

N.	xxx	R.M.C.P.
N.	xxx	R.G.N.R.
N.	xxx	R.G.I.P.



TRIBUNALE DI LECCE
SEZIONE RIESAME

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

- Dott. Carlo Cazzella	Presidente
- Dott.ssa Anna Paola Capano	Giudice
- Dott. Antonio Gatto	Giudice rel.

decidendo sul riesame promosso nell'interesse di xxx, nato a xxx, il xxx, con atto depositato in data 21/10/2020, avverso l'ordinanza datata 28/9/2020 (depositata in pari data), con la quale il GIP presso il Tribunale di Lecce ha disposto l'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari per i delitti di cui all'artt. 73 comma 1 D.P.R. 309/1990 (capo 47 dell'ordinanza cautelare);

esaminati gli atti del procedimento, pervenuti nella cancelleria dell'adito Tribunale distrettuale in data 26/10/2020;

letta la memoria difensiva versata in atti il 3/11/2020 e uditi il Pubblico Ministero e il difensore dell'indagato nell'odierna udienza camerale;

ritenuto che, nel caso di specie, sia necessario procedere d'ufficio ad accurato vaglio preliminare, sotto molteplici profili, in ordine all'ammissibilità dell'istanza di riesame formulata;

sciogliendo la riserva di cui al separato verbale;

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

SOMMARIO

1. IL PROVVEDIMENTO GRAVATO	3
2. L'ISTANZA DI RIESAME	3
3. INAMMISSIBILITÀ DELL'ISTANZA DI RIESAME.....	3
4. IL RIESAME FORMULATO NELL'INTERESSE DELL'IRREPERIBILE <i>DE FACTO</i>	3
4.1. IL TENTATIVO DI ESECUZIONE DELL'ORDINANZA	3
4.2. LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SUL RIESAME "ANTICIPATO"	4
4.3. L'INTERESSE ALL'IMPUGNAZIONE "ANTICIPATA"	5
4.4. LA NOTIFICA ALL'IRREPERIBILE <i>DE FACTO</i> DELL'ORDINANZA CUSTODIALE.....	7
4.5. LA NOTIFICA ALL'IRREPERIBILE <i>DE FACTO</i> DELL'AVVISO DI FISSAZIONE DI UDIENZA .	9
4.6. LA <i>DISCOVERY</i> DEGLI ATTI	12
4.7. IL DIRITTO DI PRESENZIARE ALL'UDIENZA DI RIESAME	13
4.8. LA SENTENZA DELLA CEDU DEL 5 SETTEMBRE 2019 (CAUSA RIZZOTTO / ITALIA) ..	15
4.9. IL PROCESSO CAUTELARE <i>IN ABSENTIA</i>	19
4.10. L'INTERPRETAZIONE CONFORME AI PRINCIPI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI	21
4.11. CONCLUSIONI.....	23
5. LA NOMINA SOSTITUTIVA DEL DIFENSORE DELL'INDAGATO IRREPERIBILE O LATITANTE	23
5.1. I DUE ORIENTAMENTI CONTRAPPOSTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.....	23
5.2. LA LETTERA DELLA DISPOSIZIONE	24
5.3. LA <i>RATIO</i> DELLA NORMA.....	25
5.4. LE GARANZIE PREVISTE PER IL LATITANTE	27
5.5. LA CONDIZIONE DI "IRREPERIBILE <i>DI FATTO</i> "	27
6. LA NOMINA SOSTITUTIVA DEL DIFENSORE EFFETTUATA DAL CONVIVENTE.....	28
6.1. LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SULL'ART. 96 C.P.P.....	28
6.2. IL CONCETTO DI "PROSSIMO CONGIUNTO"	29
6.3. "PROSSIMO CONGIUNTO" E CONVIVENTE NELL'ART. 384 COMMA 1 C.P.P.....	30
6.4. LA L. 76/2016 E IL D.LGS. 6/2017 SU UNIONI CIVILI E CONVIVENZE DI FATTO.....	32
6.5. I PRINCIPI COSTITUZIONALI	34
6.6. I PRINCIPI SOVRANAZIONALI	35
6.7. PROFILI DI CARATTERE PROBATORIO	38
6.8. CONCLUSIONI.....	39
7. IN SINTESI.....	39
P.Q.M.	40

1. IL PROVVEDIMENTO GRAVATO

Con l'ordinanza datata 28/9/2020 (depositata in pari data) emessa dal GIP presso il Tribunale di Lecce è stata applicata, nei confronti di Xxx, la misura cautelare degli arresti domiciliari per il delitto di cui all'artt. 73 comma 1 D.P.R. 309/1990 (capo 47 dell'ordinanza cautelare).

Il provvedimento coercitivo non è stato eseguito a causa dell'irreperibilità dell'indagato.

2. L'ISTANZA DI RIESAME

Avverso tale ordinanza, il difensore dell'indagato ha formulato istanza di riesame il 21/10/2020.

Con l'atto introduttivo del presente procedimento, con la memoria depositata il 3/11/2020 e nel corso della discussione resa innanzi a questo Tribunale distrettuale, la difesa del ricorrente eccepiva l'assenza di gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato, nonché l'insussistenza di esigenze cautelari sottese all'applicazione della misura cautelare domiciliare e, in ogni caso, la possibilità di salvaguardare i rilevati *pericula libertatis* con misure meno afflittive a carattere non custodiale.

La difesa, quindi, chiedeva l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

3. INAMMISSIBILITÀ DELL'ISTANZA DI RIESAME

L'istanza di riesame formulata nell'interesse di Xxx va dichiarata inammissibile sotto vari profili, che attengono sia alla condizione di irreperibile *de facto* del prevenuto sia alle modalità seguite per la nomina del difensore.

Appare opportuno analizzare partitamente le vari questioni.

4. IL RIESAME FORMULATO NELL'INTERESSE DELL'IRREPERIBILE DE FACTO

La prima questione che si pone è rappresentata dalla necessità di verificare se sia ammissibile il ricorso per riesame *ex art. 309 c.p.p.* formulato nell'interesse di un indagato irreperibile *de facto*, prima della sua formale dichiarazione di latitanza.

4.1. IL TENTATIVO DI ESECUZIONE DELL'ORDINANZA

Nel caso di specie, il ricorso per riesame è stato formulato dal difensore (nominato, come si vedrà, dalla convivente dell'indagato) nell'interesse del Xxx, irreperibile *de facto*, non dichiarato formalmente latitante pur a seguito della redazione del verbale di vane ricerche da parte della polizia giudiziaria incaricata dell'esecuzione dell'ordinanza restrittiva.

In particolare, il provvedimento coercitivo nei confronti di Xxx veniva adottato dal GIP presso il Tribunale di Lecce il 28/9/2020.

La mattina del 14/10/2020, due ufficiali della Questura di Taranto e della Questura di Brindisi si portavano presso l'abitazione del Xxx in Oria (BR), al fine di dare esecuzione al titolo cautelare e trarre in arresto l'indagato. Quest'ultimo, tuttavia, non veniva rintracciato presso la sua abitazione, pur a seguito dell'espletata perquisizione domiciliare.

La convivente del Xxx, Xxx, riferiva agli agenti operanti che il prevenuto si era allontanato dall'abitazione due giorni prima e di non sapere dove fosse.

Identico tentativo di rintracciare il Xxx, sempre presso la medesima abitazione di Oria (BR), veniva effettuato dalla Questura di Taranto il giorno successivo.

Nel pomeriggio del 15/10/2020, la medesima Questura redigeva "*verbale di vane ricerche*" ai sensi dell'art. 295 c.p.p., rappresentando che Xxx risultava irrintracciabile in base ai due

tentativi di esecuzione dell'ordinanza effettuati presso la sua abitazione in Oria (BR) il 14 e il 15 ottobre 2020 e ad una ricognizione espletata nel territorio di Oria (BR).

Al verbale di vane ricerche non faceva seguito il decreto di dichiarazione dello stato di latitanza da parte del GIP presso il Tribunale di Lecce.

4.2. LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SUL RIESAME "ANTICIPATO"

In relazione alla possibilità di formulare istanza di riesame di un'ordinanza restrittiva della libertà personale non ancora eseguita (e non ancora notificata) si registra un orientamento della giurisprudenza di legittimità che può ritenersi ormai ampiamente consolidato.

Una risalente sentenza della Suprema Corte, rimasta isolata, ha ritenuto che il diritto del difensore di richiedere il riesame dell'ordinanza che dispone una misura coercitiva sussiste in via autonoma solo ove sia attuale il corrispondente diritto al riesame da parte dell'interessato, cioè quando il provvedimento cautelare sia eseguito ovvero l'imputato sia dichiarato formalmente latitante (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 48467 del 01/12/2004 - dep. 16/12/2004, Siciliano, Rv. 230517 - 01).

La costante e pacifica giurisprudenza di legittimità è, invece, nel senso di affermare l'ammissibilità del predetto gravame.

In particolare, è stato recentemente statuito che è ammissibile la richiesta di riesame avverso ordinanza di misura cautelare personale proposta prima che l'ordinanza stessa sia eseguita o notificata: principio affermato dalla Suprema Corte proprio in un caso in cui era stato proposto ricorso per riesame avverso un'ordinanza di custodia cautelare in carcere non eseguita per irreperibilità del destinatario (cfr. Cass. pen., Sez. 4, n. 46471 del 14/09/2018 - dep. 12/10/2018, Toci Krios, Rv. 274351 - 01).

Già in precedenza la Cassazione aveva affermato che è ammissibile la richiesta di riesame avverso ordinanza di misura cautelare personale proposta prima che l'ordinanza stessa sia eseguita o notificata, essendo la fissazione del *dies a quo* per l'impugnazione funzionale alla determinazione del termine finale: fattispecie di riesame proposto a seguito della sola esecuzione di mandato di arresto europeo emesso sulla base di ordinanza di custodia cautelare in carcere (cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 26218 del 25/06/2010 - dep. 09/07/2010, Dines, Rv. 247699 - 01).

Prima ancora era stato statuito che non è inammissibile la richiesta di riesame proposta, con riguardo ad una ordinanza applicativa di misura cautelare personale, prima che l'ordinanza stessa sia eseguita o notificata e prima che il difensore abbia ricevuto avviso del relativo deposito in cancelleria, in quanto la fissazione del *dies a quo* per l'impugnazione, funzionale alla determinazione del termine finale, non implica l'inammissibilità del ricorso antecedente, e d'altronde il carattere totalmente devolutivo del gravame, indipendentemente dalla proposizione di motivi, esclude per il riesame che la sanzione possa connettersi alla mancata cognizione dei contenuti del provvedimento impugnato: fattispecie relativa a riesame richiesto dal difensore del catturando, risultato irreperibile, in base alla cognizione del provvedimento restrittivo ricavata dalla citazione di questo in un decreto di perquisizione domiciliare (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 49193 del 12/11/2003 - dep. 23/12/2003, Alvaro, Rv. 228334 - 01).

Volendo sintetizzare, dunque, secondo la Corte, sarebbe ammissibile il riesame proposto dall'indagato irreperibile *de facto*, in quanto:

- 1) sebbene, ai fini dell'impugnazione, l'art. 309 comma 2 c.p.p. statuisca che, "*per l'imputato latitante il termine decorre dalla data di notificazione eseguita a norma dell'art. 165*", tale disposizione ha il solo scopo di individuare il termine finale per l'impugnazione, non quello iniziale, lasciando impregiudicata l'ammissibilità di un gravame anticipato;

- 2) il riesame, trattandosi di uno strumento di impugnazione a devoluzione piena ed essendo quindi sottratto alla causa di inammissibilità prevista dal combinato disposto degli artt. 591 lett. c e 581 lett. d c.p.p. (necessaria enucleazione nell'impugnazione "*dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta*"), può essere proposto anche senza l'indicazione di specifici motivi e anche prescindendo dalla stessa formale e integrale conoscenza del provvedimento gravato.

Secondo la Cassazione, anzi, "*una diversa interpretazione dell'art. 309 c.p.p., che subordini la facoltà di esperire i rimedi giurisdizionali avverso il provvedimento restrittivo della libertà personale alla esecuzione sostanziale o formale dello stesso, (...) pone in irrimediabile contrasto la norma con gli artt. 24 e 111 della Costituzione, in ordine alla garanzia di tutela giurisdizionale e di diritto di difesa con le forme del giusto processo avverso la lesione di diritti ed interessi individuali, nonché con l'art. 6 della CEDU*" (cfr. Cass. pen., Sez. 4, n. 46471 del 14/09/2018 - dep. 12/10/2018, Toci Krios, Rv. 274351 - 01 cit.).

4.3. L'INTERESSE ALL'IMPUGNAZIONE "ANTICIPATA"

Com'è noto, ai sensi dell'art. 568 comma 4 c.p.p., "*per proporre impugnazione è necessario avervi interesse*".

Secondo la giurisprudenza di legittimità sopra richiamata, "*è fin troppo evidente l'esistenza dell'interesse dell'imputato ad impugnare il provvedimento restrittivo della libertà personale indipendentemente e prima della sua esecuzione*" (cfr.: Cass. pen., Sez. 4, n. 46471 del 14/09/2018 - dep. 12/10/2018, Toci Krios, Rv. 274351 - 01 cit.; Sez. 3, n. 26218 del 25/06/2010 - dep. 09/07/2010, Dines, Rv. 247699 - 01 cit.).

A giudizio di questo Tribunale, appare, invece possibile distinguere ipotesi assai differenziate tra loro, assumendo comunque, come punto di partenza, la constatazione che si ha riguardo ad un provvedimento che non è stato ancora eseguito e neppure notificato e che, pertanto, in linea di principio, salva l'emersione di elementi di segno contrario, bisognerebbe escludere la sussistenza di un interesse "*concreto*" e soprattutto "*attuale*" all'impugnazione di un'ordinanza che non abbia ancora iniziato a produrre effetti (provvedimento "*non ancora*" efficace).

Da questo punto di vista, può forse essere operato un parallelismo con il caso dell'ordinanza custodiale che ha cessato di produrre i suoi effetti (provvedimento "*non più*" efficace).

In ipotesi di tal genere, la pacifica giurisprudenza di legittimità afferma che non vi è interesse, da parte dell'indagato, ad impugnare un provvedimento restrittivo che abbia ormai cessato di produrre effetti, salvo che non si dimostri l'interesse ad utilizzare, in futuro, la decisione del Tribunale del riesame in tema di gravità indiziaria, al fine di ottenere una riparazione per ingiusta detenzione.

È stato, infatti, reiteratamente ribadito che, in tema di riesame del provvedimento di applicazione di una misura cautelare custodiale successivamente revocata o divenuta inefficace, l'omessa specifica e motivata deduzione dell'interesse a coltivare l'impugnazione comporta l'inammissibilità della stessa e preclude alla parte interessata di prospettare detto interesse, per la prima volta, con il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale (cfr. Cass. pen., Sez. 1, n. 19649 del 12/01/2017 - dep. 26/04/2017, Cei, Rv. 27000901; Sez. U, n. 7931 del 16/12/2010 - dep. 01/03/2011, Testini, Rv. 249002 - 01; Sez. 6, n. 25859 del 18/06/2010 - dep. 06/07/2010, Qoshku, Rv. 247780 - 01; Sez. 6, n. 3531 del 14/01/2009 - dep. 27/01/2009, Gervasi, Rv. 24240401).

La giurisprudenza di legittimità ha affermato l'ammissibilità del riesame di ordinanza di custodia cautelare presentato prima dell'esecuzione della stessa (con la conseguente affermazione, in tali casi, dell'interesse ad impugnare), dal difensore di:

- un parlamentare, sin dal momento dell'avvenuta comunicazione alla camera di appartenenza (attraverso la richiesta di autorizzazione all'arresto) dell'esistenza del correlativo provvedimento a suo carico (cfr. Cass. pen., Sez. 5, n. 22421 del 05/05/2003 - dep. 21/05/2003, Sanza, Rv. 225445 - 01);
- un indagato irreperibile *de facto*, non ancora formalmente dichiarato latitante, che aveva però provveduto a nominare un difensore di fiducia (che ha poi formulato l'istanza *ex art.* 309 c.p.p.) (cfr.: Cass. pen., Sez. 4, n. 46471 del 14/09/2018 - dep. 12/10/2018, Toci Krios, Rv. 274351 - 01 cit.);
- un indagato nei confronti del quale era stato emesso mandato di arresto europeo, con relativa procedura esecutiva già in corso in Gran Bretagna, dove era stato sottoposto a misura, poi liberato su cauzione; l'interesse all'impugnazione si ricava, in tal caso, dalla strumentalità del MAE rispetto al provvedimento cautelare, come emerge dall'art. 31 della L. 69/2005, secondo cui il MAE perde efficacia quando il provvedimento restrittivo sulla base del quale è stato emesso è stato revocato o annullato ovvero è divenuto inefficace; (cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 26218 del 25/06/2010 - dep. 09/07/2010, Dines, Rv. 247699 - 01 cit.);
- un indagato dichiarato latitante (cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 10388 del 25/01/2012 Cc. - dep. 15/03/2012, Romano, Rv. 252343 - 01).

Non v'è chi non veda la profonda differenza esistente, sul punto, tra i casi appena analizzati e la fattispecie sottoposta all'esame di questo Tribunale, in cui l'indagato è irreperibile di fatto, non se ne ha alcuna notizia (non si sa neppure se sia vivo o se si trovi ancora sul territorio nazionale) e non ha proceduto ad effettuare alcuna nomina difensiva, mentre l'istanza di riesame è stata presentata da un difensore (irritualmente) nominato da un soggetto diverso dal prevenuto.

In altri termini, nel caso di specie, l'interesse all'impugnazione da parte dell'indagato non è stato palesato neppure nella forma, invero alquanto limitata, della nomina di un difensore di fiducia al quale venga conferito mandato a presentare gravame avverso il provvedimento restrittivo.

Ad avviso del Tribunale, in ipotesi di tal genere, è da ritenere che non sussista o, quantomeno, non sia stata adeguatamente dimostrata la presenza di un interesse "*attuale*" e "*concreto*" all'impugnazione.

Né può ritenersi che l'interesse in questione possa essere rinvenuto nel semplice controllo da parte del Tribunale del riesame in ordine alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in vista del successivo sviluppo del giudizio di merito, attesa l'assoluta autonomia del giudizio di cognizione rispetto a quello cautelare.

In altri termini, a parere del Tribunale: mentre, in ipotesi di impugnazione di un'ordinanza di custodia cautelare in atto, l'interesse all'impugnazione è sostanzialmente *in re ipsa*, considerato che il controllo sulla legittimità del provvedimento effettuato con esito negativo determina l'immediata liberazione dell'indagato e dunque la cessazione dello stato detentivo, nel caso in cui venga impugnata un'ordinanza custodiale non ancora eseguita o non più in esecuzione, è necessario un *quid pluris*, è indispensabile cioè che venga esplicitata l'esistenza di uno specifico interesse all'annullamento del provvedimento.

Tale interesse, sussiste certamente in relazione all'indagato dichiarato latitante, atteso che l'art. 296 comma 4 c.p.p. statuisce che la qualità di latitante permane fino a che il

provvedimento che vi ha dato causa non sia stato revocato o non abbia perso efficacia. Ma tale disposizione non può trovare applicazione nei confronti dell'indagato irreperibile di fatto proprio per l'assenza di una formale dichiarazione di latitanza.

4.4. LA NOTIFICA ALL'IRREPERIBILE DE FACTO DELL'ORDINANZA CUSTODIALE

Occorre poi considerare l'esatta scansione procedimentale prevista dal codice di rito al fine di dare esecuzione ad un'ordinanza custodiale genetica e gli adempimenti che si rendono necessari allo scopo di garantire un equo processo cautelare all'indagato.

Appare opportuno richiamare brevemente le disposizioni codicistiche che vengono in rilievo e che regolamentano l'intero procedimento di adozione, esecuzione e notificazione di un'ordinanza cautelare genetica:

- ai sensi dell'art. 291 c.p.p. (*"Procedimento applicativo"*), il Pubblico Ministero chiede al Giudice competente l'adozione della misura cautelare;
- qualora accolga la richiesta, il Giudice emette il provvedimento restrittivo ex art. 292 c.p.p. (*"Ordinanza del Giudice"*);
- di assoluto rilievo risulta il successivo art. 293 c.p.p. (*"Adempimenti esecutivi"*): ai sensi del primo comma della norma in questione, *"salvo quanto previsto dall'articolo 156, l'ufficiale o l'agente incaricato di eseguire l'ordinanza che ha disposto la custodia cautelare consegna all'imputato copia del provvedimento"*; alla luce del secondo comma, *"le ordinanze che dispongono misure diverse dalla custodia cautelare sono notificate all'imputato"*; mentre il terzo comma prescrive: *"Le ordinanze previste dai commi 1 e 2, dopo la loro notificazione o esecuzione, sono depositate nella cancelleria del giudice che le ha emesse insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa. Avviso del deposito è notificato al difensore. Il difensore ha diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate di cui all'articolo 291, comma 1"*;
- ai sensi del primo comma dell'art. 295 c.p.p. (*"Verbale di vane ricerche"*), *"se la persona nei cui confronti la misura è disposta non viene rintracciata e non è possibile procedere nei modi previsti dall'articolo 293, l'ufficiale o l'agente redige ugualmente il verbale, indicando specificamente le indagini svolte, e lo trasmette senza ritardo al giudice che ha emesso l'ordinanza"*; il secondo comma aggiunge che *"il giudice, se ritiene le ricerche esaurienti, dichiara, nei casi previsti dall'articolo 296, lo stato di latitanza"*;
- secondo l'art. 296 comma 1 c.p.p., *"è latitante chi volontariamente si sottrae alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari, al divieto di espatrio, all'obbligo di dimora o a un ordine con cui si dispone la carcerazione"*; ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, *"con il provvedimento che dichiara la latitanza, il giudice designa un difensore di ufficio al latitante che ne sia privo e ordina che sia depositata in cancelleria copia dell'ordinanza con la quale è stata disposta la misura rimasta ineseguita. Avviso del deposito è notificato al difensore"*;
- la disciplina della procedura cautelare in ipotesi di latitanza è completata dall'art. 309 comma 2 c.p.p. (*"Riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva"*): dopo il primo comma, che, per l'imputato, fissa in dieci giorni *"dalla esecuzione o notificazione del provvedimento"* il termine per proporre richiesta di riesame, il secondo comma detta una norma speciale per l'indagato latitante; infatti: *"Per l'imputato latitante il termine decorre dalla data di notificazione eseguita a norma dell'articolo 165. Tuttavia, se sopravviene l'esecuzione della misura, il termine decorre da tale momento quando l'imputato prova di non avere avuto tempestiva conoscenza del provvedimento"*; il terzo comma, infine, statuisce che *"il difensore dell'imputato può proporre la richiesta di riesame entro dieci giorni dalla notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza che dispone la misura"*.

Ad avviso del Tribunale, l'analisi sistematica delle norme suindicate consente di addivenire ad alcune conclusioni di fondamentale rilievo ai fini della questione da decidere.

In primo luogo, va osservato che l'ordinanza applicativa della custodia cautelare (carcere o arresti domiciliari), in virtù di quanto espressamente previsto dall'art. 293 c.p.p., non può che essere notificata personalmente nelle mani dell'indagato, senza nessuna alternativa.

Ne deriva che non risultano applicabili alla notifica dell'ordinanza applicativa della custodia cautelare numerose norme che disciplinano la notificazione degli atti processuali in generale, prima tra tutte l'art. 157 c.p.p. ("*Prima notificazione all'imputato non detenuto*"), che invece prevede, in ipotesi di impossibilità di consegna dell'atto nelle mani dell'imputato, la notifica ad una persona convivente o al portiere dello stabile, o, in via ancor più gradata, il deposito dell'atto presso la casa comunale, con affissione dell'avviso di deposito alla porta della casa di abitazione e comunicazione a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento (con effetti che decorrono dal ricevimento della raccomandata).

Né può trovare applicazione il comma 8 *bis* del medesimo art. 157 c.p.p., che prevede che la notifica venga eseguita nelle mani del difensore, in caso di nomina di difensore di fiducia, atteso che tale possibilità è prevista solo per le "*notificazioni successive*" alla prima, mentre la notifica dell'ordinanza applicativa della misura cautelare è solitamente la prima notifica effettuata all'indagato nell'ambito del procedimento.

L'ontologica incompatibilità tra notifica dell'ordinanza applicativa della custodia cautelare e art. 157 c.p.p. (oltre a molte altre norme generali in materia di notificazione degli atti giudiziari) deriva non solo dal chiaro disposto degli artt. 293 e 295 c.p.p., ma anche dalla natura stessa del provvedimento in questione.

Sotto il primo profilo, il primo comma dell'art. 293 c.p.p. impone la "*consegna all'imputato [di] copia del provvedimento*"; l'art. 295 c.p.p., poi, in ipotesi di irreperibilità, prevede che, "*se la persona nei cui confronti la misura è disposta non viene rintracciata*", l'ufficiale o l'agente redige ugualmente il verbale, indicando specificamente le indagini svolte, e lo trasmette senza ritardo al Giudice che ha emesso l'ordinanza, il quale, "*se ritiene le ricerche esaurienti, dichiara, nei casi previsti dall'articolo 296, lo stato di latitanza*".

La disciplina in esame, come si vede, è compiuta e completa e non tollera eterointegrazioni mediante richiami alla disciplina generale in tema di notificazione degli atti.

Il predetto procedimento deve essere pedissequamente osservato non solo per "eseguire", almeno formalmente (con la mera notificazione al difensore), l'ordinanza, ma anche per poter dar corso, subito dopo, ad un corretto e rituale procedimento incidentale di impugnazione.

Secondo quanto disposto dagli artt. 293 e 295 c.p.p., la polizia giudiziaria deve "*rintracciare*" l'indagato e solo a lui consegnare "*personalmente*" l'atto da notificare.

Dunque, *tertium non datur*: l'alternativa prefigurata, rispetto alla materiale consegna dell'atto nelle mani dell'indagato, non è, ai sensi dell'art. 157 c.p.p., la consegna a persona diversa (convivente, portiere, funzionario comunale o altro), ma la redazione del verbale di vane ricerche propedeutico alla declaratoria di latitanza.

Peraltro, non può essere sottaciuto, a conferma della "*specialità*" della disciplina prevista, che l'organo incaricato dell'esecuzione dell'ordinanza custodiale (e della relativa notifica) è, in virtù di quanto previsto dagli artt. 293 e 295 c.p.p., la polizia giudiziaria, non l'ufficiale giudiziario, così come previsto, in linea di principio per le notificazioni, dall'art. 148 comma 1 c.p.p.

D'altro canto, passando al secondo profilo suindicato, l'ordinanza applicativa della custodia cautelare è atto a sorpresa per eccellenza, subito esecutivo e immediatamente limitativo (una volta eseguito) della libertà personale, rispetto al quale le ovvie esigenze di

segretezza (l'indagato, qualora, avesse notizia indiretta del provvedimento restrittivo adottato nei suoi confronti avrebbe tutto l'interesse a sottrarsi alla sua esecuzione) verrebbero radicalmente frustrate dalla consegna dell'atto a qualsiasi altro soggetto diverso dallo stesso indagato (persona convivente, portiere, funzionario municipale o altro).

Ciò determinerebbe una *discovery* anticipata del provvedimento restrittivo, rispetto alla formale e rituale consegna al destinatario dell'atto, con conseguente rischio di fuga di quest'ultimo.

Anche la disciplina inerente all'irreperibilità (art. 159 c.p.p. "Notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità") è del tutto avulsa rispetto alla notifica di ordinanza applicativa della custodia cautelare: secondo quanto chiaramente statuito dall'art. 295 c.p.p., in ipotesi di irrintracciabilità dell'indagato, a seguito delle ricerche espletate dalla polizia giudiziaria, l'unica via da percorrere, sempre qualora il Giudice che ha adottato il provvedimento coercitivo ritenga "esaurienti" le ricerche effettuate e consideri "volontaria" la sottrazione alla custodia cautelare, è la dichiarazione di latitanza.

Una volta ritualmente dichiarata la latitanza ai sensi degli artt. 295-296 c.p.p., trova applicazione il disposto dell'art. 165 del codice di rito ("Notificazioni all'imputato latitante o evaso"), secondo cui "le notificazioni all'imputato latitante o evaso sono eseguite mediante consegna di copia al difensore" e, "se l'imputato è privo di difensore, l'autorità giudiziaria designa un difensore di ufficio".

4.5. LA NOTIFICA ALL'IRREPERIBILE DE FACTO DELL'AVVISO DI FISSAZIONE DI UDIENZA

L'analisi delle corrette modalità di notificazione del provvedimento applicativo della custodia cautelare appaiono strettamente collegate alla questione affrontata in questa sede, attinente alla possibilità o meno di impugnare il provvedimento custodiale nell'interesse dell'indagato irreperibile *de facto*.

Infatti, a voler seguire l'indirizzo secondo cui potrebbe proporsi riesame anche nell'interesse del semplice irreperibile di fatto, il giudizio di riesame non potrebbe che essere preceduto da una non corretta procedura di notificazione degli atti introduttivi del gravame, con conseguente radicale nullità dell'ordinanza adottata al termine del procedimento incidentale *de libertate*.

L'art. 309 comma 8 c.p.p. prevede, invero, che l'avviso di fissazione di udienza debba essere notificato, oltre che al Pubblico Ministero e al difensore, anche "all'imputato" (o indagato, in virtù di quanto previsto dall'art. 61 c.p.p.).

Se si ritiene che possa essere presentata istanza di riesame in favore dell'indagato "non rintracciato" (art. 295 comma 1 c.p.p.), senza che lo stesso sia stato ancora ritualmente dichiarato latitante (come imposto dall'art. 295 comma 2 c.p.p.), si pone, a questo punto, il problema delle modalità di notificazione dell'avviso di fissazione di udienza, passaggio fondamentale per la regolare instaurazione del contraddittorio in fase di riesame.

Orbene:

- l'avviso di fissazione di udienza non potrà essere notificato nelle mani dell'indagato, come prescritto dall'art. 293 c.p.p., perché non reperito;
- l'atto non potrà essere consegnato nelle mani del difensore ai sensi dell'art. 165 c.p.p. in quanto non vi è stata alcuna dichiarazione di latitanza.

Il Tribunale non ignora che esiste una prassi, avallata da alcune pronunce della Suprema Corte, secondo la quale si potrebbe procedere comunque alla notificazione dell'avviso di fissazione di udienza nelle mani del difensore, pur in assenza di una formale declaratoria di

latitanza, attesa la necessità di rispettare i ristrettissimi termini di definizione della procedura di riesame.

Tuttavia, certamente da preferire, in quanto perfettamente aderente ai perentori dettami codicistici, risulta l'opposto orientamento secondo cui, in tema di latitanza, presupposto per le notificazioni da eseguirsi ai sensi dell'art. 165 c.p.p. è l'esistenza del relativo stato, che consegue non alla redazione del verbale di vane ricerche di cui all'art. 295 dello stesso codice ad opera della polizia giudiziaria, bensì al provvedimento del Giudice il quale, pur avendo natura dichiarativa, è il risultato di una valutazione di merito in ordine al carattere sufficientemente completo ed esauriente delle ricerche svolte; in mancanza di tale provvedimento, pertanto, non può parlarsi di latitanza nell'accezione giuridico-processuale del termine e non possono conseguentemente verificarsi gli effetti che le norme del codice di rito a tale stato attribuiscono, ivi compreso quello delle modalità di notifica degli atti ai sensi dell'art. 165 anziché dell'art. 157 c.p.p.: in applicazione di tale principio la Corte ha dichiarato la nullità della procedura di riesame in quanto, pur in assenza del decreto dichiarativo della latitanza, l'avviso di fissazione dell'udienza camerale era stato notificato all'indagato istante mediante consegna di copia al difensore (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 4802 del 24/09/1997 - dep. 25/09/1997, D'Aniello, Rv. 209144 - 01; negli stessi termini, in precedenza, Sez. 1, n. 4747 del 06/12/1991 - dep. 27/01/1992, Licciardello e altro, Rv. 189034 - 01).

Successivamente è stato ulteriormente precisato che la dichiarazione dello stato di latitanza non è una conseguenza automatica della redazione del verbale di vane ricerche, ma presuppone uno specifico apprezzamento di merito del Giudice in ordine alla ricorrenza di una situazione di "*irreperibilità volontaria*" della persona ricercata. Ne consegue la nullità dell'avviso di fissazione dell'udienza davanti al Tribunale del riesame, quando lo stesso sia stato notificato ai sensi dell'art. 165 c.p.p., dopo la redazione del verbale di vane ricerche ad opera della polizia giudiziaria, ma in assenza della dichiarazione di latitanza (cfr. Cass. pen., Sez. 6, n. 41762 del 15/10/2009 - dep. 30/10/2009, Miraglia, Rv. 245023 - 01).

L'indirizzo contrario che, come si è detto, afferma che la notifica al difensore dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame non postulerebbe una formale declaratoria di latitanza ai sensi degli artt. 295-296 c.p.p., oltre a non trovare alcun appiglio normativo, a ben vedere, scaturisce proprio dalla (erronea) scelta, compiuta "a monte" di consentire che, nell'interesse dell'irreperibile *de facto*, possa essere formulata istanza di riesame: una volta introdotto il giudizio di gravame, occorre infatti trovare un modo per notificare tempestivamente il decreto di fissazione di udienza all'indagato. Nell'impossibilità di reperire quest'ultimo, anziché seguire la strada maestra della formale e rituale declaratoria di latitanza in fase di esecuzione dell'ordinanza genetica, si percorre la scorciatoia della notifica nelle mani del difensore sulla base del solo verbale di vane ricerche o addirittura prescindendo anche da quest'ultimo.

In tal modo, però, non vi è alcuna garanzia per l'indagato che siano state effettuate ricerche realmente esaustive nel tentativo di rintracciarlo, né alcun Giudice ha mai verificato che egli si sia volontariamente sottratto all'esecuzione dell'ordinanza.

Secondo tale orientamento, ne deriva che l'indagato, anche solo in base ad un unico e inadeguato tentativo di notifica dell'ordinanza genetica nei suoi confronti, si ritrova a subire l'applicazione della disciplina notificatoria prevista per il "*latitante*" ritualmente dichiarato tale, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di non corretta instaurazione del contraddittorio cautelare.

Come si vede, dunque, l'indirizzo interpretativo che ammette la proponibilità dell'istanza di riesame in favore dell'irreperibile *de facto* è solo apparentemente garantista (ampliando il lasso temporale in cui è possibile presentare istanza di riesame), mentre in realtà condanna il

“non-latitante” (perché mai dichiarato tale) ad essere processualmente trattato alla stregua di un “latitante” conclamato, eludendo in tal modo le propedeutiche garanzie previste.

In realtà, non si può non rilevare che la notifica dell’avviso di fissazione di udienza al semplice irreperibile *de facto* (mai dichiarato latitante) effettuata mediante consegna dell’atto nelle mani del difensore non potrebbe che essere considerata nulla e tale nullità travolgerebbe ineluttabilmente l’ordinanza adottata dal Tribunale a conclusione del giudizio di riesame, rendendolo del tutto inutile.

Con riferimento allo specifico caso che ci occupa, va rilevato che proprio mediante consegna al difensore la cancelleria di questo Tribunale è stata “costretta” a notificare il decreto di fissazione di udienza relativo al presente procedimento, ma in assenza, come si è rilevato, di qualsiasi addentellato normativo.

In altri termini, in considerazione dei ristrettissimi tempi di decisione (appena dieci giorni dal deposito degli atti), il fascicolo cautelare deve giungere al Tribunale del riesame perfettamente “in ordine” sotto il profilo notificatorio, con la latitanza già ritualmente dichiarata e la conseguente possibilità di applicare immediatamente il disposto dell’art. 165 c.p.p. per la notifica all’indagato-latitante dell’avviso di fissazione di udienza, da effettuare in un lasso temporale ridottissimo (entro appena sei giorni dal deposito degli atti, considerato che l’udienza si deve tenere al massimo il decimo giorno ed è previsto un termine per comparire minimo di tre giorni liberi).

Solo il compiuto espletamento della procedura di esecuzione dell’ordinanza (esecuzione almeno “formale”, con la semplice rituale notifica, senza il materiale arresto), consente di dare corso al procedimento incidentale di impugnazione: in caso contrario (se la procedura esecutiva, a fronte della irrintracciabilità dell’indagato, si è arrestata al verbale di vane ricerche o ancor prima, senza rituale emissione del decreto di latitanza), il gravame non può essere ritualmente celebrato non fosse altro che per l’impossibilità di provvedere ad una corretta e tempestiva notifica del decreto di fissazione di udienza all’indagato (non ancora dichiarato latitante, dunque non passibile dell’applicazione dell’art. 165 c.p.p., mediante notifica al difensore).

D’altro canto, il secondo comma dell’art. 309 c.p.p. richiama espressamente l’art. 165 del medesimo codice ai fini della notifica idonea a far decorrere il termine per l’impugnazione per l’indagato latitante. Di conseguenza, è implicitamente previsto che, in ipotesi di irreperibilità di fatto, debbano essere compiuti tutti i passaggi processualmente previsti per la dichiarazione di latitanza e che, solo a quel punto, possa procedersi alla notifica dell’ordinanza custodiale e del successivo avviso di fissazione dell’udienza di riesame nei modi previsti da detta disposizione (consegna al difensore).

D’altro canto, eventuali soluzioni alternative, pure suggerite in alcune sentenze della Suprema Corte (cfr. Cass. pen., Sez. 1, n. 4747 del 06/12/1991 - dep. 27/01/1992, Licciardello ed altro, Rv. 189034 - 01) non appaiono praticabili:

- il Tribunale del riesame, preso atto della mancata declaratoria di latitanza dell’indagato, certamente non potrebbe rimettere gli atti al GIP per l’emissione del decreto di latitanza, atteso che una tale decisione, totalmente al di fuori del novero delle pronunce adottabili dal Tribunale ai sensi dell’art. 309 c.p.p., contrasterebbe inevitabilmente con il principio di non regressione del procedimento, risultando addirittura viziata da “abnormità”, trattandosi di decisione del tutto al di fuori del sistema processuale e suscettibile di creare uno stallo procedimentale;
- né potrebbe il Tribunale dichiarare esso stesso la latitanza: compito che il disposto dell’art. 295 c.p.p. assegna con assoluta chiarezza al “giudice che ha emesso l’ordinanza”.

Neppure può eseguirsi la procedura prevista dall'art. 157 c.p.p. (*"Prima notificazione all'imputato non detenuto"*), il cui espletamento, in ipotesi di mancato reperimento in prima battuta dell'indagato, prevede una serie di adempimenti consequenziali la cui durata è assolutamente incompatibile con il termine di dieci giorni assegnato al Tribunale per decidere sul ricorso *ex art. 309 c.p.p.*

Esclusa è anche la possibilità di ricorrere alla notifica mediante consegna dell'avviso di udienza nelle mani del difensore ai sensi dell'art. 159 c.p.p. (*"Notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità"*), atteso che l'indagato non è mai stato dichiarato irreperibile (la latitanza rappresenta una forma "speciale" di irreperibilità), né vi è il tempo innanzi al Tribunale del riesame di effettuare le ricerche necessariamente propedeutiche alla dichiarazione di *"irreperibilità"*.

Si è anche al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 161 comma 4 c.p.p., che consente la notifica all'imputato mediante consegna dell'atto nelle mani del difensore (in ipotesi di impossibilità della notificazione, mancata o insufficiente dichiarazione o elezione), ma postula che in precedenza sia stato formulato un formale invito volto alla dichiarazione o all'elezione di domicilio ai sensi dell'art. 161 commi 1 e 3 c.p.p. o che il domicilio si stato determinato ai sensi del secondo comma del medesimo articolo.

Altra strada certamente non percorribile è quella della *"sospensione"* del termine di dieci giorni previsto per decidere.

È stato condivisibilmente affermato, infatti, che il Tribunale investito del riesame di un'ordinanza che applica una misura coercitiva non può, di fronte ad un verbale di vane ricerche dell'indagato nei luoghi indicati dall'art. 157 c.p.p., rinviare l'udienza di discussione e non rispettare il termine fissato dal comma nono dell'art. 309 c.p.p. per la difficoltà di notificazione all'indagato dell'avviso di fissazione della data dell'udienza. Il rinvio dell'udienza infatti è previsto dall'art. 127 comma 4 del medesimo codice (richiamato anche dall'art. 101 disp. att.) solo *"se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente"* e la difficoltà di notificazione in questione non può essere equiparata al *"legittimo impedimento dell'imputato"* (cfr. Cass. pen., Sez. 1, n. 4747 del 06/12/1991 - dep. 27/01/1992, Licciardello ed altro, Rv. 189034 - 01 cit.).

4.6. LA DISCOVERY DEGLI ATTI

In disparte tali considerazioni, di carattere notificatorio, che consentono di comprendere come la lettura sistematica del codice di rito non contempli la possibilità di un'impugnazione per conto dell'irreperibile di fatto *"anticipata"* rispetto alla formale e rituale dichiarazione di latitanza, non può essere sottaciuto che, ancor prima che sul piano giuridico, lascia perplessi, sul piano logico, la possibilità di impugnare un provvedimento che si sconosce completamente, mai notificato all'indagato, né portato a conoscenza del difensore.

Invero, l'analisi delle norme in materia consente di rilevare che la non corretta notifica dell'ordinanza custodiale genetica non osta solo all'impugnazione del provvedimento, ma anche al suo deposito *ex art. 293 c.p.p.*, con conseguente avviso al difensore ai sensi dell'art. 309 comma 3 c.p.p.

Invero, in virtù di quanto previsto dal terzo comma dell'art. 293 c.p.p., occorre procedere all'esecuzione dell'ordinanza prima che la stessa possa essere depositata presso la cancelleria del Giudice che l'ha emessa, unitamente alla richiesta formulata dal Pubblico Ministero e agli atti presentati con la stessa.

Dal canto suo, il secondo comma dell'art. 296 c.p.p., in ipotesi di irreperibilità dell'indagato, cui abbia fatto seguito la redazione del verbale di vane ricerche, prevede il deposito

dell'ordinanza e il conseguente avviso al difensore solo dopo la dichiarazione di latitanza e la notifica da effettuare ai sensi dell'art. 165 c.p.p.

Prima dell'esecuzione (o della notifica al latitante *ex art. 165 c.p.p.*) l'intera procedura cautelare è coperta dal più stretto riserbo, essendo prevista l'ostensione dell'ordinanza, della domanda cautelare e degli atti che ne costituiscono il fondamento solo dopo l'esecuzione o la rituale notifica del provvedimento coercitivo.

Ciò vale sia per l'indagato, sia per il difensore, il quale, come si è detto, riceve l'avviso di deposito solo dopo l'esecuzione materiale o formale del provvedimento.

Tale procedura è evidentemente tesa a garantire il segreto sull'ordinanza custodiale, in una delicatissima fase in cui, una fuga di notizie, traducendosi in una fuga dell'indagato, potrebbe compromettere per sempre la possibilità di dare concreta esecuzione al provvedimento restrittivo della libertà personale.

È più che lecito dubitare, quindi, che si possa consentire l'impugnazione di un atto, non soltanto non notificato, ma neppure depositato *ex art. 293 comma 3* o *art. 296 comma 2 c.p.p.* e senza che sia stato dato il relativo avviso al difensore: nella totale assenza, quindi, di quella "ostensione" dell'ordinanza e di tutti gli atti presupposti che, correttamente, il codice pone "a valle" della procedura esecutiva-notificatoria.

Nella logica del Legislatore, solo dopo che il destinatario dell'atto è stato tratto in arresto (*art. 293 comma 3 c.p.p.*) o, in alternativa, solo dopo che si sia preso formalmente e ritualmente atto dell'impossibilità di procedere all'arresto (*art. 296 comma 2 c.p.p.*), il provvedimento coercitivo può essere depositato con gli atti presupposti, dandone comunicazione al difensore.

Qualora l'impugnazione venga formulata prima di tale momento, a rigor di codice, il Giudice che ha emesso l'ordinanza, anche a fronte di esplicita istanza avanzata dal difensore, potrebbe (anzi dovrebbe) negare l'accesso agli atti da parte di quest'ultimo, proprio perché la disciplina in materia individua esattamente il momento in cui va realizzata la *discovery* del provvedimento custodiale, della richiesta avanzata dal Pubblico Ministero e dei relativi atti: non prima della rituale dichiarazione di latitanza dell'indagato, in ipotesi di irreperibilità di quest'ultimo.

Il giudizio di riesame sarebbe destinato quindi ad essere celebrato totalmente "al buio": con indagato e difensore che non hanno ricevuto alcuna notifica dell'ordinanza custodiale e che non hanno avuto accesso alla domanda avanzata dal Pubblico Ministero e agli elementi istruttori che l'hanno propiziata.

Non v'è chi non veda l'assoluta inutilità, prima ancora dell'irritualità, di un giudizio di gravame di tal genere.

4.7. IL DIRITTO DI PRESENZIARE ALL'UDIENZA DI RIESAME

Tale patente inutilità, che si traduce, in termini giuridici, nella nullità radicale di una siffatta procedura di riesame, emerge sotto altro assorbente profilo.

Com'è noto, uno dei diritti fondamentali (*rectius* il diritto fondamentale) che compete all'indagato nell'ambito del giudizio di riesame è quello di essere ascoltato dal Tribunale competente ad assumere la decisione sul ricorso.

La L. 47/2015 ha assolutizzato tale diritto, estendendolo definitivamente anche all'indagato detenuto al di fuori del circondario del Tribunale del riesame, con conseguente obbligo di traduzione in udienza, a prescindere dal luogo di restrizione cautelare.

Invero, la novella del 2015 ha modificato il testo del sesto comma dell'art. 309 c.p.p. ("*Con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi e l'imputato può chiedere di comparire*

personalmente) e, correlativamente, del comma 8 *bis* della medesima disposizione (“*L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente*”).

In ipotesi di rituale e tempestiva formulazione dell'istanza di partecipazione personale all'udienza da parte dell'interessato (o del suo difensore), qualora questa non venga disposta dal Tribunale del riesame, si verifica un'ipotesi di nullità assoluta e insanabile, ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 179 c.p.p., attinente all'intervento dell'imputato, denegato a causa dell'omessa traduzione.

Invero, già prima dell'entrata in vigore della L. 47/2015, la giurisprudenza di legittimità aveva più volte affermato che, nel procedimento camerale di riesame avverso le misure cautelari personali, la mancata traduzione in udienza dell'imputato o dell'indagato - detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del Giudice - che abbia fatto richiesta di presenziare alla sua celebrazione, “*determina la nullità assoluta e insanabile dell'udienza e del provvedimento conclusivo ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p., senza che ne consegua tuttavia l'inefficacia della misura cautelare adottata*” (tra le tante: Cass. pen., Sez. 5, n. 32156 del 18/02/2016 - dep. 25/07/2016, Halilaj, Rv. 267494 - 01 cit.; Sez. 6, n. 21849 del 21/5/2015 - dep. 25/5/2015, Farina, Rv. 263630; Sez. 6, n. 44415 del 17/10/2013 - dep. 31/10/2013, Blam, Rv. 256689; Sez. 4, n. 51517 del 21/06/2013 - dep. 20/12/2013, Bagno, Rv. 257876 - 01; Sez. 2, n. 22959 del 16/05/2012 - dep. 12/06/2012, Dissegna, Rv. 253190 - 01; Sez. 6, n. 10319 del 22/01/2008 - dep. 06/03/2008, Di Benedetto, Rv. 239084; Sez. 2, n. 1099 del 04/12/2006 - dep. 17/01/2007, Di Girolamo, Rv. 235621 - 01; Sez. 5, n. 37034 del 27/09/2006 - dep. 09/11/2006, Sciascia, Rv. 235284; Sez. 1, n. 21015 del 16/04/2004 - dep. 04/05/2004, Assinnata, Rv. 228909; Sez. 2, n. 11 del 08/01/1997 - dep. 07/04/1997, Notarianni, Rv. 207547).

Molteplici sono le disposizioni sovranazionali che vengono in rilievo in riferimento al diritto di partecipazione dell'indagato o imputato alle udienze celebrate nell'ambito del procedimento penale che lo vede coinvolto.

Si ricordano, in proposito:

- l'art. 6 della CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), in particolare, il paragrafo 3, lett. c), d), e);

- l'art. 14, paragrafo 3, lett. d), e), f), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881;

- la Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (artt. 1-2 e considerando 33).

La lettura di tali disposizioni sancisce in maniera assai chiara il diritto dell'interessato di essere presente alle udienze celebrate nell'ambito del procedimento penale che lo vede indagato o imputato.

In particolare, l'art. 6 paragrafo 3 della CEDU (“*Diritto a un equo processo*”), stabilisce che ogni accusato ha diritto di: “*difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia*” (lett. c); “*esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico*” (lett. d); “*farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza*” (lett. f).

L'art. 14 paragrafo 3 del Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici (concluso a New York il 16 dicembre 1966), in termini più espliciti in merito al diritto di presenziare al processo, afferma che ogni accusato di un reato ha diritto: “*ad essere presente al*

processo ed a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvisto di un difensore, ad essere informato del suo diritto ad averne e, ogniqualevolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo" (lett. d); "a interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ad ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico" (lett. e); "a farsi assistere gratuitamente da un interprete, nel caso egli non comprenda o non parli la lingua usata in udienza" (lett. f).

Da ultimo, la Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, dopo aver chiarito, in ordine all'ambito applicativo, che essa stabilisce norme minime comuni concernenti (oltre alla presunzione di innocenza) il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali e che si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato, all'art. 8 paragrafo 1 statuisce che *"gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo"*.

Il considerando n. 33, inoltre, precisa che *"il diritto a un equo processo è uno dei principi fondamentali di una società democratica. Il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo si basa su tale diritto e dovrebbe essere garantito in tutta l'Unione"*.

Appare del tutto evidente che consentire che l'istanza di riesame possa essere presentata dal difensore dell'indagato (che, come si vedrà meglio oltre, non può che essere nominato d'ufficio, salva l'ipotesi del tutto remota in cui sia stato nominato in precedenza dallo stesso prevenuto), che si trovi nella condizione di irreperibile *de facto*, significa celebrare il giudizio di riesame in assenza del principale interessato, cioè l'indagato, il quale, non soltanto non potrà essere sentito dal Tribunale nell'udienza camerale di cui all'art. 309 c.p.p., ma neppure confrontarsi con il proprio difensore sulle argomentazioni da sviluppare innanzi al Collegio, con conseguente palese violazione del contraddittorio sostanziale e dei principi fondamentali del giusto processo.

4.8. LA SENTENZA DELLA CEDU DEL 5 SETTEMBRE 2019 (CAUSA RIZZOTTO / ITALIA)

Sul tema, appare particolarmente illuminante una recentissima sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dalla cui lettura emerge non soltanto la perfetta conformità alla CEDU della tesi ermeneutica qui propugnata (inammissibilità del riesame formulato dal difensore nell'interesse dell'irreperibile di fatto), ma che, assai più incisivamente, in una prospettiva *de iure condendo*, consiglierebbe forse al Legislatore nazionale di escludere in radice (fatte salve le ipotesi di impulso personale dell'indagato) la possibilità di presentare ricorso per riesame anche nell'interesse del latitante formalmente e ritualmente dichiarato tale, proprio in ragione dell'impossibilità di svolgere, in sua assenza, un procedimento di gravame in grado di soddisfare i principi basilari dell'equo processo, primo tra tutti il diritto dell'indagato sottoposto a detenzione di essere sentito dal Giudice chiamato a decidere sulla legittimità del titolo coercitivo.

Si fa riferimento alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 5 settembre 2019 - Causa Rizzotto contro Italia.

Nel caso in questione l'indagato veniva attinto da un'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dal GIP presso il Tribunale di Palermo. In ragione dell'irreperibilità del prevenuto, quest'ultimo veniva dichiarato latitante con conseguente nomina di un difensore d'ufficio e notifica del provvedimento restrittivo ai sensi dell'art. 165 c.p.p.

Proprio il difensore d'ufficio presentava ricorso per riesame *ex art. 309 c.p.p.*, che veniva rigettato dal Tribunale di Palermo con conseguente conferma dell'ordinanza custodiale.

Circa un mese e mezzo dopo, Rizzotto veniva tratto in arresto a Malta ed estradato in Italia, dove veniva ristretto nel carcere di Regina Coeli a Roma.

A seguito dell'arresto, l'indagato nominava un difensore di fiducia, che presentava istanza di riesame al Tribunale di Palermo, impugnando l'ordinanza cautelare.

Il Tribunale adito, al termine dell'udienza alla quale non prendeva parte l'indagato (che non aveva presentato richiesta di comparire), applicando il principio della "*unicità del diritto all'impugnazione*", dichiarava inammissibile il ricorso rilevando che la medesima ordinanza era già stata impugnata in precedenza dal difensore nominato d'ufficio al prevenuto dichiarato latitante e che il gravame era stato respinto dal Tribunale, il quale non poteva più essere chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del titolo cautelare ai sensi dell'art. 309 c.p.p.

Rizzotto presentava ricorso per cassazione, nel quale lamentava, tra l'altro, una violazione dell'art. 5 § 4 della Convenzione EDU. Egli affermava di essere venuto a conoscenza del procedimento avviato a suo carico solo il giorno del suo arresto all'estero, dove risiedeva, e di aver appreso che era stato rappresentato da un difensore d'ufficio solo in occasione della pubblicazione del provvedimento di inammissibilità del ricorso da lui presentato contro l'ordinanza di applicazione della misura detentiva. Sosteneva che il Tribunale del riesame avrebbe dovuto tenere conto di queste circostanze prima di decidere di dichiarare il suo ricorso inammissibile.

La Corte di cassazione respingeva il ricorso, facendo riferimento alla propria giurisprudenza in materia, che ha più volte sancito il principio dell'unicità del diritto all'impugnazione, secondo il quale un ricorso presentato nell'interesse dell'imputato latitante dal difensore di fiducia o dall'avvocato d'ufficio, impedisce all'interessato di presentare personalmente un nuovo ricorso o di chiedere la riapertura del termine di ricorso. La Cassazione affermava che tale principio, di carattere generale in materia di impugnazioni, deve ritenersi *a fortiori* applicabile ai procedimenti in materia di misure cautelari, la cui revoca può essere richiesta dall'imputato in qualsiasi momento e senza limitazioni ai sensi dell'art. 299 c.p.p.

Invero, nel caso di specie, una successiva istanza di revoca della misura *ex art. 299 c.p.p.* veniva rigettata dal GIP presso il Tribunale di Palermo, che richiamava il provvedimento di rigetto adottato in sede di riesame.

Il giudizio di merito si concludeva con una sentenza di condanna alla pena di due anni e otto mesi di reclusione e € 12.000 di multa. La sentenza di primo grado, non impugnata, diveniva esecutiva. L'imputato, espiata la pena, veniva poi rimesso in libertà.

Successivamente Rizzotto presentava ricorso ai Giudici di Strasburgo, lamentando di non avere beneficiato di un controllo giurisdizionale "*effettivo*" sulla legittimità della custodia cautelare.

In particolare, il ricorrente censurava, tra l'altro, la violazione dell'art. 5 § 4 della Convenzione, secondo cui: "*Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima*".

Le censure mosse dal ricorrente nel caso sottoposto all'esame della Corte ricalcano pedissequamente i difetti strutturali che si verificano ogniqualvolta l'istanza di riesame venga interposta, all'insaputa dell'indagato irreperibile *de facto* o dichiarato latitante, dal difensore di quest'ultimo senza avere alcuna possibilità di interloquire con il proprio assistito:

- *“Il ricorrente afferma che l’interpretazione dell’articolo 309 del CPP da parte dei giudici nazionali gli ha impedito di beneficiare di un controllo effettivo sulla legittimità della sua detenzione. Il rimedio previsto dal sistema italiano, che in maniera generale rispetterebbe le condizioni richieste dall’articolo 5 § 4 della Convenzione, sarebbe stato lacunoso nel suo caso, come in tutti i casi in cui un avvocato nominato d’ufficio abbia già presentato una richiesta di riesame all’insaputa di un imputato irreperibile” (punto n. 38 della motivazione);*
- *“Il ricorrente riferisce di non avere mai avuto contatti con l’avvocato che gli è stato nominato d’ufficio, di cui avrebbe persino ignorato l’esistenza fino al momento in cui è stato respinto il suo stesso ricorso, e ritiene di non avere potuto far valere le proprie argomentazioni nei confronti della decisione privativa della libertà” (punto n. 39);*
- *“Egli aggiunge che la procedura relativa al controllo sulla legittimità della sua detenzione non si è svolta in contraddittorio e non ha rispettato il principio della parità delle armi”; “Infine, sostiene di non avere disposto del tempo e delle agevolazioni necessarie per preparare la sua difesa e di non avere avuto la possibilità di assistere all’udienza tenutasi dinanzi al tribunale del riesame di Palermo” (punto n. 41).*

A fronte di tali censure, la Corte passa in rassegna i principi stabiliti dalla sua giurisprudenza costante in materia di interpretazione dell’art. 5 § 4 della Convenzione.

Tra questi, particolare rilievo, ai fini della questione sottoposta all’esame di questo Tribunale, assume il *“principio di effettività”*, secondo cui *“l’articolo 5 § 4 deve essere interpretato in modo tale che i diritti in esso sanciti non siano teorici e illusori, ma concreti ed effettivi”*.

In questa prospettiva, la Corte, dopo aver ricordato che l’art. 5 § 4 *“esige che sia tenuta un’udienza”* e che *“l’udienza deve svolgersi in contraddittorio”*, statuisce che *“la prima garanzia fondamentale che deriva naturalmente dall’articolo 5 § 4 della Convenzione è il diritto di essere effettivamente sentito dal giudice cui è stato presentato un ricorso avverso una detenzione”*.

La Corte, censurando quanto accaduto nel caso concreto sottoposto al suo esame, stigmatizza perentoriamente l’iter procedurale seguito dai Giudici nazionali, rilevando come esso non possa certamente essere ritenuto in linea con i principi elementari del giusto processo (le cui regole basilari, secondo la pacifica giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo, devono presiedere anche il procedimento cautelare): *“L’avvocato che fu nominato d’ufficio dalle autorità per rappresentare il ricorrente nel procedimento decise di impugnare l’ordinanza di custodia cautelare all’insaputa del suo cliente, che in quel momento era latitante. Pertanto, è fuori discussione che il ricorrente non ebbe l’occasione di comunicare con tale avvocato e di esporre le proprie argomentazioni a sostegno della domanda di scarcerazione. Peraltro, si deve constatare che egli non è mai stato sentito dal tribunale del riesame di Palermo che ha deliberato sulla legittimità della sua detenzione” (punto n. 50 della motivazione).*

Altro passaggio di assoluto rilievo è quello in cui viene trattato il tema della nomina d’ufficio del difensore al latitante: *“La Corte ribadisce (...) che la Convenzione ha lo scopo di “tutelare dei diritti non teorici o illusori, ma concreti e effettivi”, e che la nomina di un avvocato non garantisce di per sé l’efficacia dell’assistenza che questi può fornire all’imputato (...). Bisogna inoltre che l’interessato, al quale il sistema italiano accorda la garanzia - supplementare a quelle previste dalla Convenzione - di essere rappresentato da un difensore nominato d’ufficio ancora prima dell’esecuzione della misura cautelare, abbia potuto effettivamente comunicare, in maniera libera e riservata, con il suo avvocato allo scopo di discutere della causa e organizzare la difesa”*.

L’assunto riveste la massima importanza, sia perché sottolinea la necessità che il difensore, prima di presentare ricorso, abbia la possibilità di discutere con l’assistito delle argomentazioni da spendere innanzi al Giudice e di organizzare quindi concretamente la difesa, sia perché chiarisce in maniera definitiva che la Convenzione non impone di prevedere l’impugnabilità

“anticipata” del provvedimento coercitivo, cioè anteriore rispetto all’esecuzione dell’ordinanza custodiale, e neppure di nominare all’indagato ancora non rintracciato e posto *in vinculis* un difensore d’ufficio (garanzia che la Corte espressamente qualifica come *“supplementare”* rispetto a quelle previste dalla Convenzione).

Sotto tale profilo, la legislazione italiana in materia di riesame delle misure cautelari (che, all’art. 309 comma 2 c.p.p., consente espressamente che possa essere presentato ricorso nell’interesse del latitante prima ancora che questi venga rintracciato e arrestato) risulta più attenta ad assicurare una decisione *“rapida”* che una decisione *“giusta”* sulla legittimità del titolo custodiale.

Si consente, infatti, che il ricorso per riesame venga presentato dal difensore sì nell’interesse dell’indagato, ma a sua assoluta insaputa, senza concordare con quest’ultimo motivi e argomentazioni da sottoporre al Tribunale, senza alcuna possibilità che, una volta formulata l’istanza e introdotto il giudizio di gravame, il destinatario del provvedimento possa essere ascoltato dal Giudice competente a decidere sulla richiesta di liberazione: in definitiva, in assoluto dispregio dei principi fondamentali in materia di contraddittorio e di giusto processo.

Sul punto, nella richiamata sentenza Rizzotto, i Giudici di Strasburgo ricordano che *“non si può, con il pretesto di garantire altri diritti fondamentali del processo, come il diritto al “termine ragionevole” (...) ridurre, al punto di renderli inoperanti, i diritti della difesa di un imputato che non si è sottratto alla giustizia e non ha rinunciato inequivocabilmente alle sue garanzie procedurali”* (punto n. 54; si rammenta che, secondo la giurisprudenza della Corte, neppure una formale declaratoria di latitanza è idonea a dimostrare con certezza che l’indagato abbia inteso sottrarsi alla giustizia).

Al termine della disamina delle norme interne in materia di impugnazione delle misure cautelari e dei principi più volte affermati in tema di interpretazione dell’art. 5 § 4 della Convenzione, la Corte ha accolto il ricorso presentato, concludendo *“che vi è stata violazione dell’articolo 5 § 4 della Convenzione a causa dell’impossibilità, nella quale si è trovato il ricorrente, di essere effettivamente sentito dai giudici competenti per controllare la legittimità della sua detenzione”* (punto n. 63).

In sostanza, la Corte statuisce che il *“principio dell’unicità del diritto all’impugnazione”*, tradizionalmente affermato dalla giurisprudenza della Cassazione, debba essere derogato tutte le volte in cui il primo giudizio non abbia rispettato le regole del giusto processo e non abbia garantito una concreta ed effettiva estrinsecazione del diritto di difesa.

Lo stesso Governo italiano, nel giudizio innanzi alla Corte, ha auspicato un’evoluzione della giurisprudenza interna in tal senso, in modo da evitare che possa essere vulnerato il diritto di difesa.

Si prospetta, in tal modo, la celebrazione di due giudizi di riesame: il primo, prima che il destinatario del provvedimento coercitivo venga rintracciato, *“all’insaputa”* dell’indagato, in sua *“assenza”*, in sostanziale mancanza di un reale contraddittorio; il secondo, invece, dopo l’arresto del prevenuto, svolto nel pieno rispetto del contraddittorio, con l’indagato che ha la possibilità di interloquire con il proprio difensore sulla linea di difesa da assumere e di essere ascoltato direttamente dal Tribunale del riesame.

Se così è, la strada da percorrere non sembra quella di superare il principio dell’unicità del diritto all’impugnazione, bensì quella di non consentire che possa celebrarsi un giudizio cautelare *in absentia*, che non potrebbe che violare basilari principi del diritto di difesa e sfociare in una decisione destinata ad essere superata dal secondo giudizio di riesame o, ancor peggio, determinare la formazione di un *“giudicato cautelare”* scaturente al termine di un processo non equo.

Anche sotto il profilo strettamente attinente all'interesse all'impugnazione, l'unicità del gravame, nella vicenda che ha visto coinvolto Rizzotto, si sarebbe potuta conseguire dichiarando inammissibile per mancanza di interesse "attuale" all'impugnazione il primo riesame, presentato dal difensore d'ufficio, ritenendo invece ammissibile l'istanza di riesame successivamente avanzata dal difensore di fiducia dell'indagato, una volta avuta conoscenza, da parte di quest'ultimo, dell'ordinanza cautelare adottata nei suoi confronti. Si è fatto, invece, esattamente in contrario, dando luogo a due giudizi, in nessuno dei quali l'indagato è stato sentito dal Tribunale.

Se la strada dell'inammissibilità dell'istanza di riesame presentata dal difensore all'insaputa dell'indagato non sembra poter essere percorsa in relazione al latitante ritualmente dichiarato tale, in virtù di quanto previsto dall'art. 309 comma 2, primo periodo, c.p.p. (fino a quando la disposizione in esame non verrà modificata o non sarà eventualmente colpita da una pronuncia di illegittimità costituzionale), essa si impone, invece, per l'indagato irreperibile di fatto, rispetto al quale non esiste una norma codicistica che preveda espressamente la possibilità di impugnazione, né tantomeno una disposizione costituzionale o convenzionale che induca a ritenere obbligata tale opzione.

Le considerazioni appena svolte valgono *a fortiori* per il caso sottoposto all'esame di questo Tribunale distrettuale, atteso che, come si dirà meglio in seguito, l'istanza di riesame è stata presentata da un difensore nominato del tutto irritualmente (come meglio si specificherà trattando degli altri profili di inammissibilità), ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.p., da persona diversa dall'indagato, il quale, pertanto, per quanto risultante in atti, è (o potrebbe essere) totalmente all'oscuro dell'ordinanza adottata nei suoi confronti, nonché del conseguente giudizio di riesame, attivato a sua insaputa e senza la sua partecipazione.

4.9. IL PROCESSO CAUTELARE IN ABSENTIA

Com'è noto, la L. 67/2014, in relazione al giudizio di merito, nel rispetto dei principi sovranazionali in materia di giusto processo, ha abolito l'istituto della contumacia, prevenendo in sostituzione di quest'ultima, la disciplina del processo in assenza.

Il citato testo normativo ha così riscritto gli artt. 420 *bis*, 420 *quater* e 420 *quinquies* c.p.p., in relazione all'udienza preliminare, che trovano applicazione anche in sede dibattimentale in virtù del richiamo operato dall'art. 484 comma 2 c.p.p.

Il principio ispiratore della riforma è proprio quello di superare il vecchio sistema fondato sulla conoscenza "formale" del procedimento attuata mediante il semplice rispetto delle disposizioni in materia di notificazione degli atti, sostituendolo con una nuova disciplina basata sulla conoscenza "effettiva" del procedimento penale da parte dell'imputato.

È, pertanto, previsto che si possa procedere in assenza dell'imputato solo qualora ricorra almeno una delle seguenti condizioni (cfr. art. 420 *ter* commi 1 e 2 c.p.p.):

- 1) l'imputato abbia espressamente rinunciato ad assistere all'udienza;
- 2) nel corso del procedimento, l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio;
- 3) abbia nominato un difensore di fiducia;
- 4) sia stato, nell'ambito del procedimento, sottoposto a misura precautelare o cautelare (arresto, fermo o custodia cautelare);
- 5) abbia ricevuto "personalmente" la notificazione dell'avviso dell'udienza;
- 6) risulti comunque con certezza che l'imputato è a conoscenza del procedimento o si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo.

Al di fuori di dette ipotesi, il Giudice non potrà procedere in assenza dell'imputato, ma dovrà rinviare il processo, disponendo che l'avviso di udienza sia notificato all'imputato

“*personalmente*” ad opera della polizia giudiziaria, disponendo, in caso di esito negativo della notificazione, la sospensione del processo.

Sebbene, come già rilevato, le disposizioni in esame trovino applicazione solo in sede di udienza preliminare e in dibattimento, appare del tutto irragionevole sostenere che, in assenza di tutte le condizioni suindicate, si possa invece ritualmente celebrare il processo cautelare, che dovrebbe essere, per antonomasia, il giudizio celebrato con l’indagato perfettamente reso edotto del procedimento intentato nei suoi confronti e del conseguente provvedimento restrittivo, da svolgere anzi con l’imputato già materialmente assicurato alla giustizia.

Peraltro, i principi sanciti dalla L. 67/2014, proprio perché scaturiti dall’art. 6 della Convenzione EDU e dalla conseguente elaborazione giurisprudenziale della Corte europea, sono da ritenersi ormai principi immanenti del nostro ordinamento processuale, con il conseguente obbligo di superare la vecchia concezione formale basata sulla notificazione, passando, in una prospettiva ben più concreta, ad una nuova impostazione delle dinamiche processuali fondata sull’effettiva conoscenza del procedimento penale e dei relativi atti.

Sarebbe paradossale, pertanto, ritenere che proprio il processo cautelare, deputato a vagliare la legittimità di un provvedimento restrittivo della libertà personale, sia sottratto a tali principi e possa svolgersi in totale mancanza di tutte le condizioni alternativamente previste per la celebrazione del processo *in absentia* (mancata notifica personale all’indagato; mancata conoscenza, da parte dello stesso, del procedimento avviato nei suoi confronti, dell’ordinanza custodiale adottata e della successiva udienza di riesame; mancata nomina, da parte dell’indagato, di un difensore di fiducia; mancanza di una rinuncia a partecipare al procedimento e a presenziare all’udienza di riesame).

In attesa, dunque, che il Legislatore intervenga anche in materia cautelare, sancendo espressamente i medesimi principi che hanno propiziato l’approvazione della disciplina del processo *in absentia* (con specifico riferimento alla posizione degli irreperibili e dei latitanti), è compito della giurisprudenza arrestare iniziative processuali che, pur nominalmente condotte “*nell’interesse*” dell’indagato, non possono che sfociare in un giudizio destinato a ledere i più elementari diritti di difesa di quest’ultimo (intesa non in una concezione formale, ma effettiva e concreta).

A tal fine, *de iure condito*, non resta che fare ricorso alla disciplina dell’inammissibilità prevista dall’art. 591 c.p.p. (“*Inammissibilità dell’impugnazione*”) e, in particolare, ai concetti di “*interesse all’impugnazione*” e di “*atto impugnabile*”.

In tale prospettiva, è da ritenere che non sussista alcun concreto ed attuale interesse all’impugnazione di un provvedimento cautelare di cui il destinatario dell’atto ignora l’esistenza e che non sia impugnabile un’ordinanza custodiale né eseguita, né notificata, né altrimenti conosciuta dall’indagato.

Peraltro, la pronuncia di inammissibilità in tal caso adottata non è suscettibile di produrre alcun pregiudizio nei confronti dell’indagato, atteso che il provvedimento restrittivo non ha ancora iniziato a produrre effetti e può essere impugnato, nella pienezza ed effettività del contraddittorio, appena quest’ultimo venga rintracciato e dunque appena venga a conoscenza del procedimento intentato nei suoi confronti e dell’ordinanza coercitiva che ne è scaturita.

Peraltro, va ricordato che l’inammissibilità, rilevabile anche d’ufficio dal Giudice in ogni stato e grado del procedimento (artt. 127 comma 9 e 591 commi 2 e 4 c.p.p.), non produce effettivi “*definitivi*”, bensì meramente “*sospensivi*”, esattamente come il rinvio del giudizio di merito in attesa di una “*personale*” notifica dell’avviso di udienza all’imputato.

Invero, la Suprema Corte, superando un precedente orientamento (cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 20362 del 20/02/2001 Cc. - dep. 19/05/2001, Codispoti, Rv. 219504 - 01), ha condivisibilmente

affermato che l'inammissibilità dell'impugnazione non determina, al pari della mancata impugnazione, le preclusioni da "giudicato cautelare" (cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 535 del 01/12/2010 Cc. - dep. 11/01/2011, Trincas, Rv. 249128 - 01).

Tale conclusione appare perfettamente in linea con il tradizionale assunto secondo cui il "giudicato cautelare" copre il dedotto, ma non il deducibile, quindi si estende alle sole questioni di fatto e di diritto concretamente decise: in ipotesi di declaratoria di inammissibilità, così come in caso di mancata impugnazione, non si registra alcuna decisione del Giudice dell'impugnazione sul merito del provvedimento, quindi, né in relazione ai gravi indizi di colpevolezza, né riguardo alle esigenze cautelari.

Invero, ancora più recentemente, è stato affermato che la mancata proposizione della richiesta di riesame non determina alcun giudicato cautelare "implicito" e, pertanto, non preclude la richiesta di revoca dell'ordinanza cautelare per mancanza originaria delle condizioni di applicabilità, anche in assenza di fatti sopravvenuti (cfr. Cass. pen., Sez. 1, n. 19504 del 05/02/2014 Cc. - dep. 12/05/2014, Costantino e altro, Rv. 263402 - 01).

In materia cautelare, vige infatti il disposto del primo comma dell'art. 299 c.p.p. ("*Revoca e sostituzione delle misure*"), secondo cui le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 c.p.p. o dalle disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p.

4.10. L'INTERPRETAZIONE CONFORME AI PRINCIPI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI

Come già evidenziato, a giudizio della giurisprudenza di legittimità, l'interpretazione dell'art. 309 c.p.p. nel senso dell'ammissibilità dell'istanza di riesame formulata nell'interesse dell'indagato irreperibile *de facto* sarebbe imposta dalla necessità di non determinare un contrasto tra la norma codicistica e fondamentali principi costituzionali, quali, in particolare, quelli sanciti dall'art. 24 (diritto di difesa) e 111 (giusto processo) della Carta, nonché con i principi convenzionali in materia di equo processo affermati dall'art. 6 della CEDU (cfr. Cass. pen., Sez. 4, n. 46471 del 14/09/2018 - dep. 12/10/2018, Toci Krios, Rv. 274351 - 01 cit.).

Le argomentazioni svolte nei paragrafi precedenti dimostrano, al contrario, come proprio la celebrazione di un giudizio di riesame "*all'insaputa*" e "*in assenza*" dell'indagato si ponga in insanabile conflitto con i principi costituzionali e convenzionali richiamati dalla giurisprudenza di legittimità.

Ciò almeno tutte le volte in cui il ricorso *ex art. 309 c.p.p.* venga formulato da un difensore d'ufficio o nominato del tutto irrualmente da un soggetto diverso dall'indagato (come nel caso che ci occupa, come meglio si dirà nei successivi paragrafi), che non abbia avuto alcuna possibilità di interloquire con il difensore che presenta l'istanza, né di prendere visione degli atti a fondamento dell'ordinanza custodiale, né di essere ascoltato dal Tribunale competente a decidere.

In presenza di tali condizioni, consentire la presentazione di un ricorso per riesame significa preferire un giudizio "*veloce*" rispetto ad un giudizio "*equo*", dare preminenza all'interesse del difensore rispetto a quello dell'indagato, perseguire una legalità "*formale*", tendente a determinare quanto prima un "giudicato cautelare" nel timore di mantenere a lungo l'ordinanza genetica *sub iudice*, a discapito di una legalità "*sostanziale*".

È vero che il "*principio di unicità del diritto all'impugnazione*", soprattutto a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 317/2009, è da ritenersi in via di tendenziale superamento, ma è anche vero che sia il Giudice delle leggi sia la stessa Cassazione hanno evidenziato la necessità di evitare, ove possibile, che un medesimo provvedimento sia

sottoposto ad una doppia impugnazione (con tutte le conseguenze che ciò comporta, in termini di durata ragionevole del processo e potenziale contrasto tra giudicati).

Con la sentenza n. 317/2009, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 175 comma 2 c.p.p. (nel testo allora vigente), nella parte in cui non consentiva la restituzione dell'imputato, che non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione fosse stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato.

La Cassazione, richiamando detta sentenza, in una recentissima decisione, proprio in un caso di doppio riesame avverso un'ordinanza custodiale, ha statuito che, il Tribunale della libertà non può dichiarare l'inammissibilità dell'istanza di riesame proposta personalmente dall'indagato solo perché successiva a quella già depositata dal suo difensore, in ragione sia del disposto di cui all'art. 309 c.p.p., che conferisce ad entrambi la facoltà di adire il Tribunale della libertà, prevedendo una differenziata decorrenza dei termini per impugnare, sia del tendenziale superamento del principio di unicità dell'impugnazione (cfr. Cass. pen., Sez. 5, n. 20539 del 22/01/2019 Cc. - dep. 13/05/2019, Giacoppo, Rv. 275553 - 01).

In motivazione, la Corte ha tuttavia precisato che *"l'ordinamento processuale deve trovare al proprio interno i rimedi idonei ed adeguati a far sì che vi sia, per quanto possibile, una reductio ad unitatem della impugnazione proposta dal difensore dell'imputato con il diritto di questi a proporre una propria autonoma impugnazione"*.

In questa prospettiva, proprio un'accurata verifica della sussistenza di un concreto ed attuale interesse all'impugnazione potrebbe fungere da prisma di rifrazione in grado di ponderare oculatamente l'impugnabilità del gravame, distinguendo in base alle specificità di ogni singolo caso.

Anche sotto il profilo strettamente notificatorio, appare assolutamente "garantista" ed in linea con i predetti principi affermare che la notifica nelle mani del difensore dell'ordinanza custodiale possa essere effettuata solo in ipotesi di formale e rituale declaratoria di latitanza dell'indagato, con tutte le garanzie che ne derivano e i controlli che il Giudice della cautela è tenuto ad espletare, e non sulla base della mera "sensazione" di irreperibilità, che potrebbe essere meramente "percepita" e non effettiva, scaturente dal semplice verbale di vane ricerche redatto dalla polizia giudiziaria o addirittura senza che quest'ultima abbia provveduto alla redazione del predetto verbale e alle correlative necessarie verifiche.

Una simile impostazione aprirebbe le porte alla possibilità di notifica "indiscriminata" del provvedimento restrittivo e del successivo decreto di fissazione dell'udienza camerale nelle mani del difensore, in violazione delle garanzie previste dal codice di rito (cfr. artt. 165, 295 e 296 c.p.p.).

Palese risulta il *vulnus* inferto al diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.: *"la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"*) da un giudizio cautelare che si svolge all'insaputa e in totale assenza del diretto interessato: l'indagato.

In questa prospettiva, la garanzia "formale" della nomina di un difensore d'ufficio, consentendo a quest'ultimo di azionare in giudizio *in absentia*, si tradurrebbe in una lesione "sostanziale" dei diritti e delle prerogative dell'indagato.

Tra la "garanzia fittizia" di dare accesso ad un ricorso del difensore (che non ha avuto la possibilità di confrontarsi con l'indagato sull'organizzazione della difesa) e la "garanzia effettiva" di posticipare il giudizio, svolgendolo però in contraddittorio reale con l'indagato, sentito direttamente dal Tribunale, è senza dubbio quest'ultima l'opzione da preferire.

Quanto all'art. 111 Cost., non appare revocabile in dubbio che consentire lo svolgimento di un processo cautelare non equo, che costringa poi a rielebrare il giudizio, contrasti nettamente con il principio di ragionevole durata del processo.

Ancora più grave sarebbe poi l'effetto in ipotesi di mancata celebrazione di un nuovo giudizio, svolto nella pienezza di un contraddittorio "effettivo", determinando la formazione di un giudicato cautelare a seguito di un processo tenutosi in patente violazione dei diritti di difesa e dunque non equo.

4.11. CONCLUSIONI

In conclusione, a parere del Tribunale, va dichiarata inammissibile l'istanza di riesame ex art. 309 c.p.p. presentata dal difensore nell'interesse di indagato irreperibile *de facto*, nei confronti del quale il Giudice che ha adottato il provvedimento coercitivo non abbia ancora emesso il decreto di latitanza ai sensi degli artt. 295-296 c.p.p. e non abbia ancora provveduto alla notificazione dell'ordinanza cautelare ai sensi dell'art. 165 c.p.p., mediante consegna nelle mani del difensore.

5. LA NOMINA SOSTITUTIVA DEL DIFENSORE DELL'INDAGATO IRREPERIBILE O LATITANTE

Nel caso in esame il difensore di Xxx, professionista che ha poi presentato l'istanza di riesame introduttiva del presente procedimento incidentale *de libertate*, è stato nominato da Xxx (cfr. atto di nomina di difensore depositata presso l'Ufficio GIP del Tribunale di Lecce il 15/10/2020).

Com'è noto, ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.p., "*la nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto (...)*".

5.1. I DUE ORIENTAMENTI CONTRAPPOSTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Si è posto, in giurisprudenza, il problema di verificare se la nomina del difensore a beneficio dell'indagato possa essere effettuata dal prossimo congiunto, oltre che nei casi espressamente previsti dal codice (arresto, fermo e custodia cautelare), anche qualora l'indagato (o imputato) sia irreperibile o latitante.

Sul punto, un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità, si è pronunciato a favore della nomina del difensore in favore del latitante operata dal familiare.

È stato affermato, infatti, che la disposizione di cui all'art. 96 comma 3 c.p.p., che prevede la facoltà dei prossimi congiunti di nominare un difensore nell'interesse dell'indagato o dell'imputato, è suscettibile di estensione anche al caso del latitante, secondo la *ratio* della norma la quale intende agevolare l'intervento di un difensore di fiducia, a preferenza di quello d'ufficio, quando l'interessato si trova in difficoltà e non può agevolmente provvedere all'incombente personalmente (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 19619 del 13/02/2014 - dep. 13/05/2014, Bruno e altri, Rv. 259930 - 01).

Il medesimo principio era stato affermato dalla Suprema Corte anche in precedenza, statuendo che una situazione di difficoltà di nomina personale del difensore ricorre sommatamente proprio "*nel caso del latitante, che, attesa la necessità di nascondersi e non potendo neppure utilizzare il mezzo postale per rendere la dichiarazione di nomina del difensore, stante l'esigenza di autenticazione della sottoscrizione, è davvero nell'impossibilità materiale di provvedere personalmente*" (cfr. Cass. pen., Sez. 4, n. 7962 del 27/04/1999 - dep. 18/06/1999, Tuliozzi O. ed altri, Rv. 214593 - 01).

Un altro indirizzo interpretativo afferma, al contrario, che la facoltà dei prossimi congiunti di nominare, ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.p., un difensore nell'interesse dell'indagato riguarda esclusivamente le persone *in vinculis* e non i latitanti, avendo detta norma natura eccezionale, in quanto rigorosamente legata alla difficoltà di provvedere personalmente alla designazione di un difensore da parte della persona sottoposta alla condizione di limitazione della libertà personale, ed essendo, come tale, insuscettibile di interpretazione analogica: in applicazione di tale principio, la Corte, in un caso analogo a quello che ci occupa, ha ritenuto corretta la dichiarazione di inammissibilità da parte del Tribunale della richiesta di riesame di un provvedimento applicativo della custodia in carcere presentata dal difensore nominato dai prossimi congiunti del latitante (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 9209 del 02/02/2017 - dep. 24/02/2017, Crea, Rv. 269437 - 01).

Identico principio è stato statuito dalla Cassazione in diverse sentenze rese in precedenza: Sez. 1, n. 35955 del 23/07/2015 - dep. 03/09/2015, Luppino, Rv. 264695 - 01; Sez. 6, n. 13501 del 07/03/2006 - dep. 13/04/2006, Spahija, Rv. 234271 - 01; Sez. 1, n. 30150 del 06/06/2003 - dep. 17/07/2003, Mavilla, Rv. 225562 - 01; Sez. 1, n. 4701 del 24/10/1994 - dep. 11/01/1995, Conversano, Rv. 200322 - 01; Sez. 1, n. 4818 del 11/11/1993 - dep. 15/01/1994, Tagano, Rv. 195798 - 01; Sez. 1, n. 2176 del 08/05/1991 - dep. 05/06/1991, D'Urso, Rv. 187395 - 01; Sez. 1, n. 3691 del 31/10/1990 - dep. 04/12/1990, De Vitis, Rv. 185948 - 01).

5.2. LA LETTERA DELLA DISPOSIZIONE

Ad avviso del Tribunale è senza dubbio quest'ultimo l'orientamento ermeneutico da condividere alla luce di una corretta interpretazione letterale, teleologica e sistematica della norma in questione.

Sotto il profilo strettamente testuale, non può non osservarsi come il Legislatore, nel riconoscere il diritto alla nomina sostitutiva (il prossimo congiunto che nomina il difensore in favore e al posto dell'indagato o imputato) abbia fatto riferimento a tre situazioni e condizioni specificamente individuabili: arresto, fermo e custodia cautelare.

È cioè richiesto che l'indagato si trovi ristretto *in vinculis* in una delle tre condizioni suindicate, in qualità di arrestato, fermato o sottoposto a custodia.

In relazione a tale ultima condizione, va osservato come il codice di rito specifichi che deve trattarsi di "*custodia cautelare*", dunque, nel novero complessivo delle misure cautelari, il Legislatore cesella il suo intervento, limitandolo alle sole misure custodiali (carcere e arresti domiciliari, in virtù di quanto previsto dall'art. 284 comma 5 c.p.p.), con esclusione, quindi, non soltanto di tutte le misure cautelari interdittive, ma anche delle misure coercitive non custodiali.

Da tale osservazione può trarsi come il Legislatore sia stato particolarmente attento a selezionare le ipotesi di possibile intervento sostitutivo da parte del prossimo congiunto: se avesse voluto ricomprendervi lo *status* di latitante o di irreperibile, lo avrebbe certamente previsto espressamente.

Può, dunque, senza dubbio trovare applicazione nel caso di specie il classico brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

L'assunto risulta confermato dalla constatazione che il Legislatore ha accuratamente circoscritto la possibilità di procedere ad una nomina sostitutiva anche sotto il profilo cronologico, statuendo espressamente che la nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare può essere effettuata dal prossimo congiunto solo "*finché la stessa non vi ha provveduto*". Dunque, è evidente come l'intervenuta nomina di un

difensore da parte dell'indagato neutralizzi la facoltà di nomina sostitutiva da parte del prossimo congiunto, anche qualora perduri lo *status* detentivo del prevenuto.

È stato, infatti, affermato che, in tema di nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, è priva di efficacia la nomina del difensore effettuata dal prossimo congiunto dopo che alla stessa abbia già provveduto l'indagato, designando un diverso difensore (cfr. Cass. pen., Sez. 6, n. 5495 del 05/02/2009 - dep. 07/02/2009, Ciulica, Rv. 24264601).

Non v'è dubbio, quindi, che il "*principio*" in materia di nomina del difensore sia quello sancito dal primo comma dell'art. 96 c.p.p., secondo cui spetta all'imputato (o indagato) il diritto di nominare i propri difensori, fino ad un massimo di due.

Il terzo comma del medesimo articolo prevede una "*deroga*" al predetto principio di carattere generale, che sancisce, in via del tutto eccezionale una "*legittimazione sostitutiva*" in capo ai prossimi congiunti dell'indagato in tre casi ben determinati (arresto, fermo e custodia cautelare).

Trova, quindi, applicazione nel caso di specie il disposto di cui all'art. 14 delle Preleggi ("*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*"), secondo cui "*le leggi (...) che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*".

È stato, infatti, affermato che la nomina del difensore da parte del congiunto del diretto interessato è ammessa solo per i casi in cui il diretto interessato sia una persona arrestata o fermata o in custodia cautelare, e pertanto non è consentita al prossimo congiunto di persona condannata o in espiazione di pena (cfr. Cass. pen., Sez. 1, n. 1157 del 06/03/1991 Cc. - dep. 29/04/1991, Rufinatscha, Rv. 187045 - 01).

5.3. LA RATIO DELLA NORMA

Passando al profilo teleologico-sistematico, certamente non condivisibili appaiono le pronunce della Cassazione in cui si afferma che la norma in questione miri a compensare una generica situazione di difficoltà dell'indagato, che si trova, suo malgrado, nell'impossibilità di nominare un difensore di fiducia.

È proprio questo l'argomento principale che conduce tali arresti giurisprudenziali ad estendere la portata della disposizione in esame fino a ricomprendervi anche il latitante.

In una pronuncia della Corte, in motivazione, si legge, infatti, che "*la disposizione dell'art. 96 comma 3 c.p.p. è suscettibile di estensione anche al caso dell'imputato-indagato latitante, secondo la ratio della norma la quale intende agevolare l'intervento di un difensore di fiducia, a preferenza di quello d'ufficio, le volte in cui l'interessato si trovi in difficoltà e non può agevolmente provvedere all'incombente personalmente. Anzi, a ben guardare, proprio nel caso di latitanza, attese le evidenti difficoltà in cui la persona viene a trovarsi per la necessità di nascondersi, la norma consegue la massima operatività in favore dell'imputato in difficoltà, secondo l'intenzione del legislatore, posto che il detenuto (arrestato, fermato) può ben più agevolmente del latitante rendere la dichiarazione di nomina del difensore di fiducia al direttore del luogo di custodia ovvero al pubblico ufficiale che lo custodisce. Al contrario, il latitante, che non può neppure utilizzare il mezzo postale, stante la esigenza di autenticazione della sottoscrizione, è davvero nella impossibilità materiale di provvedere personalmente. Quindi, si impone una interpretazione sostanzialistica che consenta alla disposizione codicistica di esplicare tutto il suo valore garantistico teso a consentire, fin dove possibile, la preminenza della nomina del difensore di fiducia rispetto a quello d'ufficio*" (cfr. Cass. pen., Sez. 4, n. 7962 del 27/04/1999 - dep. 18/06/1999, Tuliozzi O ed altri, Rv. 214593 - 01 cit.).

Tuttavia, ad avviso del Tribunale, il Legislatore, con la disposizione in esame, non intende tutelare qualsiasi situazione di difficoltà in cui venga a trovarsi l'indagato, ma solo situazioni meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Appare paradossale affermare che l'ordinamento debba farsi carico della "necessità di nascondersi" del latitante e dunque della sua volontà di porre nel nulla, impedendone l'esecuzione, la misura cautelare adottata nei suoi confronti, specie ove si consideri la presenza di disposizioni, quale quella prevista dall'art. 295 comma 3 *bis* c.p.p., che prevede una disciplina a maglie particolarmente larghe al fine di poter disporre intercettazioni tra presenti finalizzate alla cattura di latitanti accusati di delitti particolarmente gravi (quelli di cui agli artt. 51 comma 3 *bis* e 407 comma 2 lett. a c.p.p.).

In altri termini: un conto è predisporre una peculiare norma di favore per l'indagato che, ferma la presunzione di non colpevolezza prevista dall'art. 27 comma 2 Cost., si trovi totalmente privato della sua libertà personale in quanto tratto in arresto, sottoposto a fermo o attinto da ordinanza di custodia cautelare (regolarmente portata in esecuzione), altro è pretendere di estendere tale eccezionale disposizione di favore a situazioni, non soltanto non espressamente previste dalla norma, ma neppure meritevoli di particolare tutela, come lo stato di latitanza.

Al fine di rilevare come il codice di rito non consideri affatto con favore detto *status*, è sufficiente ricordare che: "latitante" è definito "chi volontariamente si sottrae alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari, al divieto di espatrio, all'obbligo di dimora o a un ordine con cui si dispone la carcerazione" (art. 296 comma 1 c.p.p.); "al latitante per ogni effetto è equiparato l'evaso" (art. 296 comma 5 c.p.p.); "le notificazioni all'imputato latitante o evaso sono eseguite mediante consegna di copia al difensore" (art. 165 comma 1 c.p.p.); "l'imputato latitante o evaso è rappresentato a ogni effetto dal difensore" (art. 165 comma 3 c.p.p.).

Non vi è alcuna ragione, dunque, per applicare una norma di eccezionale *favor* prevista a beneficio di chi si trovi concretamente sottoposto a custodia cautelare a chi, sul versante diametralmente opposto, si sia "volontariamente sottratto alla custodia cautelare".

Le due situazioni, quindi, non soltanto non sono assimilabili, ma risultano palesemente contrapposte.

D'altro canto, che la difficoltà cui il Legislatore ha inteso fare fronte prevedendo l'eccezionale legittimazione sostituiva in esame sia esclusivamente quella in cui versa il soggetto *in vinculis*, emerge chiaramente dalla lettura della relazione preliminare del codice di procedura penale del 1988, in cui risulta palese il fine perseguito: da un lato, sopperire alle difficoltà pratiche dell'indagato detenuto, dall'altro, impedire che sulla nomina del difensore possano interferire condizionamenti o suggerimenti resi particolarmente insidiosi proprio dallo stato detentivo in cui versa il soggetto.

Nella relazione, si precisa, infatti, che, "sempre nell'art. 96, è stato poi introdotto un comma 3, con il quale si prevede che alla nomina del difensore della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, possa provvedere anche un prossimo congiunto quando non vi abbia provveduto l'interessato. Si è inteso così ovviare alle condizioni di obiettiva difficoltà in cui possono trovarsi queste persone - in relazione alla scelta del difensore soprattutto nella immediatezza della privazione della libertà personale, quando non possono consultarsi con alcuno, se non con coloro che si trovano nel luogo di custodia, finendo spesso per subirne e riceverne i suggerimenti".

Sotto quest'ultimo profilo, la norma in questione fa evidentemente il paio con un'altra, disposizione, prevista dal D.P.R. 230/2000 ("Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà"), il cui art. 25 ("Albo degli avvocati"),

al secondo comma, prevede che “è fatto divieto agli operatori penitenziari di influire, direttamente o indirettamente, sulla scelta del difensore”.

Non v'è chi non veda come la disposizione prevista dall'art. 96 comma 3 c.p.p. sia indissolubilmente legata allo stato detentivo in cui versa l'imputato, con la conseguente impossibilità di applicazione in via analogica nei confronti dell'indagato che, invece, si trovi in libertà proprio per aver evitato di trovarsi in stato restrittivo, sottraendosi all'esecuzione del provvedimento custodiale adottato nei suoi confronti.

5.4. LE GARANZIE PREVISTE PER IL LATITANTE

Peraltro, il codice non manca di predisporre una rete di tutele anche per l'indagato latitante, considerato che, con il medesimo decreto che dichiara la latitanza, viene nominato un difensore d'ufficio: non vi è, dunque, alcun rischio che il latitante, pur in una situazione di oggettiva difficoltà, che potrebbe rendere non agevole la nomina di un difensore di fiducia, resti sprovvisto di difesa tecnica.

Non solo, come già evidenziato nel presente provvedimento, anche in tema di impugnazione dell'ordinanza custodiale genetica, l'indagato latitante è assistito da una norma di garanzia.

Si tratta dell'art. 309 comma 2 c.p.p., il quale, in deroga rispetto al principio di carattere generale sancito dal primo comma della medesima disposizione per l'indagato *tout court* (cui è assegnato un termine per impugnare di dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento restrittivo), prevede che, per l'indagato latitante, il predetto termine decorra dalla notifica effettuata nelle mani del difensore ai sensi dell'art. 165 c.p.p. oppure, in una prospettiva ancor più garantista, dall'esecuzione dell'ordinanza coercitiva qualora l'esecuzione sopravvenga alla notifica e l'indagato dimostri di non aver avuto tempestiva conoscenza del provvedimento.

5.5. LA CONDIZIONE DI “IRREPERIBILE DI FATTO”

Considerazioni analoghe valgono per l'indagato irreperibile *de facto* destinatario di ordinanza di custodia cautelare (come nel caso che ci occupa), atteso che, in detta ipotesi, come si è già detto, il codice di rito prevede due soli possibili epiloghi, trattandosi di una situazione, per sua natura, transeunte: o, ad un certo punto, il prevenuto viene rintracciato e materialmente sottoposto a custodia cautelare, con conseguente applicazione dell'art. 96 comma 3 c.p.p.; oppure, a seguito della redazione del verbale di vane ricerche da parte della polizia giudiziaria, viene dichiarato latitante, con applicazione della relativa disciplina.

In ogni caso, non vi è ragione di applicare estensivamente, in via analogica, a tale soggetto la norma di favore prevista dall'art. 96 comma 3 c.p.p., fino a quando rimarrà “sospeso” in una condizione di “irreperibilità di fatto”, destinata fatalmente a cessare in tempi assai brevi.

Concludendo sul punto, la nomina sostitutiva del difensore di fiducia prevista dall'art. 96 comma 3 c.p.p. può essere effettuata solo qualora l'imputato (o indagato) si trovi in una delle tre condizioni ivi espressamente indicate (arresto, fermo o custodia cautelare), non risultando applicabile tale disposizione né in riferimento all'irreperibile né in relazione al latitante.

Conseguentemente, l'istanza di riesame presentata il 21/10/2020 risulta inammissibile (anche) perché formulata da difensore irritualmente nominato da un soggetto terzo rispetto all'indagato in costanza di una situazione di irreperibilità di fatto, non in una delle tre condizioni specificamente previste dall'art. 96 comma 3 c.p.p.

6. LA NOMINA SOSTITUTIVA DEL DIFENSORE EFFETTUATA DAL CONVIVENTE

Come già ricordato, nella fattispecie che ci occupa, il difensore di Xxx, avvocato che ha poi presentato l'istanza di riesame introduttiva del presente procedimento incidentale *de libertate*, è stato nominato da Xxx, dichiaratasi "*convivente*" dell'indagato (cfr. atto di nomina di difensore depositata presso l'Ufficio GIP del Tribunale di Lecce il 15/10/2020).

Ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.p., la nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un "*prossimo congiunto*".

Si pone, dunque, il problema di verificare se la nomina sostitutiva prevista dalla disposizione in esame possa essere effettuata dal semplice "*convivente*", non legato al prevenuto da alcun rapporto di parentela, coniugio o affinità.

Il riferimento ai "*prossimi congiunti*" operato dalla disposizione in esame è assai chiaro, così come appare chiara la norma, di carattere definitorio, a cui occorre fare riferimento ai fini dell'individuazione dei soggetti annoverabili tra i "*prossimi congiunti*".

Si tratta, com'è noto dell'art. 307 c.p. (rubricato "*Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata*"), il cui quarto comma recita: "*Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole*" (comma così modificato dall'art. 1 comma 1 lett. a D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, a decorrere dall'11 febbraio 2017).

L'art. 307 comma 4 c.p.p., dunque, contiene un elenco di soggetti, in vario modo legati all'indagato, tra i quali non compare il convivente.

6.1. LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SULL'ART. 96 C.P.P.

In una pronuncia del 2016, proprio in un caso di nomina sostitutiva effettuata dalla convivente dell'imputato, la Suprema Corte ha affermato che "*la nomina del difensore di fiducia, è stata effettuata da un soggetto che, non rientrando nella categoria dei prossimi congiunti di cui all'art. 307 c.p., si esclude possa validamente nominare il difensore di fiducia dell'interessato ristretto in vinculis a meno che la nomina non sia a lui riconducibile per facta concludentia*", occorre quindi poter "*riconnettere la predetta nomina alla volontà di quest'ultimo*" (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 52529 del 10/11/2016 - dep. 12/12/2016, Bellinato).

In una precedente sentenza, la Cassazione ha ritenuto valida ed operata per *facta concludentia* la nomina effettuata dalla convivente di un imputato latitante, in quanto, una volta rintracciato, questi non aveva proceduto a nominare un diverso difensore, sostanzialmente confermando e ratificando la nomina effettuata dalla propria convivente (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 19619 del 13/02/2014 - dep. 13/05/2014, Bruno e altri).

Le due pronunce in esame, pur ritenendo che la nomina del difensore di fiducia operata dal convivente possa essere ritenuta valida qualora emergano (successivamente) sufficienti elementi per ritenere che essa sia riconducibile alla volontà dell'indagato, escludono che il convivente abbia di per sé un autonomo potere di nomina sostitutiva riconosciutogli dal disposto dell'art. 96 comma 3 c.p.p.

In altri termini, alla luce della giurisprudenza di legittimità richiamata, il convivente dell'indagato può agire quale mero *nuncius* di quest'ultimo, non manifestando una propria volontà, ma quella dello stesso imputato.

Ciò che produce effetti giuridici, dunque, non è tanto la (irrituale) nomina del difensore operata dal convivente, quanto la contemporanea attribuibilità di tale manifestazione di volontà all'imputato o la successiva ratifica da parte di quest'ultimo.

6.2. IL CONCETTO DI "PROSSIMO CONGIUNTO"

Tuttavia, non si può non rilevare che le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno assai recentemente statuito che, la causa di non punibilità relativa ad alcuni reati contro l'amministrazione della giustizia, di cui all'art. 384 comma 1 c.p.p., che fa esplicito riferimento ai "prossimi congiunti", si applica anche al convivente *more uxorio* (cfr. informazione provvisoria n. 22 - ud. 26 novembre 2020).

Si tratta della sola informazione provvisoria, quindi, si sconsigliano, allo stato, le argomentazioni giuridiche che hanno condotto il Supremo Collegio ad adottare una soluzione affermativa al quesito sottoposto al suo esame.

Né è possibile sapere, al momento, se la statuizione della Corte si riferisca esclusivamente al disposto dell'art. 384 comma 1 c.p.p., che contempla una speciale causa di non punibilità, o se le Sezioni Unite abbiano inteso fornire, con la decisione in esame, una nuova e generale definizione del concetto di "prossimi congiunti" ai sensi dell'art. 307 comma 4 c.p.p., dunque valevole per qualsiasi disposizione penale, sostanziale e processuale, quindi anche con riferimento all'art. 96 comma 3 c.p.p. o, ancora, una definizione applicabile a tutte le disposizioni penali di favore (dunque *in bonam partem*).

In proposito, occorre rilevare come la locuzione "prossimo congiunto", venga talvolta utilizzata dal Legislatore per delineare speciali cause di non punibilità, come nel caso dell'art. 384 comma 1 c.p., all'art. 307 comma 3 c.p.p. (in ordine al delitto di banda armata), all'art. 418 comma 3 c.p.p. (in riferimento ai delitti di associazione per delinquere e di associazione di tipo mafioso) o all'art. 270 *ter* c.p. (in materia di associazioni terroristiche o eversive dell'ordine democratico), oppure circostanze attenuanti come l'art. 386 comma 4 n. 1 c.p. ("*Procurata evasione*").

In relazione a tali disposizioni, un'interpretazione estensiva del concetto di prossimo congiunto si rivela *in bonam partem*.

Vi sono altri casi in cui, invece, l'espressione "prossimi congiunti" concorre a delineare la fattispecie incriminatrice. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 612 *bis* c.p. ("*Atti persecutori*") e all'art. 323 c.p. ("*Abuso d'ufficio*").

L'art. 597 comma 3 c.p., poi, utilizza la locuzione "prossimi congiunti" al fine di individuare i soggetti che, in ipotesi di morte della persona offesa del delitto di diffamazione, sono legittimati a proporre querela.

In questi casi l'espansione del concetto di "prossimo congiunto" non può non tradursi in un ampliamento del penalmente rilevante, risolvendosi, quindi, in un'interpretazione *in malam partem*.

D'altro canto, il disposto dell'art. 307 comma 4 c.p.p. ("*Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti (...)*"), integrando un'ipotesi di interpretazione autentica, assolutizza il principio della "costanza semantica", statuendo che, in ogni disposizione penale, sia di carattere sostanziale che processuale, sia incriminatrice, che di favore (con previsione di circostanze attenuanti o cause di non punibilità), l'espressione "prossimi congiunti" debba assumere sempre il medesimo significato, con conseguente ineluttabile rinvio al tassativo elenco contemplato dallo stesso art. 307 comma 4 c.p.

Tale disposizione, dunque, tipica norma di carattere definitorio, per evidenti ragioni di certezza giuridica, delinea un concetto universale di “*prossimo congiunto*”, valevole, in materia penale, ad ogni latitudine, per qualsiasi disposizione.

L'eventuale tentativo di fornire significati differenziati a detta espressione, a seconda del tipo di disposizione normativa all'interno della quale essa si trova ad essere inserita, determinerebbe la deflagrazione dell'unitaria definizione offertane dall'art. 307 comma 4 c.p., con la conseguenza che la medesima locuzione finirebbe con l'assumere un significato diverso all'interno dello stesso codice penale e dello stesso codice di procedura penale, con esiti agevolmente immaginabili in termini di certezza del diritto e conseguente variegato formarsi di eterogenee definizioni.

D'altro canto, il codice penale contempla numerose statuizioni che contengono elenchi di parenti e affini parzialmente diversi dall'elenco *standard* di cui all'art. 307 comma 4 c.p.p., ai quali viene talvolta espressamente equiparato il convivente *more uxorio*.

Si tratta delle fattispecie incriminatrici previste dall'art. 572 comma 1 c.p. (“*Maltrattamenti contro familiari e conviventi*”) e dall'art. 609 *quater* commi 1 e 2 c.p. (“*Atti sessuali con minorenne*”), delle circostanze aggravanti previste dagli artt. 602 *ter* comma 6, 577 commi 1 e 2, 609 *ter* comma 1 e 609 *quinquies* comma 4 c.p., nonché delle ipotesi di procedibilità d'ufficio contemplate dall'art. 609 *septies* comma 4 c.p.

Lo stesso può dirsi, in relazione al codice di rito, per: la legittimazione attiva alla domanda di grazia (art. 681 comma 1 c.p.p.), la condanna generica ai danni e alla provvisionale (art. 539 comma 2 *bis* c.p.p.), l'identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini (art. 349 comma 4 c.p.p.), i diritti e le facoltà della persona offesa dal reato (art. 90 comma 3 c.p.p.), l'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 *bis* c.p.p.), il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282 *ter* comma 2 c.p.p.), il sequestro conservativo (art. 316 comma 1 *bis* c.p.p.) e la facoltà di astensione dei prossimi congiunti (art. 199 comma 3 c.p.p.).

Ciò ad ulteriore riprova che, quando il Legislatore ha utilizzato la locuzione “*prossimi congiunti*”, ha inteso rifarsi proprio all'elenco contenuto nella norma generale suindicata, procedendo a redigere invece, di volta in volta, singoli specifici elenchi qualora abbia inteso discostarsene, talvolta attribuendo espressamente ed esplicitamente rilevanza alla posizione del convivente *more uxorio*.

6.3. “PROSSIMO CONGIUNTO” E CONVIVENTE NELL'ART. 384 COMMA 1 C.P.P.

Chiarito che, alla luce di quanto argomentato, appare difficilmente sostenibile che la locuzione “*prossimi congiunti*” possa assumere significati differenti a seconda della disposizione del codice penale o di procedura penale in cui risulta inserita, è opportuno analizzare l'evoluzione giurisprudenziale in riferimento all'art. 384 comma 1 c.p.p., relativamente al quale si sono registrate le maggiori dispute in dottrina e in giurisprudenza.

Sul punto, va rilevato che, un granitico e costante orientamento della Suprema Corte nel senso di ritenere non estensibile il concetto di “*prossimi congiunti*” al convivente *more uxorio*, è stato posto in discussione da alcune recenti pronunce di segno contrario, che hanno determinato la rimessione della questione alle Sezioni Unite (cfr. Cass. pen., Sez. 6, ord. n. 1825 del 19/12/2019 - dep. 17/01/2020, Fiavola), le quali, come anticipato, hanno accolto proprio il più recente indirizzo interpretativo (cfr. informazione provvisoria n. 22 - ud. 26 novembre 2020).

Il consolidato orientamento della Cassazione, protrattosi assolutamente incontrastato per decenni, richiamando la altrettanto pacifica giurisprudenza costituzionale, ha reiteratamente

affermato che non può essere applicata al convivente *more uxorio* la causa di non punibilità operante per il coniuge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 384 primo comma e 307 ultimo comma c.p. (cfr. tra le tante: Cass. pen., Sez. 5, n. 41139 del 22/10/2010 Ud. - dep. 22/11/2010, Migliaccio, Rv. 248903 - 01; Sez. 2, n. 20827 del 17/02/2009 Ud. - dep. 18/05/2009, Agate e altri, Rv. 244725 - 01; Sez. 6, n. 35967 del 28/09/2006 Ud. - dep. 26/10/2006, Cantale, Rv. 234862 - 01; Sez. 6, n. 132 del 18/01/1991 Cc. - dep. 20/03/1991, Izzo, Rv. 187017 - 01; Sez. 1, n. 9475 del 05/05/1989 Ud. - dep. 05/07/1989, Creglia, Rv. 181759 - 01; Sez. 6, n. 6365 del 20/02/1988 Ud. - dep. 27/05/1988, Melilli, Rv. 178467 - 01; Sez. 2, n. 7684 del 09/03/1982 Ud. - dep. 04/08/1982, Tutarello, Rv. 154880 - 01).

La Cassazione pone per la prima volta in discussione tale costante orientamento nel 2004, affermando, senza un particolare approfondimento del tema, che anche la stabile convivenza *more uxorio* può dar luogo "*per analogia*" al riconoscimento della scriminante prevista dall'art. 384 c.p.: fattispecie relativa ad imputata la quale invocava la non punibilità per il favoreggiamento personale commesso per aiutare il convivente (cfr. Cass. pen., Sez. 6, n. 22398 del 22/01/2004 - dep. 11/05/2004, Esposito, Rv. 229676 - 01).

Ben più argomentata è la seconda sentenza del medesimo filone interpretativo, che afferma che la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 comma 1 c.p. in favore del coniuge opera anche in favore del convivente *more uxorio* (cfr. Cass. pen., Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015 - dep. 04/08/2015, P.G in proc. Agostino e altri, Rv. 264630 - 01).

In motivazione, la Corte osserva che l'ordinamento penale italiano presenta, in riferimento alla condizione di convivente *more uxorio*, diverse aporie, atteso che, mentre tale condizione assume rilievo a determinati fini (ad esempio, in materia di patrocinio a spese dello Stato), non ne ha per altri (ad esempio, proprio in ordine alle cause di non punibilità previste dagli artt. 384 e 649 c.p.).

Commentando i principi costituzionali in materia (soprattutto gli artt. 2 e 29 Cost.), si afferma che l'evoluzione della società e del sentire comune ha ormai determinato una sostanziale parificazione tra vincolo matrimoniale e famiglia di fatto, giungendo assai radicalmente ad affermare che "*non può più ritenersi attuale l'opinione di quanti ritengono che la "totale equiparazione" tra la famiglia pleno iure e quella di fatto "non corrisponda alla visione fatta propria dalla Costituzione"*".

Passando al vaglio delle fonti e della giurisprudenza sovranazionali, i Giudici di legittimità richiamano l'art. 8 della Convenzione EDU, che tutela la vita privata e familiare, accogliendo una nozione sostanziale e onnicomprensiva di "*famiglia*", ricomprendente anche i rapporti di fatto, privi di formalizzazione legale.

Il più recente orientamento ermeneutico in commento è stato accolto in altra pronuncia della Suprema Corte del 2019, affermando che la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.p. è applicabile anche nei confronti dei componenti di una famiglia di fatto e dei loro prossimi congiunti, dovendosi recepire un'interpretazione *in bonam partem* che consenta la parificazione, sul piano penale, della convivenza *more uxorio* alla famiglia fondata sul matrimonio: in motivazione, la Corte ha precisato che l'equiparazione ai coniugi dei soli componenti di un'unione civile, prevista dal D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, non esclude l'estensione della causa di non punibilità ai conviventi *more uxorio*, trattandosi di soluzione già consentita dal preesistente quadro normativo, oltre che dalla nozione di famiglia desumibile dall'art. 8 CEDU, ricomprendente anche i rapporti di fatto (cfr. Cass. pen., Sez. 6, n. 11476 del 19/09/2018 - dep. 14/03/2019, Cavassa Samuel, Rv. 27520601).

Ancor più recentemente la Cassazione ha affermato che, in tema di testimonianza, la facoltà di astensione dal rendere dichiarazioni *ex art. 199 c.p.p.* e la causa di non punibilità di cui all'art.

384 c.p. si applicano anche alle relazioni tra appartenenti allo stesso sesso intercorse in epoca antecedente al riconoscimento delle unioni civili, con L. 76/2016, e all'equiparazione ai coniugi introdotta dall'art. 2 comma 1 lett. a) D.Lgs. 6/2017, limitatamente ai fatti verificatisi ovvero appresi durante la convivenza: in motivazione, la Corte ha precisato che l'estensione della causa di non punibilità alle convivenze tra appartenenti allo stesso sesso discende dal fatto che le menzionate disposizioni penali costituiscono mera esplicazione di principi costituzionali e convenzionali diretti alla tutela di tali rapporti (cfr. Cass. pen., Sez. 6, n. 50993 del 14/03/2019 - dep. 17/12/2019, P, Rv. 27772901).

6.4. LA L. 76/2016 E IL D.LGS. 6/2017 SU UNIONI CIVILI E CONVIVENZE DI FATTO

A parere del Tribunale, pur comprendendo le ragioni sociali e sostanziali che si pongono alla base di una simile interpretazione adeguatrice, risulta assai difficile estendere il concetto di "coniuge" e conseguentemente quello di "prossimo congiunto" a quello di convivente *more uxorio*.

Osta ad un'interpretazione estensiva, il chiaro tenore letterale delle disposizioni (come l'art. 96 c.p.p.) che fanno riferimento ai "prossimi congiunti", la cui definizione è offerta direttamente dal Legislatore, con il puntuale elenco contemplato dall'art. 307 comma 4 c.p.

Certamente non percorribile risulta la strada dell'interpretazione analogica, stante il divieto specificamente imposto dall'art. 14 delle Preleggi in relazione alle norme eccezionali, cioè che derogano rispetto a principi di carattere generale.

Non v'è dubbio che una causa di non punibilità, com'è quella prevista dall'art. 384 comma 1 c.p. costituisca una deroga alla generale punibilità, così come la nomina sostitutiva prevista dall'art. 96 comma 3 c.p.p. rappresenti un'eccezione rispetto al principio di carattere generale sancito dal primo comma del medesimo articolo, secondo cui il diritto di nominare il proprio difensore compete all'indagato e non ad altri.

Peraltro, ad avviso del Tribunale, tale impossibilità di "estensione" risulta ancor più evidente oggi, rispetto al passato, a seguito dell'entrata in vigore della L. 76/2016.

Com'è noto la legge in questione (cd. "Legge Cirinnà"), intitolata "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", ha introdotto la possibilità, per le coppie formate da persone dello stesso sesso, di formalizzare la propria relazione ricorrendo ad un'unione civile e contempla anche una, seppur limitata, disciplina delle convivenze di fatto.

Con il testo normativo in questione, il Legislatore ha operato la scelta di equiparare sostanzialmente le unioni civili al matrimonio, con tutte le conseguenze civilistiche e penalistiche che ne derivano, mentre una regolamentazione a parte è prevista per le coppie di fatto, peraltro distinguibili, in base alla citata legge, tra coppie di fatto registrate e non registrate, in riferimento alle quali le disposizioni dettate dal Legislatore sono pressoché totalmente riferite all'ambito civilistico, con l'unica eccezione rappresentata dalla parificazione tra coniuge e convivente nel limitato campo dell'ordinamento penitenziario.

La L. 76/2016, composta da un unico articolo, dedica i primi 35 commi all'unione civile tra persone dello stesso sesso, definita "quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione".

I commi 36-65 sono invece dedicati alle convivenze di fatto, precisando che, ai fini della citata legge, si intendono "per "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile".

Come già anticipato, la disciplina prevista per le convivenze di fatto risulta circoscritta all'ambito civilistico, dettando disposizioni che si riferiscono: all'ipotesi di malattia o di ricovero di uno dei conviventi; alla casa di comune residenza; al contratto di locazione relativo alla stessa; all'impresa familiare; alla possibilità di nominare il convivente tutore, curatore o amministratore di sostegno qualora ne ricorrano i presupposti; al danno risarcibile al coniuge superstite in ipotesi di decesso del convivente derivante da fatto illecito di un terzo; al contratto di convivenza; al diritto agli alimenti spettante, in caso di cessazione delle convivenza, al convivente che versi in stato di bisogno.

Del tutto assenti nel testo normativo sono, come si è detto, disposizioni attinenti agli effetti della convivenza di fatto in ambito penalistico.

Unica eccezione, in tal senso, è rappresentata dal comma 38, secondo cui: *“I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario”*.

Si tratta, peraltro, di una disposizione dagli effetti applicativi assai limitati, sia perché si riferisce al solo campo dell'ordinamento penitenziario, sia perché, proprio in tale settore, si era già giunti, attraverso esplicite previsioni normative e vari interventi giurisprudenziali, ad una sostanziale equiparazione del convivente *more uxorio* rispetto al coniuge.

Con esclusivo riferimento alle *“unioni civili”* (dunque non anche per le convivenze di fatto), ai sensi del comma 28 della legge in esame, il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi di adeguamento all'intervenuta modifica normativa in materia di ordinamento dello stato civile (lett. a) e diritto internazionale privato (lett. b), nonché recanti *“modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti”* (lett. c).

Proprio in attuazione di tale ultima disposizione, il Governo ha emanato il D.Lgs. 6/2017, intitolato *“Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76”*.

Con il predetto decreto, l'Esecutivo è intervenuto a modificare (in un caso, introdurre) alcune disposizioni del codice penale (art. 1) e del codice di procedura penale (art. 2), sancendo una totale parificazione tra *“coniuge”* e *“parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso”*.

In particolare, quanto alle norme sostanziali, si tratta: dell'art. 307 comma 4 c.p. sulla definizione di *“prossimi congiunti”*; dell'art. 574 bis c.p. *“Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale”*, che parifica totalmente, in materia penale, unione civile e matrimonio; dell'art. 649 c.p., in tema di cause di non punibilità e procedibilità a querela in ordine ad alcuni delitti contro il patrimonio.

Nello stesso senso, quanto al codice di rito, è stato modificato l'art. 199 comma 3 c.p.p. in materia di facoltà di astensione dei prossimi congiunti.

La lettura coordinata di tali disposizioni rende palese come il Legislatore abbia compiuto una scelta deliberata e consapevole nell'attribuire alle coppie dello stesso sesso, prima della L. 76/2016 totalmente sprovviste di strumenti di formalizzazione della loro unione e dunque *“costrette”* alla convivenza di fatto, identico trattamento riservato alle coppie unite in matrimonio equiparando totalmente le due posizioni sotto il profilo penalistico, riservando, invece, alle convivenze di fatto una disciplina di carattere prettamente civilistico, senza effetti sul versante penale, se non quelli assai limitati cui si è fatto cenno.

Appare evidente che, qualora il Legislatore avesse voluto compiere una totale o anche solo parziale (limitata ad alcuni aspetti) parificazione tra *“coniuge”* e *“convivente more uxorio”* anche a fini penalistici, lo avrebbe fatto proprio con la L. 76/2016 e con i relativi decreti attuativi, trattandosi della naturale *sedes materiae*.

Proprio la presenza della richiamata statuizione di cui all'art. 1 comma 38 della L. 76/2016 dimostra come il Legislatore si sia interrogato sugli effetti della convivenza di fatto anche in ambito penale e abbia deciso di circoscriverne la portata al solo ordinamento penitenziario (dunque alla L. 354/1975 e al relativo regolamento di attuazione dettato dal D.P.R. 230/2000).

L'approvazione della L. 76/2016 e del D.Lgs. 6/2017 rappresenta, pertanto, un ulteriore argomento nel senso dell'impossibilità di parificare, in via interpretativa, la posizione del convivente a quella del "coniuge" e, oggi, anche a quella della "parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso".

6.5. I PRINCIPI COSTITUZIONALI

La Corte costituzionale ha sempre, costantemente, dichiarato inammissibili o respinto nel merito le numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alle cause di non punibilità previste dagli artt. 384 e 649 c.p. nella parte in cui non parificano la posizione del convivente *more uxorio* a quella del coniuge e quindi dei prossimi congiunti.

Sin dagli anni '80, il Giudice delle leggi ha reiteratamente ribadito che, sebbene la famiglia di fatto, specie in presenza di figli, risulti certamente meritevole di tutela, sia in base al comune sentire della società, che in considerazione dei principi costituzionali (art. 2 Cost.), nessun precetto della Carta fondamentale impone la completa e indiscriminata equiparazione tra famiglia legittima e famiglia di fatto e, dunque, la parificazione tra le due distinte figure del coniuge e del convivente.

La Corte giunge a tale conclusione, sia rilevando che differenti sono le norme costituzionali che tutelano e salvaguardano le coppie unite in matrimonio (art. 29 Cost.) e quelle invece non formalizzate (art. 2 Cost.), sia osservando che diverso è il livello di stabilità delle due unioni, potendo la mera convivenza concludersi in qualsiasi momento, senza particolari complicazioni.

La Consulta, dopo aver statuito che, conseguentemente, non è ammessa alcuna generalizzata parificazione tra le due tipologie di unione, rileva come una parziale equiparazione, limitata e circoscritta a specifici ambiti penalistici, rientri nella discrezionalità del Legislatore, sempre sottoposta al controllo di ragionevolezza della Corte.

Con la sentenza n. 140/2009, la Corte ha, in particolare, dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 384 comma 1 c.p., censurato, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost., nella parte in cui non contempla tra i soggetti che possono beneficiare della scriminante anche il convivente *more uxorio*.

Il Giudice delle leggi osserva che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale (nella Costituzione il secondo è oggetto della specifica previsione di cui all'art. 29 Cost., mentre la prima ha rilevanza nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.) e tale diversità giustifica che la legge possa riservare trattamenti giuridici non omogenei. Infatti, se è vero che, in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra i due istituti caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria un'identità di disciplina, che la Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza, nella specie, l'estensione di cause di non punibilità comporta un "giudizio di ponderazione a soluzione aperta" tra ragioni diverse e confliggenti che appartiene primariamente al Legislatore.

Secondo la Corte solo per la famiglia legittima, non anche per quella di fatto, esiste un'esigenza di tutela non solo delle relazioni affettive, ma anche dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità. Ciò legittima nel settore dell'ordinamento penale soluzioni legislative differenziate

Peraltro, una “totale equiparazione”, oltre a non corrispondere alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l’ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale (i medesimi principi sono stati affermati dalla Corte costituzionale nelle pronunce n. 121/2004, n. 352/2000, n. 8/1996, n. 237/1986).

Nella sentenza n. 352/2000, la Consulta ribadisce: “*Va rilevato come questa Corte abbia già in più occasioni affermato - anche con specifico riferimento al disposto dall’art. 649 c.p. - che la convivenza more uxorio è diversa dal vincolo coniugale, e a questo non meccanicamente assimilabile al fine di desumerne l’esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento: essa, infatti, manca dei caratteri di stabilità e certezza propri del vincolo coniugale, essendo basata sull’ *affectio quotidiana*, liberamente ed in ogni istante revocabile”.*

In tale prospettiva - conclude la Corte - non può ritenersi irragionevole ed arbitrario che il Legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell’art. 29 della Costituzione, e per la convivenza *more uxorio*.

6.6. I PRINCIPI SOVRANAZIONALI

Come già osservato, secondo il più recente orientamento della Corte di cassazione in relazione all’art. 384 comma 1 c.p., la disposizione in esame, nella parte in cui non parifica totalmente il convivente *more uxorio* al coniuge (e dunque ai “*prossimi congiunti*”), si pone in netto conflitto con la Convenzione EDU.

Si è affermato, in proposito, che “*il contrasto tra la rilevanza, agli effetti penali, della famiglia di fatto nell’ordinamento interno e l’art. 8 Conv. EDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo (senz’altro nel segno di una tutela maggiore rispetto al livello garantito dalla Costituzione italiana), appare di solare evidenza; e, d’altro canto, con specifico riguardo agli istituti di cui agli artt. 384 e 649 c.p., non può omettersi di considerare che le fonti internazionali aventi efficacia penale in bonam partem sono immediatamente cogenti per l’interprete, a meno che non si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, e non è questo il caso. Nondimeno, ritiene il Collegio, l’evidenziato contrasto possa essere senz’altro risolto in via interpretativa, poiché il necessario adeguamento della normativa interna a quella sovranazionale (nel senso della completa equiparazione in bonam partem, ad ogni effetto penale, della famiglia pleno iure a quella di fatto) non risulta contrario ai principi costituzionali fondamentali interni, e, d’altro canto, proprio il contrasto insorto nell’ambito della giurisprudenza di legittimità sul tema, impedisce di ravvisare l’esistenza di un diritto vivente assolutamente ostativo” (così testualmente sia in Cass. pen., Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015 - dep. 04/08/2015, P.G in proc. Agostino e altri, che in Sez. 6, n. 11476 del 19/09/2018 - dep. 14/03/2019, Cavassa Samuel cit.).*

Secondo il predetto indirizzo ermeneutico, dunque, tutte le norme penali italiane che prevedono garanzie e tutele che non equiparano totalmente la famiglia di fatto alla famiglia legittima sarebbero in contrasto con l’art. 8 della CEDU nell’interpretazione datane dalla giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo.

L’assunto, tuttavia, a parere del Tribunale, non appare condivisibile.

Com’è noto, l’art. 8 della CEDU (rubricato “*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*”), al primo paragrafo, statuisce che “*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*”.

Il secondo paragrafo del medesimo articolo precisa che “*non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla*

pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

Non v'è dubbio, come afferma la Cassazione nelle sentenze richiamate, che l'art. 8 della Convenzione sia stato costantemente letto e interpretato dalla Corte EDU come volto a tutelare la "*vita familiare*" in un'accezione ampia, comprensiva non soltanto della famiglia fondata sul matrimonio, ma anche della famiglia di fatto, totalmente deformalizzata, dunque anche non registrata, basata sulla semplice convivenza.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte europea, pur riconoscendo da sempre il valore delle coppie di fatto, non afferma che gli Stati aderenti alla Convenzione debbano necessariamente garantire, specie in materia penale, un'assoluta e indiscriminata parità di trattamento tra queste ultime e quelle unite in matrimonio o comunque parti di unioni civili formalizzate.

Particolarmente illuminante, sul punto, si rivela la sentenza pronunciata dalla Corte EDU (Grande Camera) nella causa Van Der Heijden / Paesi Bassi del 3 aprile 2012, in cui, pur tornando a statuire che la famiglia di fatto, indipendentemente da qualsiasi genere di formalizzazione o registrazione, è indubbiamente meritevole di tutela giuridica da parte degli Stati aderenti, non si può affermare, alla luce delle disposizioni della Convenzione, che vi sia un obbligo di equiparazione del trattamento giuridico tra le coppie fondate sul matrimonio e quelle caratterizzate dalla semplice convivenza *more uxorio*.

Il caso sottoposto all'esame della Corte riguardava, in particolare, una donna che conviveva, da circa 18 anni, con un uomo accusato di omicidio, dal quale aveva avuto due figli, entrambi riconosciuti dal padre.

La Van Der Heijden era stata sanzionata in quanto si era rifiutata di testimoniare nel processo che vedeva imputato il compagno, nel corso del quale la donna aveva sostenuto di avere il diritto di avvalersi della facoltà di astensione prevista dalla legislazione dei Paesi Bassi a beneficio dei coniugi uniti in matrimonio o parti di unioni registrate.

La Corte EDU, nella fattispecie in esame, ha statuito come non si fosse realizzata alcuna violazione dell'art. 8 CEDU, atteso che la norma in quesitone, pur riconoscendo tutela ad ogni forma di famiglia (legittima e di fatto), non postula che gli Stati debbano necessariamente estendere ai conviventi *more uxorio* tutte le garanzie e le tutele previste per le coppie unite in matrimonio.

La Corte, dunque, non ha accolto la tesi della ricorrente secondo cui il rapporto di convivenza *more uxorio*, essendo in termini sociali pari a un matrimonio o a un'unione registrata, dovrebbe avere le stesse conseguenze giuridiche di tali unioni formalizzate, affermando chiaramente che gli Stati hanno il diritto di tracciare una linea di demarcazione tra matrimonio (o unioni registrate) e altri rapporti di fatto. Il Legislatore, dunque, secondo la Corte, ha il diritto di conferire uno statuto speciale al matrimonio o alle unioni registrate e di non attribuirlo ad altri tipi di convivenza di fatto.

La Corte ricorda che la Convenzione sancisce espressamente il diritto di sposarsi (art. 12 CEDU) e che il matrimonio dà luogo a molteplici conseguenze sociali, personali e giuridiche. Parimenti gli effetti giuridici di un'unione registrata la distinguono da altre forme di convivenza.

Secondo la Corte, l'assenza di un accordo giuridicamente vincolante tra la ricorrente e il suo compagno rende il loro rapporto, per quanto definito, fundamentalmente diverso da quello di una coppia sposata o di una coppia in un'unione registrata. Aggiunge poi che, ritenendo il contrario, si creerebbe la necessità di valutare la natura dei rapporti non coniugali o non registrati in una moltitudine di casi individuali e di definire, di volta in volta, le condizioni per

l'assimilazione ad un'unione formalizzata di un rapporto caratterizzato proprio dall'assenza di formalità (punto n. 69 della motivazione).

I Giudici precisano che la ricorrente non ha dedotto che le sia stato impedito di contrarre matrimonio con il suo compagno o di formalizzare un'unione registrata, divieto che, evidentemente, avrebbe conculcato i suoi diritti. La ricorrente ha consapevolmente scelto di non sposarsi e di non formalizzare in alcun modo la sua unione. Dopo aver compiuto tale scelta - secondo la Corte - non può che accettare le conseguenze giuridiche che ne derivano, anche in materia penale, sostanziale e processuale (punto n. 76 della sentenza).

L'assunto secondo cui non sussiste, per gli Stati aderenti, alcun obbligo di equiparazione tra coppie di fatto e coppie *pleno iure*, costituisce peraltro un principio consolidato nella giurisprudenza della CEDU e si rinviene, in termini lessicali sostanzialmente identici, anche in precedenti sentenze dei Giudici di Strasburgo.

Nella causa *Burden / Regno Unito* del 29 aprile 2008, la Corte (Grande Camera), aveva già statuito che matrimonio e unione civile, che le coppie decidono liberamente di contrarre, determinano conseguenze giuridiche che distinguono nettamente questi tipi di relazione da altre forme di convivenza. Si afferma che ciò che rileva non è tanto la durata o il carattere solidale del rapporto, bensì l'esistenza di un'unione formalizzata, che porta con sé un insieme di diritti e di obblighi di natura contrattuale.

Secondo la Corte, non vi può essere analogia tra coppie sposate o formalizzate in un'unione registrata, da un lato, e coppie che scelgono di vivere insieme ma di non diventare marito e moglie o partner civili, dall'altro. Si ribadisce che l'assenza di un accordo giuridicamente vincolante rende il rapporto di convivenza, nonostante l'eventuale lunga durata (come nel caso esaminato dalla Corte), fondamentalmente diverso da quello di una coppia sposata o di un'unione civile: "*the absence of such a legally binding agreement between the applicants renders their relationship of cohabitation, despite its long duration, fundamentally different to that of a married or civil partnership couple*" (punto n. 65 della motivazione).

Anche nella causa *Shackell / Regno Unito* del 27 aprile 2000, la CEDU (Prima Sezione) ha affermato che il matrimonio conferisce ai coniugi uno *status* particolare, con la conseguenza che la posizione di una convivente *more uxorio* non è stata ritenuta paragonabile a quella di una vedova (punto n. 1 della motivazione).

In definitiva, sebbene la Corte EDU abbia reiteratamente affermato che la famiglia di fatto, a prescindere da qualsiasi forma di registrazione, sia indubbiamente meritevole di tutela, ha altrettanto ripetutamente ribadito che la Convenzione EDU (in particolare, l'art. 8, che tutela la vita privata e familiare, e l'art. 14, che sancisce il divieto di discriminazione) non può essere letta nel senso di affermare l'esistenza di un obbligo per gli Stati aderenti di prevedere il medesimo trattamento giuridico per matrimonio, unione civile e convivenza di fatto.

Riecheggiando quanto più volte affermato dalla Corte costituzionale, dunque, la Corte EDU statuisce che rientra nella discrezionalità del Legislatore nazionale prevedere forme di tutela delle coppie di fatto che ben possono risultare differenti rispetto a quelle previste per matrimoni e unioni civili, dunque, per le relazioni formalizzate.

Se così è, non può affermarsi che al "*coniuge*", quale "*prossimo congiunto*", debba necessariamente essere equiparato, sebbene solo *in bonam partem*, il convivente *more uxorio*, atteso che una tale scelta non è stata compiuta dal Legislatore (almeno in maniera generalizzata, per ogni materia e per ognuno dei sottosectori dell'ordinamento), né risulta imposta da alcun principio costituzionale o convenzionale.

Peraltro, non può non evidenziarsi che, soprattutto a seguito della L. 76/2016, l'ordinamento italiano offre alle coppie, dello stesso sesso o di sesso diverso, un'ampia gamma

di opzioni: il matrimonio, nelle sue diverse forme (religioso, civile o concordatario); l'unione civile tra persone dello stesso sesso; la convivenza di fatto registrata; la convivenza di fatto non registrata; con l'ulteriore possibilità, per i conviventi, di stipulare un contratto di convivenza, anche questo, ormai, specificamente disciplinato.

La normativa interna, dunque, garantisce ad ogni singolo individuo, a prescindere dal suo orientamento sessuale, un ampio ventaglio di soluzioni differenziate, a seconda che si intenda formalizzare o meno la propria unione e con quali modalità.

Appare del tutto ragionevole che, a fronte di tale libertà di scelta, scaturiscano effetti giuridici differenti, anche sul terreno penalistico, a seconda della soluzione privilegiata, comportando, ognuna di tali scelte, diritti e obblighi del tutto peculiari.

6.7. PROFILI DI CARATTERE PROBATORIO

Oltre a tali argomenti, di carattere generale in ordine all'eventuale parificazione tra convivente e coniuge, con specifico riferimento all'art. 96 c.p.p., va operata un'ulteriore considerazione di carattere probatorio.

Invero, in disparte il caso della convivenza di fatto registrata ai sensi della L. 76/2016, ammettere il convivente "deformalizzato" alla nomina del difensore dell'indagato, specie nei casi di assoluta urgenza previsti dall'art. 96 c.p.p. (arresto, fermo o custodia cautelare), costringerebbe l'Autorità giudiziaria procedente a porre in essere un sub-procedimento istruttorio, ai sensi dell'art. 187 comma 2 c.p.p. (secondo cui costituiscono oggetto di prova anche i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali), volto ad accertare l'effettività della convivenza (coabitazione, durata, eventuale presenza di figli, esclusione di rapporti giuridici antitetici rispetto alla convivenza *more uxorio*), i cui tempi di definizione sarebbero assai difficilmente compatibili con le esigenze di celerità proprie della fase procedimentale in cui si colloca, con la conseguenza che la norma in esame, anziché costituire una garanzia per l'indagato (*in vinculis* e urgentemente bisognoso di un difensore in vista della convalida dell'arresto o del fermo o per l'impugnazione dell'ordinanza custodiale), ritarderebbe l'assegnazione di una difesa tecnica (di fiducia o d'ufficio).

A bene vedere, inoltre, problemi di carattere probatorio possono porsi anche in ipotesi di convivenze di fatto registrate, atteso che, ai sensi dell'art. 1 comma 36 della L. 76/2016, ai fini della dimostrazione della sussistenza di un rapporto di convivenza è sufficiente la semplice dichiarazione anagrafica: "*Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223*".

V'è da chiedersi, pertanto, se, trattandosi di una semplice dichiarazione, che può essere posta nel nulla in qualsiasi momento mediante identica dichiarazione di segno contrario, senza alcun sostanziale controllo, se non quello, meramente eventuale, relativo alla coabitazione, l'Autorità giudiziaria debba semplicemente prendere atto di tale dichiarazione o se, com'è più ragionevole ritenere, almeno nei casi dubbi, debba compiere accertamenti anche in caso di convivenza di fatto registrata all'anagrafe, al fine di smascherare eventuali simulazioni di rapporti in realtà inesistenti.

In ipotesi di parificazione della convivenza di fatto al matrimonio, pertanto, se si ritenesse sufficiente la mera attestazione anagrafica, rilevantissimi effetti sul piano del diritto e del processo penale rischierebbero di derivare da una semplice autodichiarazione.

6.8. CONCLUSIONI

In conclusione, a parere del Tribunale:

- il concetto di “*prossimi congiunti*” è quello contemplato dall’art. 307 comma 4 c.p.p., valevole, per espressa previsione dello stesso articolo, per l’intera materia penale, sostanziale e processuale;
- nel predetto concetto non rientra il convivente *more uxorio*, non espressamente indicato nell’elenco;
- trattandosi di disposizioni eccezionali, in quanto derogatorie rispetto a principi di carattere generale, non è percorribile la strada dell’interpretazione analogica (considerazione che vale per l’art. 384 c.p., attorno al quale si è sviluppato il più acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia, ma anche per l’art. 96 c.p.p., che ci occupa nel caso di specie);
- sia la lettura costituzionalmente orientata sia la lettura convenzionalmente orientata appaiono impedita dal chiaro tenore letterale della locuzione, sia alla luce della definizione generale offerta dall’art. 307 comma 4 c.p.p., sia in considerazione delle molteplici altre norme sostanziali e processuali cui si è fatto riferimento;
- resterebbe la strada della questione di legittimità costituzionale (in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 117 comma 1 Cost., assumendo gli artt. 8 e 14 della Convenzione EDU come “*norme interposte*”), ma sia la Corte costituzionale sia la Corte EDU hanno più volte chiarito che la totale parificazione tra coppie unite in matrimonio (e, oggi, anche le unioni civili tra persone dello stesso sesso) e coppie di fatto non è una “*soluzione imposta*” né dalla Carta costituzionale, né dalla Convenzione europea, potendo il Legislatore prevedere discipline differenziate per le coppie unite in matrimonio (o che compongono un’unione civile) e le coppie di fatto.

Concludendo: la nomina sostitutiva riservata dall’art. 96 comma 3 c.p.p. ai “*prossimi congiunti*” non è estensibile al convivente *more uxorio*; conseguentemente, è inammissibile l’istanza di riesame formulata dal difensore di fiducia nominato, ai sensi di detta disposizione, dal convivente dell’indagato.

7. IN SINTESI

In virtù delle considerazioni che precedono, il ricorso formulato nell’interesse di Xxx va dichiarato inammissibile sotto molteplici profili, in quanto:

- avanzato in assenza di un “*concreto*” e “*attuale*” interesse all’impugnazione (artt. 568 comma 4 e 591 comma 1 lett. a c.p.p.);
- interposto in una fase procedimentale in cui l’ordinanza custodiale non era ancora impugnabile, in quanto non eseguita materialmente, non notificata formalmente, né (per quanto risultante in atti) conosciuta informalmente (anche per semplice notizia indiretta) dall’indagato (art. 591 comma 1 lett. b c.p.p.);
- presentato da avvocato nominato dalla convivente del prevenuto, non da un prossimo congiunto di quest’ultimo, con conseguente difetto di legittimazione all’impugnazione in capo al difensore (artt. 591 comma 1 lett. a c.p.p.);
- formulato da difensore incaricato con nomina sostitutiva al di fuori delle ipotesi indicate dall’art. 96 comma 3 c.p.p. e dunque da soggetto non legittimato (art. 591 comma 1 lett. a c.p.p.).

P.Q.M.

Visto l'art. 309 c.p.p.,

- 1) dichiara inammissibile il riesame proposto avverso l'ordinanza emessa dal GIP presso il Tribunale di Lecce il 28/9/2020 (depositata in pari data) nei confronti di Xxx;
- 2) condanna il ricorrente al pagamento delle spese della presente fase del procedimento;
- 3) manda alla cancelleria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Lecce in data 3 novembre 2020

IL GIUDICE EST.
Dott. Antonio Gatto

IL PRESIDENTE
Dott. Carlo Cazzella