



Processo penale e giustizia n. 5 | 2019

Analisi e prospettive

Analysis and Perspectives

MATTEO RAMPIONI

Dottore di ricerca in procedura penale – Università degli studi di Roma “Tor Vergata”

Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza «confini»

*The preventive attachment functional to confiscation:
a subject without no frontier*

Contrariamente a quanto avviene per le cautele personali, la disciplina del sequestro preventivo, ed in particolare di quello funzionale alla confisca, non è stata ben delineata dal legislatore. L'art. 321, comma 2, c.p.p., infatti, non offre spunti adeguati per individuare con chiarezza condizioni e i limiti della misura; la qual cosa ha generato un massiccio intervento giurisprudenziale diretto a legittimare il sequestro preventivo funzionale alla confisca sulla base dell'astratta sostenibilità della notizia di reato.

Contrarily at what happens for the personal precautionary measures, the subject of the preventive attachment, and in particolare the one functional to confiscation, hasn't been correctly regulated by the legislator. Article 321, comma 2, c.p.p., doesn't offer any reference with which identify limits of the measure; this determined a massive and constant work of the Supreme Court of Justice direct to legitimize the preventive attachment functional to confiscation based just on the abstract sustainability of the case enrolment.

INTRODUZIONE

Come spesso accade, una rigida e chiara disciplina consente di comprendere senza particolari difficoltà interpretative i confini di un dato istituto. Viceversa, quando una materia non è sufficientemente normativizzata, o semplicemente ben spiegata, occorre intervenire in un secondo momento per tentare di eliminare le incertezze.

È quanto avviene per il «sequestro preventivo finalizzato alla confisca» di cui all'art. 321, comma 2 c.p.p. che, non essendo adeguatamente tipizzato, si serve dei criteri individuati dalla giurisprudenza per fronteggiare le sue lacune normative.

È noto che gli scopi del legislatore nella predisposizione dell'art. 321 c.p.p. fossero, da un lato, quello di formulare la “nuova” figura del «sequestro preventivo» in modo chiaro e preciso, al fine di porre un freno alla prassi giudiziaria previgente che, mediante l'art. 337 c.p.p. abr¹., consentiva al sequestro penale di perseguire le più disparate finalità²; e, dall'altro, attraverso l'introduzione della figura dell'art. 321, comma 2, c.p.p., di delimitare ulteriormente, attraverso un rinvio alla nozione di cose di cui è consen-

¹ Art. 337 c.p.p. abr. «Nel corso dell'istruzione il giudice può disporre anche d'ufficio con decreto motivato il sequestro di cose pertinenti al reato. Al sequestro il giudice può procedere personalmente e, occorrendo, con l'assistenza della forza pubblica. Può anche delegare con lo stesso decreto un ufficiale di polizia giudiziaria».

² E. Selvaggi, *sub art. 231 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, III, Torino, Utet, 1990, p. 359 ss. Continua l'Autore «Il nuovo istituto è appunto, nel nuovo codice, il sequestro preventivo disciplinato dagli artt. 321 ss., che rappresenta pertanto il risultato di un processo di razionalizzazione e sistemazione di una materia la quale, fino ad oggi, non conosceva referenti normativi precisi e inequivoci. È da dire di più: lo sforzo sistematico non si è limitato alla predisposizione di una disciplina specifica, ma si è espresso in una rivisitazione complessiva di quella vicenda processuale che, non definita compiutamente sul piano normativo, si esprime nel vincolo posto alla libera disponibilità della cosa che comunque riveste interesse nel procedimento penale».

Sulle problematiche della normativa previgente: A.A. Dalia, *Una prospettiva da recuperare: il sequestro penale in funzione della confisca*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1870.

tita la confisca, l'area di operatività della misura (si cercò di escluderne l'operatività fuori dei confini segnati, sia dall'art. 240 c.p., che dalle leggi speciali in cui è espressamente riconosciuto al giudice il potere ablativo³). Nonostante gli intendimenti della materia, l'art. 321, comma 2, c.p.p. nella sua «nuova» formulazione si limita a stabilire che «il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca»⁴.

Già dalla lettura dell'esiguo testo normativo, è possibile affermare che la norma, così come scritta, non è in grado né di colmare il menzionato «vuoto di fini», né tantomeno di fornire, complici anche le mutazioni⁵ subite dall'istituto della confisca negli ultimi anni, sufficienti garanzie per chi viene raggiunto dalla misura⁶.

IL VUOTO DEI PRESUPPOSTI APPLICATIVI

Malgrado la diversa natura, da un lato, del sequestro preventivo disciplinato dall'art. 321, comma 1, c.p.p. (riconducibile direttamente al *genus* delle misure cautelari) e, dall'altro, del sequestro preventivo finalizzato alla confisca (che possiede, invece, una connotazione particolare per via della sua specifica finalità di vincolare i beni in vista di una futura confisca), il tema dei presupposti applicativi appare in entrambi i casi scivoloso per via della generale vacuità normativa⁷.

Sistemicamente inquadrato dal legislatore tra le misure cautelari, il sequestro preventivo disciplinato dall'art. 321, comma 1, c.p.p. risulterà applicabile qualora ricorrano il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Stando alla prevalente prassi, il *fumus* coincide con l'astratta ed ipotetica sussumibilità del fatto (enunciato dal pubblico ministero) nella norma incriminatrice⁸, non occorrendo, né una determinata soglia indiziaria, tantomeno analoga a quella richiesta dall'art. 273 c.p.p.⁹, né l'individuazione dell'autore del reato¹⁰.

³ Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, parte prima, n. 93, 24 ottobre 1988, p. 80.

⁴ Art. 321, comma 2, c.p.p.

⁵ Ad esempio, l'introduzione della cd. «confisca allargata» di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992, idonea a colpire i patrimoni della criminalità organizzata, ovvero la cd. «confisca per equivalente» introdotta dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244 mediante cui «si impone un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile».

Scontata l'indescrivibile ampiezza della letteratura, per una panoramica sul tema della confisca, tra gli altri, M. Montagna, *Sequestro e confisca*, Torino, Giappichelli, 2017; A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1989, p. 39 ss.; S. Furfaro, voce *Confisca*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, Utet, 2005, p. 202 ss.; G. Grasso, sub art. 240 c.p., in M. Romano-G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, Padova, Cedam, 2011, p. 604 ss.; A.M. Maugeri, sub art. 240, in *Commentario breve al codice penale*, diretto da G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, Padova, Cedam, 2017, p. 798 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 596 ss.; M. Massa, voce *Confisca* (dir. e proc. pen.), in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 980 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, III, Torino, Utet, 1950, p. 350 ss.; G. Vassalli, *La confisca dei beni*, Padova, Cedam, 1951; E. Nicosia, *La confisca, le confische*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁶ P. Troisi, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6/2018, p. 1: «La progressiva mutazione genetica – da misura di sicurezza patrimoniale a vera e propria pena – che, con l'intensificarsi della lotta alla criminalità organizzata ed economica, ha subito l'istituto della confisca e, correlativamente, la funzione cautelare del sequestro ad essa finalizzato, accentua l'esigenza di tutela dei terzi titolari di diritti sui beni che ne sono oggetto». Ancora, G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 12 gennaio 2018; G. Biscardi, *Concorso di sequestri e traguardo finale: un viaggio accidentato tra istanze risarcitorie e confische*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5/2018.

⁷ A tal riguardo, scrive A. Scalfati (*Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al "tipo" cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2012, p. 533): «forse le regole sono state scritte un po' frettolosamente, ma la misura reale più diffusa appare figlia di un dio minore rispetto alla complessità normativa delle cautele personali, rivelando una sagoma meno limpida».

⁸ Tra le varie: Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969; Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 7, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2225; Cass., sez. IV, 12 dicembre 2001, n. 41388, in *Dir. e giust.*, 2003, 7, p. 101; Cass., sez. I, 11 maggio 2007, in *C.E.D. Cass.*, n. 236474; Cass. sez. IV, 21 maggio 2008, n. 23944, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4373; Cass., sez. VI, 5 agosto 2011, n. 31382, in *C.E.D. Cass.*, n. 250441; Cass., sez. II, 20 gennaio 2014, n. 2248, in *C.E.D. Cass.*, n. 260047.

⁹ In dottrina, invece, si è tentato, attraverso un raccordo sistematico, di estendere al sequestro preventivo, per chiare ragioni garantiste, il presupposto dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 c.p.p. Sul tema: P. Balducci, *Il sequestro preventivo*, II ed., Milano, Giuffrè, 1991; M. Cirulli, *In tema di presupposti del nuovo sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 316; A. Giarda, *L'impresa ed il nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1243; G. Viciconte, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 360; F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 557.

Un diverso filone considera sufficiente, invece, la sussistenza, allo stato delle conoscenze disponibili, del solo elemento oggettivo dell'illecito penale. In particolare, N. Galantini, sub art. 231 c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, di-

Il *periculum*, invece, va desunto dalla medesima natura del bene oggetto di sequestro e dal suo carattere strumentale rispetto all'aggravamento o alla protrazione delle conseguenze del reato¹¹. Sotto tale profilo, ai fini applicativi, il giudice dovrà accertare il cd. nesso di pertinenzialità funzionale tra la cosa e il reato.

Diversi, invece, i requisiti richiesti per l'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca¹²: vista la genericità normativa al riguardo, la soluzione (se così può essere chiamata) va ricercata nel quadro tracciato dalla giurisprudenza.

Sebbene le situazioni soggettive coinvolte (proprietà, possesso, anche di beni immateriali, detenzione, credito), il Supremo Collegio¹³ da un lato, e la Corte costituzionale dall'altro¹⁴, escludono, così come per l'ipotesi di sequestro di cui all'art. 321, comma 1 c.p.p., un'indagine sul *fumus* paragonabile ai «gravi indizi di colpevolezza»¹⁵. Peraltro, la giurisprudenza (in particolare della Corte costituzionale¹⁶), ritiene che tale soluzione non contrasti con il diritto di difesa. Invero: da un lato, non esisterebbe alcun obbligo costituzionale «ad assegnare uguale contenuto difensivo a rimedi che, pur se identici per denominazione, si distinguono sul piano strutturale e dei soggetti che possono essere coinvolti»; dall'altro, al giudice adito sarebbe, comunque, consentito il controllo sull'astratta configurabilità del reato.

retto da E. Amodio-O. Dominioni, vol. III, Milano, Giuffrè, 1990, p. 265; F. Lattanzi, *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 355.

Infine, altra parte della dottrina ritiene sufficiente, ai fini dell'integrarsi del *fumus delicti*, richiesto dall'art. 321 c.p.p., una verifica in termini di sommarietà e provvisorietà mirante ad accertare la corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie reale. M. Bevere, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 22.

¹⁰ Cass., sez. III, 8 giugno 2011, n. 35312, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4195 «Ai fini dell'applicazione della misura del sequestro preventivo è necessario che sussistano elementi che rendano ipotizzabile il reato per cui si procede, non essendo, tuttavia, richiesto che gli stessi riguardino un soggetto individuato, potendo, infatti, il vincolo essere disposto anche nei confronti di ignoti».

¹¹ Cass., sez. II, 21 dicembre 1999, in *C.E.D. Cass.*, n. 215089; Cass., sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 1284, *C.E.D. Cass.*, n. 223327; Cass., sez. IV, 10 febbraio 2004, n. 5302, *C.E.D. Cass.*, 227096; Cass., sez. IV, 21 maggio 2008, n. 23944, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4373; Cass., sez. VI, 23 febbraio 2010, n.10618; Cass., sez. V, 29 settembre 2011, n. 35394, in *C.E.D. Cass.*, n. 250930; Cass., sez. II, 5 febbraio 2014, n. 55656, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, 4, p. 377.

¹² M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 169 ss.

¹³ Cass., sez. un., 25 aprile 1993, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969; Cass., sez. un., 29 gennaio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1673; Cass., sez. un., 4 maggio 2000, n. 7, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2225; Cass., sez. un., 19 gennaio 2004, n. 920, in *Cass. pen.*, 2004, p. 354; Cass., sez. un., 28 marzo 2013, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4338.

¹⁴ C. cost., sentenza 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. it.*, 1995, p. 20 «Pur adottando una linea volta a tracciare marcati paralleli tra le cautele reali e quelle personali, osservando, a tal proposito, come attraverso il sequestro preventivo si creino «vincoli che, si potrebbe dire, dalla cosa passano alla persona, nel senso che il sequestro non mira semplicemente a trasferire nella disponibilità del giudice ciò che deve essere utilizzato a fini di prova, ma tende piuttosto ad inibire certe attività che il destinatario della misura può realizzare mediante la cosa», il codice non si è spinto al punto da aver assimilato in toto i presupposti che devono assistere le misure personali, da un lato, e quelle reali dall'altro. Più in particolare, nel dettare la disciplina delle misure cautelari reali, il nuovo codice di rito ha omesso, non senza significato di operare un richiamo espresso alle disposizioni generali che il capo I del titolo I del libro IV dedica alle misure cautelari personali, cosicché solo a queste ultime risulta essere testualmente riferita la previsione enunciata dall'art. 273, primo comma, c.p.p.».

C. cost., ordinanza 7 marzo 2007, n. 153, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1458 ss. Pronuncia che dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 324 c.p.p., censurato, in riferimento all'art. 111, comma 2, Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di cassazione, vincolante per il rimettente quale giudice del rinvio, limita i poteri del tribunale del riesame, in caso di impugnazione del decreto di sequestro preventivo, alla sola astratta possibilità di presumere il fatto in una determinata ipotesi di reato, senza possibilità di verificare, sulla base dei fatti, per come indicati dal pubblico ministero e esaminati alla luce delle argomentazioni difensive, se sia ravvisabile il *fumus* del reato prospettato dall'accusa.

¹⁵ Cass., sez. un., 25 aprile 1993, Gifuni, cit., p. 1969.

¹⁶ C. cost., sentenza 17 febbraio 1994, n. 48, in *www.cortecostituzionale.it*, massima n. 20442 «La preclusione, secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, per il giudice investito dal gravame relativo all'applicazione delle misure cautelari di natura reale, di ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla loro gravità – diversamente da quanto previsto per le misure cautelari personali – non si pone in contrasto con il diritto di difesa, sia perché non vi è un obbligo costituzionale ad assegnare uguale "contenuto difensivo" a rimedi che, pur se identici per denominazione (riesame delle misure cautelari personali e riesame di quelle reali), si distinguono sul piano strutturale e dei soggetti che possono essere coinvolti, e sia perché, per altro verso, è consentito al giudice «a quo», quanto meno, il controllo sulla astratta configurabilità del reato contestato».

Ciò comporta che la verifica giudiziale è finalizzata a valutare soltanto la «mera compatibilità giuridico-fattuale al modello normativo che autorizza la confisca»¹⁷.

Espande la innocuità del controllo l'idea che non occorra, l'analisi sulla sussistenza del *periculum in mora*, essendo elemento da presumersi dall'astratta possibilità di applicare la confisca sulla base di norme in materia¹⁸.

Il giudice dovrà semplicemente, ma nel solo caso della confisca “facoltativa”¹⁹ (non potendosi lo stesso dire per la confisca “obbligatoria” che, riguardando cose considerate intrinsecamente pericolose dal legislatore, non presuppone alcuna valutazione²⁰), dare conto del potere discrezionale di cui si è avvalso.

A tal ultimo proposito, la giurisprudenza ha alternato prospettive diverse. In passato si era orientata nel senso che il compito lui affidato fosse solo quello di verificare se i beni rientrassero nelle categorie delle cose suscettibili di confisca, senza alcun obbligo di motivazione specifica²¹.

Oggi, invece, in particolare dopo l'entrata in vigore della L. n. 47 del 2015²², si propende per l'orientamento di segno opposto, secondo cui è necessario motivare il provvedimento di sequestro, «dovendosi escludere che la pericolosità possa essere desunta semplicemente dalla confiscabilità dei beni»²³.

Nonostante nel corso degli anni la Corte di cassazione abbia tentato, attraverso qualche (isolata) pronuncia, di dare una maggiore consistenza ai criteri di legittimazione della misura (stabilendo, da un lato – per quanto concerne il *fumus* – che ai fini dell'adozione del sequestro preventivo funzionale alla confisca non possono mai mancare «indizi sulla sussistenza del fatto»²⁴; dall'altro, che «ai fini del seque-

¹⁷ A. Scafati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3/2016, p. 4.

Sul punto anche la giurisprudenza è vastissima: Cass., sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 23255, in *Riv. pen.*, 2004, p. 574; Cass., sez. VI, 26 aprile 2004, n. 25056, in *C.E.D. Cass.*, n. 229274; Cass., sez. VI, 3 aprile 2006, n. 19733, in *C.E.D. Cass.*, n. 234730; Cass., sez. V, 18 dicembre 2008, n. 46321, in *Proc. pen. giust.*, p. 994; Cass., sez. un., 4 maggio 2010, n. 7, in *Cass. pen.*, 2000, p. 255.

¹⁸ Cass., sez. III, 17 settembre 2014, n. 47684; Cass., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1677.

¹⁹ È per tali ragioni che alcuni sostengono (P. Gualtieri, sub art. 321 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, Ipsoa, 2010, 2044 ss. Di medesimo avviso anche F. Cordero, *Procedura Penale*, cit., p. 557) che nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca “facoltativa” sarebbe riscontrabile «un'analogia con il sequestro in funzione preventiva di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p.». Invero, anche questa misura ablativa tende a prevenire la commissione di ulteriori illeciti, sottraendo alla disponibilità dell'agente cose che potrebbero costituire un incentivo alla protrazione dell'attività criminosa. Di conseguenza il giudice dovrebbe operare una prognosi di pericolosità e ordinare la confisca laddove la cosa risulti strumentale al compimento di un reato, ovvero il mantenimento del possesso in capo al reo favorisca la commissione di altri illeciti penali.

²⁰ Nel caso di confisca obbligatoria il rapporto di pertinenzialità tra bene e reato è interamente assorbito nella verifica della confiscabilità della *res*. Si ritiene che l'illegittimità del sequestro possa essere affermata solo nel caso in cui *ictu oculi* sia da escludere, alla stregua delle risultanze processuali conseguite o in base alle norme giuridiche, l'ablatività delle cose.

²¹ Tra le molte, Cass., sez. VI, 17 marzo 1995, n. 1022, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2694.

²² Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 18954, in *C.E.D. Cass.*, n. 266789 «Il legislatore del 2015 ha chiaramente mostrato, anche con interventi paralleli su più norme di considerare fra gli obiettivi connotanti la riforma quello di sanzionare qualsiasi prassi di automatico recepimento, ad opera del giudice, della tesi dell'Ufficio richiedente, così da rendere effettivo il doveroso controllo giurisdizionale preteso dalla Costituzione prima che dalla legge ordinaria, e da rendere altresì forte la dimostrazione della specifica valutazione dell'organo giudiziario di prima istanza sui requisiti fondanti la misura, precludendone la sanatoria che potrebbe derivare dall'intervento surrogatorio pieno del giudice dell'impugnazione».

²³ Cass., sez. V, 10 novembre 2017, n. 2308, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2946; Cass., sez. VI, 26 giugno 2008, n. 36710; Cass., sez. IV, 30 gennaio 2004, n. 13298, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2324 «Ai fini del sequestro preventivo di cosa di cui è consentita la confisca (art. 321 comma 2 c.p.p.) è necessario uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra *res* e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa. (In applicazione di tali principi, la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza che aveva confermato il sequestro preventivo di autovettura utilizzata per il trasporto ed occultamento di sostanza stupefacente destinata allo spaccio, in quanto il giudice di merito non aveva valutato e adeguatamente motivato in ordine all'uso illecito non occasionale dell'autovettura e sulla sua strumentalizzazione per l'occultamento o il trasporto di droga, attraverso particolari accorgimenti insidiosi o modifiche strutturali)».

Ancora, Cass., sez. V, 10 novembre 2017, n. 2308, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2946. Con la sentenza in rassegna la Corte specifica l'obbligo motivazionale del giudice, richiedendo che nella motivazione si dia conto della pericolosità che giustifica in concreto l'apposizione del vincolo, dovendosi escludere che la pericolosità possa essere desunta semplicemente dalla confiscabilità dei beni.

²⁴ Cass., sez. un., 31 marzo 2016, 18954, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3140 ss.

stro preventivo di cosa di cui è consentita la confisca è necessario uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra res e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa»²⁵) la prassi giudiziaria odierna propende ancora per la soluzione –certamente meno garantista– secondo cui (ai fini applicativi) è sufficiente la semplice iscrizione della *notitia criminis*²⁶.

Nell'ambito della medesima disciplina, occorre fare necessariamente un cenno (anche) ai criteri di legittimazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente²⁷, misura ablativa, come è noto, introdotta col precipuo scopo di evitare che il profitto, o il prezzo della condotta delittuosa, scompaiano a seguito di perdita o del suo trasferimento in capo a terzi²⁸.

Sebbene l'istituto sia di non lontana formulazione, il legislatore, anche in questo caso, non si è espresso in alcuna maniera circa i presupposti di legittimazione della misura, delegando, ancora una volta, tale mansione alla Suprema Corte.

Secondo l'impostazione esegetica maggioritaria²⁹, per la sua applicazione, occorre (semplicemente): innanzitutto, che la persona raggiunta dal vincolo sia (co)indagata per uno dei reati per i quali la confisca per equivalente è consentita; poi, che nella sfera giuridico-patrimoniale di uno dei concorrenti non siano rinvenute le somme di denaro o i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato per cui si procede e di cui sia certa l'esistenza.

Ciò comporta, nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti³⁰, l'inevitabile coinvolgimento di beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità del soggetto, potrebbero non avere neppure alcun collegamento diretto con il singolo reato³¹.

CRITICITÀ

Limitando il discorso alla sola disciplina del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, appare chiaro come la mancata indicazione dei presupposti applicativi apra la strada a questioni diverse.

La prima concerne la natura della misura.

Nonostante, da un lato, il *corpus normativo* annoveri il sequestro nel «libro IV» (parte del codice, come è noto, dedicata alle misure cautelari) e, dall'altro, anche la letteratura³² pare considerare la misura

²⁵ Cass. sez. IV, 30 gennaio 2004, n.13298, in *Cass. pen.* 2005, p. 2324; ancora, Cass., sez. V, 18 maggio 2005, n. 21458, in *C.E.D. Cass.*, n. 232289.

²⁶ A. Diddi, *Il sequestro ai fini di confisca*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, cit., p. 188 «tale circostanza, sembrerebbe peraltro confermata a livello normativo dall'art. 321, comma 2, c.p.p. che, «nel rinviare alle norme sulla confisca, postula che vi sia una valutazione positiva circa la commissione di un reato».

²⁷ Norma, come è noto, introdotta dall'art. 3 della l. 20 settembre 2000, n. 300 di ratifica della Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997, relativa alla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali.

Tra i molti: M. Pellissero, *Commento alla L. 29 settembre 2000*, in *L.P.*, 2001, p. 1021 ss.; M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1 ss.; S. Furfaro, *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 2005, p. 201 ss.; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., p. 1 ss.; A. Spina, *Commento all'art. 322 ter c.p.*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di M. Ronco-S. Ardizzone, Torino, Utet, 2007, p. 1507; S. Seminara, *Commento all'art. 322 ter c.p.*, in *Commentario*, a cura di A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà, Padova, Cedam, 2003, p. 936; C. Santoriello, *La confiscabilità per equivalente del prezzo del reato nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *impresa*, 2006, p. 129; F. Fuso, *Il sequestro preventivo del prezzo e del profitto del reato di corruzione secondo la nuova disciplina introdotta dall'art. 322 ter c.p. Riflessioni sul sequestro di beni di valore equivalente al prezzo o al profitto*, in *Foro Ambrosiano*, 2003, p. 51.

²⁸ Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in *Guida al diritto*, 2005, p. 52, con nota di G. Amato, *Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite non scioglie tutti i dubbi interpretativi*.

²⁹ Cass., sez. VI, 5 giugno 2007, n. 31692, in *Guida al diritto*, 2007, p. 78; Cass., sez. II, 20 dicembre 2006, n. 10838, in *Foro it.*, 2007, II, p. 265; Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Sequestro penale*, p. 53; Cass., sez. VI, 29 marzo 2006, n. 24633, in *Guida al diritto*, 2006, p. 90; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, cit. p. 52.

³⁰ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Guida al diritto*, 2013, 22, p. 73.

³¹ In questo senso l'orientamento costante espresso dalla Suprema Corte: Cass., sez. VI, 5 giugno 2007, n. 31692, in *Guida al diritto*, 2007, p. 78; Cass., sez. II, 20 dicembre 2006, n. 10838, in *Foro it.*, 2007, II, 265; Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Sequestro penale*, n. 53; Cass., sez. VI, 29 marzo 2006, n. 24633, in *Guida al diritto*, 2006, p. 90; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, cit. p. 52.

³² Tra i molti: P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Giuffrè, Milano, p. 1990; P. Gualtieri, *Sequestro preventivo*,

ablativa un provvedimento cautelare, seppur rappresenti una figura “autonoma” rispetto a quella prevista dall’art. 321, comma 1, c.p.p.³³, la sua piatta riconducibilità al *genus* cautelare appare frutto di un’impostazione assai schematica.

È assodato che le misure cautelari (in generale) comportano o la limitazione del movimento (ad es. la custodia) o l’interdizione da determinate attività (es. sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale) o, come nel caso delle cautele reali, un vincolo di indisponibilità su cose o diritti *in rem*.

Lo scopo, a prescindere dalla tipologia di misura applicata, è il medesimo: evitare che il passare del tempo possa «pregiudicare irrimediabilmente l’efficacia pratica della sentenza di condanna³⁴».

I provvedimenti cautelari, strutturalmente, sono subordinati, soprattutto considerando il coinvolgimento di beni costituzionalmente garantiti, alla sussistenza di stringenti requisiti: il *periculum in mora* ed il *fumus boni juris*; criteri che appaiono indispensabili, sia, per verificare la legittima imposizione di una misura (e, dunque, anche per esercitare un «giusto» diritto di difesa), sia per garantire il fondamentale carattere di provvisorietà e incidentalità delle cautele.

Tali dati dovrebbero essere di per sé già sufficienti ad ingenerare il dubbio circa la natura del sequestro preventivo funzionale alla confisca: come potrebbe parlarsi di un’autentica misura cautelare (reale) se ai fini della sua applicazione basta il solo richiamo alla *notitia criminis* o poco più?

Laddove ciò non bastasse a rilevare la difformità della misura rispetto al «tradizionale» modello cautelare, così come già sottolineato³⁵, si rileva un’ulteriore peculiarità nella disciplina oggetto di trattazione: l’assenza del principio del minor sacrificio necessario secondo cui la misura andrebbe «calibrata sulla qualità del rischio da fronteggiare».

Invero, accade spesso nella pratica giudiziaria che il giudice (specie per quanto concerne i vincoli sulle somme di denaro), essendo poco vincolato al complessivo quadro indiziario, sequestri indistintamente, in nome di una presunta tempestività dell’intervento³⁶, patrimoni e beni (spesso anche appartenenti a terzi), rinviando «la determinazione dei limiti di approvvigionamento al momento di decifrare i confini operativi della confisca, magari in fase di esecuzione»³⁷.

Bisogna tuttavia evidenziare che recentemente, visti anche i numerosi interventi della giurisprudenza convenzionale che, come noto, da sempre recepisce in pieno il principio del minor sacrificio necessario (affermando a più riprese che ogni misura patrimoniale limitativa del diritto di «proprietà» – o meglio, del «*right of property*» – debba essere proporzionata all’obiettivo da perseguire³⁸), si registra una apertura anche della Suprema Corte nei confronti dell’applicazione di tale canone alla disciplina in esame³⁹.

in G. Spangher, *Trattato di procedura penale, Prove e misure cautelari*, II (a cura di A. Scafati), *Le misure cautelari*, 2008, Torino, Utet, p. 366 ss.

³³ Che, così come emerge dai lavori preparatori, già costituisce un *tertium genus* rispetto al sequestro conservativo e quello probatorio (*Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, parte prima, n. 93, 24 ottobre 1988, p. 80).

³⁴ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 460. Sul punto, ancora, G. De Luca, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, Cedam, 1953, p. 27 «si appalesa la necessità di stabilire una continuità tra la situazione iniziale e la situazione finale, attraverso la creazione di una serie di situazioni intermedie».

³⁵ A. Scafati, *L’ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, cit., p. 5.

³⁶ Sul punto G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, cit., p. 14 «Ciò che conta, ai fini dell’adozione della cautela, è stabilire solo se i beni siano nella disponibilità dell’indagato o dell’imputato. Secondo la Corte, versandosi in materia di cautele reali, non è possibile pretendere la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto del reato, giacché durante il tempo necessario per l’espletamento di tale ricerca, potrebbero essere occultati gli altri beni suscettibili di confisca per equivalente».

³⁷ A. Scafati, *L’ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, cit., p. 5. Prosegue l’Autore: «Inoltre, nella disciplina mancano sostitutivi all’adozione del sequestro preventivo, come sarebbe la figura di una cauzione, che ben potrebbe funzionare come alternativa nei casi di confisca per equivalente o per sproporzione ed è assente qualsiasi rapporto sinergico con le misure personali interdittive aspetto che, in vista del pericolo derivante dalla disponibilità del bene, potrebbe svolgere una più equilibrata funzione cautelare. Impostazione condivisa anche dalla giurisprudenza che stabilisce: «l’entità del sequestro potrà essere stabilita secondo canoni presuntivi, salvo il necessario definitivo accertamento in sede di confisca». Cass., sez. VI, 2 agosto 2007, n. 31690, in *Dir. pen e proc.*, n. 7/2008, p. 865; Cass., sez. VI, 14 settembre 2007, n. 34878, in *Dir. pen e proc.*, n. 7/2008, p. 865.

³⁸ C. edu., 3 maggio 2015, *Dimitrovi c. Bulgaria*; C. edu., 12 maggio 2015, *Gogitidze c. Georgia*; C. Edu., 13 dicembre 2016, *S.C. Fiercolect Impex S.r.l. c. Romania*.

³⁹ Cass., sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4088; Cass., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 18447, in *Archivio penale*,

Con qualche «sporadica» pronuncia, infatti, si stabilisce che, non diversamente da quanto avviene per le misure cautelari personali, anche per quelle reali il vincolo cui l'indagato può essere assoggettato deve essere contenuto entro i limiti funzionali alla misura disposta; pertanto, se il provvedimento cautelare serve ad evitare che il giudizio definitivo sia concretamente ineffettivo, «*nel caso del sequestro preventivo finalizzato alla confisca non è legittimo gravare [eccessivamente] posizione dell'indagato assoggettato a[lla] misura*».

Qualora il citato indirizzo ermeneutico riuscisse a consolidarsi si otterrebbe un duplice risultato. Innanzitutto, la materia del sequestro preventivo funzionale alla confisca assumerebbe alcuni connotati tipici propri delle misure cautelari. Si introdurrebbe poi, ed è l'aspetto di maggiore interesse, un primo limite alla misura, che risulterà applicabile laddove vi sia una proporzione tra il sequestro e l'effettivo (quanto futuribile) oggetto della confisca.

Allo stato, invece sembra che la misura abbia il precipuo scopo di anticipare (in spregio al dettato costituzionale di cui all'art. 27, comma 2, Cost.), sin dalla fase delle indagini preliminari, gli effetti di una (possibile-probabile) decisione ablativa finale.

In effetti, il sequestro preventivo funzionale alla confisca non si atteggia come una misura cautelare, bensì come una "sorta" di misura di prevenzione reale⁴⁰. In particolare, alla luce della disciplina vigente in materia che, analogamente a quanto avviene per quella del sequestro preventivo, prevede che le misure di prevenzione reali possono essere applicate «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta»⁴¹, ed in presenza di vaghe situazioni soggettive che sottendono l'esistenza di attività illecite⁴².

Rebus sic stantibus, l'impressione è che il legislatore prima, e la giurisprudenza poi, abbiano voluto lasciare uno spazio operativo libero da qualsiasi condizionamento, stante l'assenza di determinatezza dei presupposti applicativi relativi alla misura di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p.

Tale convinzione sembra rafforzarsi anche alla luce di una recente, quanto autorevole, pronuncia la

2015, n. 2, con nota di F. Morlacchini, *La proporzionalità nel sequestro preventivo: un protocollo logico per le misure cautelari reali*, p. 1 ss.; Cass., sez. III, 3 aprile 2012, n. 12500, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4168, con nota di L. Milani, *Proporzionalità, adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*: «I principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, sono applicabili anche alle misure cautelari reali, costituendo oggetto di valutazione preventiva non eludibile da parte del giudice, il quale deve motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso una meno invasiva misura interdittiva».

⁴⁰ Per una definizione di misure di prevenzione F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2011, p. 865 «Le misure di prevenzione sono misure special preventive ante o praeter delictum, essendo applicabili ai soggetti pericolosi prima della commissione di reati o a prescindere dall'avvenuta commissione di altri reati».

⁴¹ C. cost., sentenza 24 gennaio 2019, n. 24, in *www.cortecostituzionale.it*; inoltre, si legga Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3520.

⁴² L'assenza di riferimenti normativi chiari (evidenziata peraltro dalla rinomata sentenza C.edu, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, attraverso cui si è rilevata l'inesistenza di «disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società»), unitamente alla possibilità di applicare la misura patrimoniale anche a settori estranei alla criminalità organizzata, ha generato in letteratura dubbi sulle garanzie riservate al soggetto passivo del provvedimento. Secondo M. Ceresa-Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015, «le limitazioni preventive delle libertà – personale, di proprietà di iniziativa economica – sono di quanto più lontano si possa immaginare dai principi liberali. Norme para-incriminatrici si sostituiscono a quelle penali, producendo lo stesso effetto punitivo senza che sia necessario accertare fatto e responsabilità». Scrive A. Manna (*Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3) «Sembrava dunque che il nuovo modello super veloce delle misure di prevenzione, in particolare di natura patrimoniale, avesse ormai rotto gli argini tipici della criminalità organizzata per estendersi a macchia d'olio in settori i più diversi del sistema penale, ma evidentemente accomunati da un'evidente preoccupazione securitaria. In questo clima, irrompe la giurisprudenza comunitaria con l'ormai ben nota sentenza De Tommaso, che ha condannato lo Stato italiano a causa dell'indeterminatezza delle prescrizioni di "osservare le leggi" e "vivere onestamente", giacché il codice antimafia del 2017 aveva soppresso l'inciso relativo al "non adire sospetti"».

Ancora sul tema, S. Recchione, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza De Tommaso v. Italia* (e confermata dalle Sezioni Unite "Paternò"), in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2017; R. Magi, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, fasc. n. 3/2017; F. Mazzacuva, *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, Utet, 2013, p. 107; F. Menditto, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità del profitto*, in *La giustizia penale preventiva – Ricordando Giovanni Conso*, Cagliari, 29-30 ottobre 2015, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 23 maggio 2016, p. 13 ss.

quale, affermando a più riprese l'impossibilità di applicare alla materia *de qua* il criterio individuato dall'art. 273 c.p.p.⁴³, sembra allontanare definitivamente la possibilità di estendere alla disciplina del sequestro preventivo funzionale alla confisca il criterio della serietà del *fumus commissi delicti*; per quanto non si ignori, come correttamente rimarcato da attenta dottrina, che il menzionato provvedimento «apra timidamente» alla possibilità di valutare una più estesa soglia indiziaria ai fini dell'adozione del sequestro preventivo funzionale alla confisca⁴⁴.

Eppure, così come auspicato⁴⁵, attraverso l'utilizzazione dei gravi indizi di colpevolezza⁴⁶, così come avviene in tema di responsabilità di reato delle persone giuridiche⁴⁷, potrebbero essere risolte molte criticità della materia.

Innanzitutto, il sequestro assumerebbe le sembianze di una vera e propria misura cautelare, obbligando il pubblico ministero a svolgere indagini approfondite prima di richiederne l'applicazione⁴⁸ e imponendo al giudice un (vero) obbligo motivazionale ancorato a precisi riferimenti.

Va da sé, poi, che si tutelerebbe maggiormente l'esercizio del diritto di difesa, sino ad ora fortemente menomato⁴⁹. Invero, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con la summenzionata sentenza n. 48 del 1994⁵⁰, la mancata valutazione di un effettiva soglia indiziaria e la valutazione giudiziale priva di esatti parametri rendono assai difficile il ruolo difensivo.

Sul terreno della prassi, la misura, nella maggior parte dei casi, viene adottata nella fase genetica delle indagini e, pertanto, oltre alla semplice iscrizione della *notitia criminis* e ad alcune «sommarie» annotazioni di polizia giudiziaria, non è supportata da molti altri dati che consentano di criticare l'ipotesi accusatoria.

Ciò comporta, di fatto, così come avviene per le misure di prevenzione reali dove è l'interessato a

⁴³ Cass., sez. un., 31 marzo 2016, 18954, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3140 ss. «È indubbio, infatti [...] che le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, previste dall'art. 273 c.p.p., non sono estensibili, per le loro peculiarità, alle misure cautelari reali, essendo precluse per queste ultime, in sede di verifica della legittimità del provvedimento di sequestro preventivo, ogni valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico degli indagati e sulla gravità degli stessi».

⁴⁴ G. Varraso, *Il sequestro ai fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, cit., p. 13.

⁴⁵ Tra questi: N. Galantini, *sub art. 321 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, Milano, Giuffrè, 1990, p. 267; A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione della confisca*, cit., p. 3. Inoltre, scrive, A. Giarda, (*L'impresa e il nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990): «Certamente il legislatore ha contornato la disciplina della coercizione reale del sequestro preventivo di una serie di presupposti di legalità e di contenuti specifici tali da ridurre l'uso del potere discrezionale del giudice entro termini accettabili, ma è indubbio che anche il nuovo assetto potrebbe essere, sul piano sostanziale, foriero di conseguenze irreparabili e causa di effetti pregiudizievoli irreversibili, giacché, come tutte le cautele, può scattare in presenza di un presupposto abbastanza fragile, sia pure costituito ora dalla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (l'art. 273, comma 1 c.p.p. deve valere per ogni tipo di cautela, sia personale che reale)».

⁴⁶ Paradossalmente, anche la recente giurisprudenza in tema di confisca di prevenzione richiede, per la disposizione della misura ablativa su beni acquisiti in un periodo successivo a quello di cessazione della condotta, la ricorrenza di «una pluralità di indici fattuali altamente dimostrativi della diretta derivazione causale delle acquisizioni patrimoniali dalla provvista formata nel periodo di compimento dell'attività delittuosa». Cass., sez. II, 13 marzo 2018, n. 14165, in *www.ilpenalista.it*, 7 maggio 2018, con nota di C. Forte, *La ragionevole correlazione temporale tra manifestazione di pericolosità e formazione del patrimonio oggetto di confisca di prevenzione*.

⁴⁷ Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, in *Cass. pen.*, 2013, p. 794 «Il sequestro preventivo ex art. 53 d.lg. n. 231/2001, rileva la S.C., è funzionale ad anticipare, in via cautelare, la confisca ex art. 19, che è sanzione principale, obbligatoria ed autonoma, escludendo per tale motivo la possibilità di trasporre automaticamente il regime dei presupposti legittimanti il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. La natura della confisca cui è prodromico il sequestro preventivo impone una valutazione più approfondita del presupposto del *fumus delicti*, che non riguardi solo la sussumibilità del fatto in una determinata ipotesi di reato, ma che coincida sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, al pari di quanto accade per le misure cautelari interdittive».

⁴⁸ M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, cit., p. 4449 «Abbassato a zero lo standard dimostrativo, che esige a questo punto solo l'esistenza di una *notitia criminis*, il potere cautelare si può espandere senza confini e senza controlli».

⁴⁹ Sulla funzione difensiva, tra i molti: G. P. Voena, *Difesa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1 ss.; G. Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 454; M. Chiavario, *Processo e garanzia della persona*, II, in *Le garanzie fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 135; A. Giarda, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 1 ss.; G. Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 404.

⁵⁰ Secondo cui: «la preclusione di ogni valutazione sulla sussistenza e sulla gravità degli indizi di colpevolezza non può porsi in contrasto con il diritto di difesa».

dover giustificare l'origine lecita dei proventi⁵¹, un singolare (e non tipizzato) inversione dell'onere della prova; attività, peraltro, complessa anche alla luce dell'art. 324 c.p.p. che, diversamente da quanto previsto dall'art. 309, comma 5 c.p.p., non richiede, al momento della trasmissione degli atti da parte dell'autorità procedente, l'indicazione degli «elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini».

Nella stessa ottica gioca la carenza di poteri istruttori del tribunale del riesame⁵² che, non potendo valutare altro materiale se non quello trasmessogli dall'autorità giudiziaria procedente, più difficilmente potrà discostarsi da quanto già stabilito con il provvedimento di sequestro.

È per tali ragioni che, non solo, si condivide il pensiero di chi, in materia, parla di «*difesa disarmata*» e di «*ombra inquisitoria*»⁵³, ma si ritiene, inoltre, che la disciplina, così formulata, non consentendo un corretto esercizio dialettico, presenti profili di illegittimità costituzionale con riferimento agli artt. 24, comma 2, Cost., e 111, comma 2, Cost.

Non vi è dubbio, pertanto, che la materia vada riformata (dal legislatore) radicalmente, rispettando, non solo gli originari intendimenti della stessa, ma, soprattutto, i generali principi di tassatività e determinatezza nella formulazione delle norme.

Soltanto una rigorosa e precisa indicazione dei presupposti applicativi consentirebbe, infatti, di superare le incertezze che governano l'istituto sin dalla sua entrata in vigore.

⁵¹ Ed anche nel caso di confisca sui beni del cd. «terzo in buona fede», P. Troisi, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, cit., p. 3 «Facendo leva sulla teoria del fatto costitutivo, l'impostazione prevalente pone a carico del terzo l'onere della prova dell'appartenenza della *res*, della mancanza di collegamenti del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa e, nell'ipotesi in cui tale nesso sia configurabile, dell'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza».

⁵² Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 8, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746 ss.

⁵³ A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, cit., p. 1 e 6.