come unico obiettivo, quello di arrestare il procedimento penale non appena sia sottoponibile alla garanzia della giurisdizione, dotata di regole di giudizio "diversificate", a seconda, cioè, della competenza funzionale esercitata in una determinata fase procedimentale».

[22] M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza del sistema*, cit., 1150.

[23] E. Amodio, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo»*, cit., 21; M. Gialuz, *La deflazione processuale e sostanziale*, cit., 309; M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, cit., p. 3071; E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in {URL} *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, cit., p. 833. Si leggano pure le considerazioni di M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.*, 1/2020, p. 135, per cui «la [...] componente prognostica [è] un ingrediente ineliminabile in ogni accertamento storico di tipo, per l'appunto, preliminare, come tale mirato ad anticipare una valutazione che potrebbe essere effettuata in modo più completo in una fase processuale successiva».

[24] Così M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, cit., 3071, che effettua anche un parallelismo con la valutazione ex art. 273 {URL} *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna"*, cit., 834.

[25] Sotto questo aspetto, l'aggettivo "ragionevole" non ambisce a istituire un coefficiente di probabilità che qualifichi l'attività predittiva. Il giudice in altri termini adotta una decisione applicando la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio (risolto "diagnostico"), e tale decisione, laddove ossequiosa del fondamentale criterio, istituisce ex se una "ragionevole previsione" (risolto "prognostico"), tenuto conto del momento prodromico in cui essa è svolta, caratterizzata dalla conoscenza dei soli atti cartolari unilateralmente acquisiti dall'organo inquirente: la ragionevolezza, insomma, ove si volesse accedere a questo tipo di lettura, costituirebbe un connotato della decisione alla luce della fase in cui essa è svolta.

È evidente, in sintesi, che l'ottica prognostica non può tenere in conto le imponderabili vicende dibattimentali. Il giudice della udienza dibattimentale, che non conosce gli atti di indagine, certamente celebrerà il processo consapevole della valutazione positiva svolta dal giudice che lo ha preceduto; tuttavia, sarà anche conscio delle infinite possibilità di sviluppo del processo - affatto compromesse dal rigido vaglio del giudice predibattimentale - che ben potrà presentare epiloghi divergenti dalla convinzione del collega, a seconda della reale trasposizione degli elementi di prova in dibattimento e dell'innesto, nella vicenda processuale, di elementi

difensivi, in questi termini, F. Lombardi, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia"*, cit., p. 10 ss. V. anche, R. Ianniello, *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, cit., p. 158.

[26] Cfr. M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., p. 1151 ss. Il vaglio preliminare dell'accusa, anche nella versione ora rafforzata dal legislatore, rischia di mantenere un insopprimibile margine di discrezionalità: un fattore che potrebbe continuare a favorire i rinvii a giudizio anche in futuro, sul punto si rinvia a P. Ferrua, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in {URL} , 9 dicembre 2021, p. 2 ss.; A. Cabiale-S. Quattrocchio, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in {URL} , 9 gennaio 2023; R. Del Coco, *La verifica preliminare dell'accusa*, in A. Marandola (a cura di), *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Wolters Kluwer, 2022, p. 178 ss.; E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in {URL} , 25 gennaio 2022, p. 27.

[27] Pongono l'accento sulla impossibilità per il giudice di avvalersi di mezzi istruttori integrativi N. Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, cit., p. 148 e M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, cit., p. 3071. Cfr. la Relazione finale e le proposte di emendamenti al {URL} (24 maggio 2021), cit., 32, dove accenna all'«esclusione di qualsiasi spazio istruttorio». Secondo, P. Tonini-C. Conti, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 920 ss. «per quanto simili, la disciplina dell'udienza di comparizione predibattimentale e quella dell'udienza preliminare sono solo in parte sovrapponibili».

Inoltre, in chiave comparata, occorre dare atto che nel sistema tedesco, il procedimento ordinario di primo grado prevede tre fasi: la fase preparatoria, la fase intermedia e la fase del giudizio. Con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero si verifica la conclusione della fase delle indagini preliminari e contestualmente l'avvio della fase intermedia, deputata al controllo in via giurisdizionale sulla sussistenza di elementi sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio. Anche in tale ordinamento è stato rilevato il fallimento di un'udienza di comparizione senza poteri istruttori in capo al giudice. Invero, l'attuale scarsa capacità del controllo giurisdizionale di setacciare i casi giudiziari è fotografata dalle statistiche, per le quali il 99% dei procedimenti intermedi si conclude con l'apertura del giudizio: quello che dovrebbe essere graficamente rappresentato come un imbuto, nella prassi assume la forma di una galleria [Le statistiche sono tratte da H. Ioritz, *Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1996, p. 163 ss.]. Nella vita giudiziaria, il procedimento intermedio risulta insignificante, perché raramente si svolgono istruzioni probatorie, riducendosi così ad uno stereotipato lavoro burocratico. L'espressione è contenuta in E. Schmidt, NJW, 1963, {URL}

[28] C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, cit., p. 17, il quale rileva che a causa della disparità di trattamento che si verrà a creare tra gli imputati che transiteranno dall'udienza preliminare e quelli che transiteranno dall'udienza predibattimentale monocratica, non è affatto inverosimile che, in futuro, vengano sollevate questioni di legittimità costituzionale. L'A. segnala, altresì, che il legislatore avrebbe fatto meglio ad attendere di stimare i risultati delle modifiche apportate all'udienza preliminare (art. 1, comma 9, l. n. 134 del 2021), in modo da poter valutare con maggiore consapevolezza se introdurre o meno un congegno selettivo similare, nell'ambito dell'iter di cui agli artt. 550 ss. {URL}

[29] In questi termini, G. L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in {URL} , p. 13.

[30] Sottolinea il circolo virtuoso fra un efficace vaglio preliminare dell'accusa e l'esigenza di completezza delle indagini A. Scalfati, *Giustizia penale e sistema produttivo: non prevalga solo l'idea di accorciare i tempi del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, fasc. 3, p. 506.

[31] F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore. Gli ingiustificati deficit dell'udienza predibattimentale*, cit. p. 4.

[32] Il riferimento è agli artt. 409, co. 4, {URL} *Figlia di un dio minore. Gli ingiustificati deficit dell'udienza predibattimentale*, cit., p. 10, sottolinea che «l'udienza predibattimentale manca di un ulteriore elemento che costituisce un baluardo del diritto di difesa, vale a dire la possibilità per l'imputato di chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio – tipico mezzo di difesa per contribuire alla decisione –, e anche di rendere dichiarazioni spontanee». L'A. fa notare che l'incipit dell'art. 554-bis nel richiamare il modello della camera di

consiglio, non può limitarlo alla sola assenza del pubblico, ma piuttosto allo schema delineato dall'art. 127 {URL}

[33] V. M. L. Di Bitonto, *Il pubblico ministero nelle indagini preliminari dopo la legge 16 dicembre 1999*, n. 479, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2844.

[34] «La qual cosa consente, da una parte, di neutralizzare il rischio di un'archiviazione motivata da un giudizio di infondatezza della notizia di reato determinato esclusivamente da lacune investigative; dall'altra, evita eventuali esercizi solo apparenti dell'azione penale, che si risolvono in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale [...] il canone della completezza investigativa di cui all'art. 358 {URL} (anche) delle indagini preliminari», per tali considerazioni si rinvia a G. Dalia, *L'avocazione tra processo penale e ordinamento giudiziario*, Cedam, 2024, p. 84 ss.

[35] Secondo F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore. Gli ingiustificati deficit dell'udienza predibattimentale*, cit. p. 8, «il concetto di completezza è relativo in quanto risente della prospettiva dalla quale la si inquadra, spesso condizionata dalla strategia delle parti che potrebbero riservare ad una fase successiva la *discovery* di elementi di prova ritenuti decisivi».

[36] G. Canzio, *Il modello "Cartabia": una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, GAD, 42/2022.

[37] Infatti, se queste verranno ritenute prevalenti, varrà la pena disvelare prove decisive per una sentenza di non luogo a procedere; al contrario, se queste non verranno valutate come tali, sarà bene non scoprirle in vista del giudizio dibattimentale. Per approfondimenti sul piano strategico si rinvia a F. Giunchedi, *Strategia ed etica comportamentale delle parti nel processo penale riformato*, in *Arch. pen.*, fasc. 1, 2023, p. 40 ss. Insomma, il filtro a maglie più strette tende a valorizzare una difesa attiva, praticabile con l'avvertenza di vagliare attentamente la presentazione di elementi probatori per il nocumento che potrebbe derivarne da una conoscenza anticipata di {URL} *Il nuovo filtro dell'udienza predibattimentale nel rito monocratico a citazione diretta*, in *Il giusto processo penale dopo la Riforma Cartabia*, a cura di Gaito, Pisa, 2023, p. 122 ss; F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore*, cit., p. 10.

[38] L'interpretazione appare eccessivamente rigorosa, se si pone mente a quanto previsto dall'art. 391-octies commi 3, ultimo periodo, e 4 {URL}

[39] Secondo, M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, cit. p. 5 «Al di là della *littera legis*, si può però ritenere via interpretativa che non sarebbe vietata un'agile interlocuzione orale sulla necessità o no di rinviare a giudizio. Del resto, trattandosi di un'udienza con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato (art. 554 bis comma 1), sarebbe illogico che i presenti non potessero interloquire sui temi oggetto di decisione».

[40] F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore*, cit., p. 12.

[41] M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, cit., p. 8.

[42] Sul punto cfr. Cass. pen. sez. II – {URL} (fino a cinque giorni prima dell'udienza" stabilito dall'art. 127 {URL} [Sez. 1, n. 33 del 20/11/2018, dep. 2019, Zagaria, Rv. 274662-01; Sez. 1, n. 4793 del 25/01/2012, Carta, Rv. 251864-01].

[43] F. Porcu, *Sub. art. 127*, in *Codice di Procedura penale commentato*, A. Giarda- G. Spangher, (a cura di), VI, Milano, 2023, p. 1734, ss.; G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 170; G. Campese, *I Procedimenti penali in camera di consiglio*, Padova, 2010, p. 27.

[44] In tal senso Cass. pen., sez. I, {URL}

[45] G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit. p. 174 ss. Altra giurisprudenza, con riferimento al procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione, ritiene che il termine di cui all'art. 127 (più correttamente, oggi, quello di cui all'art. 7, c. 3, {URL}) sia meramente ordinatorio, non risultando precluso alle parti di procedere, oltre tale scadenza, al deposito di atti integrativi, memorie o documenti, sempre che venga rispettato il diritto della parte contro-interessata a contraddire rispetto al tenore di tali integrazioni [Cass. pen., sez. VI {URL} #39;acquisizione in udienza di una relazione redatta dalla Questura; in dottrina un orientamento analogo è espresso da G. Biondi, *Il procedimento penale in camera di consiglio*, Milano, 2011, p. 120, il quale richiama, a sostegno della propria tesi, anche l'art. 391-octies.

[46] Parte della giurisprudenza ritiene che il termine di cinque giorni previsto dall'art. 127, c. 2, 3 sia valido non solo in relazione alla presentazione delle memorie, ma anche con riferimento alla produzione di documenti [Cass. pen., sez. I {URL} (fattispecie in tema di opposizione avverso il decreto di confisca ex art. 12-sexies,

{URL}); implicitamente in tal senso, Cass. pen., sez. III {URL}); *contra*, purché la produzione sia effettuata nel rispetto del contraddittorio, Cass. pen., sez. V {URL} (fattispecie relativa a procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione iniziato anteriormente alla data di entrata in vigore del {URL} : {URL}); v. anche Cass. pen., sez. III 22. {URL} #39;intempestività sotto il profilo del mancato rispetto dei termini stabiliti nell'art. 666, c. 3, in quanto quest'ultima disposizione si riferisce solo alle memorie difensive e non ai documenti (nella specie si trattava di un'ordinanza del Tribunale che aveva respinto la proposta di applicazione di una misura di prevenzione a carico dell'interessato, potenzialmente rilevante ai fini della decisione del giudice di sorveglianza)]. Tale orientamento è stato ribadito in materia di ricorso per cassazione contro i provvedimenti di libertà: il comma 4 dell'art. 311 consente in via eccezionale la presentazione di motivi nuovi prima dell'inizio della discussione (motivi che devono riguardare capi o punti della decisione già investiti dall'originale atto di impugnazione), ma non attiene alla produzione di documenti, che resta disciplinata dalle regole generali concernenti il procedimento di legittimità. Ne consegue che, dovendosi per i ricorsi in materia cautelare personale osservare le forme previste dall'art. 127 (art. 311, c. 5), le produzioni documentali devono intervenire al più tardi con una memoria depositata nella cancelleria della Corte di Cassazione cinque giorni prima dell'udienza [Cass. pen., sez. III, {URL}]. Anche la dottrina esclude che i documenti possano essere prodotti in udienza, salvo che l'interessato dimostri l'incolpevole impossibilità di produrli tempestivamente: si osserva, infatti, che l'art. 127, c. 2, intende assicurare a ciascun partecipante all'udienza la possibilità di esporre le proprie conclusioni sulla base di una situazione procedimentale temporaneamente stabilizzata e con riferimento ad atti di cui abbia preso previamente visione. Inoltre, ove si consentisse ad un interessato di produrre documenti in udienza, si dovrebbe concedere agli altri soggetti che lo richiedessero un termine per l'esame di dette produzioni, in contrasto con la natura concentrata e semplificata del procedimento camerale, così G. Campese, *I Procedimenti penali in camera di consiglio*, cit. p. 28 ss. Discorso a parte merita l'udienza preliminare, nel corso della quale la produzione di nuovi documenti non soggiace al limite temporale di cui all'art. 127, c. 2, essendo la produzione ammissibile fino all'inizio della discussione, ai sensi dell'art. 421. c. 3, senza che ciò comporti lesione del contraddittorio, potendo la controparte chiedere al giudice, a fronte della nuova produzione, un'attività di integrazione probatoria ex art. 422, c. 1 [Cass. pen., sez. III, {URL}].

[47] Con riferimento all'art. 121 e agli artt. 2, 3 e 24 Cost., la Corte Costituzionale ha respinto la questione di legittimità sollevata riguardo alla violazione del principio del contraddittorio tra le parti, laddove, prima dell'instaurazione dell'udienza preliminare, non è garantito il deposito in cancelleria della consulenza tecnica di parte. In particolare, oltre a negare il presupposto da cui muove il giudice *a quo*, secondo il quale l'inapplicabilità dell'art. 121 deriverebbe dall'impossibilità di ricomprendere nel termine procedimento ivi indicato anche la fase investigativa, la Corte ha chiarito come, ai sensi dell'art. 421, c. 2, la discussione dell'udienza preliminare possa svolgersi anche sulla base di atti e documenti ulteriori e diversi rispetto a quelli già contenuti nel fascicolo trasmesso a norma dell'art. 416, c. 2, tra i quali, quindi, ben possono collocarsi le memorie del consulente [C. Cost. n. 238/1991, GCost 1991, 2018].

[48] P. Ferrua, *Regole di giudizio e udienza preliminare*, in *Processo penale e giustizia*, n. 4/2023, p. 966 ss.

[49] M. Arcaro, *Dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio alla ragionevole previsione di condanna: cambia la regola di giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere*, in *Penale diritto e procedura*, 21 luglio 2022, p. 15.

[50] Come si legge nel parere {URL} {URL} « Ne discenderebbe "una maggiore responsabilizzazione degli uffici di Procura" e l'esaltazione dell' "appartenenza del pubblico ministero alla cultura della giurisdizione", un soggetto che assumerebbe "nel corso delle indagini preliminari un approccio terzo' rispetto alla notitia criminis, ponendo in essere tutte le attività necessarie ad accertare compiutamente lo svolgimento del fatto e ad individuare il responsabile, ricercando, quindi, anche elementi a favore dell'indagato", così da potersi individuare nel titolare dell'accusa pubblica "il primo giudice del materiale investigativo raccolto" che dovrà essere valutato "con obiettività e nell'ottica del futuro dibattimento" da chi non sarebbe "titolare di alcun interesse di parte, se non quello volto all'accertamento del fatto-reato e all'individuazione di chi l'ha commesso"»

[51] Cfr. F. Alvino, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "Riforma Cartabia"*, in *Sistema penale*, 2022, 3, p. 32, anche alla luce dei criteri di lettura valorizzati nella stessa Relazione della Commissione Lattanzi, ove si legge limpidamente «la Commissione ritiene che, alla luce dell'evoluzione della

fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che - in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale - devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino - sulla base di una sorta di 'diagnosi prognostica' - tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione».

[52] In questi termini, E. Marzaduri, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, cit., p. 75 che appare decisamente critico, tra l'altro, nei confronti delle considerazioni espresse nel parere del {URL}

[53] L. Forte, *L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia"*, in *Diritto penale e processo*, 3/2023, p. 466.

[54] Così, E. Marzaduri, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, cit., p. 77.

[55] Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del massimario, Relazione su novità normativa la “Riforma Cartabia”, n. 2/2023, 5 gennaio, p. 162.

[56] E così, in sintesi, il giudice dell'udienza preliminare, qualora non sia in grado di decidere allo stato degli atti (per il rinvio a giudizio o per la sentenza di non luogo a procedere):

a) indica ulteriori indagini (sul presupposto della loro incompletezza) al pubblico ministero, fissando il termine per il loro compimento (art. 421 bis {URL}): trattasi, a tutti gli effetti, di un'integrazione probatoria *contra reum*;

b) se non provvede ai sensi del punto precedente, può disporre - anche d'ufficio – l'assunzione delle prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422, comma 1, {URL}): a differenza della precedente ipotesi, si è al cospetto di una iniziativa *pro reo*.

In sede di giudizio abbreviato, laddove non ritenga di poter decidere allo stato degli atti, il giudice assume – anche d'ufficio – gli elementi necessari ai fini della decisione sulla imputazione (art. 441, comma 5, {URL}).

Con riferimento alla prima ipotesi, si tratta di un'innovazione significativa nei poteri del giudice dell'udienza preliminare, chiaramente finalizzata a proteggere il canone di completezza delle indagini, in effetti, quando emette l'ordinanza di cui all'art. 421 bis {URL} #39;ufficio del pubblico ministero - è ulteriormente accentuata dall'ultima parte dell'art. 421 bis, comma 1, {URL} #39;articolo: l'ordinanza del giudice dev'essere comunicata al Procuratore generale della Corte d'appello, il quale è legittimato a disporre l'avocazione delle indagini per rimediare all'inerzia del pubblico ministero presso il Tribunale. Sul tema, v. *Manuale di diritto processuale penale*, A. Scalfati-A. Bernasconi- A. De caro- M. Menna- C. Pansini- A. Pulvirenti- N. Triggiani- C. Valentini- D. Vigoni, IV ed., Giappichelli, Torino, 2023, passim; G. Dalia, *L'avocazione tra processo penale e ordinamento giudiziario*, cit., p. 37 ss.

[57] F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore. Gli ingiustificati deficit dell'udienza predibattimentale*, cit. p. 15.

Sono fin troppo note le discussioni e le controversie circa il problema della «completezza» o «incompletezza» dell'ordinamento, discussioni e controversie che sono in diretto rapporto con il problema delle lacune e quindi dei mezzi (analogia, equità, natura dei fatti e principi generali del diritto) di cui il giurista si può valere per completarle; cioè con il problema cosiddetto della integrazione del diritto (concetto anche questo estremamente dibattuto e controverso, in rapporto alla possibilità di distinguere l'integrazione della interpretazione del diritto). Per la tesi affermativa v. M. S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 525 ss, contra, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, n. 7 ss., p. 132 ss.

[58] {URL} *Manuale di diritto processuale penale*, X ed., Milano, 2018, p. 21.

[59] {URL} *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 57.

[60] «È proprio a questa inderogabile esigenza che sono ispirati i due motivi fondamentali in base ai quali deve operare il giurista in questo tipo di ordinamento: il motivo che potremmo dire operante in funzione «della continuità», ed il motivo che potremmo dire operante in funzione della «sistematicità» dell'ordinamento. Il primo, che appunto richiede da parte del giurista l'adozione di quella tecnica, se così si può dire, di riduzione del concreto all'astratto e del nuovo al previsto che lo stesso legislatore predispone e disciplina mediante quelle tipiche finzioni operative, come quella dell'analogia o del ricorso ai principi generali, che si può dire presiedono ad ogni attività di integrazione e applicazione del diritto. Il secondo, che, sempre in funzione di tale esigenza, è diretto in sostanza a ricavare dalla molteplicità anche frammentaria e incoerente delle norme che costituiscono l'ordinamento legislativo in senso stretto quei motivi o principi unitari superiori e logicamente coerenti che, appunto costituiti in sistema, consentono di considerare ogni nuova proposizione del suo discorso come dedotta e qui giustificata in base a una proposizione definita in precedenza», così *L. Caiani – La Filosofia dei giuristi*, G. Pino (a cura di), XI collana, La memoria del diritto, Roma, ottobre 2021, p. 26.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10926>

LE CONCESSIONI BALNEARI DOPO LA LEGGE 166/2024 E POSSIBILI SCENARI

La materia delle concessioni demaniali del tipo turistico-ricreativo, a causa della perdurante assenza di un intervento legislativo chiarificatore, nonché del continuo ricorso alla giustizia amministrativa, sta mettendo a dura prova i balneatori stessi e tutti coloro che vorrebbero in qualche modo intraprendere questo percorso imprenditoriale. Anche l'ultima legge, emanata, sotto la scure della Commissione europea onde evitare e sanare gravose procedure di infrazione, sembra non aver chiarito del tutto i dubbi, forieri poi di ulteriori e problematici contenziosi di natura amministrativa.

autore **Roberto Colucciello**



Abstract ENG

The matter of state concessions of the tourist-recreational type, due to the continuing absence of a clarifying legislative intervention, as well as the continuous recourse to administrative justice, is putting a strain on the bathers themselves and all those who would in some way wish to undertake this entrepreneurial path. Given that some principles can now be defined as solid and incontrovertible, such as the principle of competition first and foremost, the legislator can no longer prevaricate, not even in the presence of community institutions and administrative justice itself, which, with some exceptions, intervenes with sentences almost daily.

Sommario: 1. Elementi introduttivi; 2. Dall'Adunanza plenaria del 2021 alla L. 166/2024; 3. Le ultime pronunce della giustizia amministrativa: il TAR Lazio accoglie il ricorso all'AGCM; 4. Conclusioni.

1. Elementi introduttivi

Il problema del rinnovo automatico o tramite gara delle concessioni balneari, costituente da tempo un settore molto delicato del dibattito politico del nostro paese, a cui si associa una pressochè assenza di riforme organiche della materia, è di costante attenzione e confronto istituzionale da diversi anni. Una prospettiva atta ad offrire soluzioni, non può prescindere da una visione d'insieme della problematica *de qua* che contempli i diversi aspetti della vicenda, la cui interdipendenza è stata spesso trascurata¹; tale dibattito coinvolge non soltanto la dottrina e la giurisprudenza a livello interno ed europeo, ma anche gli operatori dell'intera filiera².

Dalla disamina della direttiva *Bolkestein*, che basa il proprio contenuto sul principio comunitario della libertà di concorrenza in relazione ai servizi, erano emerse nel nostro ordinamento palesi criticità legate all'utilizzo del demanio marittimo, in particolar modo al sistema di affidamento delle concessioni demaniali, ivi compresa la questione delle proroghe³.

Tali criticità, portate alla luce dalla direttiva testè menzionata, non sono state realmente affrontate e sono oggetto di compiuta attenzione da parte del legislatore nazionale⁴; di fronte alle numerose pronunce giurisprudenziali, nazionali e comunitarie, che hanno nel tempo riconosciuto chiaramente l'illegittimità della proroga automatica ed indiscriminata dei titoli concessori, il legislatore si è mostrato sovente statico, consentendo in tal modo alla magistratura di disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti con l'ordinamento comunitario, creando una situazione a dir poco anomala, con presunti sconfinamenti relativi alle attribuzioni dei poteri dello stato.

Quella che è sempre mancata è un'effettiva legge di attuazione della direttiva atta a regolare la materia con norme davvero vincolanti ed efficaci⁵.

Nel prosieguo di questa trattazione, oltre ad una disamina dei principi evincibili dalle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria del massimo organo di giustizia amministrativa, saranno enucleati brevemente i passaggi che hanno condotto all'ultima novella normativa, la L. 166/2024.

2. Dall'Adunanza Plenaria del 2021 alla L. 166/2024

Le difformi posizioni createsi intorno alla correttezza della scelta del legislatore italiano di prorogare sino al 2033 le concessioni esistenti hanno indotto il Presidente del Consiglio di stato con proprio decreto (n. 160 del 24 maggio 2021) a investire della questione l'Adunanza plenaria. Si è ritenuto necessario un pronunciamento della Plenaria, in primo luogo, sulla doverosità o meno della disapplicazione di quelle previsioni contenenti la proroga automatica delle concessioni demaniali (ritenute in contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE); in secondo luogo, nel caso in cui fosse doverosa la disapplicazione delle norme interne confliggenti con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, era necessario determinare se l'amministrazione potesse annullare ex officio i provvedimenti in contrasto con la direttiva Bolkestein⁶ o se si dovesse procedere ad un riesame del provvedimento concessorio (in osservanza dell'art. 21 octies L. 241/1990)⁷.

L'Adunanza plenaria con le sentenze gemelle n. 17 e 18 del 9 novembre 2021, stabilisce l'incompatibilità della proroga sino al 2033 delle concessioni demaniali con l'articolo 49 del Trattato FUE e con l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE, stabilendo l'obbligo di

disapplicazione della normativa nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime da parte non solo dei giudici, ma anche della stessa amministrazione. La norma va ritenuta *tamquam non esset*, cosicché la disapplicazione non opera solamente pro futuro, ma anche retroattivamente, rispetto ai provvedimenti già emanati. Al contempo, per “evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere”, la stessa Plenaria ha, però, rinviato al 31 dicembre 2023 gli effetti delle proprie decisioni, sicché, anziché cessare immediatamente, “le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive già in essere continueranno a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023”, in attesa del riordino del settore e dell’espletamento delle necessarie gare pubbliche.

Viene precisato inoltre che, in assenza di un apposito intervento legislativo di riordino della materia, a far data dal 1° gennaio 2024 le concessioni si intenderanno come scadute e che un eventuale nuovo provvedimento di proroga dovrà intendersi come privo di effetto, in quanto contrastante con le norme comunitarie in materia⁸.

L’intervento dell’Adunanza plenaria si esplica non solo sui rapporti in essere ma, quasi in un’ottica propulsiva, anche sui principi e sulle condizioni che, nel rispetto del diritto europeo, dovranno guidare l’attività del legislatore futuro: in particolare, la scelta di criteri di selezione “proporzionati, non discriminatori ed equi”, la valutazione della qualità dei servizi, la sostenibilità sociale e ambientale, la previsione di una durata limitata delle concessioni, nonché di adeguati canoni concessori.

Considerata l’imminente scadenza delle attuali concessioni e la derivante necessità di un intervento tempestivo, con la L. 118/2022, venne previsto, in caso di difficoltà da parte degli enti locali interessati a procedere alla emanazione di bandi, un differimento del termine di scadenza delle concessioni di un ulteriore anno, oltre al riconoscimento di un indennizzo i cui criteri di individuazione e quantificazione sarebbero stati demandati ad un successivo provvedimento governativo da emanare nei sei mesi successivi.

Le pronunce dell’Adunanza plenaria, in particolare la n. 18/2021, furono oggetto di ricorso presentato da Sib-Commercio, ai sensi dell’art. 111, comma 8, Cost., e quindi deferita alle Sezioni unite della Corte di cassazione, in quanto hanno il potere di verificare se una situazione sostanziale dedotta in giudizio sia suscettibile di essere tutelata in sede giurisdizionale; dall’altro, data una sostanziale tutelabile in sede giurisdizionale situazione, essa ha il potere di accertare a quale giudice spetti pronunciarsi su di essa⁹.

Le Sezioni unite civili della Suprema corte, con sentenza n. 32599 del 24 novembre 2023, hanno stabilito che Palazzo Spada avrebbe dovuto ammettere nel giudizio i rappresentanti di Sib-Confcommercio, Assonat e Regione Abruzzo che avevano diritto a

partecipare in quanto portatori di interessi economici e dei territori.

Ancora più dettagliatamente, le Sezioni unite esplicitarono un altro punto rilevante della vicenda, ovvero la delimitazione della portata dell'art. 1, commi 682 e 683 l. n. 145/2018, in tema di proroga transitoria delle concessioni demaniali marittime.

La Suprema corte ha chiarito che tale disposizione ha carattere transitorio, quindi, opera esclusivamente in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle dette concessioni.

Quest'ultima dovrà essere incardinata sul rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, di valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti effettuati.

Di fatto le Sezioni unite non hanno attenzionato e poi affrontato la questione della proroga del titolo concessorio, in quanto l'attenzione della Suprema corte è stata incentrata sul diniego di giurisdizione¹⁰.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di stato del 2021, tra gli aspetti messi in risalto, aveva stabilito un principio non meno importante di altri, ossia la scarsità di tutte le spiagge italiane¹¹, evinto da una valutazione omnicomprensiva del patrimonio costiero nazionale nel suo complesso effettuato a mezzo dei dati forniti dal Sistema informativo del demanio marittimo (noto con l'acronimo SID) sull'occupazione delle coste sabbiose in Italia.

Sulla base di tale orientamento, sostanzialmente validandolo, anche la Corte di giustizia europea¹² statui che “l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. Tale margine di discrezionalità può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci”¹³.

In sostanza, la Corte di giustizia ritenne, quindi, che la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, risulta equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune¹⁴.

Sulla scorta di tali ragionamenti, la Corte reputava necessario che, qualora il numero di autorizzazioni per l'esercizio di una determinata attività fosse limitato a causa della scarsità della risorsa naturale utilizzabile, ogni amministrazione fosse tenuta "ad applicare [...] una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste da detta disposizione siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionale non conformi"¹⁵.

Il concetto di scarsità ha due esplicazioni: una oggettiva, in riferimento alle risorse naturali, e l'altra soggettiva, con riferimento alle capacità tecniche utilizzabili. Ma si manifesta comunque in un dato che è comune: la domanda è superiore all'offerta o, all'inverso, l'offerta è inferiore alla domanda.

Secondo la Corte la valutazione della scarsità delle risorse naturali va effettuata dallo Stato previa emanazione di criteri. Lo Stato potrà preferire una valutazione generale e astratta, ossia valida per tutto il territorio nazionale, ma anche seguire un approccio di tipo empirico, ossia riferito alla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente; oppure combinare entrambe le scelte.

In merito all'anzidetto requisito della scarsità della risorsa naturale, il legislatore italiano, aveva già previsto una delega al Governo avente ad oggetto l'adozione di un decreto legislativo "per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza"¹⁶.

L'articolo 10-*quater* del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 ha previsto la costituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di "un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali", con il compito di definire "i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera", previa acquisizione dei dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime, lacuali e fluviali elaborati ai sensi dell'articolo 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

Conseguentemente, con DPCM dell'11 maggio 2023, è stato istituito il predetto Tavolo tecnico consultivo presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri, in particolare dalla {URL} #160; e composto da due rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, due rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze, due rappresentanti del Ministero delle imprese e del made

in Italy, due rappresentanti del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, due rappresentanti del Ministero del turismo, due rappresentanti del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, due rappresentanti del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, un rappresentante del Ministro per gli affari europei, un rappresentante delle regioni e un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore.

A seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 40 del decreto-legge 22 giugno 2023, n. 75, la partecipazione al predetto tavolo è stata estesa ai rappresentanti del Ministro per lo sport e per i giovani. Hanno fatto parte dello stesso, altresì, i rappresentanti di diverse associazioni di categoria maggiormente rappresentative del settore turistico-balneare.

Il tavolo ha concluso i suoi lavori stabilendo che sulla base dei dati disponibili ad oggi, è risultato che la quota di aree occupate dalle concessioni demaniali equivale, attualmente, al 33 per cento delle aree disponibili e che, pertanto, il restante 67% delle aree è libero e concedibile. Il tavolo tecnico al fine di determinare la sussistenza della scarsità della risorsa naturale, tenuto conto delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, ha seguito un approccio generale e astratto, proporzionato e non discriminatorio¹⁷.

Per quanto attiene un ulteriore ed importante aspetto, ossia quello dell'indennizzo da corrispondere all'eventuale concessionario uscente, il supremo organo di giustizia amministrativa, riprendendo una formula adoperata dall'AGCM¹⁸ e mostrando di adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria in materia¹⁹, ha affermato la possibilità che la futura indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni sia supportata, “ove ne ricorrano i presupposti, dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi”.

In attuazione di quanto precede (e andando anche oltre), tra i principi e criteri direttivi volti a riordinare e semplificare la materia delle concessioni demaniali qui in esame, la proposta emendativa del Governo prevede la definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, in ragione del mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e autorizzati dall'ente concedente e della perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico.

Il 5 settembre scorso il Consiglio dei ministri ha approvato un Disegno di legge che introduce modifiche significative alla L. 118/2022²⁰, tramutato successivamente in {URL}²¹, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione Europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti

dello Stato italiano.

Tra i punti chiave di questo provvedimento vi è innanzitutto la proroga degli attuali titoli concessori con la estensione della validità delle concessioni attuali fino al 30 settembre 2027, offrendo più tempo sia agli attuali concessionari e ai potenziali nuovi entranti di predisporre ad una migliore partecipazione, stabilendo altresì una durata minima di 5 anni e massima di 20 anni per le nuove concessioni. Ma in caso di "ragioni oggettive" che impediscono il completamento delle procedure di gara si prevede un ulteriore possibile slittamento fino al 31 marzo 2028.

In relazione ai canoni demaniali, gli stessi saranno aumentati del 110%; inoltre, viene modificato l'art. 3, comma 1, lett. a), {URL}

La modifica più significativa e penalizzante riguarda il calcolo degli indennizzi per i concessionari uscenti.

Mentre la Legge Draghi apriva alla possibilità di calcolare l'indennizzo sull'intero valore aziendale, il nuovo DDL lo limita al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione e ad un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni. Inoltre, il nuovo concessionario dovrà pagare almeno il 20% dell'indennizzo totale prima che la nuova concessione diventi effettiva, non prevedendo però nessun meccanismo di garanzia o scadenziario per il pagamento del restante 80%.

Il mancato pagamento in tempo utile comporta la decadenza della concessione: la norma precisa che ciò non dà diritto alla prosecuzione del rapporto concessorio con il concessionario uscente.

In data 14 novembre 2024, veniva convertito in legge, n. 166, il {URL}

Tra i punti salienti della novella normativa, come specificato in precedenza, il rinnovo delle concessioni balneari²², la proroga alla data del 30 settembre 2027 dell'efficacia delle concessioni, l'obbligo delle procedure a evidenza pubblica da avviarsi entro e non oltre il 30 giugno 2027, la durata delle concessioni viene stabilita in un minimo di cinque e un massimo di vent'anni ed infine il criterio previsto dal legislatore è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Di particolare interesse, l'espressa previsione circa la possibilità per i titolari delle concessioni demaniali marittime per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e dei punti di approdo con finalità turistico-ricreative in cui sono installati manufatti amovibili di cui alla lettera {URL}) del comma 1 dell'articolo 3 del {URL} #39;articolo 1, comma 1, lettera a), numero {URL}), secondo periodo, del

decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, di mantenere installati i predetti manufatti anche nel periodo di sospensione stagionale dell'esercizio delle attività turistico-ricreative²³.

Nel testo originario della L. 118/2022, venivano incluse le concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio; il {URL}

Altro aspetto di rilievo risiede nella non assoggettabilità a gara delle concessioni riguardanti attività sportive siano svolte da federazioni sportive, discipline sportive associate, enti di promozione sportiva, anche paralimpici, associazioni e società sportive dilettantistiche costituite ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del medesimo decreto legislativo n. 36 del 2021 e iscritte nel Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, che perseguono esclusivamente finalità sociali, ricreative e di promozione del benessere psicofisico ed a condizione che detti usi del demanio marittimo, lacuale e fluviale possano essere considerati come attività non economiche in base al diritto dell'Unione europea.

Quest'ultima casistica riguarda i cosiddetti circoli sportivi²⁴, esclusi grazie ad un emendamento inserito nel DL salva-infrazioni, che chiarisce che le associazioni sportive dilettantistiche che operano senza scopo di lucro e che non svolgono attività commerciali, come stabilito dal diritto dell'Unione europea, non sono soggette alla normativa sulle gare.

3. Le ultime pronunce della giustizia amministrativa: il TAR Lazio accoglie il ricorso dell'AGCM

Posto quanto rappresentato, storicamente anche la giurisprudenza amministrativa non ha sovente conferito un contributo di chiarezza alla tematica *de qua*.

Le continue giravolte giurisprudenziali in tema di concessioni demaniali turistico-ricreative fanno in modo che su di esse si stanno concentrando molteplici interrogativi e tematiche complesse che necessitano un appropriato bilanciamento.

L'autore di questa delicata attività dovrebbe essere il legislatore che, nell'esercitare la propria discrezionalità politica, sceglie come evitare che un diritto assuma il ruolo di tiranno nei confronti dell'altro²⁵.

Il principio della gara/evidenza pubblica sembrerebbe non ammettere più dubbi o alternative di sorta, così come quello delle proroghe indiscriminate e ingiustificate.

Inoltre, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, che sancisce il divieto di proroghe

automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, è norma self executing, quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni legislative nazionali che hanno disposto, e che in futuro dovessero ancora disporre, la proroga automatica delle suddette concessioni sono con essa in contrasto e pertanto, non devono essere applicate²⁶.

Pertanto, il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella eurounitaria riguarda, per pacifico orientamento giurisprudenziale, tanto i giudici quanto gli enti locali²⁷.

Un orientamento recente²⁸ consente di riassumere la controversa questione dell'obbligo di affidare le concessioni balneari mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica.

La durata delle concessioni balneari è stata prorogata da norme che possono considerarsi leggi-provvedimento, in quanto, come ha chiarito l'Adunanza plenaria del Consiglio di stato, se una legge sancisce la proroga della durata di un provvedimento amministrativo, il contenuto di tale atto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge stessa, senza necessità di ulteriori provvedimenti amministrativi.

Per il resto, pare non ci siano più scuse e occorra dare immediatamente corso alle procedure di gara per assegnare le concessioni balneari nel rispetto del principio di concorrenza²⁹.

Il Consiglio di stato, inoltre, ha affrontato anche la questione circa le novità normative che sono seguite alle pronunce gemelle dell'Adunanza plenaria nn. 17 e 18 del 2021 e forniscono allo stesso tempo interessanti spunti per la preparazione delle gare³⁰.

I giudici di Palazzo Spada si sono definitivamente pronunciati sul rinvio disposto dalle Sezioni unite che, con la sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023, hanno annullato una delle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria³¹.

Le Sezioni unite della Suprema corte, nel condividere le tesi fatte proprie dagli enti estromessi, hanno ritenuto configurabile un diniego o rifiuto di giurisdizione da parte della menzionata pronuncia dell'Adunanza plenaria.

Per tali ragioni, la Corte ha annullato la sentenza n. 18/2021, rilevando che “spetterà al Consiglio di stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze normative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri loro spettanti”.

La questione, dunque, giunta nuovamente all'attenzione del Consiglio di stato, sembra essersi definitivamente chiusa con le pronunce in commento.

La Sezione settima del Consiglio di stato, nel rigettare le richieste di rimessione della causa all'Adunanza plenaria, alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia UE formulate, ritiene espressamente che spetta a lei decidere.

Osserva, infatti, il Collegio che non ci sono più contrasti tra sezioni che giustificano la necessità di tornare in Plenaria, né tantomeno si ravvisano presupposti per sollevare una questione di legittimità costituzionale e/o per disporre un rinvio alla Corte di giustizia³².

E' di pochissimi giorni or sono l'ultima pronuncia, in ordine di tempo, della giustizia amministrativa³³ che ha annullato la proroga delle concessioni balneari al {URL} (AGCM) contro il Comune costiero laziale³⁴.

Gli aspetti salienti di detta pronuncia possono essere riassunti brevemente nei seguenti punti.

Innanzitutto ribadisce che “ogni questione sulla scarsità delle risorse e sugli eventuali criteri fissati per accertare tale scarsità non può costituire ragione per determinare la non applicabilità della direttiva 2006/123/CE nelle more della fissazione dei menzionati criteri”.

E già questa statuizione ripropone l'applicabilità, piena diretta ed incondizionata della Direttiva *Bolkestein* nel nostro ordinamento.

La motivazione poi prosegue declinando in tema di proroghe quello che è a tutti gli effetti il leit motiv di una giurisprudenza ormai consolidata, granitica: “la disapplicazione della proroga in argomento si impone prima e a prescindere dall'esame della questione della scarsità delle risorse, in quanto, anche qualora si dimostrasse che in alcuni casi specifici non vi sia scarsità di risorse naturali, le suddette disposizioni, essendo di natura

generale e assoluta, paralizzano senza giustificazione alcuna l'applicazione della direttiva 2003/126/CE e precludono in assoluto lo svolgimento delle gare”.

Il Collegio si mostra ulteriormente categorico (e anche su questo punto in linea con una giurisprudenza altrettanto consolidata) nell'affermazione della irrilevanza, per quanto concerne la statuizione della illegittimità della proroga oggetto del contenzioso, sia della tanto sbandierata mappatura delle risorse, che avrebbe dovuto essere, a dire della politica e dell'associazionismo balneare la panacea per la risoluzione di tutti i problemi, che dell'auspicato riordino della materia. Infatti così sentenza: “l'applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE è piena, diretta, incondizionata e non è né può essere

subordinata dal legislatore in nessun modo alla mappatura, in sede nazionale, della «scarsità» della risorsa o a qualsiasi riordino, pur atteso, dell'intera materia, pena il frontale contrasto di questa subordinazione con il diritto unionale e la conseguente disapplicazione delle norme che ciò prevedano.

Anche nelle eccezionali ipotesi di risorsa non scarsa e di contestuale assenza dell'interesse transfrontaliero certo, da provarsi in modo rigoroso, il diritto nazionale impone in ogni caso di procedere con procedura selettiva comparativa ispirata ai fondamentali principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza e preclude l'affidamento o la proroga della concessione in via diretta ai concessionari uscenti". Per argomentare in tale direzione il Tar Latina ha ripreso sia la sentenza della Corte di giustizia C-348/22³⁵, che le ultime recenti sentenze del Consiglio di stato, Sez. VII³⁶.

Altre questioni che vengono affrontate riguardano alcuni aspetti procedurali che le parti in lite hanno prospettato al Collegio, accompagnati con richieste di rinvio dell'udienza di discussione, ma che esso ha ritenuto irrilevanti (e quindi ha disatteso) ai fini della decisione in quanto non costituiscono fattispecie idonee ad influire sulla permanenza dell'interesse dell'Autorità ricorrente a reagire avverso una delibera (come quella all'esame), che ha prorogato in via automatica e generalizzata le concessioni demaniali marittime in essere, in forza di disposizioni normative contrastanti con il diritto unionale.

Infatti i giudici amministrativi hanno ritenuto di non prendere in considerazione ai fini della pronuncia "la delibera di Giunta n. 143 del 19 giugno 2024 con la quale sono stati introdotti gli elementi di valutazione per l'individuazione dei criteri e requisiti utili e necessari per esperire i procedimenti per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e/o sportive; alla predetta delibera sono stati allegati cinque estratti dal registro delle deliberazioni del Consiglio comunale, in cui si è dato atto della valutazione di pubblico interesse, con nomina a promotore dei rispettivi proponenti, di cinque proposte di project financing per la realizzazione, in concessione, di servizi e lavori di pubblico interesse, a fronte dello sfruttamento di una concessione demaniale marittima per finalità turistico-ricreative".

5. Con lo stesso motivo di irrilevanza ai fini dell'oggetto del contendere, il Tar laziale ha ritenuto, in ogni caso, di non prendere in considerazione la vigenza (al tempo della pronuncia datata 5 Novembre {URL}) del Decreto Legge n. 131/2024 poi convertito con la legge n. 166 del 14 novembre 2024 che ha prorogato l'efficacia delle attuali concessioni demaniali marittime al {URL}

4. Conclusioni

Come si può chiaramente evincere, la questione circa le concessioni balneari sembra non

trovare pace, stretta in una morsa tra principi comunitari, normativi e giurisprudenziali, da un lato e pronunce della Giustizia amministrativa del nostro paese dall'altro.

Purtroppo è passato troppo tempo e si è pensato esclusivamente a tutelare le posizioni dei concessionari in essere procrastinando la soluzione dei problemi³⁷.

Quello che tuttavia non può pretendersi è che la soluzione dei problemi vada rimessa al giudice amministrativo, il quale già di per sé interviene in un momento patologico e di contrasto nei rapporti tra le parti.

Tra l'altro nemmeno avvantaggiato dalla giurisprudenza della CGUE, sempre di più, come nella specie (si veda il discorso sulla scarsità delle risorse), avulsa da un approccio empirico e propensa ad affermazioni di tipo teorico che non facilitano la risoluzione delle problematiche di un settore proprie di uno Stato dell'Unione.

La riforma non ha comunque chiarito la situazione, bensì ha lasciato i punti più importanti, cioè quelli più problematici, da decidere successivamente con tutte le incognite del caso; intanto bisognerà misurare la reazione del giudice amministrativo in rapporto alla proroga concessa fino al 2027, vieppiù considerando l'ultimissima pronuncia del TAR Lazio testè menzionata³⁸, laddove non prende in considerazione la proroga ex {URL}

Si rileva una forte incertezza anche per i Comuni, che dovranno predisporre gare in poco tempo senza sapere, ancora, i reali criteri di svolgimento.

Bisogna anche stabilire quante concessioni può aggiudicarsi uno stesso soggetto per impedire, come detto, che le grandi aziende si impossessino di gran parte delle coste italiane offrendo servizi a cui possono accedere soltanto i turisti più facoltosi.

In tutto ciò, alcuni Comuni iniziano a muoversi in modo sparso.

Il Comune di Lignano Sabbiadoro, ad esempio, nonostante la mancata emanazione dei decreti attuativi, ha adottato, il 25 ottobre 2023, una delibera di Giunta con cui si è dato indirizzo agli organi competenti di attivare le procedure per l'affidamento in concessione delle aree di demanio marittimo.

Il Comune di Genova si è addirittura spinto oltre, delineando non solo l'impianto delle procedure di gara, ma addirittura prevedendo un indennizzo in favore del vecchio concessionario da parte del subentrante, parametrando quest'ultimo al costo residuo al netto degli ammortamenti dei beni non amovibili realizzati o acquistati per l'esercizio del titolo concessorio, nonché al valore aziendale riferito al fatturato dell'ultimo anno della concessione moltiplicato per 2,5³⁹.

In questo caso tutto ciò al netto della assenza non solo di criteri direttivi per la emanazione dei bandi, ma anche di quelli relativi all'indennizzo, motivi per i quali secondo il dettato normativo le concessioni venivano prorogate al {URL}

Necessita inoltre che vi sia una riqualificazione degli arenili in modo da distinguere con chiarezza i confini delle aree in concessione da quelle libere, importanti per garantire a tutti il libero accesso alla spiaggia, ma anche nelle aree in concessione deve essere garantito il libero accesso al mare e alla battigia⁴⁰.

Inoltre, altro aspetto di fondamentale importanza e foriero di potenziali contenziosi, è costituito dalla regolamentazione, entro il 31/03/2025, delle modalità di determinazione di quella parte dell'indennizzo parametrato all'equa remunerazione degli investimenti oggetto di realizzazione nell'ultimo quinquennio.

Note e riferimenti bibliografici

[1] M. GNES, *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Scritti di Diritto Pubblico*, Milano, 2023;

² R. COLUCCIELLO, *L'incertezza sulle concessioni balneari tra silenzio del Legislatore e "ipertrofia" della giustizia amministrativa*, in *Rivista giuridica* {URL} #160;

³ Per una disamina completa si rimanda a R. COLUCCIELLO., *Concessioni demaniali marittime: possibili criticità post Adunanza Plenaria*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XXI, 2023.

⁴ A. MONICA, *Le concessioni balneari e l'esigenza di selezione competitiva per il loro affidamento: per il Consiglio di Stato non è imperativo il ricorso alla gara*, nota a sentenza Consiglio di Stato sezione VII 29 dicembre 2022, n. 11664 in *Ceridap*, 2023, fasc. 1, pagg. 162 – 174.

⁵ R. COLUCCIELLO, C. DELLA GIUSTINA, *Concessioni demaniali marittime al tempo delle Sezioni Unite*, in *Rivista giuridica "Il Diritto Amministrativo"*, 2024

⁶ Prende il nome dall'olandese Frits Bolkestein, commissario europeo per la Concorrenza ed il Mercato Interno della Commissione guidata da Romano Prodi.

⁷ R. BERLOCO, *Concessioni demaniali: la Plenaria mette fine alle proroghe*, 2022 in {URL}

⁸ Sentenza n. 17-18/2021 dell'Adunanza Plenaria: "Le norme legislative nazionali che hanno disposto la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, {URL}

⁹ G. SCOPETTA, *Il ricorso ex art. 111, comma 8, Cost. al crocevia tra ordinamenti? Qualche riflessione a partire dall'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 6/2021, 2 novembre 2021, pag. 386

¹⁰ R. COLUCCIELLO, C. DELLA GIUSTINA, op. cit.

¹¹ In contrasto con quanto la Cge aveva statuito nella sentenza *Promoimpresa* (punto

43), che rimetteva, come detto, la valutazione della condizione di scarsità della risorsa naturale, di volta in volta, al giudice del caso concreto.

¹² Sentenza resa nella causa C-348/22 del 20 aprile 2023, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c/ Comune di Ginosa

¹³ Punto 46 sentenza C-348/22 cit.

¹⁴ G. GENNAI, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: recenti approdi legislativi e giurisprudenziali*, in Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol. XXI, 2023, pag. 112

¹⁵ Punto 78 sentenza C-348/22 cit.

¹⁶ L. 118/2022, art. 2, comma 1

¹⁷ Comunicato Presidenza del Consiglio dei Ministri 23 ottobre 2023

¹⁸ AGCM, AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021, 22 marzo 2021, par. IV, lett. A, dedicato a “Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative”, pag. 27 ss., in cui, nel richiamare il legislatore ad adeguare in tempi brevi la normativa italiana alle richieste dell'Unione europea al fine di permettere la piena concorrenza nel settore della concessioni demaniali marittime, si suggerisce che “l’indicazione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni potrà, ove ne ricorrano i presupposti, [sia] supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti”.

¹⁹ Il riferimento è a Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, anche nota come sentenza Laezza, riguardante il tema delle concessioni per la raccolta di scommesse su eventi sportivi. Secondo tale pronuncia l’obbligo “che impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all’atto della cessazione dell’attività, ivi compresa l’ipotesi in cui tale cessazione avvenga per il semplice fatto della scadenza del termine di concessione, l’uso delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse, può rendere meno allettante l’esercizio di tale attività. Infatti, il rischio per un’impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l’uso dei beni in suo possesso può impedire a detta impresa di trarre profitto dal proprio investimento” (pt. 23). Secondo il giudice europeo “il carattere non oneroso di una siffatta cessione forzata pare contrastare con il requisito di proporzionalità, in particolare quando l’obiettivo di continuità dell’attività autorizzata di raccolta di scommesse potrebbe essere conseguito con misure meno

vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione” (par. 41), verificandosi dunque una restrizione delle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE.

²⁰ Nota come Legge Draghi

²¹ Noto come Decreto Salva Infrazioni

²² Con un focus specifico sul rinnovo automatico delle concessioni demaniali poiché andrebbe a contrastare il diritto dell'Ue

²³ Sono fatti salvi eventuali provvedimenti di demolizione adottati prima della data di entrata in vigore della presente disposizione

²⁴ L'esclusione si basa sul considerando 35 della direttiva Bolkestein e sul rispetto dell'articolo 33 della Costituzione. -ha dichiarato il ministro dello Sport Andrea Abodi – L'approvazione dell'emendamento a larghissima maggioranza concretizza il lavoro che ci ha visti impegnati da novembre scorso e consente di tutelare l'attività del mondo dilettantistico come attività continuativa e prevalente

²⁵ R. COLUCCIello, *L'incertezza sulle concessioni balneari tra silenzio del Legislatore e “ipertrofia” della giustizia amministrativa*, op. cit.,

²⁶ Ex multis Cons. Stato, Sez. VII, 21/2/2023, n. 1780; 6/7/2022, n. 5625; 15/9/2022 n. 810

²⁷ Ex multis Corte Cost., 11/7/1989, n. 389; Cons Stato Sez. VI, 18/11/2019 n. 7874; 23/5/2006, n. 3072; Corte Giust. UE, 22/6/1989, in C- 103/88, Fratelli Costanzo, e 24/5/2012, in C-97/11, Amia

²⁸ Cons. Stato, con sentenza n. 3940 del 30 aprile 2024

²⁹ A. BOSO, *Gare concessioni balneari e recente sentenza del Consiglio di Stato*, in {URL}

³⁰ Con le sentenze nn. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2014

³¹ In particolare la sent. n. 18/2021

³² R. BERLOCO, S. TURZO, *Il Consiglio di Stato torna sulle proroghe delle*

concessioni balneari: facciamo chiarezza, in {URL}

³³ TAR Lazio (Sezione di Latina) con la sentenza 728/2024 del 14 novembre 2024

³⁴ Le iniziative dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato hanno confermato sia il suo fondamentale ruolo di controllo del rispetto delle procedure pro-concorrenziali da parte delle pubbliche amministrazioni nel settore delle concessioni demaniali marittime

³⁵ Riguardante il Comune di Ginosa

³⁶ Sent. nn. 4480 e 4481 del 20 maggio 2024

³⁷ R. COLUCCIello, *L'incertezza sulle concessioni balneari tra silenzio del Legislatore e "ipertrofia" della giustizia amministrativa*, op. cit.

³⁸ TAR Lazio (Sezione di Latina), {URL}

³⁹ R. BERLOCO, P. FALCICCHIO, *Concessioni demaniali*, in {URL}

⁴⁰ In particolare, la legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria), all'art. 1, comma 251 stabilisce che «è fatto obbligo per il titolare delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso di transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine della balneazione». Analogamente, al comma 254 è previsto che «le Regioni, nel predisporre i piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, sentiti i comuni interessati, devono individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso di transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione». Inoltre, l'art. 11, comma 2, lett. d) della legge n. 215 del 2011 sancisce «il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione».

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10820>

LA TUTELA EUROPEA E INTERNAZIONALE IN AMBITO DI CIRCOLAZIONE DI BENI CULTURALI: STRUMENTI NORMATIVI A CONFRONTO

Il presente articolo ripercorre la normativa europea e internazionale vigente in materia di protezione dei beni culturali degli Stati, spesso oggetto di traffico illecito, analizzandone i principali aspetti e le principali criticità.

autore **Lia Montereale**



Abstract ENG

This article reviews the current european and international legislation on the protection of the cultural goods of the States, often affected by illicit trafficking, analyzing main aspects and critical issues.

Sommario: 1. Premessa; 2. L'esportazione dei beni culturali dal territorio dell'Unione europea: il regolamento (CE) 116/2009; 3. La restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti: la direttiva 2014/60/UE; {URL} #39;applicazione pratica della direttiva europea in Italia; 4. L'importazione dei beni culturali nel territorio dell'Unione europea; 5. Le convenzioni internazionali: uno sguardo di insieme; {URL}

1. Premessa

Il controllo sulla circolazione internazionale dei beni culturali costituisce un'attività complessa, finalizzata a preservare l'integrità del patrimonio culturale di ciascun paese.

Anche a livello europeo il legislatore ha inteso disciplinare la materia della circolazione dei beni culturali, introducendo una legislazione comune per gli Stati membri, la quale ha integrato le disposizioni normative nazionali.

Come noto, la nascita del mercato interno, all'indomani del trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 (entrato in vigore il 1 novembre 1993), ha sancito le quattro libertà inerenti la circolazione di merci, servizi, persone e capitali.

In ambito culturale, vige, però, la cosiddetta "eccezione di culturalità". Infatti, ai sensi dell'articolo 36 del TFUE^[1] (l'ex articolo 30 del TCE), le pertinenti disposizioni sulla libera circolazione delle merci lasciano impregiudicati i divieti o le restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito, giustificati, tra l'altro, da motivi di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale. Ai sensi e nei limiti

del predetto articolo 36 cit., gli Stati membri mantengono, pertanto, il diritto di definire quali beni costituiscono il proprio patrimonio culturale nazionale e di adottare le misure necessarie per garantirne la protezione.

Stante la diversità dei sistemi nazionali di protezione dei patrimoni culturali nazionali, la normativa europea in materia di circolazione dei beni culturali ha consentito, quindi, agli Stati membri di identificare il proprio patrimonio culturale nazionale nel quadro dell'articolo 36 del TFUE, assicurandone la tutela e l'interesse pubblico alla sua integrità.

Pur riconoscendo agli Stati membri l'importante compito di definire cosa costituisca il patrimonio culturale per ciascuno di essi, l'Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri al fine di proteggere il comune patrimonio culturale europeo, formato, appunto, da tutti i patrimoni nazionali.

In particolare, sono stati emanati due provvedimenti che hanno disciplinato le politiche europee dell'Unione in materia di beni culturali. Si fa riferimento al regolamento 3911/92/CEE (successivamente sostituito dal regolamento (CE) 116/2009) in materia di esportazione di beni culturali dal territorio dell'Unione verso paesi terzi, e alla direttiva 93/7/CEE (successivamente sostituita dalla direttiva 2014/60/UE) in materia di restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro e successivamente rinvenuti nel territorio di un altro Stato membro. Il regolamento è finalizzato a garantire che le esportazioni dei beni culturali dal territorio dell'Unione verso paesi terzi siano sottoposte a controlli uniformi alle frontiere; la direttiva «*è finalizzata alla realizzazione di una concreta cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione attraverso il riconoscimento dell'azione di restituzione che ogni Stato membro è legittimato a intraprendere sul piano sostanziale e processuale al fine della restituzione dei beni culturali usciti dal proprio territorio nazionale senza autorizzazione a decorrere dal 1 gennaio 1993*»^[2].

Atti normativi europei di emanazione più recente sono il regolamento (UE) 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca (che riguarda anche i beni culturali) e il regolamento (UE) 2019/880 relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali da paesi terzi, che verrà illustrato più avanti.

Con riferimento alla disciplina internazionale, al fine di rafforzare la protezione dei beni culturali e contrastarne il traffico illecito, nel corso degli anni sono state stipulate diverse convenzioni internazionali. Lo scopo è quello di tutelare il patrimonio culturale di ciascuno Stato contraente mediante lo strumento della cooperazione internazionale ed evitare che il fenomeno della illecita circolazione dei beni culturali possa causare l'impovertimento e la dispersione del patrimonio culturale dei paesi di origine.

Tra le più note convenzioni internazionali vi sono la convenzione de L' Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, la convenzione UNESCO del 1970 concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali e la convenzione UNIDROIT del 1995 sul ritorno internazionale dei beni culturali rubati o illecitamente esportati, e, più recentemente, la convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali, adottata a Nicosia nel 2017, finalizzata a prevenire e combattere la distruzione, il danneggiamento e la tratta dei beni culturali, nonché a rafforzare l'attività di prevenzione e la risposta del sistema di giustizia penale a tutti i reati di natura culturale, promuovendo la cooperazione nazionale e internazionale nella lotta contro i reati riguardanti i beni culturali (Camera dei Deputati, servizio studi, XVIII legislatura).

Il presente articolo, pertanto, intende ripercorrere e mettere a confronto le principali disposizioni normative europee ed internazionali vigenti nel settore della circolazione dei beni culturali, al fine di proteggerli e preservarli da possibili importazioni ed esportazioni illecite, nonché di disciplinarne il ritorno nello Stato di origine laddove siano stati da esso illecitamente rimossi.

2. L'esportazione dei beni culturali dal territorio dell'Unione europea: il regolamento (CE) 116/2009

Negli anni novanta del secolo scorso, in vista dell'istituzione dello spazio europeo di libera circolazione delle persone e delle merci, che avrebbe eliminato i controlli doganali alle frontiere degli Stati membri (il sopra citato trattato di Maastricht), l'Unione europea ha emanato due provvedimenti in materia di beni culturali, relativi alla licenza di esportazione e all'azione di restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti all'interno dell'Unione europea: il regolamento 3911/92/CEE e la direttiva 93/7/CEE, sostituiti, rispettivamente, dal regolamento (CE) 116/2009 e dalla direttiva 2014/60/UE.

Il regolamento (CE) 116/2009 ha disposto che l'esportazione di beni culturali al di fuori del territorio della Comunità (ora Unione europea) sia subordinata alla presentazione di una licenza di esportazione uguale per ogni paese membro. L'identità della licenza consente e garantisce controlli uniformi alle frontiere esterne dell'Unione europea ed assicura così la mutua protezione dei beni culturali europei.

Le licenze di esportazione rilasciate da ciascuno Stato membro sono, infatti, valide in tutta l'Unione e sono, quindi, utili per accompagnare un bene culturale presso tutte le frontiere europee.

Detto rilascio avviene secondo le previsioni del regolamento e riguarda i beni individuati nell'allegato I al medesimo regolamento. L'allegato I del regolamento, infatti, ha lo scopo di definire le categorie di beni culturali che formano oggetto di particolare protezione negli scambi con i paesi terzi, ferma restando la libertà degli Stati membri di definire i beni da considerare patrimonio culturale nazionale ai sensi dell'art. 36 del TFUE[3].

Il regolamento di esecuzione (UE) 1081/2012, recante disposizioni d'applicazione del regolamento (CE) 116/2009, prevede tre tipi di licenze: la licenza normale; la licenza aperta specifica; la licenza aperta generale.

La licenza normale è utilizzata in circostanze normali per tutte le esportazioni soggette al regolamento (CE) n. 116/2009 ed è valida un anno.

La licenza aperta specifica copre la ripetuta esportazione temporanea di uno specifico bene culturale da parte di

una determinata persona o ente (si pensi ad uno strumento musicale per un musicista) ed è valida per cinque anni.

La licenza aperta generale copre le esportazioni temporanee di beni culturali appartenenti alla collezione permanente di un museo o di un'altra istituzione. In particolare, per quanto attiene alle "licenze aperte generali", l'art. 13 del sopracitato regolamento di esecuzione dispone che *«possono essere rilasciate licenze aperte generali a musei o ad altre istituzioni per l'esportazione temporanea di qualunque bene, facente parte delle loro collezioni permanenti, suscettibile di periodiche esportazioni temporanee dall'Unione per essere esposto in un paese terzo»*. La licenza è valida per cinque anni.

La licenza di esportazione (europea) si pone *«l'obiettivo di evitare che vengano applicate le legislazioni meno severe di alcuni Stati Membri come luogo di transito per esportare all'estero beni fuoriusciti in maniera illecita da uno Stato dell'Unione[4]»*.

Con riferimento allo Stato che deve rilasciare la licenza di esportazione, in base all'articolo 2 del regolamento 116/2009, la licenza di esportazione è rilasciata, su richiesta dell'interessato: a) da un'autorità competente dello Stato membro sul cui territorio si trovava lecitamente e definitivamente il bene culturale alla data del 1 gennaio 1993; b) oppure, dopo la suddetta data, da un'autorità competente dello Stato membro sul cui territorio il bene culturale si trova dopo essere stato lecitamente e definitivamente spedito da un altro Stato membro o dopo essere stato importato da un paese terzo o reimportato da un paese terzo in seguito a una spedizione lecita da uno Stato membro verso detto paese terzo.

La norma europea è stata recepita nella normativa nazionale in materia di beni culturali. In particolare, l'articolo 74 del {URL} [5] dispone che la licenza (normale) di esportazione è rilasciata dagli uffici esportazione del Ministero (della cultura) contestualmente all'attestato di libera circolazione (quest'ultimo, rilasciato in attuazione dell'articolo 36 del TFUE, costituisce l'autorizzazione nazionale all'uscita di un bene culturale dall'Italia, ai sensi dell'articolo 68 del {URL}) ed è valida per un anno. La predetta licenza può essere rilasciata dallo stesso ufficio esportazione che ha emesso l'attestato, anche non contestualmente all'attestato medesimo, ma non oltre quarantotto mesi dal rilascio di quest'ultimo (la cui efficacia è pari a cinque anni)[6].

L'articolo 74 del codice *«disciplina sia l'esportazione dal territorio nazionale di beni appartenenti al patrimonio italiano, sia l'esportazione di beni presenti sul territorio nazionale, ma che provengono da un altro Stato membro[7]»*. In quest'ultima ipotesi, vale a dire *«rispetto alle fattispecie ove i beni sono collocati nel territorio nazionale, ma appartengono ad un altro Stato membro, in dottrina sono state prospettate due possibilità: la prima prevede che il bene sia collocato in Italia a fronte di una spedizione all'interno dell'Unione Europea, in assenza di licenza di esportazione o con licenza di esportazione non più valida, ove si darà esecuzione all'art. 2, comma 2, del Regolamento 2009/116/CE, secondo cui l'Italia è competente al rilascio del documento (l'interessato dovrà comunque ottenere l'attestato di libera circolazione di cui all'articolo 68 del Codice del 2004). La seconda contempla il caso in cui il bene culturale sia entrato in Italia con licenza di esportazione rilasciata da un altro Stato membro, per cui l'art. 74 specifica, al comma quinto, che non si applicheranno gli articoli 65-72, per tutto il tempo in cui la licenza avrà validità. Spetterà agli uffici italiani verificare che il bene rientri tra quelli per cui è richiesta la licenza di esportazione e che essa sia regolare. Da una lettura a contrario della norma emerge perciò che in assenza di licenza di esportazione si applicheranno le norme del Codice in tema di uscita del bene dal territorio nazionale[8]»*.

In ambito nazionale, l'uscita e le esportazioni illecite, cioè senza attestato di libera circolazione (nazionale) o licenza di esportazione (europea) di beni culturali, sono sanzionate dall'art. 518-undecies del codice penale con la reclusione da due a otto anni e con la multa fino a euro {URL}

3. La restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti: la direttiva 2014/60/UE

Le disposizioni della direttiva 2014/60/UE, in materia di restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti, sono state recepite a livello nazionale negli articoli 75-86 del {URL} (codice dei beni culturali e del paesaggio),

che, pertanto, è stato modificato.

La direttiva 2014/60/UE sostituisce la n. 93/7/CEE, il cui obiettivo era quello di assicurare il rientro materiale dei beni culturali illecitamente usciti dal territorio dello Stato membro, a prescindere dai diritti di proprietà applicabili a tali beni.

La procedura prevista dalla direttiva n. 93/7/CEE già rappresentava un passo importante verso la cooperazione tra Stati membri in questo settore nell'ambito del mercato interno. Tuttavia, la sua applicazione ha ben presto messo in luce i limiti del sistema congegnato di restituzione dei beni culturali, *"a motivo, in particolare, della ristrettezza del suo ambito di applicazione risultante dalle condizioni stabilite nel suo allegato, dei termini brevi per l'avvio di un'azione di restituzione e dei costi legati alle azioni di restituzione"*.

Ciò ha giustificato la necessità di una implementazione della normativa europea in materia di restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti.

In base alla nuova direttiva 2014/60/UE, si considera uscito illecitamente dal territorio di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 2, un bene *"a) uscito dal territorio di uno Stato membro in violazione delle norme di detto Stato membro sulla protezione del patrimonio nazionale oppure in violazione del regolamento (CE) n. 116/2009, o b) non rientrato dopo la scadenza del termine fissato per una spedizione temporanea lecita o un bene che si trova in situazione di violazione di una delle altre condizioni di tale spedizione temporanea"*.

Lo Stato membro richiedente è *"lo Stato membro dal cui territorio è uscito illecitamente il bene culturale"*, mentre lo Stato membro richiesto è quello *"nel cui territorio si trova il bene culturale che è uscito illecitamente dal territorio di un altro Stato membro"*.

La citata direttiva prevede due procedure volte al recupero dei beni culturali illecitamente sottratti: a) art. 5^[9] (*«Le autorità centrali degli Stati membri cooperano e promuovono la consultazione tra le autorità competenti degli Stati membri^[10]»*), che disciplina la cosiddetta *«collaborazione amministrativa»*;

b) art. 6^[11] (*«Lo Stato membro richiedente può proporre contro il possessore e, in mancanza di questo, contro il detentore, davanti al giudice competente dello Stato membro richiesto, l'azione di restituzione del bene culturale uscito illecitamente dal suo territorio^[12]»*) che disciplina il ricorso dello Stato richiedente presso un'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, che può variare a seconda della normativa vigente nello Stato richiesto.

Con riferimento all'ordinamento nazionale, ai sensi dell'articolo 77 del codice dei beni culturali, l'azione di restituzione in Italia va esercitata innanzi al giudice ordinario e precisamente innanzi al tribunale del luogo dove il bene si trova, nei confronti del possessore o detentore del bene, a prescindere dalla buona fede del convenuto, che rileva ai fini dell'eventuale riconoscimento di un indennizzo. L'azione di restituzione spetta agli Stati, in quanto titolari del diritto alla tutela e conservazione del proprio patrimonio culturale^[13]. L'atto di citazione va annotato nello speciale registro delle azioni di restituzione e di esso ne viene data notizia nel sistema IMI^[14].

L'azione di restituzione è azionabile da uno Stato membro per recuperare i beni culturali usciti illecitamente dal proprio territorio e che si trovano nel territorio di un altro Stato membro. Per ottenerne la restituzione i beni devono essere considerati beni culturali dalla legislazione nazionale dello Stato membro richiedente ed essere usciti in violazione di essa a partire dal 1 gennaio 1993. Se, pertanto, l'Italia è il paese richiedente potrà far valere la definizione di beni culturali contenuta nel {URL}

Il paese dal cui territorio il bene culturale è uscito illecitamente può iniziare un'azione di restituzione entro tre anni a decorrere dalla data in cui viene a conoscenza del luogo in cui si trova il bene culturale e dell'identità del suo possessore o detentore. In ogni caso, l'azione di restituzione si prescrive entro il termine di trent'anni a decorrere dalla data in cui il bene culturale è uscito illecitamente dal territorio dello Stato membro richiedente. Nel caso di beni che fanno parte di collezioni pubbliche o di istituzioni ecclesiastiche o altre istituzioni religiose

negli Stati membri in cui sono oggetto di misure speciali di tutela in virtù del diritto nazionale, l'azione di restituzione si prescrive entro il termine di settantacinque anni, tranne negli Stati membri in cui l'azione è imprescrittibile e nel caso di accordi bilaterali tra Stati membri che prevedano un termine superiore a settantacinque anni (articolo 8 della direttiva).

Come sopra riferito, il codice (nazionale) dei beni culturali ha recepito le disposizioni della predetta direttiva (negli articoli 75 e seguenti). In particolare, l'articolo 78 ha recepito i termini di prescrizione e decadenza dell'azione di restituzione. Il possesso delle informazioni relative al luogo in cui il bene si trova e all'identità del possessore/detentore al fine del computo del termine prescrizionale di tre anni per l'esercizio dell'azione di restituzione sono da considerarsi *«due condizioni cumulative e non alternative[15]»* tra loro. *«Per contro, si ritiene che la mancanza anche di uno solo dei predetti elementi non consenta di iniziare la procedura, ma neppure determini la decorrenza del relativo termine di decadenza[16]»*.

L'articolo 78 dispone, al terzo comma, l'imprescrittibilità dell'azione di restituzione per i beni appartenenti a collezioni pubbliche museali, archivi, fondi di conservazione di biblioteche e istituzioni ecclesiastiche o altre istituzioni religiose. Quindi *«in presenza dei relativi presupposti, l'azione di restituzione dei beni rientranti nelle sopra richiamate categorie potrà essere sempre promossa all'interno del nostro ordinamento giuridico[17]»*. In proposito, alcuni autori ritengono che *«l'imprescrittibilità prevista dal 3° comma dell'art. 78 del Codice dei beni culturali opera [...] solo per le azioni esperite dallo stato richiedente innanzi al giudice italiano e non anche quando l'Italia a sua volta agisce per la restituzione, visto che in tal caso il termine di prescrizione sarà quello eventualmente diverso (ma comunque non inferiore a settantacinque anni) previsto dalla legge dello stato richiesto[18]»*. Questa ricostruzione è avallata dalla stessa collocazione della declaratoria di imprescrittibilità all'interno di una norma i cui i primi due commi sono evidentemente volti a disciplinare l'azione di restituzione instaurata in Italia [...]. Pertanto, il nostro legislatore ha compiuto una scelta di apertura del nostro ordinamento, agevolando gli altri Stati membri nel recupero materiale di alcune categorie dei propri beni culturali, dotati di peculiare rilievo ed importanza[19]».

In base all'articolo 10 della direttiva, qualora sia ordinata la restituzione del bene, il giudice competente dello Stato membro richiesto accorda al possessore un equo indennizzo in base alle circostanze del caso concreto, a condizione che il possessore dimostri di aver usato, all'atto dell'acquisizione, la diligenza richiesta. Per determinare l'esercizio della diligenza richiesta da parte del possessore, si tiene conto di tutte le circostanze dell'acquisizione, in particolare della documentazione sulla provenienza del bene, delle autorizzazioni di uscita prescritte dal diritto dello Stato membro richiedente, della qualità delle parti, del prezzo pagato, del fatto che il possessore abbia consultato o meno i registri accessibili dei beni culturali rubati e ogni informazione pertinente che avrebbe potuto ragionevolmente ottenere o di qualsiasi altra pratica cui una persona ragionevole avrebbe fatto ricorso in circostanze analoghe. Lo Stato membro richiedente è tenuto a pagare tale indennizzo al momento della restituzione. L'articolo 79 del codice dei beni culturali, che ha recepito il predetto articolo 10 della direttiva, stabilisce che il tribunale, nel disporre la restituzione del bene, può, su domanda della parte interessata, liquidare a favore del possessore un indennizzo determinato in base a criteri equitativi. L'onere della prova ricade sul possessore, che deve dimostrare di aver usato al momento dell'acquisizione del bene la diligenza necessaria, valutata sulla base delle circostanze concrete. La finalità della norma è evitare di riconoscere l'indennizzo ad acquirenti incauti o addirittura in malafede.

Le spese inerenti all'esecuzione della decisione che ordina la restituzione del bene culturale spettano allo Stato membro richiedente (articolo 11 della direttiva). Il pagamento dell'equo indennizzo di cui all'articolo 10 e delle spese di cui all'articolo 11 lascia impregiudicato il diritto dello Stato membro richiedente di esigere il rimborso di detti importi da parte delle persone responsabili dell'uscita illecita del bene culturale dal suo territorio (articolo 12 della direttiva). La direttiva inoltre lascia impregiudicate le azioni civili o penali spettanti, in base al diritto nazionale degli Stati membri, allo Stato membro richiedente e/o al proprietario cui è stato sottratto il bene (quest'ultimo potrebbe ad esempio sollecitare lo Stato membro all'esercizio dell'azione di restituzione o esercitare egli stesso l'azione di rivendicazione della proprietà).

In base al successivo articolo 82 del predetto codice, nel caso di beni illecitamente esportati dall'Italia, l'azione di restituzione è esercitata dal Ministero (della cultura), d'intesa con il Ministero degli affari esteri, davanti al giudice dello Stato membro dell'Unione europea in cui si trova il bene culturale (il Ministero si avvale dell'assistenza dell'Avvocatura generale dello Stato). I successivi articoli dispongono che, qualora il bene restituito non sia di proprietà statale, lo stesso viene custodito dal Ministero fino alla consegna all'avente diritto, che dovrà rimborsare le spese affrontate per il procedimento di restituzione e per la custodia del bene. Trascorsi cinque anni dalla consegna senza che il bene sia reclamato dall'avente diritto, esso viene acquisito al demanio dello Stato. Sono inoltre previsti degli oneri informativi periodici da parte del Ministero (della cultura) alla Commissione europea e al Parlamento nazionale circa l'attuazione della normativa europea.

Ratione temporis, la direttiva 2014/60/UE riguarda unicamente i beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro a decorrere dal 1 gennaio 1993 (articolo 14 della direttiva). Il successivo articolo 15 prevede che ciascuno Stato membro possa applicare la disciplina prevista dalla direttiva *de qua* alle richieste di restituzione di beni culturali diversi da quelli definiti dall'articolo 2, punto 1, della medesima direttiva, e per beni usciti illecitamente dal territorio di altri Stati membri anteriormente al 1 gennaio 1993.

{URL} #39;applicazione pratica della direttiva europea in Italia

Presso il Ministero della cultura è attivo un apposito comitato per il recupero e la restituzione dei beni culturali, istituito con decreto ministeriale del 18 giugno 2008 e rinnovato con {URL} : «a) esaminare le questioni relative alle domande di restituzione di beni culturali illecitamente usciti dal territorio nazionale, sulla base di documentazioni e relazioni fornite dagli uffici interessati, dal Comando carabinieri tutela del patrimonio culturale, nonché da altri corpi investigativi, che vedano coinvolto lo Stato italiano sia in qualità di organismo richiedente, sia in qualità di organismo richiesto, ai sensi degli articoli 75 e ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio; b) procedere all'esame di tutte le questioni relative alle domande di restituzione di beni culturali anche mediante la procedura o l'azione di restituzione, di cui agli articoli 5 e 6 della Direttiva 2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, o in forza di convenzioni internazionali, per l'individuazione delle procedure più efficaci ai fini della restituzione; c) svolgere approfondimenti sulle problematiche del settore e della normativa statale, comunitaria e internazionale che disciplina la materia; d) fornire direttive, indirizzi interpretativi e consulenza tecnico-giuridica alle Direzioni generali competenti per l'istruttoria delle singole fattispecie; e) favorire i negoziati per la restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti al patrimonio culturale nazionale e svolgere tutte le necessarie attività operative connesse; f) favorire la cooperazione con gli altri Paesi europei per la restituzione di beni usciti illecitamente dal territorio di altri Stati membri dell'Unione Europea».

Per completezza di analisi, occorre richiamare l'attenzione sulle attività di diplomazia culturale. Questa costituisce un importante strumento di natura "consuetudinaria" per il recupero dei beni culturali, comprensivo della mediazione diplomatica e della composizione amichevole. Nello specifico, si tratta di un insieme di attività svolte dal Ministero della cultura d'intesa con altri ministeri - in particolare il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e il Ministero della giustizia - e rivolte principalmente alle istituzioni straniere in cui, attraverso l'esercizio della "*moral suasion*", esercitata ai massimi livelli istituzionali, si ottengono restituzioni diplomatiche anche quando non vi siano le condizioni previste dalla direttiva 2014/60/UE. La previsione europea di una specifica azione di restituzione (azione di tipo giudiziario ai sensi dell'articolo 6 della predetta direttiva) tra Stati non impedisce infatti l'avvio e la conclusione di attività di diplomazia culturale in via amichevole, ma anzi rafforza la cooperazione in questo settore particolarmente vulnerabile e afflitto dal traffico internazionale illecito di opere d'arte.

4. L'importazione dei beni culturali nel territorio dell'Unione europea

Così come il legislatore europeo ha inteso proteggere l'uscita dei beni culturali appartenenti al patrimonio culturale europeo attraverso l'adozione del regolamento 116/2009 e della direttiva 2014/60, allo stesso modo ha disciplinato l'ingresso sul territorio dell'Unione europea di beni culturali creati o scoperti nei paesi terzi,

mediante l'adozione del regolamento 2019/880, a cui ha fatto seguito il regolamento di esecuzione 2021/1079.

In base all'articolo 3 del regolamento (UE) 2019/880 «è vietata l'introduzione dei beni culturali di cui alla parte A dell'allegato, rimossi dal territorio del paese in cui sono stati creati o scoperti in violazione delle disposizioni legislative e regolamentari di tale paese [...]. L'importazione dei beni culturali elencati nelle parti B e C dell'allegato è consentita solo previa presentazione di: a) una licenza di importazione [...]; o b) di una dichiarazione dell'importatore [...]».

Il regolamento (UE) 2019/880 relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali dai paesi terzi nasce dall'esigenza, avvertita a livello unionale, di impedire l'introduzione nel territorio doganale dell'Unione europea di beni culturali esportati illecitamente da paesi terzi, con particolare riferimento a beni culturali provenienti da paesi terzi interessati da conflitti armati, in particolare se tali beni culturali sono stati commerciati in modo illecito da organizzazioni terroristiche o criminali di altro tipo. Il regolamento (UE) 2019/880 non si applica, pertanto, ai beni culturali creati o scoperti nel territorio doganale dell'Unione.

Le norme comuni, introdotte dal predetto regolamento, disciplinano il trattamento doganale dei beni culturali non unionali che entrano nel territorio doganale dell'Unione. Il pertinente territorio doganale coincide con il territorio doganale dell'Unione al momento dell'importazione. A tal riguardo, secondo il regolamento, è necessario che la legalità dell'esportazione dei beni culturali provenienti da paesi terzi sia esaminata in primo luogo sulla base delle disposizioni legislative e regolamentari del paese terzo in cui tali beni culturali sono stati creati o scoperti.

Tuttavia, per non ostacolare in maniera irragionevole il commercio legittimo, in taluni casi è apparso opportuno prevedere che la persona che intende importare beni culturali nel territorio doganale dell'Unione sia "eccezionalmente" autorizzata a dimostrare la lecita esportazione da un diverso paese terzo in cui i beni culturali erano localizzati prima di essere spediti nell'Unione, vale a dire l'ultimo paese in cui si sono trovati per un periodo superiore a cinque anni e per scopi diversi dall'utilizzo temporaneo, dal transito, dalla riesportazione o dal trasbordo. I casi in cui questa disposizione può trovare attuazione sono i seguenti: a) qualora il paese in cui i beni culturali sono stati creati o scoperti non possa essere determinato in modo attendibile oppure, b) quando l'esportazione dei beni culturali in questione abbia avuto luogo prima che la convenzione UNESCO del 1970 entrasse in vigore, ossia il 24 aprile 1972.

Il regolamento 2019/880 si applica a determinate categorie di beni culturali (di cui all'allegato A del regolamento), tra cui i reperti archeologici e gli elementi provenienti dallo smembramento di monumenti con età superiore a 250 anni e a prescindere dalla soglia finanziaria (parte B dell'allegato A). Trattasi di categorie di beni particolarmente esposte al rischio di saccheggio e distruzione e per i quali è necessario prevedere un sistema di controllo prima che a tali beni sia permesso di entrare nel territorio doganale dell'Unione. Al riguardo, è necessario ottenere una licenza d'importazione (art. 4 del predetto regolamento) rilasciata dall'autorità competente di uno Stato membro prima dell'immissione in libera pratica di tali beni culturali nell'Unione o del vincolo degli stessi a un regime doganale speciale diverso dal transito. La richiesta per ottenere la licenza di importazione viene presentata dal titolare dei beni (*holder of the goods*)^[20], tramite il sistema elettronico *ICG (Import cultural goods)*^[21], all'autorità competente dello Stato membro, quindi nel caso dell'Italia agli uffici di esportazione del Ministero della cultura.

La domanda per il rilascio di una licenza di importazione deve essere accompagnata da qualsiasi documento giustificativo e informazione atti a comprovare che i beni culturali in questione sono stati esportati dal paese terzo in cui sono stati creati o scoperti in conformità alle disposizioni legislative e regolamentari di tale paese o è necessario presentare prove comprovanti l'assenza di tali disposizioni legislative e regolamentari al momento in cui detti beni sono stati portati fuori dal suo territorio. Le autorità competenti degli Stati membri decidono se rilasciare o meno una licenza, sulla base della completezza e dell'accuratezza delle domande.

Per i restanti beni cui alla parte C dell'allegato A del regolamento 2019/880^[22], è necessario che il titolare dei beni presenti una dichiarazione (*import statement*) tramite il sistema elettronico *ICG* sopra richiamato, che

certifichi la legalità dell'esportazione dei beni dal paese terzo e fornisca le informazioni sufficienti affinché tali beni possano essere identificati dalle autorità doganali. Se le disposizioni legislative e regolamentari del paese interessato impongono l'obbligo di ottenere un'autorizzazione preventiva per l'esportazione del bene culturale dal proprio territorio, l'importatore è tenuto ad essere in possesso degli opportuni permessi rilasciati dall'autorità pubblica competente del paese interessato, attestanti che l'esportazione del bene in questione è stata da essa debitamente autorizzata. Su richiesta, tale documentazione deve essere presentata alle autorità doganali.

Come già detto, la lecita circolazione dei beni in questione può essere comprovata, eccezionalmente, da qualsiasi documento giustificativo e informazione atti a dimostrare che i beni culturali in questione sono stati esportati in conformità delle disposizioni legislative e regolamentari dell'ultimo paese in cui si sono trovati per un periodo superiore a cinque anni e per scopi diversi dall'utilizzo temporaneo, dal transito, dalla riesportazione o dal trasbordo, nei seguenti casi: a) il paese in cui i beni culturali sono stati creati o scoperti non può essere determinato in modo attendibile; oppure, b) i beni culturali sono stati rimossi dal paese in cui sono stati creati o scoperti prima del 24 aprile 1972.

È pertanto evidente che le finalità del regolamento 2019/880 sono riconducibili al divieto di introdurre nel territorio doganale dell'Unione beni culturali esportati illecitamente da paesi terzi, all'adozione di misure volte a garantire che le importazioni di beni culturali siano soggette a controlli uniformi al momento della loro entrata nel territorio doganale dell'Unione, nonché al contrasto al commercio illecito di beni culturali, in particolare qualora tale commercio illecito possa contribuire al finanziamento del terrorismo[23].

In ambito nazionale, l'art. 518-*decies* del codice penale punisce il reato di importazione illecita di beni culturali prevedendo la pena della reclusione da due a sei anni e la multa da euro 258 a euro {URL} #39;ordinamento dello Stato in cui il rinvenimento ha avuto luogo, ovvero esportati da un altro Stato in violazione della legge in materia di protezione del patrimonio culturale di quello Stato.

5. Le convenzioni internazionali: uno sguardo di insieme

Le convenzioni internazionali costituiscono uno strumento fondamentale per la protezione dei beni culturali e per il recupero dei beni culturali rubati e/o illecitamente esportati.

La convenzione de L'Aja del 1954, all'indomani della seconda guerra mondiale, ha introdotto le misure necessarie ad assicurare un'adeguata tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato. Detta convenzione era ispirata ai principi stabiliti nelle convenzioni del 1899 e del 1907 e nel patto di Washington del 15 Aprile 1935. Ad essa sono annessi un regolamento di esecuzione e un protocollo addizionale per le restituzioni. Quest'ultimo impone l'obbligo di restituzione ed esclude che i beni culturali esportati dal territorio occupato possano essere trattenuti a titolo di riparazione alla fine delle ostilità (articolo 1, paragrafo 3).

La convenzione UNESCO, adottata a Parigi il 14 novembre 1970 e riguardante le misure da adottare per vietare e per impedire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento di proprietà illeciti di beni culturali, costituisce il trattato per eccellenza in materia di protezione internazionale dei beni culturali mobili, non limitata alle situazioni nascenti dai conflitti armati. La disciplina in essa contenuta regola le relazioni internazionali in materia di circolazione, affermando il dovere di ogni Stato alla cooperazione per la protezione dei singoli patrimoni nazionali. È entrata in vigore il 24 Aprile 1972 ed è stata ratificata da oltre cento Stati. Con riferimento all'Italia, il 2 ottobre 1978 è avvenuto il deposito dello strumento di ratifica della convenzione *de quo* [24]. La convenzione, ai sensi dell'art. 21 in essa contenuto, è entrata in vigore per l'Italia il 2 gennaio 1979.

Lo scopo della convenzione è quello di tutelare il patrimonio culturale nazionale di ciascuno Stato contraente attraverso una serie di iniziative volte a rafforzare la tutela del patrimonio culturale di ciascuno Stato contraente. La convenzione UNESCO ha costituito, pertanto, un importante punto di svolta in tema di lotta al traffico illecito di beni culturali.

La successiva convenzione UNIDROIT è stata adottata a Roma nel 1995 con lo scopo di creare un apparato minimo di regole giuridiche che fossero comuni agli Stati contraenti, al fine di conseguire l'obiettivo principale della restituzione dei beni culturali[25]. La convenzione UNIDROIT ha definito due regimi restitutori, vale a dire la “restituzione” di beni culturali rubati e il “ritorno” di beni esportati illecitamente dal territorio di uno Stato contraente.

Di recente, occorre inoltre richiamare la convenzione internazionale del Consiglio d'Europa, stipulata a Nicosia nel 2017, che ha avuto il merito di rafforzare la cooperazione internazionale nella lotta contro i reati riguardanti i beni culturali[26].

{URL}

Dopo la seconda guerra mondiale venne stipulato un atto internazionale specificamente destinato alla predisposizione di misure necessarie ad assicurare una adeguata tutela dei beni culturali in caso di conflitto armato. Si trattava della convenzione de L'Aja del 14 maggio 1954, ispirata ai principi stabiliti nelle convenzioni del 1899 e del 1907 e nel patto di Washington del 15 Aprile 1935, alla quale sono annessi un regolamento di esecuzione e un protocollo addizionale per le restituzioni. Quest'ultimo stabilisce l'obbligo di restituzione ed esclude che i beni culturali esportati dal territorio occupato possano essere tratti a titolo di riparazione alla fine delle ostilità (articolo 1, paragrafo 3).

L'autorizzazione alla ratifica della convenzione dell'Aja è avvenuta, per l'Italia, con legge n. 279 del 1958, recante «*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, firmata all'Aja il 14 maggio 1954, con annesso regolamento di esecuzione e del relativo protocollo di pari data*».

La convenzione stabilisce che le parti contraenti si impegnano a rispettare i beni culturali situati nel proprio territorio nonché nel territorio delle altre parti contraenti, astenendosi da qualsiasi uso dei beni che possa esporli a distruzione o a deterioramento in caso di conflitto armato e astenendosi da qualsiasi atto di ostilità diretto contro tali beni (articolo 4, par. 1)[27]. Le parti contraenti si impegnano inoltre a proibire, prevenire e porre fine a qualsiasi forma di furto, saccheggio o sottrazione di beni culturali, nonché a qualsiasi atto di vandalismo diretto contro di essi. Le parti contraenti si astengono dal requisire i beni culturali mobili situati nel territorio di un'altra parte contraente (articolo 4, par. 3)[28] e dal porre in essere ogni misura di rappresaglia diretta contro beni culturali (articolo 4, par. 4)[29].

L'articolo 5 a sua volta dispone che ogni parte contraente che occupi tutto o parte del territorio di un'altra parte contraente deve, per quanto possibile, sostenere le autorità nazionali competenti del paese occupato nella salvaguardia e nella conservazione dei propri beni culturali, adottando le misure di conservazione più necessarie[30].

Il protocollo annesso alla convenzione dell'Aja stabilisce che ogni parte contraente si obbliga a impedire che siano esportati beni culturali (così come definiti nell'articolo 1 della convenzione stessa) da un territorio da essa occupato durante un conflitto armato (articolo 1, par. 1)[31]. Prevede, inoltre, che ciascuna parte contraente consegna, alla fine delle ostilità, alle autorità competenti del territorio precedentemente occupato, i beni culturali che si trovano presso di essa. In nessun caso comunque tali beni possono essere tratti a titolo di riparazioni di guerra (articolo 1, par. 3)[32].

La convenzione dell'Aja del 1954 è, dunque, finalizzata non solo ad impedire l'esportazione di beni culturali dal territorio di un paese occupato ma anche ad assicurare alla fine delle ostilità la restituzione dei beni stessi alle autorità del paese occupato.

Le caratteristiche fondamentali della convenzione possono essere descritte come di seguito: (i) per la prima volta un accordo internazionale disciplina il concetto di bene culturale con una elencazione, all'articolo 1, di quelli che sono i beni da considerarsi culturali; (ii) la convenzione crea una protezione di livello internazionale

anche se focalizzata e limitata alle esportazioni illecite effettuate durante i conflitti armati tra gli Stati; (iii) la convenzione, inoltre, si occupa per la prima volta della problematica legata all'acquisto in buona fede dei beni culturali. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il protocollo dispone come la parte contraente, cui spettava l'obbligo di impedire l'esportazione di beni culturali dal territorio da essa occupato, paghi un indennizzo ai detentori in buona fede di ogni bene culturale che debba essere restituito[33].

I beni culturali provenienti dal territorio di una parte contraente e da questa depositati nel territorio di un'altra parte contraente, al fine di proteggerli dai pericoli di un conflitto armato, devono essere da quest'ultima restituiti, alla fine delle ostilità, alle autorità competenti del territorio di provenienza[34].

Se il primo protocollo, redatto contestualmente alla convenzione, vieta l'illecito trasferimento dei beni culturali, ne sancisce l'obbligo di custodia fino al termine delle ostilità nonché di restituzione e indennizzo, il successivo protocollo del 1999 integra la convenzione del 1954 con ulteriori precisazioni e indicazioni pratiche.

{URL} La convenzione UNESCO del 1970

La Convenzione UNESCO, adottata a Parigi il 14 novembre 1970, concerne le misure da adottare per interdire ed impedire la illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà di beni culturali. Nasce sul presupposto, come chiarito nel suo preambolo, che i beni culturali sono elementi fondamentali della civilizzazione e che ciascuno Stato ha il dovere di proteggere il patrimonio costituito dai beni culturali esistenti sul proprio territorio contro i pericoli di furto, di scavi clandestini e di esportazione illecita. Al tal riguardo, la collaborazione internazionale diventa uno strumento fondamentale per proteggere i beni culturali dal traffico illecito.

In base all'articolo 1 della convenzione sono considerati beni culturali i beni che, a titolo religioso o profano, sono designati da ciascuno Stato come importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza e che appartengono alle categorie di beni indicate nello stesso articolo 1.

L'articolo 4 stabilisce che i beni culturali (astrattamente individuati dall'art. 1) debbano avere un collegamento che giustifichi la decisione di considerare un determinato bene come appartenente al patrimonio culturale di un determinato Stato, in quanto fanno parte del suo patrimonio nei seguenti casi: a) beni culturali creati dal genio individuale o collettivo di cittadini dello Stato considerato e beni culturali importanti per lo Stato considerato, creato sul territorio di tale Stato da cittadini stranieri o da apolidi residenti su tale territorio; b) beni culturali trovati sul territorio nazionale; c) beni culturali acquisiti da missioni archeologiche, etnologiche o di scienze naturali, con il consenso delle autorità competenti del paese di origine di tali beni; d) beni culturali formanti oggetto di scambi liberamente consentiti; e) beni culturali ricevuti a titolo gratuito o acquistati legalmente con l'assenso delle autorità competenti del paese di origine di tali beni.

Il successivo articolo 3 della convenzione, con riferimento alla illiceità della circolazione di un bene culturale, precisa che sono considerati illeciti l'importazione, l'esportazione e il trasferimento di proprietà di beni culturali effettuati in contrasto con le disposizioni adottate dagli Stati partecipanti in virtù della convenzione. La protezione è concessa in via di principio a tutti i beni (pubblici e privati).

Secondo la lettura fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, «la clausola in esame pare introdurre una sorta di principio di reciprocità tra gli Stati aderenti alla Convenzione, nella misura in cui ognuno di essi è obbligato a considerare come illecita importazione ciò che è considerato come illecita esportazione in base alla legislazione di un altro Stato partecipante [...]. Evidenti sono le resistenze, in particolare negli anni immediatamente successivi all'adozione della Convenzione, a riconoscere piena portata vincolante al disposto dell'art. 3, soprattutto nella parte in cui verrebbe a costituire per gli Stati aderenti l'obbligo di riconoscere ed attuare la legislazione interna di un altro Stato, per ciò che costituisce il regime dei vincoli pubblicistici alle esportazioni ed ai trasferimenti di proprietà. Ma non sono mancate letture che hanno interpretato l'art. 3 della Convenzione nel senso, fortemente innovativo, di imporre agli Stati membri di considerare illeciti, nei propri ordinamenti nazionali, i negozi giuridici in violazione del diritto nazionale di un altro Stato membro, che sia

conforme alla Convenzione stessa. L'art. 3 rappresenterebbe pertanto un manifesto superamento del principio secondo cui gli organi giudiziari di uno Stato debbono rifiutarsi di dare applicazione alla normativa di natura pubblicistica, tributaria o penale di un altro Stato, in quanto diretta espressione della sua sovranità e quindi condizionata dal limite territoriale di efficacia: principio più volte affermato, in passato, proprio relativamente alle discipline nazionali recanti limiti, di varia natura e operatività, alla circolazione internazionale dei beni culturali (cfr. ad es. l'opinione [...], secondo cui una legislazione nazionale che proibisca l'esportazione di oggetti d'arte rientrerebbe nella categoria delle leggi di natura pubblicistica, che non devono essere applicate dai giudici del paese in cui l'oggetto è stato esportato, o in qualunque altro paese, perché si tratta di un atto adottato nell'esercizio di potere sovrano che non deve essere eseguito al di fuori del proprio territorio). [...] Volgendo lo sguardo alla prassi applicativa, deve darsi atto che più recenti decisioni giurisprudenziali, in diversi Stati aderenti alla convenzione UNESCO, appaiono orientate a tenere direttamente in conto clausole come quella di cui all'art. 3 in esame, fino al punto di poterla utilizzare direttamente, come regola che impone la restituzione di quanto uscito illegalmente dal territorio di uno Stato, quando la Convenzione sia entrata in vigore per entrambi gli Stati, quello di origine e quello di destinazione [...][35]».

Ai sensi del successivo art. 6 della convenzione, gli Stati si impegnano a: (i) istituire un certificato appropriato mediante il quale lo Stato esportatore specifica che l'esportazione del bene culturale è autorizzata. Il certificato deve accompagnare il bene culturale esportato; (ii) proibire l'esportazione dal proprio territorio dei beni culturali non accompagnati dal certificato di esportazione; (iii) portare a conoscenza del pubblico questa proibizione, soprattutto a conoscenza di coloro che potrebbero esportare o importare beni culturali.

Ai sensi dell'art. 7, gli Stati si obbligano: a) ad adottare tutte le misure necessarie, in conformità con la legislazione nazionale, per impedire l'acquisizione, da parte di musei e altre istituzioni similari dislocate sul proprio territorio, di beni culturali provenienti da un altro Stato parte della convenzione, beni che sono stati esportati illecitamente dopo l'entrata in vigore della convenzione; b) i) a proibire l'importazione dei beni culturali rubati in un museo o in un monumento pubblico civile o religioso, o in una istituzione similare, situati sul territorio di un altro Stato parte della convenzione dopo l'entrata in vigore di quest'ultima nei confronti degli Stati in questione, a condizione che venga provato che tale o tali beni fanno parte dell'inventario di tale istituzione; ii) ad adottare misure appropriate per recuperare e restituire su richiesta dello Stato d'origine parte della convenzione qualsiasi bene culturale rubato e importato in tal modo dopo l'entrata in vigore della convenzione nei confronti degli Stati interessati, a condizione che lo Stato richiedente versi un equo indennizzo alla persona acquirente in buona fede o che detiene legalmente la proprietà di tale bene[36]. Le richieste di recupero e di restituzione vanno indirizzate allo Stato richiesto per via diplomatica. Lo Stato richiedente è tenuto a fornire a sue spese ogni mezzo di prova necessaria per giustificare la sua richiesta di recupero e di restituzione. Tutte le spese relative alla restituzione dei beni culturali in questione sono a carico dello Stato richiedente.

Ai sensi del successivo {URL} : a) impedire i trasferimenti di proprietà di beni culturali diretti a favorire l'importazione o l'esportazione illecite di tali beni; b) fare in modo che i propri servizi competenti collaborino al fine di facilitare la restituzione dei beni culturali esportati illecitamente; c) consentire un'azione di rivendicazione dei beni culturali perduti o rubati esercitata dal proprietario legittimo o in suo nome (la rivendicazione può essere avanzata anche da soggetti privati); d) riconoscere, inoltre, il diritto imprescrittibile di ciascuno Stato parte della presente convenzione di classificare e dichiarare inalienabili alcuni beni culturali, che per questo motivo non devono essere esportati, e facilitare il recupero di tali beni da parte dello Stato interessato nel caso in cui essi siano stati esportati.

La convenzione si applica se il fatto illecito è successivo al 1970, ma l'articolo 15 incoraggia gli Stati aderenti a concludere tra di essi accordi particolari o di proseguire l'esecuzione di accordi già conclusi, concernenti la restituzione di beni culturali esportati per qualche motivo dal loro territorio di origine, prima dell'entrata in vigore della convenzione per gli Stati interessati.

La convenzione UNESCO è entrata in vigore tre mesi dopo la data di deposito del terzo strumento di ratifica,

d'accettazione o d'adesione, ma unicamente nei confronti degli Stati che hanno depositato i rispettivi strumenti di ratifica, d'accettazione o d'adesione in tale data o anteriormente. Per ciascuno degli altri Stati, entra in vigore tre mesi dopo il deposito del rispettivo strumento di ratifica, accettazione o adesione.

{URL} La convenzione UNIDROIT del 1995

La convenzione UNIDROIT del 1995 si applica alle richieste internazionali di restituzione di beni culturali rubati e/o illecitamente esportati. In base alla convenzione, in particolare con riferimento agli articoli 3 e 4, del capitolo II, dedicati alla restituzione dei beni culturali rubati, è stabilito che «il possessore di un bene culturale rubato dovesse restituirlo, introducendo una vera e propria novità in grado di superare ogni perplessità collegata all'applicazione del criterio della legge del luogo ove si trovava la cosa (*lex rei sitae*)»[37].

Pertanto, «viene così introdotto un meccanismo necessario di restituzione, considerato indispensabile ai fini di un efficace contrasto al crescente fenomeno dei furti ai danni dei beni culturali mobili, superando tutte le incertezze legate all'applicazione del criterio della *lex rei sitae*: in tema di beni mobili, infatti, il criterio prevalentemente applicato per giudicare la validità di una transazione identifica il diritto applicabile in quello del luogo dove è avvenuto il trasferimento dell'oggetto, e ciò consente ai trafficanti di opere di illecita provenienza di utilizzare come basi per i propri commerci proprio gli ordinamenti che tutelano a vario titolo gli acquirenti di buona fede [...]. L'art. 3 in esame impone invece di prendere in considerazione esclusivamente la condizione di colui che agisce per la restituzione: una volta che costui riesca a dimostrare di aver subito il furto, nasce il suo diritto alla incondizionata restituzione del bene; in particolare, diventano irrilevanti tutti i successivi passaggi o trasferimenti del bene, originati a seguito dell'illecita perdita del possesso. Analogamente, tenuto alla restituzione sarà colui che, al momento dell'esercizio dell'azione di restituzione, si presenterà come “possessore” del bene [...]; la sua eventuale condizione di buona fede, da dimostrare attraverso la prova di aver usato la “dovuta diligenza” non impedisce la restituzione del bene, ma conferisce titolo ad un equo e ragionevole indennizzo [...]. Deve quindi darsi atto dell'emergere di una tendenza ad attribuire rilevanza alla *lex rei sitae originis*, vale a dire ad applicare la legge dello Stato in cui il bene culturale era situato al momento dell'evento critico (furto, ritrovamento archeologico, scavo clandestino) [...]. Un esplicito richiamo alla *lex originis* si trova nel paragrafo 2 dell'art. 3, laddove la Convenzione afferma che ai fini della Convenzione stessa un bene culturale scavato illegalmente o scavato legalmente ma illegalmente trattenuto deve essere considerato come rubato, se ciò è ammesso dalla legge dello Stato dove lo scavo è avvenuto [...]»[38].

È chiaro dunque che l'art. 3 pone in capo al possessore di un bene culturale rubato l'obbligo di restituzione. Ogni richiesta di restituzione deve essere presentata entro un termine di tre anni a decorrere dal momento in cui il richiedente ha conosciuto il luogo dove si trovava il bene culturale e l'identità del suo possessore e, in tutti i casi, entro un termine di cinquant'anni dalla data del furto.

Tuttavia, un'azione per la restituzione di un bene culturale che faccia parte integrante di un monumento o di un sito archeologico identificati, o che faccia parte di una collezione pubblica, non è sottoposta ad alcun termine di prescrizione salvo che ad un termine di tre anni dal momento in cui il richiedente sia venuto a conoscenza del luogo dove si trovava il bene culturale e dell'identità del possessore. Tuttavia, ogni Stato contraente può dichiarare che un'azione si prescrive entro un termine di settantacinque anni o in un termine più lungo previsto dalla sua legge. Un'azione intentata in un altro Stato contraente per la restituzione di un bene culturale prelevato da un monumento, da un sito archeologico o da una collezione pubblica, situati in uno Stato contraente che effettua la predetta dichiarazione, si prescrive ugualmente (per reciprocità) nello stesso termine. Scopo della previsione pattizia, prevedendo una disciplina relativamente ai termini di proponibilità dell'azione di restituzione, è quello di «superare le notevoli discrepanze esistenti in subjecta materia nei diversi ordinamenti nazionali»[39]. Ancora, «per quanto concerne la legittimazione attiva, vista la genericità della norma, si riteneva che fossero legittimati ad agire sia lo Stato aderente, sia la persona materialmente spogliata del bene»[40].

In base all'articolo 4, il possessore di un bene culturale rubato, che deve restituirlo, ha diritto, al momento della

restituzione, al pagamento di un equo indennizzo a condizione che non abbia saputo né avrebbe dovuto ragionevolmente sapere che il bene era stato rubato e che possa provare di aver agito con la “dovuta diligenza” in occasione dell'acquisto. Il pagamento dell'indennizzo al possessore da parte del richiedente, quando richiesto, non pregiudica il diritto del richiedente di rivalersi su ogni altra persona per il rimborso. Al fine di determinare se il possessore, durante l'acquisto, abbia agito con la dovuta diligenza, bisogna tener conto di una serie di circostanze ed in particolare: la qualità delle parti, il prezzo pagato, la consultazione da parte del possessore di ogni registro ragionevolmente accessibile di beni culturali rubati ed ogni altra informazione e documentazione pertinenti che esso avrebbe ragionevolmente potuto ottenere, nonché la consultazione di organismi ai quali poteva avere accesso o ogni altro passo che una persona ragionevole avrebbe effettuato nelle stesse circostanze.

Il capitolo terzo, articoli 5, 6 e 7, della Convenzione UNIDROIT disciplina invece il ritorno dei beni culturali illecitamente esportati, vale a dire i beni usciti dallo Stato di origine in violazione delle norme sull'esportazione, oppure nel caso di beni usciti lecitamente ma che non sono rientrati ai sensi di una autorizzazione da esso rilasciata in conformità della legge che regola l'esportazione di beni culturali.

La legittimazione processuale per le richieste di ritorno spetta unicamente allo Stato, come chiarito dallo stesso articolo 5^[41]. Ancora, «*se l'azione di restituzione è strumento per la tutela della proprietà dei beni culturali, e come tale può ad essa far ricorso non solo lo Stato ma anche il privato proprietario, l'azione di ritorno è volta a garantire il rispetto dei vincoli, di natura pubblicistica, posti dalla legislazione di uno Stato a tutela del proprio patrimonio culturale: sarà pertanto lo Stato interessato ad avanzare la richiesta di ritorno di un bene illegalmente esportato dal proprio territorio. Peraltro, non è escluso che vi possa essere un concorso con l'azione di restituzione, tutte le volte che un bene, prima di essere esportato illegalmente, sia stato oggetto di furto: in tal caso, il proprietario potrà avanzare la richiesta di restituzione, e lo Stato quella di ritorno; qualora lo Stato sia anche proprietario, avrà l'opzione tra i due meccanismi di tutela. Risulta evidente il carattere innovativo dell'azione di ritorno, giacché essa consente di superare le tesi, ancora oggi assai diffuse, secondo cui i tribunali non possono dare applicazione al diritto pubblico straniero, giacché ciò equivarrebbe ad una indebita estensione della sfera di sovranità dello Stato cui appartiene la disciplina pubblicistica in questione, ben al di là dei propri confini*^[42]».

L'art. 5 dispone che il giudice o ogni altra autorità competente dello Stato convenuto ordini il ritorno del bene culturale quando lo Stato richiedente dimostri che l'esportazione del bene ha pregiudicato uno o più dei seguenti interessi: la conservazione fisica del bene o del suo contesto; l'integrità di un bene complesso; la conservazione dell'informazione, in particolare di natura scientifica o storica, relativa al bene; l'uso tradizionale o rituale del bene da parte di una comunità autoctona o tribale; oppure dimostri che il bene ha per detto Stato un'importanza culturale significativa. Ogni richiesta di ritorno di beni culturali illecitamente esportati deve essere corredata da ogni informazione di fatto o di diritto che consenta al giudice o all'autorità competente dello Stato convenuto di determinare se le condizioni sopra descritte sono soddisfatte. Anche per l'azione di ritorno, la convenzione UNIDROIT prevede che ogni richiesta di ritorno deve essere promossa entro un termine di tre anni dal momento in cui lo Stato richiedente abbia conoscenza del luogo dove si trova il bene culturale e dell'identità del suo possessore e, in tutti i casi, entro un termine di cinquant'anni dalla data di esportazione. Nel caso delle uscite temporanee, è considerata esportazione illecita il mancato rientro dei beni nei termini previsti nell'autorizzazione all'uscita temporanea. Pertanto, l'azione di ritorno è esperibile a decorrere dalla data del mancato rientro.

In base al successivo art. 6, l'acquirente di un bene culturale uscito illecitamente ha diritto, al momento del ritorno, al pagamento da parte dello Stato richiedente di un equo indennizzo, a condizione che il possessore non sapeva né avrebbe dovuto ragionevolmente sapere, al momento dell'acquisizione, che il bene era stato illecitamente esportato. Anche in questo caso, come nell'ipotesi di un bene rubato, è previsto che, al possessore che abbia agito con la dovuta diligenza, venga corrisposto un equo indennizzo. Ai fini di valutare l'uso della dovuta diligenza, e quindi il diritto all'indennizzo a favore del possessore/acquirente, bisogna considerare la presenza, ove prevista, del permesso di esportazione in base alla legge dello Stato richiedente.

In base al successivo articolo 8, una richiesta presentata ai sensi dei capitoli II e III della convenzione UNIDROIT (di restituzione di un bene culturale rubato e di ritorno di un bene illecitamente esportato) può essere presentata innanzi al giudice o ad ogni altra autorità competente dello Stato contraente dove il bene culturale si trova, nonché dinanzi al giudice o ogni altra autorità competente che abbiano il potere di decidere la controversia secondo le regole in vigore negli Stati contraenti. Le parti possono concordare di sottoporre la controversia ad un giudice o altra autorità competente o ad arbitrato.

L'articolo 10 prevede che, con riferimento ai beni culturali rubati (capitolo II), l'azione di restituzione si applichi dopo l'entrata in vigore della convenzione nei confronti dello Stato dove la richiesta è presentata e a condizione che a) il bene sia stato rubato sul territorio di uno Stato contraente dopo l'entrata in vigore della convenzione nei confronti di detto Stato; oppure che b) il bene si trovi in uno Stato contraente dopo l'entrata in vigore della convenzione nei confronti di questo Stato. Con riferimento all'azione di ritorno (capitolo III), questa si applica solo ad un bene culturale illecitamente esportato dopo l'entrata in vigore della convenzione nei confronti dello Stato richiedente così come dello Stato dove la richiesta è presentata^[43]. L'articolo 10 prosegue specificando come la convenzione non legittimi in alcun modo un'operazione illecita di qualunque natura che abbia avuto luogo prima della sua entrata in vigore, né limiti il diritto di uno Stato o di ogni altra persona di intentare un'azione per la restituzione o il ritorno di un bene culturale rubato o illecitamente esportato prima dell'entrata in vigore della convenzione stessa.

La convenzione UNIDROIT è entrata in vigore il 1° luglio 1998. Per l'Italia, l'autorizzazione alla ratifica è avvenuta con la legge n. 213 del 1999.

{URL}

Il 19 maggio 2017 veniva adottata a Nicosia la convenzione finalizzata a promuovere e rafforzare la cooperazione nazionale e internazionale nella lotta contro i reati riguardanti i beni culturali.

La convenzione, la cui autorizzazione alla ratifica è avvenuta con legge n. 6 del 21 gennaio 2022 recante «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali*», è “figlia” dell'omonima convenzione di Delfi del 1985 - mai attuata perché non sottoscritta da un numero sufficiente di Stati - e dell'“hype” creato dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (tra le quali, la n. 2199 del 2015 e la n. 2347 del 2017) che hanno condannato il traffico illecito di opere d'arte specialmente quando collegato al finanziamento del terrorismo. La convenzione obbliga chi la ratifica a dotarsi di una legislazione in grado di proteggere in modo efficace il proprio patrimonio culturale e punire il compimento di reati.

Nella Gazzetta ufficiale n. 68 del 22 marzo 2022, è stata, quindi, pubblicata la legge 9 marzo 2022 n. 22, recante «*Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale*», in vigore dal 23 marzo 2022 in forza della clausola di immediata operatività contenuta nell'articolo 7 della predetta legge. La riforma del codice penale - attraverso l'introduzione di un apposito titolo dedicato ai delitti contro il patrimonio culturale - ha rafforzato i principi fissati nell'articolo 9 della Costituzione, secondo cui la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione, contemplando una serie di norme tese a sanzionare e reprimere le violazioni delle disposizioni a tutela dei beni culturali.

La normativa ha dato autonoma rilevanza penale ai reati contro il patrimonio culturale, introducendo nel codice penale il titolo VIII-*bis* «*Dei delitti contro il patrimonio culturale*», parte dei quali di nuova previsione (si pensi al reato di importazione illecita) ed altri corrispondenti alle figure delittuose prima collocate nel {URL}

Nel prevedere specifici reati contro il patrimonio culturale nell'ambito del codice penale, il legislatore, in alcuni casi, ha inasprito le pene edittali rispetto a quelle corrispondenti per le ordinarie fattispecie codicistiche, in altri casi ha introdotto circostanze aggravanti e attenuanti speciali e ha previsto la punibilità dei fatti commessi all'estero in danno del patrimonio culturale nazionale. Ha dato specifiche indicazioni in tema di confisca (anche per equivalente) e ha determinato l'ampliamento della categoria dei reati che costituiscono il presupposto di

responsabilità degli enti, inserendo nel {URL} *septiesdecies* («Delitti contro il patrimonio culturale») e *25-duodevicies* («Riciclaggio di beni culturali e devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici»). Inoltre, all'interno del codice penale, dopo l'articolo 707, è stato aggiunto l'articolo 707- *bis* sul «Possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli».

La legge n. 22 del 2022 ha dato attuazione alle disposizioni contenute nella convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali (*Convention on Offences relating to Cultural Property*, conosciuta, come detto, anche come “Convenzione di Nicosia”) e ha fornito una sistemazione organica, coerente e ordinata alle disposizioni penali in materia di beni culturali.

Esse, infatti, erano contenute nella parte quarta del codice dei beni culturali, il quale costituisce il *corpus* normativo di settore in materia di beni culturali. Come detto poc'anzi, il legislatore del 2022 ha tuttavia privilegiato la “riserva di codice in materia penale” e pertanto ha inserito le norme penali in materia di beni culturali all'interno di un apposito titolo del codice penale.

Il predetto titolo VIII-*bis* del codice penale intitolato «Dei delitti contro il patrimonio culturale» disciplina le seguenti figure delittuose: art. 518-*bis* (furto di beni culturali); art. 518-*ter* (appropriazione indebita di beni culturali); art. 518-*quater* (ricettazione di beni culturali); art. 518-*quinqies* (impiego di beni culturali provenienti da delitto); art. 518-*sexies* (riciclaggio di beni culturali); art. 518-*septies* (autoriciclaggio di beni culturali); art. 518-*octies* (falsificazione in scrittura privata relativa a beni culturali); art. 518-*novies* (violazioni in materia di alienazione di beni culturali); art. 518-*decies* (importazione illecita di beni culturali); art. 518-*undecies* (uscita o esportazione illecite di beni culturali); art. 518-*duodecies* (distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici); art. 518-*terdecies* (devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici); art. 518-*quaterdecies* (contraffazione di opere d'arte); art. 518-*quinqiesdecies* (casi di non punibilità); art. 518-*sexiesdecies* (circostanze aggravanti); art. 518-*septiesdecies* (circostanze attenuanti); art. 518-*duodevicies* (confisca); art. 518-*undevicies* (fatto commesso all'estero)[44].

6. Conclusioni

La circolazione internazionale delle opere d'arte e in generale dei beni culturali costituisce da sempre oggetto di dinamiche complesse, tanto da condurre la comunità internazionale ad adoperarsi per sensibilizzare gli Stati sui risvolti negativi, anche connessi al finanziamento del terrorismo, che il traffico illecito dei beni culturali causa ai popoli depauperati del loro patrimonio e della loro identità. In tal senso, le convenzioni internazionali si sono rivelate uno strumento fondamentale per rafforzare il controllo e la protezione dei beni culturali delle Nazioni aderenti, ma anche per divulgare e sensibilizzare quegli Stati che ancora non hanno adeguate leggi e strumenti di tutela.

Inoltre, sia in ambito internazionale che europeo, si è andato affermando sempre più il concetto di dovuta diligenza “*due diligence*”, che ha gradualmente sostituito quello della (“semplice”) buona fede. In questo senso, di indiscusso rilievo è stata la recente sentenza del 2 maggio 2024 della Corte europea dei diritti dell'uomo ({URL}) concernente il caso di esportazione illecita della statua raffigurante “l'Atleta Vittorioso”, esposta presso un noto museo americano in California.

Il rinvenimento di questa statua avvenne nel 1964 quando venne scoperta da alcuni pescatori al largo delle coste italiane nel mare Adriatico, per essere poi venduta a soggetti sconosciuti. Successivamente se ne persero le tracce. La statua è poi riapparsa a Monaco dove, nel 1977, fu acquistata dal predetto museo americano. Le autorità italiane hanno tentato più volte, invano, di recuperare la statua e, nel 2007, hanno avviato un procedimento di esecuzione che ha portato all'emanazione di un ordine di confisca. Il museo americano, di conseguenza, ha proposto ricorso in Italia innanzi alla Corte di cassazione.

La Corte di cassazione ha ritenuto che la statua, tutelata in base alla normativa nazionale in materia di beni culturali, fosse stata illecitamente esportata dall'Italia e poi acquistata dal predetto museo in assenza della

dovuta diligenza. Anche se oggetto di un acquisto, ne veniva contestata la validità, in quanto era stata violata la legge di tutela nazionale, trattandosi di bene appartenente allo Stato (in quanto la statua era stata rinvenuta sui fondali marini) e come tale inalienabile.

Il contenzioso è arrivato fino innanzi alla {URL} *de quo*, di proprietà dello Stato italiano ed esportato senza la necessaria licenza di esportazione e in assenza del pagamento dei dazi doganali pertinenti. Veniva quindi ribadita la necessità di proteggere i beni culturali dall'esportazione illecita e di restituirli al loro paese di origine.

Sulla natura della transazione – l'acquisto di un bene culturale – la Corte ha ritenuto come fosse uno specifico dovere dell'acquirente svolgere le opportune verifiche sulla provenienza di un bene ed evitare così possibili richieste di confisca e restituzione. È stato, infatti, ritenuto dai giudici della {URL} [45]. La mancata diligenza del museo americano si è, infatti, posta in contrasto con *«the strong consensus in international and European law with regard to the need to protect cultural objects from unlawful exportation and to return them to their country of origin»*[46]. Un museo è, pertanto, tenuto a condurre i necessari controlli concernenti la legittimità della provenienza di un bene culturale e a verificare, con la dovuta diligenza, la legalità dell'acquisto.

Infine, al termine di questa analisi, risulta doveroso richiamare alcuni passaggi del preambolo della convenzione UNESCO del 1970, per sottolineare l'importanza di preservare l'identità dei popoli e proteggere i beni culturali dei paesi dai pericoli del traffico illecito: *«i beni culturali sono uno degli elementi fondamentali della civilizzazione e della cultura dei popoli e assumono il loro valore reale solo se sono conosciuti con la più grande precisione la loro origine, la loro storia e il loro ambiente [...]; ciascuno Stato ha il dovere di proteggere il patrimonio costituito dai beni culturali esistenti sul proprio territorio contro i pericoli di furto, di scavi clandestini e esportazione illecita [...]»*. Pertanto, *«è indispensabile che ciascuno Stato prenda maggiormente coscienza degli obblighi morali inerenti al rispetto del proprio patrimonio culturale nonché di quello di tutte le nazioni [...]»*.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[2] R. LEONARDI, *L'art. 73, il regolamento 2009/116/CE e la direttiva 2014/60/UE*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[3] Per i beni culturali che non rientrano nella definizione di beni culturali di cui al regolamento CE si applica la disciplina prevista dalla normativa nazionale dello Stato membro di esportazione (art. 2, comma 4, regolamento 116/2009).

[4] R. LEONARDI, *L'art. 74 e il regolamento CE n. 116/2009*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[5] Codice dei beni culturali e del paesaggio e successive modifiche.

[6] Articolo 74: «1. L'esportazione al di fuori del territorio dell'Unione europea degli oggetti indicati nell'allegato A è disciplinata dal regolamento CEE e dal presente articolo. 2. Ai fini di cui all'articolo 3 del regolamento CEE, gli uffici di esportazione del Ministero sono autorità competenti per il rilascio delle licenze di esportazione. Il Ministero redige l'elenco di detti uffici e lo comunica alla Commissione delle Comunità europee; segnala, altresì, ogni eventuale modifica dello stesso entro due mesi dalla relativa effettuazione. 3. La licenza di esportazione prevista dall'articolo 2 del regolamento CEE è rilasciata dall'ufficio di esportazione contestualmente all'attestato di libera circolazione, ed è valida per un anno. La detta licenza può essere rilasciata, dallo stesso ufficio che ha emesso l'attestato, anche non contestualmente all'attestato medesimo, ma non oltre quarantotto mesi dal rilascio di quest'ultimo. 4. Per gli oggetti indicati nell'allegato A, l'ufficio di esportazione può rilasciare, a richiesta, anche licenza di esportazione temporanea, alle condizioni e secondo le modalità stabilite dagli articoli 66, 67 e 71. 5. Le disposizioni della sezione 1-bis del presente capo non si applicano agli oggetti entrati nel territorio dello Stato con licenza di esportazione rilasciata da altro Stato membro dell'Unione europea a norma dell'articolo 2 del regolamento CEE, per la durata di validità della licenza medesima».

[7] R. LEONARDI, *L'art. 74 e il regolamento CE n. 116/2009*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[8] R. LEONARDI, *L'art. 74 e il regolamento CE n. 116/2009*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[9] Articolo 5: «Le autorità centrali degli Stati membri cooperano e promuovono la consultazione tra le autorità competenti degli Stati membri. Queste ultime assolvono in particolare i seguenti compiti: 1) individuare, su domanda dello Stato membro richiedente, un determinato bene culturale uscito illecitamente dal territorio di detto Stato, nonché localizzarlo e identificarne il possessore e/o detentore. La domanda deve comprendere qualsiasi informazione utile per agevolare la ricerca, in particolare riguardante la localizzazione vera o presunta del bene; 2) effettuare una notifica agli Stati membri interessati quando è ritrovato un bene culturale nel loro proprio territorio e sussistono validi motivi per ritenere che detto bene sia uscito illecitamente dal territorio di altro Stato membro; 3) facilitare la verifica, da parte delle autorità competenti dello Stato membro richiedente, che il bene in questione costituisce un bene culturale purché tale operazione sia effettuata entro sei mesi dalla notifica prevista al punto 2. Qualora la verifica non sia effettuata entro il termine stabilito, i punti 4 e 5 non sono più d'applicazione; 4) prendere, ove occorra, in cooperazione con lo Stato membro interessato, le misure necessarie per la conservazione materiale del bene culturale; 5) impedire, mediante i necessari provvedimenti provvisori, che il bene culturale sia sottratto alla procedura di restituzione; 6) svolgere il ruolo d'intermediario tra il possessore e/o detentore e lo Stato membro richiedente ai fini della restituzione. In tale senso, le autorità competenti dello Stato membro richiesto possono agevolare, fatto salvo l'articolo 6, l'esecuzione di una procedura di arbitrato, conformemente alla legislazione nazionale dello Stato membro richiesto e a condizione che lo Stato membro richiedente ed il possessore o detentore vi diano formalmente il proprio accordo. Al fine di cooperare e consultarsi tra di loro, le autorità centrali degli Stati membri utilizzano un modulo del sistema d'informazione del mercato interno («l'IMI») stabilito dal

regolamento (UE) n. 1024/2012, specificamente adattato per i beni culturali. Possono inoltre avvalersi dell'IMI per diffondere tutte le pertinenti informazioni correlate a casi relative ai beni culturali rubati o usciti illecitamente dal loro territorio. Gli Stati membri decidono in merito all'uso dell'IMI da parte delle altre autorità competenti ai fini della presente direttiva».

[10] L'autorità centrale prevista dalla direttiva UE è, per l'Italia, il Ministero (della cultura). Esso si avvale, per i vari compiti indicati nella direttiva, dei suoi organi centrali e periferici, nonché della cooperazione degli altri Ministeri, degli altri organi dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali.

[11] Articolo 6: «Lo Stato membro richiedente può proporre contro il possessore e, in mancanza di questo, contro il detentore, davanti al giudice competente dello Stato membro richiesto, l'azione di restituzione del bene culturale uscito illecitamente dal suo territorio. Per essere ammissibile, l'atto introduttivo dell'azione di restituzione deve essere corredato di: a) un documento che descriva il bene oggetto della richiesta e dichiarare che si tratta di un bene culturale; b) una dichiarazione delle autorità competenti dello Stato membro richiedente secondo la quale il bene culturale è uscito illecitamente dal territorio del medesimo».

[12] Si ricorda che lo Stato membro richiesto è lo Stato nel cui territorio si trova il bene culturale che è uscito illecitamente dal territorio di un altro Stato membro. Pertanto, la normativa unionale individua il criterio del *forum rei sitae*, lasciando poi agli Stati membri l'individuazione del giudice avente giurisdizione e competenza territoriale. Si veda in tal senso, F. CARLESI, *Azione di restituzione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[13] I soggetti titolari in via esclusiva della legittimazione attiva ad avanzare l'azione di restituzione avente ad oggetto beni culturali illecitamente usciti dal proprio territorio sono, in via esclusiva, gli Stati membri dell'Unione europea, anche in assenza del diritto di proprietà sui beni stessi e quindi a prescindere se i proprietari dei beni di cui viene richiesta la restituzione siano gli stessi Stati membri o altri soggetti pubblici, o soggetti privati, facendo venire in rilievo la differenza tra l'azione di restituzione e l'azione di rivendicazione del diritto di proprietà, come emerge nell'articolo 13 della direttiva. Per un approfondimento, si veda F. CARLESI, *Azione di restituzione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[14] Il sistema di informazione del mercato interno (IMI) è uno strumento elettronico fornito dalla Commissione europea per favorire la cooperazione amministrativa tra le autorità competenti degli Stati membri e tra le autorità competenti degli Stati membri e la Commissione (regolamento UE 1024/2012).

[15] M. MARLETTA, cit. da F. CARLESI, *Termini di decadenza e di prescrizione dell'azione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[16] F. CARLESI, *Termini di decadenza e di prescrizione dell'azione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[17] Ibid.

[18] P. OTRANTO, L. PASQUALI, citati da F. CARLESI, *Termini di decadenza e di prescrizione dell'azione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[19] F. CARLESI, *Termini di decadenza e di prescrizione dell'azione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[20] Trattasi del titolare delle merci definito all'articolo 5, n. 34, del regolamento (UE) n. 952/2013, vale a dire la persona che è proprietaria delle merci o che ha un diritto analogo di disporne o che ne ha il controllo fisico.

[21] Trattasi di un sistema elettronico centralizzato, istituito e gestito dalla Commissione europea, che entrerà in funzione entro il mese di giugno 2025 e che consente anche l'archiviazione e lo scambio di informazioni tra le autorità degli Stati membri.

[22] Tra cui, collezioni ed esemplari rari di fauna, flora, mineralogia e anatomia, oggetti aventi interesse paleontologico, beni riguardanti la storia, comprese la storia della scienza e della tecnica e la storia militare e sociale, nonché la vita dei leader, dei pensatori, degli scienziati e degli artisti nazionali e gli avvenimenti di importanza nazionale, oggetti di antichità, quali iscrizioni, monete e sigilli incisi, oggetti aventi interesse etnologico, oggetti aventi interesse artistico, quali quadri, pitture e disegni eseguiti interamente a mano su qualsiasi supporto e di qualsiasi materia, esclusi i disegni industriali e gli oggetti manufatti decorati a mano, opere originali dell'arte statuaria e dell'arte scultoria, di qualsiasi materia, incisioni, stampe e litografie originali, assemblaggi e montaggi artistici originali di qualsiasi materia, manoscritti rari e incunaboli, libri,

documenti e pubblicazioni antichi d'interesse particolare storico, artistico, scientifico, letterario, isolati o in collezioni, etc., oltre i 200 anni di età e con una soglia finanziaria minima di 18000 euro o più al pezzo.

[23] Per un approfondimento sulla normativa europea di importazione e sulla piattaforma europea ICG, si veda L. MONTEREALE, *Le piattaforme digitali e la circolazione internazionale dei beni culturali: analisi della normativa europea sull'importazione dei beni culturali*, in Riv. Cammino Diritto, 2023.

[24] In base ad autorizzazione disposta con legge nazionale n. 873 del 30 ottobre 1975.

[25] «*The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) is an independent intergovernmental Organisation with its seat in the Villa Aldobrandini in Rome. Its purpose is to study needs and methods for modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives*». Si veda {URL}

[26] Per un approfondimento sulle convenzioni internazionali, si vedano anche T. ALIBRANDI, {URL} *I beni culturali e ambientali in Commentario di legislazione amministrativa*, Milano, 1985; S. ITALIA, *Il traffico illecito delle opere d'arte*, Roma, 2019; {URL} *La disciplina internazionale fondamentale in materia di illecita esportazione di beni culturali: in particolare, la Convenzione Unesco del 1970 e la UNIDROIT del 1995*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL} *Per la tutela del patrimonio culturale*, Roma, 2023.

[27] «*The High Contracting Parties undertake to respect cultural property situated within their own territory as well as within the territory of other High Contracting Parties by refraining from any use of the property and its immediate surroundings or of the appliances in use for its protection for purposes which are likely to expose it to destruction or damage in the event of armed conflict; and by refraining from any act of hostility, directed against such property*».

[28] «*The High Contracting Parties further undertake to prohibit, prevent and, if necessary, put a stop to any form of theft, pillage or misappropriation of, and any acts of vandalism directed against, cultural property. They shall refrain from requisitioning movable cultural property situated in the territory of another High Contracting Party*».

[29] «*They shall refrain from any act directed by way of reprisals against cultural property*».

[30] «*1. Any High Contracting Party in occupation of the whole or part of the territory of another High Contracting Party shall as far as possible support the competent national authorities of the occupied country in safeguarding and preserving its cultural property. 2. Should it prove necessary to take measures to preserve cultural property situated in occupied territory and damaged by military operations, and should the competent national authorities be unable to take such measures, the Occupying Power shall, as far as possible, and in close co-operation with such authorities, take the most necessary measures of preservation [...]*».

[31] «*Each High Contracting Party undertakes to prevent the exportation, from a territory occupied by it during an armed conflict, of cultural property as defined in Article 1 of the Convention for the Protection of Cultural Property, signed at The Hague on 14 May, 1954*».

[32] «*Each High Contracting Party undertakes to return, at the close of hostilities, to the competent authorities of the territory previously occupied, cultural property which is in its territory, if such property has been exported in contravention of the principle laid down in the first paragraph. Such property shall never be retained as war reparation*».

[33] «*The High Contracting Party whose obligation it was to prevent the exportation of cultural property from the territory occupied by it, shall pay an indemnity to the holders in good faith of any cultural property which has to be returned in accordance with the preceding paragraph*».

[34] «*Cultural property coming from the territory of a High Contracting Party and deposited by it in the territory of another High Contracting Party for the purpose of protecting such property against the dangers of an armed conflict, shall be returned by the latter, at the end of hostilities, to the competent authorities of the territory from which it came*».

[35] S. VANNINI, *Le misure di protezione previste dalla Convenzione UNESCO*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[36] Tale principio è stato rafforzato nella normativa europea e nella convenzione UNIDROIT del 1995.

[37] R. LEONARDI, *La circolazione dei beni culturali nelle convenzioni internazionali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[38] S. VANNINI, *Convenzione UNIDROIT*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[39] S. VANNINI, *Convenzione UNIDROIT*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[40] R. LEONARDI, *La circolazione dei beni culturali nelle convenzioni internazionali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[41] R. LEONARDI, *La circolazione dei beni culturali nelle convenzioni internazionali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

Articolo 5 convenzione UNIDROIT: «Uno Stato contraente può richiedere al giudice o ad ogni altra autorità competente di un altro Stato contraente che sia ordinato il ritorno di un bene culturale illecitamente esportato dal territorio dello Stato richiedente».

[42] S. VANNINI, *Convenzione UNIDROIT*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[43] R. LEONARDI, *La circolazione dei beni culturali nelle convenzioni internazionali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

[44] Per un approfondimento, si veda Corte suprema di cassazione, ufficio del massimario e del ruolo, servizio penale. Relazione su novità normativa. Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale (legge 9 marzo 2022 n. 22). Relazione n. 34/22. Roma, 21 giugno 2022.

[45] Per un approfondimento sulla sentenza della {URL} *La diligenza richiesta nei rapporti internazionali concernenti i beni culturali: il caso dell'Atleta di Fano*, 2 maggio 2024, in Riv. Archeologi&. Storia, Antropologia, Museologia, Arte, sezione Diritto e beni culturali, Roma, 2024.

[46] Sentenza {URL} (Application no. 35271/19).

Bibliografia

ALIBRANDI T., FERRI {URL} *I beni culturali e ambientali* in *Commentario di legislazione amministrativa*, Milano 1985.

BISAGLIA S., MONTEREALE L., *La diligenza richiesta nei rapporti internazionali concernenti i beni culturali: il caso dell'Atleta di Fano*, 2 maggio 2024, in Riv. Archeologi&. Storia, Antropologia, Museologia, Arte, sezione Diritto e beni culturali, Roma, 2024.

CARLES F., *Termini di decadenza e di prescrizione dell'azione*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale. Relazione su novità normativa. Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale (legge 9 marzo 2022 n. 22). Relazione n. 34/22. Roma, 21 giugno 2022.

FRIGO M., *La circolazione internazionale dei beni culturali*, Milano, 2001.

ITALIA S., *Il Traffico illecito delle opere d'arte*, Roma, 2019.

LEONARDI R., *La circolazione dei beni culturali nelle convenzioni internazionali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

LEONARDI R., *L'art. 73, il regolamento 2009/116/CE e la direttiva 2014/60/UE*, in *Codice dei beni culturali e*

del paesaggio, a cura di {URL}

LEONARDI R., *L'art. 74 e il regolamento CE n. 116/2009*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

MONTEREALE L., *Le piattaforme digitali e la circolazione internazionale dei beni culturali: analisi della normativa europea sull'importazione dei beni culturali*, in Riv. Cammino Diritto, 2023.

TAMIOZZO R., *Per la tutela del patrimonio culturale*, Roma, 2023.

TIGANO F., *La disciplina internazionale fondamentale in materia di illecita esportazione di beni culturali: in particolare, la Convenzione Unesco del 1970 e la UNIDROIT del 1995*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

VANNINI S., *Convenzione UNIDROIT*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

VANNINI S., *Le misure di protezione previste dalla Convenzione UNESCO*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di {URL}

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

Regolamento n. 3911 /92 del Consiglio del 9 dicembre 1992 relativo all'esportazione di beni culturali.

Regolamento (CE) n. 116/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo all'esportazione di beni culturali.

Regolamento di esecuzione (UE) n. 1081/2012 della Commissione, del 9 novembre 2012, recante disposizioni d'applicazione del regolamento (CE) n. 116/2009 del Consiglio relativo all'esportazione di beni culturali.

Direttiva 93/7/CEE del Consiglio del 15 marzo 1993 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro.

Direttiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro.

Regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali.

Regolamento d'esecuzione (UE) 2021/1079 della Commissione del 24 giugno 2021 recante modalità di applicazione di talune disposizioni del regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali.

Convenzione de L'Aia per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954.

Convenzione UNESCO del 14 novembre 1970 concernente le misure da adottare per interdire ed impedire la illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali.

Convenzione UNIDROIT del 1995 sui beni culturali rubati o illecitamente esportati.

Convenzione di Nicosia del 2017 recante *Convention on Offences relating to Cultural Property*.

{URL}

Legge 9 marzo 2022 n. 22, recante Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale.

Codice penale, titolo VIII-*bis* recante Dei delitti contro il patrimonio culturale.

Sentenza {URL} (*Application no. 35271/19*).

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10923>

LA FORMAZIONE DEL GIUDIZIO DEL GIUDICE CIVILE E CANONICO

Il presente studio esamina la formazione del giudizio nel sistema civile e canonico, esplorando il principio del libero convincimento del giudice e la ricerca della verità nel processo. Si analizzano la certezza morale come criterio ermeneutico per acquisire la verità reale e la sua evoluzione storica, sottolineandone l'unicità nell'ordinamento canonico. La trattazione evidenzia le differenze tra verità processuale e sostanziale, illustrando come il giudice, attraverso il prudente apprezzamento delle prove, persegua un giusto processo conforme all'articolo 111 della Costituzione italiana. Infine, l'approfondimento si concentra sul ruolo cruciale della motivazione delle sentenze nel garantire una decisione giuridicamente fondata e moralmente certa.

autore **Giovanni Margherita**



Abstract ENG

This study examines the formation of judgment within the civil and canonical systems, exploring the principle of the judge's free evaluation and the pursuit of truth in judicial proceedings. It analyzes moral certainty as a hermeneutic criterion for attaining real truth and traces its historical evolution, emphasizing its uniqueness within the canonical legal system. The discussion highlights the differences between procedural and substantive truth, illustrating how the judge, through the prudent assessment of evidence, strives for a fair trial in accordance with Article 111 of the Italian Constitution. Finally, the study focuses on the crucial role of reasoning in judicial decisions, ensuring outcomes that are both legally sound and morally certain.

Sommario: 1. Il principio del libero convincimento del giudice; {URL}

1. Il principio del libero convincimento del giudice

Il principio del libero convincimento^[1] deve accostarsi necessariamente al limite dell'obbligo di motivazione della decisione finale del giudice; per soddisfare ciò, il giudice, è tenuto a ricostruire *ex ante* il percorso logico-conoscitivo dell'impianto probatorio e a determinare, infine, la decisione. Tale principio viene enucleato con riferimento alla sola valutazione delle prove e non già al momento anteriore del procedimento; tale valutazione avrà come oggetto solo quelle prove che sono legittimamente ammesse ed acquisite.

Come spesso si sottolineerà, il principio del libero convincimento mantiene in equilibrio due posizioni essenziali del processo: da una parte la libertà dell'accertamento giudiziale volta ad esprimere la volontà della legge; d'altra parte, l'obbligo imposto di motivare la decisione, che mantiene fermo quel controllo di legalità del sistema processuale, togliendo le molteplici forme di arbitrarietà nell'applicazione della legge.

{URL}

All'art. 116 del Codice di procedura civile si sottolinea che: «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti». Questa norma fissa un principio cardine per l'intera giurisprudenza sia civile che penale, quello del libero convincimento del giudice rispetto alla valutazione delle prove. Le prove sono quegli elementi che vengono raccolti durante l'*iter* processuale con lo scopo di dimostrare l'esistenza o meno di un fatto dichiarato o smentito dalle parti. Il principio del libero convincimento non trova spazio all'interno di quelle che sono le prove cosiddette legali, cioè quelle prove il cui valore è attribuito *ex lege*. Tali prove possono essere: la confessione o il giuramento.

Dovendo definire tale principio, il libero convincimento è un criterio di valutazione proprio del sistema giurisprudenziale che mantiene l'intera attività del giudice ogni qualvolta la sua decisione richieda l'apprezzamento dei dati probatori acquisiti. Andando a studiarne l'etimologia del termine stesso, ci si sofferma sul sostantivo e aggettivo che compongono il principio in esame. Con l'espressione “convincimento” dal latino *cumvinco* ci si riferisce all'idea di vincere un avversario, cioè di superare qualcosa di contrastante rispetto alla propria opinione.^[2] La convinzione «è il risultato del superamento di un dubbio che a sua volta viene da *duo*, come *duellum*, ed implica la compresenza di due ordini di ragioni contrapposte, tra le quali egli è chiamato a scegliere»^[3]. Tale immagine suggerisce una contesa tra le parti, risolta dal giudice terzo ed imparziale, quando abbia assunto la convinzione della fondatezza di una delle due tesi riferite dalle parti.

Il significato del principio andrà ricercato nell'aggettivo “libero” e soprattutto dal suo passaggio dall'“intimo” al “libero convincimento” che ha trasformato la struttura dello stesso principio. Con l'avvento del *Code Napoleon* del 1804 il convincimento del giudice ha perso la connotazione intimistica ed è stato definito “libero” proprio per adeguare il termine alle varie necessità processuali caratterizzati da un giudizio di natura tecnica affidato, appunto, all'esperienza dei magistrati.

Questa nuova formulazione appariva problematica riguardo l'individuazione dei limiti in cui il giudice poteva effettivamente muoversi liberamente, soprattutto nei confronti dell'impianto normativo, circa la valutazione delle prove e in quelle prove in cui la libertà

del giudice era vincolata da norme ben definite.

In conclusione, se il termine “libero” esprime il rifiuto del sistema delle prove legali, non vale però ad escludere la regolamentazione di norme che orientano il giudice nella formazione del personale convincimento; certamente sarà vincolato dal processo e dalla ragione.

{URL}

La complessità dell’impianto probatorio deriva dal fatto che, lo stesso, non si esaurisce nell’ambito soltanto giuridico ma confluisce in altri campi di indagine, quali quello delle scienze umane, dell’epistemologia, della psicologia. «Da sempre, può dirsi, il tema delle prove esorbita infatti dai confini della ricerca strettamente giuridica, per collocarsi sul piano della conoscenza tout court»[\[4\]](#). Altra difficoltà rinvenibile nel campo probatorio è il necessario esame del concetto di verità all’interno del processo. Si è soliti pensare alla prova come allo strumento capace di stabilire quali fatti rilevanti, ai fini della decisione, possono qualificarsi come veri.

Tale concetto diventa problematico per una ragione sostanziale. Bisogna soffermarsi sul rapporto che sussiste o che potrebbe sussistere tra la verità processuale e la verità assoluta che potrebbe esistere anche al di fuori del processo. È ricorrente, in dottrina, la distinzione tra verità formale, cioè processuale, e la verità materiale che trova ragione di esistere soltanto in quegli strumenti capaci di far conoscere qualcosa. Tale distinzione a volte viene caratterizzata con i termini verità formale tipica del processo e verità assoluta extragiudiziale. Questa distinzione ha creato vari dissidi in dottrina circa la verità cosiddetta giudiziaria, completamente differente soltanto perché appunto, rinvenibile all’interno di un processo grazie alle prove.

Ricordiamo che nel processo canonico

la nota dicotomia tra verità formale (detta anche “giudiziale”) e verità materiale (detta anche “sostanziale” o empirica) non gode di alcuna ragionevole consistenza: esiste un’unica verità che deve essere ricercata, in primo luogo nella fase istruttoria, essendo relativa alle prove disponibili che consentono di accertarla. [...] Se nei modelli di *civil law*, a tutela della certezza del diritto e nell’ottica del giusto processo, si è inclini a ritenere esaustivo il raggiungimento di una verità meramente “processuale” [...], nel modello canonico l’entità del *favor veritatis* è di gran lunga superiore al principio della certezza del diritto, essendo corollario inscindibile della stessa nozione di giustizia.[\[5\]](#)

Opinione diffusa è quella di contrapporre alla ricerca della verità cosiddetta materiale, il libero convincimento del giudice. Questi due principi sono tra di loro connessi, in quanto

attribuendo al giudice il compito di ricercare nei fatti realmente accaduti la verità materiale, egli dovrebbe essere «libero di formare la propria convinzione nel modo ritenuto più opportuno, quindi discrezionale, senza vincoli di sorta»[6]. Bisogna però precisare che tale libertà nel sistema di valutazione delle prove non è normato all'interno dell'ordinamento civile. L'art. 116 {URL}

Il giudice civile, in assenza di divieti di legge, può formare il proprio convincimento anche in base a prove atipiche come quelle raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti fornendo adeguata motivazione della relativa utilizzazione, senza che rilevi la divergenza delle regole, proprie di quel procedimento, relative all'ammissione e all'assunzione della prova.[7]

[...] il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo: in particolare, il giudice del merito può trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta [...]. [8]

Per poter meglio comprendere il vero significato del libero convincimento del giudice bisognerà ripercorrere le tappe che hanno caratterizzato il processo lungo la storia, in particolare lungo gli anni della rivoluzione francese. Si è soliti pensare, in epoca moderna, ad un principio di libertà e di giustizia sotto l'autorità del giudice che non pregiudichi in nessun modo il suo ruolo giurisdizionale. Lo studioso del diritto processuale e probatorio dovrebbe essere molto più critico rispetto all'interpretazione del principio del libero convincimento, il quale, seppur con notevole progresso nell'età moderna, ha caratterizzato nel passato un momento buio per il processo stesso, in quanto esso ha permesso l'abuso del processo ai fini criminosi che nel tempo avrebbe trovato un ostacolo nel sistema delle prove legali.

Il processo, quale strumento di accertamento dei fatti posti in giudizio, dovrebbe essere impregnato da quei principi che lo rendano giusto, quei principi che gli diano valore e che non siano estranei al diritto e alla giustizia. I caratteri di un processo giusto sono chiari e riassumibili in tre punti: contraddittorio e diritto di difesa, imparzialità e terzietà del giudice, equilibrio tra i poteri del giudice e delle parti. Quando l'intero *iter* processuale si fonda sugli anzidetti principi, il libero convincimento può convivere e funzionare perfettamente in quanto si forma gradatamente all'interno dello stesso processo.

{URL}

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.^[9]

Dopo la riforma operata con L. Cost. 23 novembre 1999 n. 2^[10], la *ratio* dell'art. 111 Cost. è quella di garantire il cosiddetto giusto processo, cioè un processo che tenga conto delle parti, garantendo la giusta equità processuale.

Andando ad analizzare la normativa vigente in materia di giusto processo, accanto ai vari principi fondamentali è sorta la necessità di limitare la durata dei processi che ha portato al riconoscimento del principio della ragionevole durata del processo, garantita dalla legge. Tale principio fu assunto dall'art. 6^[11] della Convenzione dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 47 comma 2^[12] della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. Il principio della "ragionevole durata del processo" fu emanato con la cosiddetta Legge Pinto del 24 marzo 2001 n. 89^[13], che disciplina il diritto alla riparazione per il pregiudizio derivante dalle lungaggini del giudizio civile.

La prima parte dell'art. 111 Cost. inerisce ad alcuni importanti principi, quale il principio del contraddittorio. Tale principio racchiude la necessità che le parti esponano ragionevolmente le proprie questioni; ciò deve avvenire in modo che siano garantite, sia le stesse possibilità alle parti, sia la terzietà del giudice, stando al rapporto processuale che intercorre tra essi. Al principio appena enunciato si deve aggiungere anche il generico diritto di difesa accanto a quello che riguarda le persone meno abbienti entrambi normati nell'art. 24 Cost.^[14].

Per garantire il diritto di difesa e ancor meglio garantire un giusto processo, si rende necessaria la motivazione, quale ragionamento logico e giuridico che guida il giudice verso la decisione finale. Tale momento diviene decisivo per le parti, specie per il soccombente della stessa, che ha il diritto di sottoporre la decisione all'esame di un giudice superiore.

Enunciata la classica definizione di principio del giusto processo, si ravvisa la sua particolare pragmaticità all'interno dell'ordinamento italiano in tutta la sua chiarezza.

Il Legislatore, con tale principio, ha voluto introdurre una vera clausola generale che faccia d'apertura all'intero sistema di garanzie costituzionali, cioè una norma destinata al diritto processuale, come in altri sistemi, capace di portare una più completa tutela alle ragioni delle parti.^[15] Tale clausola generale, quale norma di apertura, non potrà essere considerata come un catalogo chiuso, come un *hortus conclusus*, ma dovrà rappresentare lo strumento operativo della Corte Costituzionale proprio per arricchire le garanzie processuali spettanti alle parti in processo. È stato osservato che senza voler predire il futuro, oggi sarebbe comunque sbagliato non dare alcuna valenza all'espressione "giusto processo", come se questa fosse solo un modo sintetico per richiamare le singole garanzie esplicitate nell'art. 111 Cost. In realtà la costruzione della norma impone all'interprete di dare a quell'espressione il valore di un'autonoma garanzia, ancorché indeterminata, solo in una certa misura sostanziata dalle restanti parti dell'art. 111 Cost.^[16]

2. La certezza morale come criterio ermeneutico per acquisire la verità reale;

{URL}

Il termine "certezza morale", nell'attuale configurazione legislativa, è recente nel campo dell'ordinamento canonico. Di fatto, lo stato d'animo richiesto per sentenziare da parte del giudice, era considerato in modo indiretto, in quanto ci si soffermava alla discussione circa il valore da dare alle prove.^[17] Il termine non è utilizzato all'interno del *Corpus Iuris Canonici* e nemmeno dagli antichi decretalisti, ma è possibile rinvenire idee, almeno sommarie, in alcuni canonisti del passato. Il termine stesso fu adoperato da Sanchez e da autori posteriori, anche se non era chiaro il grado di certezza per giungere a definire l'uomo "prudente"; solo nel XIX secolo lo si trova citato in alcuni documenti ufficiali^[18] e nella giurisprudenza della Santa Sede. La definizione che viene a trovarsi all'interno di questi documenti è data da McCarthy: «status mentis firmiter et sine ulla formidine contradictorii adhaerentes uni parti contradictionis»^[19], per cui, alcuni autori sottolineano che la nozione di certezza morale viene definita in senso soggettivo, quale mancanza di dubbio nel soggetto, sia in senso oggettivo, come dimensione ontologia del contenuto della conoscenza.^[20]

Riguardo i testi legislativi, il termine "certezza morale" si ritrova, per la prima volta, nel Codice piano-benedettino al can. 1869^[21]; il significato stesso del termine viene delineato da Papa Pio XII soprattutto nell'Allocuzione alla Rota Romana del 1942 nella quale afferma «l'importanza dell'argomento»^[22], proponendo «di esaminare più accuratamente questo concetto»^[23] con l'intenzione «di mettere in rilievo [...] e di mostrare in qual modo la Chiesa, secondo la sua missione e il suo carattere»^[24].

Nonostante il Magistero indicava la strada da seguire per affrontare l'argomento in

questione, il concetto stesso fu subito oscurato nelle Norme processuali concesse nel 1970 alle Conferenze Episcopali degli Usa e dell’Australia tramite il Consiglio per gli Affari Pubblici della Chiesa.^[25] All’art. 21 si legge che: «il giudice emanerà la sua decisione in conformità alla certezza morale generata dal prevalente peso delle prove aventi un valore riconosciuto in diritto e in giurisprudenza»^[26]. L’articolo prevedeva la conciliazione di due concetti, quello della certezza morale e quello anglosassone della prevalenza delle prove, che cambiò il concetto stesso della certezza morale aprendo la possibilità a diverse interpretazioni spesso fuorvianti rispetto al tema. Tale pensiero perse di importanza quando dette norme furono abrogate, nel 1974 per l’Australia e con l’entrata in vigore del Codice del 1983 riguardo gli Usa. Già nell’Allocuzione alla Rota Romana del 1980, ancor prima dell’entrata in vigore del Codice del 1983, Papa Giovanni Paolo II, dopo aver affermato che «Pio XII dichiarò in modo autentico il concetto canonico di certezza morale nell’allocuzione rivolta [...] il 1° ottobre 1942», ha ribadito,

di conseguenza a nessun giudice è lecito pronunciare una sentenza a favore della nullità di un matrimonio, se non ha acquisito prima la certezza morale sull’esistenza della medesima nullità. Non basta la sola probabilità per decidere una causa. Varrebbe per ogni cedimento a questo riguardo quanto è stato detto saggiamente delle altre leggi relative al matrimonio: ogni loro rilassamento ha in sé una dinamica impellente, “cui, si mos generatur, divortio, alio nomine tecto, in Ecclesia tolerando via sternitur”.^[27]

{URL}

Nell’Allocuzione alla Rota Romana, prima di presentare il concetto di certezza morale, Pio XII definisce altri due concetti: quello della certezza assoluta e della probabilità. La certezza assoluta è quella nella quale «ogni possibile dubbio circa la verità del fatto e la insufficienza del contrario è totalmente escluso [...] non è necessaria per proferire la sentenza»^[28].

La probabilità, che sia essa maggiore o minore, definita dalla giurisprudenza come quasi-certezza, è in opposizione alla certezza assoluta, «non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare»^[29].

Tra questi due concetti, certezza assoluta e quasi-certezza, si trova la certezza morale; essa, afferma Pio XII e lo sottolinea Giovanni Paolo II

nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza; dal lato negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall’assoluta certezza.^[30]

Nella medesima Allocuzione, Pio XII, afferma che la certezza morale non si ha «se non

vi sono per la realtà del contrario [...], almeno in qualche modo, degni di attenzione»[31].

Tutte queste espressioni si traducono nel concetto di certezza morale: certezza che esclude la probabilità del contrario, anche se non esclude la possibilità assoluta del contrario.[32] *McCarty* sostiene che la certezza morale è «adhaesio mentis alicui propositioni sine prudenti formidine errandi»[33].

Pio XII sottolinea che la certezza morale, intesa come certezza obbiettiva, è basata su motivi oggettivi; l'oggettività costituisce caratteristica essenziale della certezza. Non si tratta di

una certezza puramente soggettiva che si fonda sul sentimento o sulla opinione meramente soggettiva di questo o di quello, forse anche sulla personale credulità, sconsideratezza, inesperienza.[34]

Il Codice prescrive, al can. 1608 §2, che il giudice deve attingere la certezza *ex actis et probatis*, cioè da asserzioni e negazioni dedotti in giudizio e riferiti agli atti nonché dalle prove prodotte. A ciò risponde il brocardo *quod non est in actis, non est in mundo*. Al can. 1604 §1 si sottolinea la proibizione per le parti e ai loro avvocati di non dare ai giudici informazioni che rimangono fuori dagli atti di causa. Il Codice esclude tale eventualità, non potendo con ciò arrivare a definire la certezza morale.

Tale oggettività è stata affermata da San Tommaso d'Aquino, nel quale

Iudicare pertinet ad iudicem secundum quod fungitur publica potestate. Et ideo informari debet in iudicando non secundum id quod ipse novit tanquam privata persona, sed secundum id quod sibi innotescit tanquam personae publicae. [...] Homo in his quae ad propriam personam pertinet, debet informare conscientiam suam ex propria scientia. Sed in his quae pertinent ad publicam potestatem, debet informare conscientiam suam secundum ea quae in publico iudicio sciri possunt.[35]

Ad assicurare l'oggettività della certezza morale sono orientate tutte le norme del diritto processuale canonico; da questo si deduce la sua importanza nella loro retta osservanza.[36]

2.3 L'unicità della certezza morale nell'ordinamento canonico

È doveroso riflettere sull'unicità della certezza morale, quale caratteristica nell'ordinamento canonico rispetto ad altri ordinamenti statali. Il diritto canonico, nella materia processualistica, impone al giudice, con norme ben definite, di usare *secundum conscientiam* tutti i mezzi di prova prodotti in giudizio per giungere alla certezza morale.

Molti altri ordinamenti, quasi nella loro totalità, omettono questo principio dando importanza al prevalere delle prove, piuttosto si ritrova l'idea di certezza proprio in riferimento alle prove prodotte. Si ricorda che nel *common law*, il diritto anglosassone, nelle cause contenziose viene adoperato, appunto, il criterio della prevalenza delle prove, “*preponderance of evidence*”, che si discosta notevolmente dal concetto canonico di certezza morale; tale principio impone al giudice

l'obbligo di pronunciarsi in favore della parte per la quale militano le prove prevalenti anche qualora queste determinino soltanto una probabilità e non siano in grado di far sorgere nell'animo del giudice la certezza nel senso canonico.[\[37\]](#)

Negli ordinamenti statali la legge, con le peculiarità di ciascuno, stabilisce che il giudice debba pronunciarsi *ex actis et probatis* ma, non è consueto trovare un'ulteriore requisito riguardo la coscienza con cui il giudice stesso emette sentenza. Nel diritto canonico, si ritrova lo stesso principio al can. 1608 §2 però è stato individuato un altro criterio capace di indicare lo stato d'animo del giudice, la certezza morale, basata *super acta et probata* ponderati in coscienza, necessario appunto per pronunciare la sentenza.

Oltre il riferimento agli ordinamenti statali, quanto all'unicità del concetto di certezza morale, vi si trovano notevoli differenze rispetto al concetto adoperato dai filosofi. Gli stessi filosofi distinguono fra certezza metafisica, fisica e morale che va a discostarsi completamente dal concetto adoperato nel diritto canonico, anche se entrambi si basano sui *mores*, sul modo di comportarsi.

Nel mondo filosofico la certezza morale esclude la possibilità del contrario, mentre per pronunciare una sentenza in favore dell'attore, il giudice, non la esclude. I filosofi percepiscono tale certezza in senso stretto, cioè come una certezza assoluta, mentre la processualistica canonica si discosta notevolmente dal concetto assoluto di certezza.[\[38\]](#)

L'accezione “morale” della certezza che viene usata nel diritto canonico vigente, anche se presa in prestito dai moralisti, si discosta dalla certezza che viene richiesta secondo i principi di teologia morale. La netta separazione dei due ambiti applicativi non si ritrova soltanto nel fatto che la teologia si riferisce alla moralità degli atti umani mentre la canonistica riguarda l'applicazione della naturale facoltà conoscitiva, ma soprattutto nel fatto che in molti casi, avendo gradi differenti di obblighi morali, basti una minore certezza, cioè una probabilità.[\[39\]](#)

{URL}

Il principio fin qui delineato richiede che il giudice si adegui alla giustizia sostanziale, accogliendo o respingendo le pretese dell'attore; tale esigenza si plasma con la verità reale che deve essere anche realistica[\[40\]](#), cioè fare i conti con la povertà delle capacità

umane di conoscere in *toto* la realtà. Il giudice, per questo motivo, deve valutare in coscienza le prove prodotte dalle parti o richieste *ex officio* a sostegno dei fatti contrastanti.^[41] Lo stesso, sottoscrive la sua decisione valutando l'insieme delle prove, sia che siano state abbondanti, sia che disponga della dichiarazione di una parte.

Tale certezza, accolta dal Magistero della Chiesa, è formata

da una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio.^[42]

In questo caso non si arriva alla certezza morale soltanto da un cumulo di probabilità ma

si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà.^[43]

Stando a quanto detto, la decisione del giudice non sarà soltanto una blanda opinione ma un assenso fermo. Se non raggiunge tale certezza, il giudice avrà il dovere etico di non pronunciare nessuna sentenza convertendo lo stato di opinione/probabilità in uno stato di certezza che manca del sufficiente fondamento. La certezza morale, che deve costantemente essere richiesta nell'*animus* del giudice, non è una costruzione arbitraria del fondamento dei fatti esposti in giudizio ma fondarsi, appunto, sugli atti del processo, i quali devono essere esposti nella decisione ultima ed essere trasmessi sia alle parti che all'eventuale tribunale superiore.

La sentenza, motivata, con i presupposti elencati, costituirà la garanzia dell'obiettività della certezza richiamata da Pio XII, del fatto che la prova è risultata piena. Nella motivazione si andrà percorrendo tutto l'intero *iter* procedurale che lo ha condotto a pronunciarsi acquisendo la certezza sufficiente.^[44] Per mezzo della motivazione si avrà «l'esposizione di un ragionamento giustificativo della sentenza, che la decisione emanata è ragionevole, giusta e fondata sulla certezza morale oggettiva»^[45].

McCarthy racchiude il concetto sottolineando che la certezza è «punto centrale e sintesi di tutto il diritto processuale»^[46] canonico.

Costituendo un *unicum* nell'ordinamento canonico, la certezza morale ha tracciato un notevole progresso nel diritto processuale canonico garantendo una giustizia stabile, certa, sistematica; dando al giudice un criterio chiaro rispetto l'indirizzo da perseguire, la

certezza si propone come criterio realistico ed esigente incline a soddisfare la verità sostanziale, reale.

3. Conclusioni

La formazione del giudizio, sia nel contesto civile che in quello canonico, da parte del giudice, costituisce una pietra angolare nella realizzazione della giustizia, in quanto riflette la tensione tra libertà di valutazione e rigore normativo. Nel sistema civile, il principio del libero convincimento consente al giudice di formare la propria opinione basandosi sul prudente apprezzamento delle prove, nel rispetto dei limiti normativi e del diritto delle parti a un giusto processo. Questo equilibrio è essenziale per garantire decisioni giuridicamente corrette, evitando derive arbitrarie e promuovendo il rispetto della certezza del diritto.

Invece, nel diritto canonico, emerge con forza il concetto di certezza morale, che si distingue per la sua unicità rispetto agli ordinamenti secolari. Questo principio richiede al giudice di andare oltre la mera prevalenza delle prove per raggiungere una verità reale e sostanziale, pur consapevole dei limiti epistemologici imposti dalla condizione umana. La certezza morale non è solo una costruzione giuridica, ma anche una dimensione etica che guida il giudice nella sua funzione pubblica, imponendo una rigorosa ponderazione delle prove e una profonda responsabilità nella pronuncia della sentenza.

L'analisi comparata tra i due ordinamenti evidenzia come il principio del libero convincimento e quello della certezza morale non siano in opposizione, ma complementari. Se nel diritto civile si enfatizza la necessità di una verità processuale atta a garantire la stabilità delle decisioni e la ragionevole durata del processo, nel diritto canonico prevale l'orientamento verso la verità sostanziale, quale fondamento di una giustizia autentica e universale.

In entrambi i contesti, tuttavia, emerge l'importanza della motivazione della sentenza, che non è solo uno strumento tecnico, ma una garanzia di trasparenza e di legittimità. Attraverso la motivazione, il giudice non solo esplicita il percorso logico e probatorio seguito, ma rende il proprio operato accessibile alle parti.

Pertanto, lo studio della formazione del giudizio offre una profonda riflessione sulla funzione giurisdizionale come strumento di giustizia e di tutela dei diritti. In un'epoca in cui i sistemi giuridici sono chiamati a rispondere a esigenze di maggiore efficienza e trasparenza, il bilanciamento tra regole procedurali, responsabilità etica e autonomia del giudice si rivela decisivo. La strada verso una giustizia equa, infatti, non si esaurisce nell'applicazione delle norme, ma si completa nella capacità di interpretarle con umanità, ragionevolezza e integrità.

Note e riferimenti bibliografici

Note e Bibliografia

- [1] Cfr. L. DITTRICH, *Diritto processuale civile, Tomo secondo, Processi di cognizione*, UTET, Milano 2019, 1717-1721.
- [2] Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974, 262.
- [3] G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, IV (1992), 1261.
- [4] M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Giuffrè, Milano 2005, 2.
- [5] E. DI BERNARDO, *Modelli processuali e diritto probatorio civile. Elementi di common law, civil law e di diritto canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano 2016, 66-68.
- [6] G. MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Rivista di diritto processuale civile*, LXIV (2008), 1, 123-124.
- [7] REPUBBLICA ITALIANA. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Sezione I, 10 ottobre 2018, n. 25067, in {URL}.
- [8] REPUBBLICA ITALIANA. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Sezione III, 10 novembre 2020, n. 25162, in {URL}.
- [9] Art. 111 Cost.
- [10] «Il d. l. 7 gennaio 2000, n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'articolo 2 della Legge Costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, in materia di giusto processo, è convertito in Legge con le modificazioni riportate in allegato alla presente legge».
- [11] «Ogni persona ha diritto 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 [...]».
- [12] «Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare».
- [13] REPUBBLICA ITALIANA, *Legge 24 marzo 2001, n. 89*, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, CXLII (2001), 78, del 03 aprile 2001.
- [14] «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».
- [15] V. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, LVII (2003), 4, 1193.
- [16] M. BOVE, *Articolo 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Rivista di diritto processuale*, LVII (2002), 2, 495.
- [17] Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997), 423.
- [18] «Ad retinendam in specie culpabilitatem accusati opus est probatione legali, quae talia continere debet elementa, ut veritatem evincat aut saltem inducat moralem certitudinem, remoto in contrarium quovis rationabili dubio» EX S. CONGREGATIONE EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Instructio: Pro Ecclesiasticis Curiis quoad modum procedendi oeconomice in causis disciplinaribus et criminalibus clericorum*, 11 iunii 1880, in *AAS*, XIII (1880), 329.
- [19] E. A. MCCARTHY, *De certitudine morali in quae iudicis animo ad sententiae pronunciationem requiritur*, Romae, 1948, 56.
- [20] P. ERDO, *La certezza morale nella pronuncia del giudice: problemi attuali*, in *Periodica de re canonica*, LXXXVII (1998), 85.

- [21] Can. 1869 - §1 Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam. §2 Hanc certitudinem iudex haurire debet ex actis et probatis. §3 Probationes autem aestimare iudex debet ex sua conscientia, nisi lex aliquid expresse statuatur de efficacia alicuius probationis. §4 Iudex qui eam certitudinem efformare sibi non potuit, pronuntiet non constare de iure actoris et reum dimittat, nisi agatur de causa favorabili, quo in casu pro ipsa pronuntiandum est, et salvo praescripto can. 1697, §2».
- [22] PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et ministros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 1° octobris 1942, in *AAS*, XXXIV (1942), 339.
- [23] *Ibidem*.
- [24] PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et ministros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 2 octobris 1944, in *AAS*, XXXVI (1944), 281.
- [25] Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, 1, Romae 1977, 243-252.
- [26] «The judge will render his decision according to moral certitude generated by the prevailing weight of that evidence having a recognized value in law and jurisprudence».
- [27] IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio: Ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Prelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: de veritate iustitiae matre*, 4 februarius 1980, in *AAS*, LXXII (1980), 176.
- [28] PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et ministros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 1° octobris 1942, in *AAS*, XXXIV (1942), 339.
- [29] *Ibidem*.
- [30] *Ibidem*; IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio: Ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Prelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: de veritate iustitiae matre*, 4 februarius 1980, in *AAS*, LXXII (1980), 176.
- [31] PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et ministros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 1° octobris 1942, in *AAS*, XXXIV (1942), 340.
- [32] Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997), 430.
- [33] E. A. MCCARTHY, *De certitudine morali in quae iudicis animo ad sententiae pronuntiationem requiritur*, Romae, 1948, 66-68.
- [34] PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et ministros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 1° octobris 1942, in *AAS*, XXXIV (1942), 340.
- [35] S. THOMAS AQUINATIS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 67, a. 2. (Egli, perciò, nel giudicare deve procedere nel suo compito non come persona privata, ma in base a quanto egli conosce come persona pubblica. [...] Nelle cose relative alla propria persona l'uomo è tenuto a uniformare la coscienza alla propria scienza. Ma nelle cose relative ai pubblici poteri deve uniformare la sua coscienza a quello che in un pubblico processo si può conoscere).
- [36] Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997), 432.
- [37] *Ivi*, 421; cfr. F. HERMAN, *Certitudo moralis praesupposita in normis processualibus Tribunalium Statuum Foederatorum Americae necnon Australiae concessis*, in *Periodica de re canonica*, LXI (1972), 379-393.
- [38] Cfr. PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et ministros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 1° octobris 1942, in *AAS*, XXXIV (1942), 339; cfr. IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio: Ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Prelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: de veritate iustitiae matre*, 4 februarius 1980, in *AAS*, LXXII (1980), 172-178; cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997), 422; cfr. J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998), 4, 759.
- [39] M. LEGA, V. BARTOCETTI (curr.), *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta codicem iuris canonici*, II, {URL}
- [40] Cfr. M. A. ORTIZ, *Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale*, in *Ius Ecclesiae*, XVIII (2006), 406.

- [41] Cfr. G. MARAGNOLI, *La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio*, in H. FRANCESCHI, J. LLOBELL, M. A. ORTIZ (curr.), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Edusc, Roma 2005, 131-143.
- [42] PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et ministros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 1° octobris 1942, in *AAS*, XXXIV (1942), 340.
- [43] *Ibidem*.
- [44] Cfr. A. STANKIEWICZ, *La certezza morale e la motivazione della sentenza*, in H. FRANCESCHI, J. LLOBELL, M. A. ORTIZ (curr.), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Edusc, Roma 2005, 242.
- [45] *Ivi*, 243.
- [46] E. A. MCCARTHY, *De certitudine morali in quae iudicis animo ad sententiae pronuntiationem requiritur*, Romae, 1948, 3.

Bibliografia

- DE LUCA G., *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, IV (1992), 1261.
- DI BERNARDO E., *Modelli processuali e diritto probatorio civile. Elementi di common law, civil law e di diritto canonico*, Lateran University Press, Città del Vaticano 2016, 66-68.
- DITTRICH L., *Diritto processuale civile, Tomo secondo, Processi di cognizione*, UTET, Milano 2019, 1717-1721.
- ERDO P., *La certezza morale nella pronuncia del giudice: problemi attuali*, in *Periodica de re canonica*, LXXXVII (1998), 85.
- FORNACIARI M., *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Giuffrè, Milano 2005, 2.
- GROCHOLEWSKI Z., *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, 1, Romae 1977, 243-252.
- GROCHOLEWSKI Z., *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX (1997), 423.
- HERMAN F., *Certitudo moralis praesupposita in normis processualibus Tribunalium Statuum Foederatorum Americae necnon Australiae concessis*, in *Periodica de re canonica*, LXI (1972), 379-393.
- LEGA M., BARTOCCHETTI V. (curr.), *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta codicem iuris canonici*, II, {URL}
- LLOBELL J., *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Il Diritto ecclesiastico*, CIX (1998), 4, 759.
- MCCARTHY E. A., *De certitudine morali in quae iudicis animo ad sententiae pronuntiationem requiritur*, Romae, 1948, 56.
- MARAGNOLI G., *La funzione e i poteri del giudice istruttore nel processo canonico di nullità del matrimonio*, in FRANCESCHI H., LLOBELL J., ORTIZ M. A. (curr.), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Edusc, Roma 2005, 131-143.
- MONTELEONE G., *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Rivista di diritto*

processuale civile, LXIV (2008), 1, 123-124.

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974, 262.

ORTIZ M. A., *Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale*, in *Ius Ecclesiae*, XVIII (2006), 406.

S. THOMAS AQUINATIS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 67, a. 2.

STANKIEWICZ A., *La certezza morale e la motivazione della sentenza*, in FRANCESCHI H., LLOBELL J., ORTIZ M. A. (curr.), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Edusc, Roma 2005, 242.

VIGNERA V., *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del “nuovo” art. 111 Cost.*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, LVII (2003), 4, 1193.

Fonti pontificie

EX S. CONGREGATIONE EPISCOPORUM ET REGULARIUM, *Instructio: Pro Ecclesiasticis Curiis quoad modum procedendi oeconomice in causis disciplinaribus et criminalibus clericorum*, 11 iunii 1880, in *AAS*, XIII (1880), 329.

IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio: Ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Prelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: de veritate iustitiae matre*, 4 februarius 1980, in *AAS*, LXXII (1980), 176.

PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et administros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 1° octobris 1942, in *AAS*, XXXIV (1942), 339.

PIUS PP. XII, *Allocutio: Ad Prelatos auditores ceterosque officiales et administros tribunalis S. Romanae Rotae necnon eiusdem tribunalis advocatos et procuratores*, 2 octobris 1944, in *AAS*, XXXVI (1944), 281.

Fonti civili

REPUBBLICA ITALIANA, *Legge 24 marzo 2001, n. 89*, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, CXLII (2001), 78, del 03 aprile 2001.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Sezione I, *10 ottobre 2018, n. 25067*, in {URL}.

REPUBBLICA ITALIANA. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Sezione III, *10 novembre 2020, n. 25162*, in {URL}.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10951>