

TITOLO : La procedura impugnativa delle misure ablativa nella nomofilachia della giurisprudenza di legittimità : profili di elusione della ratio legis codicistica.

- *L'interpretazione della normativa procedurale di riesame ex art. 324 c.p.p. nella corrente applicazione.*
- *“Scelta sistemica e costituzionale” : un'opinabile definizione.*
- *Una procedura sine die , svuotata della sue prerogative legislative genetiche.*

Nell'ultimo decennio gli operatori del diritto processual-penalistico hanno assistito ad un notevole ridimensionamento dei diritti dei soggetti procedurali *privati* nella procedura di riesame dei provvedimenti applicativi delle misure cautelari reali e del sequestro probatorio , rispetto agli intenti legislativi genetici.

All'alba dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale , la normativa prevedeva la possibilità per il soggetto indagato ed il terzo interessato di proporre ad un organo *collegiale* il riesame della vicenda ablativa , onde valutare per l'ennesima volta da parte di un'autorità giurisdizionale ed *in tempi ristretti* la legittimità e la fondatezza del provvedimento vincolativo.

Se pur diverso dalla libertà personale , il rango costituzionale dell'oggetto della procedura impugnativa , previsto dall'art. 42 Cost.¹, necessitava , rispettando i parametri del sistema processuale codicistico , di una ulteriore verifica giurisdizionale , di natura collegiale.

Di tal che , il legislatore prevede pari procedura riesaminativa sia nel caso di restrizione di natura personale che di natura patrimoniale.

Non appare opportuno spendere molte parole onde sottolineare che nella normativa internazionalistica e quindi in quella nazional-costituzionale la bilancia penda dalla

¹ Art. 42 Costituzione.

La proprietà è pubblica [822 c.c.] o privata [832 c.c.] .

I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto [922 c.c.], di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale (2) e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale [834 c.c.].

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima [565 ss. c.c.] e testamentaria [587 c.c.] e i diritti dello Stato sulle eredità [586 c.c.].

parte del bene giuridico *libertà personale* , ritenuto pacificamente dotato di un peso specifico maggiore rispetto a quella *patrimoniale*.

Ma , in ogni caso , non va sottaciuta l'importanza attribuita dalla *Magna Charta* al diritto di proprietà nella sua ampia accezione : non soltanto di diritto *uti singuli* , ma anche di bene avente la *funzione sociale* collegata a sua volta al diritto al lavoro , all'accessibilità al diritto di proprietà di qualsiasi cittadino *senza distinzioni di sorta alcuna* , nonché quale forma di esercizio al risparmio proteso proprio all'acquisizione della proprietà di un bene , oppure all'investimento di natura commerciale o industriale , tutti elementi positivi e progressisti tipici di un paese liberal-democratico i quali si fondano su principi costituzionali e ne favoriscono l'evoluzione ad amplissimo raggio.

Del resto , la collocazione della predetta norma primaria immediatamente dopo quella contemplante *l'iniziativa economica privata*² ed il contenuto della medesima spiegano con maggiore ragionevolezza l'incidenza sul piano costituzionale del principio di tutela e riconoscimento della proprietà privata , inteso quale risultante di un più generale assetto liberal-democratico , fondato anche sull'iniziativa economica privata correlata a stretto giro con il diritto di proprietà , ed al contempo quale pilastro fondante l'arco costituzionale.

Se , dunque , appare inequivocabile che la libertà personale costituisca bene primario , il diritto di proprietà si pone un gradino di poco inferiore nella scala gerarchica dei valori costituzionali e , per quanto la breve dissertazione di cui sopra possa sembrare banale , ne va evidenziata la rilevanza spesso sottaciuta nelle disamine giurisprudenziali tendenti , viceversa , a privarla di rilievo rispetto alla procedura gemella eterozigota , disciplinata dall'art. 309 c.p.p. proprio per effetto del bene giuridico oggetto della stessa.

Concreta attestazione della rilevanza del bene *de quo* consta proprio nella previsione codicistica di una procedura riesaminativa di natura collegiale mai contemplata prima nell'assetto processualpenalistico italiano.

Va , pertanto , posta una premessa di fondo che consenta di meglio comprendere le conclusioni a cui si perverrà all'esito di questa disamina : la procedura di riesame ex art. 324 c.p.p. è stata prevista dal legislatore allo scopo di garantire mediante una ulteriore valutazione giurisdizionale di natura collegiale , *la legittimità e la correttezza in punto di merito della limitazione di un diritto e di un bene giuridico di rango costituzionale* , *costituente un valore non soltanto del singolo cittadino bensì*

² Art. 41 Costituzione.

L'iniziativa economica privata è libera [2082 ss. c.c.].

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana [2087 c.c.].

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali.

rappresentativo e costitutivo del progresso e del miglioramento delle condizioni sociali di una nazione di stampo liberal-democratico , di cui è permeata la nostra Costituzione.

In virtù del rilievo costituzionale e della incisività sullo sviluppo del paese , caldeggiato in ogni norma dalla Costituzione , la stessa doveva , negli intenti legislativi , svolgersi *senza ritardo , in tempi piuttosto ristretti , così legittimando l'opera investigativa dell'autorità giudiziaria oppure evitando l'illegale protrarsi di un vulnus del sottratto.*

Possiamo affermare sin da ora che , viceversa , nella nomofilachia giurisprudenziale impera sovrano un principio di *assoluta prevalenza* del bene contemplato dall'art. 13 Cost. e di *speculare irrilevanza* di quello previsto dall'art. 42 Cost. ; e se è indubbia , inequivocabilmente , la predetta , non possiamo condividere , invece , il tentativo di renderlo quasi un bene giuridico di rango ordinario nel confronto motivazionale operato dagli arresti giurisprudenziali con quello di carattere personale , onde giustificare una più pregnante tutela materialmente predisposta per quest'ultima nelle decisioni *protese ad escluderne l'estensione anche alla procedura reale.*

Ciò posto , possiamo , ora , analizzare con aspirazioni di sintesi lo stato in cui verte tale procedura per effetto della nomofilachia della giurisprudenza di legittimità , analizzando le due sentenze pilota emesse dal massimo consesso che si sono succedute a breve distanza di tempo : la *sentenza Cavalli*³ del 2013 intervenuta a seguito della legge n.° 332/1995 e la *sentenza Capasso*⁴ del 2016 che ha affrontato la riforma attuata con la legge n.° 47/2015⁵.

Con il primo dei due provvedimenti legislativi sopra citati , si intese riformare la procedura di riesame personale stabilendo la perentorietà del termine di cinque giorni entro i quali dovevano pervenire gli atti posti a base della misura coercitiva al Tribunale richiedente ; la genetica previsione relativa alla trasmissione degli atti entro il giorno successivo alla pervenuta richiesta – *identica a quella prevista in tema di riesame reale* – veniva modificata , *ampliandola e rendendola perentoria ai sensi del comma X dell'art. 309 c.p.p.*

La legge riformatrice non intaccò la procedura disciplinata dall'art. 324 c.p.p. , fermo restando il richiamo operato dal VII comma alla inefficacia della misura cautelare reale in caso di mancata decisione del collegio , nei dieci giorni dalla ricezione degli atti in sede reale.

³ Cassazione penale SS.UU. sentenza n.° 26268 del 28/03/2013 , dep. 17 giugno 2013 , ric. Cavalli.

⁴ Cassazione penale SS.UU. sentenza n.° 18954 del 31/03/2016 , dep. 06/05/2016 , ric. Capasso.

⁵ Legge n.° 47 del 16 aprile 2015 *“Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità.”* entrata in vigore in data 08/05/2015.

Da un lato , la riforma non aveva modificato l'art. 324 c.p.p. , dall'altro , e proprio per tale motivazione , rimaneva fermo il richiamo operato dal VII comma alle disposizioni dell'art. 309 commi IX e X , stabilenti proprio l'inefficacia della misura coercitiva nel caso di superamento dei cinque giorni oppure della mancata decisione del Tribunale dal pervenimento degli atti inviati dall'autorità giudiziaria procedente.

Di guisa che permanevano dubbi sia sull'applicabilità anche alla procedura reale del comma V dell'art. 309 c.p.p. , ed anche prescindendo da tale applicabilità , sulla perentorietà o meno del termine di *un giorno* previsto dal III comma dell'art. 324 c.p.p. entro il quale dovevano pervenire gli atti richiesti dall'organo collegiale.

Dunque , un aspetto , previsto dall'art. 324 comma III c.p.p. , che ha suscitato notevoli perplessità interpretative , è costituito dalla natura del termine entro il quale gli atti posti a base del provvedimento impugnato devono pervenire al Tribunale richiedente.

Secondo la S.c. il termine di un giorno entro il quale dovrebbero pervenire gli atti richiesti dalla cancelleria dell'organo collegiale ha una natura *meramente ordinatoria* , ben potendo essere trasmessi a notevole distanza di tempo dalla rogatoria collegiale.

Più in particolare , secondo il massimo consesso nomofilattico la riforma intervenuta con la legge n.° 332/1995 incidente sul V comma dell'art. 309 , secondo cui gli atti posti a base della misura coercitiva dovevano pervenire al Tribunale per il riesame entro e non oltre il quinto giorno successivo alla richiesta pena l'inefficacia della misura in atto prevista dal successivo comma X , *non era estensibile alla procedura reale pur essendo richiamata dal VII comma dell'art. 324 c.p.p.* in quanto per espressa volontà legislativa la riforma era andata a modificare esclusivamente il V comma dell'art. 309 c.p.p e non già il III comma dell'art. 324 c.p.p. , alla data della decisione regolarmente vigente.

La corte partiva dalla premessa della diversità delle procedure poste alla sua attenzione , aventi ad oggetto beni di rilievo costituzionale ben differenti tra essi , soltanto uno dei quali , la libertà personale , aveva suscitato l'attenzione e la tutela da parte del legislatore. Ne rimaneva esclusa la procedura di natura reale.

Riservandoci , sin da ora , osservazioni critiche sulla sentenza *Cavalli* , la originaria disposizione riguardante entrambe le procedure impugnative cautelari modificata esclusivamente nella struttura dell'art. 309 c.p.p. era chiara attestazione della *voluntas* legislativa di rimodellare soltanto la procedura riesaminativa coercitiva e non già quella di natura ablativa con la previsione di un termine perentorio , pena l'inefficacia della misura in atto.

Da un lato , quindi , si concludeva per la non estensibilità del V comma dell'art. 309 c.p.p. , dall'altro si affermava l'ordinatorietà del termine di un giorno previsto dalla disciplina riesaminativa reale.

Il secondo aspetto estremamente critico era ed è rappresentato *dall'invio parziale degli atti al Tribunale e con esso la possibilità di integrare gli atti inviati dall'autorità giudiziaria da parte del Tribunale esaminante.*

La diversità delle situazioni citate appare evidente : da un lato si contempla la *trasmissione di un fascicolo incompleto* da parte dell'autorità giudiziaria , quindi manchevole di atti posti a base del sequestro ; dall'altro *l'avvertita necessità di integrazione* del fascicolo trasmesso da parte dell'organo decidente.

Quanto alla prima , *la sentenza Cavalli* , ha interpretato pienamente legittima la frazionabilità della trasmissione atti al richiedente Tribunale , ritenendo , altresì , l'inefficacia della misura ablativa esclusivamente nel caso del superamento dei dieci giorni *dall'ultimo invio completante gli atti di cui deve disporre il collegio riesaminante* , in tal modo legittimando il principio di trasmissione frazionata da parte del PM.

Inoltre , secondo il massimo consesso una eventuale iniziativa di integrazione atti ad opera del collegio riesaminante non doveva essere intesa *“come esercizio di una potestà istruttoria, bensì come adempimento del dovere funzionale di completare gli elementi di conoscenza, tale termine decorrerà proprio dal momento in cui la trasmissione potrà ritenersi completa.”*

L'inefficacia della misura ablativa poteva concretizzarsi esclusivamente nel caso del superamento dei dieci giorni *dall'ultimo invio completante gli atti di cui deve disporre il collegio riesaminante e ritenuto tale dallo stesso* , in tal modo *legittimando il principio di trasmissione frazionata da parte del PM e di completabilità istruttoria ex officio* , con conseguente pregiudizio per la celerità della procedura , a danno dell'istante.

A breve distanza di tempo , e più in particolare a seguito dell'entrata in vigore della *riforma cautelare del 2015⁶* , anch'essa incidente sulla procedura di riesame personale , proprio per effetto del *quid novi* si è riproposta l'applicabilità alla procedura riesaminativa reale di quanto innovato in tema *de libertate*.

Senza ripercorrere la riforma del riesame personale e limitandoci a ciò che rileva in questa sede , le SS.UU. hanno affrontato il tema dell'applicabilità anche alla procedura reale delle innovazioni che , in questo caso , avevano riguardato direttamente anche l'art. 324 c.p.p..

⁶ Legge n.° 47 del 16 aprile 2015, entrata in vigore il 08/05/2015 , *“Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità.”*

Il quesito all'esame del massimo consesso consisteva *“Se e in quali limiti le disposizioni dell'art. 309, commi 9, 9-bis e 10, cod. proc. pen., come novellate dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, siano applicabili nel procedimento di riesame di misure cautelari reali e di sequestro probatorio, in forza del rinvio alle medesime disposizioni operato dall'art. 324, comma 7, pure modificato dalla stessa legge”* ; pertanto si rinnovava la *quaestio* già posta all'attenzione delle SS. UU. qualche anno prima con la medesima *ratio* : e cioè se ed entro quali limiti potessero estendersi alla procedura reale le *novationes* previste per la procedura personale.

A tal uopo , la legge n.° 47/2015 , stimolata dalla sentenza della Corte EDU *Torreggiani*⁷ , aveva introdotto all'art. 309 c.p.p. il comma IX bis prevedendo il diritto dell'indagato-imputato di chiedere il differimento della data fissata per l'udienza camerale entro due giorni dalla notificazione dell'avviso originario , *rinvio concedibile dai cinque ai dieci giorni , per giustificati motivi , posticipando automaticamente – in base alla concessa posticipazione - il termine per la decisione e quello per il deposito dell'ordinanza previsti a pena di inefficacia della misura dal X comma.*

Inoltre , l'esigenza di celerizzare i tempi della procedura aveva indotto il legislatore a prevedere tempi di *deposito dell'ordinanza* piuttosto concisi – trenta giorni sino ad un massimo di quarantacinque giorni nei casi di *motivazione particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni da disporsi con apposita ordinanza non impugnabile* – pena l'inefficacia della misura coercitiva in atto.

Alla genetica inefficacia prevista nei casi di dispositivo adottato oltre il decimo giorno dalla ricezione atti si aggiungeva quella relativa al deposito dell'ordinanza , che unitamente al novellato V comma ed all'introdotta possibilità di posticipare l'udienza camerale , *ridisegnavano il quadro dell'inefficacia della misura coercitiva.*

Specularmente rispetto al *novum* della legge n.°332/1995 , si poneva , dunque , un problema esegetico di adottabilità alla procedura del riesame cautelare reale , se ed entro quali termini , del *quid novi* modellato sulla procedura personale.

La S.c. , confermando gli assunti già espressi con la sentenza *Cavalli* , esclude l'applicabilità delle disposizioni previste dall'art. 309 c.p.p. all'art.324 c.p.p. , pur a fronte dell'espresso richiamo operato dal comma VII all'art. 309 commi IX , IX bis e X.

“Si e' gia' detto che il menzionato comma 10 non puo' oggettivamente operare per il riesame delle misure reali, quanto alla sanzione che appresta al mancato rispetto del precetto del precedente comma 5, per ragioni che rimandano alla stessa struttura del precetto in questione e alla ontologica incompatibilita' di questo col comma 3 dell'articolo 324, ragioni illustrate dalla giurisprudenza di legittimita' a sezioni

⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Causa *Torreggiani e altri c. Italia*, sentenza del 8 gennaio 2013 emessa a seguito dei ricorsi n.° 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

semplici e poi unite, all'indomani della introduzione del nuovo testo del detto comma 5. Non vi e' incoerenza sistematica nell'affermare, dunque, che quello stesso comma 10 resta non operante anche in relazione a tutte le innovazioni in esso introdotte dalla L. n. 47 del 2015, che sono essenzialmente quelle della fissazione di un termine, prorogabile ma perentorio, anche per il deposito della ordinanza motivata, e del divieto di rinnovazione della misura, salvo eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, una volta che abbia perso efficacia per il mancato rispetto dei termini prescritti..... e' da definire, piuttosto, come ulteriore espressione di una scelta risalente e collaudata dal legislatore, che e' stata quella di lasciare la procedura del riesame reale non assoggettata, nella sua integralita', al rigidissimo regime proprio delle impugnazioni in materia di coercizione personale..... Non vi e' motivo, pertanto, letterale o sistematico, per non riconoscere che la divaricazione nella regolamentazione dei due tipi di riesame e' perdurante e confermata e che si apprezza una intrinseca coerenza nella complessiva disciplina del riesame in materia reale il quale, a differenza dell'omologo istituto in materia di misure coercitive personali, sebbene in assonanza con l'istituto dell'appello ex articolo 310 c.p.p. che e' anche la impugnazione ordinaria contro la ordinanza genetica che applica misure personali interdittive (richiamato a sua volta dall'articolo 322-bis c.p.p.), non (era e non) e' scandito da termini perentori e sanzionati per la trasmissione degli atti da parte del giudice procedente, ne' lo e' (divenuto) per il deposito della ordinanza e tantomeno per la decisione in sede di rinvio.”⁸

Dunque secondo il percorso motivazionale adottato la base su cui deve incardinarsi l'esegesi è rappresentata dalla diversità dei beni giuridici in gioco della quale il legislatore ne aveva tenuto debito conto nel redigere la differente disciplina riesaminativa.

Inoltre , secondo la S.c. , a confermare le differenze tra le due procedure *de quibus* e conseguentemente *l'inapplicabilità* della disciplina dell'una all'altra , anche l'articolo 13 della legge n.° 47/2015 , che ha introdotto il comma V bis, all'articolo 311 c.p.p..

Con esso , e sempre allo scopo di velocizzare la procedura riesaminativa *personale* , si è stabilito che entro dieci giorni dal ricevimento atti dalla Corte di cassazione , il Tribunale debba adottare la sua decisione conformandosi alla sentenza di annullamento con rinvio , depositando l'ordinanza entro trenta giorni , nonche' le sanzioni connesse al loro mancato rispetto consistenti nell'inefficacia della misura disposta salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'articolo 310, comma 3, e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate in grado di legittimare la riemissione della misura dichiarata inefficace.

⁸ Tratto da Cassazione penale SS.UU. sentenza n.° 18954 del 31/03/2016 , dep. 06/05/2016 , ric. Capasso.

Secondo la sentenza alla nostra attenzione pari disposizioni *non sono state previste in caso di annullamento con rinvio disposto dalla corte di legittimità relativamente ad un'ordinanza adottata dal Tribunale in sede reale*.

Anche il tema della non rinnovabilità dell'ordinanza coercitiva dichiarata inefficace , *salvo il caso di esigenze cautelari di natura eccezionale* , confermerebbe il doppio binario normativo in quanto non estensibile alla misura cautelare reale o al sequestro probatorio non vincolate al presupposto delle *esigenze cautelari* ma , viceversa , al *fumus commissi delicti* ed al *periculum in mora*.

La S.c. , pertanto , conclude per l'inapplicabilità della disciplina prevista per il riesame personale ex art. 309 c.p.p. alla procedura reale , confermando nella sentenza Capasso sostanzialmente i principi e le *rationes* espresse nella sentenza Cavalli : “*“Il rinvio dell'articolo 324, comma 7, ai commi 9 e 9-bis dell'articolo 309 c.p.p. comporta, per un verso, l'applicazione integrale della disposizione di cui al comma 9-bis e, per altro verso, l'applicazione della disposizione del comma 9 in quanto compatibile con la struttura e la funzione del provvedimento applicativo della misura cautelare reale e del sequestro probatorio, nel senso che il tribunale del riesame annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene la autonoma valutazione degli elementi che ne costituiscono il necessario fondamento, nonché degli elementi forniti dalla difesa”*.

“Il rinvio dell'articolo 324, comma 7, al comma 10 dell'articolo 309 c.p.p. deve intendersi invece riferito alla formulazione codicistica originaria di quest'ultima norma”.

In una parola , privo della sanzione inefficacia per la mancata trasmissione atti entro il giorno successivo alla richiesta del collegio riesaminante , come geneticamente previsto dal V comma dell'art. 309 c.p.p..

Le sentenze esaminate confermavano l'orientamento giurisprudenziale incardinatosi per il passato.

Secondo la prevalente nomofilachia⁹ , la riforma del 1995 non aveva inteso modificare la procedura riesaminativa reale e conseguentemente il richiamo ex art. 324 comma VII c.p.p. all'art. 309 commi IX e X c.p.p. non comportava l'applicabilità del V comma dell'art. 309 c.p.p. ; le motivazioni poste a base dei vari provvedimenti spaziavano dalla mancata modifica dell'art. 324 comma III c.p.p. nella trasmissione degli atti (che

⁹ Cassazione penale sezione I sentenza n.° 34544 del 29 marzo 2011 , ric. Fallace ; Cassazione penale sezione III, sentenza n.° 37009 del 7 luglio 2011 , ric. Andriola ; Cassazione penale sezione VI sentenza n.° 7475 del 21 gennaio 2009, , ric. Andreacchio , ed ancora prima Cassazione penale sezione II sentenza n.° 6597 del 16 febbraio 2006, ric. Pietropaoli, in C.E.D. Cass., n. 233163; Cassazione penale SS.UU. sentenza n.° 25932 del 29 maggio 2008, ric. Ivanov, , in Cass. pen., 2008, p. 4533.

rimaneva quale *mera indicazione ordinatoria*) , alla assoluta prevalenza del bene costituzionale libertà personale in grado di spiegare la *ratio riformatrice* limitata esclusivamente ad essa , per finire alla mancanza di sanzioni specifiche in tema di *frazionamento* nella trasmissione atti da parte del PM nella procedura reale ; ne conseguiva una esegesi tale da escludere le misure cautelari reali ed il sequestro probatorio dal meccanismo caducatorio sopra menzionato.

Nella disamina delle due procedure collegiali , pertanto , soltanto quella ex art. 309 c.p.p. era dotata di sanzioni d'inefficacia in tema di trasmissione atti , rimanendo ferma l'inefficacia in caso di mancata decisione nei dieci giorni dal pervenimento *totale ed integrale degli atti* , ex art. 324 comma VII c.p.p. , essendo pacificamente riconosciuto *il principio di frazionabilità della trasmissione atti*.

Soltanto la sentenza Wang¹⁰ dell'anno 2011 , oltre a suggerire soluzioni legislative di riforma dirimenti l'equivoco , aveva ritenuto l'esigenza di radicalizzare con certezza il *dies a quo* della prevista patologia , individuato con *la presentazione dell'istanza di riesame reale* (come stabilito a sua volta dalla Corte costituzionale¹¹) , ma , soprattutto , aveva ritenuto l'applicabilità del V comma dell'art. 309 c.p.p. anche alla procedura reale in virtù dell'espresso richiamo effettuato ad opera del VII comma dell'art. 324 c.p.p. all'art. 309 commi IX e X c.p.p. previgenti proprio l'inefficacia della misura (coercitiva) nell'ipotesi di mancata trasmissione atti nei cinque giorni dalla presentata richiesta di riesame.

In via del tutto incidentale , va evidenziata la circostanza che la Corte delle leggi era stata investita di una rilevante questione relativa alla mancata previsione legislativa di sanzioni caducatorie circa *l'immediato avviso di richiesta atti promanante dalla cancelleria del collegio riesaminante* , per cui veniva ad essere sanzionato con la caducazione dell'efficacia della misura ogni ritardo, anche minimo, nella trasmissione degli atti necessari al giudice del riesame, dall'altro si lasciava priva di sanzione processuale qualsiasi, anche rilevante, dilazione nella comunicazione all'autorità procedente dell'avviso della presentazione della richiesta di riesame.

“La prescrizione secondo cui l'avviso deve essere "immediato" significa, appunto, che l'eventuale intervallo temporale fra la presentazione della richiesta e l'avviso della avvenuta presentazione non assume rilievo giuridico. Ciò che é "immediato", per

¹⁰ Cassazione penale sezione III sentenza n.° 24163 del 3 maggio 2011 , dep. 16/06/2011 , ric. Wang Zuojiang.

¹¹ Corte costituzionale sentenza n.° 232 del 1° giugno 1998 , dep. 22/06/1998 , nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 309, commi 5 e 10, del codice di procedura penale nella parte in cui "non é prevista la perdita di efficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva in caso di non immediato avviso della presentazione della richiesta di riesame all'autorità giudiziaria procedente" , promosso con ordinanza emessa il 9 giugno 1997 dalla Corte di cassazione, con la quale la Corte delle leggi dichiara non fondata la questione posta alla sua attenzione , ritenendo di fissare *il dies a quo relativo alla decorrenza dei cinque giorni massimi entro i quali far pervenire gli atti posti a base della misura coercitiva nel momento della presentazione della richiesta di riesame presentata*.

definizione, non tollera intervalli temporali predefiniti (e quindi termini), prima del decorso dei quali possa non ritenersi giuridicamente compiuto l'adempimento.

Ma se é così, deve ulteriormente concludersi che il termine perentorio per la trasmissione degli atti, assistito dalla sanzione processuale della decadenza della misura, non decorre da un evento, come la ricezione dell'avviso da parte dell'autorità procedente, che non ha, come si é detto, giuridica autonomia, ma decorre dal giorno stesso della presentazione della richiesta, inteso come spazio temporale definito e giuridicamente rilevante (posto che i termini in questione sono stabiliti a giorni) entro il quale si collocano sia la presentazione stessa, sia l'avviso relativo all'autorità procedente.”¹²

Anche le sentenze citate nell’arresto giurisprudenziale *Capasso – Cassazione penale SS.UU. sentenza n.° 25932 del 29/05/2008, ric. Ivanov, e SS.UU. sentenza n.° 25933 del 29/05/2008, ric. Malgioglio* – avevano concluso per un difetto di coordinamento da parte del legislatore che non aveva inteso modificare il richiamo operato dal VII comma dell’art. 324 c.p.p. all’art. 309 comma X c.p.p. , specificando che non poteva intendersi come estensibile alla procedura riesaminativa reale relativamente alla mancata trasmissione atti nei cinque giorni dalla richiesta.

- “Scelta sistemica e costituzionale” : un’opinabile definizione.

Analizzando criticamente gli arresti giurisprudenziali v’è da dire che essi partono da una premessa di natura costituzionale costituita dalla inviolabilità della libertà personale derogabile in base alla duplice riserva di legge e di giurisdizione quale bene giuridico caratterizzato da un peso specifico maggiore rispetto al diritto di proprietà , di tal che le riforme intervenute a rafforzare il diritto del ristretto non potevano considerarsi applicabili ad un bene giuridico di rango inferiore.

Il prologo giurisprudenziale è incontestabile ed è parimenti incontrovertibile che le riforme del 1995 e del 2015 abbiano inteso rimodulare i pilastri giuridici relativi alla prima.

Non pare allo scrivente , però , che la esegesi possa dirsi compatibile con aspetti di *natura sistemica* , come , invece , sostenuto ; o meglio , una interpretazione fondata sull’estensibilità delle riforme *de libertate* anche alla procedura reale sarebbero state assolutamente più conformanti sul piano strettamente sistemico.

¹² Tratto da Corte costituzionale sentenza n.°232/1998.

La finalità perseguita dal legislatore del nuovo codice di procedura penale di riformare il processo penale provando a realizzare il *Giusto processo*, si è, difatti, concretizzata redigendo un'apposita procedura riesaminativa attinente le misure ablativo.

La differenza rispetto al rito inquisitorio ed alla riforma del 1982¹³, introduttiva proprio del diritto a far riesaminare l'aspetto *de libertate* ad un organo collegiale, appare evidente nella misura in cui il codice Vassalli ebbe a prevedere specificamente una procedura *ad hoc* in tema di sequestri di beni a differenza della legge n.° 532/1982 che aveva limitato il suo campo d'azione alla materia restrittiva personale.

Ad un'analisi della prima stesura codicistica entrambe le norme disciplinanti le procedure riesaminative personale e reale prevedevano medesima disposizione: la trasmissione atti da parte dell'autorità giudiziaria procedente doveva avvenire entro il giorno successivo alla richiesta collegiale, come previsto dal V comma dell'art. 309 c.p.p. e dal III comma dell'art. 324 c.p.p.

Alcuna sanzione processuale era stata prevista in caso di mancata ottemperanza in *entrambe i casi*, la qual cosa rendeva discrezionale se non addirittura arbitraria in capo ad un soggetto procedimentale la scelta sui tempi di celebrazione della procedura.

Va da sé che sempre nella genesi dell'istituto la procedura camerale era caratterizzata da una *particolare esigenza di celerità* tanto che si derogava alle regole ex art. 127 c.p.p. sia in tema di fissazione dell'udienza che in tema di avvisi procedurali e soprattutto si derogava a quanto previsto dall'art. 128 c.p.p. in tema di dispositivo emesso all'esito di procedura camerale, che nel caso di specie era, pena l'inefficacia della misura cautelare, previsto nei dieci giorni dal ricevimento atti.

Nel suo corpo originario la procedura riesaminativa reale era, pertanto, sovrapponibile a quella personale proprio per una precisa *voluntas legis*: consentire ad un organo *collegiale* una valutazione in punto di fatto e di legittimità su una coercizione materiale pregiudizievole del diritto di possesso e di proprietà previsto dalla *Magna Charta*, in grado di legittimare o delegittimare l'operato dell'organo giurisdizionale monocratico ed ancor prima dell'autorità giudiziaria procedente; la dignità costituzionale del bene giuridico oggetto della procedura imponeva un intervento *quanto più celere possibile sia nella celebrazione dell'udienza che nella decisione finale*.

Riteniamo che il legislatore abbia assolto ai suoi doveri ed in ogni caso abbia equiparato pedissequamente lo svolgimento ed i criteri surrettizi della due procedure riesaminative, spinto ed animato dall'esigenza di prestare tutela a due beni di rango costituzionale il cui pregiudizio doveva essere limitato nei tempi di attuazione, laddove fosse stato adottato *extra-legem*.

¹³ Introdotta con la l. 12 agosto 1982 n.° 532, successivamente allargata nella sua applicazione con le leggi del 28 luglio 1984 n.° 398 e del 5 agosto 1988 n.° 330, i

Come sopra esaminato , invece , l'ermeneutica giurisprudenziale non ha tenuto debito conto , o comunque ne ha fatto malgoverno , sulle origini dei due istituti impugnativi come geneticamente redatti.

A parere dello scrivente , l'interpretazione giurisprudenziale rivela più che un'opzione di natura sistemica e costituzionale *una scelta di politica giudiziaria* ; sia chiaro , si vuole sottolineare che una esegesi alternativa a quella operata , ritenendo il termine per la trasmissione atti in sede reale quale perentorio , si sarebbe dimostrata assolutamente scevra da profili di antisistemicità o incostituzionalità ed anzi opportuna sotto questi ultimi profili.

Il vero *punctum dolens* è costituito dalla mancata abrogazione o modifica dell'art. 324 comma III c.p.p.

Questo mancato coordinamento legislativo , piuttosto importante rispetto all'originaria formulazione della due procedure riesaminative quasi sovrapponibili , ha determinato e spinto la giurisprudenza a rafforzare il concetto della diversità di rilievo dei due beni costituzionali in gioco che , per l'appunto , avrebbe a sua volta portato il legislatore a riformare esclusivamente la procedura personale senza alcuna estensività a quella reale.

Ciò posto , però , non va sottaciuto che sul piano sistemico e costituzionale è insostenibile – come viceversa fatto dall'ermeneutica giurisprudenziale - una incompatibilità di tutela e rafforzamento dei diritti del privato sol perché trattasi di beni materiali *minus quam* rispetto alla libertà personale.

Infatti non v'è alcuna incompatibilità nel ritenere la perentorietà del termine previsto dall'art. 324 comma III c.p.p. , e ciò per una serie di considerazioni.

In primis perché l'originaria formulazione normativa era identica per entrambe le procedure , ed era protesa a realizzare quella auspicata celerità dei tempi procedimentali in virtù dei beni giuridici temporaneamente compressi.

Se è pur vero che la riforma del 1995 ha riguardato soltanto l'art. 309 commi V e X c.p.p. è altrettanto vero che l'art. 324 comma VII c.p.p. fa espresso richiamo al X comma il quale prevede l'inefficacia della misura coercitiva in caso di mancata ottemperamento del rispetto del termine dell'invio atti ; considerato che anche la procedura reale doveva essere contraddistinta , per *voluntas legis* , da particolare velocità di procedura , pur stante la vigenza del III comma dell'art. 324 c.p.p. , rappresentava una certa omogeneità costituzionale e sistemica ritenerlo *quale termine perentorio*.

Del resto , la diversità dei presupposti legislativi posti a base dell'emissione di misura coercitiva e di sequestro probatorio e misure cautelari reali con la *speculare diversità ed esiguità di atti posti a base del vincolo materiale* , rappresentavano una degna

ricostruzione sistemica e costituzionale onde considerare la perentorietà del termine di un giorno omogeneo e ragionevole.

In conclusione , ritenere la perentorietà del termine di un giorno per la trasmissione atti al Tribunale non soltanto avrebbe corrisposto agli intenti del legislatore codicistico ma soprattutto avrebbe reso certo il *dies a quo* considerabile ai fini dell'efficacia della misura ablativa.

Non va sottaciuta nemmeno la motivazione della sentenza n.° 232/1998 della Corte costituzionale.

In essa la Corte rappresenta , se pur in tema di libertà personale , l'assoluta ed inderogabile necessità di individuare un criterio certo ai fini dell'individuazione del *dies a quo* nel caso previsto dal V comma dell'art. 309 c.p.p. : *“Quest'ultima disposizione (art. 309 comma X c.p.p.) risponde all'esigenza di assicurare un termine breve e certo per la verifica giudiziale, in contraddittorio, dei presupposti della misura cautelare, come strumento di garanzia della libertà personale, alla cui protezione la Costituzione attribuisce particolare rilevanza; ciò anche alla luce delle norme delle convenzioni internazionali, che sanciscono il diritto di chi sia privato della libertà personale di ricorrere ad un tribunale perchè sia deciso "entro brevi termini" (art. 5, comma 4, della convenzione europea firmata a Roma il 4 novembre 1950, per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) o "senza indugio" (art. 9, comma 4, del patto internazionale di New York, del 19 dicembre 1966, relativo ai diritti civili e politici), sulla legalità della detenzione.*

E' evidente che in tanto può realizzarsi tale finalità di garanzia, in quanto il termine fissato dalla legge decorra da un momento a sua volta definito e determinabile con certezza. A poco varrebbe infatti un termine breve e perentorio per la decisione, assistito dalla sanzione processuale della perdita di efficacia della misura in caso di inosservanza, se la decorrenza del termine medesimo fosse determinata da eventi o adempimenti rimessi, sia pure sotto la comminatoria di termini ordinatori, alla stessa autorità giudiziaria che procede o che ha adottato la misura restrittiva, ovvero all'autorità chiamata a decidere sulla richiesta di riesame. In tal modo la garanzia della libertà personale, attraverso la tempestiva decisione sul riesame, resterebbe di fatto affidata alla spontanea, e non scontata, sollecitudine degli organi giudiziari.

Nè basterebbe, ai fini di garanzia che si sono detti, l'ipotetica responsabilità disciplinare dei titolari di uffici giudiziari che colpevolmente ritardassero gli adempimenti loro rimessi, poichè la sorte del destinatario della misura restrittiva resterebbe comunque assoggettata ad andamenti temporali incontrollabili: si sa, del resto, che, in assenza di termini perentori, le difficoltà organizzative o le vischiosità delle prassi burocratiche possono portare facilmente, anche al di fuori di dimostrabili negligenze individuali, al protrarsi dei procedimenti nel tempo.”

Pur prendendo atto della dissertazione non riguardante il diritto di possesso e proprietà , appare incontrovertibile che in qualsiasi procedura contraddistinta da esigenze di celerità di svolgimento costituisce elemento improcrastinabile la certa individuazione del punto di partenza temporale ; senza considerare che trattandosi di beni giuridici di rilievo costituzionale l'impellenza della decisione giurisdizionale collegiale appare tanto più necessaria.

Un *dies a quo mobile* e lasciato all'arbitrio di un solo soggetto procedimentale (pubblico ministero oppure presidente del collegio riesaminante) risulterebbe incompatibile con le finalità perseguite dal legislatore.

Epperò , come vedremo , questa è la risultante della nomofilachia giurisprudenziale contrastante con gli assunti generali della Corte costituzionale.

Ne consegue , in conclusione che se pur conforme all'arco costituzionale ed al sistema processuale vigente l'interpretazione giurisprudenziale sarebbe stata maggiormente aderente agli intenti legislativi se avesse ritenuto la perentorietà del termine di un giorno ex art. 324 comma III c.p.p. e la non frazionabilità della trasmissione atti.

Tale conclusione è avvalorata anche e soprattutto dalla reiterabilità della misura ablativa , sulla scorta dei medesimi presupposti di legge già adottati , nei casi di dichiarazione di inefficacia.

- *Una procedura sine die , svuotata della sue prerogative legislative genetiche.*

Allo stato attuale , possiamo considerare la procedura riesaminativa reale essenzialmente *sine die* , una mera aspettativa del privato vincolata e subordinata all'arbitrio di un soggetto procedimentale.

Alcuna sanzione è prevista in tema di trasmissione atti rogati dal Tribunale investito dalla richiesta di riesame ; ne deriva che l'autorità giudiziaria potrà decidere quando inviarli.

Allo stesso soggetto , *dominus* assoluto delle indagini preliminari , spetterà la scelta o comunque l'opzione di trasmettere gli atti posti a base del provvedimento ablativo *integralmente oppure in maniera frazionata*.

Con l'inevitabile conseguenza di una posticipazione arbitraria dell'esame della vicenda da parte del collegio , che dipenderà dal pubblico ministero.

Ma *l'aspettativa della parte privata , più che il diritto* , di vedere esaminata la vicenda impugnata da parte del collegio in tempi ragionevoli ed in ogni caso ben scansionati ,

subisce ancora un arresto nei casi in cui il Tribunale ritenesse di *integrare* gli atti posti a sua disposizione richiedendoli al pubblico ministero.

Anche in tale ipotesi , che si verifica proprio in virtù dell'arbitrio lasciato al pubblico ministero dalla ermeneutica giurisprudenziale , alcuna sanzione è prevista ; o meglio , è prevista ma considerata non applicabile per effetto dell'interpretazione giurisprudenziale del principio di completabilità degli atti che consente di posporre il *dies a quo* dal quale ritenere i dieci giorni previsti dall'art. 324 comma VII c.p.p., esclusivamente allorquando il Tribunale riterrà lo stato degli atti consono per la sua decisione.

Ancora , si pensi al caso di una produzione documentale della difesa in sede di udienza camerale : allo stato il Tribunale potrebbe richiedere al pubblico ministero la produzione dei *medesimi atti o ancora di atti diversi attinenti la produzione difensiva* ritenendo la necessità di verifica dell'autenticità oppure per ulteriori motivi.

Ora , tutto considerato , non necessita di un raffinato giurista l'affermazione secondo cui la vicenda riesaminativa reale sia stata integralmente privata dei capisaldi di celerità procedurale auspicata ed applicata dal legislatore del 1988 , che pur non prevedendo la perentorietà del termine per la trasmissione atti , aveva fissato comunque il termine di un giorno in entrambe le procedure impugnative.

A tutto voler concedere alla nomofilachia , il diritto di proprietà rappresenta un bene giuridico di stampo costituzionale su cui , senza ripeterci , si fonda l'economia del nostro paese.

Pur cedendo il passo alla libertà personale , appare irragionevole privarne la potenziale tutela di decisioni che intervengano sul piano teorico ed anche pratico *sine die*.

Del resto , riprendendo il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale il tutto appare estremamente irragionevole , anche e non soltanto in virtù della tutela di cotanto diritto.

Senza offrire commenti sulla procedura in sede di *appello reale ex art. 322 bis c.p.p.* , contraddistinta da tempi decisionali biblici , ci si chiede retoricamente se l'imperante esegesi sia conforme al sistema processuale ed all'arco costituzionale oppure se un'interpretazione estensiva potesse mostrarsi più aderente ai principi generali del nostro processo.

Non si riscontra , difatti , alcuna antisistemicità oppure anticonstituzionalità , tutt'altro , nella individuazione di un certo ed inderogabile termine iniziale ai fini dello svolgimento della procedura riesaminativa reale e nemmeno una irragionevole compressione del diritto istruttorio del Tribunale decidente , allorquando si dovesse stabilire che il tutto debba avvenire in tempi ristretti richiamando alle proprie responsabilità l'ufficio della pubblica accusa oppure del tribunale stesso.

Corre l'obbligo di evidenziare che l'esperienza ultratrentennale del tribunale per il riesame delle misure coercitive dimostra che esiste un punto di conciliazione tra le esigenze in gioco , senza alcuna compressione istruttoria , anche meglio definito elemento *“necessario perché strumentale alla decisione; decisione che deve essere resa alla luce di un compendio documentale non lacunoso, nell'interesse dello stesso imputato”* , come stabilito dal massimo consesso nel 1995 (Cassazione penale SS. UU. sentenza n.° 25 del 5 luglio 1995).

La sentenza Wang , del resto , aveva opportunamente segnalato sia la necessità di individuare un *dies a quo certo* , e quindi non demandato alla discrezionalità o arbitrio di terzi , che l'esigenza di non gravare sulla parte privata che avrebbe atteso tempi incerti e senza dubbio piuttosto dilazionati , in quanto titolare di beni giuridici rilevanti : *“In primo luogo, tali orientamenti appaiono in contrasto con l'esigenza , fatta propria dal legislatore del 1995, di rendere certo il termine di conclusione del procedimento di riesame; termine che, anche in forza di quanto statuito dalla citata sentenza della Corte costituzionale, è di quindici giorni complessivi: i primi cinque decorrenti dalla richiesta di riesame(della quale è dato "immediato" avviso all'autorità giudiziaria procedente)alla trasmissione degli atti al tribunale; i secondi dieci dalla ricezione degli atti da parte del tribunale alla decisione. Tale esigenza di certezza pare dotata di indubbio rilievo costituzionale, perché attiene, ancor prima che alla natura del bene-interesse tutelato (diritti della persona o diritti reali),alla ragionevolezza intrinseca del sistema. Infatti, come la stessa giurisprudenza di legittimità ha più volte riconosciuto, appare quanto meno anomalo che il legislatore abbia fissato un termine perentorio a favore di una parte del processo facendone dipendere la decorrenza dall'osservanza , non sanzionata processualmente, e, quindi, dalla discrezionalità - se non dal potenziale arbitrio - della controparte. Né a tali considerazioni sembra potersi obiettare che le limitazioni della sfera patrimoniale oggetto del riesame dei provvedimenti di sequestro hanno un rilievo costituzionale inferiore rispetto a quelle della libertà personale e giustificano, perciò, un regime meno garantito. È, infatti, indubbio che il legislatore possa differenziare i meccanismi di garanzia, modulandoli a seconda del rilievo dei diversi interessi costituzionali da tutelare. Ciò che, però, non sembra possibile è stabilire un regime intrinsecamente irragionevole, fissando a favore del soggetto richiedente il riesame un termine perentorio del tutto inutile, perché decorrente da un momento non certo, così consentendo una limitazione sine die della sua libertà patrimoniale da parte del pubblico ministero.”*

L'auspicio è che il legislatore , il quale sullo specifico punto poteva ovviare con apposite modifiche e più in particolare come già anticipato con abrogazione oppure modifica dell'art. 324 comma III c.p.p. , possa riequilibrare quella che allo stato attuale sembra una procedura svuotata delle sue prerogative temporali , non a caso adottate , come sopra già scritto , onde garantire la tutela o comunque il minor pregiudizio per la costituzionale libertà patrimoniale.

avv. Antonio Fusco

Foro di Napoli