

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIII - Direzione e redazione Strada 1 Palazzo F6 20090 Milanofiori Assago (MI)

2/2017

 edicolaprofessionale.com/DPP

Il sequestro preventivo tra carenze normative e (dis)orientamenti giurisprudenziali

L'aggravante di negazionismo

Il diritto di difesa nell'individuazione di persone e nel mandato di arresto europeo

La condanna a danni punitivi tra penale e civile

DIREZIONE SCIENTIFICA
Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO
Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminarà
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

diretto da
A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa

€ 180

Cod. 00203117

Il Trattato, frutto dell'esperienza didattica e professionale dei Direttori e degli Autori, analizza in modo approfondito e trasversale, un settore del diritto penale di grande rilevanza nell'odierna vita economica e sociale, sensibile ai mutamenti non solo del mondo dell'impresa e del lavoro, ma anche dei mercati e dei consumatori.

L'Opera si sofferma su quattro grandi aree relative a:

- **reati societari, finanziari e bancari**
- **reati tributari**
- **reati fallimentari**
- **responsabilità da reato dell'ente** che può essere chiamato a rispondere dei reati commessi da dirigenti, dipendenti che operano in nome e per conto dell'ente stesso.

L'analisi delle **disposizioni del codice e della normativa complementare** parte da un'esegesi del dato normativo, arricchita dagli spunti offerti dalla **dottrina più accreditata** e dallo studio dell'applicazione effettuata dalla **Suprema Corte**, dalle **Corti europee** e dai **Tribunali di merito**.

Il Trattato rappresenta un valido supporto per il professionista per l'inquadramento e l'aggiornamento della materia.





EDITORIALE

Decisioni contra legem	IL SEQUESTRO PREVENTIVO TRA CARENZE NORMATIVE E (DIS)ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI di <i>Piero Gualtieri</i>	145
-----------------------------------	---	------------

LEGISLAZIONE

	NOVITÀ NORMATIVE	154
Aggravanti	Legge 16 giugno 2016, n. 115 L'INTRODUZIONE DELL'AGGRAVANTE DI NEGAZIONISMO di <i>Emanuela Fronza</i>	155
Diritto di difesa	D.Lgs. 15 settembre 2016, n. 184 IL DIRITTO DI DIFESA NELL'INDIVIDUAZIONE DI PERSONE E NEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO di <i>Sofia Cavini</i>	168 169

GIURISPRUDENZA

Osservatori

	OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE a cura di <i>Giuseppe Di Chiara</i>	177
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	180
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	182
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	188
	OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Irene Scordamaglia</i>	193

Giurisprudenza commentata

Esecuzione della pena	Cassazione Penale, Sez. I, 19 maggio 2016 (c.c. 28 aprile 2016), n. 20769 IL RAGIONEVOLE COMPROMESSO DELLE SEZIONI UNITE SULL'INDISPONIBILITÀ DEL C.D. "BRACCIALETTO ELETTRONICO" di <i>Giulia Quagliano</i>	197 198
Misure cautelari	Cassazione Penale, Sez. Unite, 13 aprile 2016 (c.c. 29 gennaio 2016), n. 15453 SEQUESTRO PREVENTIVO D'URGENZA E AVVISO ALL'INDAGATO DEL DIRITTO ALL'ASSISTENZA DEL DIFENSORE di <i>Federico Boncompagni</i>	205 206
Procurata inosservanza di pena	Cassazione Penale, Sez. II, 8 settembre 2016 (c.c. 17 maggio 2016), n. 37378 L'AIUTO PUNIBILE NEL DELITTO DI PROCURATA INOSSERVANZA DI PENA di <i>Andrea Alberico</i>	213 215
Abuso d'ufficio	Cassazione Penale, Sez. VI, 30 maggio 2016 (c.c. 26 aprile 2016), n. 22800 TRASMISSIONE INDEBITA DI FAX TRA PECULATO D'USO, ABUSO DI UFFICIO E IRRILEVANZA PENALE DEL FATTO di <i>Paolo Pisa</i>	220 221

Diritto penale e processo

Sommario

Patteggiamento	Cassazione Penale, Sez. VI, 10 maggio 2016 (c.c. 12 aprile 2016), n. 19407 SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA SUBORDINATA AI LAVORI DI PUBBLICA UTILITÀ: LIMITI E POTERI DEL GIUDICE NELLA MODIFICA DELL'ACCORDO TRA P.M. E IMPUTATO di <i>Alessandra Pastore</i>	224
Atto abnorme	Cassazione Penale, Sez. VI, 26 aprile 2016 (c.c. 4 aprile 2016), n. 17173 ABNORMITÀ, CIRCOLAZIONE DEGLI ATTI ED INTERCETTAZIONI: ALLA RICERCA DI UN GIUSTO EQUILIBRIO di <i>Francesco Cavalli</i>	235
Rimessione	Cassazione Penale, Sez. VI, 26 aprile 2016 (c.c. 1° marzo 2016), n. 17170 LA RIMESIONE QUALE PRESIDIO ECCEZIONALE DI GARANZIA DELLA SERENITÀ E IMPARZIALITÀ DEL GIUDIZIO di <i>Gianmichele Pavone</i>	245
Patteggiamento	Cassazione Penale, Sez. III, 6 aprile 2016 (c.c. 9 settembre 2015), n. 13719 PATTEGGIAMENTO: POTERI DEL GIUDICE IN RELAZIONE ALLE SANZIONI SOSTITUTIVE di <i>Marco Cecchi</i>	254

OPINIONI

LA CONDANNA A DANNI PUNITIVI TRA PENALE E CIVILE: LA QUESTIONE RIMANE ATTUALE di <i>Sara Landini</i>	262
---	------------

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i>	268
OSSERVATORIO CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA a cura di <i>Silvio Riondato</i>	272

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	276
---	------------

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fian-daca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Riscato; M. Ro-mano; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: A. Bargi, G. Bellantoni, A. Bernasconi, P. Corso, A. De Caro, P. Dell'Anno, V. Fanchiotti, L. Filippi, C. Fiorio, A. Gai-to, A. Giarda, P. Gualtieri, S. Lorusso, M.R. Marchetti, E. Marzaduri, M. Menna, A. Molari, P. Moscarini, G. Pansini, V. Patanè, A. Pennisi, G. Pierro, A. Presutti, S. Sau, A. Scaglione, M. Scaparone, A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 1/2017

Diritto penale:

- G.F. Perilongo, *Movimentazione di "denaro sporco" e autoriciclaggio: una prima indicazione giurisprudenziale* (Cassazione penale, Sez. II, 28 luglio 2016 (ud. 14 luglio 2016), n. 33074);
- R. Ruoppo, *I giudici di legittimità tra "primato" del diritto dell'Unione Europea e principio di legalità in materia penale* (Cassazione penale, Sez. IV, 26 febbraio 2016 (ud. 25 gennaio 2016), n. 7914).

Processo penale:

- W. Nocerino, *I calcoli aritmetici della Giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni unite sui limiti edittali per l'accesso alla probation* (Cas-sazione penale, Sez. un., 1 settembre 2016 (ud. 31 marzo 2016), n. 36272);
- G. Poi, *La valutazione degli indizi nella fase cautelare: una questione da risolvere alla luce della teoria generale della prova* (Cassa-zione penale, Sez. II, 30 giugno 2016 (ud. 6 settembre 2016), n. 37018).

Alcuni casi di decisioni *contra legem*

Il sequestro preventivo tra carenze normative e (dis)orientamenti giurisprudenziali

di Piero Gualtieri

L'Autore, dopo aver evidenziato la pluralità dei sequestri preventivi presenti nell'ordinamento, esamina alcune recenti decisioni delle sezioni unite della corte suprema in materia di valutazione degli indizi, di confisca per equivalente, di motivazione *per relationem*, di termini di trasmissione degli atti al tribunale del riesame, di negata partecipazione alla udienza camerale davanti alla corte di cassazione e di confisca senza condanna, e rileva come purtroppo i già insufficienti dati normativi vengano forzati, se non disattesi, da restrittivi orientamenti giurisprudenziali, in una materia suscettibile di ledere diritti fondamentali tutelati dalla costituzione e dalla C.e.d.u., che, in ragione della grave afflittività delle misure, richiederebbe invece ben più ampi spazi di garanzia.

Le tipologie di sequestro preventivo

Nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale 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" (1).

Ma questi lodevoli obbiettivi sono stati traditi dalla imprecisa formulazione delle norme e da poco garantiste applicazioni giurisprudenziali e sostanzialmente vanificati dall'innesto nell'ordinamento di nuovi modelli della misura, ciascuno con proprie peculiari caratteristiche.

Il nucleo originario è racchiuso nell'art. 321 c.p.p., ove trovano la loro 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 (comma 1) e l'altro finalizzato alla confisca, facoltativa o obbligatoria, delle stesse cose (comma 2).

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* (2): e in questa categoria assume una notevolissima importanza l'art. 12 *sexies*, D.L. n.

possibile quella diretta, ai casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per i delitti previsti dagli artt. (I) 615 *ter*, 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617 *bis*, 617 *ter*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 617 *sexies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater*, 635 *quinquies*, 640 *ter* e 640 *quinquies* c.p. - art. 240, comma 2, n. 1 *bis*, c.p.; (II) 453, 454, 455, 460 e 461 c.p. - art. 466 *bis* c.p.; (III) 73, esclusa l'ipotesi di cui al comma 5, e 74, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 - comma 7 *bis* novellati di entrambe le disposizioni; (IV) 55, comma 9, D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, comma 9 *bis*.

(1) Relazione progetto preliminare, in *Doc. giust.*, 1988, 175.

(2) Fortemente sollecitata dagli organismi economici internazionali al fine di neutralizzare più efficacemente i vantaggi delle attività criminose, è stata prevista per la prima volta nel nostro ordinamento dall'art. 1, comma 1, L. 7 marzo 1996, n. 108, relativamente al delitto di usura di cui all'art. 644 c.p., e poi via via estesa con l'introduzione degli artt. 270 *septies*, 322 *ter*, 452 *undecies*, 474 *bis*, 600 *septies*, 640 *quater*, 648 *quater* c.p. e art. 2641 c.c. Da ultimo, il D.Lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, ha esteso la confisca per equivalente, qualora non sia

Editoriale

Processo penale

306/1992 (c.d. confisca allargata), la cui applicazione è stata nel tempo continuamente estesa e che ha la caratteristica di portare all'applicazione della misura ablativa 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, in materia di esecuzione e amministrazione (3).

Il D.L. 3 dicembre 2012, n. 207, ha poi previsto 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 facoltà d'uso controllata dei beni aziendali (4).

Vi è, infine, il sequestro preventivo introdotto con il D.Lgs. 8 giugno 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 (5) (tra i quali mancano incredibilmente quelli tributari (6)).

Relativamente a queste varieguate misure esiste una lunga serie di profili problematici, di carattere generale o riferiti alla singola tipologia di sequestro, dei quali è ovviamente qui impossibile la trattazione (7), per cui ci limiteremo a soffermare la nostra

attenzione su alcune recenti decisioni della corte di legittimità, a nostro avviso non coerenti con lo spirito e la lettera delle norme ordinarie e costituzionali e tali da far ipotizzare la violazione del principio di soggezione soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).

Il *fumus commissi 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.

Per lunghi anni la corte di cassazione ha sostenuto (salvo qualche sporadica decisione di segno contrario) che in sede di applicazione di una misura cautelare reale 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 (8).

Tale interpretazione è stata avallata dalla corte costituzionale, la quale ha evidenziato la diversità dei

(3) La norma 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, 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. 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 517 ter e 517 quater, 416 comma 6, 416 bis, 452 quater, 452 octies comma 1, 600, 600 bis comma 1, 600 ter commi 1 e 2, 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 comma 2, 648 bis, 648 ter, 648 ter.1 c.p.; (II) dagli artt. 617 quinquies, 617 sexies, 635 bis, 635 ter, 635 quater, 635 quinquies c.p., quando le condanne riguardano tre o più sistemi; (III) dall'art. 12 quinquies, comma 1, dello stesso D.L. n. 306/1992; (IV) dagli artt. 2635 c.c. e 55, comma 9, D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231; (V) dagli artt. 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309; (VI) in materia di contrabbando nei casi di cui all'art. 295, comma 2, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43; (VII) commessi per finalità di terrorismo anche internazionale 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.

(4) Si veda Tonini, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in questa Rivista, 2014,

1155.

(5) Sulla materia v. in generale Presutti - Bernasconi - Fiorio, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, nonché Ferrua, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in questa Rivista 2016, 705; Macchia, *La confisca per equivalente nei confronti degli enti e dei responsabili delle persone giuridiche*, in *Giust. pen.*, 2014, 197.

(6) Cass. Pen., SS.UU., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, in *Giur. it.*, 990, con nota di Corso, *Reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*.

(7) Cfr. al riguardo, volendo, Gualtieri - Spangher, *Misure cautelari reali*, in Spangher - Marandola - Garuti - Kalb, *Procedura penale: teoria e pratica del processo*, II, Milano, 2015, 260 ss., con particolare riguardo alle questioni di conformità della normativa e del c.d. diritto vivente alla costituzione e alla Cedu, di individuazione del giudice competente alla applicazione della misura (vi è un vuoto normativo relativamente al giudice dell'udienza preliminare), di esecuzione del sequestro e di amministrazione dei beni ad esso assoggettati, di rapporti con il sequestro di prevenzione), di tutela dei terzi in buona fede, di garanzie difensive, di labilità delle disposizioni in tema di gravami (aggravata da indirizzi giurisprudenziali molto restrittivi).

(8) Cass. Pen., SS.UU., 23 aprile 1993, n. 4, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, 1969; e successivamente *ex multis*, Id. 24 marzo 1995, n. 5, Barbuto, in *Foro it.*, 1997, II, 113; Id. 4 maggio 2000, n. 7, Mariano, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 255; per il contrario indirizzo largamente minoritario v. Cass., SS.UU., 20 novembre 1996, n. 23, Bassi, in questa Rivista 1997, 237; Id. 25 ottobre 2000, n. 30, Poggi Longostrevi, *ivi*, 2001 58.

valori tutelati nelle misure cautelari personali e reali ed ha affermato che nemmeno in sede di grave andrebbe riconosciuto un potere di controllo sul merito della regiudicanda, dal quale scaturirebbe 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: ha quindi sostenuto che, dovendo il giudice controllare che un reato, quanto meno nella sua astratta configurabilità, esista, la difesa può volgersi a contestare l’esistenza della fattispecie dedotta proprio perché questa funge da necessario referente che individua il nesso di pertinenzialità (9).

Solo recentemente si sta finalmente 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 misure (10).

A nostro avviso, tuttavia, anche questi meno restrittivi orientamenti sono insufficienti, in quanto dovrebbe pervenirsi ad una sostanziale equiparazione dei presupposti tra misure cautelari reali e personali in forza del nuovo dato normativo introdotto dall’art. 11, L. 26 aprile 2015, n. 47, che ha modificato l’art. 309, comma 9, richiamato dall’art. 324, comma 7, secondo il quale il tribunale del riesame annulla l’impugnato provvedimento dispositivo della misura cautelare “se la motivazione manca o non contiene l’autonoma valutazione, a norma dell’art. 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa”: ed ovviamente tali regole valgono pure per il provvedimento dispositivo del sequestro.

Le sezioni unite, sollecitate ad intervenire sulla corretta applicazione della norma, hanno fornito una risposta troppo riduttiva, laddove hanno ritenuto di escludere come parametro di riferimento quanto statuito dall’art. 292, ritenuto norma declinata per le misure cautelari personali, e, relativamente agli indizi, hanno sostenuto la necessità di tenere conto del fatto che il requisito in parola

non entra esplicitamente nella composizione della nozione di *fumus commissi delicti*, ragion per cui si dovrebbe dar corpo al collaudo della esistenza di un nesso di pertinenzialità fra il bene sequestrato e la fattispecie concreta di reato che ne costituisce il riferimento, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale: pur riconoscendo che il percorso motivazionale non può che essere affine per quanto concerne il dovere di verifica - non più concepibile in termini solo astratti - della compatibilità e congruità degli elementi adottati dall’accusa (e della parte privata ove esistenti) con la fattispecie penale oggetto di contestazione anche relativamente alle esigenze cautelari, hanno altresì fatto salve le ipotesi particolari di sequestri finalizzati alla confisca, previsti dagli artt. 321, comma 2, e 12 *sexies*, D.L. n. 306/1992 (11).

Va infatti osservato come il legislatore del 2015, modificando il comma 7 dell’art. 324, attraverso il ribadito richiamo dell’art. 309, commi 9, 9 *bis* e 10, abbia chiaramente voluto una applicazione per quanto possibile integrale dell’art. 292, cui fa espresso rinvio, appunto, l’art. 309, comma 9. Ad una attenta analisi risultano realmente incompatibili con il sequestro preventivo soltanto le previsioni di questa disposizione enunciate nel comma 2, lett.) *c bis*, ultima parte (custodia cautelare in carcere), e *d*) (data di scadenza della misura) mentre per tutte le altre non emergono problemi applicativi di sorta, poiché in effetti in esse vengono enunciati i requisiti del provvedimento dispositivo della misura (non indicati nell’art. 321 e del quale suona come completamento), a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio, ed esattamente: (I) le generalità dell’imputato (lett. *a*); (II) la descrizione sommaria del fatto e delle norme violate (lett. *b*); (III) l’esposizione e l’autonoma valutazione delle esigenze cautelari e degli indizi (lett. *c*) nonché delle ragioni per le quali non sono stati ritenuti rilevanti gli elementi adottati dalla difesa (lett. *e bis* novellata). Per evidente connessione logica deve essere osservato anche l’art. 273, che stabilisce al comma 1 la regola generale per cui le misure cautelari possono essere applicate soltanto in presenza di gravi indizi di colpevolezza, al comma 1 *bis* i criteri sulla loro valutazione (richiamando a tal fine gli artt. 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1) e al comma 2 prescrive la inapplicabilità della misura qualora sussistano cause di giustifica-

(9) Corte cost. 17 febbraio 1994, n. 48, in *Cass. pen.*, 1994, 1455, e 4 maggio 2007, n. 153, in questa *Rivista*, 2007, 744.

(10) *Cass. Pen.*, Sez. III, 27 maggio 2015, n. 9224, *Sa.Co.-Me.As. s.r.l.*, *La Legge Plus*; *Cass. Pen.*, Sez. V, 16 settembre 2014, n. 49596, *A.M.*, *CED*, 261677; *Cass. Pen.*, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 20764, p.m. in c. *C.F.* e altri, *La Legge Plus*;

Cass. Pen., Sez. II, 25 marzo 2014, n. 18778, p.m. in c. *M.G.* e altri, *CED*, 259960; *Cass. Pen.*, Sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 45591, *F.V.*, *CED*, 257816.

(11) *Cass. Pen.*, *SS.UU.*, 6 maggio 2016, n. 18954, *Capasso*, in questa *Rivista*, 2016, 760.

Editoriale

Processo penale

zione o di non punibilità, o la estinzione del reato o della pena.

Il richiamo alla pregressa giurisprudenza costituzionale per introdurre limitazioni non è condivisibile, in quanto il quadro normativo è mutato e l'estensione esponenziale dei casi di sequestro per equivalente rende ormai superate le argomentazioni ivi utilizzate per "salvare" gli artt. 321 e 324 (vale a dire la sufficienza del requisito della pertinenza a consentire una efficace difesa).

E se è vero che la misura reale può colpire anche terzi, è comunque necessaria un'indagine in ordine alla buona fede di costoro e soprattutto alla effettiva disponibilità da parte dell'indagato dei beni nonché, nei casi disciplinati dall'art. 321, del loro rapporto di pertinenza con la sua attività criminosa.

Va ancora considerato che le misure cautelari reali vanno ad incidere su interessi protetti dalla Costituzione e dalla Cedu e in particolare il sequestro preventivo può presentare un contenuto afflittivo addirittura maggiore rispetto ad alcune misure cautelari personali (si pensi all'ablazione di tutte le proprietà di un indagato lavoratore autonomo, che fa venir meno a lui e alla sua famiglia i mezzi di sostentamento, o alla perdita di lavoro da parte dei dipendenti in caso di sequestro di un'azienda).

Ed infine, tra le due specie di misure esistono indubbiamente stretti parallelismi, sia per la collocazione sistematica, sia per i rimedi approntati (appello, riesame, ricorso per cassazione).

Alla stregua di questi rilievi, riteniamo che si dovrebbe pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in materia, che tenga conto della necessità di un ragionevole bilanciamento tra esigenze di repressione e tutela del diritto di difesa e della proprietà, e renda applicabile il sequestro preventivo soltanto in caso di sussistenza di gravi indizi di reità a carico di colui che dispone effettivamente della cosa ritenuta pericolosa, da valutare, in forza di quanto dispone l'art. 273, comma 1 bis, ai sensi degli artt. 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203, 271, comma 1, e tali da consentire una prognosi in ordine alla possibilità di pervenire ad una sentenza di condanna: deve, altresì, ricorrere, in caso di sequestro impeditivo,

un vincolo chiaro ed univoco tra la stessa cosa e il reato per cui si procede e, in osservanza dei principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, risulta impossibile conseguire il medesimo risultato con altre misure meno invasive. In attuazione di quanto stabilito dall'art. 273, comma 2, applicabile per le ragioni avanti esposte, l'analisi dovrebbe essere estesa anche all'elemento psicologico del reato, atteso che la sua mancanza impedisce la stessa astratta configurabilità dell'illecito penale, nonché alla presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità e alla prescrizione del reato.

Il sequestro finalizzato alla confisca

A nostro parere deve ritenersi ormai assodata la natura sanzionatoria della confisca nelle sue varie forme (e non più quindi, di misura di sicurezza patrimoniale) (12).

Un espresso riconoscimento in tal senso è venuto dalle pronunce della Cedu, nelle quali è stato affermato che la confisca deve qualificarsi come una pena ai sensi dell'art. 7 Cedu poiché si collega ad un illecito penale, non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma ad impedire la reiterazione della inosservanza delle prescrizioni: i giudici di Strasburgo hanno altresì specificato che la natura penale della disposizione deve essere accertata sulla base di tre criteri (la qualificazione giuridica della misura nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima e la natura e il grado di severità della "sanzione"), che sono alternativi e non cumulativi (13).

E anche la Corte costituzionale ha a sua volta attribuito alla confisca per equivalente una natura "eminente sanzionatoria", che impedisce la sua applicazione retroattiva (14).

Al sequestro preventivo finalizzato alla confisca disciplinato nell'art. 321, comma 2, c.p.p., si è peraltro aggiunto quello ben più diffuso, diretto alla confisca per equivalente, considerata uno strumento strategico di politica criminale, teso a contrastare fenomeni sistematici di criminalità economica ed organizzata, e diretta a privare il reo di un qualunque beneficio sul versante economico, sotto la forma di prelievo pubblico a compensazione di utilità illecite (15).

(12) Ci si consenta di richiamare in materia Gualtieri - Spangher, *Misure cautelari reali*, cit., 286 ss.

(13) Cedu 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia, in *Giur. it.*, 2009, 2398; Id. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in questa *Rivista*, 2014, 246; Id. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in *Cass. pen.*, 2014, 2304; Id. 20 maggio 2014, Nykanenc. Finlandia; Id. 27 novembre 2014, Den c. Svezia; Id. 9 giugno 2016, Sismanidis c. Grecia, leggibili sul sito ufficiale della Corte europea.

(14) Corte cost. 2 aprile 2009, n. 97, in *Foro it.*, 2009, 10, I, 2595, e 4 giugno 2010, n. 196, *ivi*, 2010, I, 2306; in senso parzialmente diverso in tema di confisca susseguente a prescrizione del reato v. la decisione 26 marzo 2015, n. 49, in *Foro it.*, 2016, I, 1623 49/2015.

(15) Si vedano in materia Gualtieri-Spangher, *Misure cautelari reali*, cit., 308 ss; Bargi, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2010, 2070; Gaito, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'inda-*

Colpisce, quindi, in difetto del reperimento del bene specifico provento del reato e per un valore ad esso corrispondente, gli altri beni di cui il soggetto abbia la disponibilità, i quali non hanno alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo e neppure alcun nesso di pertinenza con il singolo reato, a differenza di quanto avviene per le ipotesi disciplinate dall'art. 240 c.p.

Va altresì rimarcato come tale misura, caratterizzata dalla obbligatorietà, 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, devono dunque trovare applicazione unicamente in via residuale, allorché non sia stato possibile aggredire il prezzo o il profitto del reato, con conseguente obbligo del giudice di motivare espressamente sull'impossibilità di conseguire il medesimo risultato con altre misure meno invasive.

Merita una menzione particolare il già ricordato sequestro finalizzato alla confisca per equivalente previsto dall'art. 12 *sexies* D.L. n. 306/1992 (16), i cui presupposti, secondo indirizzi largamente prevalenti, consistono, quanto al *fumus commissi delicti*, nell'astratta configurabilità nel fatto attribuito all'indagato e in relazione alle concrete circostanze indicate dal p.m., di una delle ipotesi criminose previste dalle norme citate, 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 stessi (17).

Si viene così a configurare, ai fini dell'adozione della misura cautelare, una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, che può essere superata dall'interessato sulla base di specifiche e verificate allegazioni, dalle quali si possa desumere la le-

gittima provenienza del bene sequestrato in quanto acquistato con proventi proporzionati alla propria capacità reddituale lecita e anche attingendo al patrimonio lecitamente accumulato (18).

Ne risulta un quadro applicativo profondamente differenziato rispetto alle altre ipotesi di sequestro finalizzato alla confisca per equivalente e non rispettoso del nuovo testo dell'art. 324, comma 7, tanto più in presenza della menzionata presunzione di illegittima appartenenza dei beni: l'esercizio del diritto di difesa e di tutela della proprietà è dunque estremamente difficile, se non inconsistente, e non pare proprio che questa situazione sia rispondente ai principi costituzionali dettati dagli artt. 24, 27, comma 2, 42 e 117, comma 1, Cost.

L'approfondita valutazione dei profili soggettivi degli indizi è quindi ancor più importante in questi casi, ove assumono rilievo assorbente proprio e soltanto tali aspetti, mancando il rapporto pertinenziale tra cosa e reato ed essendo evanescente il *periculum*, in ragione della obbligatorietà dell'ablazione.

Questa esigenza risulta altresì rafforzata dalla previsione che, secondo l'espresso dettato normativo, la confisca può essere disposta unicamente in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per alcuno dei reati tassativamente elencati, sicché a maggior ragione il sequestro preventivo ad essa finalizzato non può prescindere dalla verifica che il quadro indiziario sia talmente grave da far ritenere, appunto, prevedibile una sentenza di condanna.

La motivazione per *relationem* del provvedimento dispositivo della misura

La ripetutamente segnalata modifica dell'art. 309, comma 9, richiamato dall'art. 324, comma 7, impone oggi un percorso motivazionale più rigoroso, in quanto il decreto impositivo deve contenere, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, l'esposizione e l'autonoma valutazione delle esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta.

La finalità della norma è evitare il ripetersi, specialmente in presenza di fascicoli voluminosi, degli imbarazzanti episodi di trascrizioni integrali delle

gine, *ivi*, 2009, 2065; Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009.

(16) Cfr. *supra*, nt. 2, e, volendo, Gualtieri-Spangher, *Misure cautelari reali*, cit., 328 ss.

(17) Si veda l'ormai risalente decisione del collegio esteso 19 gennaio 2004, n. 920, Montella, *CED*, 226492 e da ultimo Cass. Pen., Sez. VI, 24 marzo 2015, n. 26832, S.B., *CED*, 263931; Cass. Pen., Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 11324, P.G., *CED*, 263159; Cass. Pen., Sez. II, 30 settembre 2011, n.

38538, M.B., *La Legge Plus*; Cass. Pen., Sez. I, 1° aprile 2010, n. 19516, Barilari, *CED*, 247205.

(18) Cass. Pen., Sez. VI, 31 marzo 2016, n. 16111, Gi.Sa.Ni. e altri, *La Legge plus*; Cass. Pen., Sez. II, 17 giugno 2015, n. 29554, F.M., *CED*, 264147; Cass. Pen., Sez. V, 24 febbraio 2015, n. 25475, B.G., *CED*, 263904; Cass. Pen., Sez. II, 19 agosto 2011, n. 32563, D.C.E., in *Giur. it.*, 2012, 1416; Cass. Pen., Sez. II, 26 febbraio 2009, n. 10549, Masala, in *Guida dir.*, 2009, 19, 89.

Editoriale

Processo penale

richieste del P.M., senza un minimo di analisi critica, che hanno provocato clamore e conseguenti polemiche (19).

Queste deprecabili prassi non sono però cessate e non è servita nemmeno una pronuncia delle sezioni unite, ove è stato osservato che l'obbligo di autonoma valutazione dei presupposti della misura, si inserisce in un quadro in cui, attraverso interventi paralleli su più norme, il legislatore ha chiaramente mostrato di considerare fra gli obiettivi connotanti la riforma quello di sanzionare qualsiasi prassi di automatico recepimento, ad opera del giudice, delle tesi dell'Ufficio richiedente, così da rendere effettivo il doveroso controllo giurisdizionale preteso dalla Costituzione prima che dalla legge ordinaria (20).

È stato infatti ribadito che l'introduzione del requisito dell'autonoma valutazione non deve essere inteso quale mero attributo estetico o stilistico, che si risolverebbe in una inutile e dispendiosa parafrasi del testo altrui, ma in senso epistemologico, come autonomia della decisione, per cui non implica una riscrittura originale degli elementi indiziati: in altri termini, il provvedimento che riproduca più o meno fedelmente o richiami la richiesta del p.m. assume una propria oggettiva consistenza e, in assenza di affidabili criteri di classificazione del pensiero autonomo, non può ritenersi per ciò solo indiziante di una valutazione, e quindi di una decisione, priva di autonomia o di una cessione di imparzialità (21).

Insomma, si persiste ostinatamente nel rifiuto di applicazione del dato normativo, in spregio anche all'insegnamento delle sezioni unite.

Il termine di trasmissione degli atti al tribunale del riesame

Un altro caso emblematico dello scollamento tra codice legale e codice reale è rappresentato dalla

interpretazione che la corte di legittimità ha dato del richiamo dell'art. 309, comma 10, da parte dell'art. 324, comma 7.

In occasione della riforma operata con la L. n. 332/1995, le sezioni unite avevano affermato che tale rinvio era riconoscibilmente recettizio, vale a dire statico, e non formale (o dinamico) essendo effettuato alla mera veste letterale del predetto comma, per cui da tale modalità di incorporazione *per relationem* discende, inevitabilmente, la cristallizzazione della disposizione recepita, che dunque, una volta inglobata nella norma che la richiama, ne entra a far parte integrante e non segue le sue eventuali "sorti evolutive". E poiché la riforma dell'art. 309 non aveva inciso sull'art. 324 ed il rinvio che tale ultimo articolo fa all'art. 309 deve inevitabilmente essere inteso al testo previgente, ne deriva che unico termine perentorio nella procedura di riesame delle misure cautelari reali rimane quello originario di 10 giorni entro i quali la decisione deve essere assunta, decorrente, ovviamente, dal momento in cui la richiesta perviene al tribunale del riesame (22).

Entrata in vigore la L. n. 47/2015, le sezioni unite hanno (inaspettatamente) ritenuto di confermare il ricordato orientamento, asserendo che la modulazione dell'art. 324, comma 7, è avvenuta non con la tecnica della sostituzione di una intera parte del precetto contenente il rinvio ai commi dell'art. 309, ma soltanto delle parole "art. 309, commi 9", con le parole "art. 309, commi 9 e 9 bis", senza intervenire sul richiamo del comma 10, rimasto invariato: da ciò si dedurrebbe che il detto comma 10, nella formulazione risultante dall'intervento del legislatore nell'ultima riforma, non riguarda la modalità di funzionamento del riesame reale. Con la ulteriore conseguenza che le conclusioni della sentenza Cavalli sarebbero da confermare, anche alla luce di altre considerazioni di carattere sistematico, riferibili alla stessa struttura del precetto in que-

(19) Cass. Pen., SS.UU., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera, CED, 216664, aveva ritenuto legittima la motivazione *per relationem* di un provvedimento giudiziale quando: 1) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione.

(20) Cass. Pen., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 18954, Capasso, in questa Rivista, 2016, 760.

(21) V. Cass. Pen., Sez. VI 11 novembre 2015, n. 45166, E.G., in *Giur. it.*, 2016, 211, con commento critico di Spangher, il quale mette esattamente e opportunamente in evidenza come i vizi e le vecchie abitudini siano duri a morire e come, se fosse vera la tesi per cui il problema era già stato definito dalle sezioni unite, risulterebbe inutile la nuova normativa, invece introdotta proprio per superare quell'insufficiente *dictum*: cfr. anche *ex multis*, Cass. Pen., Sez. VI, 19 novembre 2015, n. 45934, Perricciolo, CED, 265068; Cass. Pen., Sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, Belsito, CED, 266428; Cass. Pen., Sez. I, 15 dicembre 2015, n. 8323, Cosentino, CED, 265951; Cass. Pen., Sez. II, 29 gennaio 2016, n. 5497, P.A., CED, 266336; Cass. Pen., Sez. VI, 15 giugno 2016, n. 30459, P.G.V., *La Legge Plus*; Cass. Pen., Sez. III, 30 settembre 2016, n. 41089, M.F., *La Legge Plus*.

(22) Cass. Pen., SS.UU., 17 giugno 2013, n. 26268, Cavalli, in questa Rivista, 2013, 905; cfr. anche Cass. Pen., SS.UU., 29 maggio 2008, n. 25932, Ivanov, in *Cass. pen.*, 2008, 4533.