|  |
| --- |
|  |
| LE MISURE CAUTELARI REALI E LA CONFISCA |
|  |
| **“Verso un Nuovo Processo Penale”** |

**Palazzo dei Congressi 10-11 giugno 2016**

Autore: Maurizio Simoncini

LE MISURE CAUTELARI REALI E LA CONFISCA

1. **Brevi cenni sulle generalità degli istituti cautelari**

Quando si parla di misura cautelare reale in materia penale si fa riferimento a un mezzo idoneo ad assicurare che, a diversi fini, una determinata “cosa” venga sottratta alla libera disponibilità del soggetto che la possiede, sottoponendo così il bene ad un vincolo di carattere temporaneo, finalizzato a due principali esigenze: una di ordine **probatorio**, prima fra tutti la conservazione dello strumento con cui si è commesso il reato; l’altra di natura prettamente **cautelare,** e in questo caso con le sembianze o del sequestro conservativo, inteso a consentire l’apposizione di un vincolo anch’esso di conservazione sui beni dell’imputato o del responsabile civile onde garantire il futuro soddisfacimento della sanzione e delle spese, o del sequestro preventivo, quando vi sia il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravarne o protrarne le conseguenze ovvero agevolare la commissione di altri illeciti. Ma, soprattutto, laddove si debba procedere all’apprensione di cose di cui è prevista la confisca, soprattutto se prevista in forma obbligatoria.

L’applicazione delle anzidette misure, quindi, da una parte incide sul patrimonio determinando l’indisponibilità di beni, dall’altra mira ad evitare che il passare del tempo pregiudichi irrimediabilmente l’efficacia pratica di una sentenza irrevocabile di condanna.

Il nostro codice, nella sua versione originaria (o, se si preferisce, *d’antan*) non dà né una definizione generale dell’istituto, nè una casistica delle sue diverse categorie, ma ne fa solo riferimento indiretto all’art.56, allorchè ne disciplina i modi di impugnazione unificando quelli contro le misure di coercizione personale con quelle patrimoniali, come appunto i sequestri, e all’art.49, laddove elenca gli oggetti che, in caso di arresto, si assicurano alla giustizia e al successivo processo, sotto l’obbligo di conservazione, annotazione e descrizione (artt.61-64).

Rimangono dunque estranee al vigente codice di rito le diverse tipologie vere e proprie di sequestro preventivo cautelare.

Il C.P., al proprio Titolo VI (“Le obbligazioni civili e gli altri effetti nascenti da reato”), prevede, nella materia subiecta, due importanti articoli, il 145 (“**Iscrizione anticipata e sequestro”**) e il 147 (“**Confisca**”), entrambi poi novellati dalla recente Legge N.100, del 29 luglio 2013, che ci troveremo nel prosieguo ad esaminare.

Prevede, dunque, l’art.145 (commi 1 e 2) che se “…*vi è fondata ragione di temere che nel corso del processo il patrimonio del debitore si disperda, il Giudice, su istanza dell’Ecc.ma Camera, del Procuratore del Fisco o della parte civile, può ordinare l’iscrizione anticipata* ***del privilegio*** *nei registri dell’Ufficio del Registro e Conservatoria, quanto ai beni immobili, ed* ***il sequestro****, quanto ai beni mobili, per una somma presumibilmente corrispondente a quella che verrà liquidata per il credito..”*. Si noti la presenza del c.d. stretto “nesso di pertinenza” fra credito presumibile e beni assoggettati al vincolo; quando poi “…*vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena o della sanzione pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all’Erario anche a titolo di confisca…*”, allo stesso modo il Giudice, solo dietro istanza del P.F., ordina le stesse iscrizioni di cui al 1° comma.

E’ prevista per ambedue i casi (3° comma) la possibilità, per l’imputato, di prestazione di congrua cauzione.

La disposizione riecheggia da vicino quelle previste agli artt. artt. 316-320 c.p.p. italiano, e non pone soverchi problemi interpretativi.

Con felice sintesi, il compianto Prof. Giovanni Conso[[1]](#footnote-1) definì il procedimento penale e il suo realizzarsi come il perfezionamento di «*una serie di fattispecie complesse a formazione successiva*». Dalla sua attivazione alla realizzazione definitiva, nel lasso di tempo che decorre, va adeguatamente preservato l’effetto del provvedimento definitivo e l’istituto cautelare ne rapprenta uno degli strumenti più tipici.

Con il progredire degli anni, nel segno degli eventi di carattere globale che li caratterizzano, la ratio generale su cui il legislatore aveva fondato il proprio originario sitema di misure cautelari, coercitive, conservative e preventive, tende sempre più a *scolorire* e a perdere il connotato di provvisorietà, a beneficio dell’obiettivo finalistico, l’esecuzione in un caso e la confisca nell’altro.

**L’evoluzione del sequestro preventivo e della confisca.**

Ricordavamo sopra come l'art. 59 e le altre norme del capitolo IX del codice di procedura penale (1878) ordinassero di *assicurare alla giustizia qualunque oggetto che può credersi abbia servito* o *sia stato destinato a commettere il reato, come anche ogni oggetto che possa esserne conseguenza od avervi relazione od essere influente in qualsiasi modo al discoprimento della verità*. Nella prassi giudiziaria che via via ne è seguita, la giurisprudenza ha elaborato un'esauriente disciplina dei presupposti e delle condizioni di applicabilità dei provvedimenti in materia di misure di coercizione personale o patrimoniale (cfr. giurisprudenza richiamata sub. artt. 56 e 59 in P. Gualtieri, Codice di Procedura Penale per la Repubblica di San Marino, 2003, cit.).

E’ da questa disciplina che è poi derivata l'attuale normativa su sequestro probatorio e sequestro preventivo introdotti, con gli artt. 58 bis e 58 ter del codice di procedura penale, dalla legge n.100 del 2013.

Il sommario excursus che seguirà sarà fatto alla luce del più recente vaglio datone dalla giurisprudenza formatasi negli ultimi anni, e in intimo collegamento fra istituto cautelare reale e quello della confisca, legame ineludibile giacchè, come vedremo, il sequestro preventivo è il “messaggero” che della confisca ne anticipa gli effetti.

Per inquadrare a dovere le misure processuali e sostanziali di cui trattiamo, non possiamo prescindere dallo scenario di fondo che, specie nell’ultimo decennio, ne ha condizionato le profonde modifiche: il contrasto ai nuovi reati finanziari (primo fra tutti il riciclaggio) e alla circolazione di capitali illeciti che alimentano terrorismo internazionale e la delinquenza organizzata di stampo associativo.

Su questa fenomenologia, ormai di dimensioni globali, la comunità internazionale è intervenuta con strumenti di viglianza prima, e di repressione poi sempre più rigorosi.

San Marino è stato presente e molto attivo su questo fronte, mantenendosi in linea con le nuove e condivise tendenze portate avanti dalla comunità internazionale, vincolandosi già nel 1974, con l’art.1 della Dichiarazione dei Diritti, al riconoscimento delle "*norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*", anche se non espressamente ratificate, e “*conformando a esse i suoi atti e la condotta*”.

Senza volerne fare una tassativa elencazione, citiamo per tutte la “CONVENZIONE SUL RICICLAGGIO, LA RICERCA, IL SEQUESTRO E LA CONFISCA DEI PROVENTI DI REATO”, sottoscritta a Strasburgo l’8 novembre 1990, a cui seguirono, sul fronte interno, i Decreti n.125/2001 e n.27/2002, a raifica delle convenzioni internazionali di Strasburgo del 1977 e di New York del 1997. Intervenne poi la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (Palermo, 2000) e la Convenzione del Consiglio d’Europa, fatta a Varsavia del 2005.

In un quadro normativo di riferimento via via sempre più inasprito e per larga parte fondato sulla ricezione quasi automatica di accordi internazionali in materia di politica criminale, di direttive e raccomandazioni di GAFI e MONYVAL - organismi cui San Marino aderisce - anche gli istituti di diritto penale sostanziale e procedurale hanno coerentemente dovuto conformarsi ai modelli proposti per contrastare, principalmente, il fenomeno della tramitazione dei profitti derivanti dalla illecita circolazione di capitali, da quelli globali, come il narcotraffico internazionale, il riciclaggio e l’estorsione, a quelli più localizzati, come la corruzione.

La recente sentenza n.136/2015, inedita (Commissario della Legge, dott. G. Felici, in p.p.n.933/2010, conforme ai principi già enunciati in precedente sentenza, n.132/2015, nel p.p.932/2010, pag.15) ben riassume questi postulati: “…*la pluralità delle Convenzioni internazionali in materia di lotta al riciclaggio (…) hanno in comune la costante previsione di azioni volte a ricercare, vincolare e* ***all’occorrenza espropriare*** *il denaro e gli altri valori patrimoniali oggetto di riciclaggio. Si tratta, in definitiva,* ***della confisca*** *e delle molteplici attività e misure (****in primo luogo il sequestro****) che hanno lo scopo di garantire, come si è appena detto, sia la prova dell'esistenza e gravità del reato, sia* ***la confisca come elemento sanzionatorio in caso di condanna****.”*.

Degli istituti qui oggetto di esame, viene offerta un’ottima sintesi dal Giudice di 3a istanza (sentenza n.1/2015, in pp. n.70/2014, pag.18 e segg.): “*Risalente nei codici e nelle leggi della Repubblica è la duplice finalità del sequestro preventivo: (1) acquisire al processo le prove necessarie per l'accertamento dell'esistenza e delle gravità del reato, (2) assicurare la confisca laddove prevista (…). In altre parole: la confisca, (…) e il sequestro preventivo a fini di confisca esprimono … un medesimo principio basilare dell'ordinamento sammarinese, oltre che un canone condiviso di giustizia. Si tratta, infatti, di* ***atti d'imperio mediante i quali il giudice dispone - a pregiudizio del proprietario o del possessore o del terzo detentore legittimo o illegittimo - lo spossessamento e comunque l' indisponibilità giuridica di cose utili alla giustizia, per acquisirle al processo****: allo scopo di garantire l'accertamento e rendere certa la prova dei fatti e delle circostanze pertinenti al reato, consentire l'eventuale restituzione al danneggiato* ***oppure*** *assicurare in caso di condanna la corretta applicazione della pena principale e di quella misura accessoria dell'espropriazione in che consiste la confisca, definita anche,* secondo la definizione datane dal Giudice d'appello Nobili *"caratteristica misura penale finale" o* ancora *"sanzione che consiste nel privare definitivamente di un bene" (Convenzione di Strasburgo, 8 novembre 1990), o "espropriazione o definitiva ablazione di beni a seguito di decisione del tribunale o di altra autorità competente" (Convenzione di Palermo, 14 dicembre 2000):* ***quindi, una componente essenziale della pena in senso lato o, meglio, del complessivo trattamento sanzionatorio****.”* .

1. **Le rinnovate forme cautelari e di confisca dopo l’entrata in vigore della legge n.100 del 2013.**

Ricollegando quanto stiamo osservando a quello che avevamo considerato in esordio come tratti comuni degli istituti cautelari, possiamo concludere che, alla stregua dell’evoluzione normativa e dell’applicazione datane dalla giurisprudenza dominante, “… *dal punto di vista sistematico, nel contesto delle norme del codice penale riguardanti "Le obbligazioni civili e gli altri effetti derivanti dal reato" (artt. 140-148 c.p.) -* ***la confisca*** *(art. 147 c.p.)* ***non può essere considerata un'obbligazione civile da reato*** *ma vada senz’altro ricompresa fra gli* ***altri effetti derivanti dal reato;*** *alla disciplina della confisca e del sequestro a fini di confisca non possono* – di conseguenza - *applicarsi norme o principi riguardanti le misure di garanzia o i mezzi di adempimento delle obbligazioni civili da reato; il concetto espresso dalla formula "se vi è fondata ragione di temere che nel corso del processo il patrimonio del debitore si disperda"* *(espresso dall'art.145 del codice penale) denota un istituto volto a garantire interessi privati, ossia l'osservanza delle obbligazioni civili derivanti dal reato,* ***e non torna applicabile alla confisca e al sequestro a fini di confisca, volti a garantire interessi pubblici****.”*

A seguito dell’entrata in vigore del *pacchetto* di riforme del 29 luglio del 2013, le distanze tra la misura preventiva a fini conservativi e quell’altra ai fini di confisca diviene assai più netta.

La legge 100 del 2013 non costituisce,peraltro, almeno per gli istituti oggetto di esame una novità assoluta: era già consentito il sequestro preventivo ai fini di confisca per le provviste depositate sugli investimenti che costituivano i vantaggi indotti dal profitto derivante dal reato, e lo stesso testo originario dell’art.147, modificato parzialmente prima nel 2004 e poi nel 2009[[2]](#footnote-2), stabiliva già la regola che “*al reato segue la confisca*”, sin da allora riconoscibile **come atto autoritativo obbligatorio di espropriazione o di spossessamento**, applicabile su ogni cosa che ne avesse costituito il mezzo, il prodotto, il profitto, le somme equivalenti o il prezzo del reato, in caso di condanna.

La risalente normativa del 2010, (DL n.134), riguardo alle misure cautelari aveva già introdotto (agli artt.38 e 39) la forma del sequestro probatorio e di quello preventivo anche ai fini di confisca e all’art.32 la confisca resa “***sempre obbligatoria*** *…per le cose che servirono o furono destinate a commettere…*” gravi reati (omicidio, lesioni personali aggravate, riduzione in schiavitù, tratta di persone, rapina, usura, bancarotta fraudolenta e altri fra cui, appunto, il riciclaggio) e introducendo l’istituto della *confisca del bene commisto* (su cui ci soffermeremo più avanti).

Nel testo oggi vigente, disposto al ricordato art.3 della L. n.100/2013, l’art.147 c.p. viene totalmente riscritto e le precedenti, ricordate formulazioni enunciative vengono sostituite con l’espressione "*con la sentenza che accerta la responsabilità dell'imputato il* ***giudice ordina*** *la confisca*", eliminando così qualsivoglia incertezza interpretativa.

Trattandosi, dunque, di vero e proprio precetto diretto all’organo giudicante in caso di condanna per predeterminati reati (quelli elencati al pen. comma art.147 c.p., fra cui – appunto, il 199 bis e il 199 ter (possesso di denaro, beni o altre utilità dei quali non sia in grado di giustificare la legittima provenienza) - anche senza bisogno di particolare esegesi, emerge in tutta evidenza come le principali e stringenti novità introdotte **dalla norma sostanziale (art.147 c.p.)** vadano a riverberarsi compiutamente nello **strumento processuale** che ne anticipa gli effetti attraverso il sequestro (**l’art.58 ter c.p.p.**), facendone emergere chiaramente la qualificazione pubblicistica e afflittiva, con la sostituzione dell’obiettivo primario inizialmente consistente nella necessità di preservare i beni nelle more intermedie del giudizio, a vera e propria anticipazione degli effetti della confisca, senza fare differenza che le cose assoggettate siano equivalenti, trasformate, convertite o commiste rispetto a quelle che servirono a commettere il reato oppure ne rappresentino il prezzo, il prodotto o il profitto.

E’ interessante notare la stretta colleganza funzionale fra norma sostanziale e norma di rito portata all’ultimo comma dell’art.58ter c.p.p.: “ *Il Giudice compie… ogni attività di indagine necessaria ad individuare le cose, il denaro o le altre utilità soggette a confisca a norma dell’art.147 del Codice Penale*”, che si traduce in un vero e proprio precetto rivolto all’organo inquirente per sollecitare già da quella fase l’apprensione in vista della possibile ablazione.

Abbiamo sopra rimarcato come la qualificazione pubblicistica e afflittiva del precetto emerge con particolare chiarezza laddove va a colpire beni anche del tutto estranei alla funzione propriamente protettiva e riparatoria: *“…La funzione* ***sanzionatoria*** *(e non risarcitoria) della confisca porta ad escludere che al sequestro disposto a garanzia della confisca siano applicabili tanto il requisito del periculum in mora quanto ogni altra considerazione sul patrimonio dell'obbligato o sulle condizioni e necessità economiche di questi.”* (giudice per la terza istanza penale in sent. n.2/2015, del 30.06.2015, in p.p.206/2014, inedita, pag.13).

1. **Il sequestro preventivo per equivalente e quello di cosa frammista, come anticipazione della confisca.**

Superate tutte le precedenti versioni che – come già ricordato – hanno nel corso degli anni condotto all’attuale versione, l'articolo 147 del codice penale, nell’articolazione vigente alla data del 14 agosto 2013 (articolo 3 della legge 29 luglio 2013 n. 100), introduce poi la cd ***confisca per equivalente***: non si vanno a colpire soltanto "*le cose che servirono o furono destinate a commettere il misfatto*" (quelle, cioè, direttamente conseguenti all’accertamento penale della responsabilità personale dell’imputato) quanto anche, nel caso in cui emergesse un’indisponibilità ("*quando per qualsiasi causa [queste] non possono essere confiscate"),* il denaro, i beni o le altre utilità *“…delle quali il condannato ha la disponibilità, anche per interposta persona,* ***per un valore equivalente*** *al prodotto, profitto o prezzo del reato*".

Nel rapporto giudiziale fra responsabilità per i fatti e sanzione, viene meno il legame di pertinenzialità, che invece, secondo i canoni tradizionali, dovrebbe sempre congiungere autore/condannato e cosa.

In questo senso e dinanzi al rigore e all’ampiezza della portata normativa, sono senz’altro da condividere recenti tendenze interpretative affermatisi in Italia, in cui l’applicazione della misura deve trovare ponderato bilanciamento in un obiettivo accertamento di gravi indizi di reità e nella proporzionalità della sua applicazione.

In coerenza con tale approccio, le ulteriori disposizioni dell’art.147 elencano la casistica in base a cui la confisca del bene può essere coniugata in una situazione di terzietà soggettiva e oggettiva rispetto all’autore del reato. E così, i disposti di cui ai commi 4, 5, 6 e 8 sanzionano le condotte elusive della confisca, avendo riguardo **ai beni** - se fittiziamente intestati a terzi o posseduti per interposta persona -; oppure **al profitto** - quale prezzo o prodotto del reato, se in capo a soggetto terzo, estraneo al reato, che ne abbia beneficiato pur avendo consapevolezza della provenienza illecita - oppure ancora **ai beni passati in proprietà a persona diversa** dall’autore del reato, anche per diritto successorio, limitatamente a quelli di cui l’erede abbia la disponibilità; **a cose fungibili e di valore equivalente**, anche se possedute per interposta persona.

La norma riprende anche una particolare forma di confisca, a cui avevamo fatto cenno prima in occasione dell’esame del DL n.134 del 2010, definita **confisca di cosa frammista**, istituto che – è bene annotarlo subito - non ha omologhi nell’Ordinamemento italiano.

Il legislatore, al comma 9 del rinnovato articolo 147 del codice penale, detta una norma di indirizzo intorno alla commistione di somme di provenienza lecita e di provenienza illecita, con conseguenze piuttosto rilevanti. Rileva il giudice di 1° grado, nella sent. n.138-2015 (procedimento penale n. 72 dell'anno 2014): "*qualora le cose di cui al primo comma [prodotto, profitto, prezzo del reato, ovvero cose che furono destinate o servirono a commettere il reato], siano state mescolate interamente o parzialmente a beni di provenienza lecita, il giudice ordina la confisca del bene commisto fino al valore stimato delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o·che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto". Il rilievo di questa norma ha tuttavia efficacia allorché sia attestata la commissione di un reato, al fine di procedere con la successiva misura della confisca;* ***ma non può estendersi fino ad impedire, laddove possibile, la distinzione tra la origine lecita e la origine illecita delle diverse provviste****, senza così rischiare di finire in una zona prossima alla responsabilità oggettiva*” [[3]](#footnote-3).

In altra pronunzia di 1° grado, peraltro impugnata e, al momento, in attesa di pronunzia[[4]](#footnote-4), è stata disposta la confisca del bene commisto in cui le cose lecite si erano, appunto, frammiste con quelle di origine illecita, con la differenza, però, i beni leciti erano legati da requisito di appartenenza a soggetto estromesso dal processo stesso. In questo caso la confisca del bene commisto è stata comunque è stata comunque disposta, motivando come “…*non vale l’osservazione per cui …il titolare delle somme in confisca non ha partecipato all’operazione di riciclaggio, perché la norma ha per oggetto la cosa, e non le disponibilità degli imputati*…”.

Non si può però sottacere che la questione lasci profondi spazi di problematicità.

Se il nesso di pertinenzialità fra imputato/condannato e le cose che hanno costituito o il mezzo di reato o, che di tale reato, ne rappresentano il prezzo, il prodotto o il profitto *(“…con la sentenza che accerta la responsabilità dell’imputato…*”) diviene meno stringente, è concreto il rischio di un cortocircuito non solo di diritto positivo, ma anche costituzionale, perché è indubbio che, al momento in cui si provoca questo “distacco”, prima fra condannato e cosa, poi ancora fra cosa e proprietario della cosa, in omaggio al principio di *realità*, si crea un trauma applicativo che, quantomeno, richiederebbe un vaglio di compatibilità con tutti quei princìpi sovraordinati sia di ordine costituzionale che pattizio (per prima la Convenzione EDU) che riconoscono, tutelano e garantiscono il diritto assoluto di proprietà da forme di “aggressione” che non siano più che riconosciute – e rigorosamente – dalla legge o di stretta accessorietà delle sanzioni al momento della condanna[[5]](#footnote-5).

Vediamo dunque come il precetto di confisca e il mezzo che lo anticipa in sede di indagine, facciano convivere in strettissima simbiosi disposizioni processuali e disposizioni sostanziali. La conseguenza necessitata dalla correlazione è che laddove sia prevista come obbligatoria la confisca da irrogarsi nelle sue varie forme, (sulle *cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto*, o per il tramite dell’interposto soggetto terzo), questa dovrà (non potrà) essere altrettanto obbligatoriamente anticipata dalla misura cautelare in sede investigativa, nelle forme del sequestro preventivo ai fini di confisca “*anche per equivalente o delle cose in cui esse sono state trasformate o convertite, delle cose a cui sono state mescolate, nonché delle utilità economiche ricavate*”.

Questa specularità fra disposizione sostanziale e processuale, sotto il vincolo dell’obbligatoietà, sotto un generalissimo profilo ermeneutico deve considerasi “perfetta”, anche laddove non compaia una corrispondenza *letterale* fra l’elencazione delle fattispecie previste dall’una (art.147, commi 4, 5, 6, 7, 8 e 9) con la previsione più asciutta dall’altra (art.58 ter c.p.p. commi 1 e 2).

1. **Retroattività e irretroattività della norma di rito e di quella sostanziale.**

Un problema che può porsi è se il principio del *miglior favore* per il reo, applicato nel diritto sostanziale, possa trovare corrispondenza anche per la norma processuale.

La determinazione del cd *tempus commissi delicti* dà forma e sostanza al privilegio in via di favore per il reo, stabilendo la irretroattività della legge penale più gravosa e l’applicabilità della legge invece più favorevole: "*nessuno può essere punito per un fatto che al tempo in cui fu commesso non costituiva reato o con pena più grave di quella comminata dalla legge allora vigente* " (articolo 3, comma 1 del codice penale) e "*ha effetto retroattivo la nuova legge, solo nel caso in cui le disposizioni siano più favorevoli al reo"*.

Deve però osservarsi come invece, in tema di applicazione della **norma processuale**, non viga in via generalizzata tale principio, nè soprattutto, e in maniera esplicita, quello dell'irretroattività delle norme di sfavore.

Si è qui nel diverso scenario del *tempus regit actum*, quello cioè dell’applicazione della norma vigente al momento del verificarsi del fatto (anche se poi – quando trattiamo di fattispecie penale – è sempre in agguato il tema tortuoso della *consumazione*, con gli annessi e connessi rispetto alla determinazione del momento).

Con un’interessante sentenza (la n.24561 del 2006), sul punto esaminato, la Corte di Cassazione a sezioni riunite osservava che modifiche legislative intervenute nella procedura, *“…si applicano,* < appunto > *secondo il principio del "tempus regit actum", a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti al momento della entrata in vigore della novella legislativa…"*.

Ora però, se è vero come è vero che l’irretroattività della legge più sfavorevole è principio assoluto, identica cosa dovrebbe ben valere non solo per la norma sostanziale, ma anche per quella processuale allorchè oneri (e pesantemente come gli istituti che stiamo trattando) le posizioni soggettive colpite.

Se il punto, insomma, è l’applicazione anche per la norma processuale del medesimo principio di favore accordato a quella sostanziale, non sarebbe superfluo un controllo di ordine costituzionale anche in questa materia nell’applicazione datane dal diritto vivente.

Anche se non in via specifica, un significativo contributo in senso positivo (anche se in via estensiva) giunge dai giudici di Strasburgo[[6]](#footnote-6), che hanno affermato come l’art. 7, § 1 della Convenzione non garantisca solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone altresì che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, con la conseguenza che, nell’ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell’art. 7, § 1, CEDU l’applicazione della pena più sfavorevole.

E’ il principio della cd *lex mitior*, la cui valenza – parrebbe di poter dire – deve investire tanto il precetto sostanziale quanto quello procedurale, pena il potersi trovare in casi in cui venga applicata, in sede di indagine, la cautela più onerosa del sequestro preventivo nelle forme oggi vigenti, ma poi, nella declaratoria di condanna che ne consegue, venga applicata la sanzione più favorevole in applicazione della legge previgente alla consumazione del reato ante 2013.

1. **I mezzi di impugnazione**

Allorchè viene disposto il sequestro dei beni, il giudice, in astratto, esercita un potere tipicamente riconosciutogli dalla legge, senza che nessun pregiudizio irreparabile derivi alla parte assoggettata alla misura[[7]](#footnote-7).

Non può però sfuggire dalle considerazioni sopra svolte come il principio di supremazia dell’interesse pubblico debba trovare argini ben strutturati e naturali contrappesi negli strumenti di difesa e di garanzia a tutela delle sfere soggettive coinvolte.

Volendo fare un esempio concreto, all’applicazione della misura cautelare per equivalente dovrà sempre trovare ingresso, attraverso una ponderazione scrupolosa, l’osservanza del principio di adeguatezza e di proporzionalità che lega le cose rappresentanti il “controvalore” del reato al patrimonio assoggettato a vincolo cautelare.

E ancora, riguardo al sequestro preventivo per equivalente nella sua accezione attuale, detto che l’istituto, venendo a mancare il nesso di pertinenzialità col fatto di reato, supera la nozione di pericolosità intrinseca che giustifica la privazione statuale per presentarsi come espressione essenzialmente sanzionatoria con funzione afflittiva preventiva (quasi una pre-condanna), appare più che mai irrinunciabile una rigorosa osservanza del limite di subordinazione al *principio di irretroattività* rispetto alla condotta, andando diversamente a porsi in serio contrasto sia con i principi costituzionali che con l’art.7 della CEDU [[8]](#footnote-8). Ed è quanto cercavamo, appunto, di dibattere nel passaggio precedente.

Il ns. ordinamento processuale accorda a chi si intende ingiustamente gravato da provvedimenti adottati in sede cautelare un rimedio giurisdizionale di doppio grado, secondo l’iniziale disposizione di cui all’art.56 c.p.p., già evocata in esordio. E’ in astratto rimediabile ogni provvedimento disposto dall’autorità inquirente, sia di ordine personale, che reale, senza alcuna distinzione di rito.

L’atto giudiziario con cui si ordina la misura, adottato dal giudice-Inquirente con “decreto motivato”, può essere appellato nel termine perentorio di 10 giorni dinanzi al Giudice d’Appello, costituito con attribuzioni cognitive estese.

Del procedimento è parte il Procuratore del Fisco (rappresentante degli interessi pubblici), che esprime proprio, motivato parere.

La sentenza pronunziata in esito al reclamo può essere oggetto di ulteriore gravame, entro i 30 gg. dalla notifica, dinanzi al Giudice per la terza istanza penale, in un giudizio vertente, però, solo in punto di legittimità, escluse quindi le questioni concernenti il merito, gli aspetti di conduzione dell’indagine, le condotte e le responsabilità personali addebitate.

Al ricorso, fatto per iscritto, se ricevibile, segue un termine aggiuntivo (normalmente di dieci giorni), assegnato per ulteriori deduzioni.

Viene poi fissata l’udienza per la discussione, con la presenza di tutte le parti processuali, all’esito della quale il Giudice può decidere seduta stante o riservarsi termine per l’estensione della decisione, comprensiva di dispositivo e motivi.

La legge non ha inteso introdurre un ulteriore riesame dei fatti e delle questioni sostanziali che caratterizzano la vicenda, ma piuttosto garantire che la misura cautelare adottata sia sottoposta a verifica sotto il profilo della legittimità del relativo provvedimento. Vengono perciò in considerazione: la coerenza dell'esame degli elementi di fatto e di diritto utilizzati per individuare le norme applicabili e, con ciò, la corretta interpretazione di tali norme e la loro esatta pertinenza al caso concreto; il rispetto delle condizioni e dei limiti di contenuto fissati dall'ordinamento per la produzione di quel particolare provvedimento; l'osservanza dell'obbligo di adeguata motivazione. Insomma, la struttura logico­ giuridica dell'intervento cautelare.

Contro la decisione di terze cure non è ammesso alcuna altro gravame se non – laddove le condizioni di fatto e di diritto lo giustifichino – il ricorso alla Corte Europea di Strasburgo, trattandosi di vertenza che ha esaurito, sul punto controverso, tutti i gradi di giudizio interni.

Una anomalia che pare valga la pena di essere segnalata, riguarda il frangente all’interno del quale si innesta la misura cauteare reale e la conseguente impugnazione. Può infatti accadere che, per esigenze investigative riconosciute dalla legge n.93/2008, il procedimento contenzioso si attivi in costanza di secretazione degli atti, non accessibili quindi alla parte e al suo difensore, con immaginabili difficoltà sotto il profilo del concreto esercizio del diritto di difesa garantito, in termini di effettività, anche dall’art.6 della CEDU.

Sembrerebbe dunque auspicabile un intervento del legislatore che rimodulasse la misura cautelare reale e la confisca sia a un più stretto vincolo di pertinenza e a un maggiore ancoraggio a gravi indizi di reità, sia a una maggiore rispondenza con i principi sovraordinati di garanzia processuale per l’indagato attinto dalla misura.

San Marino, 10 giugno 2016

Avv. Maurizio Simoncini

1. Ciro Santoriello “Le misure cautelari reali nel processo penale”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Il secondo e terzo comma sono stati inseriti con l’art.5 della L. n.28 del 2004, ulteriormente modificato al co.3° con l’art.1 della L. n.73/2009. [↑](#footnote-ref-2)
3. Giudice di 1° grado, Gilberto Felici, sent. n.138-2015, nel procedimento penale n. 72 dell'anno 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentenza n 136/2015, resa nel Proc. Pen. n.33/RNR/2010. [↑](#footnote-ref-4)
5. Si veda, per tutti, l’art.17, protocollo 13 alla “Convenzione per la salvaguardia ai diritti dell’uomo e alle libertà fondamentali”: <Ogni individuo ha diritto ad avere una proprietà sua personale o in comune con altri. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà>. La disposizione è oltremodo significativa per i limiti rigorosi posti, appunto, riguardo anche a iter ablatori. [↑](#footnote-ref-5)
6. sentenza “Scoppola” della Corte EDU del 17 settembre 2000. [↑](#footnote-ref-6)
7. “il sequestro preventivo è atto disposto dal giudice quale soggetto processuale neutrale, sicché, al momento dell’esecuzione dell'atto, non necessita … presidio difensivo (Cassaz., Sez. 4, n. 42512 del 16/07/2009, Olivieri, Rv. 245778). [↑](#footnote-ref-7)
8. non può essere inflitta una “pena” (sanzione) più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. [↑](#footnote-ref-8)