

La pubblicità dell'udienza a richiesta di parte nel procedimento di riesame delle misure cautelari reali: una disapplicazione “a rime obbligate”, ovvero di necessità virtù aspettando Godot.

**Nota a Tribunale di Venezia, in funzione di giudice per il riesame,
ord. 18 febbraio 2016 (ud. 19 gennaio 2016)**

di Federico Cappelletti

Sommario. 1. Introduzione: il presupposto della decisione – 2. Aspetti problematici dell'incidente di costituzionalità in relazione al procedimento di riesame – 3. I punti di riferimento nella giurisprudenza convenzionale e costituzionale – 4. Interpretazione convenzionalmente orientata o disapplicazione della norma interna contrastante? – 5. Conclusioni

1. Introduzione: il presupposto della decisione

La pronuncia in commento origina dall'istanza con la quale il difensore della ricorrente, contestualmente al riesame del decreto di sequestro probatorio afferente merci recanti marchi asseritamente contraffatti ed articoli ritenuti pericolosi ai sensi del Codice del Consumo, chiedeva che il procedimento si svolgesse nelle forme della pubblica udienza; nel caso in cui il Tribunale avesse ritenuto di non poter dar corso alla richiesta, deduceva, altresì, questione di legittimità costituzionale dell'art. 324, co. 6 c.p.p., laddove rimanda all'art. 127, co. 6 c.p.p., per contrasto con gli 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 6 § 1 CEDU, nonché con l'art. 111, co. 1 Cost., nella parte in cui non prevede che, su domanda degli interessati, il procedimento avanti al Tribunale del Riesame nelle materie di sua competenza si svolga nelle forme dell'udienza pubblica.



Il Tribunale, in via preliminare, accoglieva l'istanza difensiva e disponeva procedersi in udienza pubblica ritenendo di poter dare un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 324, co. 6 c.p.p., ed evidenziava, altresì, l'insussistenza, nello specifico caso, di motivi che vi ostassero, tenuto conto della natura reale del gravame.

La soluzione adottata, senz'altro apprezzabile per aver esteso in via immediata il livello di garanzie connesse alla celebrazione dell'equo processo anche alla fase incidentale del riesame, offre lo spunto per alcune considerazioni sul metodo seguito per avallarla, quello, cioè, dell'interpretazione conforme alla CEDU dell'art. 324, co. 6 c.p.p. il quale prescrive che il procedimento davanti al tribunale segua le forme della camera di consiglio secondo il precetto dell'art. 127 c.p.p., il cui co. 6, a sua volta, prevede che l'udienza si svolga senza la presenza del pubblico.

2. Aspetti problematici dell'incidente di costituzionalità in relazione al procedimento di riesame

La disamina, tuttavia, non può prescindere da una considerazione preliminare circa la peculiarità del gravame di cui trattasi, con particolare riferimento al termine decadenziale previsto dal combinato disposto dei commi 9 e 10 dell'art. 309 c.p.p., ai quali espressamente rinvia l'art. 324, co. 7 c.p.p..

Ed, invero, il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti entro il quale il tribunale del riesame deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, ovvero pronunciarsi per l'annullamento, la riforma, la conferma o la declaratoria di perdita di efficacia del provvedimento impugnato, è perentorio, di tal che, trascorso infruttuosamente il giorno finale in esso previsto conseguirà automaticamente l'effetto della perdita di efficacia del sequestro.

In questo contesto, peraltro, secondo consolidata giurisprudenza, la sospensione del procedimento per la proposizione di una questione di legittimità costituzionale, non sarebbe idonea ad impedire la decorrenza del termine di decadenza, passibile di subire solo le dilazioni tassativamente previste dall'art. 101 disp. att. c.p.p. le quali,



rappresentando un'eccezione alla regola generale, non si prestano ad interpretazione estensiva¹.

Il che, se, da un lato, risponde all'esigenza di evitare che l'incidente di costituzionalità - come esito dell'esplicazione del diritto di difesa volto a salvaguardare la conformità della disciplina che regola il processo penale alla Carta Fondamentale - possa arrecare danno all'indagato, dall'altro, per le conseguenze che comporta, impone all'interprete una particolare attenzione nel vagliare la possibilità di garantire l'effettività della tutela del diritto postulato percorrendo strade alternative, diverse e meno invasive, rispetto a quella estrema di investire della decisione il Giudice delle Leggi, inevitabile solo quando non sia praticabile un'interpretazione della norma interna conforme alla Costituzione ovvero ai principi convenzionali quali "norme interposte" integranti il parametro costituzionale dell'art. 117, co. 1 Cost.².

3. I punti di riferimento nella giurisprudenza convenzionale e costituzionale

Nello specifico, il Tribunale di Venezia ha, innanzitutto, abbracciato e condiviso, ritenendola estensibile al caso di specie, l'esegesi dell'art. 6 § 1 CEDU offerta dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sottesa alle sentenze 93/2010, 135/2014 e 97/2015 della Corte Costituzionale relative alla declaratoria di incostituzionalità delle norme che disciplinano, rispettivamente, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, quello per l'applicazione delle misure di sicurezza e quello avanti il Tribunale di Sorveglianza nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, le procedure stesse si svolgessero nelle forme dell'udienza pubblica quanto ai gradi di merito³; ciò fermo restando il

¹ Cass., Sez. I, 4 aprile 1996, in *CED Cass.*, 204914; Cass. Sez. II, 14 febbraio 1996, in *CED Cass.*, 204753; si veda, altresì, in senso conforme, Cass., Sez. VI, 28 giugno 2013, n. 28267 in www.italgiure.giustizia.it, per il caso declaratoria di incompetenza per territorio da parte del tribunale del riesame.

² Si vedano, Corte Cost., Sentt. n. 348/2007, n. 349/2007, n. 39/2008, n. 311/2009 e n. 317/2009 in www.cortecostituzionale.it, ferma restando la legittimazione della Corte Costituzionale a verificare se la norma della CEDU, posizionata ad un livello sub-costituzionale, si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione, nel qual caso dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato.

³ Per completezza espositiva, si segnala, altresì, Corte Cost., Sent. n. 109/2015 in www.cortecostituzionale.it, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt.



potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto, che facciano emergere esigenze di tutela di valori contrapposti, nei limiti in cui è legittimato lo svolgimento del dibattimento penale a porte chiuse, a norma dell'art. 472 c.p.p.⁴.

Parimenti, il Tribunale ha ritenuto che il procedimento di riesame delle misure cautelari reali non sia passibile di soffrire le eccezioni alla garanzia della pubblicità del dibattimento imposte dall'art. 6 § 1, seconda parte, della CEDU.

Come noto, per la Corte di Strasburgo il principio che prevede la pubblicità dei procedimenti giudiziari è funzionale alla tutela delle parti processuali da un'amministrazione segreta della giustizia, ragion per cui, ai fini del rispetto dell'art. 6 § 1 della Convenzione, è ritenuto essenziale che i soggetti coinvolti nelle procedure “*si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza*”⁵.

La procedura che regola il mezzo di gravame incidentale in parola, così come le ulteriori oggetto delle ricordate pronunce additive del Giudice delle Leggi, non risulta presentare, infatti, un carattere meramente ed altamente tecnico nell'accezione offerta dall'interpretazione della Corte EDU e fatta propria dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 135/2014, e riguarda il giudizio diretto, definitivo⁶ e sostanziale sul merito della fondatezza dei presupposti per l'adozione di provvedimenti idonei ad incidere, innanzitutto, sul diritto di proprietà (art. 1 Prot. add. n. 1 CEDU e art. 42 Cost.), ma che

666, comma 3, 667, comma 4, e 676 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica. La Corte Costituzionale, nelle richiamate pronunce, ha ritenuto che le norme censurate violassero, in parte qua, l'art. 117, co. 1 Cost., dovendo senz'altro escludersi che la norma convenzionale, come interpretata dalla Corte europea, contrasti con le conferenti tutele offerte dalla nostra Costituzione. Per consolidata giurisprudenza della Corte, infatti, pure in assenza di un esplicito richiamo in Costituzione, «la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione» (*ex plurimis*, sentenze n. 373 del 1992, n. 69 del 1991 e n. 50 del 1989).

⁴ In tal senso, Corte Cost., Sent. n. 93/2010, § 10 del *Considerato in diritto*, in www.cortecostituzionale.it.

⁵ *Ex multis*, Corte EDU, Sez. II, Sent. 13/11/2007, Ric. n. 399/02, Bocellari e Rizza contro Italia, § 40 in www.hudoc.echr.coe.int, citata nel provvedimento in commento.

⁶ Per le preclusioni correlate al giudicato cautelare; Cass., Sez. VI, 16 marzo 2015, n. 11169, in www.italgiure.giustizia.it.



possono comportare gravissime ripercussioni, ad esempio, anche sul *diritto di privacy* - inteso come situazione soggettiva atta a tutelare cumulativamente gli interessi distinti della segretezza e della riservatezza, nel caso di sequestri di corrispondenza o materiale informatico, tutelata dall'art. 8 CEDU, nonché sul diritto al lavoro (art. 4 Cost.), nel caso di sequestri d'azienda.

Concernendo, vieppiù, lo scrutinio di legalità relativo a quello che è, nella maggior parte dei casi, il primo atto del procedimento penale del quale il destinatario è posto a conoscenza, compiuto in un momento antecedente l'affermazione di penale responsabilità, le garanzie dell'equo processo, anche in virtù del principio di non colpevolezza, devono potersi esplicitare nella loro massima espansione, posto che il coinvolgimento di diritti muniti di garanzia convenzionale e costituzionale rendono la "*posta in gioco*" estremamente elevata; non rileverà, poi, la sussistenza di eventuali necessità di preservare la riservatezza del procedimento essendo rimessa all'interessato la facoltà di chiedere la trattazione in udienza pubblica.

Nel caso di specie, peraltro, la simmetria con l'oggetto "patrimoniale" del procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione della confisca, fa sì che la norma convenzionale trovi applicazione nella sua parte civile⁷ e non in quella penale, il che consente di sottrarsi all'obiezione secondo la quale quest'ultima non potrebbe trovare spazio nella fase delle indagini preliminari, non attenendo questa al giudizio sulla fondatezza di un'accusa penale che rappresenta, per contro, il cuore del processo⁸.

⁷ "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata...pubblicamente da un tribunale... il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile...", in questo senso si vedano, oltre alla sentenza Bocellari e Rizza c. Italia di cui a precedente nota, anche Corte EDU, Sez. II, (dec.) 05/07/2001, Ric. n. 52024/99, Arcuri ed altri c. Italia; Sez. I, (dec.) 04/09/2011, Ric. n. 52439/99, Riela ed altri c. Italia in www.hudoc.echr.coe.int.

⁸ Sul punto si veda Corte EDU, Sez. IV, Sent. 15/11/2005, Ric. n. 67175/01, Reinprecht c. Austria in www.hudoc.echr.coe.int, relativo alla lamentata violazione degli art. 5 § 4 e 6 § 1 CEDU nella parte in cui la legge austriaca prevedeva che l'istanza di riesame avverso l'ordinanza impositiva di misura cautelare personale fosse trattata in udienza in camera di consiglio non aperta al pubblico e senza la presenza necessaria del ricorrente. La Corte ha stabilito che, nel caso di specie, si porrebbe contro il principio dell'armonizzazione dell'interpretazione far derivare dalla parte civile dell'art. 6 dei requisiti più stringenti rispetto a quelli imposti attraverso il sistema di protezione accordato nei procedimenti penali dall'art. 5 § 4 e dalla parte penale dell'art. 6. Con la conseguenza che l'art. 5 § 4 contiene delle specifiche garanzie processuali in materia di privazione della libertà personale che vanno distinte da quelle accordate dall'art. 6, di tal che la prima norma si pone come *lex specialis* rispetto alla seconda.



Con riguardo - sia consentito l'inciso - a tale sostanziale differenza, ben tracciata nella giurisprudenza della Corte EDU e che non pare essere stata approfondita nelle richiamate pronunce del Giudice delle Leggi relative, peraltro, a procedimenti estranei alla fase delle indagini preliminari, dovrà necessariamente confrontarsi l'ordinanza con la quale il 29 agosto 2015 il Tribunale di Lecce, Sezione del Riesame, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 309, co. 8 c.p.p. e dell'art. 127, co. 6 c.p.p. per contrasto, tra l'altro, con l'art. 117, co. 1 Cost. in quanto non rispetterebbe il principio di pubblicità della causa sancito dall'art. 6 § 1 CEDU⁹, in procedimento afferente il riesame del provvedimento impositivo della custodia cautelare in carcere.

4. Interpretazione convenzionalmente orientata o disapplicazione della norma interna contrastante?

A fronte di un quadro così delineato sul versante convenzionale e costituzionale, si tratta, pertanto, di verificare se il *decisum* del Tribunale di Venezia sia effettivamente riconducibile all'alveo dell'interpretazione conforme che, in materia penale, comporta il rispetto di una duplice tipologia di limiti, di carattere logico ed assiologico¹⁰.

La celebrazione dell'udienza nella forma pubblica su richiesta di parte non porrebbe particolari problemi di travalicamento di limiti "assiologici" dal momento che, indubbiamente, eleva il livello di tutela giurisdizionale accordata dalla disciplina interna alla ricorrente.

Più complessa la questione del rispetto del limite "logico" che impedisce di esulare dall'univoco tenore letterale o lessicale della norma nazionale da conformare a quella convenzionale, vietando esiti ermeneutici *contra legem*.

La Corte Costituzionale nelle citate sentenze 93/2010 e 109/2015 ha condiviso le osservazioni dei rimettenti circa l'impossibilità di addivenire ad un'interpretazione

⁹ Si veda, n. 343 Ordinanza (Atto di promovimento) 29 agosto 2015 del Tribunale – Sez. del riesame di Lecce, in *Gazzetta Ufficiale*, 1a Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 2 del 13-1-2016, www.gazzettaufficiale.it.

¹⁰ Sui limiti dell'interpretazione conforme, si veda V. Manes, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Penale*, n. 1/2012, 17 ss.; F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 617 ss., 649 ss..



adeguatrice essendo la lettera delle disposizioni oggetto di censura inequivoca nel prevedere che le udienze dei relativi procedimenti si svolgessero senza la presenza del pubblico, ritenendo, quindi, corretto e doveroso che i giudici *a quibus* avessero sollevato incidente di costituzionalità della norma interna “nella parte in cui non prevede...”, denunciando l'impossibilità di un “controllo di convenzionalità” proprio per l'impossibilità di pervenire ad esso mediante lo strumento dell'interpretazione conforme¹¹. Nonostante il conforto dei prefati precedenti della giurisprudenza costituzionale sul punto che rendono difficilmente giustificabile un'interpretazione conforme, appare opportuno, tuttavia, evidenziare come una tale opzione sia sempre passibile di prestare il fianco al rischio concreto di una declaratoria di inammissibilità, laddove la Corte Costituzionale ritenga precluso un suo intervento additivo sul presupposto che la specifica soluzione necessaria a conformare l'ordinamento interno a quello sovranazionale non possa essere considerata come “costituzionalmente obbligata” attenendo alla discrezionalità del legislatore¹².

Tanto nelle questioni di costituzionalità risolte con le pronunce additive più volte ricordate, quanto nel caso all'esame del Tribunale del Riesame di Venezia, a ben vedere, presupposto dell'intervento adeguatore non è l'antinomia fra la norma interna e l'art. 6 § 1 CEDU, bensì la parziale mancanza dell'oggetto stesso della conformazione; non si vuole stigmatizzare, invero, per attenersi alla fattispecie in commento, l'incompatibilità *tout court* della previsione che il procedimento di riesame delle misure cautelari reali si svolga nelle forme della camera di consiglio rispetto al corollario del principio convenzionale dell'equo processo dato dalla pubblicità dell'udienza siccome interpretato dalla Corte di Strasburgo, ma solo il silenzio della disposizione interna circa la facoltà in capo agli interessati di chiedere che la relativa udienza di discussione si svolga alla presenza del pubblico e, quindi, la mancanza di flessibilità del rito¹³.

Nello specifico, il Tribunale, con l'evidenziare che “*il principio di pubblicità delle udienze giudiziarie quale espressione del diritto all'equo processo si evince, oltre*

¹¹ Sul punto, P. Gaeta, “Controllo di convenzionalità” e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale, 2011, 25.

¹² *Ex multis*, Corte Costituzionale, Ord. n. 182/2009, Ord. n. 243/2009, Sent. n. 252/2012 e Ord. n. 255/2012, in www.cortecostituzionale.it.

¹³ Così G. Biondi, “Il procedimento penale in camera di consiglio”, Milano, 2011, 55 e ss..



che dall'art. 6 § 1 CEDU, anche dall'art. 47 § 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), recepita dall'art. 6 § 1 del Trattato sull'Unione Europea (TUE)”, pare aver colmato la lacuna riscontrata nella pertinente disciplina processuale nazionale attraverso l'applicazione diretta della norma eurounitaria, assicurando, così, l'effettività della garanzia processuale in parola che, ai sensi dell'art. 52 § 3 CDFUE, assume il significato e la portata conferitale dalla CEDU nell'esegesi della Corte di Strasburgo.

Tale operazione - che, precede l'interpretazione conforme il cui infruttuoso esperimento è, a sua volta, antecedente logico per l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale¹⁴ - comportando la contestuale disapplicazione della norma nazionale contrastante nel caso si inserisca in un ambito già regolato da una previsione interna che collida apertamente con quella sovranazionale, è consentita, tuttavia, solo nel caso in cui la fattispecie del giudizio principale sia disciplinata, per l'appunto, dal diritto dell'Unione europea, trovando un tanto la sua giustificazione nell'art. 11 Cost.¹⁵.

Il Collegio veneziano, ponendosi arditamente in contrasto con i canoni ermeneutici che governano la materia¹⁶ al fine di prevenire una più che probabile

¹⁴ Sul punto si veda F. Viganò, “L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Rivista Trimestrale, 2/2014, 168 e ss..

¹⁵ Qualora il *thema decidendum* non involga il diritto dell'Unione europea, il giudice sarà, invece, tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale, come ribadito più volte dalla Corte Costituzionale, a far data dalle note sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007.

¹⁶ Canoni ben esplicitati da Corte Cost., Sent. n. 80/2011, in www.cortecostituzionale.it, che, in un caso relativo all'applicazione di misure personali e patrimoniali *ante* o *praeter delictum*, ha escluso la possibilità che il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, *omisso medio*, le norme interne ritenute incompatibili con l'art. 6 § 1 della CEDU - in virtù del richiamo al principio della pubblicità delle udienze contenuto nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 6 § 1 del Trattato sull'Unione Europea - qualora la fattispecie oggetto del giudizio principale non sia disciplinata dal diritto dell'Unione europea. Un tanto sul presupposto che in sede di modifica del Trattato si sarebbe inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei trattati» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione come risulta dal disposto dell'art. 6 § 1, primo alinea, del Trattato laddove stabilisce che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati» e dalla Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, nella parte in cui ribadisce che «la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». Continua il Giudice delle Leggi osservando che tali principi



violazione della CEDU, ha, quindi, ritenuto che il principio di pubblicità delle cause, previsto dall'art. 47 § 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia esso stesso diritto dell'Unione cui dare immediata attuazione a discapito della norma interna confliggente la quale prevede *expressis verbis* che l'udienza si svolga senza la presenza del pubblico¹⁷.

5. Conclusioni

Nonostante l'evidenziata eterodossia rispetto ai presupposti che legittimano la disapplicazione, il risultato al quale è pervenuto il Tribunale - al di là delle etichette e seppur limitato al caso concreto - rappresenta il miglior temperamento delle diverse esigenze di tutela del vincolo cautelare, da un lato, e del principio convenzionale dell'equo processo, dall'altro, offrendo, peraltro, una risposta sul merito dell'impugnazione in tempi compatibili con la natura stessa del gravame incidentale.

Il fatto che la celebrazione del procedimento in udienza pubblica, anziché in camera di consiglio, non dia luogo a nullità innalzando il livello di garanzie dell'interessato¹⁸, ed, al contempo, scongiuri la perdita di efficacia della misura quale conseguenza della proposizione dell'incidente di costituzionalità, prefigura tale soluzione quale precedente significativo che, tuttavia, per essere anche formalmente ineccepibile, oltre che sostanzialmente giusto, rende auspicabile un non più procrastinabile intervento razionalizzatore da parte del Legislatore volto a mitigare la rigidità del rito camerale laddove non consente che, a determinate condizioni, l'udienza si possa svolgere alla presenza del pubblico su richiesta di parte.

risultano già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51 stabilisce, al § 1, che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»; recando, altresì, al § 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1. Il che deporrebbe in senso negativo a che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea.

¹⁷ Resta, invece, indifferente ai fini che qui riguardano l'ulteriore osservazione circa il fatto che l'incolpazione provvisoria contemplasse, da un punto di vista sostanziale, ipotesi di reato riconducibili alla disciplina eurounitaria, atteso che, nello specifico, l'oggetto del giudizio principale riguardava la fattispecie procedurale del riesame delle misure cautelari reali.

¹⁸ Cass., Sez. VII, ud. 19 marzo 2013, Ord. n. 29810, in www.italgiure.giustizia.it; Cass., Sez. I, 30 giugno 1992, n. 9704.