

Esame avvocato 2013: seconda traccia e svolgimento atto giudiziario in materia di diritto penale

All'esito di perquisizione domiciliare effettuata presso l'abitazione ove convivono i fratelli Tizio e Caio, la Polizia giudiziaria - presente in casa solamente Tizio - procede al sequestro di un quantitativo di sostanza stupefacente del tipo cocaina del peso di grammi 600 circa, oltre a sostanza da taglio e confezioni di bustine di plastica trasparente, il tutto rinvenuto a vista su un pensile della cucina, vicino ad un bilancino elettronico funzionante. Nella stanza di Tizio viene altresì rinvenuta e sequestrata la somma in contanti di 1.200 euro suddivisa in banconote da 10, 20, e 50 euro, custodite in un cassetto dell'armadio; e un'agenda con annotazioni di nomi di persone, numeri di telefono e cifre in denaro poste all'interno del cassetto del comodino. Poco dopo, quando la polizia era ancora presente in casa, giunge anche Caio incensurato a cui viene sequestrata, a seguito di perquisizione personale la somma in contanti di 120 euro che lo stesso aveva nel portafoglio. Tizio e Caio vengono tratti in arresto e nell'interrogatorio all'udienza di convalida innanzi al giudice per le Indagini Preliminari, Tizio si assume la responsabilità esclusiva della disponibilità della sostanza stupefacente; Caio conferma che la sostanza era di proprietà esclusiva del fratello. Con ordinanza emessa all'esito della convalida viene applicata nei confronti di entrambi la misura della custodia cautelare in carcere per il reato di concorso nella detenzione della sostanza stupefacente su indicata.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Caio, rediga l'atto più opportuno evidenziandone le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

Esame d'avvocato 2013: atto giudiziario in materia di diritto penale**di Bruno Fiammella****Possibile soluzione schematica a cura di Altalex**

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

Dopo diverse edizioni dell'esame di abilitazione professionale, in cui l'atto d'appello ha padroneggiato quale tipo di atto assegnato il terzo giorno, quest'anno, è stata invece richiesta al candidato, la stesura di un atto, forse più semplice, per la cui redazione però, occorre una maggiore dimestichezza con l'esercizio effettivo della pratica professionale in tema di diritto processuale penale: una richiesta di riesame avverso l'ordinanza di custodia cautelare in carcere, ex [art. 309 c.p.p.](#)

Occorreva quindi domandarsi, esaminata la traccia, quali fossero i motivi o i presupposti fondanti la richiesta di custodia cautelare in carcere, per poi basare, sulla assenza degli stessi, la conseguente richiesta del riesame da indirizzarsi (ed intestarsi l'atto) nei confronti del Tribunale del Riesame.

La misura cautelare della custodia in carcere comporta la limitazione per il soggetto che la subisce, di uno dei principali diritti esistenti: la libertà personale. E' quindi evidente che il codice di rito ne consenta l'applicazione nel solo rispetto delle garanzie previste dalla Costituzione. Ecco che allora, nello sviluppo dell'atto, l'avvocato deve domandarsi se, in funzione degli elementi a sua disposizione (ed emergenti dalla traccia), si possano riscontrare la violazione di questi principi o garanzie, e quindi costruire, su questi spunti, la propria richiesta di riesame del provvedimento impugnato.

La custodia cautelare in carcere, ex [art. 285 c.p.p.](#), rappresenta lo strumento più grave da adottarsi nei confronti di un soggetto indagato per una fattispecie di reato, in quanto, con il provvedimento che la dispone, il giudice stabilisce che l'imputato debba essere condotto presso un istituto di detenzione. In particolare, questa specifica misura, ex [art. 280 comma 2 c.p.p.](#) è applicabile soltanto per i delitti per i quali sia prevista la pena della reclusione, non inferiore nel massimo a 5 anni (come da recente riforma).

Fondamento per l'applicazione della misura, è l'esistenza, ex [art. 273 c.p.p.](#) dei cosiddetti "gravi indizi di colpevolezza".

Ed allora occorre domandarsi se, dall'esame del testo della traccia, fossero desumibili questi gravi indizi, entrando nel merito della vicenda narrata e del diritto applicabile.

In effetti, dall'esame del testo, non si ritiene potersi configurare a carico di Caio, per il reato contestatogli - concorso in detenzione di sostanza stupefacente - la presenza dei gravi indizi di colpevolezza.

Anzi, è evidente che ci si trovasse in un contesto di assenza di elementi posti a carico dell'indiziato oltre che, per come si dirà, di un elemento a suo discarico: le dichiarazioni dell'altro coindagato. Il presunto coinvolgimento di Caio nei fatti *de quo* deriverebbe da un unico elemento emerso dalle indagini: il fatto che Caio fosse convivente di Tizio (in quanto, tra l'altro, fratello dello stesso). Vi è quindi, da un lato, un'assenza di prova in relazione alla riconducibilità in capo all'indagato della detenzione delle sostanze stupefacenti e, soprattutto, la mancata considerazione, alla luce della giurisprudenza più recente, in ordine alla differenza che intercorre tra la mera connivenza (non punibile) ed il concorso nel reato (punibile).

Sul punto, in tema di detenzione di sostanze stupefacenti, la distinzione tra connivenza non punibile e concorso nel reato, è data dalla autorevole considerazione in base alla quale "mentre la prima postula che l'agente mantenga un comportamento meramente passivo, inidoneo ad apportare alcun contributo alla realizzazione del reato, nel concorso di persona è richiesto, invece, un contributo partecipativo - morale o materiale - alla condotta criminosa altrui, caratterizzato, sotto il profilo psicologico, dalla coscienza e volontà di arrecare un contributo concorsuale alla realizzazione dell'evento illecito" ([Cass. Sez VI, sent. n. 14606 del 2010](#) e [Cass., sez. III, sentenza 23788/2012](#)).

Tali principi sono stati applicati dal Supremo Collegio proprio in un caso simile a quello espresso nella traccia, e cioè nel caso concernente la coltivazione di piante stupefacenti in un appartamento abitato da più persone. In quel contesto, ha rilevato la Corte, la circostanza che una o più di esse sia

responsabile della coltivazione, non comporta l'automatico concorso degli altri coinquilini, ove non si accerti l'esistenza di un contributo concorsuale che deve essere, tra l'altro, specificamente indicato nella motivazione dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva.

In assenza di ogni altro indizio o elemento atto a far desumere ragioni valide per l'esistenza di un concorso, si deve ritenere che non vi sia fondamento per desumere una corresponsabilità di Caio. Nessun elemento infatti emerge da poter ricondurre, in capo a Caio, né la conoscenza del traffico illecito di stupefacenti svolta dal fratello, né, un suo coinvolgimento ad alcun titolo nello stesso. La stessa agendina con i nomi dei contatti è stata rinvenuta nella stanza di tizio, per cui non è provato che Caio ne fosse a conoscenza.

Non solo: il denaro sequestrato a Caio è frutto di una perquisizione personale su di lui eseguita, ed è una cifra compatibile (Euro 120) con quella modica da ritenersi nella disponibilità di chiunque, ma certamente non può essere considerata indiziante di una partecipazione all'attività di spaccio.

Si aggiunga la dichiarazione resa in sede di arresto dal fratello Tizio che scagiona da ogni addebito Caio.

La motivazione addotta dal giudice, in ordine ai gravi indizi di colpevolezza posti a carico di Caio, quindi, non risulta idonea a sorreggere l'applicazione della misura, essendo insufficienti gli indizi a suo carico.

In ordine alla sussistenza (o insussistenza) delle esigenze cautelari e della conseguente violazione dell'[art. 274 c.p.p.](#)

L'[art. 274 c.p.p.](#) predispone un elenco delle ipotesi in cui è possibile applicare una misura cautelare. In particolare la stessa è applicabile quando ci si trova di fronte *“a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio”* oppure quando *“l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga ...”*; oppure ancora *“quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale ...”*.

E' evidente, anche in questo contesto che non sussistono gli elementi richiesti dalla normativa per l'applicazione della misura. Caio è incensurato; non vi è rischio e pericolo alcuno in ordine al compimento di ulteriori delitti con l'uso delle armi, né si può rinvenire il rischio di inquinamento di alcuna fonte di prova, atteso che è già avvenuto il sequestro del materiale rinvenuto in casa.

Proprio in tema di applicazione delle misure cautelari personali, il parametro utilizzato dal giudice deve essere quello della “concretezza” del pericolo della reiterazione dei reati, elemento che non può essere affidato ad analisi di natura congetturale ed astratta, ma deve invece fondarsi su dati di fatto, oggettivi e indicativi delle inclinazioni comportamentali e della personalità del soggetto ([Cass. pen., sez. VI, sent. n. 38763 del 2012](#)). Elementi che non sussistono nel caso di specie.

Non sussiste, infine, il pericolo di fuga. Tale pericolo infatti deve essere concreto e, pur non esigendo i segni di un'attività già in atto, richiede per la sua sussistenza la presenza di elementi indicativi della volontà di sottrarsi alla giustizia, anche in questo contesto non potendo l'apprezzamento sugli stessi, essere circoscritto a delle considerazioni generiche. ([Cass. pen., sez. IV, sent. n. 18851 del 2012](#)).

Infine, in ordine a quanto previsto dall'[art. 275 c.p.p.](#), tra l'altro recentemente parzialmente "riformato" a seguito della sentenza della [Corte Costituzionale n. 213 del 2013](#), è possibile ritenere che la misura adottata nei confronti di Caio sia inadeguata ed eccessivamente afflittiva. Deve essere infatti rispettato sia il principio di proporzionalità che quello della adeguatezza (ex [art. 275 c.p.p.](#)) commisurando la misura cautelare da adottarsi alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, ... "secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale" ([Cass. pen., sez. II, sent. n. 47949 del 2011](#)).

Ed in questo senso il candidato poteva proporre, motivando, l'applicazione di misure meno afflittive.

L'atto andava quindi concluso con la richiesta inoltrata al Tribunale del Riesame (eventualmente previa riserva di produrre ulteriori motivi prima della discussione) di annullamento dell'ordinanza applicativa della misura della custodia cautelare in carcere, in subordine, con la richiesta di riforma della suddetta ordinanza attraverso l'applicazione di una misura meno afflittiva.

Ci si poteva domandare se fosse o meno necessario aggiungere la nomina del difensore di fiducia in calce all'atto. In realtà, facendo riferimento ad un contesto reale e non teorico, la nomina in questi casi specifici (riesame) è già stata effettuata dall'indagato (all'atto dell'arresto o rilasciata per l'udienza di convalida) e, pertanto, il candidato avrebbe potuto scrivere "giusta nomina in atti". Potrebbe però anche essere che in sede di convalida ci si sia avvalsi di un difensore d'ufficio. E allora si poteva anche inserire la nomina in calce all'atto, senza che questo creasse particolari problemi per la valutazione, atteso che si tratta di un elemento non esplicitamente deducibile dalla traccia.