

IL FUMUS DELICTI NEL SEQUESTRO PREVENTIVO (*)

Piero Gualtieri

1. I PRECEDENTI NORMATIVI E LE TIPOLOGIE DI SEQUESTRO PREVENTIVO

Nel corso degli anni settanta si è sviluppata e consolidata una elaborazione giurisprudenziale che “*fra prassi devianti e prassi promozionali*”¹ ha progressivamente superato le tradizionali finalità probatorie del sequestro penale e attribuito all’istituto anche una funzione preventiva, volta ad impedire la reiterazione della condotta illecita (specie se lesiva di interessi collettivi) e fondata sulla previsione dell’art. 219 c.p.p. 1930 (che riconosceva alla polizia giudiziaria il potere-dovere di impedire che i reati “vengano portati a conseguenze ulteriori”) e sull’assegnazione al sequestro del fine di assicurare la confisca, in riferimento all’art. 622 stesso codice²: sicché la misura risulta-

va assai vicina all’applicazione provvisoria di pene accessorie³.

La Corte costituzionale, d’altronde, aveva avallato queste tendenze, osservando, in tema di film, che un semplice sospetto di oscenità consentiva al p.m. di sottoporre l’opera a sequestro, il quale coinvolgeva tutte le copie in proiezione sul territorio nazionale, secondo una prassi ormai in atto e pur in assenza di alcuna specifica disposizione di legge: ed ha aggiunto che la misura rappresentava un ulteriore mezzo di prevenzione e che la estensione si giustificava, non in base ad esigenze probatorie processuali, per la cui soddisfazione sarebbe stato sufficiente il sequestro di una o più copie soltanto della pellicola, “bensì per esigenze cautelari, volte ad impedire che con la potenzialità offensiva di numerose copie della pellicola

(*) Il presente contributo è stato oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Scientifico.

¹ Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della coercizione reale nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1982, 1073.

² Cfr., *ex plurimis*, *Cass.*, sez. un., 24 novembre 1984, Messina, *Cass. pen.*, 1985, 1040; *Cass.*, 13 luglio 1981, Farina, in Banca dati *La legge plus*; v. anche Grifantini, *Riesame del sequestro e valutazione dei presupposti nella giurisprudenza sul*

c.p.p. del 1930 e nel c.p.p. del 1988, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 212, e per una analisi delle posizioni prevalentemente critiche della dottrina Paolozzi, *Il sequestro penale*, Padova, 1984, 4.

³ Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo*, cit., 1081; si veda per un quadro generale della disciplina previgente D’Onofrio, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1998, 1 ss.

contemporaneamente proiettate in luoghi diversi vengano a perpetrarsi più violazioni del medesimo precetto penale”⁴.

Il legislatore del 1988 è intervenuto per dare una regolamentazione organica ad una materia che, sia pure in termini sfumati e non privi di sfasature sistematiche, non disconosceva il fine preventivo della coercizione reale e aveva visto affacciarsi sempre più frequentemente l’adozione di misure volte ad interrompere l’*iter* criminoso o ad impedire la commissione di nuovi reati.

In proposito nella Relazione al progetto preliminare è stato evidenziato come la potenzialità lesiva di diritti costituzionali che si ricollegano all’uso della cosa sequestrata avesse reso “necessaria una previsione normativa tale da obbligare il giudice ad enunciare le finalità della misura al momento della sua applicazione, in modo da consentire sempre, alla persona che ne è colpita, di provocare un controllo sul merito e sulla legittimità della stessa, anche per quanto attiene alla ragione d’essere della sua persistenza. Si è ritenuto infine di sottolineare che fondamento dell’istituto in questione resta l’esigenza cautelare: precisamente quella di tutela della collettività con riferimento al protrarsi dell’attività criminosa e dei suoi effetti”⁵.

L’intenzione dichiarata era quindi quella di creare un quadro normativo dai contorni precisi, onde limitare il

rischio di abusi e ottenere un “equilibrio fra difesa sociale e garantismo”⁶, attraverso una riserva di giurisdizione e un principio di tassatività, assegnando al solo giudice il potere di disporre la misura e determinandone i casi⁷.

Ma questi lodevoli obiettivi sono stati traditi da carenze normative e soprattutto da poco garantiste applicazioni giurisprudenziali e sostanzialmente vanificati con l’introduzione del sequestro finalizzato alla confisca per equivalente.

Bisogna anche precisare preliminarmente che in realtà esiste una molteplicità di sequestri preventivi, ciascuno con proprie peculiari caratteristiche.

Nell’art. 321, comma 1, c.p.p. trova la sua disciplina il sequestro preventivo c.d. impeditivo, ispirato all’esigenza di evitare che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravarne o protrarne le conseguenze o agevolare la commissione di altri reati, mentre il comma 2 regola quello finalizzato alla confisca, facoltativa o obbligatoria, delle stesse cose.

E’ stata recentemente introdotta con il d.l. 3.12.2013 una nuova forma di sequestro preventivo relativa agli stabilimenti di interesse nazionale (almeno 200 lavoratori occupati da almeno un anno), ove la misura non ha, singolarmente, la finalità di inibire un’attività, bensì di consentire una

⁴ C. cost., 27 marzo 1975, n. 82, in Banca dati *La Legge Plus*.

⁵ Relazione al progetto preliminare, in *Dir. e giustizia*, 1988, 175.

⁶ Amodio, *Misure cautelari reali*, in *Comm. Amodio-Domioni*, III, Milano, 1990, 241.

⁷ Amodio, *ivi*, 248; Olivero, *Sequestro preventivo*, in *Comm. Chiavario*, Agg. I, Torino, 1993, 590; Selvaggi, *Art. 321 c.p.p.*, in *Comm. Chiavario*, Torino, 1990, III, 362; in giurisprudenza, Cass., 11 febbraio 1998, n. 4169, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 440.

facoltà d'uso controllata dei beni aziendali.

Ha altresì avuto una espansione esponenziale il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, nel quale è stato reciso il nesso di pertinenza tra reato e *res*: e in questa categoria assume una notevolissima importanza il sequestro disciplinato dall'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992, la cui applicazione è stata nel tempo continuamente estesa e che ha la caratteristica di portare all'applicazione della misura in caso di condanna per uno dei numerosi reati previsti dalla norma allorché l'indagato non giustifichi la provenienza dei beni dei quali egli abbia a qualsiasi titolo la disponibilità, anche per interposta persona, con alcune analogie con il sequestro di prevenzione, specie in materia di esecuzione e amministrazione.

Vi è, infine, il sequestro preventivo introdotto con il d. lg. 8.6.2001 n. 231, che riguarda la responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato degli enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica (artt. 19 e 53), per determinate tipologie di reato (tra i quali mancano incredibilmente quelli tributari).

Va anche segnalata l'esistenza di una serie di profili problematici, di carattere generale o riferito alla singola tipologia di sequestro, in materia di individuazione del giudice competente alla sua applicazione (vi è in particolare un vuoto normativo relativamente al giudice dell'udienza preliminare), di esecuzione della misura e di amministrazione dei beni ad essa assoggettati (specie in relazione ai

rapporti con il sequestro di prevenzione), di tutela dei terzi in buona fede, di garanzie difensive anche in tema di gravami (la cui labilità normativa è aggravata da indirizzi giurisprudenziali molto restrittivi) e recentemente si sta sviluppando un dibattito in tema di confisca senza condanna, derivante dalla sentenza 26.3.2015 n. 49 della corte costituzionale (che ha proposto una non condivisibile lettura della giurisprudenza della corte e.d.u.) e ha portato alla rimessione della questione alle sezioni unite (ord. Sez. VI, 26.3.2015).

Nell'impossibilità di trattare questa pluralità di argomenti, soffermeremo la nostra attenzione su uno dei punti più incerti e delicati, rappresentato dal corretto inquadramento del *fumus delicti*.

2. LA NATURA DEL SEQUESTRO PREVISTO DALL'ART. 321 C.P.P.

Dal punto di vista sistematico, il sequestro preventivo è stato collocato fra le misure cautelari reali e reso del tutto indipendente dal sequestro probatorio (disciplinato nell'ambito dei mezzi di ricerca delle prove), ad ulteriore dimostrazione della consapevolezza del legislatore della sua potenzialità afflittiva su diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti, non dissimile da quella dei provvedimenti di coercizione personale⁸.

Come si è già accennato, l'obbiettivo era dunque di offrire una base unitaria a figure disperse nelle leggi speciali e

⁸ Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, 121; Selvaggi, *ivi*, 362.

affioranti in modo frammentario nell'abrogato codice, delineando nell'art. 321, 1° e 2° comma, c.p.p. due specifiche ipotesi applicative autonome fra loro, la prima (c.d. sequestro impeditivo) diretta ad evitare il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso, ovvero agevolare la commissione di altri reati, la seconda funzionale alla confisca, a sua volta graduata tra le ipotesi in cui tale misura è facoltativa o obbligatoria⁹.

Il sequestro preventivo è connotato dai caratteri propri degli istituti cautelari, vale a dire la provvisorietà, intesa come limitazione degli effetti ad un periodo di tempo determinato, e la strumentalità, come preordinazione della misura all'emissione di un successivo provvedimento definitivo¹⁰, ed è subordinato alla sussistenza degli elementi tipici di ogni misura cautelare, il *fumus delicti* e il *periculum in mora*.

Va anche precisato che l'art. 321, 1° comma, c.p.p. identifica quale oggetto della misura la "cosa pertinente al reato", la quale, secondo il legislatore, assume un significato scarsamente delimitativo, per cui si è preferito porre l'accento sui fini della misura, piuttosto

che sulla caratterizzazione delle cose materiali destinate ad esserne oggetto¹¹.

Tale nozione, peraltro, è più ampia di quella di corpo del reato, definita dall'art. 253 c.p.p., ed è comprensiva non solo delle cose sulle quali o a mezzo delle quali il reato è stato commesso o che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, ma anche di quelle legate solo indirettamente alla fattispecie criminosa, purché il rapporto con l'illecito penale non sia meramente occasionale¹².

Al fine di evitare una indiscriminata compressione del diritto di proprietà e di uso del bene, il presupposto del nesso pertinenziale della cosa al reato deve essere oggetto di congrua motivazione da parte del giudice sia con riguardo al profilo della specifica, intrinseca e stabile strumentalità della cosa sottoposta a sequestro all'attività illecita che si ritiene commessa dall'indagato, sia con riferimento alla

¹¹ Relazione al progetto preliminare, in *Dir. e giustizia*, 1988, 175.

¹² Si veda in termini Cass., V, 12 marzo 2015, n. 10854, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., V, 28 maggio 2014, n. 26444, in *CED Cass.*, rv. 259850; è stato altresì osservato che tale concetto è stato dettato allo scopo di allargare l'area di operatività del sequestro preventivo rispetto al passato, disancorandolo dai confini delle cose di cui è consentita la confisca, per cui, sebbene non espressamente richiamato dall'art. 321 c.p.p., il corpo del reato deve pertanto ritenersi compreso nel concetto di cosa confiscabile oltre che di cosa pertinente al reato: Cass., VI, 11 dicembre 1998, Tesone, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 721; Cass., V, 9 giugno 1998, n. 1671, in *CED Cass.*, rv. 210928; Cass., III, 19 maggio 1995, n. 1236, in *CED Cass.*, rv. 202380; Cass., I, 18 giugno 1994, n. 2254, in *CED Cass.*, rv. 198319; *contra*, Cass., III, 16 novembre 1990, Monti, in *CED Cass.*, rv. 185782, ha sostenuto che il corpo del reato non rientra nella previsione dell'art. 321 ed è passibile esclusivamente di sequestro probatorio ex art. 253; cfr. sul punto anche Balducci, *op. cit.*, 149; Fiore, *Accertamento dei presupposti e problematiche in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 1995, 561.

⁹ Si veda la Relazione al progetto preliminare, cit., 175, ove si afferma che il legame fra sequestro e confisca è stato fatto riaffiorare, come previsione specifica e autonoma, nel 2° comma; cfr. anche Mendoza, *Sequestro preventivo tipico e sequestro preventivo funzionale alla confisca*, in *Cass. pen.*, 1995, 3460, e in giurisprudenza Cass., sez. un., 3 dicembre 1994, n. 9, in *CED Cass.*, rv. 199173; Cass., VI, 17 marzo 1994, n. 151, in *CED Cass.*, rv. 198258; Cass., I, 23 giugno 1993, n. 2994, in *CED Cass.*, rv. 194824; Cass., III, 8 luglio 1992, n. 1268, in *CED Cass.*, rv. 191819.

¹⁰ Castellano-Montagna, *Misure cautelari reali*, in *Digesto it.*, VIII, Torino, 1994, 100.

possibilità che quell'attività venga reiterata o aggravata¹³.

Il giudice deve quindi compiere una valutazione rigorosa e motivata del cennato pericolo, alla luce di una pluralità di elementi oggettivi e soggettivi, tra i quali vanno annoverati la natura della cosa, la sua connessione strumentale con il reato e/o i reati futuri possibili, la destinazione occasionale o stabile alla commissione dell'illecito, la personalità dell'imputato o indagato e le circostanze dell'impiego della *res* nella commissione del reato stesso¹⁴.

Il requisito della "pertinenza" deve inoltre essere preso in esame in relazione a tale strumentalità del bene, in quanto la peculiarità della funzione del sequestro preventivo prescinde dalla liceità o meno delle cose oggettivamente considerate, assumendo rilievo, invece, la destinazione sia pure indiretta delle stesse a fungere da mezzo di commissione di altri reati¹⁵.

¹³ Cass., V, 30 ottobre 2014, n. 52251, in *CED Cass.*, rv. 262164; Cass., VI, 18 luglio 2012, n.32807, in *CED Cass.*, rv. 253219; Cass., III, 15 dicembre 2006, n. 40964, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 450; Cass., V, 30 gennaio 2004, n. 3619, in Banca dati *La Legge Plus* ; Cass., VI, 11 novembre 2003, n. 42987, in *CED Cass.*, rv. 227620; Cass., III, 7 marzo 2001, n. 9507, in *CED Cass.*, rv. 218713; Cass., III, 2 marzo 1996, n. 490, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 83; sulla variegata applicazione di questi principi in materia di immobili cfr. Gualtieri P., *Art. 321 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, Milano, 2010, 3939 ss.

¹⁴ Cass., V, 28 maggio 2014, n. 26444, in *CED Cass.*, rv. 259850; Cass., VI, 18 febbraio 2014, n. 18766, in *CED Cass.*, rv. 259131; Cass., VI, 18 luglio 2012, n. 32807, in *CED Cass.*, rv. 253219; Cass., VI, 27 settembre 1999, n. 4003, in *CED Cass.*, rv. 214621; Cass., VI, 18 giugno 1998, n. 469, in *CED Cass.*, rv. 211131; Cass., III, 21 giugno 1994, n. 1510, in *CED Cass.*, rv. 198181.

¹⁵ Cass., III, 27 settembre 1999, 4003, in *CED Cass.*, rv. 214621; Cass., III, 20 giugno 1995, n. 3017, in *CED Cass.*, rv. 201910; Cass., II, 22 ottobre 1993, n. 3947, in *CED Cass.*, rv. 195229; Cass., III, 23 marzo 1993, n. 337, in *CED Cass.*, rv. 193403; Cass., VI, 21 febbraio 1994, n. 668, in *Giur. it.*, 1995, II, 576, nella quale è stato considerato ammissibile il sequestro preventivo di quote di una società a responsabilità limitata, in quanto esso non colpisce la società o il suo patrimonio, ma il diritto del socio.

Il sequestro preventivo può colpire tanto i beni mobili quanto quelli immobili¹⁶ e gli animali, i quali sono assimilati alle cose anche ai fini processuali, secondo i principi civilistici¹⁷.

La nuova formulazione degli artt. 104 e 104 *bis* disp. att. e coord. c.p.p. non lascia dubbi in ordine alla possibilità di disporre il sequestro preventivo di un'azienda o di beni produttivi, espressamente disciplinato in tali norme.

3.1. IL FUMUS DELICTI

La volontà del legislatore, enunciata nella Relazione al progetto preliminare del nuovo codice, di creare un quadro normativo dai contorni precisi, onde limitare il rischio di abusi e ottenere un equilibrio tra difesa sociale e garantismo, non ha avuto una soddisfacente attuazione, con particolare riguardo al *fumus delicti*.

In proposito, l'art. 321 è avaro di indicazioni, limitandosi ad un sintetico e molto generico riferimento alla esigenza di evitare che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravarne o protrarne le conseguenze o agevolare la commissione di nuovi reati.

Tali carenze nella disciplina dei presupposti applicativi dell'istituto hanno comportato serie conseguenze negative in termini di garanzie.

A differenza di quanto previsto per le misure cautelari personali, non vi è alcun riferimento né ai profili soggettivi di colui che detiene la cosa

¹⁶ Cass., VI, 7 giugno 1995, n. 1022, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 25 ottobre 1993, n. 2643, in *CED Cass.*, rv. 196715.

¹⁷ Cass., I, 6 marzo 1995, n. 373, in *CED Cass.*, rv. 200434.

pericolosa, né tanto meno alla correlata sussistenza di gravi indizi di colpevolezza.

3.2 LE OPINIONI DELLA DOTTRINA

A questo riguardo, la dottrina ha espresso opinioni variegata.

Alcuni Autori hanno evidenziato lo stretto parallelismo con le misure cautelari personali (specie quelle interdittive) e da questo dedotto la necessità di subordinare il sequestro preventivo all'esistenza di gravi indizi di colpevolezza¹⁸.

Altri considerano sufficiente la sussistenza di "precisi indizi di reato, il cui collegamento alla commissione del fatto risulti in maniera certa e univoca", e la "coincidenza fra fattispecie concreta e fattispecie legale ipotizzata"¹⁹.

Altri ancora sostengono che l'esercizio del potere cautelare deve essere condizionato dalla sussistenza di un quadro indiziario grave, sia in ordine all'avvenuta commissione del reato per cui si procede, sia in ordine alla pertinenza del bene da sottoporre a sequestro al reato stesso, sia in ordine al rischio che la libera disponibilità

della cosa può costituire in relazione al quadro criminoso attuale²⁰.

Ed infine, c'è chi ritiene sufficiente per integrare il *fumus* una indagine, nei termini di sommarietà e provvisorietà propri delle indagini preliminari, mirante ad accertare la corrispondenza fra fattispecie astratta e fattispecie reale²¹.

3.3 LE VALUTAZIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

In materia è presto intervenuta una decisione delle Sezioni Unite, che, chiamate a risolvere altro contrasto, hanno però affermato i principi che in sede di applicazione di una misura cautelare reale, ai fini della doverosa verifica della legittimità del provvedimento "è preclusa ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi" e che il controllo del giudice non può investire la concreta fondatezza dell'accusa, ma deve limitarsi "all'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato"²².

La decisione ha fortemente condizionato i successivi sviluppi applicativi, che, come vedremo più avanti, si sono ad essa adeguati, spesso attraverso apodittici richiami.

Questo orientamento delle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione ha portato a sollevare una questione di

¹⁸ Balducci, *op. cit.*, 143; Cirulli, *tema di presupposti del sequestro preventivo*, in *Giur.it.*, 1992, 316; Selvaggi, *Art. 321*, cit., 362, implicitamente.

¹⁹ Galantini, *Art. 321 c.p.p.*, in *Comm. Amodio-Dominioni*, III, Milano, 1990, 270; Lattanzi F., *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 1995, 355, parla di "gravi indizi di reato"; Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 557, osserva: "nessun accenno ai gravi indizi, ma (a parte la confisca obbligatoria ex art. 240, 2° comma, n. 2, c.p.) è requisito implicito nell'idea della cosa pertinente al reato; l'imputazione li presuppone; durante le indagini preliminari bisogna valutarli"; Ramajoli, *Le misure cautelari personali e reali nel codice di procedura penale*, Padova, 1996, 202.

²⁰ Fiore, *Accertamento dei presupposti e problematiche tema di sequestro preventivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 558.

²¹ Bevere, *Coercizione reale, limiti e garanzie*, Milano, 1999, 22.

²² Cass., sez. un., 23 aprile 1993, n. 4, in *Cass. pen.*, 1993, 1969.

legittimità costituzionale per contrasto degli artt. 321 e 324 c.p.p. con gli artt. 24, 97, 111 e 42 Cost.

A parere del rimettente, sarebbe anzitutto compromesso il diritto di difesa in quanto, dovendosi il tribunale astenersi da apprezzamenti relativi alla sussistenza degli indizi ed alla relativa gravità, diverrebbe irrilevante per l'indagato qualsiasi sua difesa sul merito. Le disposizioni denunciate violerebbero, poi, gli artt. 97 e 111 Cost., poiché la decisione del giudice si risolverebbe in una "operazione burocratica di mera ratifica" e lederebbe il principio di buon andamento dell'amministrazione giudiziaria, mentre la mancata delibazione degli indizi di colpevolezza e della loro gravità non consentirebbe una motivazione "concreta", con la necessaria esplicitazione delle ragioni per le quali si fa luogo o meno alla compressione di un diritto soggettivo, costituzionalmente tutelato, come quello di proprietà, con conseguente contrasto con l'art. 42, 2° comma, Cost., per essere prevista una limitazione di questo diritto, al di fuori degli scopi e della funzione di cui alla riserva di legge, enunciata dall'indicato parametro.

La Corte costituzionale ha però dichiarato non fondata la questione, osservando che, pur essendo stati tracciati marcati parallelismi tra le cautele reali e quelle personali, il codice non si è spinto al punto da aver assimilato in *toto* le condizioni che devono assistere le due specie di misure. La scelta di non richiamare per le misure cautelari reali i presupposti sanciti dall'art. 273 c.p.p. per le misure

cautelari personali (fra i quali la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza) non contrasta con l'art. 24 Cost. poiché il diritto di difesa ammette diversità di disciplina in rapporto alla varietà delle sedi e degli istituti processuali in cui lo stesso è esercitato, e i valori che l'ordinamento prende in considerazione sono graduabili fra loro: da un lato, l'inviolabilità della libertà personale, e, dall'altro, la libera disponibilità dei beni, che la legge ben può temperare in funzione degli interessi collettivi che vengono ad essere coinvolti.

Secondo il giudice delle leggi il sequestro preventivo attiene, infatti, a "cose" che presentano un tasso di "pericolosità" tale da giustificare l'imposizione della cautela, e, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di "colpevolezza", proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso, ma su beni che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardati dall'ordinamento quali strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo, come dimostrano le ipotesi della confisca obbligatoria, del "blocco dei beni" nel caso di sequestro di persona in base alle disposizioni dettate dal d.l. 15-1-1991, n. 8, e, più in generale, del sequestro a carico di terzi: l'istituto, quindi, non può essere "costruito" in modo speculare alle misure cautelari personali.

D'altro canto, ove si introducesse in sede di gravame un potere di controllo

sul merito della regiudicanda, si assisterebbe ad una specie di “processo nel processo” che sposterebbe, allargandolo, il tema del decidere da quello suo proprio della verifica del pericolo della libera disponibilità di taluni beni, all’oggetto del procedimento principale.

Tuttavia, potendo essere oggetto della misura “le cose pertinenti al reato” (locuzione volutamente ampia ed indistinta che assorbe quella, più circoscritta, di “corpo di reato” definito dall’art. 253 c.p.p.) è evidente che al giudice sia fatto carico di verificare che esista un reato, quanto meno nella sua astratta configurabilità, e che ricorra l’integralità dei presupposti legittimanti la misura, attraverso un controllo non burocratico, ma pienamente satisfattivo del corrispondente obbligo di motivazione prescritto per tutti i provvedimenti giurisdizionali.

Sicché la difesa ben può volgersi a contestare l’esistenza della fattispecie dedotta, proprio perché questa funge da necessario referente che individua il predetto nesso di pertinenzialità: e non è a dirsi che tale verifica non possa in alcun modo spingersi “all’esame del fatto per il quale si procede”²³.

A nostro avviso la soluzione cui è pervenuta la Corte costituzionale è insoddisfacente, poiché nella decisione è stato fornito un quadro di riferimento interpretativo abbastanza angusto sotto il profilo delle garanzie.

Lascia in particolare perplessi il riferimento alla impossibilità di procedere ad una verifica approfondita della fondatezza dell’imputazione

(processo nel processo), a differenza di quanto previsto per le misure cautelari personali: e se è certamente vero che i presupposti delle due tipologie di misure sono diversi e l’indagine richiesta per limitare la libertà personale, allo stato attuale della legislazione, si risolve in una prognosi di colpevolezza tanto penetrante da richiedere anche una previsione della pena, anche le misure cautelari reali attingono diritti costituzionalmente garantiti, ragion per cui la valutazione dei presupposti del sequestro preventivo deve essere penetrante e tale analisi trasferita nella motivazione del provvedimento. Altrimenti, sarebbe inutile aver introdotto la garanzia giurisdizionale.

In proposito va rilevato che lo stesso giudice delle leggi si è infatti ripetutamente espresso nel senso che “la costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”, quali quelli espressamente indicati nell’art. 139 Cost. ed altri che, pur non essendo ivi menzionati, “appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” ed hanno “una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale”, come quelli disciplinati negli artt. 1, 2, 3 e 4 Cost., rivendicando a sé il potere di esercitare il relativo controllo²⁴.

Orbene, ferma restando l’opinabilità dell’autoinvestitura per la verifica della

²³ C. cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in Banca dati *La Legge Plus*.

²⁴ C. cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, in Banca dati *La Legge Plus*; si vedano anche nello stesso senso, *ex plurimis*, C. cost., 12 aprile 1989, n. 203, in Banca dati *La Legge Plus*, nonché le numerose decisioni in esse richiamate.

legittimità delle leggi di revisione costituzionale²⁵, è vero che nella costituzione è rinvenibile una graduazione nelle garanzie, con collocazione in posizione di preminenza dei “diritti inviolabili” dell’uomo, secondo l’enunciazione contenuta nell’art. 4.

Vi sono in effetti alcune disposizioni nelle quali, appunto, il diritto tutelato viene definito “inviolabile” (artt. 13, 14 e 15, che riguardano la libertà personale, del domicilio e delle comunicazioni) e pur tuttavia è suscettibile di essere compresso, in misura differenziata in riferimento ai diversi valori protetti, da tassative disposizioni: in altre le garanzie sono meno rigorose, come ad esempio avviene per il diritto di sciopero (art. 40), l’iniziativa economica privata (art.41), l’indipendenza del p.m. (art. 107, 4° comma), la durata ragionevole del processo (art. 111, 1° comma), la cui regolamentazione è rimessa al legislatore ordinario.

Il diritto di difesa è invece definito “inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”, senza eccezioni, e la sua posizione di preminenza è rafforzata dalla previsione che ogni

²⁵ La Corte ha precisato in proposito che “non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si verrebbe all’assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”: ma questo ergersi a garante dei principi supremi dell’ordinamento appare un’auto investitura priva di riscontri normativi, poiché l’art. 1, l. Cost. 11-3-1953, n. 1, stabilisce che la Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti e alle condizioni di cui alla carta costituzionale e l’art. 28, l. 11-3-1953, n. 87, prescrive che il controllo di legittimità esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sul potere discrezionale del parlamento.

processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo, imparziale e soggetto soltanto alla legge (artt. 111, 2° comma, e 101, 2° comma).

Tanto vero che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto che il principio di durata ragionevole del processo non può comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di difesa, il quale assume nella disciplina processuale valore preminente, essendo inserito nel quadro dei diritti inviolabili della persona e dovendo, appunto, essere tutelato in ogni stato e grado del procedimento²⁶.

Assume altresì rilievo l’art. 6 Conv. EDU in relazione al quale i giudici di Strasburgo hanno da tempo sancito che il fine della convenzione “è proteggere diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi”²⁷ e che tale principio di effettività della difesa deve trovare applicazione relativamente alle varie fasi del procedimento, per cui esso s’impone già in quelle anteriori al giudizio, seppure il relativo

²⁶ Così già C. cost., 28 giugno 1995, n. 280, in Banca dati *La Legge Plus*, e successivamente C. cost., 9 febbraio 2001, n. 32, in Banca dati *La Legge Plus*; C. cost., ord. 22 giugno 2001, n. 204, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 975; C. cost., ord. 19 novembre 2002, n. 458, *ivi*, 2003, 482; C. cost., ord. 24 aprile 2002 n. 137, in Banca dati *La Legge Plus*; C. cost., ord. 4 dicembre 2002, n. 519, *ivi*; C. cost., 15 luglio 2003, n. 251, *ivi*; C. cost., 23 dicembre 2004, n. 418, *ivi*; C. cost., 12 aprile 2005, n. 148, *ivi*.

²⁷ Si vedano, volendo, Gualtieri P., *Difensore (proc. pen.)*, in *Diz. Cassese*, III, Milano, 2006, 1817, nonché *ex multis* Corte e.d.u., 13 maggio 1980, Artico c. Italia, in *Foro it.*, 1980, IV, 141; Corte e.d.u., 9 aprile 1984, Goddi c. Italia, in *Foro it.*, 1985, IV, 53; Corte e.d.u., 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Svizzera, in Banca dati *La Legge Plus*; Corte e.d.u., 22 settembre 1994, Lala c. Olanda, in *Leg. pen.*, 1995, 329; Corte e.d.u., 21 aprile 1998, Daud c. Portogallo, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 971; Corte e.d.u., 10 ottobre 2002, Czekalla c. Portogallo, in *Cass. pen.*, 2003, 1714; Corte e.d.u., 27 aprile 2006, Sannino c. Italia, in Banca dati *La Legge Plus*; Corte e.d.u., 25 aprile 2006, Puig Panella c. Spagna, in *Guida dir.*, 2006, 4, 76.

accertamento vada operato avendo riguardo alle “particolarità della procedura” e alle “circostanze della causa”,²⁸.

Non sembra che queste osservazioni e il rammentato granitico indirizzo sulla esistenza nella costituzione di principi supremi non modificabili nel loro contenuto essenziale, possano essere messo in discussione da una recente decisione, ove è stato affermato che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri: conseguentemente, la tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”, poiché, se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona²⁹.

A nostro avviso, tale assunto non è idoneo a scalfire il rilievo che nella costituzione è rinvenibile una graduazione di tutela dei diritti: anche se non ve ne sono di “tiranni”, il ragionevole bilanciamento tra interessi confliggenti (nella specie tra diritto di difesa ed esercizio della pretesa punitiva dello Stato) non può

²⁸ Corte e.d.u., 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Svizzera, in *Legislazione pen.*, 1994, 379; cfr. pure Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, Murray c. Regno Unito, in *Danno e resp.*, 1999, 184; Corte e.d.u., 6 giugno 2000, Magee c. Regno Unito, par. 38 ss., consultabile in www.echr.coe.t.

²⁹ C. cost., 9 aprile 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, I, 441.

prescindere dall’ampiezza della protezione riconosciuta.

In questa cornice il più volte affermato orientamento del giudice delle leggi per cui il diritto di difesa può essere variamente articolato in riferimento alle varie fasi e tipologie dei procedimenti, anche recentemente ribadito³⁰, meriterebbe di essere sottoposto a profonda revisione o almeno meglio modulato in riferimento al rango dei beni protetti, che nel caso delle misure cautelari ha rilievo costituzionale, riguardando la proprietà privata, tutelata pure dal protocollo n. 7 della Conv. EDU.

Deve allora concludersi che le norme autorizzative del sequestro preventivo e le loro applicazioni giurisprudenziali non sono rispettose degli indicati parametri, per cui è necessario un loro adeguamento e, ove il legislatore non provveda, un nuovo scrutinio di costituzionalità.

In ogni caso, e come minimo, il giudice, attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate, deve disporre la misura soltanto all’esito di una verifica approfondita sulla sussistenza dei pur scarni e carenti presupposti normativi, e in particolare, come si vedrà, sulla presenza di gravi indizi del reato ipotizzato a carico di colui al quale si vuole impedire l’uso

³⁰ Cfr., sul punto, C. cost., 28 ottobre 2014, n. 245; C. cost., 4 giugno 2014, n. 157; C. cost., 28 novembre 2012, n. 270; C. cost., 21 dicembre 2007, n. 446; C. cost., 10 luglio 2003, n. 158, tutte in Banca dati *La Legge Plus*; in epoca più risalente v. C. cost., 28 novembre 1968, n. 114, in Banca dati *La Legge Plus*; C. cost., 16 marzo 1976, in *Giur. cost.*, 1976, I, 372; C. cost., 29 marzo 1984, n. 80, in Banca dati *La Legge Plus*; per una argomentata critica a questa tendenza, per l’opinabilità delle soluzioni interpretative che essa consente di volta in volta, si veda l’ancora attuale saggio di Nobili, *Ancora sugli atti di polizia e sulla comunicazione giudiziaria: tendenze involutive nelle nuove argomentazioni adottate dalla Corte*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1743.

della cosa ritenuta pericolosa, ad esso pertinente.

3.4. GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI LEGITTIMITÀ

La ricordata sentenza delle sezioni unite Gifuni ha fortemente condizionato i successivi sviluppi applicativi, che si sono adeguati ai principi in essa enunciati, spesso attraverso apodittici richiami.

È divenuto così prevalente l'indirizzo per cui le misure cautelari personali vanno tenute distinte da quelle reali, poiché l'inviolabilità della libertà personale e la libera disponibilità dei beni sono valori di diversa essenza, suscettibili di una tutela differenziata in funzione degli interessi coinvolti: costituendo presupposto dell'imposizione delle misure cautelari reali il tasso di pericolosità della cosa, che pur raccordandosi ad un fatto criminoso, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di colpevolezza, con la conseguenza che non sono consentite al giudice valutazioni in ordine alla sussistenza degli indizi di colpevolezza e alla gravità degli stessi previsti dagli artt. 273 e 274 c.p.p.³¹, in quanto, appunto, la giustificazione del sequestro preventivo deriva dalla pericolosità sociale della cosa e non

³¹ Cass., VI, 17 marzo 2010, n. 10618, in *CED Cass.*, rv. 246415; Cass., VI, 24 settembre 2008, n. 36710, in *CED Cass.*, rv. 241511; Cass., I, 3 maggio 2006, n. 15298, in *CED Cass.*, rv. 234212; Cass., VI, 19 ottobre 2004, n. 45813, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., III, 13 febbraio 2002, n. 11290, in *CED Cass.*, rv. 223196; Cass., sez. un., 4 maggio 2000, n. 7, in *CED Cass.*, rv. 215839; Cass., III, 27 gennaio 2000, n. 414, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 271; Cass., VI, 6 ottobre 1999, n. 741, in *CED Cass.*, rv. 214626; Cass., I, 31 maggio 1997, n. 2396, in *CED Cass.*, rv. 207698; Cass., sez. un., 24 marzo 1995, n. 5, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., sez. un., 28 aprile 1993, n. 609, in *CED Cass.*, rv. 193942; cfr. anche, da ultimo, Cass., VI, 4 febbraio 2011, n. 4431, in Banca dati *La Legge Plus*.

dalla colpevolezza di colui che ne abbia la disponibilità, per cui la sua adozione prescinde dalla individuazione dell'autore del reato ipotizzato e dall'indagine sulla sua colpevolezza³².

È stato anche ritenuto che la valutazione della antiggiuridicità della condotta non potrà mai sconfinare nel sindacato della concreta fondatezza dell'accusa, ma dovrà limitarsi all'astratta possibilità, non manifestamente arbitraria, di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato, da ricercare attraverso la verifica, provvisoria e incidentale, delle risultanze in atti, nei limiti della, dell'astratta rilevanza penale del fatto accertato³³.

E si è giunti a considerare sufficiente all'integrazione di tale presupposto, la semplice configurabilità nei comportamenti dell'indagato delle ipotesi criminose contestate (a fronte dei dati segnalati dal p.m., a prescindere da ogni giudizio sulla loro fondatezza, nonché in mancanza di elementi segnalati dalla difesa atti ad inficiare questi ultimi)³⁴: e si è ritenuto

³² Cass., IV, 9 luglio 2009, n. 29188, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 779; Cass., III, 20 marzo 2002, n. 11290, in *CED Cass.*, rv. 221268; Cass., III, 29 aprile 1997, n. 1897, in *Riv. pen.*, 1998, 202.

³³ Cass., sez. un., 24 marzo 1995, n. 5, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 5 maggio 2009, n. 20958, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., V, 18 dicembre 2008, n. 46321, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 994; Cass., VI, 24 settembre 2008, n. 36710, in *CED Cass.*, rv. 241511; Cass., II, 13 maggio 2008, n. 22712, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 6 dicembre 2007, n. 4, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., II, 14 febbraio 2007, n. 12906, in *CED Cass.*, rv. 236386; Cass., V, 5 ottobre 2006, n. 4388, in *CED Cass.*, rv. 235968; Cass., V, 21 giugno 2005, n. 23240, in *CED Cass.*, rv. 231901; Cass., VI, 3 giugno 2004, n. 25056, in *CED Cass.*, rv. 229274; Cass., III, 10 febbraio 2004, n. 23214, in *CED Cass.*, rv. 228807; Cass., V, 8 gennaio 2004, n. 76, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., V, 30 maggio 1997, n. 2206, in *CED Cass.*, rv. 208156.

³⁴ Cass., V, 18 dicembre 2008, n. 46321, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 994, con nota fortemente critica di Pierdonati,

che, ove sia intervenuto il rinvio a giudizio, l'esistenza del *fumus* non può essere sindacata³⁵.

Questi indirizzi hanno portato a sottolineare come in talune applicazioni giurisprudenziali, il sequestro preventivo sembrasse diventato una fattispecie cautelare a *fumus* presunto, ove il pubblico ministero si limita ad allegare la commissione di un reato e il destinatario della misura è chiamato a fornire la *probatio* diabolica della insussistenza dell'illecito penale³⁶.

Non sono peraltro mancate voci dissonanti, e tra esse assume rilievo una decisione delle Sezioni Unite, ove è stata evidenziata la necessità di assicurare una maggiore tutela delle posizioni individuali, contemperandole con le esigenze di protezione degli interessi collettivi, onde evitare che gli aspetti di garanzia voluti dal legislatore del 1988 e solennemente affermati in teoria, vengano poi vanificati con un'interpretazione erroneamente riduttiva, ed ha rilevato come l'inesatta lettura della decisione Gifuni "ha condotto spesso ad un progressivo impoverimento della funzione di terzietà della giurisdizione. Si è, così,

appiattito il ruolo di garanzia, ristretto negli angusti steccati della semplice constatazione dell'astratta asserzione di un'ipotesi di reato, senza la verifica del collegamento con la realtà processuale", mentre, in realtà, alla giurisdizione compete il potere-dovere d'espletare il controllo di legalità, sia pure nell'ambito delle indicazioni di fatto offerte dal p.m., ragion per cui "l'accertamento della sussistenza del *fumus commissi delicti* va compiuto sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati, che non possono essere censurati sul piano fattuale, per apprezzarne la coincidenza con le reali risultanze processuali, ma che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica"³⁷.

I principi di diritto appena ricordati, migliorativi rispetto alla opinione prevalente seppure non completamente

Fumus in re ipsa del delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1004.

³⁵ Cass., VI, 15 maggio 2007, n. 29884, in *CED Cass.*, rv. 237215; Cass., V, 19 agosto 1998, n. 4906, in *CED Cass.*, rv. 211969; Cass., 28 novembre 1997, pr.g. e Scibilia, in *CED Cass.*, rv. 208969; per la diversa regolamentazione del presupposto nelle misure cautelari personali, cfr. C. cost., 15 marzo 1996, n. 71, in Banca dati *La Legge Plus*, che sul punto ha dichiarato la illegittimità costituzionale degli artt. 309 e 310. Secondo Cass., V, 18 dicembre 2008, n. 46321, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 994, la formazione del giudicato cautelare sulle misure restrittive della libertà personale comporta che la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza non può più essere posta in discussione, con il conseguente assorbimento di ogni questione in ordine al *fumus* del reato in tema di sequestro preventivo.

³⁶ Pierdonati, Fumus in re ipsa del delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1004.

³⁷ Cass., sez. un., 20 novembre 1996, n. 23, in *Dir. pen. e processo*, 1997, 237: nella decisione si aggiunge che la mancata trasposizione delle condizioni generali delle misure cautelari personali in tema di sequestro preventivo e l'opportunità – segnalata dalla Corte costituzionale – d'evitare un "processo nel processo" non devono essere intese come ostative alla valutazione del raccordo tra ipotesi tipica, indicata nella formulazione accusatoria, e fattispecie concreta: al giudice spetta pertanto il dovere di accertare la sussistenza del *fumus commissi delicti*, che, pur se ricondotto sul piano dell'astrattezza, va sempre riferito ad una ipotesi ascrivibile alla realtà effettuale e non a quella virtuale, restando inibito soltanto l'espletamento di una attività dimostrativa della fondatezza concreta della contestazione mossa all'indagato; cfr. anche, in precedenza, Cass., III, 30 giugno 1993, n. 778, in *Cass. pen.*, 1994, 1610, nella quale si è affermato che, in difetto della individuazione di indizi di reato gravi, precisi e concordanti, si verificherebbe la violazione dell'art. 321 c.p.p., che presuppone l'integrazione di un reato, nonché degli artt. 1 c.p. e 25, 2° comma, Cost., "giacché il principio di legalità condiziona alla previsione tipica non solo la punibilità dell'agente, ma anche l'applicabilità delle misure cautelari e delle altre misure strumentali al giudizio penale"; in senso conforme Cass., III, 7 ottobre 1993, n. 1668, in *CED Cass.*, rv. 196161; Cass., II, 23 agosto 1994, n. 1953, in *CED Cass.*, rv. 198922; Cass., III, 7 agosto 1995, n. 2649, in *CED Cass.*, rv. 202294.

soddisfacenti³⁸, sono stati successivamente ribaditi³⁹, ma solo recentemente si sta assistendo al consolidamento di indirizzi per cui ai fini dell'emissione del sequestro preventivo il giudice deve valutare la sussistenza del *fumus delicti* in concreto, indicando nella motivazione in modo puntuale e coerente gli elementi in base ai quali desumere l'integrazione del reato configurato, tenendo conto sia degli elementi forniti dall'accusa, sia delle argomentazioni difensive, in quanto la serietà degli indizi costituisce presupposto per l'applicazione delle misure⁴⁰.

3.5. LE PROSPETTIVE DI COMPLETA ASSIMILAZIONE DEI PRESUPPOSTI TRA MISURE CAUTELARI PERSONALI E REALI NELL'INDIVIDUAZIONE DEL *FUMUS*

L'appena rammentato approdo rappresenta certamente un notevole

³⁸ Per una critica ad essi si veda, volendo, Gualtieri P., *Misure cautelari reali*, in *Tratt. Spangher*, II, 2, Torino, 2008, 370 ss.

³⁹ Cass., V, 3 ottobre 2008, n. 37695, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, 803; Cass., 29 gennaio 2007, n. 10979, in *Cass. pen.*, 2008, 1144; Cass., 7 giugno 2006, n. 19523, in Banca dati *La Legge Plus*, che contiene ampi riferimenti a Cass., sez. un., 20 novembre 1996, n. 23, in *Dir. pen. e processo*, 1997, 297; Cass., II, 12 novembre 2004, n. 44399, in *CED Cass.*, rv. 229899; Cass., II, 19 dicembre 2003, n. 48785, in *CED Cass.*, rv. 229000; Cass., sez. un., 25 ottobre 2000, n. 30, in *Dir. pen. e processo*, 2001 58.

⁴⁰ Cass., II, 25 marzo 2014, n. 18778, in *CED Cass.*, rv. 259960; Cass., VI, 24 ottobre 2013, n. 45591, in *CED Cass.*, rv. 257816; Cass., VI, 5 novembre 2012, n. 42531, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 18 ottobre 2012, n. 46763, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 21 giugno 2012, n. 35786, in *CED Cass.*, rv. 254394; Cass., III, 5 aprile 2011, n. 28221, in Banca dati *La Legge Plus*; da ultimo, Cass., V, 16 settembre 2014, n. 49596, in *CED Cass.* rv 261677, e Cass., VI, 21 maggio 2014, n. 20764, in Banca dati *La Legge Plus*, nel ribadire questi principi, ha osservato come, avuto riguardo all'ampliarsi delle ipotesi di ablazione, soprattutto nella forma per equivalente, lo standard probatorio non può non essere più elevato della mera presa d'atto dell'ipotesi di accusa. Sembra invece più vicina ai precedenti orientamenti Cass., II, 10 dicembre 2014, n. 53677, in Banca Dati *La legge plus*,

passo in avanti rispetto alle precedenti riduttive opzioni interpretative, che per lunghi anni hanno comportato un inaccettabile impoverimento della funzione di terzietà della giurisdizione, ristrettasi negli angusti steccati della semplice constatazione dell'astratta asserzione di una ipotesi di reato, dalla quale è derivato quasi un automatismo tra richiesta e concessione della misura.

C'è da domandarsi se sia possibile una ulteriore evoluzione fino all'equiparazione dei presupposti applicativi con quelli previsti per le misure cautelari personali.

Una siffatta soluzione sarebbe auspicabile poiché le misure cautelari reali vanno ad incidere su interessi costituzionalmente protetti e richiederebbero, pertanto, interpretazioni più rispettose di tali canoni: e d'altro canto, il sequestro preventivo può presentare un contenuto afflittivo addirittura maggiore rispetto ad alcune misure cautelari personali (ad esempio i divieti e gli obblighi di dimora e le misure interdittive).

Tra le due specie di misure esistono inoltre stretti parallelismi, sia per la collocazione sistematica, sia per i rimedi approntati (appello, riesame, ricorso per cassazione), sia, ancora, per la dichiarata intenzione di costruire nei commi 3° *bis* e 3° *ter* una figura precautelare modellata sull'art. 384.

Si ritiene, tuttavia, che l'auspicato risultato possa essere conseguito soltanto attraverso un intervento del legislatore.

L'attuale assetto normativo è, come si è visto, lacunoso e manca in particolare la specifica individuazione del *fumus delicti*, che lascia margini di

discrezionalità troppo ampi al p.m. e al giudice⁴¹

Per altro verso va pure rilevato che nella costituzione risulta accordata per i beni in discussione una protezione di diverso livello.

La libertà personale, invero, viene definita inviolabile e la sua limitazione è ammessa soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, mentre iniziativa privata e proprietà godono di una minore garanzia, poiché entrambe possono essere sottoposte a restrizioni dalla legge in funzione della loro utilità e funzione sociale, anche se la loro tutela è oggi rafforzata da rigorosi indirizzi della Corte europea dei diritti umani, che ha assimilato la confisca ad una sanzione penale, inapplicabile in mancanza di una sentenza di condanna⁴².

Si aggiunga, ad ulteriore conferma di questa graduazione, che le misure cautelari personali, coercitive o interdittive, sono consentite unicamente se si proceda per delitti per i quali la legge preveda la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni (artt. 280, 1° comma, e 287, 1° comma, c.p.p.) ed anche l'art. 384 c.p.p. stabilisce analoghe condizioni, seppure meno rigorose: viceversa, nessuna restrizione in riferimento al tipo di

reato è stabilita per le misure cautelari reali.

Conseguentemente, la differente regolamentazione non sembra violare il principio di ragionevolezza.

Sembra però possibile pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata, che tenga conto della necessità di un ragionevole bilanciamento tra esigenze di repressione e tutela del diritto di difesa e della proprietà.

E, in effetti, i principi recentemente elaborati dalla giurisprudenza e sopra rammentati, mostrano la tendenza ad omologare le misure cautelari reali a quelle personali, attraverso l'accertamento dell'esistenza di gravi indizi di responsabilità e l'applicazione alle misure cautelari reali dei principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, imponendo al giudice di motivare adeguatamente sull'impossibilità di conseguire il medesimo risultato con altre misure meno invasive⁴³.

Il sequestro preventivo dovrebbe pertanto essere disposto soltanto in caso di gravi indizi di reità a carico di colui che dispone effettivamente della cosa ritenuta pericolosa, tali da consentire una prognosi in ordine alla possibilità di pervenire ad una sentenza di condanna, e quando esista un vincolo chiaro ed univoco tra la stessa cosa e il reato per cui si procede.

Una siffatta soluzione integrerebbe i profili soggettivi di valutazione e lascerebbe intatta la preminenza del nesso di pertinenza con il reato del

⁴¹ Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, 492, osserva come il vincolo della legge delega di prevedere specifiche esigenze cautelari, sia risultato troppo generico e non abbia permesso di creare argini alla discrezionalità del p.m. e del giudice.

⁴² Cfr. C.edu 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 3503; Id. 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia, in *Giur. It.*, 2009, 2398; Id. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 246; Id. 1 marzo 2007, Geerings c. Paesi Bassi, in Banca dati *La legge Plus*.

⁴³ Cass., IV, 21 marzo 2013, n. 18603, in *CED Cass.*, rv. 256068.

bene, dalla cui libera disponibilità deriva il pericolo di aggravare o protrarre le conseguenze del reato o agevolare la commissione di altri reati.

In questo quadro, l'analisi deve essere estesa anche alla valutazione dell'elemento soggettivo del reato, atteso che la sua mancanza impedisce la stessa astratta configurabilità dell'illecito penale⁴⁴.

4. I PRESUPPOSTI DEL SEQUESTRO FINALIZZATO ALLA CONFISCA PER EQUIVALENTE

La previsione della "confisca per equivalente" è rivolta a superare gli ostacoli e le difficoltà per la individuazione dei beni in cui si "incorpora" il profitto iniziale nonché ad ovviare ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli che ne costituiscono il reimpiego: ferma restando la necessità della consumazione di un reato, essa può quindi riguardare (a differenza dell'ordinaria confisca prevista dall'art. 240 c.p., che ha ad oggetto soltanto cose direttamente riferibili al reato) beni che non hanno alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo e neppure alcun nesso di pertinenza con

il singolo reato⁴⁵, ben potendo questi essere diversi dal provento, profitto o prezzo dell'illecito⁴⁶.

La misura appare altresì connotata dal requisito della obbligatorietà⁴⁷.

Questi due elementi (obbligatorietà e elisione del rapporto di pertinenza tra il bene e la cosa) rendono molto labili i presupposti per l'adozione del sequestro preventivo ad essa finalizzato e lasciano conseguentemente ampi spazi discrezionali nella motivazione del provvedimento applicativo.

In effetti, i suoi presupposti, e dunque di ammissibilità della misura cautelare, sono stati individuati dalla giurisprudenza nella ravvisabilità di uno dei reati per i quali essa è consentita e nella circostanza che nella sfera giuridico patrimoniale del responsabile non siano stati rinvenuti, per qualsivoglia ragione ed anche in caso di impossibilità transitoria e reversibile di loro reperimento, i beni costituenti il prezzo o il profitto certo del reato⁴⁸.

Con questi indirizzi si realizzava così una sorta di automatismo nell'adozione della cautela, facendo prevalere esigenze di difesa sociale sui

⁴⁵ Cass., sez. un., 6 ottobre 2009, n. 38691, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 433; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in *CED Cass.*, rv. 232164.

⁴⁶ Cass., III, 11 gennaio 2008, n. 1454, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., II, 26 ottobre 2007, n. 39780, in *Giur. it.*, 2008, 186; Cass., VI, 5 giugno 2007, n. 31692, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 25 marzo 2005, n. 11902, in *CED Cass.*, rv. 231234, relativamente al reato di peculato; Cass., VI, 19 gennaio 2005, n. 7250, in *CED Cass.*, rv. 231604; *contra* Cass., V, 3 luglio 2002, n. 32797, in *CED Cass.*, rv. 222741.

⁴⁷ Cfr. da ultimo in termini Cass., III, 21 gennaio 2015, n. 12013, in Banca dati *La Legge Plus*; siveda anche *supra*, parte I, § 5.3.

⁴⁸ Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, in *CED Cass.*, rv. 258648; Cass., III, 5 maggio 2009, n. 30930, in *CED Cass.*, rv. 244934; Cass., II, 21 maggio 2007, n. 19662, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., V, 16 gennaio 2004, n. 15445, in *CED Cass.*, rv. 228750.

⁴⁴ Cfr. in termini, Cass., III, 24 settembre 2014, n. 39132, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 5 agosto 2011, n. 31382, in *CED Cass.*, rv. 250441; *contra* Cass., VI, 17 marzo 2010, n. 10618, in *CED Cass.*, rv. 246415, esclude invece la valutabilità dell'elemento psicologico, definendolo estraneo all'adozione della misura; su una posizione intermedia è sostenuto che l'eventuale difetto dell'elemento soggettivo del reato può essere preso in considerazione solo se sia di immediata evidenza e in quei limitati casi in cui si riverbera sulla componente materiale, incidendo sulla configurabilità stessa del reato: Cass., II, 21 gennaio 2009, n. 2808, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., 21 dicembre 1999, n. 5462, in *CED Cass.*, rv. 215089; cfr. anche C. cost., 4 maggio 2007, n. 153, in Banca dati *La Legge Plus*.

diritti costituzionali di tutela della proprietà e di difesa individuale⁴⁹.

I più recenti sviluppi interpretativi mostrano tuttavia la tendenza a pervenire ad un più ragionevole bilanciamento tra tali contrapposte esigenze e ad omologare le misure cautelari reali a quelle personali, attraverso l'accertamento dell'esistenza di gravi indizi di responsabilità a carico del prevenuto⁵⁰, valutando anche l'elemento soggettivo⁵¹.

E' stato pure affermato che il giudice deve applicare i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità motivando adeguatamente sull'impossibilità di conseguire il medesimo risultato con altre misure meno invasive⁵², e procedere ad una valutazione di equivalenza tra il valore dei beni e l'entità del profitto, pur se questa nella fase delle indagini non può fondarsi su un compendio probatorio stabile⁵³.

Ma contraddittoriamente si è anche ritenuto che il giudice è unicamente

tenuto a indicare l'importo complessivo da sequestrare, mentre la individuazione specifica dei beni da apprendere e la verifica della corrispondenza del loro valore al *quantum* precisato nel provvedimento ablativo è riservata alla fase esecutiva, riservata al p.m.⁵⁴.

Nel caso in esame assume inoltre rilievo la circostanza che la confisca per equivalente può essere disposta unicamente in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per alcuno dei reati tassativamente elencati.

Da ciò si deduce che il sequestro preventivo ad essa finalizzato può essere applicato solo se esistano gravi indizi di reità a carico della persona sottoposta alle indagini, tali da consentire una prognosi in ordine alla possibilità, appunto, di pervenire ad una sentenza di condanna.

Va ancora rimarcato come tale misura dovrebbe consentire soltanto eccezionalmente lo spostamento della cautela dal bene collegato da nesso pertinenziale con il reato ad altro bene nella disponibilità dell'indagato, indipendentemente dalla sua provenienza legittima: la confisca per equivalente, e il sequestro preventivo che la garantisce e le è funzionale, possono trovare applicazione unicamente in via residuale, allorquando non sia stato possibile aggredire il prezzo del reato⁵⁵.

La giurisprudenza ha chiarito che la misura cautelare funzionale alla confisca per equivalente può ricadere

⁴⁹ Cfr. in termini Dinacci, *Le cautele per equivalente tra costituzione, obblighi europei e positivismo giuridico*, in Bargi-Cisterna, cit., I, 328.

⁵⁰ Cass., III, 4 giugno 2014, n. 37851, in *CED Cass.* rv 260945; Cass., VI, 21 maggio 2014, n. 20764, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., II, 25 marzo 2014, n. 18778, in *CED Cass.*, rv. 259960; Cass., VI, 24 ottobre 2013, n. 45591, in *CED Cass.*, rv. 257816; Cass., VI, 5 novembre 2012, n. 42531, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 18 ottobre 2012, n. 46763, *ivi*; Cass., VI, 21 giugno 2012, n. 35786, in *CED Cass.*, rv. 254394; Cass., III, 5 aprile 2011, n. 28221, in Banca dati *La Legge Plus*; cfr. anche, da ultimo, Cass., II, 18 febbraio 2015, n. 9392, in Banca dati *La Legge Plus*; riprende invece i vecchi indirizzi Cass., II, 26 giugno 2014, n. 31229, in *CED Cass.* rv 260367, secondo la quale al giudice spetta solo il compito di verificare che i beni rientrino tra i beni suscettibili di confisca, restando irrilevante ogni valutazione sul *periculum in mora*.

⁵¹ Cass., III, 24 settembre 2014, n. 39132, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., III, 13 giugno 2011 n. 23667, *ivi*.

⁵² Cass., IV, 21 marzo 2013, n. 18603, in *CED Cass.*, rv. 256068; cfr. anche *infra*, § 18.2.

⁵³ Cass., IV, 22 gennaio 2015, n. 4906, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., II, 20 gennaio 2015, n. 2488, *ivi*.

⁵⁴ Cass., III, 21 gennaio 2015, n. 12013, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., III, 31 marzo 2010, n. 12580, *ivi*.

⁵⁵ Cfr. in termini, Gaito, *op. cit.*, 2066, nonché Cass., II, 27 marzo 2015, n. 13017, in Banca dati *La Legge Plus*.

su beni comunque nella disponibilità dell'indagato, senza che abbiano effetto presunzioni o vincoli posti in materia contrattualistica dal codice civile, volti a regolare i rapporti interni tra creditori e debitori solidali ovvero tra banca e depositante, considerato che su queste norme prevalgono le disposizioni penali in materia di sequestro preventivo, preordinato ad evitare che, nelle more dell'adozione del definitivo provvedimento ablatorio, tali beni possano andare dispersi⁵⁶: in questa prospettiva sono stati ritenuti sottoponibili alla misura i beni dell'indagato dei quali costui abbia l'usufrutto, ma siano sempre rimasti nella sua disponibilità⁵⁷, o, ancora, di conti correnti cointestati o intestati a terzi, ma sui quali l'indagato abbia la delega ad operare⁵⁸, mentre gli stipendi e gli assegni retributivi dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono assoggettabili a sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente solo nella misura di un quinto, dovendo trovare applicazione gli artt. 1 e 2, d.p.r. 5-1-1950, n. 180⁵⁹.

È stato, peraltro, escluso che il sequestro preventivo sia applicabile alle cose appartenenti a terzi estranei in buona fede, come, ad esempio, la

persona offesa o danneggiata, cui va pertanto restituito il bene o il danaro profitto del reato e oggetto di sequestro⁶⁰ e che quello disposto su beni immobili possa venire esteso ai canoni di locazione, ove si ecceda il valore equivalente del prezzo-profitto del reato⁶¹.

Si è inoltre deciso che il sequestro dei beni posseduti per interposta persona fa gravare sull'accusa l'onere di provare l'intestazione fittizia, per cui, ove tale onere non venga soddisfatto, la misura cautelare non è legittima⁶².

5. SEQUESTRO PER EQUIVALENTE DI BENI AI SENSI DELL'ART. 12 *SEXIES*, D.L. 8-6-1992, N. 306

5.1. LE PREVISIONI NORMATIVE

L'art. 12 *sexies* è stato introdotto dall'art. 2, 1° comma, d.l. 20-6-1994, n. 399, conv. dalla l. 8-8-1994, n. 501, dopo che la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo l'art. 12 *quinquies*, 2° comma, per contrasto con l'art. 27, 2° comma, Cost. perché fondava sulla qualità di indagato o di imputato il presupposto che rendeva punibile un dato fatto – la sproporzione non giustificata fra beni posseduti e reddito – che altrimenti non sarebbe perseguito, per cui l'indiziato o l'imputato era, solo in base a questa sua qualificazione, assoggettato a pena per una condotta che, ove posta in essere

⁵⁶ Cass., II, 3 maggio 2007, n. 21138, in *CED Cass.*, rv. 246444, in materia di fondi di investimento.

⁵⁷ Cass., III, 19 febbraio 2014, n. 39449, in Banca dati *La Legge Plus*; sulla sottoponibilità a sequestro dei beni costituiti in fondo patrimoniale o conferiti in un *trust*, si vedano le decisioni citate *supra*.

⁵⁸ Cass., III, 2 luglio 2014, n. 38694, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 14 giugno 2007, n. 30966, *ivi*: con obbligo tuttavia per il giudice di motivare in ordine alla esistenza di gravi indizi sull'illecito utilizzo del danaro e sulle modalità di confluenza nel conto del danaro di provenienza illecita: Cass., V, 12 dicembre 2011, n. 6962, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., II, 28 aprile 2011, n. 19105, in *CED Cass.*, rv. 250194.

⁵⁹ Cass., I, 30 ottobre 2009, n. 41905, in *CED Cass.*, rv. 245049; Cass., VI, 16 aprile 2008, n. 25168, in *CED Cass.*, rv. 240572.

⁶⁰ Cass., VI, 3 dicembre 2007, n. 47540, in Banca dati *La Legge Plus*.

⁶¹ Cass., II, 26 ottobre 2007, n. 39780, in *Giur. it.*, 2008, 185.

⁶² Cass., II, 12 maggio 2011, n. 18657, in Banca dati *La Legge Plus*.

da qualunque altro soggetto, sarebbe stata penalmente irrilevante⁶³.

Esso, più volte sottoposto a interventi correttivi e integrativi⁶⁴, stabilisce ai commi 1° e 2° che è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per i delitti previsti: (I) dagli artt. 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 322, 322 *bis*, 325, 416 realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli artt. 473, 474, 517

⁶³ C. cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. it.*, 1995, II, 20: la norma censurata prevedeva la pena della reclusione da due a cinque anni e la confisca del danaro e le altre utilità per coloro che, sottoposti a procedimenti penali per alcuni specifici reati, risultassero titolari e avere la disponibilità di danaro o altri beni o utilità di valore sproporzionato al proprio reddito.

⁶⁴ L'originario 1° comma è stato modificato dall'art. 24, l. 13 febbraio 2001, n. 45, dall'art. 7, 3° comma, l. 11 agosto 2003, n. 228, dall'art. 1, 220° comma, lett. a), l. 27 dicembre 2006, n. 296, dall'art. 15, 3° comma, l. 23 luglio 2009, n.99, dall'art. 8, 1° comma, l. 1 ottobre 2012, n. 172, e infine dall'art.1, 80° comma, l. 6 novembre 2012, n.190; il 2° comma *bis* è stato aggiunto dall'art. 1, 220° comma, lett. b), l. 27 dicembre 2006, n. 296, e modificato dall'art. 1, 80° comma, l. 6 novembre 2012, n. 190; i commi 2° *ter* e 2° *quater* sono stati inseriti dall'art. 10 *bis*, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, e lo stesso 2° comma *ter* è stato successivamente sostituito dall'art. 2, 7° comma, l. 15 luglio 2009, n. 94; il 4° comma è stato aggiunto dall'art. 2 d.l. 20 giugno 1994; il 4° comma *bis* è stato inserito dall'art. 24, l. 13 febbraio 2001, n. 45, modificato dall'art. 10 *bis*, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, successivamente sostituito dall'art. 2, 7° comma, lett. b), l. 15 luglio 2009, n. 94, ed ancora dall'art. 5, 2° comma, d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, conv. dalla l. 31 marzo 2010, n. 50, e dall'art. 1, 190° comma, l. 24 dicembre 2012, n. 228, con decorrenza dal 1 gennaio 2013; i commi 4° *ter* e 4° *quater* sono stati aggiunti dall'art. 24, 1° comma, lett. b), l. 13 febbraio 2001, n. 45. L'ultimo intervento è contenuto nell'art. 1, comma 4°, l. 22 maggio 2015, n. 68.

ter e 517 *quater*, 416, 6° comma, 416 *bis*, 600, 600 *bis*, 1° comma, 600 *ter*, 1° e 2° comma, 600 *quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies*, 601, 602, 629, 630, 644, 644 *bis*, 648, esclusa la fattispecie di cui al 2° comma, 648 *bis*, 648 *ter* del codice penale; (II) dall'art. 12 *quinquies*, 1° comma, dello stesso d.l. 306/1992; (III) dagli artt. 73, esclusa la fattispecie di cui al 5° comma, e 74, d.p.r. 9-10-1990, n. 309; (IV) in materia di contrabbando nei casi di cui all'art. 295, 2° comma, d.p.r. 23-1-1973, n. 43; (V) commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale o avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

Come si vede, dalla lista dei reati contro la pubblica amministrazione è escluso, senza una ragionevole giustificazione, l'abuso di ufficio, in relazione al quale il sequestro preventivo è obbligatorio ai sensi dell'art. 321, 2° comma *bis*, c.p.p., nei limiti in cui è consentita la confisca, che resta quindi riferibile soltanto alle cose che sono il profitto o il prodotto del reato e che siano con esso in rapporto di pertinenza.

Assume particolare rilievo il 2° comma *ter*, il quale dispone che nel caso previsto dal 2° comma, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui al 1° comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la

disponibilità, anche per interposta persona.

Va altresì rilevato che, rispetto al testo precedente inserito con il d.l. 92/2008⁶⁵, è stato aggiunto il rinvio al 1° comma ed eliminato il riferimento “al prodotto, profitto o prezzo del reato”, con la conseguenza che oggi la confisca può essere estesa agli altri beni compresi nel patrimonio del condannato per un importo equivalente a quelli di valore sproporzionato, laddove non sia stato possibile applicarla a questi ultimi.

In dottrina è stato osservato che tale sanzione è destinata all'inefficacia, potendo essere inflitta soltanto se vi sia la radicale assenza delle disponibilità patrimoniali sospette⁶⁶: è stato anche rilevato che l'ultima modifica è servita a rimediare ad un errore del legislatore, il quale non aveva considerato nella formulazione del 2008 che in tale ipotesi di confisca non vi è vincolo pertinenziale tra bene confiscato e reato presupposto, in quanto il bene oggetto della misura non costituisce il prodotto, il profitto o il prezzo del reato per cui è intervenuta condanna, ma è una *res* di valore sproporzionato rispetto all'attività economica o al reddito del soggetto della quale non è stata giustificata la legittima provenienza⁶⁷.

⁶⁵ Il testo introdotto dal d.l. 92/2008 era il seguente: “nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca in applicazione delle disposizioni ivi richiamate, il giudice ordina la confisca delle somme di danaro, dei beni e delle altre utilità delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore equivalente al prodotto, profitto o prezzo del reato”.

⁶⁶ Squillaci, *La confisca allargata quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1538.

⁶⁷ Cisterna, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel “pacchetto sicurezza”*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1071; cfr. anche Maugeri, *Le moderne sanzioni*

Alla luce del dato normativo appena indicato, sembrerebbe comunque che la confisca dei beni di valore sproporzionato al reddito consegua alla condanna o alla applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p. per taluno dei delitti previsti nel comma 1, mentre la confisca per equivalente dovrebbe riguardare soltanto i reati menzionati nel 2° comma (delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di cui allo stesso articolo, e 295, 2° comma, d.p.r. 23-1-1973, n. 43, in materia di contrabbando).

Appare inoltre opportuno rammentare che la Direttiva 2014/42/UE del 3-4-2014 indica all'art. 5 come presupposto della confisca il fatto che il valore dei beni sia sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata (cfr. anche il punto 21 dei Considerando).

5.2. I PRESUPPOSTI DEL SEQUESTRO PREVENTIVO EX ART. 12 SEXIES

a) *Fumus, periculum in mora e pertinenza al reato*

Relativamente ai presupposti per disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 12 *sexies*, la Suprema Corte segue in prevalenza itinerari che non tengono conto della evoluzione degli orientamenti ormai consolidati verso una omologazione delle misure cautelari reali a quelle personali, prima rammentati, che nel caso di specie

patrimoniali tra funzionalità e garantismo, Milano 2001, 482, la quale definisce questa forma di confisca per equivalente una degenerazione e un abuso punitivo privo di una chiara finalità politico-criminale.

dovrebbe essere ancor più stretta, poiché, come in precedenza rilevato, l'applicazione della misura richiede una pregnante prognosi di poter pervenire alla pronuncia di una sentenza di condanna e non può dunque prescindere dalla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza a carico della persona sottoposta alle indagini, tanto più necessari per il venir meno del nesso di pertinenza tra la cosa colpita dalla misura e il reato e dalla presunzione di illecita accumulazione del patrimonio.

Secondo l'indirizzo largamente prevalente e confermato recentemente, le condizioni necessarie e sufficienti per disporre il sequestro preventivo in questa ipotesi consistono, quanto al *fumus commissi delicti*, nel fatto attribuito all'indagato di una delle ipotesi criminose previste dalla norma, senza che rilevino né la sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità e, quanto al *periculum in mora*, coincidendo quest'ultimo con la confiscabilità del bene, nella presenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca, sia per ciò che riguarda la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività economiche del soggetto, sia per ciò che attiene alla mancata giustificazione della lecita provenienza dei beni stessi⁶⁸.

⁶⁸ Cass., II, 30 settembre 2011, n. 38538, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., I, 1 aprile 2010, n. 19516, in *CED Cass.*, rv. 247205; Cass., I, 11 febbraio 2010, n. 16207, in *CED Cass.*, rv. 247237; Cass., VI, 12 gennaio 2010, n. 5452, in Banca dati *La Legge Plus*, nella quale si precisa che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca regolato da questa norma è una figura autonoma rispetto alla fattispecie disciplinata dall'art. 321, 1° comma; Cass., V, 18 maggio 2009, n. 20818, in *CED Cass.*, rv. 243942; Cass., II, 29 aprile 2009, n. 17877, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., I, 14 gennaio 2009, n. 9218, in *CED Cass.*, rv.

È quindi ormai divenuta minoritaria la più condivisibile, ancorché non del tutto soddisfacente tendenza, per cui, ai fini dell'adozione della misura ai sensi dell'art. 12 *sexies*, per la sussistenza del *fumus commissi delicti* è necessaria non solo una verifica puntuale e coerente delle risultanze processuali in base alle quali vengono in concreto ritenuti esistenti il reato configurato e la conseguente possibilità di ricondurre alla figura astratta la fattispecie concreta, ma anche la plausibilità di un giudizio prognostico alla luce del quale appaia probabile la condanna dell'imputato per uno dei delitti elencati nel citato articolo, cui consegue in ogni caso la confisca dei beni nella sua disponibilità, allorché sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il reddito dichiarato o i proventi dell'attività economica e il valore economico di detti beni e non risulti una giustificazione credibile circa la loro provenienza⁶⁹.

Nelle ipotesi disciplinate dall'art. 12 *sexies* il requisito della pertinenza tra cosa e reato è irrilevante⁷⁰ ed assume invece rilievo quello, di significato

243544; Cass., V, 23 ottobre 2007, n. 39048, in *CED Cass.*, rv. 238216; Cass., I, 19 aprile 2007, n. 15908, in *CED Cass.*, rv. 236430; Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, in *Dir. pen. e processo*, 2004, 277.

⁶⁹ Cass., I, 20 gennaio 2004, n. 1415, in *CED Cass.*, rv. 226640. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/1992: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, 1202, ritiene che questa decisione non si ponga in rapporto di assoluta conflittualità con quella appena citata delle Sezioni Unite, sembrandone più un completamento sui rapporti tra confisca e sequestro preventivo, con un sostanziale incremento dell'onere probatorio del p.m.

⁷⁰ Cass., I, 18 febbraio 2009, n. 10756, in *CED Cass.*, rv. 242896; Cass., I, 26 aprile 2007, n. 21250, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., I, 28 novembre 2006, n. 92, *ivi*; Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, in *Dir. pen. e processo*, 2004, 277.

peculiare e più ampio, tra il bene e l'attività delittuosa facente capo al soggetto, connotato dalla mancanza di giustificazione circa la legittima provenienza del patrimonio nel possesso del soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata condanna⁷¹, sicché la norma in esame costituisce una deroga, in ragione della specialità, a quella dettata dall' art. 240 c.p.⁷².

Il sequestro preventivo è obbligatorio, in ragione della diretta strumentalità con la confisca, di cui deve assicurare l'effettività⁷³.

Spetta al giudice di accertare l'esistenza del fatto costituente reato, trattandosi di indagine che, pur non subordinata alla sola sommaria valutazione *ex art. 129 c.p.p.*, non investe questioni relative all'azione penale, bensì soltanto l'applicazione di una misura di sicurezza, sottratta all'effetto preclusivo della causa estintiva⁷⁴.

b) Oggetto del sequestro e sproporzione tra il valore dei beni posseduti e il reddito e l'attività economica

Il parametro fondamentale per stabilire la legittimità del sequestro preventivo ai sensi dell'art. 12-*sexies* e della confisca cui è finalizzato, è costituito dalla circostanza che

l'indagato non giustifichi la provenienza del danaro, dei beni e delle altre cose di cui abbia la disponibilità a qualsiasi titolo, in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini della relativa imposta o alla propria attività economica (oltre, ovviamente, alla prognosi della condanna per uno dei reati spia elencati nella norma).

L'ablazione è peraltro impedita quando il patrimonio sia giustificato, o dal valore dei redditi formalmente dichiarati, o dall'attività economica svolta: non è, dunque, sufficiente che ricorra uno solo di detti parametri di sproporzione, sicché non sono assoggettabili a sequestro preventivo e a successiva confisca beni di valore sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati, pur se proporzionati all'attività imprenditoriale dell'interessato⁷⁵.

La presunzione di illegittima provenienza delle risorse patrimoniali oggetto di ablazione, deve altresì escludersi in presenza di fonti lecite e proporzionate di produzione, sia che esse siano costituite dal reddito dichiarato ai fini fiscali sia che provengano dall'attività economica svolta benché non evidenziata, in tutto o in parte, nella dichiarazione dei redditi: diversamente opinando, si finirebbe per penalizzare il soggetto sul piano patrimoniale, non per la provenienza illecita delle risorse accumulate, ma per l'evasione fiscale posta in essere, che esula dalla *ratio* e dal piano operativo dello stesso art. 12

⁷¹ Cass., II, 10 marzo 2009, n. 10549, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., I, 15 gennaio 2009, n. 8404, in *CED Cass.*, rv. 242863; Cass., III, 9 luglio 2008, n. 38429, in *CED Cass.*, rv. 241273.

⁷² Cass., II, 26 novembre 2003, n. 45790, in *CED Cass.*, rv. 227733; Cass., V, 24 novembre 1998, n. 5111, in *CED Cass.*, rv. 211925.

⁷³ Cass., II, 8 novembre 2007, n. 45210, in *CED Cass.*, rv. 238901.

⁷⁴ Cass., II, 25 maggio 2010, n. 32273, in Banca dati *La Legge Plus*.

⁷⁵ Cass., VI, 26 luglio 2011, n. 29926, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 1208; *contra* Cass., I, 14 ottobre 1996, n. 5202., in *CED Cass.*, rv. 205738.

sexies e si colloca in un momento successivo⁷⁶.

Ai fini dell'applicazione della misura cautelare, in conformità ai principi che regolano il processo penale, la prova circa la sproporzione, rispetto alla capacità reddituale lecita del soggetto, del valore economico dei beni da confiscare grava sull'accusa, ma una volta fornita tale prova, sussiste una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, superabile solo attraverso specifiche e verificate allegazioni dell'interessato⁷⁷.

La presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale non opera se i beni siano formalmente intestati a terzi, in quanto, in relazione ad essi, siccome soggetti estranei al rapporto processuale penale, trova applicazione la regola generale che pone l'onere probatorio a carico dell'accusa⁷⁸.

Tale presunzione vale anche in riferimento ai beni del coniuge dell'indagato, qualora sussista la indicata sproporzione, che è dimostrativa della natura simulata della intestazione⁷⁹, salvo che i beni siano stati acquistati anteriormente al matrimonio⁸⁰.

⁷⁶ Cass., I, 5 novembre 2013, n. 9678, in *CED Cass.*, rv. 259468; Cass., VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, in *CED Cass.*, rv. 252855; Cass., VI, 31 maggio 2011, n. 29926, in *CED Cass.*, rv. 250505.

⁷⁷ Cass., VI, 20 novembre 2012, n. 45700, in *CED Cass.*, rv. 253816; Cass., II, 10 marzo 2009, n. 10549, in *Banca dati La Legge Plus*; Cass., I, 5 giugno 2008, n. 25728, in *CED Cass.*, rv. 240471; Cass., V, 17 marzo 2006, n. 9520, in *CED Cass.*, rv. 233895.

⁷⁸ Cass., I, 11 dicembre 2013, n. 6137, in *CED Cass.*, rv. 259308; Cass., I, 24 ottobre 2012, n. 44534, in *CED Cass.*, rv. 254698.

⁷⁹ Cass., II, 12 dicembre 2012, n. 3620, in *CED Cass.*, rv. 258790; Cass., 20 luglio 2004, n. 31663, in *CED Cass.*, rv. 229300.

⁸⁰ Cass., V, 9 ottobre 2013, n. 46453, in *CED Cass.*, rv. 258663.

Ai fini della operatività del sequestro preventivo previsto dall'art. 12 *sexies* e della successiva confisca nei confronti del terzo estraneo alla commissione del reato, grava sull'accusa l'onere di provare l'esistenza di circostanze che avallino in modo concreto la divergenza tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene non essendo sufficiente la sola presunzione fondata sulla sproporzione tra valore dei beni e reddito percepito⁸¹.

L'acquisto del bene a titolo gratuito, (nella specie per donazione), rende impossibile la valutazione di sproporzione fra il valore del bene medesimo ed i redditi e le attività economiche dell'acquirente ai fini dell'eventuale confisca del bene a norma dell'art. 12 *sexies*⁸², poiché la presunzione di fittizietà degli atti di trasferimento compiuti – a titolo oneroso o gratuito – dal prevenuto in favore di determinate categorie di persone, prevista in tema di misure di prevenzione patrimoniale dall'art. 26, d.lg. 159/2011, non si applica al sequestro penale finalizzato alla confisca prevista dall'art. 12 *sexies*, d.l. 306/1992, pur dovendosi ritenere indizi gravi, precisi e concordanti dell'interposizione fittizia di beni dell'indagato ad un terzo, la natura giuridica e le modalità dell'atto dispositivo – nella specie, donazione -, il rapporto di stretta parentela tra le parti dell'atto dispositivo – nella specie, padre e figlio -, la vicinanza temporale tra l'atto di disposizione e la

⁸¹ Cass., I, 24 ottobre 2012, n. 44534, in *CED Cass.*, rv. 254699.

⁸² Cass., II, 4 ottobre 2013, n. 43776, in *CED Cass.*, rv. 257305; Cass., V, 9 luglio 2014, n. 32774, in *CED Cass.* rv. 261901.

commissione da parte del dante causa di un reato per il quale è prevista la confisca dei beni, la destinazione del bene, le qualità personali dell'avente causa – nella specie, la giovane età –, l'oggetto dell'atto dispositivo – nella specie, una ingente somma di denaro⁸³.

Sussiste, altresì, a carico del titolare apparente dei beni una presunzione di illecita accumulazione del patrimonio, in forza della quale è sufficiente dimostrare che costui non svolge un'attività tale da giustificare la proprietà, per invertire l'onere della prova ed imporre alla parte di dimostrare da quale reddito legittimo proviene l'acquisto e la veritiera appartenenza degli stessi beni⁸⁴.

È assoggettabile a confisca il bene legittimamente acquistato e migliorato con danaro di provenienza non giustificata, ma solo limitatamente alla quota corrispondente a tale incremento di valore⁸⁵.

Il sequestro preventivo deve ritenersi legittimo solo qualora si accerti che il valore dei beni è sproporzionato e i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, devono essere fissati nel reddito dichiarato o nelle attività economiche non al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma in quello dei singoli acquisti rispetto al valore dei

⁸³ Cass., II, 25 febbraio 2014, n. 15829, in *CED Cass.*, rv. 259538.

⁸⁴ Cass., V, 26 maggio 2011, n. 26041, in *CED Cass.*, rv. 250922; Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, 920, in *Dir. pen. e processo*, 2004, 277.

⁸⁵ Cass., I, 13 maggio 2010, n. 21079, in *CED Cass.*, rv. 247579; Cass., I, 4 luglio 2007, n. 33479, in *CED Cass.*, rv. 237448; Cass., VI, 28 marzo 2007, n. 30131, in *CED Cass.*, rv. 237327.

beni di volta in volta acquisiti⁸⁶, dovendosi ritenere ininfluenti favorevoli vicende economiche successive⁸⁷.

La presunzione di illegittima acquisizione da parte dell'imputato deve essere pertanto circoscritta in un ambito di ragionevolezza temporale, escludendo i beni acquistati in un periodo di tempo eccessivamente antecedente alla commissione del reato⁸⁸.

Il sequestro e la confisca *ex art. 12 sexies* possono tuttavia avere ad oggetto beni acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna indipendentemente dall'effettivo valore del profitto o provento di quest'ultimo⁸⁹.

Per vincere la suddetta presunzione relativa di illecita accumulazione del patrimonio, la persona sottoposta alle indagini può esporre fatti e circostanze rilevanti a propria giustificazione⁹⁰ e,

⁸⁶ Cass., I, 13 giugno 2014, n. 34136, in *CED Cass.* rv. 261202; Cass., II, 11 novembre 2013, n. 45360, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 20 marzo 2012, n. 15962, *ivi*; Cass., I, 25 maggio 2011, n. 25894, in *Fisco on line*, 2011; Cass., VI, 12 gennaio 2010, n. 5452, in *CED Cass.*, rv. 246083; in senso contrario Cass., II, 30 settembre 2011, n. 38538, in Banca dati *La Legge Plus*, ritiene che il sequestro preventivo debba prescindere dall'accertamento della data di acquisto dei beni, non essendo la misura subordinata alla dimostrazione di un nesso eziologico tra i reati presupposti tassativamente indicati nell'art. 12 *sexies* e le cose oggetto di cautela.

⁸⁷ Cass., VI, 20 novembre 2013, n. 47567, in *CED Cass.*, rv. 258030.

⁸⁸ Cass., I, 16 aprile 2014, n. 41100, in *CED Cass.* rv. 260529; Cass., IV, 7 maggio 2013, n. 35707, in *CED Cass.*, rv. 256882; Cass., I, 5 febbraio 2001, n. 11049, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., VI, 23 aprile 1998, n. 2469, in *CED Cass.*, rv. 211763.

⁸⁹ Cass., VI, 22 novembre 2011, n. 22020, in *CED Cass.*, rv. 252849; Cass., I, 18 febbraio 2009, n. 11269, in *CED Cass.*, rv. 243493; Cass., I, 28 novembre 2006, n. 92, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, in *Dir. pen. e processo*, 2004, 277.

⁹⁰ Cass., II, 10 marzo 2009, n. 10549, in Banca dati *La Legge Plus*.

secondo una condivisibile decisione, limitare le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal p.m., senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio: nel momento in cui il requisito del *fumus* subisce una tendenziale dequotazione, richiedere un maggiore sforzo di specificazione sul piano della sproporzione, soprattutto nei casi in cui si tratti di sequestri di beni acquistati prima della commissione del reato, determinerebbe l'effetto di un sostanziale incremento dell'onere probatorio, che funziona da fattore riequilibratore rispetto allo stesso principio di proporzione, che impone un rapporto ragionevole ed adeguato tra mezzo e scopo e che trova applicazione anche nella materia della speciale confisca⁹¹.

La "giustificazione" credibile deve consistere nella prova della positiva liceità della loro provenienza e non in quella negativa della loro non derivazione dal reato per cui è stata inflitta la condanna⁹².

Ed il giudice ha l'obbligo di prendere in considerazione tutta la documentazione prodotta, in merito dalla difesa, fornendo adeguata motivazione in ordine alle giustificazioni fornite dagli interessati sulla lecita provenienza dei beni⁹³.

È stato altresì precisato che allorquando l'interessato fornisca attraverso una consulenza tecnica la prova della legittima provenienza dei beni, il giudice non può limitarsi ad affermare in modo del tutto generico che questi sarebbe sfornito di redditi adeguati e che la ricostruzione operata dal consulente sarebbe limitata e formale, quindi inadatta a vincere la presunzione di illecita provenienza del bene, ma deve invece dimostrare l'eventuale inattendibilità dell'assunto difensivo⁹⁴.

Secondo il dettato normativo, la confisca obbligatoria si applica anche in caso di applicazione della pena su consenso delle parti⁹⁵, poiché attesa la sua natura eminentemente sanzionatoria, essa si colloca completamente al di fuori della disponibilità delle parti e non lascia spazio a discrezionalità del giudice⁹⁶.

È stato anche deciso che la confisca può riguardare anche cespiti acquisiti in epoca anteriore alla entrata in vigore delle disposizioni, che l'hanno istituita, in quanto il principio di irretroattività opera solo con riguardo alle confische aventi natura sanzionatoria e non anche in relazione alle misure di sicurezza, tra le quali va compresa la confisca in questione⁹⁷: ma per le ragioni già

⁹¹ Cass., VI, 12 gennaio 2010, n. 5452, in *CED Cass.*, rv. 246083; secondo Cass., II, 19 agosto 2011, n. 32563, in *Giur. it.*, 2012, 1416, l'onere di questa prova gravante sull'imputato non è di impossibile attuazione, bensì di agevole assolvimento, consistendo nel fornire al giudice una esauriente spiegazione in termini economici di una derivazione lecita dei beni.

⁹² Cass., I, 18 febbraio 2009, n. 10756, in *CED Cass.*, rv. 242896.

⁹³ Cass., I, 5 novembre 2013, n. 9678, in *CED Cass.*, rv. 259468.

⁹⁴ Cass., V, 11 dicembre 2009, n. 47168, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 168.

⁹⁵ Cass., VI, 28 maggio 2009, n. 23504, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., I, 21 gennaio 2009, n. 2489, in *CED Cass.*

⁹⁶ Cass., III, 9 ottobre 2013, n. 44445, in *CED Cass.*, rv. 257616; Cass., III, 14 ottobre 2013, n. 42154, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., III, 28 maggio 2013, n. 22975, *ivi*; tutte in tema di reati tributari.

⁹⁷ Cass., VI, 11 ottobre 2012, n. 10887, in *CED Cass.*, rv. 254786.

esposte questo indirizzo non può essere condiviso.

Viceversa, la confisca di un bene condotto in locazione finanziaria da un autore del delitto di cui all'art. 12 *sexies*, d.l. 306/1992 non può trovare applicazione in danno della società locatrice, terza proprietaria (fino al pagamento dell'ultimo canone) in buona fede⁹⁸.

5.3. PROFILI DI COSTITUZIONALITÀ

Il continuo ampliamento delle ipotesi di confisca per equivalente, e quindi del prodromico sequestro preventivo, spesso dichiarato obbligatorio, impone una riflessione sui profili di costituzionalità dell'istituto.

Va infatti constatato con preoccupazione che i già troppo labili confini normativi dell'originario sequestro preventivo c.d. impeditivo o finalizzato alla confisca sono stati resi ancor più evanescenti dalla serie di disposizioni introdotte nell'ordinamento in materia di confisca per equivalente, che, grazie anche alla lettura che ne ha dato la giurisprudenza, hanno provocando inaccettabili semplificazioni, al limite dell'automatismo, nella spoliazione di beni, contaminando il processo penale con finalità e istituti propri delle misure di prevenzione.

Questa deriva sembra arginabile solo parzialmente dalla giurisprudenza della Corte EDU, non sembrando attestata su posizioni garantiste la Corte di legittimità e la Corte costituzionale

⁹⁸ Cass., I, 13 settembre 2010, n. 33521, in *Giur. it.*, 2011, 917, con nota adesiva di Napolitano, *Problemi in tema di confisca: la "disponibilità" del bene in leasing e l'accertamento della "buona fede" nella tutela del "terzo estraneo"*.

(salvo ovviamente qualche lodevole eccezione).

Men che meno si può confidare su un intervento del legislatore che ponga ordine a questa complessa materia, ristabilendo l'equilibrio tra difesa sociale e garantismo (com'era nelle originarie intenzioni e più non è): ed anzi le più recenti scelte attuate con la l. 94/2009, la l. 50/2010, di conversione del d.l. 4/2010 e d.lg. 159/2011 (c.d. codice antimafia, che ha stabilito la prevalenza del sequestro di prevenzione su quello penale), vanno nella opposta direzione, sospingendo, non è dato comprendere quanto consapevolmente, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente verso l'area delle misure di prevenzione, alla quale dovrebbe invece restare estraneo, attraverso una normativa contraddittoria e confusa⁹⁹.

Per altro verso, va rilevato come la declaratoria di rispondenza alla costituzione del sequestro preventivo previsto dall'art. 321 c.p.p., secondo il giudice delle leggi, si sia fondata principalmente sul tasso di pericolosità della cosa e sul vincolo di pertinenzialità tra il bene e il reato, che consente un efficace espletamento del diritto di difesa, attraverso la contestazione di tale nesso in riferimento alla fattispecie dedotta e verificata dal giudice¹⁰⁰.

⁹⁹ Sul tema si vedano Alfonso, *La confisca nel procedimento di prevenzione*, in Bargi-Cisterna, cit., II, 783 ss.; Cisterna, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto*, ivi, I, 49 ss.; Montagna, *Procedimento applicativo delle misure ablative di prevenzione e garanzie del giusto processo*, ivi, 441 ss.

¹⁰⁰ Si veda C. cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. it.*, 1995, I, 1455.

In riferimento alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 *sexies* d.l. 8-6-1992, n. 306, il tribunale di Santa Maria Capua Vetere aveva denunciato, non senza fondamento, la elusione nell'art. 12 *sexies* in esame dei principi affermati nella sentenza 48/1994, giacché la possibilità di adottare il provvedimento di sequestro preventivo nel corso del procedimento concernente l'accertamento del reato "presupposto" vanifica la previsione introdotta dal legislatore nel 1° e 2° comma della norma impugnata, ove la qualità di indagato è stata sostituita con quella di condannato, dal momento che, per un verso, sarebbe impedito al giudice del riesame di verificare la gravità degli indizi che sostengono il merito dell'accusa e, sotto altro profilo, risulterebbe svilito il requisito della "immediata correlazione" tra beni e reato che costituisce l'ordinaria condizione di legittimità del sequestro.

La Corte costituzionale ha ritenuto la questione manifestamente infondata, sostenendo che nella specie il sequestro preventivo è destinato esclusivamente ad assicurare l'esecuzione del provvedimento di confisca che deve essere adottato nel caso di condanna a norma del 1° e 2° comma della disposizione censurata, e poiché la confisca ivi disciplinata ha struttura e presupposti diversi dall'istituto generale previsto dall'art. 240 c.p., sarebbe evidente che anche i requisiti di sequestrabilità debbano essere necessariamente calibrati sulla falsariga di quelli previsti per l'adozione del provvedimento ablatorio definitivo, con ovvie conseguenze, quindi, sulla qualificazione stessa del vincolo

pertinenziale che di regola deve sussistere tra reato e cose oggetto della misura cautelare reale.

In questa ipotesi, il legislatore avrebbe non irragionevolmente ritenuto di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o alla attività economica del condannato stesso, per cui il parametro di legittimità del sequestro preventivo è costituito dall'identica relazione tra il delitto per il quale si procede e la giustificazione della provenienza dei beni, proprio perché misura è destinata ontologicamente ad impedire la sottrazione o dispersione di questi stessi beni che possono formare oggetto di confisca in ipotesi di condanna.

Sequestro e confisca, in altri termini, rappresentano nel caso di specie, come in tutte le ipotesi riconducibili all'art. 321, 2° comma, istituti fra loro specularmente correlati sul piano dei presupposti, al punto che soltanto deducendo l'illegittimità costituzionale del secondo potrebbe venire in discorso l'illegittimità del primo.

Non sarebbero nemmeno violati il principio di uguaglianza e il diritto di difesa, sia per le considerazioni poste a fondamento della sentenza 48/1994, sia perché la persona cui i beni sono stati sequestrati può in ogni tempo contestare il provvedimento cautelare e provare l'inesistenza dei suoi presupposti attraverso il riesame o domandando la revoca della misura,

con l'ulteriore possibilità di proporre appello avverso la decisione del giudice¹⁰¹.

Il parametro per affermare la costituzionalità della misura viene quindi individuato nel nesso di pertinenza tra il bene sottoposto a sequestro e il reato.

Tale nesso è però completamente venuto meno nel sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, sul quale la sentenza 18/1996 è silente: e anche la successiva decisione 97/2009 si è limitata ad affermare che l'assenza del rapporto di pertinenza attribuisce alla confisca per equivalente una connotazione prevalentemente afflittiva ed eminentemente sanzionatoria, che esclude una sua applicazione retroattiva¹⁰².

In materia, si è recentemente posto in evidenza che l'inaccettabile tendenza a far prevalere le esigenze di difesa sociale sulle garanzie individuali trova una decisa applicazione nelle ipotesi particolari di confisca previste dall'art. 12 *sexies*, d.l. 8-6-1992, n. 306, ove è

¹⁰¹ C. cost., 29 gennaio 1996, n. 18, in *Dir. pen. e processo*, 1996, 291: nella decisione si specifica che ciò comporta quindi ovvie conseguenze "sulla qualificazione stessa del vincolo pertinenziale che di regola deve sussistere tra reato e cose oggetto della misura cautelare reale; cosicché, avendo il legislatore non irragionevolmente ritenuto di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o alla attività economica del condannato stesso, ne consegue che l'identica relazione tra fattispecie delittuosa per la quale si procede e giustificazione della provenienza dei beni costituisca il parametro di legittimità del sequestro preventivo, proprio perché misura destinata ontologicamente ad impedire la sottrazione o dispersione di quegli stessi beni che possono formare oggetto di confisca in ipotesi di condanna; sequestro e confisca, pertanto, rappresentano nel caso di specie, come in tutte le ipotesi riconducibili all'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., istituti fra loro specularmente correlati sul piano dei presupposti, al punto che soltanto deducendo l'illegittimità costituzionale del secondo potrebbe venire in discorso l'illegittimità del primo".

¹⁰² C. cost., 2 aprile 2009, n. 97, in Banca dati *La Legge Plus*.

venuto meno di ogni nesso di pertinenza con il reato presupposto, per cui la sanzione espropriativa consegue al mero sospetto che i beni non giustificati siano frutto dell'illecita attività accertata, senza alcuna dimostrazione che da essa sia derivato un qualsiasi vantaggio economico e in particolare quello costituito dai beni sottoposti alla misura, la quale si caratterizza per l'ampiezza del suo contenuto (esteso a ricomprendervi tutti i beni di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato), ma anche per l'inversione dell'onere della prova sulla loro legittima provenienza, difficilissima da fornire, con pesante sacrificio del diritto di difesa: e va considerato come la confisca possa derivare anche da una sentenza di patteggiamento e quindi non di piena cognizione¹⁰³.

Secondo indirizzi consolidati, invero, questo tipo di misura cautelare (in ragione della diversità di presupposti con la ordinaria confisca prevista dall'art. 240 c.p., che ha ad oggetto soltanto cose direttamente riferibili al reato) può riguardare beni che non hanno alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo e neppure alcun nesso di pertinenza con il singolo reato¹⁰⁴: attese anche le numerose ipotesi di obbligatorietà del sequestro e la inderogabilità della confisca, i presupposti della misura sono stati individuati nella ravvisabilità

¹⁰³ Squillaci, *op. cit.*, 1527 ss.

¹⁰⁴ Cass., sez. un., 6 ottobre 2009, n. 38691, Caruso, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 433; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in *Giur. it.*, 2007, 987, ben potendo queste essere diverse dal provento, profitto o prezzo dell'illecito; Cass., III, 27 gennaio 2011, n. 8982, in Banca dati *La Legge Plus*; Cass., II, 11 gennaio 2008, n. 1454, *ivi*; Cass., II, 26 ottobre 2007, n. 39780, in *Giur. it.*, 2008, 186.

di uno dei reati per i quali essa è consentita e nella circostanza che nella sfera giuridico patrimoniale del responsabile non siano stati rinvenuti, per qualsivoglia ragione ed anche in caso di impossibilità transitoria e reversibile di loro reperimento, i beni costituenti il prezzo o il profitto certo del reato¹⁰⁵.

Sicché il *fumus commissi delicti* si riduce alla configurabilità di uno dei reati previsti dalle varie disposizioni e viene ulteriormente svuotato dalla presunzione di illecito accumulo del patrimonio, mentre il *periculum in mora* si limita alla confiscabilità del bene, con la conseguenza che è diventata particolarmente agevole l'ablazione del patrimonio del condannato, vanificando quasi del tutto il diritto di difesa e riducendo il diritto alla prova e al contraddittorio sull'adozione della sanzione ad un mero simulacro di tutela¹⁰⁶.

Il descritto quadro giuridico induce pertanto a nutrire seri dubbi di costituzionalità del sequestro per equivalente in relazione all'osservanza della presunzione di non colpevolezza, che conserva la sua valenza di regola di trattamento e di giudizio pure nei procedimenti cautelari nonché all'esercizio del diritto di difesa e alla tutela della proprietà privata¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Si veda, *supra*, § 4 e 5.2.

¹⁰⁶ Bargi, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2010, 2072 ss.

¹⁰⁷ Per il contrasto della norma con gli artt. 27, 2° comma e 24, 2° comma, Cost., cfr. Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della «cultura del sospetto»: il nuovo art. 12 sexies l. n. 356/1992*, in *Critica del diritto*, 1994, 758; Mazza, *Artt. 1 e 2 d.l. 20 giugno 1994, n. 501*, in *Legislazione pen.*, 1995, 31-33; Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 329; Dinacci, *op. cit.*, 341 ss., osserva che la funzione conservativa attribuita al sequestro per equivalente costituisce espressione di una specifica

Non sembra sufficiente a rendere l'istituto compatibile con questi principi la tesi, convalidata dalla più recente giurisprudenza, di sopperire alla mancanza del nesso pertinenziale attraverso l'individuazione di un più forte legame soggettivo con il reo, estendendo l'accertamento del *fumus commissi delicti* agli indizi di colpevolezza a carico dell'indagato.

Sarebbe dunque necessaria una riconsiderazione della sua rispondenza ai principi costituzionali¹⁰⁸.

6. LE CONCLUSIONI

Le conclusioni sono sconfortanti.

Per lunghi anni gli orientamenti giurisprudenziali sono stati caratterizzati da una quasi totale rinuncia ad una penetrante valutazione dei presupposti di applicabilità della misura, rimessa alle scelte del p.m., e vanificando così nella sostanza la giurisdizionalizzazione della procedura, con sconcertanti automatismi applicativi in una materia che involge interessi protetti dalla costituzione e dalla c.e.d.u.

Solo recentemente i giudici di legittimità stanno scoprendo che al

e consapevole scelta ideologica, la quale, attraverso la tutela prioritaria degli interessi patrimoniali del danneggiato, di fatto commina una sanzione accessoria, in linea con l'impostazione del positivismo giuridico: un siffatto sistema collide quindi con gli artt. 3, 13 e 27 cost.; secondo Furfaro, *La compatibilità delle varie forme di confisca*, cit., 276, ipotizza in queste procedure semplificate la violazione degli artt. 24, 25, 27 e 111, 2° comma, Cost., poiché, se ogni procedimento penale consta di rapporti che compongono posizioni processuali, quelle refigurate dall'art. 111, 2° comma (partecipazione delle parti, contraddittorio su basi di parità e imparzialità del giudice) implicano di necessità la condizione di libertà del soggetto e realizzano in termini di effettività e concretezza la presunzione di innocenza, l'onere probatorio conseguente e il diritto di difesa nel suo fondamento e nei suoi riflessi, così come espressi dalle altre norme costituzionali.

¹⁰⁸ Cfr. sul punto da ultimo Bargi, *op. cit.*, 2070 ss.

centro di ogni processo penale e dei suoi particolari istituti, quali le misure cautelari reali, vi sempre una vicenda umana e che pertanto non è possibile prescindere da una approfondita disamina della (eventuale) condotta illecita del soggetto indagato, che è preliminare all'accertamento della pericolosità della cosa di cui si vuole impedire l'utilizzazione.

E questa esigenza dovrebbe ancor più valere in materia di sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, specie nella forma di cui all'art. 12 *sexies*, ove è stato reciso qualunque nesso di pertinenza tra il reato e la cosa sottoposta alla misura ablativa ed è quindi del tutto evaporato il presupposto principale posto a fondamento delle decisioni del giudice delle leggi di rispondenza alla costituzione dell'istituto.

Non resta da augurarsi che la giurisprudenza rafforzi e completi il rammentato percorso di omologazione tra i presupposti delle misure cautelari personali e reali, attraverso le interpretazioni rispettose dei principi fissati dalla costituzione e dalla c.e.d.u., poiché un intervento adeguatore del legislatore appare improbabile alla luce degli ultimi indirizzi normativi di avvicinamento al sequestro di prevenzione di quello finalizzato alla confisca per equivalente, così come non sembra possibile riporre fiducia in un nuovo esame dei delineati profili da parte della corte costituzionale.