

## Il procedimento di distruzione della merce in sequestro e l'“equo bilanciamento” tra efficienza e salvaguardia dei diritti costituzionali: verso nuovi equilibri\*

Gianrico Ranaldi

1. L'interpolazione additiva apportata alla disciplina della distruzione delle cose sequestrate<sup>1</sup> dall'art. 2, lett. a), D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni in L. 24 luglio 2008, n. 125, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, ha introdotto nell'art. 260 c.p.p. due nuovi commi (3-bis e 3-ter) ed ha emendato la rubrica originaria «*Apposizione di sigilli alle cose sequestrate. Cose deperibili*»<sup>2</sup>, che è ora integrata dalla «*Distruzione di cose sequestrate*», secondo quanto previsto dall'art. 2, lett. a)-bis del suddetto decreto legge n. 92 del 2008<sup>3</sup>.

La regolamentazione di nuovo conio<sup>4</sup> – che disciplina la distruzione *illico et immediate* delle merci in sequestro<sup>5</sup> di cui sono comunque vietati la fabbrica-

---

\* Contributo destinato alla ricerca “Il procedimento di distruzione delle cose illegali o contraffatte”, diretta dall'Avv. M. Antinucci e coordinata dal Prof. A. Gaito, presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

<sup>1</sup> Sui sequestri nel sistema processuale penale, tra gli altri, v. M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, *passim*.

<sup>2</sup> Sulla distruzione delle cose sequestrate, alla stregua della disciplina “originaria” dell'art. 260 c.p.p., v. E. SELVAGGI, *Sub artt. 260, 261 c.p.p.*, in *Comm. nuovo C.p.p.*, Chiavario, II, Torino, 1990, p. 759.

<sup>3</sup> Sulle modifiche apportate al procedimento di distruzione delle cose sequestrate dall'art. 2, lett. a), D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni in L. 24 luglio 2008, n. 125, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, v. A. GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, Atti del Seminario tenutosi a Roma il 27 settembre 2011 presso il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, a cura di M. ANTINUCCI, Roma, 2012, p. 37; G. SPANGHER, *Il Dipartimento di Studi Penalistici, Filosofico-Giuridici e Canonistici partner della ricerca*, *ibidem*, p. 25.

<sup>4</sup> Va detto che una disciplina analoga era contenuta già nel c.d. 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. In particolare, l'art. 4, co. 1, lett. a), dello specifico articolato prevedeva l'inserimento di un comma 3-bis nell'art. 260 c.p.p. i cui toni e contenuti sono sovrapponibili a quelli attuali dell'art. 260, co. 3-bis, c.p.p..

<sup>5</sup> Sul tema specifico, tra gli altri, v. M. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, in *La Giustizia penale differenziata*, III, coordinato da M. MONTAGNA, Torino, 2011, p. 830; A. DIDDLE, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2008, p. 124; V. COMI, *Sequestro e distruzione di merci: quali garanzie*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 67; S. MUGNAINI, *Commento all'art. 2, d.l. 23 maggio 2008, n. 92*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 139; 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; S. RENZETTI, *Le nuove*

zione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione<sup>6</sup> «quando le stesse sono di difficile custodia, ovvero quando la custodia risulta particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica ovvero quando, anche all'esito di accertamenti compiuti ai sensi dell'articolo 360, risulti evidente la violazione dei predetti divieti» (art. 260, co. 3-bis, c.p.p.) ovvero «nei casi di sequestro nei confronti di ignoti (...) delle merci contraffatte sequestrate» (art. 260, 3-ter, c.p.p.) – desta ragionata perplessità, sia rispetto al tema della conservazione delle fonti di prova e, quindi, dell'esercizio del diritto di difesa secondo una prospettiva che salvaguardi l'effettività e non l'apparenza, sia riguardo alla congrua tutela dei diritti del terzo estraneo al reato sui beni in sequestro da distruggere.

Sotto il primo profilo, la questione lambisce un punto nodale in tempi di “giurisdizione giusta”: conciliare l'inviolabilità del diritto alla tutela giurisdizionale di tutti coloro che siano interessati ad “esaminare” ovvero a “pretendere” la restituzione del preteso corpo del reato, che è dotato di un'intrinseca valenza dimostrativa e probatoria, con il “bisogno” di efficienza che è sotteso alla specifica previsione normativa<sup>7</sup>.

Sotto il secondo profilo, invece, la cifra sta nell'irreversibilità degli effetti propri dell'attività di distruzione, associata alla constatazione che, nello specifico,

---

*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. VIGANO, Torino, 2008, p. 228; 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.

<sup>6</sup> Sul concetto di «merci di cui sono comunque vietati la fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione», per gli interessanti spunti definitivi, v. A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 126, il quale, all'esito di un condivisibile ragionamento, conclude che in ogni caso «stante la connotazione economica della nozione, potranno essere considerate merci i prodotti che incorporano opere dell'ingegno ed artistiche, come dischi, videocassette e anche le sostanze stupefacenti qualificate come merci da una decisione della corte di giustizia sebbene rispetto ad esse, come si dirà, prevale lo speciale regime di distruzione previsto dall'art. 87, d.p.r. n. 309/1990». Si aggiunga che l'*actio finium regundorum* che il legislatore ha compiuto al co- 3-bis dell'art. 260 c.p.p. collega la possibilità di distruzione anticipata delle merci in sequestro alla circostanza che esse possano inquadrarsi tra le cose obbligatoriamente confiscabili ai sensi e per gli effetti dell'art. 240, co. 2, n. 2, c.p.. In proposito, tra gli altri, v. M. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, cit., p. 831; S. MUGNAINI, *Commento all'art. 2, d.l. 23 maggio 2008*, n. 92, cit., p. 143.

<sup>7</sup> Si badi che il 1° luglio 2008 il *Plenum* del C.S.M. ha reso – ai sensi dell'art 10, L. 24 marzo 1958 – il parere sulla normativa inerente la sicurezza pubblica contenuta nel D.L. n. 92 del 23 maggio 2008, concernente “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica” (Fasc. 32/RI/2008, relatori dott. Roia e dott. Pepino), rilevando, tra l'altro, con riferimento all'interpolazione additiva apportata all'art. 260 c.p.p., che «le modifiche introdotte non prevedono, soprattutto nei procedimenti relativi a indagati noti, la procedura per la distruzione e non chiariscono se nella stessa sia necessaria la garanzia della partecipazione del difensore, se debbano essere dati avvisi alle parti in ordine alle modalità e ai tempi nei quali verranno effettuati i campionamenti e la distruzione, quali siano le modalità corrette per la documentazione delle operazioni di campionamento e di distruzione».

essa non presuppone un accertamento definitivo, ma semplicemente *ex actis*.

**2.** La specifica disciplina – che presenta punti di contatto anche, ma non solo<sup>8</sup>, con la regolamentazione posta dall'art. 240 c.p.p.<sup>9</sup> in materia di «*distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti*» e di «*documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni*»<sup>10</sup> – contempla la distruzione delle merci in sequestro di cui sia obbligatoria la confisca, come opzione doverosa per il caso in cui ricorrano le condizioni legislativamente previste, anche a prescindere dalla

<sup>8</sup> Infatti, presenta evidenti profili di analogia contenutistica con l'art. 260, co. 3-bis, c.p.p. anche l'art. 87 d.P.R. n. 309 del 1990, rubricato «*Destinazione delle sostanze sequestrate dall'autorità giudiziaria*», alla cui stregua «*Quando il decreto di sequestro o di convalida del sequestro effettuato dall'autorità giudiziaria non è più assoggettabile al riesame, l'autorità giudiziaria dispone il prelievo di uno o più campioni, determinandone l'entità, con l'osservanza delle formalità di cui all'art. 364 del codice di procedura penale e ordina la distruzione della residua parte di sostanze*» (2° co.), così come con l'art. 171-sexies, legge n. 633 del 1941 (introdotto dall'art. 18, L. 18 agosto 2000, n. 248), che detta disposizioni in materia di diritto d'autore, secondo cui «*Quando il materiale sequestrato è, per entità, di difficile custodia, l'autorità giudiziaria può ordinarne la distruzione, osservate le disposizioni di cui all'articolo 83 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271*» (1° co.); ed ancora «*Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche se i beni appartengono ad un soggetto giuridico diverso, nel cui interesse abbia agito uno dei partecipanti al reato*» (3° co.). A tale ultimo riguardo, v. G. REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 78, nota 97, il quale rileva che essendo l'art. 171-sexies, l. 22 aprile 1941, n. 633 «*riferita a copie di prodotti tutelati dalla legge in parola che siano state abusivamente duplicate o siano sprovviste di genuino marchio SIAE - e di cui è quindi vietata la fabbricazione e la cessione, con obbligo di confisca obbligatoria (anche a norma dell'art. 171-sexies, 2° e 3° co., l. n. 633 del 1941)- la citata disposizione, che non presenta elementi di specialità, deve ritenersi assorbita (dunque, implicitamente abrogata) dall'art. 260, co. 3-bis, c.p.p. Il procedimento dettato da quest'ultima norma dovrà pertanto trovare applicazione anche con riguardo al sequestro di copie illecite di opere dell'ingegno*». Inoltre, l'art. 12, co. 8, 8-bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in materia di immigrazione, prevede una ipotesi ulteriore di distruzione, che presenta profili peculiari rispetto al modello dell'art. 260 c.p.p., tanto da renderne prevalente l'applicazione alla stregua del principio di specialità. Ad ogni modo, per la puntuale disamina dei casi analoghi, v. A. GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 39.

<sup>9</sup> I contenuti vigenti dell'art. 240 c.p.p. costituiscono l'effetto dell'emenda sostitutiva che la norma ha subito ad opera dell'art. 1 del D.L. 22 settembre 2006, n. 259, convertito, con modificazioni, nella L. 20 novembre 2006, n. 281, recante «*Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche*».

<sup>10</sup> Sulla tematica di specie, tra gli altri, v. R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2006, n. 39, p. 225; M. CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento*, *ibidem*, p. 13; L. FILIPPI, *Intercettazioni: decreto necessario ma da correggere*, in *Unione Sarda*, 25 settembre 2006; G. GIOSTRA, *Quale utilizzabilità per le intercettazioni abusive?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3492; V. GREVI, *L'obbligo di distruzione* un'arma a doppio taglio, in *Il Corriere della sera*, 26 settembre 2006 nonché, volendo, G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2007, III, 654.

compiuta - *rectius*, definitiva - verifica giudiziaria dei fatti sottesi all'imposizione del vincolo di indisponibilità.

In proposito, va rilevato che l'eliminazione per legge di una fonte di prova costituisce fenomeno eccentrico rispetto alla fisiologia probatoria - che reca, tra l'altro, implicazioni ineludibili rispetto alla congrua tutela del diritto di difesa, del diritto di azione e dei principi del giusto processo e di obbligatorietà dell'azione penale - e che, nel caso di specie, la questione litigiosa debba risolversi nell'equo temperamento dei bisogni di tutela che presidiano il campo, da compiersi assicurando comunque effettività al diritto di difendersi provando<sup>11</sup>.

Infatti, non è a discutersi che la distruzione *ante iudicium* del corpo del reato ovvero delle cose pertinenti al reato, che sia condotta osservando le formalità previste dall'art. 83, disp. att., c.p.p.<sup>12</sup>, costituisca acquisizione consolidata del procedimento penale<sup>13</sup> «*se si tratta di cose che possono alterarsi*» (art. 260, co. 3, c.p.p.)<sup>14</sup>; parimenti, però, è incontestabile che l'art. 260 c.p.p. *nouvelle vague* abbia esteso ben oltre le cose deperibili i confini tradizionali della "distruzione giudiziaria" ed abbia fatto ciò delineando un *iter* procedurale che pre-

<sup>11</sup> Sul punto, tra gli altri, v. G. SPANGHER, *Il Dipartimento di Studi Penalistici, Filosofico-Giuridici e Canonistici partner della ricerca*, cit., 26, secondo il quale «l'art. 260, 3° comma bis e ter c.p.p., prospetta un grosso quesito; la nodale questione che è sempre legata al processo penale: riuscire a coniugare le garanzie con l'efficienza. Il processual-penalista non può fare a meno di far riferimento sempre alle garanzie... Cioè da un lato siamo in presenza della necessità e dell'esigenza di sanzionare i comportamenti illeciti distruggendo con una certa celerità i prodotti alterati - anche per ragioni di economia, stante la difficoltà di contenere, di conservare il materiale contraffatto - dall'altro, dalla impossibilità per il processo penale, per il nostro processo penale, di non rispettare i diritti inviolabili in materia processuale in chiave sovranazionale, prima fra tutte le previsioni della CEDU e della sua giurisprudenza».

<sup>12</sup> L'art. 83, disp. att., c.p.p. - rubricato «Vendita o distruzione delle cose deperibili» - prevede che «la vendita delle cose indicate nell'articolo 260, comma 3, del codice è eseguita a cura della cancelleria o della segreteria anche a trattativa privata» (1° co.); «allo stesso modo si procede per la distruzione delle cose. Tuttavia a questa può procedersi anche avvalendosi di persona idonea o della polizia giudiziaria che ha eseguito il sequestro. Delle operazioni compiute è redatto verbale da allegare agli atti» (co. 2); «l'autorità giudiziaria, prima che si proceda alle operazioni indicate nei commi 1 e 2, dispone il prelievo dei campioni, quando ciò è possibile, dando avviso al difensore» (co. 3).

<sup>13</sup> In proposito, tra gli altri, v. A. DIDDÌ, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 124.

<sup>14</sup> In tema, E. SELVAGGI, *Sub artt. 260, 261 c.p.p.*, in *Comm. nuovo C.p.p.*, cit., p. 759, il quale, dopo aver rilevato che l'art. 260, 3° co., c.p.p. costituisce «esatta ripetizione» dell'ultimo comma dell'art. 345 c.p.p. abr., ha sottolineato che una «precisa indicazione in ordine all'ambito di applicabilità della norma contenuta nell'art. 260 è ricavabile dalla rubrica, ove l'elemento condizionante, diversamente dall'espressione adoperata nel testo («cose che possono alterarsi»), è dato dalla locuzione «cose deperibili»: cosa deperibile è la cosa che può «andare male», che può consumarsi. È chiara, quindi, la ratio sottesa alla disposizione ed è pertanto conseguente la delimitazione della sfera operativa: nella fattispecie in parola rientrano tutte (e solo) le cose che sono suscettibili di modificazione sostanziale e/o strutturale, nonché cose che per la loro natura possono risultare dannose, o anche solo fastidiose, per la salute pubblica (si pensi, appunto, a merci che possono «andare a male», quindi, alterarsi, o che possono determinare l'emissione di esalazioni nauseabonde)».

senta profili problematici, sia da un punto di vista soggettivo, che modale e degli effetti

Vale a dire.

Anzitutto, non convince che la distruzione possa essere disposta, al di fuori di un effettivo contraddittorio tra le parti, dall'autorità giudiziaria (art. 260, co. 3-*bis*, c.p.p.) ovvero direttamente dalla polizia giudiziaria «*nei casi di sequestro nei procedimenti a carico di ignoti*» e sempre che il sequestro riguardi «*merci contraffatte sequestrate*»<sup>15</sup>.

Infatti, se il riferimento di genere posto nel co. 3-*bis* dell'art. 260 c.p.p. all'autorità giudiziaria indica, all'evidenza, che nella fase investigativa la distruzione venga disposta dal pubblico ministero<sup>16</sup>, allora è chiaro che la specifica opzione non possa ritenersi soddisfacente ove si consideri che, non solo s'è «facoltizzata» una delle parti a sopprimere un elemento di prova<sup>17</sup>, ma anche s'è attribuito al magistrato inquirente il potere di applicare anticipatamente una misura di sicurezza, tra l'altro, al di fuori di qualunque modulo e controllo giurisdizionale e, quindi, in violazione del principio di riserva di giurisdizione<sup>18</sup>.

A ciò s'aggiunga, poi, che risulta costituzionalmente eterodossa anche la possibilità riconosciuta alla polizia giudiziaria, nel procedimento a carico di ignoti, di disporre direttamente la distruzione delle merci contraffatte in sequestro, pur spettando all'autorità giudiziaria (di regola, s'è detto, al pubblico ministero) un vero e proprio potere di veto: il *vulnus* arrecato allo schema giurisdizionale pare decisivo «*con una caduta verticale di tutte le garanzie del giusto*

<sup>15</sup> Si badi che il co. 3-*ter* dell'art. 260 c.p.p. prevede che qualora il sequestro sia stato disposto nei confronti di ignoti, la polizia giudiziaria, «*decorso il termine di tre mesi dalla data di effettuazione del sequestro*», possa procedere alla distruzione delle merci contraffatte sequestrate, «*previa comunicazione all'autorità giudiziaria*» e che, in tal caso, «*la distruzione può avvenire dopo 15 giorni dalla comunicazione salva diversa decisione dell'autorità giudiziaria*», facendo salvo in ogni caso la «*facoltà di conservazione di campioni da utilizzare a fini giudiziari*».

<sup>16</sup> Che ciò sia, d'altronde, risalta coordinando la locuzione autorità giudiziaria con le disposizioni ulteriori contenute nel titolo III del libro III dedicato ai mezzi di ricerca della prova; pertanto, non è a discutersi che la legittimazione alla distruzione competa, nelle indagini preliminari, al pubblico ministero e, nella fase del giudizio, al giudice del dibattimento.

<sup>17</sup> Sul punto, seppur con riferimento alla distruzione delle cose deperibili in sequestro e ben prima dell'esplicito riconoscimento dei canoni del giusto processo ad opera dell'art. 111 Cost., v. E. SELVAGGI, *Sub artt. 260, 261 c.p.p.*, in *Comm. nuovo C.p.p.*, cit., p. 762, notava che «*la questione, con il nuovo codice, presenta aspetti peculiari tenuto conto che i provvedimenti di cui si discute possono essere adottati dal pubblico ministero, con la conseguenza che, ove non si prevedessero forme di garanzia, si consentirebbe ad una delle parti di sopprimere un elemento di prova*».

<sup>18</sup> Sul carattere giurisdizionale del c.d. processo di sicurezza, tra le altre, v. Corte cost., n. 53 del 1968, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che dichiarò l'illegittimità costituzionale «*degli artt. 636 e 637 del codice di procedura penale, limitatamente alla parte in cui*» comportavano «*che i provvedimenti del giudice di sorveglianza potessero essere adottati senza la tutela del diritto di difesa nei sensi di cui in motivazione*».

*processo che dovrebbero essere assicurate»<sup>19</sup>.*

In secondo luogo, è l'assoluta informalità del procedimento di distruzione a risultare difficilmente compatibile con le regole minime che devono presidiare il *due process of law*. In proposito, il profilo problematico è duplice e si lega, sia al "contenuto" della valutazione che spetta all'organo che procede alla distruzione, che alle regole partecipative che presidiano alla nomina del difensore ed all'assistenza difensiva.

Infatti, il co. 3-*bis* dell'art. 260 c.p.p. condiziona la distruzione delle merci di cui è vietata la fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione alla circostanza che esse siano di «*difficile custodia*» ovvero che essa risulti «*particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica*» ovvero ancora – ed a prescindere da qualsivoglia difficoltà latamente logistica ed esigenza erariale – alla constatazione che risulti evidente la violazione dei predetti divieti, «*anche all'esito di accertamenti compiuti*» ai sensi dell'art. 360 c.p.p.<sup>20</sup>.

Stando cose le cose, è indubbio che la specifica opzione disciplinare non possa essere condivisa, ove si consideri che l'irrimediabilità dell'attività di distruzione produce – all'evidenza – conseguenze "definitive" sulla merce in sequestro e si risolve nell'essere un'applicazione, anticipata ed in prevenzione, di una misura di sicurezza<sup>21</sup>.

Ed ecco il punto.

Da un lato, l'art. 260 c.p.p. non prevede che l'indagato e la persona estranea al reato cui dovesse appartenere la merce in sequestro possano interloquire con l'autorità giudiziaria procedente (il riferimento è, in particolare, al pubblico ministero durante le indagini preliminari), nel corso di una fase incidentale *ad hoc*, in ordine alla sussistenza, in concreto, dei presupposti operativi necessari affinché debba procedersi alla distruzione delle cose sottoposte a vin-

<sup>19</sup> Così, A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 124.

<sup>20</sup> A. GATTO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 42, secondo il quale «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. Ma a suscitare maggiori perplessità è la seconda delle due situazioni, l'accertamento della natura illecita della merce, sia per la sua collocazione sistematica alternativa alla prima, sia per la derivazione di tale illecità 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 del presupposti nel contraddittorio delle parti cede il passo ad una "evidenza" (id est: illecità della res sequestrata), secondo un modello procedimentale sconosciuto (ad esempio, sia in materia di stupefacenti sia, in genere, in materia di confisca), nel quale l'accertamento nei termini dell'art. 360 c.p.p. avrebbe, peraltro, carattere eventuale».

<sup>21</sup> Si badi che l'applicazione di una misura di sicurezza presuppone la commissione di un fatto-reato o quasi reato e la sua riferibilità ad un imputato.

colo di indisponibilità<sup>22</sup>, anche agli effetti del disposto dell'art. 240, co. 4, c.p.<sup>23</sup>.

Dall'altro lato, la circostanza che il co. 3-*bis* dell'art. 260 c.p.p. rinvii all'art. 364 c.p.p. costituisce un presidio poco incisivo nella prospettiva di assicurare effettività alle garanzie difensive, ove si consideri che la disposizione di specie, rubricata «*Nomina e assistenza del difensore*», contempla un criterio modale che risulta inidoneo a salvaguardare il contraddittorio rispetto ad una prova che si deve distruggere.

In altri termini, la possibilità di intervento del difensore dell'indagato è riconosciuta, ad onta dei toni equivoci del comma 3-*bis*, solo "a valle" dell'adozione – per così dire, "in solitaria" – del provvedimento di distruzione da parte del pubblico ministero ed al solo fine di porre l'indagato ed il suo difensore nella condizione di assistere alle operazioni distruttive e di prelievo «*di uno o più campioni*» da impiegare a fini giudiziari: il che, salvo interpretazioni estensive dell'art. 364 c.p.p., impedisce alla difesa, non solo di interloquire, seppure *ex post*, sulla decisione di distruggere la merce in sequestro, ma anche di svolgere un'attività tendente ad impedire l'irrimediabile dispersione delle cose sottoposte a vincolo, che sono dotate di univoca valenza dimostrativa ai fini del decidere, ed, addirittura, di fare segni di approvazione o di disapprovazione degli atti che si compiono<sup>24</sup>.

A quanto sin qui detto, poi, non varrebbe obiettare che le esigenze difensive risulterebbero adeguatamente garantite, qualora, rispetto alla merce in sequestro, risulti evidente, all'esito del compimento di accertamenti tecnici irripetibili ai sensi dell'art. 360 c.p.p.<sup>25</sup>, l'avvenuta violazione dei divieti di fabbricazione, possesso, detenzione o commercializzazione.

Per un verso, infatti, «*non pare che il legislatore abbia inteso derogare ai presupposti dell'art. 360 c.p.p.*» che potrà applicarsi «*solo rispetto a quelle ipotesi*

<sup>22</sup> Il riferimento è alla delibazione, sia in ordine alla possibilità di "inquadrare" le merci in sequestro tra quelle di cui sono comunque vietati la fabbricazione, il possesso, la detenzione o la commercializzazione, che riguardo alla possibilità di ritenere le *res* sottoposte a vincolo di indisponibilità di difficile custodia ovvero di custodia particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l'igiene pubblica.

<sup>23</sup> Infatti, a mente dell'art. 240, co. 4, c.p.p., è interdetta la possibilità di procedere alla confisca delle cose in sequestro qualora la «*la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa*». Il che rende inconcepibile la distruzione delle merci in sequestro ai sensi dell'art. 260, co. 3-*bis*, 3-*ter*, c.p. per il caso in cui possa prevedersi l'applicazione, per l'appunto, della specifica ipotesi di esclusione della confisca obbligatoria.

<sup>24</sup> Il difensore che assiste alle operazioni potrà solo far presente al pubblico ministero richieste, osservazioni e riserve affinché ne sia fatta menzione nel verbale.

<sup>25</sup> Sugli accertamenti tecnici irripetibili, per gli interessanti spunti, v. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, *passim*.

*nelle quali la distruzione avrà ad oggetto merci soggette a modificazioni non evitabili e non anche in quelle nelle quali i campioni estratti potranno essere conservati sine die»<sup>26</sup>*; per un altro verso, suscita dubbi «l’innesto dell’istituto regolato dall’art. 360 c.p.p.» nella disciplina «di distruzione delle merci caratterizzata da una posizione assolutamente dominante del pubblico ministero», ove si consideri che trattasi di istituto che è connotato delle “incrostazioni inquisitorie” tipiche del codice di rito del 1930<sup>27</sup>.

Ad ogni modo, va detto che le perplessità sopraindicate si accrescono per il caso in cui la distruzione delle merci contraffatte sequestrate venga disposta dalla polizia giudiziaria, nel caso di sequestro nei procedimenti a carico di ignoti<sup>28</sup>.

Infatti, nell’ipotesi di specie, non solo la distruzione è concepita come misura “a vuoto di fini”, posto che può procedersi a prescindere dalla circostanza che sia difficile ovvero particolarmente onerosa o pericolosa per la sicurezza, la salute o l’igiene pubblica la custodia delle cose sottoposte a vincolo ovvero che risulti evidente la violazione dei divieti elencati dall’art. 260, co. 3-bis, c.p.p., ma anche può essere eseguita prima della scadenza del termine di durata delle indagini preliminari (art. 415 c.p.p.).

Pertanto, se nulla osta a che si proceda alla distruzione delle merci contraffatte a mente del co. 3-ter dell’art. 260 c.p.p. e si individui solo successivamente la persona cui va ascritto il reato ovvero la persona estranea al reato cui appartengono le cose in sequestro, allora è chiaro che lo specifico schema procedimentale risulti inadeguato a garantire, tanto il diritto al contraddittorio per la prova (oramai distrutta), quanto il diritto all’integrità delle cose sequestrate in vista della loro successiva restituzione<sup>29</sup>, laddove all’esito dell’eventuale processo di merito dovesse essere dimostrata la liceità delle attività aventi ad og-

<sup>26</sup> A. DIDI, *Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale*, cit., p. 131.

<sup>27</sup> M. ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione delle merci illecite o contraffatte*, cit., p. 837. Sulle caratteristiche fisiologiche degli accertamenti tecnici irripetibili, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 87.

<sup>28</sup> A. GAITO, *Illegalità dell’oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 38.

<sup>29</sup> In proposito, va sottolineato che l’art. 4, 49° co., l. 24 dicembre 2003, n. 350 ha espressamente previsto la possibilità di sanare sul piano amministrativo sia la fallace indicazione delle merci, sia la falsa indicazione sull’origine o sulla provenienza di prodotti o merci rispettivamente attraverso l’asportazione a cura e spese del contravventore dei segni o delle figure o di quant’altro induca a ritenere che si tratti di un prodotto di origine italiana ed attraverso l’esatta indicazione dell’origine o dell’asportazione della stampigliatura *made in Italy*. Per conseguenza, posto che la regolarizzazione amministrativa dei prodotti recanti segni mendaci e contraffatti ne consente la commercializzazione, è chiaro che la distruzione della merce in sequestro, in genere, e secondo le cadenze dell’art. 260, co. 3-ter, c.p.p., in particolare, possa rendere, nei fatti, non operativo lo specifico meccanismo di regolarizzazione e, per così dire, “recupero” alla legalità, contemplato dalla disciplina in materia di contraffazione.



getto le merci in questione.

3. Le segnalate afasie sistematiche, che caratterizzano l'*iter* procedimentale che conduce alla distruzione della merce in sequestro, segnalano l'esigenza di un ripensamento.

In proposito, due i punti fermi da conciliare, capitalizzando anche gli spunti che promanano dal perimetro in parte finitimo della distruzione delle intercettazioni e dei dossier informativi illegali: concepire un modello procedimentale che sia costituzionalmente sostenibile e non snaturare gli obiettivi sottesi alla specifica addenda disciplinare<sup>30</sup>.

Al riguardo, soccorre, quale chiave prospettica privilegiata, l'intenzione dei *conditores legum*, i quali con il meccanismo delineato dai commi 3-bis e 3-ter dell'art. 260 c.p.p. hanno inteso affermare – «salva ovviamente l'esistenza di esigenze istruttorie che impongano il mantenimento» del sequestro – che il principio «secondo cui la merce in questione, destinata alla confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 2, c.p., sia mantenuta in sequestro preventivo ex art. 321, comma 2, c.p.p.», possa essere «derogato in favore di una immediata distruzione (...) al fine di limitare» l'incidenza «degli oneri di custodia sull'erario» e, quindi, sul bilancio dello Stato<sup>31</sup>.

Stando così le cose, allora, la cifra sta nell'individuazione di un equilibrio nuovo, che possa conciliare esigenze di revisione della spesa pubblica ed effettività dei diritti giudiziari riconosciuti a livello costituzionale.

Sul punto, elementi univocamente indicativi sul da farsi si ricavano sia dalla disciplina dettata dal codice di rito in materia di incidente probatorio<sup>32</sup>, che dalle indicazioni promananti dalla sentenza della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 240, co. 4 e 5, c.p.p. – per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 Cost. – nella parte in cui non prevedeva, rispetto all'udienza camerale destinata alla distruzione delle intercettazioni illegali, le medesime garanzie partecipative previste dall'art. 401, co. 1 e 2, c.p.p. in materia di inci-

<sup>30</sup> A. GAITO, *Illegalità dell'oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 45, il quale sottolinea che «in una prospettiva de iure condendo, si dovrà evitare il rischio di una collocazione della procedura di distruzione nell'ambito di uno speciale procedimento di giustizia patrimoniale dai mille volti, sganciato dalle garanzie processuali del giusto processo in ragione di una pretesa, epperò imprecisata, utilità economica».

<sup>31</sup> Così, v. Relazione al disegno di legge di conversione in legge del D.L. 23 maggio 2008, n. 92 recante: «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica».

<sup>32</sup> Sull'incidente probatorio, tra gli altri, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, p. 551 ss. In tema, v. anche S. SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, p. 2 ss.; G. DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, VI, Milano, 2002, p. 546.

dente probatorio<sup>33</sup>.

Sotto il primo aspetto, la questione va risolta, seppur in prospettiva *de iure condendo*, facendo corretto uso di “esperienze operative” consolidate, che possano attagliarsi idealmente al caso.

Il riferimento, all’evidenza, è alla previsione dell’art. 400 c.p.p., rubricata «*Provvedimenti per i casi di urgenza*», che contempla e regola il caso cui «*per assicurare l’assunzione della prova*» sia indispensabile procedere con urgenza all’incidente probatorio.

In tale l’ipotesi, infatti, il giudice dispone con decreto motivato che «*siano abbreviati nella misura necessaria*» i termini endofasici in ordine alla presentazione delle deduzioni sull’ammissibilità e sulla fondatezza della richiesta di assunzione anticipata della prova ovvero il termine per comparire all’udienza camerale di cui all’art. 401 c.p.p. e per la relativa fissazione, così come quello sulla richiesta di differimento dell’incidente probatorio.

Pertanto, ammesso e non concesso che la distruzione anticipata – rispetto alla formazione giudicato – delle merci non deperibili che siano sottoposte a sequestro (probatorio o preventivo: è lo stesso) sia effettivamente giustificata da un’esigenza indifferibile di qualificazione della spesa pubblica, la c.d. urgenza a provvedere potrebbe essere utilmente salvaguardata, abbandonando così scorciatoie e procedure di stampo inquisitorio, attraverso la possibile estensione del modulo dell’incidente probatorio “accelerato” che consentirebbe, attraverso l’acquisizione di un *expertise* ad opera di un perito nominato da un giudice terzo ed imparziale<sup>34</sup>, di coniugare adeguatamente gli interessi in gioco<sup>35</sup>.

Sotto il secondo aspetto, invece, l’impasse cui dà luogo la fisionomia attuale

<sup>33</sup> Corte cost., n. 173 del 2009, in [www.giuricost.org](http://www.giuricost.org). In proposito, A. GAITO, *Illegalità dell’oggetto e procedura di distruzione. Prospettive di metodo*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 44. Sul punto, inoltre, C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 2, p. 198; F. SIRACUSANO, *L’insufficienza dell’intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni “illegali” rende indispensabile il ritorno al legislatore*.

<sup>34</sup> A seconda delle circostanze del caso concreto, la perizia potrebbe essere disposta ai sensi dell’art. 392, co. 1, lett. f), c.p.p. ovvero a mente dell’art. 392, co. 2, c.p.p. e dovrebbe assicurare non solo che la campionatura delle merci in sequestro avvenga secondo le *best practices* e nel rispetto del contraddittorio peritale, ma anche la sussistenza in concreto delle condizioni legittimanti la distruzione, per il caso in cui esse fossero controverse da un punto di vista tecnico (si pensi, solo a mò d’esempio, al tema delle pericolosità della custodia per la sicurezza o la salute pubblica ovvero, ed ancor più, all’evidenza della violazione dei divieti di commercializzazione di determinati beni).

<sup>35</sup> Sul punto, in maniera condivisibile, F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., p. 157, il quale sottolinea che, nel caso di incidente probatorio “accelerato”, per assicurare che la definizione della specifica fase avvenga in un lasso temporale brevissimo, le notificazioni potrebbe essere disposte dal giudice mediante fax o mail ai sensi dell’art. 150 c.p.p..

del procedimento di distruzione delle merci contraffatte, recanti segni mendaci o comunque destinate alla confisca obbligatoria va risolta tornando alla Costituzione, al paniere di valori che delinea ed ai riflessi operativi che reca.

Breve.

Se «*il contraddittorio è garanzia insostituibile nell'ordinamento processuale di uno Stato di diritto e i potenziali aggravati di lavoro*» – anche in presenza di procedimenti con molte parti – «*si devono fronteggiare con idonee misure organizzative e di gestione dei processi, non certo con la irragionevole compressione dei diritti garantiti dalla Costituzione*»<sup>36</sup>, allora non è a discutersi che esigenze latamente erariali non possano giustificare la compressione tanto decisiva dei diritti di difesa e di azione e del principio del giusto processo che si realizza con l'attuale conformazione della distruzione giudiziaria ai sensi dei commi 3-bis e 3-ter dell'art. 260 c.p.p.

Per conseguenza, l'intrinseca eccezionalità del delineato meccanismo di distruzione delle merci in sequestro -che conduce all'irrimediabile eliminazione di un elemento di prova- impone di recepire un modello a contraddittorio necessario e prefigura, anche sotto tale profilo, l'estensione *in parte qua* della regolamentazione partecipativa contemplata dall'art. 401 c.p.p. per l'udienza camerale destinata a "risolvere" l'incidente probatorio<sup>37</sup> anche se nella versione "accelerata"<sup>38</sup>.

Quanto si qui detto, d'altronde, rispetto all'indifferibilità di un *maquillage* delle discipline della distruzione "allo stato degli atti" della merce sequestrata, fa il paio anche con una considerazione ulteriore che richiama la gamma, limitata e poco incisiva, di rimedi processuali utilmente esperibili avverso il provvedimento di distruzione.

In altri termini, le perplessità esplicitate sull'attuale "conformazione" della c.d. distruzione giudiziaria – che si svolga *ante* ovvero nel corso del giudizio-acquiscono una particolare utilità marginale ove si consideri che *sic stantibus rebus*, per il caso in cui sia stato il pubblico ministero a disporre la distruzione con decreto, il rimedio utilmente esperibile è – ai sensi dell'art. 263, co. 5, c.p.p. – l'opposizione al giudice per le indagini preliminari in camera di con-

<sup>36</sup> Così, Corte cost., n. 173 del 2009, cit.

<sup>37</sup> L'art. 418 c.p.p. – rubricato «*Udienza*» – prevede, per l'appunto, che l'udienza si svolga in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona sottoposta alle indagini e riconosce, altresì, il diritto di parteciparvi al difensore della persona offesa. È di tale opinione, tra gli altri, V. COMI, *Sequestro e distruzione di merci: quali garanzie*, in *Merci illecite o contraffatte: sequestro e distruzione (tra prassi operative e garanzie europee)*, cit., p. 72.

<sup>38</sup> In tema, si veda ancora Corte cost., n. 173 del 2009, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 240, co. 4 e 5, c.p.p., nella parte in cui non prevedevano, per la disciplina del contraddittorio da osservare nel procedimento destinato alla distruzione delle intercettazioni illegali, l'applicazione dell'art. 401, co. 1 e 2, c.p.p.

siglio, nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., «*tenuto conto del collegamento funzionale tra siffatta ordinanza ed il provvedimento di sequestro, alla quale inerisce*»<sup>39</sup>, mentre, se la relativa statuizione decisoria sia adottata dal giudice, se ne può sollecitare il controllo con l'incidente di esecuzione, trattandosi di questione concernente la fase esecutiva del sequestro e, pertanto, «*la competenza a decidere è demandata allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento con le forme proprie della procedura camerale previste dall'art. 666 c.p.p.*»<sup>40</sup>.

Per tirare le fila del discorso: il gradualismo riformista e la logica dei diritti costituzionali rendono doveroso riconoscere una dimensione rinnovata alla distruzione anticipata delle merci sequestrate; in tale ambito prospettico la rotta sembra tracciata, potendosi conciliare – senza stravolgimenti sistematici ed operativi – tutte le esigenze di tutela che si “affacciano” sul campo; per l'effetto è auspicabile che l'ottimismo della volontà prevalga sulle “resistenze a rinnovare” che derivano dal pessimismo della ragione.

---

<sup>39</sup> Cass., Sez. III, 10 aprile 2000, Carugati, in *Cass. pen.*, 2001, 2777.

<sup>40</sup> Cass., Sez. I, 25 marzo 2003, Scalvini, in *Cass. pen.*, 2004, 1339.