

QUEL CHE RESTA DEL *FUMUS*: GLI INDIZI DI
COLPEVOLEZZA NEL PRISMA DELLE
PRESUNZIONI CAUTELARI



Luca Gibilisco

SOMMARIO 1. Introduzione. — 2. Lo stato dell'arte sul paradigma probatorio dell'art. 273 c.p.p. — 3. Indizi *de libertate* e presunzioni, tra reciproci condizionamenti e aneliti di fattualità. — 4. Automatismi *no limits*: brevi note sui sequestri penali. — 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Tra gli addetti ai lavori, è acquisizione pacifica che i meccanismi di semplificazione operanti nella valutazione cautelare dei cd. *pericula libertatis* non possono intaccare anche la base probatoria utilizzata per effettuare il giudizio di probabile fondatezza dell'accusa ai sensi dell'art. 273 c.p.p.¹. Ciò risponde ad una serie di riflessioni.

In primo luogo, quale condizione generale di applicabilità dei provvedimenti limitativi della libertà personale, esso costituisce un antefatto del momento predittivo di cui all'art. 274 c.p.p., quest'ultimo subentrando, perciò, solo dopo che la prognosi di condanna trovi un positivo riscontro indiziario².

Diversamente, tra l'altro, si tratterebbe di una illazione legislativa scaturente da dati storici a bassa rilevanza induttiva, come tali incapaci di dar conto della generalità dei casi su cui fonda la legittimità dello strumento presuntivo³.

Infine, v'è da considerare la difficile accettabilità pratica di una flessione «controepistemica»⁴ financo del requisito in parola, rimasto l'ultimo baluardo di

¹ Per un inquadramento generale della materia, v. E. APRILE-F. D'ANGELO, *Le misure cautelari nel processo penale*³, Giuffrè, 2017.

² Cfr. M. INGENITO, *Le presunzioni cautelari nel processo penale*, E.S.I., 2017, p. 83.

³ In questo senso, M. DANIELE, *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Giappichelli, 2017, p. 91; sul criterio dell'*id quod plerumque accidit* come canone di ragionevolezza della «regola automatica», v. S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI-M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, E.S.I., 2018, pp. 224 ss.

⁴ L'immagine, a proposito del sistema delle prove legali, è ripresa da M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Laterza, 2009, p. 163. Il tema della divergenza tra l'esito di

effettualità in una fattispecie, per il resto, condannata ad essere sospesa «nel regno delle probabilità, dove le condotte e i fatti del passato valgono per quel che se ne può inferire in vista del tempo seguente»⁵.

Da questa sommaria premessa deve ritenersi che l'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza sia al riparo da incursioni di «legalità deteriore» come quelle note all'art. 275, co. 3 c.p.p.⁶. Nondimeno, è possibile ricercare un sottile *fil rouge* con quelle fenomenologie, in termini di correlazione necessaria (ma, si vedrà, non sufficiente) alla «decenza legislativa» della restrizione *ante iudicium*⁷. Come pure sembra lecito tracciare un percorso interpretativo di vera e propria immedesimazione tra il ragionamento presuntivo e quello sul *fumus* – più marcatamente in sede di cautele reali – complice un continuo interscambio delle *forme* dell'istruzione cui la processualistica non ha mai rinunciato⁸.

un accertamento ordinario (tendenzialmente veritiero) e di uno presuntivo è antico quanto l'accostamento degli automatismi a quel «bisogno di obiettiva certezza, che è proprio di ogni ordinamento giuridico positivo, [e che] induce a tale sorta di costruzioni, che si sovrappongono e sostituiscono in qualche modo alla realtà originaria» (così, a proposito di «presunzioni, finzioni e formalità propriamente dette», G. DEL VECCHIO, *Sui principi del diritto*[1920], ora in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, pp. 55, citando Vittorio Scialoja); di recente, F. PALAZZO, *Verità come modello di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, 2014, p. 105, imputa a detti schemi formali di sbarrare «deliberatamente la strada al giudice per qualunque verifica empirico fattuale».

⁵ Non un modello unico nel suo genere; v. R. ORLANDI, *Procedimento di prevenzione e presunzione d'innocenza*, in *Cass. pen.*, 2019, 3, p. 966 (da cui la cit.) che, nell'accostare l'immagine al procedimento di prevenzione, rimarca che esso è privo di «quell'accertamento bipartito che constatiamo nella struttura delle misure cautelari personali, dove i gravi indizi di colpevolezza vanno verificati prima di stabilire se sussistono le finalità cautelari».

⁶ Il virgolettato è ripreso da A. CAMON, *La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, p. 426, a stigmatizzare la norma come esempio di quanto «il tasso di regolamentazione della fase preliminare s'innalza, eppure il sistema si torce in senso autoritario»; per una cronistoria delle vicende modificative della citata disposizione v., da ultimo, E. MARZADURI, *A trenta anni dall'entrata in vigore del c.p.p.: le disposizioni generali sulle misure cautelari personali*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, sp. pp. 5 ss.

⁷ Che è stata «abbondantemente superat[a]», come tuonava a proposito della legge 22 maggio 1975 ben quattro decenni fa G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, 1, p. 34, e come tutt'ora denuncia la migliore letteratura; sul piano sostanziale, v. E. AMATI, *L'utopia della decenza. La giustizia penale ai tempi del populismo*, in *www.discrimen.it*, 16 marzo 2020.

⁸ V. *infra*, § III. Nega «forza persuasiva» ai vari filoni dottrinali sul rapporto tra presunzione e indizio, M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Giuffrè, 2008, pp. 71 ss.

2. Lo stato dell'arte sul paradigma probatorio dell'art. 273 c.p.p.

Il requisito dei gravi indizi di colpevolezza *ex art. 273, co. 1 c.p.p.* costituisce una delle condizioni generali di applicabilità dei provvedimenti coercitivi *ante judicium*⁹.

Anche l'art. 5 § 1, lett. c.) CEDU prevede, fra le altre ipotesi, che un individuo possa essere privato della libertà solo in presenza del *reasonable suspicion*, da individuare nell'esistenza di informazioni capaci d'indurre in un osservatore obiettivo il convincimento che il soggetto attinto dal provvedimento possa aver commesso il reato per cui si procede¹⁰. Si tratta di una formula in apparenza meno pregnante dello standard di convincimento richiesto dalla disposizione nostrana ma nella sostanza ad esso pienamente sovrapponibile¹¹.

Anche la norma interna, infatti, richiede una «*qualificata probabilità di colpevolezza*»¹² per inaugurare il provvedimento cautelare¹³. Tuttavia, mentre vi è unanimità di vedute nel registrare la presenza di questo dato esegetico, nel coglierne l'esatta latitudine applicativa giurisprudenza e dottrina da tempo oscillano su posizioni contrapposte.

Una prima occasione per tentare di sciogliere il dilemma si coglie in una pronuncia delle Sezioni Unite la quale, benché il *devolutum* inerisse al tema del carattere individualizzante dei riscontri alle chiamate di correo (anche in sede *de*

⁹ Nella manualistica v., per tutti, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2019, pp. 488 ss.; per una più approfondita disamina, fondamentale rimane il contributo di D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004.

¹⁰ Recita la norma «*Quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati per ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di fuggire dopo averlo commesso*»; v. S. LONGO, sub art. 5, in G. UBETTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 107.

¹¹ P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Giuffrè, 2008, pp. 154-155 e giurisprudenza ivi citata alle nn. 57 e 58.

¹² Cass., Sez. V, 20 agosto 1991, n. 811, in *Mass. Cass. pen.*, 1991, 8, p. 79.

¹³ Si ricordi che la prognosi richiesta dall'art. 273 c.p.p. non si riduce genericamente alla mera condannabilità, ma si estende al *quantum* di pena e alla concreta eseguibilità della stessa (comma 2-*bis*) sebbene ciò comporti l'onere per il giudice della cautela di applicare, mutuandoli dal dibattito, criteri di commisurazione della sanzione e regole sulla valutazione della prova (richiamate dal co. 1-*bis*, innestato dall'art. 11, L. n. 63 del 2001) difficilmente praticabili quando gli sviluppi istruttori della vicenda risultano ancora incerti – cioè nella fase investigativa, che spesso fa da sfondo all'applicazione delle cautele – come annota S. RUGGERI, *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti delle persone. Profili comparatistici e garanzie sovranazionali in Europa*, in AA.VV., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, 2013, pp. 170 ss.

libertate), ha avuto modo di stabilire che «per gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273 c.p.p. devono intendersi tutti quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che – contenendo "in nuce" tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità»¹⁴.

L'arresto, motivato sulla scorta del mancato richiamo ai commi 3 e 4 dell'art. 192 da parte dell'art. 273 c.p.p., ha dato l'abbrivio ad un certo modo di concepire i rapporti tra le due citate disposizioni, nel senso di una maggiore ampiezza (qualitativa) del substrato probatorio della prognosi di condanna ma, ad un tempo, di un abbassamento quantitativo dello *standard* di valutazione. Il portato di tale intendimento è stata l'espunzione dei canoni della precisione e concordanza¹⁵ e, in definitiva, della stessa regola di cui all'art. 533 c.p.p.¹⁶ Per l'affermazione interinale di responsabilità dell'imputato, dunque, sarebbe necessaria e sufficiente la sola gravità indiziaria¹⁷. Con essa, il giudice è chiamato a misurare la distanza del dato probante dal tema di prova, decidendo l'applicazione della misura laddove lo scarto sia lieve ed il dato abbia una certa significatività¹⁸.

¹⁴ Cass., SS.UU., 21 aprile 1995, n. 11, in *Giust. pen.*, 1996, 3, p. 321.

¹⁵ Sul significato di detti parametri si rinvia, per tutti, a P. TONINI, *op. cit.*, pp. 234 ss. L'approccio più problematico alla materia continua ad essere rappresentato dalla tesi della cd. convergenza del molteplice, anche di recente osteggiata come una sorta di sanatoria di indizi poco significativi epperò presenti in elevato numero, il che celerebbe una presunzione di reità dell'imputato, chiamato a fornire prove circa la sua innocenza al fine di integrare un impianto accusatorio privo di elementi a carico certi (in questi termini, F. GIGLI, *Il contraddittorio risolve il contrasto tra gli esperti e rende superflua la perizia*, in *Giur. it.*, 2019, 11, p. 2546, in nota parz. critica a Cass., Sez. I, 23 novembre 2018, n. 52862, *ivi*).

¹⁶ Sul punto, cfr. R. POLIDORI, *Prova indiziaria e giudizio di colpevolezza «oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 5, p. 581; F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale «oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 76.

¹⁷ V., *ex multis*, Cass., Sez. II, 7 gennaio 2020, n. 209, in www.penaledp.it, con nota critica di G. PASSALACQUA, *Ricognizione e brevi considerazioni in materia di criteri di valutazione della prova indiretta nel giudizio cautelare*; Sez. IV, 10 ottobre 2019, n. 43689 in *Guid. Dir.*, 2020, 2, p. 83; Id., 23 maggio 2019, n. 27498, in *CED Cass.*, *rv.* 266704; Sez. III, 10 novembre 2017, n. 37094, in *Banca dati Pluris*, *Mass. redaz.*, 2018. In dottrina, L. GRILLI, *Procedura penale. Guida pratica*, vol. I, Cedam, 2009, p. 559; F. ROMANO BAROCCI, *La chiamata di correo de relato e i gravi indizi ex art. 273 comma 1 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1994, 2, pp. 759 ss.; S. RAMAJOLI, *I gravi indizi di colpevolezza e l'adozione di misure cautelari personali*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 701 ss.

¹⁸ In questi termini, C. TAORMINA, *Procedura Penale*, Giappichelli, 2015, p. 358; B. PETRALIA, *Gravi indizi di reato e della colpevolezza: i modelli probatori delle indagini preliminari e l'integrazione difensiva del patrimonio indiziario*, in *Cass. pen.*, 2005, 7-8, p. 2460, sottolinea la

Altro orientamento, per converso, è approdato ad esiti interpretativi differenti. A monte, di nuovo, la incontestabile presa d'atto che la norma in commento non coincida con quella di cui all'art. 192 c.p.p., discorrendo in particolare non di «indizi probatori», che danno rilievo alla prova logica o indiretta, bensì di «indizi di colpevolezza», nei quali si fa riferimento a qualsiasi elemento epistemologico appreso dal giudice. Dovendo corroborare un convincimento *rebus sic stantibus*, vale a dire con la mutevolezza tipica di ogni accertamento incidentale¹⁹, sarebbe troppo pretendere livelli cognitivi rigidamente analoghi, senza potersi attestare invece su altri registri dimostrativi (purché, se del caso, superiori al mero sospetto²⁰).

In altri termini, la descritta autonomia gnoseologica del giudizio *de libertate* può essere intesa solo nella misura in cui lo si affranca dalla logica squisitamente indiziaria (*i.e.* presuntiva), non anche in quella di escludere, di fronte alla prova indiretta, i relativi canoni di valutazione, in difetto dei quali «*la discrezionalità valutativa del giudice non può esercitarsi*»²¹. Concordanza e precisione, per tale via, vengono anch'essi a regolare l'accertamento di responsabilità in sede cautelare, indicando che la forza persuasiva della piattaforma indiziaria indicata dall'accusa deve risultare da una valutazione coordinata dei singoli elementi e della loro congruenza rispetto al tema d'indagine prospettato nel capo di imputazione²². Parafrasando, i gravi indizi «devono coincidere con un quadro dimostrativo che lasci tranquilli, allo stato delle coscienze, sulla futura responsabilità»²³.

«connotazione multiforme ed equivoca del concetto di gravità», e ne propugna un significato ibrido, comprendente quelli di precisione e concordanza, sia pure in forma embrionale.

¹⁹ Osserva G. FIORELLI, *L'imputazione latente*, Giappichelli, 2016, p. 106, che la formula *rebus sic stantibus*, cui occorre ricondurre il concetto di «sommarietà» della deliberazione cautelare, lungi dal giustificare indicazioni monche o lacunose, serve ad assicurare sufficiente chiarezza circa i fatti contestati, compatibilmente con la natura fluida delle indagini preliminari.

²⁰ Cfr. G. FABRI, *La prova indiretta nel giudizio de libertate alla luce di una recente sentenza della Suprema Corte*, in *Giust. pen.*, 2019, 6, p. 337; sulla distinzione tra indizi e sospetti, siccome solo nei primi «la premessa minore del sillogismo giudiziario, in cui si identifica il dato indiziante, deve sempre assumersi come certa», v. GIRONI, *La prova indiziaria*, in A. GAITO, *La prova penale. La valutazione della prova*, vol. III, Utet, 2008, p. 142.

²¹ In questi termini, Cass., Sez. V, 26 novembre 2018, n. 55410, in *CED Cass.*, rv. 274690; Sez. IV, 5 aprile 2016, n. 25239, *ivi*, rv. 267424; Id., 18 luglio 2013, n. 31448, *ivi*, rv. 257781.

²² Cass., Sez., II, 28 febbraio 2019, n. 8794, in *Dir. internet*, 2019, 2, pp. 353 ss., con nota di A. GAUDIERI, *Estorsione via chat e gravi indizi di colpevolezza nel procedimento cautelare*; cfr. P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*², Giuffrè, 2014, pp. 123-127; F.M. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio richiesto per le misure cautelari*, in *www.csm.it*; M. TORRE, *Nei gravi indizi la prova critica richiede la «concordanza»*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 9, pp. 1080 ss.

²³ Così, A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in G. SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo II, *Le misure cautelari*, UTET, 2008, p. 52.

Questa tesi poggia su una serie di dati tra i quali, in primo luogo, la necessità di un'interpretazione sistematica della disciplina del Libro Terzo ("Prove") del codice di rito, in modo da applicare l'art. 192 c.p.p. nella sua interezza e verificare, in sede di gravame, che il giudice di merito abbia adeguatamente controllato il rispetto dei canoni della logica e dei principi di diritto che governano l'apprezzamento delle risultanze probatorie²⁴. Qualcuno ha voluto leggere il superamento dell'impostazione letterale anche in quell'intervento del Supremo Collegio tornato ad occuparsi della questione dei riscontri alla chiamata *de relato* successivamente alla interpolazione del comma 1-*bis* nell'art. 273 c.p.p. ad opera della legge n. 63/2001²⁵.

Un argomento di rilievo è pure l'acclarata «polivalenza»²⁶ della fase investigativa che, mentre ne fa il naturale incavo dei provvedimenti *de libertate*, al contempo ne destina i risultati a talaltre importanti decisioni del giudice (come, ad es., la definizione del processo con rito abbreviato) apparendo, allora, irragionevole che stessi fatti, seppur in riferimento a due distinti stadi procedimentali, vengano considerati in modo differente²⁷.

Infine, a suffragare la predetta impostazione concorre il principio di proporzionalità in base al quale la sovrapposizione materiale tra cautela (in specie, custodiale) e pena non permette ai rispettivi parametri di giustificazione probatoria di divergere²⁸, tanto più ove si consideri che la pregnanza delle valutazioni circa gli elementi indizianti è stata accentuata, dapprima, con la L. 8 agosto 1995, n. 332, delineante per l'ordinanza cautelare uno schema argomentativo assimilabile a quello

²⁴ Cass. pen., Sez. VI, 6 settembre 2016, n. 37018, in *Giur. It.*, 2017, 1, p. 213, con nota adesiva di G. POLI, *La valutazione degli indizi nella fase cautelare: una questione da risolvere alla luce della teoria generale della prova*.

²⁵ Recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione", in *Gazz. Uff.*, 22 marzo 2001, n. 68; la pronuncia cui si allude è Cass., SS.UU., 30 maggio 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 1, p. 46, che ha richiesto la necessità dei riscontri individualizzanti per 'provare' l'addebito ai fini della emissione del provvedimento analibertario; ritiene, sul punto, G. PASSALACQUA, *Ricognizione e brevi considerazioni*, cit., che detta sentenza non ha inteso «escludere il ricorso al canone generale di valutazione della prova indiretta, per quanto lo specifico devoluto, in quell'occasione, si limitasse ai commi 3 e 4 dello stesso articolo».

²⁶ E. LORENZETTO, sub art. 326 c.p.p., in H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPÀRIA (a cura di), *Codice sistematico di procedura penale*, Giappichelli, 2017, p. 341.

²⁷ Su questa linea, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*¹⁰, Giuffrè, 2007, pp. 208 ss.; F.G. CAPITANI, *Indizi gravi, precisi e concordanti, anche in fase cautelare*, in *Dir. giust.*, 2016, 40, p. 4 in nota a Cass., Sez. II, 30 giugno, 2016, n. 37018, *ivi*.

²⁸ Così, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2014, p. 20; cfr. pure G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Cedam, 2017, pp. 52-53.

prescritto per la sentenza di merito dall'articolo 546 lett. c.) c.p.p., e, da ultimo, con la L. 16 aprile 2015, n. 47, che richiede al giudice di motivare l'ordinanza cautelare in modo «autonomo» (art. 292 lett. c e c-bis c.p.p.)²⁹.

3. Indizi *de libertate* e presunzioni, tra reciproci condizionamenti e aneliti di fattualità

Prima di avventurarsi nella sotto-trama dei rapporti tra gli artt. 273 e 275, co. 3 c.p.p., una suggestione al confronto tra i paradigmi della presunzione e della «prova allo stato degli atti»³⁰ proviene dalla ricostruzione dommatica della prima (segnatamente *ex art. 2729 c.c.*, in una al suo raffronto con l'art. 192 c.p.p.) e dallo statuto epistemologico della seconda testé tratteggiato.

Nell'ambito della classica e un po' tralatizia sistemazione teorica dello strumentario probatorio del processo, suole definirsi «presunzione» quella *species* delle prove cc.dd. critiche, cioè derivate da altre rappresentazioni (le prove storiche)³¹, con la quale il giudice risale da un fatto noto ad uno ignoto, utilizzando una regola inferenziale legittimata dal senso comune e dall'osservazione ripetuta di casi simili³². Tecnicamente trattasi di un entimema, sillogismo ove non sono

²⁹ Cioè esponendo «la dimostrazione che [...] nel riportarsi al contenuto di un atto del procedimento, ovvero nel riprodurlo nel corpo della motivazione, ne abbia non solo preso cognizione, ma ne abbia altresì effettivamente bilanciato la coerenza con la decisione assunta» (così, L. FORTE, *Cassazione e motivazione autonoma del giudice competente*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 6, p. 810); in arg., cfr. G. GAETA, *Standard di motivazione de liberate e fisica del potere giudicante*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 513 ss.

³⁰ Cass., Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 48805, in *Guida dir.*, 2014, 10, p. 69 (s.m.).

³¹ Risale a F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Cedam, 1936, p. 681, detta teorica; ad essa si è nel tempo contrapposta l'assimilazione tra le categorie dottrinali: v. A. GIORDANO, *Prove indirette e "giusta" decisione nel processo civile*, in *Iustitia*, 2016, 3, pp. 401 ss.; analoga consapevolezza, nel processo penale, è espressa da quanti sostengono che tutte le prove «costituiscono un vero e proprio limite della decisione [...] se analizzata dal punto di vista della sua attitudine a generare verità» (così, M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, p. 15).

³² Si rinvia a C. GAMBA, *Presunzioni [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line Treccani*, 2016; S. PATTI, *Prove*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca-Galgano, Libro sesto. Tutela dei diritti art. 2697-2739*, Zanichelli, 2015; M. DE MARIA, *Delle presunzioni. Artt. 2727-2729 c.c.*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 2014, sp. p. 24; M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012, pp. 1101 ss.

assolutamente certe ma soltanto verosimili le premesse da cui si argomenta: qui, la premessa maggiore è fondata sulle massime di esperienza³³.

Di queste caratteristiche, si è detto, partecipa anche l'indizio penale, egualmente impiegato per rievocare il fatto storico con il metodo puramente logico³⁴ tipico delle *probationes artificiales* (ἐντέχνοϋς) che gli antichi retori utilizzavano per la formazione del giudizio «secondo lo schema argomentativo che in termini moderni si può identificare con quello della *circumstantial evidence* o, da noi, con quello della prova presuntiva»³⁵. Non è un caso che qualcuno abbia voluto scoprirvi un motivo di sostanziale identità³⁶ o bifrontismo³⁷.

³³ Associa la figura aristotelica dell'*entimema* all'operazione del giudicante, in specie nell'utilizzo dell'*id quod plerumque accidit*, G. CANZIO, *Le massime di esperienza e il ragionamento probatorio*, in *www.discrimen.it*, 1 luglio 2019; v. Cass. Civ., Sez. III, 30 maggio 2019, n. 14762, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, così massimata «Nella prova per presunzioni non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, essendo sufficiente che il fatto da provare sia desumibile [...] alla stregua di canoni di probabilità, la cui sequenza e ricorrenza possano verificarsi secondo regole di esperienza».

³⁴ E, quindi, non sempre vigilato dal rigore 'scientifico', come avverte A. COSTANZO, *Anomia della illogicità manifesta*, in *Cass. pen.*, 2019, 3, p. 1320, che sottolinea come «non esiste un metodo che fondi una massima di comune esperienza» poiché «*verosimile* è semplicemente ciò che corrisponde all'*id quod plerumque accidit* secondo un giudizio che postula (ma non verifica sperimentalmente) la normalità del reiterarsi di un certo tipo di eventi». Sulla conseguente concezione 'affievolita' dell'indizio v. P. MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Giappichelli, 2017, pp. 17-21; F.M. GRIFANTINI, *La nozione di indizio*, cit., pp. 13-16; A.A. SAMMARCO, *Sui requisiti della prova indiziaria nella nuova disciplina processuale penale*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 273; *contra* R. POLIDORI, *Prova indiziaria e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 572.

³⁵ Così, B. CAVALLONE, *Iago e la probatio artificialis*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 4, p. 1062; sul tema della prova indiziaria e sulla sua distinzione dalla prova diretta v. F.R. DINACCI, *Le regole generali sulle prove*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB (diretto da), *Procedura penale. La pratica del processo*, vol. I, Utet, 2015, pp. 811 ss. Sull'equiparazione con la prova critica, cfr. G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale*², Giappichelli, 2018, p. 22; G. TAORMINA, *Procedura penale*, cit., p. 315 ss.; *contra*, rilevando che la prima è costruita su leggi non probabilistiche, G. UBERTIS, «Prova indiziaria». *Ossimoro o ridondanza da evitare?*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, Giuffrè, 2016, pp. 275 ss.

³⁶ Cfr. G. CARCATERA, *La logica nella scienza giuridica*, Giappichelli, 2015, p. 119; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Cedam, 1996, p. 219; dell'art. 2729 come strumento di «normativizzazione delle massime d'esperienza [...] con l'introduzione di un sistema di "regole minime"», recepite dall'art. 192 c.p.p., parla C. PAGANO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Giuffrè, 2009, pp. 449 ss.

³⁷ Le ritengono facce della stessa medaglia (in particolare l'indizio è il «fatto noto» da cui si dipana l'inferenza presuntiva) G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*⁶, vol. II, Giappichelli, 2017, p. 133; P.A. BONNET, *L'argomentazione presuntiva e il suo valore probatorio*, in AA.VV., *Presunzioni e matrimonio*, Libreria Editrice Vaticana, 2012, pp. 38-47; C. ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Giuffrè, 2008, p. 77; N. MANNARINO, *La prova nel processo*, Cedam, 2007, pp.

Dall'altro lato v'è il *fumus*. La sua più risalente concezione lo colloca «alle soglie della prova»³⁸, ciò che stroncherebbe sul nascere qualsiasi speculazione comparativa³⁹. Certo, una soglia che è stata nel tempo superata, ma attraverso «parametri, se non identici, almeno il più possibile omogenei» a quelli della decisione di merito⁴⁰, rendendo di nuovo impraticabile – stavolta, per eccesso – una connessione tra i ragionamenti indiziario (a fini cautelari) e presuntivo.

Eppure, da almeno due angolature può carpirsi un'immagine nient'affatto coincidente con quanto appena illustrato.

Anzitutto, l'ossequio al brocardo secondo cui “Nel più sta il meno” (*Plus semper in se continet quod est minus*). Per chiarire; la già ricordata tesi che ravvisa nell'art. 273 c.p.p. una formula più inclusiva di quella dell'art. 192 c.p.p. ammette, se non la necessità, almeno la possibilità che gli strumenti a disposizione del giudice consentano solo di *presumere* l'esito del giudizio, tutte le volte in cui difettino di una forte ed univoca caratura dimostrativa e, cioè, si riducano alla prova *sticto sensu* indiziaria (ammesso di dar credito alla susedposta tesi della equipollenza all'art. 2729 c.c.⁴¹, sebbene la questione ben potrebbe liquidarsi come vittima di un formalismo poco attento ai profili davvero rilevanti degli istituti processuali).

È interessante notare, poi, che la questione non perde il proprio smalto allorché sottoposta ai più recenti ripensamenti della teoria generale della prova. In effetti, continuare a discutere dei rapporti tra presunzione, indizio e *fumus* diverrebbe quasi anacronistico, una volta appurato che «la prova logica [...] non

191-192; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 453; M. BONETTI, *Gli indizi nel nuovo c.p.p.*, in *Ind. pen.*, 1989, pp. 498 ss.

³⁸ Così, R. POLIDORI, *op. cit.*, p. 580.

³⁹ In effetti, come ricorda B. CAVALLONE, *Eraclito, l'elezione del papa e il fumus boni iuris*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 6, pp. 1522-1523, dall'antica trattatistica si evince che, mentre nozioni quali quella di *praesumptio*, «per quanto si possa discutere delle loro definizioni teoriche e della loro applicazione in ciascun caso concreto, rimandano a determinati percorsi epistemologici» quella in esame implica «una percezione puramente *sensoriale*, o *istintiva*, della situazione di fatto e di diritto» che spiega, tra le altre, «l'impossibilità di stabilire a quale livello della «gerarchia delle prove» possa collocarsi [...] in realtà [sta] al di fuori di quella scala o, potremmo dire, su una scorciatoia capace di aggirarla».

⁴⁰ Così, S. SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari*, in P. TONINI (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Cedam, 2001, p. 422; cfr. G. GAETA, *Standard di motivazione* de liberate, cit., pp. 1 ss.

⁴¹ In senso contrario, ad es., F. GIANNITI, *I rapporti tra processo civile e processo penale*, Giuffrè, 1988, p. 133; F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 297, che estrania la prima dai fatti allegati e provati sui quali, invece, fonderebbe la seconda.

costituisce uno strumento meno qualificato rispetto a quella diretta o storica»⁴² e riconoscendo che, comunque, le tradizionali compartimentazioni si scontrano con la stessa natura, sempre abduttiva, della logica processuale⁴³. Parimenti inconferente sarebbe, di conseguenza, sostenere una distinzione legata alla dimensione probatoria e – per quanto qui interessa – applicarla al processo cautelare, la cui unica peculiarità sarebbe rappresentata dall’oggetto della prova, ridotto al «nucleo essenziale della colpevolezza», da dimostrare al di là di ogni ragionevole dubbio⁴⁴.

A questa impostazione è possibile obiettare che non ha senso sul piano-logico giuridico conformare gli *standard* probatori fra il giudizio ordinario e quello *de libertate* per poi mantenere fermo un diverso grado di conferma dell’ipotesi (accusatoria). Semmai, a voler risignificare il *proprium* delle cautele, deve dirsi che esso muove dalla prognosi ma si riflette in un qualcosa di altro dai giudizi probatori in senso stretto. Su tali basi, si è ritenuto di riportare la sommarietà della cognizione cautelare non al *thema probandum*, bensì alla valutazione dei risultati istruttori acquisiti la quale, senza sconfinare nel limbo della mera congettura, null’altro è che una presunzione sulla *regiudicanda*⁴⁵.

È una lettura indubbiamente suggestiva, che consentirebbe di superare l’antico dilemma del rispetto della (contro)presunzione di innocenza senza privare quest’ultima della sua connotazione più autenticamente garantistica. Non occorrerebbe più, cioè, postulare che l’art. 27, co. 2 Cost. abbia mero valore prescrittivo (piuttosto che descrittivo) delle regole accertative della condizione di reità, di modo da affermare che non vi facciano violenza anticipati *giudizi sul merito dell’accusa* come quelli cautelari⁴⁶; viceversa, basta ascrivere a quest’ultimi natura ‘presuntiva’, a prescindere dalla consistenza degli elementi a carico, siccome non

⁴² Cass., Sez. I, 11 ottobre 2017, n. 46566, in *CED Cass.*, rv. 271228.

⁴³ L. SAPONARO, *Il dubbio ragionevole alla ricerca di una definizione*, in *Giur. it.*, 2018, 2, p. 468, pur distinguendo i percorsi inferenziali dei quali può servirsi il giudice (combinandoli), ne individua la struttura logico-argomentativa in quella della abduzione; più in generale, cfr. R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, 11, pp. 2517 ss.

⁴⁴ Per M. DANIELE, voce *Indizi*, cit., p. 511 (e bibl., nn. 51 e 52) il *thema probandum* «si identifica con «la commissione da parte dell’indiziato del reato considerato perlomeno nelle sue componenti fondamentali, senza che sia necessario ricostruire l’esatta dinamica degli eventi criminosi e la precisa conformazione dell’elemento soggettivo»; cfr. pure G. GAETA, *Standard di motivazione de libertate*, cit., p. 10.

⁴⁵ Cfr. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Giappichelli, 2015, pp. 444-451, in materia di cautele civili, ma rifacendosi a G. PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Giappichelli, 2000, pp. 63 ss.

⁴⁶ Si allude alla tesi di A. PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell’innocente: la presunzione di non colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, sp. pp. 9 ss.

mirano a raggiungere convincimenti 'stabili'. Anche la giurisprudenza sembra avvedersene, quando ricorda che l'apprezzamento degli indizi cautelari «deve portare a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità, in un procedimento che avvicina la prognosi sempre più ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene *presuntivo* in quanto condotto allo stato degli atti»⁴⁷.

L'omologia mostra, però, un inquietante precipitato pratico esaminando quell'ulteriore momento 'predittivo' della fattispecie che è il giudizio di pericolosità *ex art. 274 c.p.p.* Questo, come tutte le prognosi criminali, condivide il ragionamento della *prova indiretta*, entrambi dovendosi affidare a massime di esperienza per «formulare inferenze che, basandosi sugli elementi disponibili, sono dirette a stabilire il grado di probabilità di una condotta sconosciuta»⁴⁸. E allora, mentre sarebbe lecito in teoria predicare una vocazione (pur latamente) presuntiva dei gravi indizi rispetto all'ipotesi di colpevolezza, allorché si innesta la delibazione di pericolosità dell'indagato su tale valutazione⁴⁹ si compie un'operazione che stride con gli elementari canoni dell'epistemologia forense i quali, attraverso il dogma della certezza-precisione dell'indizio, ripugnano l'idea che da quest'ultimo germini una concatenazione di inferenze⁵⁰.

⁴⁷ Così, Cass., Sez. VI, 18 luglio 2017, n. 35243 (corsivo agg.).

⁴⁸ Così, G. ROSSI, *Introduzione al ragionamento probatorio*, in S.C. SAGNOTTI (a cura di), *Metodo e processo. Una riflessione filosofica*, Margiacchi-Galeno Editrice, 2005, p. 170, che propende per la natura deduttiva dei giudizi prognostici (sul punto, cfr. F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in M. PAVARINI-L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bononia University Press, 2013, p. 26; C. ZAZA, *op. cit.*, pp. 44 ss.; *contra*, S. FURFARO, *sub art. 274 c.p.p.*, in A. GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*⁴, vol. I, UTET, 2012, in www.pluriscadam.utetgiuridica.it.

⁴⁹ A rigore, ciò non dovrebbe accadere posto che la prognosi sui *pericula* si affianca a quella sulla colpevolezza; tuttavia, il richiamo dell'art. 274 c.p.p. ad indizi di pericolosità alquanto vaghi nella realtà fattuale (le modalità e circostanze del fatto, la personalità dell'imputato e i precedenti penali, almeno in ordine al rischio di recidiva) finisce per avallare l'impressione che gli stessi si esauriscano in quelli di colpevolezza (cfr., tra gli altri, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1149).

⁵⁰ Cfr., da ultima, Cass. pen., Sez. V, 13 luglio 2016, n. 45993, in *Dir. giust.*, 2016, 75, p. 3, con nota di A. FERRETTI, *La vocazione probatoria degli indizi è sempre subordinata alla certezza dei fatti*, ove è massimato il seguente, calzante, passaggio «[...] è necessario che il compendio indiziario su cui si fonda la prova indiretta abbia innanzi tutto un contenuto certo. In secondo luogo è da escludersi la validità di processi inferenziali che si alimentino di catene di presunzioni. Infatti, il giudice, che ben può partire da un fatto noto per risalire ad uno ignoto, non può in alcun caso porre quest'ultimo come fonte di un'ulteriore presunzione sulla base della quale motivare una pronuncia di condanna, in quanto la doppia presunzione contrasta con la regola della certezza dell'indizio».

Insomma, saldare il *fumus delicti* all'art. 274 c.p.p., non solo non riuscirebbe nello scopo, declamato, di inibire la carica virale di aleatorietà della prognosi di pericolosità⁵¹, ma produrrebbe l'ulteriore conseguenza di svilire la già flebile distanza che correrebbe tra le restrizioni *pendente* e quelle *ante-judicium*. Si badi, non nel senso (da tempo auspicato) di un «cambiamento di pelle» delle seconde⁵² quanto, appunto, di un appiattimento delle prime, non più immunizzabili da quella insostenibile leggerezza che ancora si suole ingenuamente relegare nel campo del procedimento di prevenzione. A parere di chi scrive, non è condivisibile circoscrivere a quest'ultime l'osservazione secondo la quale «sommare vaghezza dei presupposti e incertezza della prognosi sul futuro lede in maniera inguaribile il principio di tassatività degli interventi che incidono sui diritti di libertà»⁵³. L'asserto, infatti, trae titolo dalla diversa pesatura tra indizi (cautelari) e sospetti (di prevenzione), fortemente contestata – oltreché da manifeste assonanze strutturali⁵⁴ – dalla pratica che inevitabilmente svilisce pure la valenza sintomatica dei primi, nel doppio passaggio logico da essi al fatto per cui si procede e, da questo, a quello che si teme possa verificarsi.

Senza voler indugiare oltre su tali linee ermeneutiche, bisogna poi riconoscere che il *fumus commissi delicti*, quand'anche messo al riparo da accuse che ne

⁵¹ Resa immanente dal permanere di «riferimenti ipotetici [...] perché ciò che avverrà è solo presumibile, più o meno fondatamente, ma sempre con numerosi margini di errore» (così, A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, cit., p. 71).

⁵² Da «pene del sospetto a strumento di verifica giurisdizionale incidentale [...] di comportamenti illeciti già realizzati in chiave di esame soggettivo di connotati di pericolosità reiterativa» in modo non dissimile dalle *nostre* cautele (così, R. MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, p. 503). Per un inquadramento generale si rinvia a G. MACRINA, *Misure di prevenzione. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Pacini Giuridica, 2019.

⁵³ Così, D. PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, p. 1538.

⁵⁴ C. MIUCCI, *Profili di problematicità del procedimento di prevenzione in materia di mafia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 1, p. 191, scrive che «L'indizio di prevenzione, invece, è strutturalmente diverso [da quello ex art. 192 c.p.p.] nella misura in cui può avere ad oggetto sia l'enunciazione di un fatto principale che di un fatto secondario» mentre si avvicina a quella accezione di indizio prevista dal codice di rito, ad es. nell'art. 273 c.p.p., che «coincide con quell'elemento conoscitivo che ha quale suo nucleo fattuale un fatto principale o un fatto secondario, ma il cui peso probatorio non è tale da condurre a un giudizio certo». Dunque, il *fumus* cautelare sarebbe molto più prossimo all'indizio di prevenzione di quanto si immagini, anche ponendo mente al fatto che pur esso può fondarsi su di un fatto secondario, quale quello oggetto di un separato processo penale, ancorché definito con sentenza non ancora irrevocabile (cfr. sul punto, da ultima, Cass., Sez. V, 18 dicembre 2018, n. 57105, in *CED Cass. pen.*, 2018, rv. 274404).

denuncino l'intrinseca e/o eventuale matrice presuntiva, è esposto a meccanismi in parte simili: gli automatismi legislativi contemplati in punto di esistenza e gravità dei *pericula libertatis*. Rispetto a quelli sin qui descritti, trattasi di congegni che non mirano ad orientare, bensì a cancerizzare il libero convincimento del giudice su determinati elementi della fattispecie, preventivati attraverso regole assolute di prova legale⁵⁵. Eppure, come già ricordato in premessa, la dottrina ha abilmente messo in luce una serie di 'effetti riflessi' che dette fenomenologie spiegano sul requisito della gravità indiziaria.

Innanzitutto, presumere la pericolosità a norma dell'art. 275, co. 3 c.p.p. equivale ad un atipico "concorso apparente di norme", per il quale la valutazione di cui all'art. 273 è destinata ad assorbire quella sul *periculum*, sterilizzandone di fatto la portata applicativa e traducendo la misura provvisoria in un corollario dell'imputazione⁵⁶.

Una 'presunzione di precedenza' dei gravi indizi di colpevolezza, invero, ha da sempre monopolizzato la prassi cautelare⁵⁷, risentendo appieno dell'ipoteca inquisitoria ancora gravante sul nostro sistema di giustizia⁵⁸. Dall'angolo visuale dei postulati costituzionali essa appare un vero e proprio paralogismo: in tanto ha senso esaminare il grado di fondatezza dell'addebito in quanto sia necessario fronteggiare in concreto pericoli rilevanti ai sensi dell'art. 274 c.p.p., senza i quali quella tassatività dei casi e dei modi di limitazione della libertà personale a norma

⁵⁵ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *Criminalia*, 2018, p. 533, ricorda che gli automatismi cautelari cozzano con il principio *de quo* che impone «l'esigenza di concretezza della valutazione probatoria», ossia «la costante aderenza [...] alle singolarità dei fatti che ne formano oggetto»; che le *presumptiones iuris*, in generale, integrino regole (legali) di valutazione è però messo in discussione da quanti ne sottolineano l'estravaganza dalla struttura inferenziale del ragionamento epistemologico (cfr. M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Giuffrè, 2012, pp. 1101 ss.).

⁵⁶ Quasi testualmente, F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Giappichelli, 2016, p. 110; è innegabile, cioè, che se la misura venisse applicata «prescindendo dalla sussistenza di ulteriori elementi sintomatici di concrete esigenze cautelari, conseguirebbe meccanicamente alla semplice assunzione della qualifica di imputato» (così, U. UBERTIS, *Sistemi di procedura penale*⁴, vol. I, *Principi generali*, Giuffrè, 2017, p. 274).

⁵⁷ Esemplare è il diverso peso specifico del grado di conferma del quadro indiziario rispetto ai *pericula* nel corpo del primo prospetto ministeriale sull'uso dello strumento *de libertate* nel doporiforma; un dato che «la dice lunga sulla persistenza di una certa maniera di intendere l'accertamento cautelare» (così, F. ALONZI, *La relazione governativa sull'applicazione delle misure cautelari: un documento dai toni troppo entusiastici, basato su dati poco attendibili*, in *Par. dif.*, 2016, 2, p. 238).

⁵⁸ Cfr., da ultimo, S. LORUSSO, *Ipertrofia normativa e declino del sistema processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 3, pp. 292 ss.

dell'art.13 Cost. rimarrebbe lettera morta, insieme con il conseguente discrimine tra cautela e pena *ex art. 27, co. 2 Cost.*⁵⁹.

Del resto, nonostante la lettera del citato art. 5 § 1, lett. c.) CEDU suggerisca di disgiungere ognuna delle fattispecie ivi previste come idonea, di per sé, a legittimare l'arresto o la cautela⁶⁰ – e, in effetti, a tale conclusione sembra pervenuta anche la Corte EDU, ribadendo l'importanza dei *pericula* solo per procrastinare la custodia inizialmente disposta in base al *fumus*⁶¹ – non sembra difficile sostenere che anche a livello convenzionale ci si debba orientare verso l'affermazione del requisito della originaria compresenza della gravità indiziaria e di almeno una delle esigenze cautelari⁶², così da assicurare un livello di tutela che, in quanto più elevato, non può essere pretermesso⁶³.

Eppure, l'assunto per cui «l'esercizio del potere cautelare trova il suo fondamento *innanzitutto* nella possibilità di formulare una prognosi sull'esito giudiziale dell'accusa» resiste⁶⁴, e assume nuova luce proprio nel contesto d'esame,

⁵⁹ In tal senso A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 46; cfr. E. MARZADURI, voce *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 73.

⁶⁰ Cfr. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., p. 107; v. pure O. MAZZA, *La libertà personale nella costituzione europea*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2005, p. 54.

⁶¹ Per il giudice europeo, insomma, «non contrasta con la Convenzione, anzi, è espressamente prevista l'emissione di un provvedimento che comporta l'instaurazione di una custodia dell'imputato avente come unica premessa una valutazione provvisoria sulla fondatezza dell'ipotesi accusatoria» (così, E. MARZADURI, *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016, p. 177).

⁶² Alle quali la Corte EDU, maggiormente attenta al profilo dinamico, ha giustapposto il pericolo istruttorio nella forma di rischio per l'amministrazione della giustizia, sebbene riconoscendogli un peso giustificativo solo dopo il primo periodo di detenzione; sul punto v. M. GIALUZ, sub *art. 5*, in S. BARTOLE-P. DE SIENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, p. 154.

⁶³ Stante la previsione di cui all'art. 53 CEDU secondo cui «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente [...]».

⁶⁴ Tanto da costituire nozione manualistica; v. P. TONINI, *op. loc. cit.*; cfr. L. PASTORELLI, *I gravi indizi, le valutazioni del giudice e l'ordinanza custodiale*, in AA.VV., *La carcerazione preventiva*, Giuffrè, 2012, p. 44 (da cui la cit.); in giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 29 gennaio 2016, in *CED Cass.*, rv. 266392; di recente, però, è da segnalare il ribaltamento di prospettiva operato da Cass., Sez. III, 23 ottobre 2019, n. 5925, in *Banca dati Pluris, Mass. red.*, 2020, ove si statuisce che «quando il giudice accerta la insussistenza delle esigenze cautelari e, dunque, la mancanza della causa tipica del

quando le esigenze cautelari sono sottratte *ex lege* alla previsione soggettiva del giudice e sorge la necessità di assicurare che almeno la valutazione in ordine al *fumus commissi delicti* vada esente da errori.

Quest'ultima preoccupazione, afferente alla «valorizzazione qualitativa della base gnoseologica della cautela»⁶⁵, è stata perlopiù indotta dal grado di invasività che la restrizione può raggiungere in alcune sue forme (le misure custodiali)⁶⁶ e dai canoni di concretezza e attualità del pericolo da pronosticare. Ma ancor più rispetto al nostro discorso si imporrebbe un *fumus* più 'odoroso', per «circoscrivere l'operatività [dei] meccanismi presuntivi che entrano in funzione in presenza di gravi indizi di colpevolezza», ovvero evitare che l'individuo venga sottoposto ad una privazione di libertà sulla base di un addebito non realmente valevole a includere il fatto in uno dei regimi speciali di cui all'art. 275, comma 3 c.p.p.⁶⁷.

Senonché, sussistono valide ragioni per dubitare, già normalmente che «un incisivo giudizio prognostico [...] prossimo a un giudizio di colpevolezza»⁶⁸ assicuri sufficiente tutela contro trattamenti cautelari *ingiustificati*. Tra queste, si annoverano l'irriducibile eterodossia strutturale delle cautele⁶⁹, la perdurante scarsa reattività delle garanzie costituzionali⁷⁰ e l'ampio margine di manovra concesso al

provvedimento richiesto dal P.M., non è astrattamente tenuto a pronunciarsi sui gravi indizi di colpevolezza, quand'anche dovesse ritenere la sussistenza».

⁶⁵ In questi termini, C. BONZANO, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in G. M. BACCARI-K. LA REGINA-E.M. MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Cedam, 2015, p. 445.

⁶⁶ E che può risultare più sopportabile «laddove fosse assicurato che la restrizione della libertà personale *ante iudicium* consegua ad un accertamento non meno rigoroso, sotto il profilo epistemologico, di quello che caratterizza il giudizio di merito»; C. TONINELLI, *L'«autonoma valutazione» nella motivazione delle ordinanze di libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 12, p. 1536.

⁶⁷ Il rilievo è di A. LUZIO, *Itinerari problematici in materia di prova e custodia cautelare*, in L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Incontri ravvicinati con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, Giappichelli, 2014, p. 92; cfr. *amplius* F. CENTORAME, *Valutazione del fumus commissi delicti e ingiusta detenzione cautelare: prevenire è (sempre) meglio che curare?*, in L. LUPÀRIA -L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Errori giudiziari e background processuale*, Giappichelli, 2017, sp. pp. 9 ss.

⁶⁸ Corte cost., sent. 25 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1139.

⁶⁹ V. F. ZACCHE', *Criterio di necessità e misure cautelari*, Giuffrè, 2018, p. 73, nn. 32 ss.

⁷⁰ Riflette su questo aspetto, a proposito della presunzione d'innocenza, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 16, mentre già in Corte cost., sent. 23 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. cost.*, 1980, 1, p. 9, si legge il riferimento all'esigenza di «ridurre al minimo il rischio che l'anticipato sacrificio della libertà dell'imputato si riveli ingiustificato, vulnerando la presunzione di non colpevolezza nel suo contenuto sostanziale»; non si dimentichi, inoltre, l'assenza di contraddittorio, posto che «la richiesta di applicazione di una misura cautelare interviene normalmente in un momento in cui il contraddittorio è del tutto assente, ed è spesso anzi il momento culminante di una fase di indagine

P.M.⁷¹. L'elenco potrebbe continuare ma, paradossalmente, pare essere proprio la sovrapposizione con il percorso logico-giuridico sotteso alla sequenza principale la maggiore perplessità, nel senso che eventuali valutazioni cautelari erranee potrebbero risultare assai meno percepibili agli occhi del giudice di merito⁷².

A tutto concedere, andrebbe infine rammentata l'idiosincrasia che il contesto in cui operano gli automatismi cautelari – perlomeno del tipo cd. quasi-obbligatorio, ossia quello dei processi di criminalità organizzata – manifesta nei confronti delle ordinarie metodiche probatorie, intese sia al cospetto dei principi di immediatezza ed oralità che sul piano del sostegno nomologico nell'accertamento del fatto tipico, laddove la partecipazione alla consorte può essere desunta *logicamente* da generalizzazioni di senso comune e massime di esperienza dotate (solo) di empirica plausibilità⁷³.

Un certo rigore deve quindi temperare l'entusiasmo di chi confida nella proiezione «a ritroso» della regola del ragionevole dubbio come contro-limite alla presunzione assoluta di stretta necessità⁷⁴. L'accertamento di fatti di mafia e terrorismo patisce troppe strumentalizzazioni, già in sede principale⁷⁵, perché si

caratterizzata da assoluta segretezza» (così, C. DE ROBBIO, *Il contraddittorio. Poteri e opportunità della difesa nel procedimento penale*, Giuffrè, 2018, p. 173).

⁷¹ Che resta incensurabile qualora sfoci nell'accanimento persecutorio, tanto nella forma dell'iperqualificazione, quanto in quella dell'imputazione temeraria, come ricorda G. FIORELLI, *L'imputazione latente*, cit., pp. 170-175; senza contare la posizione di sudditanza che, sull'addebito così formulato, il giudice si trova a subire, costretto dalla (funzione presuntiva della) normazione processuale per *cataloghi di reati*, che trasferisce il controllo del procedimento all'organo dell'accusa (in questi termini, A. NAPPI, *Il codice dei cataloghi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 9 novembre 2016, p. 8; cfr. A. MARANDOLA, *L'imperfetto ruolo del giudice cautelare nella fase di applicazione della misura sulla libertà personale*, in *Par. dif.*, 2017, 3, p. 353).

⁷² F. CENTORAME, *op. ult. cit.*, pp. 16-18; anche D. VIGONI, *Giudizi prognostici e ragionevole dubbio*, in A. INCAMPO-A. SCALFATI (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Cacucci Editore, 2017, p. 391, non esclude che l'aggancio della *b.i.r.d. rule* al segmento *de liberate* possa degenerare da garanzia trattamentale in pregiudizio, per quanto il timore – a detta della A. – dovrebbe dirsi scongiurato dalla natura sommaria della cognizione.

⁷³ Precisamente, da comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", dall'affiliazione rituale, dall'investitura della qualifica di "uomo d'onore" e da molteplici, significativi, *facta concludentia*, idonei a dimostrare la costante permanenza del vincolo: v. Cass., SS.UU., 12 luglio 2005, n. 33748, in *CED Cass.*, rv. 231670; cfr., da ultima, Cass., Sez. VI, 25 maggio 2018, n. 38504, in *Guid. dir.*, 2018, 40, p. 78. Sulle massime d'esperienza *in sedes materiae*, v. A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, Cedam, 2017, pp. 153 ss.

⁷⁴ Di contrario avviso è invece M. INGENITO, *Le presunzioni cautelari*, cit., p. 124; cfr. D. VIGONI, *Giudizi prognostici*, cit., sp. p. 391.

⁷⁵ Riflette sulle scappatoie concettuali volte a «riscontrare la mafiosità di un'associazione prima ancora della estrinsecazione delle sue attività onde evitare di vanificare i risultati ottenuti dall'a.g. sul

possa impedire al 'giudice delle libertà' di sentirsi in potere di «riscontrare artificiosamente la presenza dei gravi indizi [...] al solo fine di applicare il più severo regime cautelare»⁷⁶.

Infatti, altrettanto noto è che, spesso, si giunge all'applicazione delle misure cautelari «sulla sola base di dichiarazioni e intercettazioni non riscontrate, o comunque incapaci di dar compiutamente conto della posizione ricoperta dal ricorrente nell'organizzazione, nonché delle sue presunte condotte criminose»⁷⁷. Solo in tempi recenti, e a fatica, si è consolidato quell'indirizzo che al problema postosi sul se le chiamate in correità potessero assistere (quando non fondare in via esclusiva) il quadro probatorio dei procedimenti *de liberate* contro gli accusati di mafia, risponde affermativamente, purché venga esperito un attento vaglio in ordine alla sussistenza dei riscontri intrinseci e, soprattutto, estrinseci⁷⁸. Nondimeno, bisogna dare atto della pervicacia dei giudici nel ribadire che il carattere individualizzante dei riscontri estrinseci alle chiamate in correità *ex art. 416-bis c.p.* è richiesto «a differenza di quanto può ammettersi ai fini dell'adozione di misure cautelari»⁷⁹, forse che ragioni legate alle difficoltà che contraddistinguono la ricerca di conferme in contesti chiusi e omertosi, possono consentire quel salto logico col quale il ruolo rivestito nell'organizzazione di presunta appartenenza si attesta semplicemente appiattendosi sulle dichiarazioni di chi 'denuncia' la vicinanza alla stessa da parte dell'indagato⁸⁰.

piano investigativo», G. AMARELLI, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, 2018, 4, da cui la cit. (p. 962); v. pure P. MAGGIO, *Le costanti processualpenalistiche nel contrasto al terrorismo e alla mafia*, in *www.discrimen.it*, 12 giugno 2019, pp. 29 ss. Per una disamina sul cd. doppio binario, si rinvia a A. SCAGLIONE, *Il processo per fatti di mafia oggi*, in *Giust. pen.*, 2019, 10, pp. 554 ss., che lo reputa un regime in linea di massima condivisibile.

⁷⁶ Avverte su tale rischio M. DANIELE, *Habeas corpus*, cit., p. 112.

⁷⁷ L'affermazione è di E. STURBA, *Materiali indiziari e motivazione nelle decisioni de libertate*, in *Arch. pen. (Rivista web)*, 2014, 1, p. 8.

⁷⁸ V. Cass., Sez. III, 27 febbraio 2016, n. 39534 con nota di V. CONSIGLI, *La valutazione dei gravi indizi di colpevolezza sulla base delle dichiarazioni dei collaboranti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 4, pp. 500-507.

⁷⁹ Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2018, n. 45733, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, p. 238, corsivo agg.

⁸⁰ In questi termini, R.A. RUGGIERO, *I riscontri alla chiamata di correo nel reato di associazione di stampo mafioso*, in *Cass. pen.*, 2012, 9, pp. 3103-31.

4. Automatismi *no limits*: brevi note sui sequestri penali

Già nella tecnica redazionale impiegata nel comporre la disciplina (artt. 321-325 c.p.p.), emerge l'intento di affrancare il sequestro preventivo dalla cornice normativa delle cautele personali⁸¹. Si osserva, in proposito, che la mancata esplicitazione delle condizioni generali di applicabilità previste per queste ultime conduce a disconoscere l'estensione *tout court* nell'ambito del Titolo II, Libro IV del Codice⁸².

Alla base di un tale *horror vacui* v'è, però, una ragione più profonda. Le misure patrimoniali penali condividono con gli omologhi dispositivi *praeter delictum* un disegno di riconversione della profilassi etico-sociale in profilassi etico-economica: prima ancora della cosa, colpire il soggetto in grado di inquinare con essa il libero mercato, apponendovi un vincolo per sottrarla alla criminalità⁸³.

Quanto detto trova conferma nel parallelismo che può idealmente tracciarsi tra la tesi per cui «la giustificazione della misura [il sequestro] deriva dalla pericolosità sociale della cosa e non dalla colpevolezza di colui che ne abbia la disponibilità»⁸⁴ e la (parziale) dissociazione temporale tra fattispecie di pericolosità e acquisto del bene ai

⁸¹ Oltre a quanto appreso si dirà, la lacuna coinvolge anche l'apparato giustificativo del provvedimento di sequestro preventivo, sia esso tipico (o impeditivo, *ex art. 321, co. 1 c.p.p.*, pur con le aperture evidenziate da L. PRESSACCO, *La motivazione del decreto che dispone il sequestro "impeditivo"*, in *Ind. Pen.*, 2016, 2, pp. 569 ss.) che atipico (funzionale alla confisca, *ex art. 321, co. 2 c.p.p.*; v. G. CANESCHI, *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 1, p. 13).

⁸² Cfr. Corte cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. it.*, 1995, p. 20, ove statuisce che «[...] nel dettare la disciplina delle misure cautelari reali, il nuovo codice di rito ha omissso, 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.». Dissente, ritenendo una superfetazione ripetere l'art. 273 c.p.p. nel contesto *de quo*, C. MORSELLI, *Le Sezioni Unite riaffermano il modello dell'appello cautelare incondizionato avverso il sequestro preventivo, senza effetti preclusivi per omissso riesame*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 3, p. 689; tra i primi commenti sulla evidenziata lacuna, v. S. CHIARLONI, *Nuovo processo penale e vecchio ordinamento giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 689.

⁸³ Nella vasta letteratura, v. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1270; A.M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, pp. 559 ss.; C. CUPELLI-G. DE SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in M. MONTAGNA (a cura di), *Sequestro e confisca*, Giappichelli, 2017, pp. 113 ss.

⁸⁴ Così, Cass., Sez. III, 13 febbraio 2002, n. 11290, in *CED Cass.*, rv. 221268; cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 05 dicembre 2017, n. 273 (non massimata), in *Banca Dati DeJure*.

fini della sua ablazione *preater delictum*⁸⁵: in entrambi i casi, ci si ostina a rivolgere il predicato (la pericolosità) non al rapporto reo-*res*, bensì al secondo elemento, che invece va considerato almeno nella sua strumentalità ad aggravare o protrarre le conseguenze del reato addebitato⁸⁶.

Una colpevole dimenticanza dietro la quale si staglia, e neanche velatamente, la discutibile filosofia del ‘punire senza accertare’, tanto introitata dalla disciplina delle limitazioni preventive della libertà (anche patrimoniale)⁸⁷, quanto sbandierata in quella del sequestro cautelare. Si è deciso anche per esso di «percorrere una scorciatoia sul piano dei requisiti richiesti per la sua applicazione» e «perdere di vista quello che esso è in realtà: l’anticipazione, particolarmente penetrante ed incisiva, degli effetti di una punizione». L’osservazione è stata avanzata da recente dottrina rispetto ad entrambe le ipotesi di cui all’art. 321 c.p.p.⁸⁸, e trova conforto nella struttura della prognosi di pericolosità, ancorata al mero nesso pertinenziale del bene al supposto reato (art. 321, co. 1 c.p.p.)⁸⁹, se non addirittura evitata in tronco (co. 2,

⁸⁵ Si allude a Cass., Sez. II, 13 marzo 2018, n.14165, in *www.ilpenalista.it*, 7 maggio 2018, temperante la regola della confiscabilità dei soli beni acquistati al tempo cui risalgono gli indizi di attività delittuose con quella della “ragionevolezza” cronologica, intesa come non eccessiva distanza temporale dell’acquisto da quell’arco temporale; cfr. D. ALBANESE, *Confisca di prevenzione: smussato il requisito della ‘correlazione temporale’*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 aprile 2018.

⁸⁶ Quasi testualmente, F. PORCU, *Variazioni cromatiche del fumus commissi delicti nel sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1, p. 1351, con riguardo al co. 1 dell’art. 321 c.p.p.; cfr. Corte cost., sent. 30 settembre 1996, n. 335, in *Cass. pen.*, 1997, p. 334, che aveva statuito come «la pericolosità del bene, per così dire, è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre».

⁸⁷ Imposte alla stregua di «norme para-incriminatrici [che] si sostituiscono a quelle penali, producendo lo stesso effetto punitivo senza che sia necessario accertare fatto e responsabilità» (così, M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015, p.); E. BANDIERA, *Osservazioni in ordine all’accertamento probatorio nelle ipotesi di confisca*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 maggio 2018, sp. pp. 54 ss., osserva che, pur nelle differenti tipologie di confisca (di prevenzione e non), «non sfugge che le singole ipotesi non sono monadi, ma, al contrario, esse concorrono fra loro in una ottica di maggior efficienza ed efficacia della risposta ablativa [...] raggiunta però in nome di una semplificazione probatoria ottenuta “costi quel che costi”, sacrificando l’accertamento e, con questo, la conoscenza dei fatti».

⁸⁸ A. DIDDI, *Il sequestro a fini di confisca*, in M. MONTAGNA (a cura di), *Confisca e sequestri*, cit., p. 190 (da cui il precedente virgolettato nel testo).

⁸⁹ Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2017, n. 5845; Sez. III, 19 novembre 2014, n. 47686; Sez. VI, 10 settembre 2009, n. 35161; Sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 5302, in *CED Cass.*, n. 227096; di recente, v. però Cass., Sez. VI, 7 novembre 2018, n. 56446, in *CED Cass.*, rv. 274778, circa i necessari requisiti di attualità e concretezza del pericolo di utilizzazione del bene.

cioè assorbita nella valutazione legislativa in ordine alla confiscabilità della cosa; v. *infra*).

Ora, v'è un profilo di questo “acconto” sulla futura pena pecuniaria⁹⁰ che riporta prepotentemente al tema d'indagine, e cioè il fatto che con la peculiare grammatica probatoria appena esaminata il Legislatore è riuscito lì dove aveva fallito con la cd. cattura obbligatoria, ossia rodare meccanismi di semplificazione della fattispecie cautelare al livello del *fumus delicti*, inferendolo dalla sussumibilità del fatto nell'ipotesi di reato e contentandosi della compatibilità tra l'addebito formulato dal P.M. e il compendio normativo di riferimento⁹¹.

L'indirizzo è stato caldeggiato più volte dal supremo consesso nomofilattico⁹² e rimane maggioritario⁹³, a dispetto delle riserve in dottrina⁹⁴ e di qualche timida

⁹⁰ In questo senso, F. MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale “classico” e diritto penale “moderno”*, in A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, 2011, p. 238.

⁹¹ Coglie bene il punto Cass., Sez. VI, 24 settembre 2008, 36710, in *CED. Cass.*, rv. 241511, quando afferma che «Il tendenziale automatismo valutativo legato alla verifica dell'altra condizione del *periculum in mora* (la confiscabilità della cosa contiene in sé anche la valutazione circa la pericolosità) dovrebbe portare ad una maggiore sensibilità nell'accertamento» del *fumus delicti*; per F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità*, cit., p. 231, invece, è la «simulazione di reato in punto di *fumus* della cautela [che] riesce perfino a far apparire, tutto sommato, plausibile il *periculum*, scaturibile dal nesso pertinenziale tra fatto illecito e bene sequestrabile».

⁹² Sulle condizioni generali di applicabilità per il sequestro preventivo, v. Cass., SS.UU, 23 aprile 1993, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 1969 ss., con nota di R. MENDOZA, *L'incidenza dei vincoli paesistici su opere in corso alla data del 7 settembre 1985 che abbiano alterato lo stato dei luoghi*; Id., 20 novembre 1996 n. 23, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1677, ove si specifica che l'accertamento del *fumus delicti*, «va compiuto sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati [...] che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica»; Cass., SS. UU, 23 febbraio 2000, n. 7, in *Cass. pen.*, 2000, p. 225; Id., 19 gennaio 2004, n. 920, in *Cass. pen.*, 2004, p. 354; Id., 28 marzo 2013, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4338; Id., 31 marzo 2016, n. 18954, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3140 ss.

⁹³ Cass., Sez. I, 30 gennaio 2018, n. 18491; Sez., II, 29 aprile 2014, n. 22207, in *CED Cass.*, rv. 259758; Sez. VI, 14 novembre 2013, n. 45908, *ivi*, rv. 257383; Sez. II, 7 giugno 2006, n. 22066, in *Dir giust.*, 2006, 28, p. 48.

⁹⁴ Per una lettura di raccordo con l'art. 273 c.p.p. v., *ex multis*, P. GUALTIERI, *Fumus e ricorso per cassazione nel sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1713-1715; G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 gennaio 2018, pp. 8-9; si assestano invece sulla posizione tradizionale, con varietà di accenti, M. BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Giuffrè, 1999, p. 22; N. GALANTINI, sub *art. 321*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Giuffrè, 1990, pp. 270 ss.; F. LATTANZI, *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 355.

battuta d'arresto⁹⁵. Aperture, quest'ultime, che varrebbe trasporre nel sequestro strumentale alla confisca, stante la proiezione sui profili soggettivi dell'illecito (in modo non dissimile da quanto esige la formula dell'art. 273 c.p.p.) connaturata all'esigenza di privare del provento delittuoso il colpevole, e non anche la persona estranea al reato, come per la *species* di cui all'art. 321, co. 1⁹⁶. Eppure, a leggere i repertori sul punto, non risulta affatto ossidata la descritta esegesi sulla superfluità del sostegno indiziario⁹⁷, anzi va rinforzandosi quando si tratti di ben più particolari tipologie di 'vincoli destinati', con i relativi prodromi processuali destinati inevitabilmente a farne da manifestazioni allotropiche⁹⁸.

Così, nell'anticipare la confisca per equivalente, scevra di qualsiasi legame pertinenziale con il reato⁹⁹, non si è negata l'emancipazione dall'art. 273 c.p.p. del *fumus* richiesto per il sequestro¹⁰⁰ e, analogamente, non si è potuta evitare

⁹⁵ Beninteso, non tale da revocare in dubbio l'inapplicabilità dell'art. 273 c.p.p.: cfr. Cass., Sez. V, 11 dicembre 2019, n. 3722, in *CED Cass.*, rv. 278152; Sez. VI, 21 giugno 2012, n. 35786, in *CED. Cass.*, rv. 254394; Sez. III, 20 maggio 2010, n. 27715, *ivi*, rv. 248134; Sez. V, 15 luglio 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3887; Sez. IV, 29 gennaio 2007, *ivi*, 2008, p. 1144; per un approccio più garantista, v. invece Cass., Sez. V, 12 giugno 2018, n. 38917, in *For. it.*, 2018, 12, II, p. 715; Sez. III, 27 maggio 2015, n. 9224.

⁹⁶ Cfr. G. CANESCHI, *La valutazione della gravità indiziaria*, cit., p. 13; M. CERESA-GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439 ss.; M. RAMPIONI, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza "confini"*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 5, pp. 1322 ss.

⁹⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887, in *Cass., pen.*, 2016, p. 1167; Cass., Sez. V, 18 dicembre 2008, n. 46321, in *Proc. pen. giust.*, p. 994; conclusione scontata, poi, l'ultroneità della prognosi di pericolosità, implicita nella valutazione sulla confiscabilità e, dunque, «operata *ex lege*, per così dire oggettivamente, dalla legge, senza margini per una diversa valutazione» (così, R. BAUSARDO, *Misure cautelari reali*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Utet, 1996, p. 311); in giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 11 dicembre 2019, n. 10392, in *Amb. Svil.*, 2020, 5, p. 420; Sez. V, 14 dicembre 2018, n. 6562, in *Banca dati Dejure, Mass. red.*, 2019; Id. 17 settembre 2014, n. 47684; per un recente ripensamento, v. Cass., Sez. V, 10 novembre 2017, n. 2308, in *CED Cass.*, rv. 271999, circa il dovere del giudice di «escludere qualsiasi automatismo che colleghi la pericolosità alla mera confiscabilità del bene oggetto di confisca [facoltativa]».

⁹⁸ Nota M. RAMPIONI, *op. cit.*, p. 1323, che «complici anche le mutazioni subite dall'istituto della confisca negli ultimi anni», non risultano apprestate sufficienti garanzie per chi viene raggiunto dalla misura sequestrativa.

⁹⁹ V. E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Giappichelli, 2012, passim; A. MACCHIA, sub *art. 322 ter c.p.*, in T. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, 2018, pp. 735 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., Sez. II, 4 aprile 2018, n. 25979, in *Guid. dir.*, 2018, 31, p. 78; Sez. III., 12 dicembre 2017, n. 14044, in *Banca dati Pluris, Mass. red.*, 2018; Id. 4 giugno 2014, n. 37851, in *CED Cass.*

un'automatizzazione del *periculum*¹⁰¹. Invero, è soprattutto questo secondo profilo ad aver attirato le attenzioni degli interpreti, sottolineando che, elisa nel suo collegamento alla persona come in tutte le cautele reali, la pericolosità viene qui ad incorporarsi non già in una *res illicita*, bensì nel suo *tantundem* e, così 'monetizzata'¹⁰², null'altro residua che un *quid* aggredibile fuori da ogni logica di proporzionalità e gradualità¹⁰³, rendendo tra loro pienamente fungibili misure che andrebbero considerate sussidiarie¹⁰⁴. Ad ogni modo, non possono sottacersi le conseguenze che derivano alla valutazione degli indizi di colpevolezza da una così «aberrante»¹⁰⁵ prassi applicativa, ove manca il nesso di derivazione tra l'equivalente appreso e il reato, finendo per svilire il principio di stretta legalità del contenuto dei provvedimenti cautelari¹⁰⁶ e abbracciando apertamente una logica sanzionatoria¹⁰⁷.

¹⁰¹ Rilevando unicamente la corrispondenza tra il valore dei beni attinti (in via surrogatoria a quelli dei quali non sia possibile *ad horas* l'apprensione) ed il profitto/prezzo dell'illecito ipotizzato: Cass., Sez. II, 26 giugno 2014, n. 31229 in *CED Cass.*, rv. 260367; Sez. VI, 5 giugno 2007, n. 31692, in *Guid. dir.*, 2007, p. 78; Sez. II, 20 dicembre 2006, n. 10838, in *Foro it.*, 2007, II, p. 265; per una panoramica, v. A. BASSI, *I sequestri preventivi a fini di confisca*, in T. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, cit., pp. 1187-1190.

¹⁰² Sulla scorta di «parametri di giudizio di pura contabilità economica», come scrive F. CENTORAME, «*Certa, liquida ed esigibile*»: sulla giustizia penale «monetizzata», in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1, p. 130.

¹⁰³ Principi che pure stentano a trovare un riconoscimento in questa sede: il primo, nel caso di sequestro per equivalente, rinviene «il suo limite nell'ipotesi in cui il bene sequestrato sia indivisibile e sia l'unico appartenente all'indagato» (Cass., Sez. II, 7 luglio 2017, n. 33090, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, pp. 1981-1985); sul secondo, più in generale, pesa il fatto che qui «non ricorre la necessità di scegliere tra diverse misure possibili come in materia di misure cautelari personali» (Cass., Sez. III, 16 gennaio 2007, n. 16818 in *Giust. pen.*, 2008, c. 222); v. D. POTETTI, *Limiti, proporzionalità e adeguatezza del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2020, 3, pp. 1181 ss.

¹⁰⁴ È accaduto in Cass., Sez. II, 3 luglio 2018, n. 29923, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 9, pp. 1191-1193, con nota di F. PORCU, *Sequestro preventivo funzionale alla confisca e conti correnti bancari: la commixtio nummorum che disorienta la Cassazione*; l'A. critica la decisione di sequestrare anche le somme depositande fino a concorrenza del profitto dell'illecito, leggendovi «una palese "frode delle etichette" per cui la confisca di valore (non ammessa in tali ipotesi), viene surrettiziamente applicata sotto le mentite spoglie della confisca diretta (con evidente violazione del principio di legalità e tassatività che, in virtù dell'art. 25 Cost., regola la materia)».

¹⁰⁵ Così, F. TAFI, *Brevi note sui presupposti del sequestro preventivo*, in *Cass., pen.*, 1991, p. 285, nt. 91.

¹⁰⁶ Cfr. F. VERGINE-V. MAZZOTTA, *La cautela reale e le situazioni di urgenza: compressione di diritti e rimedi*, in F. ALICINO-A. BARONE-R. MARTINO (a cura di), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Giuffrè, 2017, p. 538, ove si annota che la misura «può ricadere su qualsiasi bene che il giudice potrà scegliere discrezionalmente tra quelli facenti parte del patrimonio del reo, con il solo vincolo della stima che dovrà coincidere con il *quantum* del bene originario»; per A. DIDDI, *Il sequestro*, cit., p. 196, basterebbe ragionare sulla «elevata probabilità di

Ma tant'è. Del resto, già con l'introduzione della confisca cd. allargata di cui all'art. 12-*sexies*, D.L. 8 giugno 1992, n. 306 si era avvertito che la dissoluzione del legame di pertinenzialità avrebbe avuto effetti nefasti sulla originaria configurazione degli strumenti ablativi¹⁰⁸. Suscettibile di colpire tutti i beni di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica del soggetto e dei quali non sia giustificata la lecita provenienza¹⁰⁹, questa moderna forma di *adprehensio* presenta vistose torsioni con i canoni costituzionali (nonostante le recenti rassicurazioni della Consulta¹¹⁰) destinate però ad accrescersi se la si cala nelle battute che precedono l'accertamento di reità. In tal caso, il «sapore tipicamente prevenzionale» della misura, disposta *sic et simpliciter* in presenza di uno squilibrio non giustificato tra reddito e patrimonio¹¹¹, non potrebbe più stemperarsi con il dato della condanna¹¹², così proiettando il procedimento incidentale oltre il displuvio tra indizi e sospetti, per approdare alla zona franca della finzione giuridica. Infatti, la cifra distintiva della *praesumptio* sta tutta nella sua razionalità siccome derivante da dati storici ad alta rilevanza induttiva, diversi ovviamente da quelli che possono trarsi dal mero *status*

una ineseguibilità *in executivis* della misura definitiva», per dare una parvenza di concretezza al presupposto applicativo in discorso.

¹⁰⁷ Su questa linea, tra gli altri, A. SCALFATI, *Sequestro preventivo e confisca*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Giuffrè, 2016, p. 31; P. GUALTERI, *Il sequestro preventivo tra carenze normative e (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 2, p. 148.

¹⁰⁸ In questi termini, G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca*, cit., p. 5; l'osservazione è vieppiù fondata quando la struttura è quella della confisca allargata *in forma equivalente* (art. 12-*sexies*, co. 2-*ter*, ora art. 240-*bis*, co. 2 c.p.), a ragione tacciata di «bassissimo standard di legalità» (così, A. SCALFATI, *Sequestro e confisca*, cit., p. 28).

¹⁰⁹ La disposizione è stata quasi integralmente abrogata e trasfusa nell'art. 240-*bis* c.p., introdotto ex art. 6, D. Lgs. 01 marzo 2018, n. 21, recante *"Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103"*, in *Gazz. Uff.*, 22 marzo 2018, n. 68. Per un inquadramento dell'istituto, v. A. BARAZZETTA, *La confisca allargata*, in T. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, cit., pp. 1009 ss.; F.P. LASALVIA, *Brevi riflessioni sulle "confische moderne"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12 febbraio 2020.

¹¹⁰ Si allude a Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 33, in www.giurcost.org, per un commento alla quale v. S. MILONE, *La confisca allargata al banco di prova della ragionevolezza e della presunzione di innocenza*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1° giugno 2018.

¹¹¹ V. l'ampia disamina di D. GUIDI, *Presunzioni e automatismi nella confisca "per sproporzione" di cui all'art. 240-bis c.p.*, in www.discrimen.it, 19 dicembre 2019; A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2726, da cui il virgolettato nel testo.

¹¹² Donde desumere, per dirla con la Consulta, «che il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone» (così, Corte cost., 21 febbraio 2018, cit., § 6).

di indagato. Invece proprio esso fungerebbe, nel sequestro preventivo alla confisca per equivalente, da «espedito per aggredire qualsiasi cespite patrimoniale *come se* non vi fosse soluzione di continuità tra l'attuale condotta criminosa ipotizzata e i redditi pregressi»¹¹³. In altri termini, il profilo di 'irrealità' starebbe nel basare il ragionamento post-gnostico tipico di questa forma di ablazione¹¹⁴ sulle sole caratteristiche della *notitia criminis* (*i.e.* sugli indizi), anziché su di un accertamento di reità.

Simili esperimenti di contaminazione dogmatica potrebbero apparire fantascientifici a chi volesse trincerarsi dietro l'assenza di un riscontro normativo, quantomeno giurisprudenziale. Eppure, basta volgere lo sguardo ai rapporti tra presunzioni tributarie e processo penale per ricredersi.

Ormai da anni è acclarata, presso il diritto vivente, l'esistenza di una inquietante simbiosi tale da consentire alle prime (se non già di fornire piena prova della commissione dell'illecito) di giustificare l'applicazione delle cautele reali nell'ambito del secondo, concretandone *ex se* il requisito del *fumus delicti*¹¹⁵. Il vasto panorama offerto dagli illeciti fiscali, invero, offre quale prima immagine proprio quella di un processo penale che ribadisce la propria autonomia, fermo nella convinzione di una superiorità gnoseologica radicalmente refrattaria a muoversi nel 'cono d'ombra' di ragionamenti non rigidamente concludenti¹¹⁶. A ben vedere, però,

¹¹³ La felice intuizione è ripresa, quasi testualmente, da F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità*, cit., p. 245. A ben vedere, un tratto di irrazionalità (*i.e.* finzione) emerge dalla stessa presunzione *ex art. 240-bis c.p.*, «all'esito dell'addizione progressiva al catalogo dei delitti presupposto di fattispecie fortemente eterogenee sul piano dell'offesa e, almeno in parte, "distoniche" rispetto alla ratio della semplificazione probatoria» (S. MILONE, *op. cit.*, p. 9).

¹¹⁴ Per chiarire, è utile richiamare V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *www.federalismi.it*, 28 marzo 2018, p. 9, secondo cui la valutazione sottesa all'applicazione della confisca per equivalente «non è intesa nel senso della prognosi di futura attività criminale (pericolo futuro derivante dall'uso dei beni), ma piuttosto nel senso della diagnosi di una passata attività criminale del reo (origine criminale del bene)».

¹¹⁵ Cfr. Cass., Sez. III, 8 aprile 2019, n. 24152, in *Fisco*, 27, p. 2680; Id., 15 marzo 2019, n. 36302, in *CED Cass.*, *rv.* 277553; 10 maggio 2018, n. 26274, *ivi*, *rv.* 273318; tra i molti contributi in dottrina v. M. PICOTTI, *Sulla rilevanza delle presunzioni tributarie nel procedimento cautelare reale e nell'accertamento del fatto di reato*, in *Giur. pen. Web*, 2019, 1.

¹¹⁶ V. Cass., Sez. III, 6 febbraio 2009, n. 5490: «ai fini dell'accertamento in sede penale, deve darsi prevalenza al dato fattuale reale rispetto ai criteri di natura meramente formale che caratterizzano l'ordinamento tributario». Coerentemente, si assiste ad un *self restraint* legislativo, nel senso di circoscrivere la valenza delle presunzioni tributarie, come ad es. avviene per quella inerente ai capitali detenuti in Stati non collaborativi (*c.d. black listed*) in violazione delle norme sul monitoraggio fiscale, *ex art. 12, comma 2, D.L. 78/2009*.

non è difficile scorgere in profondità commistioni sempre più frequenti, tanto da suggerire a qualcuno di demitizzare il modello puro del cd. doppio binario con l'immagine dei «vasi comunicanti»¹¹⁷.

In questa cornice, la tematica delle presunzioni va ad inquadrarsi con effetti di non poco momento. Se, infatti, se ne accredita la dignità giuridica *in criminalibus* a mezzo dei riscontri dell'art. 192 co. 2 c.p.p., allorché si versi nel giudizio di merito¹¹⁸ piuttosto che in quello cautelare reale, giusta l'inapplicabilità dell'art. 273 c.p.p.¹¹⁹, ne discendono due corollari ai fini della presente analisi.

Da un lato, sembra essersi chiarito il posto che (non) spetta al *fumus* nella scala gerarchica delle prove, facendolo coincidere con quello che solo nominalmente appartiene alla presunzione (tributaria) ma nella sostanza si colloca in un registro diverso¹²⁰, forse proprio quello della finzione, come sembra ventilare la giurisprudenza, ricordando che nel contesto in esame la presunzione fonda «sul meccanismo logico del “come se”»¹²¹. Dall'altro lato, e per conseguenza, è sancito senza mezzi termini che un *vero* accertamento del *fumus* passa attraverso i presupposti del procedimento *de libertate*, ragion per cui continuare a sostenerne l'inoperatività nella materia *de qua* appare frutto di una scelta a maggior ragione opinabile¹²².

¹¹⁷ Così, M. Busetto, *Utilizzabilità delle prove tributarie nell'ambito del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28 marzo 2020, *passim*; più in generale sull'argomento, v. pure S. Dorigo, *La rilevanza del diritto tributario nel processo penale concernente illeciti fiscali*, in *Giur. pen. Web*, 2017, 7-8; F. Comelli, *La circolazione del materiale probatorio dal procedimento e dal processo penale al processo tributario e l'autonomia decisoria del giudice*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, 5, pp. 2032 ss.

¹¹⁸ Cioè, se sono confortate da ulteriori elementi acquisiti in sede penale, come ad esempio statuito in ordine all'accertamento cd. induttivo a fronte d'una irregolare tenuta della contabilità: Cass., Sez. , 9 aprile 2014, n. 24319; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2007, in *CED. Cass.*, rv. 238825.

¹¹⁹ Cass., Sez. III, 23 giugno 2015 n. 30890, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 395; Id., 14 maggio 2014, n. 39460, in *Quot. giur.*, 2014, con nota di S. Crimi, *Le presunzioni legali previste dalle norme tributarie possono fondare una misura cautelare reale*; Id., 13 febbraio 2013, n. 7078, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 5, pp. 36 ss., con nota critica di Biscardi, *Profili critici del sequestro “per equivalente” nel procedimento penale tributario*.

¹²⁰ A motivo della scarsa consistenza sovente caratterizzate l'accertamento fiscale; cfr. A. Perrone, *Fatto fiscale e fatto penale: parallelismi e convergenze*, Cacucci, 2012, pp. 212 ss.; scrive, così, M. Bontempelli, *Presunzioni legali tributarie e indizi di reato, nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 2014, 5, p. 1236, che «nella prospettiva della valutazione probatoria, le presunzioni legali tributarie sfuggono a un inquadramento nella categoria dell'indizio».

¹²¹ Così, Cass., Sez. III, 08 aprile 2019, n. 24152, in *Dir. giust.*, 2019, 99, p. 4; sulla logica del “come se” quale figura chiave della dottrina finzionalistica v. Y. Thomas, *Fictio legis* [2011], trad. it. a cura di M. Spanò, Quodlibet, 2016.

¹²² Sia consentito rilevare, per inciso, che la giurisprudenza ritiene i canoni di cui all'art. 192 c.p.p. non necessari per utilizzare in sede cautelare-reale le presunzioni tributarie a motivo del mancato

5. Conclusioni

Il discorso fin qui condotto, volendone riannodare le fila, consente di focalizzare con più attenzione il requisito del *fumus commissi delicti* e le implicazioni sistematiche che ne discendono. Esso rappresenta la pietra d'angolo della denotazione cautelare della fattispecie, che va attentamente posizionata per non incrinare la struttura della fase fuori da quella logica di stretta incidentalità che dovrebbe esserne l'unica *ratio* ispiratrice¹²³.

Sotteraneamente, il tema è quello degli automatismi «che esonerano l'organo giudicante dall'accertare la concreta sussistenza dei requisiti cautelari»¹²⁴ ed in risposta ai quali, nell'ambito delle misure personali, proprio la valutazione indiziaria ha svolto un ruolo centrale per evitare uno scadimento qualitativo (*i.e.* prevenzionale) della restrizione analibertaria. Tuttavia, a parte la scarsa incidenza sulla prassi¹²⁵, il suo irrobustimento ha condotto nell'eccesso opposto, appesantendone la connotazione 'dibattimentale' e, così, dando luogo ad «un giudizio assertorio di [provvisoria] conclusione probatoria»¹²⁶ che, se per un canto pragmatizza l'applicazione dell'art. 27, co. 2 Cost., per altro ne è l'esatta antifrasi¹²⁷.

rinvio all'art. 273 c.p.p., il che presupporrebbe risolto il dibattito sui rapporti tra le due norme (v. *retro*, § II) nel senso della loro equipollenza; diversamente – abbracciando la tesi per la quale la gravità indiziaria richiesta dalla seconda delle citate disposizioni è un *minus* di quella richiesta dalla prima – l'argomento esposto non sarebbe comunque dirimente, quand'anche ci si dovesse decidere ad uniformare i presupposti delle due tipologie di cautele.

¹²³ Scriveva G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, 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*» (corsivo agg.).

¹²⁴ Così, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 7, sia pure in riferimento al tema delle presunzioni di pericolosità *ex art.* 275, co. 3 c.p.p.

¹²⁵ Ove «la verifica dei presupposti cautelari è ancora molto condizionata da schemi presuntivi, influenzati da convinzioni di senso comune», come rileva P. BRONZO, *Le discriminazioni nel processo penale*, in *Crit. dir.*, 2017, 1, p. 191, a proposito della categoria degli immigrati e, principalmente, della prognosi di recidiva, non mancando però di rilevare un certo apriorismo anche sui gravi indizi di colpevolezza, questione risolta dall'arresto in flagranza.

¹²⁶ Così G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Giappichelli, 1993, pp. 76-77, nt. 96; sulla pervasività del giudizio *ex art.* 273 c.p.p., al punto da fuoriuscire dallo stereotipo della 'parentesi' di quello di merito, financo ad anticiparlo, cfr. F. CENTORAME, *Valutazione del fumus*, cit., pp. 16-19; per una interessante riflessione sui rapporti tra sequenza incidentale e principale v., da ultimo, E. GRISONICH, *L'ultimo tassello in materia di preclusioni cautelari: una possibile interferenza del procedimento incidentale su quello di merito*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 4, pp. 746 ss.

¹²⁷ Nel senso che, per quanto in teoria non vi sarebbe spazio «per ritenere colpevole colui che nessun giudice ha ancora dichiarato tale» (così, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 57), nella pratica non può precludersi l'operatività della presunzione d'innocenza e, nella specie,

Per le cautele reali, viceversa, l'assenza di una forte presa di posizione giurisprudenziale in ordine alla consistenza del *fumus* è segno inequivocabile dell'impellenza di preservare la specificità dell'accertamento criminale, prima ancora che del giudizio *de libertate*. La scelta di edulcorare il profilo personologico della pericolosità «in un'osmosi con la cosa»¹²⁸ ha finito per annebbiare la disamina sul relativo compendio probatorio in quell'indistinto con l'imputazione tipico del procedimento di prevenzione¹²⁹, a riprova di un assetto dei rapporti di forza con il rito penale che andrebbe corretto e ristabilito nel senso che, se dialogo deve esserci, è il primo a doversi flettere in senso garantistico, anche e soprattutto «là dove scompare il giudizio prognostico di pericolosità riferito alla persona»¹³⁰.

Senza tale consapevolezza di fondo, gli innumerevoli sforzi profusi nel senso di pretendere un riscontro in concreto del *fumus delicti* si risolvono in mere petizioni di principio, mai del tutto disancorate dal diffuso convincimento che le cautele (non solo reali) rientrano in quella «area della prevenzione realizzabile nell'ambito del procedimento penale, con istituti di natura processuale» i quali, perciò, ben sopportano scostamenti dalle regole probatorie e di giudizio ordinarie¹³¹. Non v'è da

constatarne la negazione, visto che essa «non può mai relazionarsi positivamente a una sentenza di condanna, ma soltanto negarne un'anticipazione» (così, F. ZACCHE', *Criterio di necessità*, cit., p. 73, nt. 133).

¹²⁸ L'immagine è di L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «Moderno»*, Cedam, 1997, p. 23.

¹²⁹ Si riporta quanto efficacemente illustrato da R. ORLANDI, *La 'fattispecie di pericolosità'. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2017, 2, p. 478, in nota: «Nel procedimento penale (e il discorso vale anche per il procedimento cautelare) siamo soliti distinguere una 'imputazione' (sia pur allo stadio di addebito preliminare) e la prova dei fatti descritti nell'imputazione stessa. [...] Nel procedimento di prevenzione, invece, i due piani si sovrappongono sin quasi praticamente a coincidere, col risultato che la difesa si trova costretta a contrastare non già un addebito, bensì l'inferenza tratta da status personali (l'essere stati condannati per qualche reato) o da dettagli di condotte di vita (il frequentare abitualmente ambienti etichettati come criminogeni; l'accompagnarsi con persone dedite al malaffare; l'esibire disponibilità di beni non giustificabile con i redditi ufficiali etc.) ai quali l'esperienza e la riflessione criminologica associano l'idea del pericolo da prevenire». In sede di cautele reali, allora, è corretto dire, con F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 557, che se è vero che «l'imputazione li presuppone [i gravi indizi]; durante le indagini preliminari bisogna valutarli».

¹³⁰ Così, M. MIRAGLIA, *L'evoluzione del procedimento di prevenzione alla luce delle recenti riforme: l'effettivo varo di un procedimento il "più giusto possibile" o un mero refitting di facciata?*, in *www.discrimen.it*, 28 febbraio 2020, p. 26.

¹³¹ Cfr. G. VICICONTE, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 367, secondo cui la nuova disciplina sul sequestro preventivo rappresenta, appunto, un allargamento di quell'area, giustificato dalla «obiettiva necessità di evitare il verificarsi di nuovi episodi criminosi, riconducibili per connessione al procedimento in corso, non

stupirsi, quindi, se in dottrina continua a denunciarsi la scarsa presa sulla materia in esame da parte sia del paradigma cautelare, sia del reticolato di garanzie *processuali* derivanti dalla carta costituzionale. Per un verso, cioè, il potere interinale è qui svincolato dal rapporto di strumentalità e accessorietà con la vicenda principale tramite la vanificazione dei requisiti di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p.¹³²; per altro verso, «la mancanza di coordinate normative sul suo trattamento [...] provoca un ingiustificato *gap* di garanzie davanti al quale la supplenza pretoria non soddisfa poiché allarga le maglie degli istituti ablativi al fine di legittimare il loro altissimo grado di afflittività»¹³³.

Per giunta, verrebbe da dire che, oltre al danno, la disciplina delle cautele reali riservi all'interprete (e non solo) anche una poderosa 'beffa'. Tutte le perplessità evidenziate spariscono semplicemente guardando alle 'misure' dei valori in gioco, certamente diverse, piuttosto che alla loro sostanza costituzionale, senza dubbio la stessa visto che «i diritti colpiti dal sequestro preventivo trascendono la portata economica per rientrare invece nello *ius humanum*» inteso come crogiuolo di libertà proprie della persona, in questo caso afferenti alla proprietà privata (art. 42 Cost.) e all'iniziativa economica¹³⁴. Ritenere graduabili fra loro l'invulnerabilità della libertà personale e la libera disponibilità dei beni «in funzione degli interessi collettivi che vengono ad essere coinvolti»¹³⁵, allora, non può che esporre l'attuale politica legislativa ad una duplice obiezione.

potendo che apparire paradossale lo svolgimento della funzione repressiva, senza che possano assicurarsi idonei meccanismi di prevenzione per evitare il pericolo di recidive»; più in generale, già A. GIARDA, *Le misure cautelari personali e reali*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990, p. 160, discorreva di quella cautelare come di «una manovra di prevenzione criminale all'interno del processo penale».

¹³² Cfr. A. SCALFATI, *Sequestro preventivo*, cit., pp. 25-26; M. RAMPIONI, *Il sequestro preventivo*, cit., sp. pp. 1327 ss., ribadendo che «attraverso l'utilizzazione dei gravi indizi di colpevolezza [...] potrebbero essere risolte molte criticità della materia. Innanzitutto, il sequestro assumerebbe le sembianze di una vera e propria misura cautelare».

¹³³ Così, F. VERGINE-V. MAZZOTTA, *La cautela reale*, cit., p. 535; cfr., incisivamente, P. TONINI, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1153, che individua nella formula di cui all'art. 321, co. 1, c.p.p. il grimaldello sul quale l'autorità giudiziaria può «esercitare un'attività di mera prevenzione *ante delictum* o, addirittura, di prevenzione di futuri reati non collegati a quello commesso».

¹³⁴ Questo fraintendimento porta, ad es., a disconoscere l'operatività del principio di proporzionalità per le misure incidenti sulle libertà economiche (come, appunto, i sequestri) se non nei settori coinvolti dalla normativa comunitaria (v., sul punto, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., pp. 25-26 e nt. 77); v. *funditus*, E. GUIDO, *Coercizione reale preventiva e diritti umani*, in *www.la legislazione penale.eu*, 8 febbraio 2018, da cui la cit. (p. 4).

¹³⁵ Corte cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1467.

Da un lato, quella di sottrarre la cautela reale al bilanciamento, nonostante si sia consapevole di quanto possa incidere anch'essa sulla libertà personale¹³⁶; dall'altro, quella di mascherare attraverso il solito *refrain* della lotta alla criminalità organizzata¹³⁷ il vero obiettivo delle cautele in *rem*, e cioè quello di fungere da ricettacolo per la crescente (e spudorata) «domanda di regole derogatorie che irrobustiscano i mezzi d'indagine, alleggeriscano gli *standard* probatori e consentano l'uso di dispositivi di neutralizzazione anticipata degli effetti dell'illecito»¹³⁸.

In definitiva, ciò che già si intuiva guardando alle tendenze del processo penale quando pure vi fosse tirato in ballo direttamente l'art. 13 Cost.¹³⁹, viene definitivamente allo scoperto nelle misure reali, giustappunto perché solo in esse si arriva a coinvolgere in quegli stessi atteggiamenti di retroguardia il «minimo etico» delle cautele¹⁴⁰, rischiando concretamente di comprometterlo e, insieme, di evocare i fantasmi del passato¹⁴¹.

¹³⁶ «Soprattutto in considerazione della natura spesso produttiva (lecita) del suo oggetto e degli interessi sociali, economici e occupazionali coinvolti»; così, G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca*, cit., p. 9; cfr. pure M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Cedam, 2005, p. 25 (che riprende S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Giuffrè, 1953, p. 31).

¹³⁷ A sua volta trasfigurato nel bisogno (percepito) di sicurezza; v., *ex aliis*, T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, sp. pp. 7 ss.

¹³⁸ Così, L. LUPÀRIA, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 5, p. 2.

¹³⁹ Scriveva G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 1965, p. 506 che l'applicazione delle cautele implica oltre ad «una urgenza che ne giustifichi il costo» anche «una apparenza giuridica che ne attenui il rischio»; in arg., in addenda alla bibl. richiamata nel testo, v. G. DICHIARA, *Politiche della sicurezza e libertà personale dell'accusato tra incubazioni dell'insicurezza sociale e manovre reattive*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, pp. 1586 ss.

¹⁴⁰ Così, A. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni* di libertate, in ID. (a cura di), *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Cedam, 1995, p. 161.

¹⁴¹ Il fatto di congegnare costrutti presuntivi al limite della finzione (v. *retro*) risale alla temperie giuridica medievale ove, con la teoria della «estensione della cattiva fama», lo stigma impresso sull'imputato da una sua pregressa condotta criminosa ne comportava obbligatoriamente la condanna anche per i futuri comportamenti, presumendo che (nei fatti, fingendo) pur essi come delittuosi (v. P. TRONCONE, *Fictio legis e Fictio juris. Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, p. 7, nt. 19).