

CAPITOLO TERZO

SEQUESTRO PROBATORIO E PROCEDIMENTO PER LA DISTRUZIONE DELLE MERCI ILLECITE O CONTRAFFATTE

di Mario Antinucci

SOMMARIO: 1. La distruzione di merci illecite o contraffatte sottoposte a sequestro: merci illecite soggette a confisca obbligatoria e garanzie difensive del cittadino europeo. – 2. Il concetto normativo delle cose sequestrate suscettibili di distruzione e le controverse modalità di accertamento senza contraddittorio: gli accertamenti tecnici del Pubblico Ministero, del difensore e l'estensione in chiave di garanzia del modulo dell'incidente probatorio "accelerato". – 3. La sorte del "campione di merce prelevato" tra indagini difensive all'estero e mandato europeo di ricerca della prova. – 4. Distruzione di merci nei procedimenti a carico di ignoti: i termini delle indagini preliminari, il verbale di sequestro ed il "verbale di distruzione", le garanzie del terzo e i dubbi di legittimità costituzionale. – 5. I casi particolari di documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali: il recente indirizzo della Corte costituzionale. – 6. I controlli a mezzo di opposizione ed incidente di esecuzione: il minimo etico del giusto processo patrimoniale ed il recente indirizzo della Corte di cassazione in tema di effettività del doppio grado di giurisdizione.

1. *La distruzione di merci illecite o contraffatte sottoposte a sequestro: merci illecite soggette a confisca obbligatoria e garanzie difensive del cittadino europeo.*

La modifica apportata alla disciplina della distruzione delle cose in sequestro dall'art. 2, lett. *a*), d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni in l. 24 luglio 2008, n. 125 ha introdotto due nuovi commi (3 *bis* e 3 *ter*) nel disposto normativo dell'art. 260 c.p.p., la cui rubrica, originaria-

mente intitolata “Apposizione di sigilli alle cose sequestrate. Cose deperibili” è ora integrata dalla “Distruzione di cose sequestrate”, secondo quanto previsto dall’art. 2, lett. *a-bis*) del suddetto d.l. n. 92/2008.

La sorte delle cose oggetto di sequestro probatorio solleva questioni processuali di notevole rilevanza sia sul piano della conservazione delle fonti di prova (e dunque dell’esercizio del diritto di difesa), sia rispetto alla tutela dei diritti dei beni da parte del terzo estraneo al reato.

L’art. 260 c.p.p., nel definire le diverse operazioni materiali che possono riguardare le cose sequestrate, ha la funzione di individuare, nel rispetto delle garanzie difensive, le attività necessarie alla *conservazione* delle cose. In particolare, l’art. 260, comma 3, c.p.p. nello stabilire un’alienazione o una *distruzione* delle cose sequestrate disciplina il fenomeno dell’impossibilità di assicurare la conservazione allorquando, per fatti naturali ed imprevedibili, la cosa sia inesorabilmente destinata ad alterarsi sul presupposto, implicito, che le ragioni che avevano giustificato l’adozione del sequestro, accertate in contraddittorio con la difesa, siano ancora presenti e non ne consentano la revoca¹.

Tant’è che proprio in tema di *campioni alimentari deteriorabili* prelevati in applicazione dell’art. 223 disp. att. c.p.p., la recente giurisprudenza di legittimità² ha recepito le istanze di effettività delle garanzie difensive già contenute in alcune importanti pronunce della Corte costituzionale³ nel senso del loro pieno riconoscimento anche in relazione ad “attività ispettive o di vigilanza”, propedeutiche alla produzione del materiale probatorio utile e rilevante ai fini del successivo, eventuale, giudizio⁴.

Sul piano sistematico, dunque, la distruzione delle *cose deperibili* non costituisce mai un’anticipazione della misura di sicurezza patrimoniale che dovrà essere adottata, ma un provvedimento in un certo senso imposto una volta accertato – con le modalità degli artt. 220 e 223 disp. att. c.p.p. – che la restituzione non possa essere disposta a favore dell’interessato.

In questo senso dunque il comma 3 dell’art. 260 c.p.p. si applica a *tutte*

¹ A. DIDDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, p. 124.

² Cass., sez. III, 19 novembre 2009, Prevedini, in *Giur. it.*, 2010, p. 1917; Id., sez. III, 13 novembre 2006, Beni, in *Foro it.*, 2006, II, c. 613; Id., sez. III, 17 dicembre 2004, Antonini, in *CED Cass.*, 230670; Id., sez. VI, 13 gennaio 1994, Meini, *ivi*, 197228.

³ Corte cost., 2 luglio 1968, n. 86, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1681; Id., 25 maggio 1968, n. 149, in *Giur. cost.*, 1969, p. 2276, con nota di G. FRIGO, *Diritto di difesa ed atti di polizia giudiziaria nel processo per frodi alimentari*.

⁴ Cfr. F. ROMOLI, *Analisi di campioni alimentari deteriorabili e garanzie difensive*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1917.

le cose deperibili a prescindere dalla circostanza che siano o meno confiscabili, interpretazione ancora più convincente nella misura in cui il nuovo art. 260, comma 3 *bis*, c.p.p. contempla un'apposita disciplina per i "beni sequestrati soggetti a confisca"⁵.

Altro esempio⁶ di epilogo anticipato del sequestro probatorio *sub specie* di distruzione della *res* oggetto di provvedimento ablativo lo ritroviamo in materia di sostanze stupefacenti, ove l'art. 87 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 prevede che "quando il decreto di sequestro o di convalida di sequestro non è più assoggettabile al riesame, l'autorità giudiziaria dispone il prelievo di uno o più campioni [...] e ordina la distruzione della residua parte di sostanze".

Nella interpretazione del "nuovo" art. 260, comma 3 *bis*, c.p.p., in relazione ai divieti di detenzione, possesso, fabbricazione e commercializzazione, affiora l'affinità elettiva tra il concetto normativo di cose sequestrate suscettibili di distruzione e quello di cose oggetto di confisca obbligatoria ex art. 240, comma 2, c.p.p.⁷: illuminante in sede di *ermeneutica iuris* l'avverbio "comunque" (*id est* in qualunque modo) posto prima dei menzionati divieti, spia semantica di una doverosa interpretazione in chiave sistematica.

Tale esegesi consente non solo di interpretare i relativi divieti in forma non assoluta in applicazione dell'art. 240, comma 4, c.p.p.⁸, ma soprattutto

⁵ In questo senso S. MUGNAINI, *Commento all'art. 2, d.l. 23 maggio 2008, n. 92*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 139, che cita, a titolo esemplificativo, i casi dei sequestri di tabacchi lavorati (art. 3 della l. 19 marzo 2001, n. 92) e della fauna morta in materia di caccia (art. 28 della l. 11 febbraio 1992, n. 157). Si veda anche F. SANTANGELO, *Brevi osservazioni sulle novità introdotte nel codice di procedura penale dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92*, in *Critica dir.*, 2009, n. 2, p. 188.

⁶ G. REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di G. Amato-C. Santoriello, Torino, 2009, p. 77.

⁷ G. REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 79. In questo senso l'Autore cita la Relazione al disegno di legge AS 692 di conversione del d.l. n. 92/2008, ove espressamente si afferma che "il principio secondo cui la merce in questione destinata alla confisca obbligatoria [...] sia mantenuta in sequestro preventivo [...] possa essere derogato in favore di una immediata distruzione". Cfr. anche S. MUGNAINI, *Commento all'art. 2*, cit., p. 144; F. SANTANGELO, *Brevi osservazioni*, cit., p. 189.

⁸ S. CURIONE, *Confische penali e tutela dei terzi*, Roma, 2011, p. 42. In merito alla nuova confisca ex art. 474 *bis* c.p. in materia di contraffazione, mentre il comma 1 prevede la confisca delle entità economiche ivi indicate "a chiunque appartenenti", il comma 3 affronta la questione della *res* appartenente "a persona estranea al reato", richiamando le disposizioni dell'art. 240, commi 3 e 4, c.p.p.: ne viene quindi esclusa la confiscabilità in modo oggettivo, purché detti terzi riescano a dimostrare "di non aver potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale o l'illecita provenienza e di non essere incorsi in un difetto di vigilanza".

di estendere le garanzie difensive al soggetto terzo in buona fede esposto ad una *deminutio* patrimoniale (in specie in applicazione dell'art. 260, comma 3 *ter*, c.p.p.), in linea con una concezione della confisca quale *sanzione penale* in luogo della misura di sicurezza patrimoniale ormai consolidata *iussu iudicis* nella giurisprudenza europea dopo il *leading case* di Punta Perrotti in tema di violazione dell'art. 7 C.e.d.u. e dell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1.

In applicazione della norma "reale" sovranazionale che delimita l'ambito di riconoscimento di qualsivoglia espropriazione di beni e cose conformemente alle recenti norme previste dalle Decisioni Quadro⁹ dell'Unione europea e secondo i principi di giurisprudenza della Corte di giustizia europea¹⁰, è fuor di dubbio che ogni forma di aggressione patrimoniale non conseguente all'accertamento giudiziale di un reato deve considerarsi *extra legem*.

In chiave inedita, dunque, il nuovo procedimento di distruzione delle merci soggette a confisca obbligatoria *ex art. 240 c.p.* (anche se non deperibili e indipendentemente dalla custodia problematica o eccessivamente dispendiosa)¹¹ incide su fenomeni di grande criminalità legati al patrimonio, tema di bruciante attualità per gli effetti macroeconomici di alterazione delle regole di funzionamento del mercato transnazionale¹².

⁹ Decisione Quadro 2003/577/GAI adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 22 luglio 2003 sull'esecuzione degli ordini di congelamento dei beni e sequestro, che costituisce applicazione anticipata del mutuo riconoscimento delle decisioni definitive anche nella fase cautelare della giustizia penale patrimoniale; ad essa ha fatto seguito la collegata Decisione Quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 relativa al reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, preceduta dalla Decisione Quadro 2005/212/GAI adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 24 febbraio 2005.

¹⁰ *Ex plurimis* Corte giust. CE, 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino.

¹¹ S. RENZETTI, *Le nuove ipotesi di distruzione dei beni sottoposti a sequestro*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica. D. L. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125*, a cura di O. Mazza-F. Viganò, Torino, 2008, p. 228.

¹² N. PICCHIO, *In Italia la contraffazione vale 7 miliardi di euro*, in *Il Sole 24 ore*, 8 luglio 2010, 26; M. CASTELLANETA, *Eurojust. Rafforza la lotta a mafie, droga e riciclaggio*, *ivi*, 6 giugno 2010, p. 24. Si pensi al fronte della c.d. lotta alla contraffazione delle merci, ove la garanzia della legalità delle attività economiche e commerciali attraverso la tutela del "*made in Italy*" è un obiettivo istituzionalmente perseguito in chiave interna ed europea dal Consiglio nazionale anticontraffazione (CNAC) presso il Ministero dello Sviluppo economico (che sostituisce l'Alto Commissariato per la lotta alla contraffazione) in coordinamento con le Agenzie della dogana, nonché, a livello parlamentare, dalla Commissione d'inchiesta sui fenomeni della contraffazione e della pirateria in campo commerciale istituita dalla Camera dei Deputati nella seduta del 13 luglio 2010 (doc. XII, n. 12-16). L. 23 luglio 1999, n. 99, c.d. "*Legge Sviluppo*", in *Gazz. Uff.*, 31 luglio 2009, n. 176, suppl. ord. n.

È stato osservato che il provvedimento di distruzione delle merci di nuovo conio, “quale forma anticipata di esecuzione di una misura di sicurezza”, dovrebbe a buon diritto presupporre a monte l’esecuzione di un sequestro preventivo di cose confiscabili a termine dell’art. 321 c.p.p., ponendo per ciò stesso dubbi di legittimità sulla collocazione del nuovo istituto nell’ambito dell’art. 260 c.p.p.¹³.

In chiave esegetica, dunque, il procedimento di distruzione delle merci illecite disciplinato dall’art. 260, commi 3 *bis* e 2 *ter*, c.p.p. sembra estraneo allo schema legale del sequestro probatorio¹⁴ (ivi inclusi gli epiloghi anticipati dello stesso già contemplati nel sistema), se consideriamo che la provenienza illecita dei beni sequestrati può legittimare *in re ipsa* un esito irreversibile quale la distruzione delle merci, a sua volta in grado di incidere contemporaneamente tanto sulle esigenze istruttorie in fase d’indagine quanto sui diritti dei terzi estranei alla condotta delittuosa.

La distruzione delle merci soggette a confisca obbligatoria si attua in un momento processuale in cui non è ancora maturato un accertamento definitivo sulla natura delle merci ed in forza di provvedimenti emessi unilateralmente dal Pubblico Ministero che non scaturiscono da un contraddittorio effettivo ed in totale assenza di controlli, con conseguente revoca in dubbio dell’intrinseca propensione cautelare¹⁵ del provvedimento ablativo emesso a monte del procedimento complementare.

In altre parole, nella fattispecie, il Pubblico Ministero ha facoltà di procedere ad un’anticipata applicazione di misura di sicurezza al di fuori di qualunque controllo da parte del giudice e della difesa, diversamente da quanto, ad esempio, accade in materia di distruzione della sostanza stupefacente oggetto di sequestro¹⁶ sempre al vaglio del Tribunale della Libertà.

Se, come è stato osservato, uno dei nuovi volti dell’investigazione penale si manifesta attraverso le metodologie utilizzate nelle c.d. “indagini informatiche”¹⁷, gli effetti dirompenti del nuovo procedimento di distruzione

136; l. 8 aprile 2010, n. 55, “Disposizioni concernenti la commercializzazione di prodotti tessili della pelletteria e calzaturieri”, in *Gazz. Uff.*, 21 aprile 2010, n. 92; A. MADEO, *Lotta alla contraffazione: modifiche degli artt. 473, 474 c.p. e nuovi delitti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1347.

¹³ A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 36.

¹⁴ M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 12.

¹⁵ M. MONTAGNA, *I sequestri*, cit., p. 9; G. DI TROCCHIO, *Provvedimenti cautelari (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 847.

¹⁶ G. REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 81.

¹⁷ M. LUBERTO-G. ZANETTI, *Il diritto penale dell’era digitale. Caratteri, concetti e metafore*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 497 s.

ne sono, ad esempio, intuibili rispetto alle ipotesi di sequestro probatorio *ex art. 254 bis* c.p.p. ove l'acquisizione della *res* avviene per mezzo di un mera clonazione di dati informatici, attraverso "copia di essi su adeguato supporto": si pensi ai materiali pedopornografici (*et similia*) per i quali è obbligatoria la confisca *ex art. 600 septies* c.p.

Punto focale della questione è comprendere in quale misura le tecniche utilizzate per estrarre la copia di un *file* dal *computer* posto sotto sequestro riescano a garantire la conformità del dato acquisito rispetto all'originale senza contaminazioni tali da impedire ulteriori autonome plurime verifiche dei campioni e conseguenti attenuazioni delle garanzie difensive nel senso del recente *self restraint* della Corte di cassazione (Cass., sez. I, 5 marzo 2009, Asa, in *CED Cass.*, 243150; *Id.*, sez. I, 26 febbraio 2009, *Idic.*, *ivi*, 243922; *Id.*, sez. I, 30 aprile 2008, C.R., *ivi*, 244454).

Nel procedimento disciplinato dall'art. 260, commi 3 *bis* e 3 *ter*, c.p.p., non si potrà dunque prescindere da tecniche di acquisizione dei campioni di merce che garantiscano una cristallizzazione del dato informatico, nel senso della irripetibilità delle operazioni acquisitive, onde evitare dispersione ed inutilizzabilità del risultato. Inoltre, non si dovrebbero in questa sede trascurare le possibili "zone d'ombra" all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo processo digitale¹⁸ che in applicazione dell'art. 19 del d.m. n. 44 del Ministero della giustizia del 18 aprile 2011 prevede che le comunicazioni tra Pubblico Ministero e polizia giudiziaria avvengano su canali cifrati, mentre le comunicazioni di atti e documenti relativi ai procedimenti dovranno avvenire tramite P.e.c.

Ed allora, in chiave di metodo, il punto di partenza di un ragionamento in tema di procedimento incidentale di distruzione delle merci illegali e contraffatte non può che essere la consapevolezza della rinnovata ideologia probatoria che regge la logica interna della struttura normativa in tempi di giusto processo europeo¹⁹.

Ne consegue che il procedimento complementare disciplinato dall'art. 260, commi 3 *bis* e 3 *ter*, c.p.p. deve trovare convincente collocazione e completamento nella struttura e nelle dinamiche del procedimento probatorio in funzione della realizzazione della pienezza del contraddittorio e dell'effettività dei controlli in fase d'impugnazione *ex art. 111 Cost.* ed artt. 6

¹⁸ D.m. giustizia 18 aprile 2011, n. 44, in *Gazz. Uff.*, 18 aprile 2011, n. 89; G. NEGRI, *Un mese al giudizio on line*, in *Sole24ore*, 19 aprile 2011, p. 35; A. GALIMBERTI-A. MONTI, *Notifiche penali a forma vincolata*, *ivi*, 20 aprile 2011, p. 39.

¹⁹ A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in O. DOMINIONI-P. CORSO-A. GAITO-G. SPANGHER-G. DEAN-G. GARUTI-O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 25.

e 13 C.e.d.u., in un sistema in cui il principio di legalità pretende efficienza e completezza delle indagini preliminari²⁰.

2.

Il concetto normativo delle cose sequestrate suscettibili di distruzione e le controverse modalità di accertamento senza contraddittorio: gli accertamenti tecnici del Pubblico Ministero, del difensore e l'estensione in chiave di garanzia del modulo dell'incidente probatorio "accelerato".

Ai fini di una corretta esegesi dei presupposti del procedimento delineato sopra, diventa imprescindibile la definizione del concetto normativo delle cose sequestrate suscettibili di distruzione.

L'art. 260, comma 3 *bis*, c.p.p. prevede la possibilità che l'autorità giudiziaria proceda, "anche su richiesta dell'organo accertatore", alla distruzione di merci delle quali è vietata la fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione, se la loro custodia risulti "difficile", "particolarmente onerosa" o "pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica" o, ancora, quando – anche dopo accertamenti tecnici non ripetibili *ex art.* 360 c.p.p. – appaia "evidente" la violazione dei summenzionati divieti (art. 260, comma 3 *bis*, c.p.p.).

Se da un lato è indubbio che l'ambito delle cose prese in considerazione dalla nuova disposizione sia riconducibile²¹ al novero delle cose oggetto di confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 2, c.p., il *quid pluris* che giustifica l'inedita anticipazione degli effetti del provvedimento (la distruzione), si deve individuare in due tipologie di "situazioni alternative di fatto e di diritto": *a)* la problematicità della custodia; *b)* l'anticipato accertamento della natura illecita della merce.

Quanto alla prima delle situazioni, si condivide l'interpretazione che fa capo all'accezione semantica della "problematicità" della custodia delle mer-

²⁰ C. SANTORIELLO, *Garantismo*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., I, Torino, 2005, p. 543. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito con giurisprudenza costante che: "la *ratio* dell'art. 13 C.e.d.u. è da rinvenire nel principio secondo il quale alla Corte invece spetta di verificare se l'accusato ha avuto adeguata e sufficiente occasione di difendersi e se le indagini compiute siano state complete ed adeguate anche ai sensi della normativa statale": Corte eur., 27 luglio 2000, *Pisano c. Italia*; nonché Corte eur., 22 maggio 2001, *Sarli c. Turchia*; Id., 14 marzo 2002, *Edward c. Regno Unito*.

²¹ G. REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 79.

ci in relazione alla diretta incidenza sul bilancio dello Stato, peraltro già oggetto di precedente iniziativa legislativa per la semplificazione e razionalizzazione della custodia e conservazione dei reperti in sequestro durante le fasi dell'indagine e del giudizio²².

E, tuttavia, affiorano dubbi e perplessità: sfuggono alla capacità razionalizzatrice della norma i criteri in applicazione dei quali sia possibile stabilire a monte la soglia del "pericolo per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica" o "difficoltà" delle cose in custodia, né, sembra venire in aiuto all'interprete l'estrema indeterminatezza delle fattispecie penali di pericolo c.d. presunto in materia di contraffazione, quali ad esempio i reati di pirateria agro-alimentare²³.

Il rischio, in prospettiva, è quello di una motivazione sincopata del provvedimento di distruzione deducibile in sede di controllo di legittimità come vizio di illogicità della motivazione *ex art. 606, lett. e), c.p.p.*²⁴.

A suscitare notevoli perplessità è la seconda delle due situazioni, l'accertamento della natura illecita della merce, sia per la sua collocazione sistematica alternativa alla prima²⁵, sia per la derivazione di tale illiceità dalla "evidente" violazione dei divieti,

L'interprete si trova così alle prese con un'ipotesi di epilogo anticipato del sequestro probatorio (con effetti irreversibili) in cui il doveroso controllo giurisdizionale dei presupposti nel contraddittorio delle parti cede il passo ad una "evidenza" (*id est* illiceità della *res* sequestrata), secondo un modello procedimentale sconosciuto sia in materia di stupefacenti sia in materia di confisca, nel quale l'accertamento nei termini dell'art. 360 c.p.p. avrebbe, peraltro, carattere eventuale²⁶.

²² Parere del C.S.M. ai sensi dell'art. 10, l. 24 marzo 1958, n. 1 95 sul d.l. 23 maggio 2008, n. 92 concernente "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica" adottato nella seduta del 1° luglio 2008. Nella legislatura precedente a quella dell'iniziativa di governo sulla sicurezza esisteva un analogo disegno di legge Mastella recante "Disposizioni in materia di reati di grave allarme sociale e di certezza della pena" approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 30 ottobre 2007.

²³ C. CIAVARELLA-A. PLANTERA, *Lotta alla pirateria. La contraffazione e le altre forme di falso*, Roma, 2010, p. 175, in relazione alle quali il delitto si perfeziona con la mera adulterazione o contraffazione di una sostanza alimentare da cui possa in astratto derivare un pericolo per la salute pubblica, essendo sufficiente che abbiano in sé l'attitudine a produrre nocimento (artt. 440, 442 c.p.).

²⁴ Cass., sez. I, 23 marzo 2010, Ugolini, *inedita*.

²⁵ A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 125.

²⁶ Sul carattere eventuale del ricorso all'accertamento tecnico irripetibile si veda S. RENZETTI, *Le nuove ipotesi di distruzione dei beni sottoposti a sequestro*, cit., p. 245.

Ci si avvede che in fase d'indagine preliminare diventa oltremodo ec-centrico il ruolo del Pubblico Ministero (e della sua polizia giudiziaria) atteso che la distruzione delle merci avverrà – previa astratta configurabilità di un reato (con fisiologiche possibilità di smentite dell'ipotesi investigativa) – sulla base di un accertamento²⁷ che viene demandato dalla norma esclusivamente allo stesso organo che ha eseguito il sequestro.

È poi connaturale al sistema che ove sia a parlarsi di interventi *celeris* in fase d'indagine diviene decisivo il ruolo della polizia giudiziaria le cui prerogative, dalla lettura combinata degli artt. 55, 348 e 354 c.p.p., si manifestano in forma incisiva nell'attività di conservazione: la particolare finalità di *extrema ratio* del sequestro per gli scopi probatori anzidetti è prevista dal tenore dell'art. 113 disp. att. c.p.p. che estende anche agli agenti di p.g. la facoltà di effettuare accertamenti, rilievi e sequestri, sul presupposto della particolare necessità ed urgenza²⁸.

La campionatura, vera chiave di volta nel procedimento di acquisizione della prova (vista la destinazione alla distruzione dei reperti), è un atto “garantito” in applicazione dell'art. 364 c.p.p., con la conseguenza che l'eventuale violazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'art. 364 c.p.p. darà luogo ad un vizio del procedimento rilevante *ex artt.* 178, lett. c) e 180 c.p.p., deducibile nel merito *ope exceptionis* o d'ufficio come nullità di ordine generale a regime intermedio.

Per altro verso, suscita dubbi e perplessità l'innesto dell'istituto regolato dall'art. 360 c.p.p. – connotato dalle “incrostazioni inquisitorie” tipiche del codice del 1930²⁹ – nella disciplina di distruzione delle merci caratterizzata da una posizione assolutamente dominante del Pubblico Ministero: se da un lato si tratta di una indubbia novità che supera la giurisprudenza di retroguardia in materia³⁰; dall'altro residuano zone d'ombra sul piano strategico in relazione ai possibili vantaggi derivanti da ipotesi d'intempestiva iscrizione della notizia di reato nel registro *ex art.* 335 c.p.p., potenzialmente concludenti ad una vera e propria “istruttoria occulta”³¹.

Si è ritenuto che il presupposto di base che in chiave strategica suggerì-

²⁷ A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 129.

²⁸ M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, cit., p. 166.

²⁹ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, p. 87.

³⁰ Cass., sez. I, 16 febbraio 2005, Vilella, in *CED Cass.*, 230766; Id., sez. I, 19 aprile 2007, Cannizzaro, *ivi*, 237348.

³¹ A. GAITO, *Incostituzionale la ritardata iscrizione della notizia di reato*, in *Gazz. giur.*, 1994, n. 47, p. 30.

sce lo strumento dell'accertamento tecnico irripetibile in luogo dell'incidente probatorio, sia costituito dalla rapida modificazione dell'elemento di prova³²: se la riflessione vale in astratto, a maggior ragione sembra condivisibile nella esegesi del procedimento di distruzione delle merci che presuppone l'obbligo del "prelievo di uno o più campioni con l'osservanza delle formalità di cui all'art. 364 c.p.p."

Con spirito riformista è stato acutamente osservato in letteratura³³, se il problema è quello di assicurare la tempestività di un accertamento che accomuna il requisito dell'urgenza e della non rinviabilità, in applicazione dell'art. 400 c.p.p. (seppure effettuando gli opportuni adattamenti) si può ottenere una "estensione del modulo dell'incidente probatorio accelerato"

A fortiori nello svolgimento dell'inedito procedimento di distruzione delle merci – evidenziata la necessità di un responso peritale³⁴ sulla campionatura ai sensi della lett. f) dell'art. 392 c.p.p. – il contraddittorio preventivo verrebbe assicurato mediante l'abbreviazione dei termini previsti per le deduzioni sull'ammissibilità e sulla fondatezza della richiesta di incidente probatorio, sulla richiesta di differimento e per la decisione del giudice che, per non pregiudicare la perizia, potrebbe avvenire ai sensi dell'art. 150 c.p.p. mediante fax o *e-mail*, ovvero attraverso notifiche su canali cifrati o a mezzo P.e.c.³⁵.

La *ratio* di questa esegesi trova un sicuro radicamento nei fondamentali del giusto processo europeo, il diritto alla prova in contraddittorio ed alla difesa, quindi nel diritto di disporre "del tempo e delle condizioni necessari" per preparare la propria difesa, irrinunciabili garanzie riconosciute dall'art. 6 C.e.d.u. e dall'art. 111, comma 3, Cost.

E non si deve omettere di considerare la recente sentenza additiva della Consulta³⁶ che ha dichiarato l'incostituzionalità per contrasto con le garanzie del contraddittorio e della difesa (art. 111 Cost.) dell'art. 240, commi 4 e 5, c.p.p., nella parte in cui non assicuravano, in relazione all'udienza di distruzione delle intercettazioni illegali, le stesse garanzie previste dall'art. 401, commi 1 e 2, c.p.p., in merito all'incidente probatorio.

³² F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 118.

³³ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 157.

³⁴ Si pensi, ad esempio, all'abuso del "made in Italy 100%" quale illecito penale introdotto dall'art. 16 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 "Disposizioni urgenti per l'attuazione degli obblighi comunitari e per l'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia europea", oggi disciplinato nella parte speciale del codice penale dall'art. 517 c.p. In argomento P. CIPOLLA, *Art. 16 d.l. 25 settembre 2009, n. 135: il c.d. made in Italy 100%*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2954.

³⁵ D.m. giustizia 18 aprile 2011, n. 44, in *Gazz. Uff.*, 18 aprile 2011, n. 89; cfr. anche nota 23.

³⁶ Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4659.

In una prospettiva più ampia, lo *standard* minimo del giusto processo applicato all'udienza camerale con le forme dell'incidente probatorio implica il diritto alla pubblicità dell'udienza³⁷ ed al controllo effettivo in condizioni di parità tra accusa e difesa innanzi ad un giudice terzo ed imparziale (art. 6 C.e.d.u.): si pensi, ad esempio, nell'ambito del procedimento delineato dall'art. 260, commi 3 *bis* e 3 *ter*, c.p.p. alle conseguenze irreversibili degli errori derivanti dalla individuazione della competenza territoriale ove non vi fosse la garanzia di un meccanismo di controllo effettivo interno (art. 13 C.e.d.u.), anche attraverso lo svolgimento e l'effettiva utilizzabilità delle indagini difensive ex art. 391 *bis* c.p.p.

L'anticipazione della tutela difensiva *sub specie* di acquisizione anticipata di una prova peritale sulla illiceità della *res* (*id est* sulla pretesa evidenza di violazione dei divieti menzionati nel disposto dell'art. 260, comma 3 *bis*, c.p.p.) consentirebbe una valida alternativa all'automatismo procedimentale del prelievo a campione ad opera della polizia giudiziaria in applicazione degli artt. 83, 220, 223 disp. att. c.p.p.: abbiamo ricordato che una delle linee guida della riforma è asseritamente riconducibile alla razionalizzazione della custodia e conservazione dei reperti in sequestro durante le fasi dell'indagine.

Peraltro, tale soluzione andrebbe a colmare il vuoto nella disciplina della distruzione dei beni, attività (non necessariamente contestuale alla campionatura) per la quale non è prevista secondo la giurisprudenza alcuna forma di controllo, assimilabile ad un mero adempimento esecutivo da attuarsi senza formalità e garanzie per la difesa³⁸.

Al riguardo si osserva che un modello "forte" di udienza camerale a contraddittorio necessario³⁹ attraverso il quale pervenire ad un prova sostitutiva del "corpo di reato" nelle forme dell'incidente probatorio, consentirebbe di revocare in dubbio l'insidia del c.d. verbale di distruzione delle merci redatto dalla polizia giudiziaria il quale, sebbene avente natura di atto irripetibile redatto senza contraddittorio, potrebbe essere recuperato al fascicolo dibattimentale ai sensi dell'art. 512 c.p.p.

Ed invero, l'aspetto problematico, come si vedrà in sede di analisi dei mezzi d'impugnazione, riguarda l'eseguibilità del provvedimento di distruzione ove sia stato tempestivamente azionato il controllo⁴⁰.

³⁷ Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Giur. it.*, 2010, p. 1775; Id., 13 marzo 2011, n. 80, e Corte cost., 16 marzo 2011, n. 12.

³⁸ Cass., sez. I, 25 marzo 2003, Scalvini, in *Cass. pen.*, 2004, 439, p. 1339. Sul punto diffusamente M. SCILLITANI, *Il "nuovo" sequestro probatorio e la natura dei provvedimenti ablatori*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, p. 88.

³⁹ G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, 1994, Milano, p. 217.

⁴⁰ Le ricadute sul piano pratico sono rilevanti, considerato che le stesse norme sostan-

3. **La sorte del “campione di merce prelevato” tra le indagini difensive all'estero ed il mandato europeo di ricerca della prova.**

In una recentissima sentenza la Corte di giustizia europea⁴¹ ha precisato l'imprescindibilità di una tutela uniforme in tutta Europa per il marchio comunitario con misure sanzionatorie nei casi di contraffazione valide nello spazio UE, rafforzando la protezione dei marchi comunitari e agevolando la libera circolazione dei provvedimenti giudiziari.

In prospettiva di metodo, se la posta in gioco nei procedimenti incidentali *ex art. 260*, commi 3 *bis* e 3 *ter*, c.p.p. è la distruzione del “corpo di reato” in fase d'indagine preliminare⁴², occorre comprendere quale sarà la sorte del “campione di merce prelevato” dalla polizia giudiziaria attraverso il sequestro⁴³ nella circolazione delle prove tra gli Stati con ordinamenti che, come dimostra la *ratio* dell'art. 78 disp. att. c.p.p., possono prevedere situazione quanto mai variegata sul piano delle garanzie⁴⁴.

Un punto fermo⁴⁵ nella Decisione Quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 è la subordinazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni di blocco dei beni o di sequestro probatorio ai casi in cui un bene

ziali di contrasto alla contraffazione o pirateria – da fenomeno di “cantina” su scala artigianale alla produzione industriale di prodotti di alta tecnologia – sembrano di difficile applicazione per la indeterminatezza delle fattispecie astratte, a partire dall'accertamento della *tipicità offensiva* del fatto tipico di reato in cui si intravedono momenti di tensione con il principio di necessaria offensività e con gli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale. C. CIAVARELLA-A. PLANTERA, *Lotta alla pirateria. La contraffazione e le altre forme di falso*, cit., p. 175.

⁴¹ Corte giust. C-235/09 dep. 13 aprile 2011, in *Sole24ore*, 14 aprile 2011, p. 39; M. CASTELLANETA, *Per il marchio comunitario tutela in tutta la Ue*, *ivi*, p. 40; Vedi anche Corte giust. C-96/09 dep. 29 marzo 2011, in *Sole24ore*, 18 aprile 2011, p. 13 con commento di M. CASTELLANETA, *Tutela del marchio solo negli Stati in cui è utilizzato*, *ivi*, p. 13.

⁴² *Quid iuris* nel caso di distruzione di merci pur in presenza della c.d. clausola di salvezza prevista dall'art. 240, comma 4, c.p. in danno di soggetti terzi estranei al reato ipotizzato i quali, una volta cessate le esigenze processuali alla base del provvedimento di sequestro, avrebbero potuto nuovamente disporre dei beni in modo assolutamente legittimo? Sul punto diffusamente S. MUGNAINI, *Commento*, cit., p. 145.

⁴³ Sul terreno dei controlli dinanzi al Tribunale della libertà, si veda Cass., sez. un., 16 aprile 2003, Monnier, in *Riv. pen.*, 2004, p. 140.

⁴⁴ A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, c. 427.

⁴⁵ M. COLAMUSSI, *Sequestro e confisca in territorio dell'Unione Europea. Il punto in tema di norme italiane di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2473.

“costituisce la prova di un reato” ovvero “oggetto di una successiva confisca, perché dal giudice ritenuto il prodotto (o l'equivalente), lo strumento o l'oggetto di un reato”.

Lo spunto problematico in questa sede riguarda i criteri di ammissibilità ed utilizzabilità del materiale probatorio e gli effetti del regime di circolazione nello spazio europeo della fonte di prova *sub specie* di campionatura di merci in assenza di un accertamento giudiziale: in quale misura, dunque, senza effettive garanzie del contraddittorio sulla raccolta della fonte di prova destinata a “migrare” nel fascicolo del dibattimento⁴⁶, si potrà escludere una serie a catena di ricorsi alla Corte europea di Strasburgo per violazione dell'art. 6 C.e.d.u., ove non di revisioni del processo in chiave interna in applicazione dell'art. 630 c.p.p. “novellato” dall'intervento additivo della Consulta⁴⁷?

Argomentando dalle premesse in tema di accertamenti tecnici irripetibili sul campione di merce prelevato prima della distruzione in applicazione dell'art. 391 *decies*, comma 3, c.p.p. non sembra vi possano essere limiti al diritto del difensore⁴⁸ di svolgere indagini difensive all'estero nella forma dell'atto irripetibile, senza domanda di assistenza giudiziaria internazionale, essendo previsto in capo al difensore il solo obbligo di “darne avviso al Pubblico Ministero”⁴⁹: il problema vero riguarda l'utilizzabilità del relativo accertamento assunto attraverso le indagini difensive, essendo altrettanto chiaro il tenore dell'art. 431, comma 1, lett. *d*), c.p.p. ove “documenti” e “verbali di atti irripetibili” devono essere assunti mediante rogatoria internazionale⁵⁰.

Con riguardo alle forme di cooperazione rogatoria, dovendosi a buon diritto includere tra gli atti rogabili *ex artt.* 723 e 727 c.p.p. il campione di

⁴⁶ M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 370.

⁴⁷ Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113, in *Gazz. Uff.*, *Corte cost.* del 13 aprile 2011.

⁴⁸ G. DI CHIARA, *Le linee prospettive del “difendersi ricercando”: luci ed ombre delle “nuove” investigazioni difensive (l. 7.12.2000, n. 397)*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 18.

⁴⁹ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 102; cfr anche M.R. MARCHETTI, *La disciplina del mandato d'arresto europeo. La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 957; D. CURTOTTI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, p. 986; M. PISANI, *Sulle investigazioni difensive svolte all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1458.

⁵⁰ A. GAITO, *Mandato europeo di ricerca della prova e rogatorie*, in O. DOMINIONI-P. CORSO-A. GAITO-G. SPANGHER-G. DEAN-G. GARUTI-O. MAZZA, *Procedura penale*, cit., p. 932.

merce prelevato *ex art.* 260, commi 3 *bis* e 3 *ter*, c.p.p. (anche nelle forme dell'incidente probatorio⁵¹), la deliberazione promossa dal Pubblico Ministero e l'esecuzione dovrà avvenire con rito camerale *ex art.* 127 c.p.p. in contraddittorio con la difesa nella puntuale osservanza del regime di avvisi e notifiche in ossequio agli artt. 3 e 24 Cost.⁵².

Correlativamente, sul piano della utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria attiva con riguardo al campione delle merci, evidenziate anche le garanzie previste dall'art. 727, comma 5 *bis*, c.p.p., non si potrà escludere in astratto la possibilità di dedurre in chiave interna la violazione del principio di ordine pubblico (artt. 24 e 111 Cost.) sotto il profilo della eventuale assenza di contraddittorio nella campionatura delle merci, prendendo così le distanze dalla giurisprudenza orientata nel senso dell' "accertata impossibilità di natura oggettiva" *ex art.* 111, comma 5, Cost.⁵³ in materia di forme di cooperazione rogatoria.

In forza della Decisione Quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008 in vigore dal 19 gennaio 2009 ma non ancora eseguita in Italia, relativa al mandato europeo di ricerca della prova (MER), sarà possibile acquisire oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali avviati dall'autorità giudiziaria o che saranno presentati alla stessa con riferimento ad un illecito penale in base alla legislazione nazionale dello Stato di emissione⁵⁴.

In prospettiva di futura attuazione, un punto di svolta, ad esempio in materia di campioni prelevati nell'ambito delle c.d. indagini informatiche, riguarda le garanzie nella procedura di trasmissione del MER tra Stato di emissione e Stato di esecuzione, ove è espressamente prevista la trasmissione di dati elettronici mediante il sistema di telecomunicazione protetto della *Rete giudiziaria europea* (art. 8).

Implicito il rischio di violazione della garanzia del contraddittorio sull'accertamento della conformità all'originale del campione di merci prelevato dalle merci soggette a distruzione, evidenziato che, in caso di perquisizione o sequestro per eseguire il MER, è escluso il requisito della *doppia incriminazione* per i reati di contraffazione, qualora siano punibili nello Stato

⁵¹ Ad esempio la videoconferenza internazionale quale autonoma attività rogabile, nella prospettiva di una evoluzione tecnologica, suscita particolare interesse in quanto possibile modalità di campionatura di merce illecita in contraddittorio attraverso il collegamento audiovisivo. Sulla videoconferenza internazionale, cfr. A. GAITO, *Mandato europeo di ricerca della prova e rogatorie*, cit., p. 931.

⁵² Corte cost., 25 luglio 1995, n. 379, in *Giust. pen.*, 1995, I, c. 326.

⁵³ *Ex plurimis* Cass., sez. I, 28 aprile 2009, Russo, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 204.

⁵⁴ A. GAITO, *Mandato europeo di ricerca della prova e rogatorie*, cit., 926.

di emissione con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima di almeno tre anni (art. 14.2)⁵⁵.

Nel trasferire gli oggetti, i documenti o i dati ricevuti, “l’autorità di esecuzione indica se pretende che siano rinviati allo Stato di esecuzione non appena cessano di essere necessari per lo Stato di emissione” (art. 15.6): non è trascurabile l’importanza della norma in prospettiva futura rispetto alla circolazione nello spazio europeo del campione di merce, che dopo la distruzione, resta l’unica fonte di prova utilizzabile nel procedimento incidentale delineato dall’art. 260, comma 3 *bis*, c.p.p.

4.

Distruzione di merci nei procedimenti a carico di ignoti: i termini delle indagini preliminari, il verbale di sequestro ed il “verbale di distruzione”, le garanzie del terzo e i dubbi di legittimità costituzionale.

Il modulo procedimentale previsto dall’art. 260, comma 3 *ter*, c.p.p. si pone per diverse ragioni in rapporto di *species ad genus* rispetto al procedimento di nuovo conio introdotto dal precedente comma 3 *bis* dello stesso articolo.

Il concetto normativo delle merci illegali è qui limitato in chiave merceologica alle “merci contraffatte” destinate al commercio, quali sono, ad esempio, quelle in materia di marchi e brevetti ovvero di pirateria agro-alimentare: la possibile distruzione delle cose sequestrate sembra tuttavia prescindere in questo caso dalla difficoltà o dalla particolare onerosità della loro conservazione, così come dalla pericolosità per la sicurezza, la salute o l’igiene pubblica, non essendo tali parametri stati richiamati.

Resta il fatto che il provvedimento di distruzione viene applicato su merci illegali soggette pertanto a confisca obbligatoria *ex art.* 240, comma 2, c.p., con effetti irreversibili in termini di *deminutio* patrimoniale nei confronti di terzi estranei ad un procedimento, che in quanto a carico di ignoti, potrebbe tanto risultare avviato sul binario dell’archiviazione quanto mutare geneticamente in funzione di nuovi sviluppi investigativi.

Ed è davvero singolare che la norma non abbia condizionato la distruzione delle merci sequestrate alla scadenza dei termini delle indagini pre-

⁵⁵ A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il nuovo corso della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3620; N. PARISI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria tra gli stati membri dell’UE*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 327.

liminari⁵⁶, aprendo così all'ipotesi – in caso di proroga delle indagini *ex art.* 407, comma 2, c.p.p., – di soggetti indagati privati delle garanzie del giusto processo, in specie delle “condizioni” e del “tempo” necessari ad esercitare la propria difesa *ex art.* 111 Cost. sotto il profilo del controllo sulle fonti di prova a carico, essendo state *medio tempore* distrutte le merci e non avendo partecipato alla campionatura delle stesse eseguita senza contraddittorio dalla polizia giudiziaria.

Opera in questo caso una sorta di silenzio-assenso, in quanto la polizia giudiziaria può procedere alla distruzione delle cose sequestrate dopo quindici giorni da detta comunicazione quando l'autorità giudiziaria non abbia deciso diversamente (art. 260, comma 3 *ter*, c.p.p.).

Si evidenzia, inoltre, che a differenza della prima ipotesi (art. 260, comma 3 *bis*, c.p.p.) non è previsto un obbligo di prelievo di campioni con finalità probatorie, ma la mera facoltà di loro conservazione per un'eventuale utilizzazione in vista di generici “fini giudiziari”.

I futuri indagati potrebbero dunque trovarsi a non poter esercitare alcun controllo sulle fonti di prova a carico (prevedibilmente coincidente con il solo verbale di sequestro acquisibile *ex art.* 431 c.p.p. al fascicolo come atto irripetibile *ex art.* 512 c.p.p.): posto quindi che la distruzione implica il venir meno della fonte di prova si ritiene che il mancato rispetto delle garanzie difensive configuri un'ipotesi di nullità *ex art.* 178, comma 1, lett. c), c.p.p.

Ed invero, non si deve confondere il verbale di sequestro probatorio con il “verbale di distruzione” che la polizia giudiziaria è obbligata a redigere nell'esecuzione delle operazioni di distruzione della merce.

In questo senso è chiaro che la funzione primaria del verbale di distruzione è quella di garantire le esigenze di conservazione della fonte di prova – quasi a costituire una fonte di prova “sostitutiva” del corpo del reato – esegesi che troverebbe conforto nelle motivazioni della sentenza interpretativa con cui la Corte costituzionale⁵⁷ ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 240, comma 6, c.p.p. nella parte in cui vieta che nel verbale di distruzione si faccia riferimento alle circostanze inerenti all'attività di formazione, acquisizione e raccolta dei documenti illegali.

Il termine⁵⁸ che deve intercorrere tra la comunicazione dell'istanza di

⁵⁶ S. MUGNAINI, *Commento all'art. 2*, cit., p. 147.

⁵⁷ Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1936, con nota di M. VILANI, *La distruzione del corpo di reato all'esame della Corte: spunto per una riflessione sui rapporti tra sanzioni processuali e diritti sostanziali*.

⁵⁸ M. SCILLITANI, *Il “nuovo” sequestro*, cit., p. 81.

distruzione e l'eventuale distruzione dei beni appare davvero inadeguato per il terzo proprietario della *res* sequestrata, all'oscuro del procedimento in corso stante la segretezza della fase investigativa, piuttosto che per l'autore dell'ipotetico reato il quale potrebbe avere tutto l'interesse di restare nell'ombra.

Né si potrà escludere in caso di ricettazione delle merci sequestrate (art. 648 c.p.), che lo stesso terzo titolare del bene in quanto persona offesa nel procedimento a carico di ignoti, si ritrovi nella quasi certa impossibilità di venire tempestivamente a conoscenza del procedimento di distruzione con tanti saluti alle garanzie di presunzione di innocenza di cui all'art. 6 C.e.d.u. e quella di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.

Ulteriori dubbi di legittimità costituzionale affiorano sotto il profilo dell'applicazione di una sanzione penale – *id est* la distruzione di cose soggette a confisca obbligatoria *ex* art. 240, comma 2, c.p. – in violazione della riserva di giurisdizione, essendo tale facoltà riconosciuta in capo alla polizia giudiziaria e non all'autorità giudiziaria.

5. I casi particolari di documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali: il recente indirizzo della Corte costituzionale.

Il d.l. 22 settembre 2006, n. 259, recante “Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche”, convertito nella l. 20 novembre 2006, n. 281, ha modificato l'art. 240 del codice di rito⁵⁹.

Con la sentenza 11 giugno 2009, n. 173 la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 240, commi 4, 5 e 6, c.p.p. per contrasto con i principi cardine del giusto processo (artt. 3, 24, 111, 112 Cost.)⁶⁰.

In particolare, i commi 4 e 5 sono stati dichiarati incostituzionali nella parte in cui non assicuravano, in relazione all'udienza di distruzione, quella garanzia del contraddittorio che è prevista dall'art. 401, commi 1 e 2, c.p.p.,

⁵⁹ A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, Torino, 2007, n. 1, p. 6.

⁶⁰ C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento claudicante*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 195; F. SIRACUSANO, *L'insufficienza dell'intervento aditivo della Consulta in tema di intercettazioni “illegali” rende indispensabile il “ritorno” al legislatore*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4659.

in merito all'incidente probatorio, ove si legge in motivazione: "una restrizione del contraddittorio nell'ambito di un procedimento che, per il fatto di culminare nella distruzione di corpi di reato, incide fortemente sullo svolgimento successivo del processo, costituisce, di per sé, una violazione dei principi del giusto processo, dettati dall'art. 111 Cost."

Di talché, la decisione della Consulta, a prescindere tanto dalla soluzione "claudicante" delle specifiche questioni in chiave additiva o demolitoria quanto dall'evidente carattere interlocutorio rispetto ad un possibile "ritorno al legislatore" della materia, indica dei punti fermi nel procedimento incidentale di distruzione di una *res* illegale: il modulo procedimentale dell'udienza camerale *ex art.* 127 c.p.p. nelle forme dell'incidente probatorio *ex art.* 392 c.p.p. può consentire il contraddittorio nella formazione della "prova sostitutiva del corpo di reato" in chiave di effettività dello *standard* minimo del giusto processo.

In tale contesto le previsioni speciali di distruzione delle intercettazioni illegali assumono un ruolo portante nel sistema probatorio⁶¹, a riprova del fatto che il tradizionale libero convincimento del giudice – perno di una concezione sillogistica del giudizio⁶² basata sull'idea di un sistema probatorio "onnivoro" – è stato di fatto ridimensionato in funzione della effettività del contraddittorio e dei controlli in fase d'impugnazione.

D'altronde se la legalità della prova è ormai sussunta nella tutela costituzionale del giusto processo⁶³, è proprio tale tutela ad imporre scelte omogenee non solo all'interno del processo penale, ma dall'inizio delle indagini al termine dell'esecuzione⁶⁴.

Proprio sul terreno del diritto alla prova, uno spunto problematico riguarda la constatazione della identità di effetti nella disciplina delle cose soggette a distruzione e quella delle intercettazioni illegali (senza alcun pregiudizio in violazione degli artt. 12, 14 disp. att. c.c.), in quanto corpi di reato o fonti di prova *contra ius*⁶⁵, ovvero cose di cui in ogni caso è vietato il possesso o la detenzione, che, al pari delle cose soggette a confisca obbligatoria in applicazione dell'art. 240, comma 2, c.p., pongono inevitabili esigenze di tutela del terzo incolpevole.

⁶¹ A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, cit., p. 9.

⁶² M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio nel processo penale*, Milano, 1969, p. 23; ID., *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, p. 25.

⁶³ A. GAITO, *Intercettazioni illecite*, cit., p. 8.

⁶⁴ A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, II ed., Milano, 2005, p. 64.

⁶⁵ C. CONTI, *Le intercettazioni "illegali": lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 159.

6. I controlli a mezzo di opposizione ed incidente di esecuzione: il minimo etico del giusto processo patrimoniale ed il recente indirizzo della Corte di cassazione in tema di effettività del doppio grado di giurisdizione in executivis.

Uno dei nodi importanti delle questioni affrontate all'indomani della novella riposa proprio nella natura e nei limiti dei provvedimenti ordinatori con i quali l'autorità giudiziaria procede alla distruzione della merce in funzione della individuazione dei relativi controlli: "ordinanza motivata" del giudice, "decreto motivato" del Pubblico Ministero ovvero "provvedimento non giudiziario" della polizia giudiziaria⁶⁶.

Nel silenzio del codice di rito la giurisprudenza aveva ritenuto applicabili ai provvedimenti assunti dall'autorità giudiziaria in relazione alla vendita o alla distruzione delle cose deperibili i rimedi dell'opposizione al giudice delle indagini preliminari ex art. 263, comma 5, c.p.p. avverso il decreto motivato del Pubblico Ministero (stante il collegamento funzionale tra l'atto di distruzione e l'atto di sequestro) (Cass., sez. I, 10 aprile 2000, Carugati, in *Riv. pen.*, 2001, p. 315) e l'incidente di esecuzione ex art. 666 c.p.p. avverso l'ordinanza motivata del giudice (trattandosi di questione attinente alla fase esecutiva del sequestro) (Cass., sez. I, 25 marzo 2003, Scalvini, in *CED Cass.*, 224569).

Tali rimedi valgono anche in sede di controllo dei provvedimenti di distruzione delle merci illecite ai sensi dell'art. 260, commi 3 *bis* e 3 *ter*, c.p.p., evidenziando che se da un lato l'incidente di esecuzione deve ritenersi un controllo sempre esperibile a richiesta "del Pubblico Ministero, dell'interessato e del difensore", nei termini previsti dall'art. 666 c.p.p., in caso di rigetto di restituzione delle cose sequestrate in fase di cognizione il terzo interessato potrà validamente proporre l'opposizione ex art. 667, comma 4, c.p.p.⁶⁷.

In termini di teoria generale, ove la *ratio* dell'opposizione ex art. 667, comma 4, c.p.p. coincida con il diritto dell'interessato al contraddittorio camerale ex art. 127 c.p.p., ponendo mente anche al disposto degli artt. 464, comma 3, c.p.p. e 32-*bis*, comma 4, disp. proc. pen. mil.⁶⁸, si dovrebbe pre-

⁶⁶ M. SCILLITANI, *Il "nuovo" sequestro probatorio*, cit., p. 88; F. SANTANGELO, *Brevi osservazioni*, cit., p. 189; E. ALBAMONTE, *Il c.d. pacchetto sicurezza: profili di diritto processuale*, in *Giur. merito*, 2009, p. 597.

⁶⁷ Cass., sez. I, 24 maggio 1995, Mancini, in *CED Cass.*, 202975.

⁶⁸ A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 203.

vedere, quale adempimento preliminare del giudizio conseguente all'interposizione dell'opposizione, la revoca ad opera del giudice dell'esecuzione dell'ordinanza opposta (*id est* il provvedimento di distruzione).

A maggior ragione sembra persuasiva tale conclusione in caso di pregiudizio al terzo interessato, se si argomenta dal concetto normativo delle merci in distruzione quali cose soggette a confisca obbligatoria (con conseguente applicazione illegale di una sanzione penale in assenza di accertamento giudiziale).

Tant'è che nel corso del procedimento per la restituzione della *res* sottoposta a sequestro probatorio può accadere⁶⁹ che il giudice penale, qualora risulti problematico individuare l'effettivo proprietario della cosa di cui è stata richiesta la restituzione, ai sensi dell'art. 263, comma 3, c.p.p., deve rimettere la risoluzione della vicenda al giudice civile, non prima però di aver accertato la reale esistenza di una controversia sulla titolarità della cosa tale da poter pregiudicare le legittime ragioni del proprietario.

Ad esempio in caso di indagini per ricettazione *ex art.* 648 c.p. di merci contraffatte, in fase di controllo in sede penale non si potrà in astratto escludere che *medio tempore* l'indagato o il terzo avente causa in buona fede (in questo caso persona offesa)⁷⁰, provvedano ad una tempestiva istanza di sequestro preventivo in sede civile del campione prelevato, preconstituendo *aliunde* il terreno per un contraddittorio effettivo.

Si è rilevato che posto il rinvio quanto a forme procedurali dell'art. 263 all'art. 127 c.p.p.⁷¹ ed essendo caratteristica peculiare del procedimento da quest'ultima norma disciplinato la ricorribilità in cassazione dell'ordinanza conclusiva⁷², deve ritenersi suscettibile di ricorso in cassazione il provvedimento con cui il giudice rigetta la richiesta di restituzione.

Sulla ricorribilità per cassazione avverso l'ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari all'esito del procedimento camerale instaurato *ex art.* 263, comma 5, c.p.p. su opposizione dell'interessato (analogamente a quanto accade in caso di opposizione *in executivis* in applicazione dell'art. 667, comma 4, c.p.p.), le Sezioni unite Eboli⁷³ hanno recentemente posto fine al contrasto giurisprudenziale avendo chiarito il diritto al *controllo di-*

⁶⁹ M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, cit., p. 207.

⁷⁰ S. CURIONE, *Confische penali e tutela dei terzi*, cit., p. 319.

⁷¹ Cass., sez. VI, 16 gennaio 1998, Potenza, in *Giur. it.*, 1999, p. 2384; Id., sez. III, 3 marzo 1992, Bolognini, in *CED Cass.*, 190480; Id., sez. I, 5 luglio 1990, Oppedisano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 130.

⁷² M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, cit., p. 206.

⁷³ Cass., sez. un., 31 gennaio 2008, Eboli, in *CED Cass.*, 238507.

retto in Cassazione dell'interessato in coerenza con quanto previsto dall'art. 127, comma 7, c.p.p.⁷⁴.

In chiave di sistema non solo non sorgono dubbi⁷⁵ in ordine alla estensione del controllo sui provvedimenti di distruzione a seguito della decisa presa di posizione della Suprema Corte, ma soprattutto, ponendosi il problema della sospensione della distruzione in pendenza del ricorso per cassazione, suscita particolare interesse l'art. 127, comma 8, c.p.p.: non si può escludere un incidente d'incostituzionalità dell'art. 260, comma 3 *bis* per contrasto con la regola del contraddittorio ed il principio di presunzione d'innocenza (art. 6 C.e.d.u. ed artt. 3, 27, 111 Cost.) nella parte in cui non prevede come "obbligatoria" la "facoltà" del giudice di sospendere l'ordinanza di distruzione in caso di controllo in cassazione *ex* art. 111, comma 7, Cost.

Non sembra un fuor d'opera evidenziare che in materia di confisca la Corte di cassazione, con decisione recentissima⁷⁶, ha convertito il ricorso proposto dal terzo interessato ai sensi dell'art. 606 c.p.p. in opposizione ai sensi degli artt. 667, comma 4, e 676, comma 1, c.p.p., postulando la non rinunciabile necessità che in tema di confisca sia assicurato a tutti i soggetti interessati un doppio grado di giudizio di merito, in linea con i principi europei dettati dall'art. 2, § 1, VII Protocollo aggiuntivo C.e.d.u.⁷⁷.

Il sussulto giurisprudenziale si coglie nello spirito europeo della decisione nel senso dell'attuazione dei principi costituzionali e sovranazionali del giusto processo in materia di controlli nell'esecuzione penale i cui connotati di sicura giurisdizionalità si sono venuti ulteriormente ad esaltare alla luce dei più recenti apporti che hanno contrassegnato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, di riflesso, quella costituzionale in materia⁷⁸.

Di talché, se da un lato sembra indubbio che la distruzione di merci in assenza di accertamento giudiziale in contraddittorio (ordinanza motivata del giudice delle indagini preliminari o decreto motivato del Pubblico Ministero è lo stesso) determini il venir meno della fonte di prova a carico, in violazione delle garanzie difensive deducibile *sub specie* di nullità assoluta *ex* art. 178, lett. c), c.p.p., sempre censurabile in cassazione *ex* art. 606 c.p.p.

⁷⁴ S. MUGNAINI, *Commento*, cit., p. 146.

⁷⁵ S. MUGNAINI, *Commento*, cit., p. 147.

⁷⁶ Cass., sez. I, 22 febbraio 2011, n. 65558, Clark W.S., *inedita*.

⁷⁷ Cass., sez. VI, 22 settembre 2010, in *CED Cass.*, 248634; Id., sez. V, 26 maggio 2009, *ivi*, 245130; Id., sez. I, 13 novembre 2008, *ivi*, 242510.

⁷⁸ A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 199; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 10.

Dall'altro, ad esempio nei casi di procedimenti di distruzione contro ignoti, ove non è obbligatoria la campionatura delle merci (art. 260, comma 3 *ter*, c.p.p.), il possibile indagato/accusato o il terzo subirebbero una *deminutio* in chiave di effettivo dispiegamento delle potenzialità applicative dell'art. 111, comma 3, Cost., trovandosi in via di principio nella pratica impossibilità di introdurre prove a confutazione, ancorché difficilmente “la decisione di merito potrà risultare ‘giusta’ se fondata sulla mancata assunzione di una prova rilevante e non superflua”⁷⁹.

In questa prospettiva, argomentando dalla “necessità di particolare rigore della motivazione del provvedimento di distruzione”, la Corte di cassazione ha di recente precisato⁸⁰ che se la motivazione non rispecchia fedelmente la correlazione tra argomenti spesi dalle parti e decisione del giudice, sono inevitabili le censure in sede di legittimità per violazione delle regole del contraddittorio sia sotto il profilo dell'art. 606, comma 1, lett. *e*), c.p.p., vale a dire “mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione”, sia sotto il profilo dell'art. 606, comma 1, lett. *d*), c.p.p. e, cioè, per “mancata assunzione della prova decisiva quando la parte ne ha fatta richiesta”.

⁷⁹ A. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 96.

⁸⁰ Cass., sez. I, 23 marzo 2010, Ugolini, n. 11062, *inedita*, cit.