

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

6-2018

Comitato di direzione:

Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman

Autodifesa e difesa d'ufficio in due storici processi
Self-defense and court-appointed legal aid in two historic trials

Diffamazione a mezzo facebook e oscuramento della pagina
Defamation through facebook: the preventive seizure legitimate by obscuring the page

La nuova procedibilità a querela: d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36
The new prosecutability upon complaint: the legislative decree 10th april 2018, n. 36

La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative
Evidence in criminal appeal: some doubts in implementation of a new rule

**Ricorso per cassazione contro la sentenza di "patteggiamento"
dopo la riforma "Orlando"**
*Appeal against the judgment of plea bargaining by the Supreme Court
after "Orlando"'s reform*



G. Giappichelli Editore – Torino

Processo penale e Giustizia: Rivista telematica bimestrale pubblicata da G. Giappichelli s.r.l. – Registrazione Tribunale di Torino n. 2/2015 – ISSN 20394527 –
Direttore Responsabile Prof. Adolfo Scalfati

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

6-2018

Comitato di direzione:

Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

COMITATO DI DIREZIONE

Ennio Amodio, professore di procedura penale, Università di Milano Statale
Lorena Bachmaier Winter, professore ordinario di Diritto processuale, Università Complutense di Madrid
Mar Jimeno Bulnes, professore ordinario di diritto processuale, Università di Burgos
Giuseppe Di Chiara, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo
Paolo Ferrua, professore di procedura penale, Università di Torino
Giulio Garuti, professore ordinario di procedura penale, Università di Modena e Reggio Emilia
Luigi Kalb, professore ordinario di procedura penale, Università di Salerno
Sergio Lorusso, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia
Cristina Mauro, professore ordinario di Scienze criminali, Università di Poitiers
Mariano Menna, professore ordinario di procedura penale, Seconda Università di Napoli
Gustavo Pansini, professore di procedura penale, Università di Napoli SOB
Francesco Peroni, professore ordinario di procedura penale, Università di Trieste
✠ *Giorgio Santacroce*, primo presidente della Corte di cassazione
Stephen C. Thaman, professore emerito di diritto processuale penale comparato, Università di Saint Louis

COORDINAMENTO DELLE SEZIONI

Teresa Bene, professore ordinario di procedura penale, Seconda Università di Napoli
Maria Elena Catalano, professore associato di procedura penale, Università dell'Insubria
Marilena Colamussi, professore associato di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro
Paola Corvi, professore associato di procedura penale, Università Cattolica di Piacenza
Donatella Curtotti, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia
Mitja Gialuz, professore associato di procedura penale, Università di Trieste
Vania Maffeo, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Federico II
Carla Pansini, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Parthenope
Alessandra Sanna, professore associato di procedura penale, Università di Firenze
Nicola Triggiani, professore ordinario di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro
Cristiana Valentini, professore associato di procedura penale, Università di Ferrara
Daniela Vigoni, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

REDAZIONE

Gastone Andreazza, magistrato – *Fulvio Baldi*, magistrato – *Antonio Balsamo*, magistrato – *Giuseppe Biscardi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Orietta Bruno*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Lucio Camaldo*, professore associato di diritto processuale penale, Università di Milano Statale – *Sonia Campailla*, ricercatore di diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tor Vergata – *Laura Capraro*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Assunta Cocomello*, magistrato – *Antonio Corbo*, magistrato – *Gaetano De Amicis*, magistrato – *Francesca Delvecchio*, dottore di ricerca in procedura penale, Università di Foggia – *Alessandro Diddi*, professore associato di procedura penale, Università della Calabria – *Ada Famiglietti*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Rosa Maria Geraci*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Paola Maggio*, ricercatore di procedura penale, Università di Palermo – *Antonio Pagliano*, ricercatore di procedura penale, Seconda Università di Napoli – *Giorgio Piziali*, magistrato – *Nicola Russo*, magistrato – *Alessio Scarcella*, magistrato – *Elena Zanetti*, ricercatore di procedura penale, Università di Milano Statale

PEER REVIEW

La “revisione dei pari” garantisce il livello qualitativo dei contenuti della Rivista.

La valutazione viene compiuta tenendo conto della fisionomia tradizionale dei generi letterari (Articolo e Nota), misurandone la chiarezza espositiva, i profili ricostruttivi, il grado di ricerca, la prospettiva critica e le soluzioni interpretative offerte. La verifica è effettuata a rotazione da due professori ordinari di discipline corrispondenti o affini alle materie oggetto dei lavori, i quali esprimono un giudizio sulla meritevolezza o meno della pubblicazione dei contributi. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti tra i revisori, detto giudizio è rimesso al Direttore della Rivista.

Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima.

I contenuti editi nella Sezione denominata “Scenari” non sono soggetti a revisione.

PEER REVIEWERS

Enrico Mario Ambrosetti, professore ordinario di diritto penale, Università di Padova

Alessandro Bernasconi, professore ordinario di procedura penale, Università di Brescia

Piermaria Corso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

Agostino De Caro, professore ordinario di procedura penale, Università del Molise

Mariavaleria del Tufo, professore ordinario di diritto penale, Università di Napoli SOB

Marzia Ferraioli, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata

Carlo Fiorio, professore straordinario di procedura penale, Università di Perugia

Novella Galantini, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

Maria Riccarda Marchetti, professore ordinario di procedura penale, Università di Sassari

Oliviero Mazza, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Bicocca

Paolo Moscarini, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma LUISS

Angelo Pennisi, professore di procedura penale, Università di Catania

Tommaso Rafaraci, professore ordinario di procedura penale, Università di Catania

Antonio Scaglione, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo

Andrea Scella, professore ordinario di procedura penale, Università di Udine

Gianluca Varraso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Cattolica

Email per la corrispondenza: actis@giappichelli.it

Email dell'Editore: editoriale@giappichelli.it

Sommario

Editoriale | *Editorial*

PAOLO FERRUA

A quarant'anni dall'assassinio dell'avv. Fulvio Croce: autodifesa e difesa d'ufficio in due storici processi / *Forty years from the assassination of the attorney Fulvio Croce: self-defense and court-appointed legal aid in two historic trials*

1017

Scenari | *Overviews*

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> (ADA FAMIGLIETTI)	1026
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (DANIELA VIGONI)	1030
<i>De jure condendo</i> (MARILENA COLAMUSSI)	1033
Corti europee / <i>European Courts</i> (MARCELLO STELLIN)	1038
Corte costituzionale (WANDA NOCERINO)	1048
Sezioni Unite (PAOLA GAROFALO)	1054
Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI)	1056

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

La messa alla prova per adulti 'resiste' al vaglio della Corte costituzionale

Corte costituzionale, sentenza 27 aprile 2018, n. 91 – Pres. e Red. Lattanzi

1059

La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza 'pena' con finalità specialpreventive / *Law postmodernity: the constitutional review of the probation having a special-preventive purposes applied on a trial without a formal condemnation* (CATERINA MIGLIACCIO)

1070

Sequestro preventivo tramite oscuramento di una pagina facebook

Corte di cassazione, Sezione V, sentenza 15 maggio 2018, n. 21521 – Pres. Lapalorcia; Rel. De Gregorio

1082

Diffamazione a mezzo facebook: legittimo il sequestro preventivo tramite oscuramento della pagina? / *Defamation through facebook: is the preventive seizure legitimate by obscuring the page?* (GIOIA SAMBUCCO)

1084

Ergastolo e "doppio binario" penitenziario

Corte costituzionale, sentenza 11 luglio 2018, n. 149 – Pres. Lattanzi; Est. Viganò

1091

L'«imperativo costituzionale» della rieducazione: un necessario intervento della Corte costituzionale sulla irragionevolezza degli sbarramenti ex art. 58-quater, comma 4, ord. penit. / *The "constitutional imperative" of re-education: a necessary intervention by the Constitutional Court on the unreasonableness of the barriers ex art. 58-quater, paragraph 4, ord. penit.* (FRANCESCO URBINATI)

1100

Le Sezioni Unite ammettono che il giudice respinga il decreto penale e solleciti il pubblico ministero a valutare la particolare tenuità del fatto

Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza 9 maggio 2018, n. 20569 – Pres. Fumo; Est. Boni

1105

Decreto penale: il giudice può restituire gli atti al pubblico ministero al fine dell'eventuale richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto / *The judge for preliminary investigations may refer the documents to the public prosecutor for the purpose of filing a request for particular tenuousness of the fact* (AGOSTINO SABATINO)

1114

Dibattiti tra norme e prassi | *Debates: Law and Praxis*

Il "nuovo" principio di riserva di codice tra vecchie problematiche e prospettive future / *The new concept of "Code Reservation": old problems and future perspectives* (CARLO LONGARI)

1124

La nuova procedibilità a querela: luci ed ombre del d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36 / *The new prosecutability upon complaint: lights and shadows of the legislative decree 10th april 2018, n. 36* (FRANCESCO MAZZA)

1131

Il trattamento dei dati personali in ambito penale e l'uso del *passenger name record* per contrastare il terrorismo e altri reati gravi / *The treatment of personal data in the criminal field and the use of the passenger name record to fight terrorism and serious crimes* (LORENZO PULITO)

1138

La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative / *Evidence in criminal appeal: some doubts in implementation of a new rule* (MARIANGELA MONTAGNA)

1150

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospects*

Le parti eventuali nel giudizio abbreviato: disallineamenti e scompensi / *The eventual parts in the "giudizio abbreviato": disalignments and lack of balance* (DANIELA VIGONI)

1164

Adprehensio rei e "buona fede" del terzo / *Adprehensio rei and "bona fide" of third parties* (PAOLO TROISI)

1171

La disciplina del ricorso per cassazione avverso la sentenza di "patteggiamento" dopo la riforma "Orlando" / *The regulation of appealing against the judgment of plea bargaining by the Supreme Court after "Orlando"'s reform* (GIAN MARCO BACCARI)

1187

Indici | *Index*

Autori / *Authors*

Provvedimenti / *Measures*

Materie / *Topics*

PAOLO TROISI

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Adprehensio rei e “buona fede” del terzo

Adprehensio rei and “bona fide” of third parties

Se è principio generale che la confisca non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede, non si può trascurare, però, che la tutela processuale di questi ultimi non è contornata da garanzie analoghe a quelle dell'imputato. In quest'ottica, è apprezzabile la regola che impone la citazione del terzo durante il giudizio di cognizione, confinata tuttavia all'evenienza di sequestro funzionale alla «confisca allargata» e formulata in modo da lasciare ampio spazio all'interpretazione creativa.

It is known that confiscation does not prejudice the rights of bona fide third parties. However, it can not be ignored that the procedure against the third party is not surrounded by guarantees similar to those reserved to the accused. From this point of view, the new rule concerning the citation of the third party in the trial should be welcomed, even though it is still confined to the case of freezing measures for the purposes of subsequent «enlarged confiscation» and formulated to leave ample space for the interpretation of jurisprudence.

LA TUTELA DEL TERZO ESTRANEO AL REATO QUALE PRINCIPIO GENERALE DEL SISTEMA

La progressiva mutazione «genetica» – da misura di sicurezza patrimoniale a vera e propria «pena» – che, con l'intensificarsi della «lotta» alla criminalità organizzata ed economica, ha subito l'istituto della confisca¹ e, correlativamente, la funzione cautelare del sequestro ad essa finalizzato², accentua l'esigenza di tutela dei terzi titolari di diritti sui beni che ne sono oggetto³.

Nel modello securitario di confisca, l'ablazione ha senso solo se la cosa è in relazione con l'autore del reato. Qualora tale relazione manchi, non v'è necessità di sottrarre il bene a soggetti terzi: il sacrificio sarebbe *inutiliter dato*. In questo solco, si inserisce la previsione che vieta la confisca se la cosa «appartiene a persona estranea al reato», salvo che si tratti di bene la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca, essa stessa, fattispecie criminosa (art. 240, comma 3, c.p.)⁴.

¹ Sul tema della confisca e delle correlate problematiche, per un inquadramento generale, v. A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1989, p. 39 ss.; A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, Utet, 2011; T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, Cedam, 2010; T.E. Epidendio-G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, Giuffrè, 2018; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, Bononia University Press, 2007; L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, Cedam, 1997; S. Furfaro, voce *Confisca*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, Utet, 2005, p. 202 ss.; G. Grasso, sub art. 240, in M. Romano-G. Grasso-T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, Giuffrè, 2011, p. 604 ss.; M. Massa, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 980 ss.; A.M. Maugeri, sub art. 240, in *Commentario breve al codice penale*, diretto da G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, Padova, Cedam, 2017, p. 798 ss.; Ead., voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, p. 185 ss.; Ead., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, Giuffrè, 2001; F. Menditto, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, Giuffrè, 2015; M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, Giappichelli, 2017; E. Nicosia, *La confisca, le confische*, Torino, Giappichelli, 2012; F. Vergine, voce *Confisca*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, Agg., 2013, p. 78 ss.; Id., *Il “contrasto” all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, Cedam, 2012.

² Cfr., in senso critico, A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 3, p. 5, il quale osserva che il sequestro funzionale alla confisca per equivalente «è una figura che semplicemente anticipa una sanzione».

³ Sul tema, si avverte la carenza di una disciplina organica e di una prospettiva unitaria. Per la disamina della problematica della tutela dei terzi in relazione ad ognuna delle singole ipotesi di confisca previste dalla legge, v. F. Menditto, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, cit., *passim*.

⁴ Per una ricostruzione dei rapporti tra le varie categorie di cose confiscabili previste dall'art. 240 c.p. e la configurabilità di un diritto di restituzione in capo al terzo, v. M. Massa, voce *Confisca*, cit., p. 982 ss.; L. Capraro, *Disponibilità della res e tutela del terzo estraneo*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 315 ss.

La clausola di salvezza della «appartenenza» della cosa a «persona estranea al reato» compare anche nella maggior parte delle disposizioni speciali di confisca «diretta» inserite nel codice e nella legislazione complementare⁵.

In talune norme, pur difettando qualsiasi riferimento alla posizione dei terzi, si specifica che la confisca è disposta «nei confronti del condannato»⁶. Altre si limitano a fare salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni ed al risarcimento del danno⁷. In altre, ancora, difetta qualsivoglia indicazione⁸.

In materia di responsabilità delle persone giuridiche, la confisca del prezzo e del profitto del reato, conseguente a sentenza di condanna, non può colpire la «parte che può essere restituita al danneggiato», né pregiudicare i «diritti acquistati dai terzi in buona fede» (art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231). Analoga enunciazione non compare nella confisca del «profitto che l'ente ha tratto dal reato» conseguente al proscioglimento per l'adozione dei modelli di organizzazione e di gestione (art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001).

Ad ogni modo, non si dubita affatto che la regola dettata dall'art. 240 c.p., salvo i casi in cui la legge disponga *expressis verbis* in modo diverso⁹, si applichi ad ogni tipo di confisca connessa al reato¹⁰.

Ciò vale, a maggior ragione, per la confisca «allargata» e per la confisca per equivalente che, colpendo beni non collegati all'illecito e potendo coinvolgere intere porzioni di patrimonio, espongono le pretese dei terzi a più ampi rischi di pregiudizio¹¹.

Quanto alla prima, la *littera legis* confina l'ablazione a ciò di cui il condannato, anche per interposta persona fisica o giuridica, «risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo» (art. 240-bis c.p.). La formula consente, agevolmente, di escludere dall'ambito operativo della misura quanto è nella titolarità e disponibilità di soggetti diversi¹². Trovano, peraltro, applicazione, in questo caso, le disposizioni in materia di tutela dei terzi dettate, per la confisca di prevenzione, dal codice antimafia (artt. 52 e ss. d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), estese, altresì, a tutte le ipotesi di sequestro e confisca in procedimenti per reati che rientrano nella sfera di legittimazione investigativa della direzione distrettuale antimafia (art. 104-bis, comma 1-*quater*, norme att. c.p.p.)¹³.

In relazione alla confisca per equivalente, le norme si limitano a precisare che i beni di valore corrispondente debbano essere nella «disponibilità» del reo¹⁴, ancorché «indirettamente o per interposta persona»¹⁵. Ove manchi tale specificazione¹⁶, è, comunque, possibile riferire anche all'*adprehensio* del

⁵ Senza pretesa di completezza, v. gli artt. 270-septies, 322-ter, 466-bis, 544-sexies, 603-bis.2, 648-quater c.p., nonché i seguenti: art. 2641 c.c.; art. 12, comma 5-bis, d.lgs. n. 286 del 1998; artt. 186, commi 2 e 7, e 187, comma 1-bis, c. str.; artt. 73, comma 7-bis, e 74, comma 7-bis, d.P.R. n. 309 del 1990. Talune previsioni fanno rinvio all'art. 240 c.p. (e con esso, chiaramente, anche alla clausola di salvezza) (v. artt. 335-bis e 446 c.p.) o all'art. 322-ter c.p. (v. art. 640-quater c.p.).

⁶ Cfr. artt. 270-bis e 416-bis c.p.

⁷ V. artt. 600-septies e 644 c.p.

⁸ Così gli artt. 722 e 733 c.p.

⁹ Parziali deroghe si rinvencono, ad esempio, negli artt. 474-bis c.p., 301 d.P.R. n. 43 del 1973, 9-bis c. str., 171-sexies l. n. 633 del 1941.

¹⁰ In tal senso, si è espressa Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, in *CED Cass.*, n. 213511. Cfr., anche C. cost., sent. 23 marzo 2001, n. 78, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2026.

¹¹ Cfr. L. Capraro, *Disponibilità della res*, cit., p. 317, la quale osserva che «l'intero patrimonio colpito dalla confisca, per sproporzione o per equivalente, può costituire garanzia delle obbligazioni contratte dal condannato nei confronti dei terzi che, pure, potrebbero essere pregiudicati dalla indiscriminata apprensione del patrimonio del condannato da parte dello Stato».

¹² Cfr. Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 9677, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3713.

¹³ La previsione, inserita nell'art. 12-sexies, comma 4-bis, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, è poi confluita nell'art. 104-bis norme att. c.p.p. per effetto del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21. Prima della novella erano sorti contrasti in giurisprudenza circa l'applicabilità, in caso di confisca allargata, della disciplina prevista per i sequestri di prevenzione dal titolo IV del codice antimafia, in tema di tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali (cfr., per la soluzione negativa, Cass., sez. IV, 6 luglio 2017, n. 36092, in *CED Cass.*, n. 270805; in senso favorevole, invece, v. Cass., sez. I, 1 febbraio 2017, n. 11889, *ivi*, n. 270296). In dottrina v., per tutti, P. Corvi, *La confisca in casi particolari, alias la confisca "allargata"*, in A. Giarda-F. Giunta-G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Milano, Cedam, 2018, p. 32 ss.

¹⁴ V. gli artt. 240, comma 2, n. 1-bis, 270-septies, 322-ter, 466-bis e 474-bis c.p.

¹⁵ Cfr. gli artt. 452-undecies, 600-septies, 603-bis.2, 644, 648-quater c.p.

¹⁶ V., ad esempio, l'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, in relazione al quale Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2893, pur rilevando come non vi sia ripetuta la clausola di salvaguardia dettata, dal primo comma, per la confisca diretta, ha ritenuto «fuori contestazione» che essa si «riferisca anche al sequestro di valore perché con il secondo comma si

tantundem la clausola di salvezza a favore della «persona estranea al reato» prevista, nello stesso comma o nel precedente, per la confisca diretta.

La tutela delle cose appartenenti ai terzi estranei è assicurata, altresì, dalla disciplina generale della confisca amministrativa (art. 20, commi 3, 4, 5 e 6, l. 24 novembre 1981, n. 689). Dubbi sono sorti, invece, in relazione all'ablazione dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere su di essi costruite, applicata con la sentenza che accerta il reato di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

Qualificata come sanzione amministrativa e ritenuta mera *actio in rem*, la giurisprudenza ne ha, a lungo, predicato l'applicabilità anche in danno del terzo estraneo al reato, riconoscendogli, se in buona fede, la sola possibilità di far valere i propri diritti in sede civile¹⁷.

L'*input* per il superamento dell'impostazione è venuto dalla giurisprudenza europea che, sulla scorta di una valutazione sostanziale¹⁸, ne ha riconosciuto la natura di «pena», con conseguente necessità di assicurare le garanzie riservate alla «materia penale»: il principio di colpevolezza, corollario di quello di legalità (art. 7 Cedu), che impone la verifica di un legame intellettuale tra reato e destinatario della sanzione¹⁹; la presunzione di innocenza (art. 6 Cedu), che inibisce l'applicazione di una pena quando la responsabilità di chi la subisce non sia stata legalmente accertata e dichiarata²⁰.

La reazione interna è culminata²¹, come noto, con l'intervento della Corte costituzionale che, nel recepire le indicazioni provenienti dai giudici sovranazionali, ha evidenziato, per quanto qui di interesse, che «il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca». Sia che la misura colpisca l'imputato, sia che essa raggiunga il terzo acquirente, è «necessario che il giudice penale accerti la responsabilità delle persone che la subiscono, attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto». L'onere di dimostrare la mala fede del terzo «grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, posto che una "pena", ai sensi dell'art. 7 della Cedu, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall'art. 6, comma 2, della Cedu»²².

La conclusione ha, chiaramente, portata generale, riferibile com'è a tutte le confische aventi carattere sostanziale di «pena». L'inapplicabilità di tali misure al terzo in buona fede discende dai principi costituzionali (e convenzionali) del carattere «personale» della responsabilità penale e della presunzione di non colpevolezza (art. 27, commi 1 e 2, Cost.).

Insomma, quale che sia la qualifica della singola fattispecie di confisca (misura di sicurezza o sanzione) ed il contenuto della norma che la disciplina, la tutela della «persona estranea al reato» appare un principio generale del sistema²³.

La prospettiva è confermata dalla direttiva 2014/42/UE, che codifica il canone per cui la confisca «non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede» (art. 6, par. 2).

estende soltanto la possibilità di confisca di danaro e beni di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato, fermi restando, quindi, i limiti fissati dal comma 1 dello stesso articolo».

¹⁷ *Ex multis*, Cass., sez. III, 12 aprile 2007, n. 21125, in *CED Cass.*, n. 236737; Cass., sez. III, 7 luglio 2004, n. 38728, *ivi*, n. 229610.

¹⁸ Il riferimento è ai criteri di valutazione sostanziale elaborati, da tempo, dalla giurisprudenza di Strasburgo (v. Corte e.d.u., 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, in *Foro it.*, 1977, IV, c. 1), nella cui ottica il carattere penale di una sanzione non dipende dal *nomen iuris* o dalla qualifica formale, ma dal livello di gravità e di severità che assume in concreto, nonché dal perseguimento di interessi tipici del sistema penale (cfr., altresì, Corte e.d.u., 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2304).

¹⁹ È la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza europea nei casi «Sud Fondi» e «Varvara» (Corte e.d.u., 30 agosto 2007, *Sud Fondi c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3504; Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, *ivi*, 2009, p. 3183; Corte e.d.u., 23 settembre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Arch. pen.*, *Rivista web*, 2013, n. 3) e ribadita da Corte e.d.u., 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *www.echr.coe.int*, la quale ha ulteriormente chiarito che, per l'inflizione di una pena, ai sensi dell'art. 7 Cedu, è necessaria, in linea di principio, la sussistenza di un nesso di natura psicologica attraverso il quale sia possibile riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato e che tale regola vale, senz'altro, per la confisca urbanistica, con conseguente inapplicabilità della stessa ai terzi in buona fede.

²⁰ Cfr. Corte e.d.u., 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3929.

²¹ Sui disorientamenti e «mascheramenti» registratisi già all'indomani delle decisioni sul caso «Sud Fondi» v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. Esposito, *La confisca nei reati urbanistici e ambientali*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 524 ss.

²² Si tratta di C. cost., sent. 14 gennaio 2015, n. 49, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2195. Per una ricostruzione, in chiave critica, della vicenda v., per tutti, F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 333 ss.

²³ Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, cit., lo qualifica come «principio generale di giustizia distributiva per cui la misura sanzionatoria non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito».

I PRESUPPOSTI DELLA TUTELA: L'APPARTENENZA

La «appartenenza» a persona estranea al reato evoca, nel contesto della confisca, non solo (e non tanto) la formale proprietà del bene, quanto il potere di disporne. Non è sufficiente, cioè, che il terzo sia intestatario della *res*, ma occorre avere riguardo alla situazione concreta e, in particolare, al rapporto di dominio sulla cosa²⁴. Sicché, se alla formale intestazione non corrisponda un'effettiva disponibilità, la tutela non è destinata ad operare²⁵.

La nozione di appartenenza consente, quindi, di escludere dai confini della clausola di salvezza i casi di intestazione fittizia, da intendersi, in senso restrittivo, come intestazione finalizzata a «favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo al condannato e di salvaguardarlo dal pericolo della confisca»²⁶. In questa accezione, il concetto è ben idoneo a ricomprendere le situazioni di «disponibilità», «anche indiretta» o «per interposta persona», a cui si riferiscono le previsioni speciali regolanti la confisca allargata e quella per equivaletà.

L'appartenenza al terzo non è, però, incompatibile con il mero godimento del bene da parte dell'autore del reato (come in caso di locazione o *leasing*)²⁷, non potendosi dilatare la formula al punto da farvi confluire la «semplice disponibilità giuridica qualificata del godimento del bene, sulla base di una fonte giuridica legittima», oppure «la mera utilizzazione libera, non occasionale e non temporanea del bene»²⁸.

A contrario, se ne ricava che dall'ambito di tutela sono esclusi i diritti personali di godimento: i terzi che li vantino non potranno farli valere a seguito di sequestro e confisca. Stessa sorte colpisce i diritti di credito: la norma intende salvaguardare «soltanto i beni» che «appartengano – “cose appartenenti”, secondo l'espressione usata dall'art. 240, comma 3, c.p. – a terzi estranei al reato»²⁹.

Diversamente è a dirsi con riguardo ai diritti reali *in re aliena*. Per orientamento costante, il limite alla confisca costituito dall'appartenenza del bene al terzo non è circoscritto alla proprietà, essendo la sua portata estesa ai diritti reali di godimento e di garanzia (costituiti prima della confisca o del sequestro, ove disposto), che, pur non impedendo l'adozione della misura ablativa, sopravvivono ad essa³⁰.

²⁴ Così L. Capraro, *Confisca, sequestro e tutela del terzo*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 2, p. 401.

²⁵ Cass., sez. VI, 30 gennaio 1991, n. 2688, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 494.

²⁶ Così si esprime, in tema di confisca allargata, recependo un'esegesi che sta progressivamente prendendo corpo nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. V, 6 marzo 2017, n. 13084, in *CED Cass.*, n. 269711, la quale precisa che «il giudice ha, a sua volta, l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, adducendo non solo circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma elementi fattuali che si connotino della gravità, precisione e concordanza, sì da costituire prova indiretta dell'assunto che si tende a dimostrare, cioè del superamento della coincidenza fra titolarità apparente e disponibilità effettiva del bene».

²⁷ Nel caso in cui il bene sia in comproprietà tra l'autore del reato ed il terzo estraneo, in giurisprudenza, pur ritenendosi che la confisca possa essere disposta solo *pro quota*, si afferma che, nelle more del processo, quando il bene è infrazionabile, il sequestro vada disposto sull'intero, senza che possa esserne concessa facoltà d'uso al terzo comproprietario (cfr., in tema di guida in stato di ebbrezza, Cass., sez. IV, 4 marzo 2010, n. 16154, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4388).

²⁸ Questi chiarimenti si devono a Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 14484, in *CED Cass.*, n. 252029, che, in tema di guida in stato di ebbrezza, ha escluso la confisca del «veicolo concesso in “leasing” all'utilizzatore dello stesso se il concedente, da ritenersi proprietario del mezzo, sia estraneo al reato». In dottrina, v. G. Amato, *L'interpretazione dell'appartenenza del veicolo presta il fianco a possibili posizioni di comodo*, in *Guida dir.*, 2012, 21, p. 76 ss.; M. Gullino, *L'autovettura concessa in leasing non può essere confiscata, nel caso di guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 90 ss.; E. Zanalda, *Sulla confisca del veicolo in leasing guidato dal suo utilizzatore in stato di ebbrezza*, in *Giur. it.*, 2013, p. 152 ss.

²⁹ Così si esprime Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit., la quale, tuttavia, ha riconosciuto, in tema di responsabilità amministrativa degli enti, la possibilità di una tutela, sia pure posticipata, ai creditori della persona giuridica dichiarata fallita o ammessa ad altra procedura concorsuale. Al riguardo v., in dottrina, E. Basile, *Controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva e criteri cronologici di prevalenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, p. 328 ss.; M. Bontempelli, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2015, 3, p. 1 ss.; D. Cimadomo, *Confisca e tutela del terzo in buona fede: limiti e prospettive*, in L. Kalb (a cura di), *I danni da attività giudiziaria penale in executivis. Cause e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 304 ss.; A. Dello Russo, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2015, 1, p. 1 ss.; P. Di Geronimo, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3031 ss.; D. Pagani, *La legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare il provvedimento di sequestro*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2017, 1, p. 1 ss.; C. Santoriello, *Procedura fallimentare e responsabilità degli enti: un rapporto ancora problematico*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2015, 3, p. 185 ss.

³⁰ Per tale affermazione, v. Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, cit. In dottrina, con diversi accenti, v., tra gli altri, A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 54; F. Chiarotti, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Foro it.*, 1956, II, c. 639; M. Massa, voce *Confisca*, cit., p. 983. Sulla problematica dei rapporti tra confisca e parte civile titolare di

Sottesa all'esegesi è la qualificazione della confisca come modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo, che non prescinde dal rapporto già esistente fra il bene e il precedente titolare, ma anzi lo presuppone ed è volto a farlo venir meno, per ragioni di politica criminale, attraverso il trasferimento del diritto dal privato allo Stato³¹.

Le problematiche relative ai rapporti tra diritti (di godimento o di credito) dei terzi e confisca sono state risolte, in modo differente, dal legislatore in relazione ai casi di confisca allargata e di confisca in procedimenti per reati di criminalità organizzata, attraverso l'estensione della disciplina dettata per le misure di prevenzione (art. 104-bis, comma 1-*quater*, norme att. c.p.p.)³², disciplina che amplia il novero dei soggetti protetti, pur sostituendo la tutela «reale» con una indennitaria.

L'ablazione opera, in tal caso, come vero e proprio modo di acquisto a titolo originario³³ che, pur non pregiudicando, in presenza di specifiche condizioni, i diritti di credito e i diritti reali di garanzia dei terzi (costituiti in epoca anteriore al sequestro), determina, però, «lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento o un diritto reale di garanzia, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi». Ai titolari è unicamente riconosciuto, in prededuzione, un equo indennizzo commisurato alla durata residua del contratto o alla durata del diritto reale (se il diritto reale si estingue con la morte del titolare, la durata residua del diritto è calcolata alla stregua della durata media della vita determinata sulla base di parametri statistici) (art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011).

(SEGUE:) L'ESTRANEITÀ AL REATO E LA BUONA FEDE

La tutela dei diritti del terzo implica la «estraneità al reato».

La formula indica, secondo l'esegesi più risalente, chi non sia stato «né autore né partecipe»³⁴, vale a dire chi non abbia esplicito «alcuna attività in relazione alla commissione del reato»³⁵. Non può intendersi tale chi abbia fornito un qualsiasi apporto alla fattispecie criminosa, ancorché non punibile, così come colui che, pur coinvolto nel reato, non sia ancora sottoposto (o venga separatamente sottoposto) a procedimento penale, dovendo l'estraneità riferirsi al reato e non al procedimento³⁶.

L'interpretazione che si è andata consolidando nel tempo tende, però, a restringere l'ambito operativo della clausola, non accontentandosi della carenza di collegamenti, diretti o indiretti, con la commissione del fatto penalmente rilevante³⁷, ma richiedendo, altresì, che il terzo non abbia ricavato vantaggi o utilità dall'altrui condotta, ossia che il suo diritto non derivi in qualche modo dall'illecito³⁸.

privilegio speciale sui beni oggetto di sequestro conservativo, si rinvia all'ampia disamina di G. Biscardi, *Concorso di sequestri e traguardo finale: un viaggio accidentato tra istanze risarcitorie e confische*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 5, p. 934 ss.

³¹ Così, ancora, Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, cit. La tesi è stata più di recente ribadita sia da Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 14484, cit., sia da Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit., che, con riferimento alla confisca ai danni dell'ente, ma non argomentazioni estensibili ad ogni altra ipotesi di confisca, ha evidenziato che «salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano».

³² Sulle novità introdotte dalla l. n. 161 del 2017 in materia di tutela dei diritti dei terzi titolari di diritti sui beni oggetto di confisca di prevenzione e di confisca allargata cfr., tra gli altri, A. Aiello, *Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016; S. Calvigioni, *Confisca e tutela dei creditori: sulla proposta di modifica dell'art. 52, lett. b), del codice antimafia*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, p. 5 ss.; P. Corvi, *La confisca in casi particolari*, cit., p. 52 ss.; C. Forte, *Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi*, *ivi*, 11, 2017, p. 123 ss.; Ead., *I rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e le procedure concorsuali*, in C. Parodi (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 709 ss.; C. Papagno, *Misure di prevenzione. Cosa cambia in materia di tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali?*, in *Ilpenalista.it*, 2017.

³³ Così Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10532, in *CED Cass.*, n. 626570.

³⁴ Così M. Massa, voce *Confisca*, cit., p. 983. Sulla problematica del riconoscimento della «estraneità» al reato del soggetto che abbia commesso reati teleologicamente connessi ex art. 61, n. 2, c.p., cfr., con diversità di vedute, A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 55; L. Capraro, *Disponibilità della res*, cit., p. 326; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali*, cit., p. 377; G. Grasso, sub art. 240, cit., p. 619.

³⁵ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Utet, 1934, p. 311.

³⁶ Cass., sez. I, 6 novembre 1995, n. 5580, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3090.

³⁷ Cfr. Cass., sez. I, 2 maggio 2000, n. 3281, in *CED Cass.*, n. 216425.

³⁸ Così Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, cit., a cui si è uniformata, in maniera costante, la successiva giurisprudenza. L'esegesi prende spunto dalla declaratoria di incostituzionalità delle previsioni regolanti la confisca obbligatoria delle cose

L'obiettivo è, chiaramente, rendere aggredibile il profitto del reato o qualsivoglia vantaggio ne consegua, quand'anche fuoriuscito dalla sfera di disponibilità del reo e pervenuto, lecitamente, a chi non abbia contribuito al reato. Ma, in tal modo, pare evidente, si va oltre il dato normativo, pretendendo, oltre all'estraneità al reato, anche l'estraneità al profitto³⁹.

Ben vero che, in questo caso, affinché il terzo possa essere «espropriato» del suo diritto, occorre, comunque, un coefficiente psicologico di colpevolezza, sicché, qualora versi in «buona fede», la confisca non può essere disposta⁴⁰. La buona fede è, in effetti, l'elemento che, nella morfologia della confisca-misura di sicurezza, «spezza» il legame tra cosa e reato, sancendo il venir meno delle esigenze di prevenzione sottese all'ablazione, mentre, nella confisca-pena, esclude la «colpevolezza» del soggetto, impedendo l'applicazione di sanzioni con finalità punitive.

E tuttavia, tale elemento è stato decodificato in senso tutt'altro che rigoroso dalla prassi giurisprudenziale, lasciando aperto un profondo *vulnus* nello statuto di tutela del terzo.

La buona fede è stata ravvisata «nella non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato»⁴¹ o dell'«uso illecito della *res*»⁴². Di conseguenza, anche la «colposa inosservanza di doverose regole di cautela» esclude «che la posizione del soggetto acquirente o che vanti un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare»⁴³, essendo sufficiente che al terzo siano riferibili profili di colpa, almeno sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza o del difetto di vigilanza⁴⁴.

Ora, se nei confronti della persona, la cui condotta sia in qualche modo collegata al reato, sebbene non punibile, può ritenersi sufficiente, ai fini della confisca, un addebito soggettivo in termini meramente colposi (negligenza o difetto di vigilanza), altrettanto non può dirsi per il soggetto oggettivamente estraneo all'agire criminoso. In questo caso, in mancanza di un qualsiasi contributo alla realizzazione del fatto, richiedere la sola «conoscibilità», il semplice difetto di vigilanza o la mera trascuratezza, riferiti non al reato, bensì alla provenienza o all'uso della *res*, significa costruire «una nozione iper-oggettiva di colpa», calibrata sull'archetipo di un super-agente modello, «in contrasto vistoso con i livelli di tutela

d'interesse artistico o storico o delle opere d'arte oggetto di esportazione abusiva (si tratta, in particolare, di C. cost., sent. 19 gennaio 1987, n. 2, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1387). Sul tema, v. G. Gentile, *Fisionomia e natura giuridica delle ipotesi speciali di confisca*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 401. Cfr., altresì, A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 55; P. Veneziani, *Terzo estraneo al contrabbando: un nuovo limite alla confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 821; R. Tartaglia, *La confisca penale*, in AA.VV., *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, 2012, p. 76.

³⁹ La tesi è sostenuta da E. Romano, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2898. La declinazione della clausola di salvezza in termini di estraneità al vantaggio derivante dal reato è stata, invero, recepita anche dalla disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, nel prevedere la confisca del profitto, anche per equivalente, ai danni dell'ente, pur se esente da responsabilità, per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio dalle persone lo rappresentano, lo amministrano o lo dirigono (artt. 5 e 6 d.lgs. n. 231 del 2001). Ma, anche al di fuori del campo di operatività della responsabilità amministrativa, si è ritenuta possibile la confisca diretta del profitto del reato nei confronti della persona giuridica, per gli illeciti commessi dal legale rappresentante o da altro organo, purché il profitto sia rimasto nella disponibilità della stessa (cfr. Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, in *CED Cass.*, n. 258648). In forza della medesima esegesi, la giurisprudenza ha costantemente escluso la qualifica di terzi estranei agli eredi, in relazione ai beni ricevuti (v., tra le altre, Cass., sez. II, 4 ottobre 2013, n. 43776, in *CED Cass.*, n. 257305). Peraltro, l'art. 183-*quater* norme att. c.p.p. espressamente prevede che, dopo la morte del reo condannato con sentenza passata in giudicato, il procedimento di applicazione della confisca allargata *in executivis* «inizia o prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa». Tuttavia, in direzione opposta a tale tendenza normativa e giurisprudenziale pare muoversi la giurisprudenza europea, che ritiene incompatibile con la presunzione di innocenza ed il principio di colpevolezza (artt. 6, par. 2, e 7 Cedu) l'applicazione della confisca, quantomeno nella sua configurazione sanzionatoria, ad un terzo per la responsabilità di altro soggetto. Ciò vale tanto per le società, stante la loro personalità giuridica distinta, in relazione ai reati commessi dai legali rappresentanti o azionisti, quanto per gli eredi, a cui non può essere estesa la responsabilità dell'autore del reato (cfr., per l'organica enunciazione di tali principi, Corte e.d.u., 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, cit., §§ 271-274).

⁴⁰ E ciò risponde al «principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico» (C. cost., sent. 10 gennaio 1997, n. 1, in *Cass. pen.*, 1997, p. 960).

⁴¹ Così Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, cit.

⁴² *Ex multis*, Cass., sez. I, 13 giugno 2018, n. 29071, in *Dir. e giustizia*, 2018, 108, p. 7 (in materia di confisca dell'immobile locato a straniero privo di titolo di soggiorno); Cass., sez. III, 16 gennaio 2015, n. 18515, in *Guida dir.*, 2015, 31, p. 92 (in tema di confisca obbligatoria del mezzo di trasporto prevista per il reato di raccolta e trasporto illecito di rifiuti).

⁴³ Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit.

⁴⁴ Tra le altre, Cass., sez. III, 24 maggio 2017, n. 32363, in *CED Cass.*, n. 270443, in tema di lottizzazione abusiva.

che garantisce il capoverso dell'art. 1147 c.c., per il quale solo la colpa grave può assurgere a limite di configurabilità della buona fede»⁴⁵.

Il paradigma dovrebbe essere, appunto, quello civilistico: solo la conoscenza o, in alternativa, l'ignoranza dovuta a colpa grave, ossia a macroscopica negligenza, imprudenza o trascuratezza, rende il terzo immeritevole di tutela⁴⁶.

La conferma, sia pure indiretta, la si può trarre dal disposto dell'art. 474-bis, comma 3, c.p. che, in relazione a reati in materia di marchi, segni distintivi e prodotti con segni falsi (artt. 473 e 474 c.p.), esclude la confisca delle cose appartenenti a «persona estranea al reato» solo «qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, o l'illecita provenienza e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza». L'*incipit* della previsione («si applicano le disposizioni dell'art. 240, commi terzo e quarto [...] qualora [...]») segnala, chiaramente, che si tratta di norma in deroga alla disciplina generale. *A contrario*, se ne ricava che, in forza di quest'ultima, non è sufficiente la mera prevedibilità o un semplice difetto di vigilanza⁴⁷.

Indicazioni, in tal senso, provengono anche dall'art. 6 della direttiva 2014/42/UE che, nel prevedere la confisca dei beni trasferiti a terzi «se questi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti», da un lato collega la conoscenza o la conoscibilità non già alla illecita provenienza, bensì allo scopo di evitare la confisca, dall'altro tra i fatti concreti, sintomo di mala fede, enuncia, in via esemplificativa, «il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato». Circostanze, queste, che, quando non celano un trasferimento fittizio, evocano, quanto meno, una «colpa grave» in capo all'acquirente.

L'esegesi giurisprudenziale, invece, pare accordare prevalenza agli scopi perseguiti con la misura ablativa, vanificando, in tal modo, la posizione giuridica di soggetti che, anche senza concorrere nel reato, finiscono per subire una «pena» – che, nelle ipotesi speciali di confisca (per sproporzione o per equivalente), interessa anche beni privi di pertinenzialità col reato e può riguardare parti consistenti di patrimonio – sulla scorta di comportamenti meramente negligenti⁴⁸.

La tendenza è seguita anche dal legislatore che, se ha esteso alle ipotesi di confisca allargata o per reati di criminalità organizzata la più ampia disciplina a tutela dei creditori prevista per le misure di prevenzione, ne ha subordinato l'operatività alla ricorrenza, congiunta, di due circostanze che prima erano alternative, e cioè: «che il credito non sia strumentale all'attività illecita» e che «il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento» (art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011)⁴⁹. Sicché, nessuna salvaguardia è accordata al terzo (si pensi ad un istituto finanziario) che abbia ignorato in buona fede l'utilizzo del credito per finanziare l'attività illecita.

⁴⁵ Così V. Maiello, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012 p. 52. In senso contrario si è, invece, espressa la giurisprudenza, affermando che «il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 c.c.» (così Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit.).

⁴⁶ Si pensi, per fare un parallelismo con la disciplina della riparazione dell'errore giudiziario o per l'ingiusta detenzione, che il diritto del soggetto assolto (e, dunque, «estraneo» al reato) o illegittimamente privato della libertà personale è escluso solo se abbia dato causa all'errore giudiziario con «dolo» o «colpa grave». Sia consentito il rinvio, sul tema, a P. Troisi, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, Cedam, 2011, p. 283 ss.

⁴⁷ In senso opposto, v. Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit., secondo cui la disposizione di cui all'art. 474-bis, comma 3, c.p., costituirebbe la normativizzazione della lettura giurisprudenziale data al concetto di «estraneità al reato».

⁴⁸ Cfr., per queste considerazioni, L. Capraro, *Disponibilità della res*, cit., p. 330.

⁴⁹ Si tratta di modifica apportata dalla l. n. 161 del 2017. Sul tema, tra gli altri, S. Calvigioni, *Confisca e tutela dei creditori*, cit., p. 5 ss.; C. Forte, *Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi*, cit., p. 127. In argomento v., altresì, F. Menditto, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, cit., p. 261 ss. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto che la nuova formulazione dell'art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011 definisce «in termini più restrittivi la condizione che assicura tutela al terzo creditore», in quanto «la configurazione di tale condizione che poneva in termini di "alternatività" la mancanza di strumentalità all'attività illecita del credito, da un lato, e, dall'altro, l'ignoranza in buona fede del nesso stesso è stata sostituita da una configurazione in termini "cumulativi" dei due presupposti» (così Cass., sez. V, 14 dicembre 2017, n. 1412, in *Foro it.*, 2018, 4, II, p. 238). Sul concetto di «buona fede» recepito dalla prassi interpretativa v., *ex multis*, Cass., sez. un., 31 maggio 2018, n. 29847, in *Dir. e giustizia*, 2018, 116, p. 10, la quale ha escluso che la cessione di un credito ipotecario precedentemente insorto, successiva alla trascrizione del provvedimento di sequestro o di confisca di prevenzione del bene sottoposto a garanzia, sia «in quanto tale preclusiva dell'ammissibilità della ragione creditoria» o determini «di per sé uno stato di mala fede in capo al terzo cessionario del credito, potendo quest'ultimo dimostrare la buona fede».

L'ACCERTAMENTO PROCESSUALE

Anche sul fronte dell'accertamento processuale si registrano, in giurisprudenza, indirizzi tesi a compromettere la tutela.

Facendo leva sulla teoria del fatto costitutivo, l'impostazione prevalente pone a carico del terzo l'onere della prova dell'appartenenza della *res*, della mancanza di collegamenti del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa e, nell'ipotesi in cui tale nesso sia configurabile, dell'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza⁵⁰.

La conclusione, riguardata alla luce della confisca nella sua versione sanzionatoria, non è accettabile, in quanto lesiva della presunzione di non colpevolezza. Lungi dall'essere ristretto entro i confini tracciati dal binomio *imputato-libertà personale*, il principio espresso dall'art. 27, comma 2, Cost. «funge da criterio-guida per l'esercizio del potere giudiziario in ambito penale, indipendentemente dal fatto che siano in gioco libertà strettamente individuali o diritti di altra natura»⁵¹, come la libera disponibilità dei beni (art. 42 Cost.), il cui sacrificio, soprattutto allorché investa parti consistenti di patrimonio o beni produttivi, può presentare caratteri di afflittività addirittura superiori alle limitazioni della libertà personale⁵². Non si può ritenere, dunque, che l'applicazione di una misura patrimoniale prescinda dal rispetto delle garanzie del giusto processo, prima fra tutte la considerazione di non colpevolezza⁵³.

Di qui, la necessità che, anche nei confronti del terzo, l'accertamento dei presupposti dell'ablazione segua lo *standard* probatorio imposto dal principio costituzionale (gravità indiziaria, in sede cautelare, e oltre ogni ragionevole dubbio, in fase cognitiva) e che l'*onus probandi* incomba su chi avanza la pretesa (il magistrato del pubblico ministero)⁵⁴.

La presunzione di non colpevolezza, d'altro canto, non può non valere anche per il terzo, non potendosi ammettere che, a fronte di una medesima sanzione (la confisca), le due posizioni (dell'imputato e del terzo) vengano irragionevolmente differenziate.

Peraltro, nella struttura dell'art. 240 c.p. (e delle altre disposizioni che regolano ipotesi speciali di confisca), la *non appartenenza della cosa a persona estranea al reato* opera quale condizione di legalità della misura. Ciò significa che è il giudice, nel provvedere sulla richiesta, a dover accertare in positivo che il bene sia nella effettiva disponibilità dell'imputato e, qualora risulti formalmente intestato a persona diversa, che tale intestazione sia meramente fittizia⁵⁵ oppure che il terzo sia coinvolto nel reato o versi in mala fede⁵⁶. Quando il legislatore ha voluto porre a carico del terzo uno specifico onere probatorio, lo ha fatto espressamente (come nei già citati artt. 474-bis, comma 3, c.p. e 52 d.lgs. n. 159 del 2011).

Certo, non si può trascurare che, nella sistemica del nuovo codice, l'accertamento processuale a carico della persona estranea al reato non sia stato contornato da garanzie analoghe a quelle riservate all'imputato ed alle altre parti del processo.

⁵⁰ Così Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, cit. La prevalente giurisprudenza è allineata in questo senso: *ex multis*, Cass., sez. I, 17 ottobre 2013, n. 68, in *CED Cass.*, n. 258394; Cass., sez. I, 25 ottobre 2005, n. 45473, *ivi*, n. 233358.

⁵¹ A. Scafati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 2.

⁵² Del resto, si è osservato che «anche le misure cautelari reali limitano la libertà (le libertà) della persona», «ancorché in modo diverso da quella fisica» (così G. Spangher, *Le impugnazioni*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, cit., I, p. 549). Sul tema v., anche, R. Adorno, *Sequestro preventivo, fumus commissi delicti e cognizione del tribunale del riesame*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 914 ss.

⁵³ Così P. Spagnolo, *Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 2, p. 283, secondo cui «quando il provvedimento lesivo del diritto alla libertà personale o patrimoniale derivi dall'esercizio del potere giurisdizionale, la presunzione di non colpevolezza si deve esprimere in tutta la sua ampiezza», pur escludendo, però, che «la tutela dell'*extraneus* derivi direttamente dalla previsione costituzionale, riferibile all'imputato e non al terzo».

⁵⁴ In tal senso, del resto, come sopra visto, si è espressa la Corte costituzionale in materia di lottizzazione abusiva, con argomenti agevolmente esportabili ad ogni altra ipotesi di confisca avente natura sanzionatoria (C. cost., sent. 14 gennaio 2015, n. 49, cit.). La tesi è stata seguita, sebbene nel ristretto ambito della lottizzazione abusiva, anche da una parte della giurisprudenza di legittimità, nell'evidenziare che «non sarà l'interessato a dover dimostrare la propria buona fede, gravando sulla pubblica accusa l'onere di dimostrarne l'insussistenza» (Cass., sez. III, 24 maggio 2017, n. 32363, cit.).

⁵⁵ Cfr., in tal senso, Cass., sez. II, 12 ottobre 2016, n. 47007, in *CED Cass.*, n. 268172.

⁵⁶ Sempre in tema di lottizzazione abusiva, si è affermato che spetta al giudice «l'accertamento della sussistenza di profili di colpa a carico del terzo acquirente, nei confronti del quale può essere disposta la confisca del bene qualora abbia omesso di assumere le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo e sulla compatibilità dell'intervento edilizio con gli strumenti urbanistici» (tra le altre, Cass., sez. III, 24 ottobre 2013, n. 51387, in *CED Cass.*, n. 258015).

Al di fuori della previsione di nuovo conio confinata all'evenienza di sequestro funzionale alla confisca allargata o alla confisca per reati di criminalità organizzata, sulla quale si tornerà nel prosieguo, non è assicurata al terzo alcuna forma di partecipazione al giudizio di cognizione (a differenza di quanto avviene nel procedimento di prevenzione), né gli è consentito impugnare la sentenza resa all'esito dello stesso, sia pure limitatamente al capo contenente la statuizione di confisca⁵⁷.

Gli è riservata esclusivamente una tutela *ex post*, tanto con riferimento al decreto di sequestro preventivo (e qui la posizione è analoga a quella dell'indagato), quanto in relazione al provvedimento di confisca adottato con la sentenza irrevocabile (o in sede esecutiva).

In entrambi i casi, si trova a fronteggiare un accertamento già compiuto, che inevitabilmente coinvolge direttamente la sua posizione (quantomeno in termini di disponibilità della *res* in capo all'imputato). E, per quanto si voglia ritenere che il detto accertamento non faccia «stato» per il soggetto rimasto estraneo al procedimento, è evidente che, *rebus sic stantibus*, sia destinato ad essere confermato, anche a seguito del suo intervento in funzione difensiva.

Se, quindi, non ha fondamento la tesi che pretende di ravvisare un'inversione dell'onere della prova a carico del terzo, pare, tuttavia, difficilmente contestabile che, nell'attivare i rimedi cautelari (riesame, appello e ricorso per cassazione) ed esecutivi (art. 676 c.p.p.) apprestati dal sistema, l'*extraneus* debba quantomeno adempiere ad un onere di allegazione, rappresentando gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni dell'appartenenza del bene, dell'estraneità al reato e della buona fede⁵⁸, fermo restando che il giudice, nel confermare la misura, dovrà esprimere un giudizio in termini di *non appartenenza* o di *male fede*.

Problematiche interpretative si sono poste in ordine ai meccanismi di tutela azionabili nel periodo procedimentale intercorrente tra la pronuncia della sentenza di primo grado, dispositiva della confisca, ed il formarsi, all'esito dei gradi di impugnazione, del giudicato, stante, da un lato, la «funzione servente» del procedimento cautelare rispetto a quello di merito, con le preclusioni che già derivano dalla sentenza non definitiva, e, dall'altro, la difficoltà di concepire un intervento del giudice dell'esecuzione in funzione di controllo della legalità del titolo esecutivo, prima che il titolo stesso si sia perfezionato.

Alla tesi diretta ad escludere che, ordinata la confisca in sede di condanna, sia proponibile, in assenza dell'irrevocabilità, l'incidente di esecuzione⁵⁹, si è contrapposto l'orientamento volto ad estendere per via analogica al processo di cognizione l'operatività degli strumenti previsti per la fase esecutiva, consentendo di richiedere la restituzione al giudice e di proporre opposizione avverso la decisione di rigetto (secondo il combinato disposto degli artt. 676, comma 1, e 667, comma 4, c.p.p.)⁶⁰.

Il contrasto è stato sciolto riconducendo la tutela del terzo, dopo la sentenza di primo grado, in ambito cautelare, sulla scorta della considerazione che, finché la pronuncia non diviene irrevocabile, il bene è indisponibile, non in quanto confiscato, ma perché sequestrato: il titolo giuridico in base al quale la cosa è sottoposta a vincolo reale è costituito, sino al passaggio in giudicato, dal sequestro preventivo.

Di conseguenza, permane l'interesse del terzo a contestare la sussistenza (o la persistenza) delle condizioni giustificative del vincolo (egli è estraneo al processo, non certo al sequestro), domandando al giudice procedente la revoca (art. 321, comma 3, c.p.p.) ed impugnando l'eventuale ordinanza di rigetto (art. 322-bis c.p.p.)⁶¹.

È fuor di dubbio, però, che l'intervenuta decisione di confisca, sebbene non esecutiva, restringa i margini del controllo cautelare.

⁵⁷ Si tratta di conclusione pacifica in dottrina e giurisprudenza (*ex multis*, Cass., sez. III, 27 maggio 2010, n. 23926, in *CED Cass.*, n. 247797), che è stata ritenuta conforme a Costituzione dal giudice delle leggi (C. cost., sent. 6 dicembre 2017, n. 253, in *Cass. pen.*, 2018, p. 822). Sul tema, v. E. Andolfatto, *Confisca disposta con sentenza di primo grado e appello dei terzi proprietari: la Corte Costituzionale dichiara l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 265 ss.

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit., che ha ritenuto non corretto l'indirizzo volto a «stabilire una vera e propria inversione dell'onere della prova, ponendola del tutto a carico del terzo estraneo», «perché nel processo penale è demandato al giudice l'accertamento dei fatti».

⁵⁹ Tale le tante, Cass., sez. II, 10 gennaio 2015, n. 5380, in *CED Cass.*, n. 262283; Cass., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 8533, *ivi*, n. 254927; Cass., sez. I, 11 novembre 2011, n. 47312, *ivi*, 251415; Cass., sez. VI, 26 maggio 2009, n. 40388, *ivi*, n. 245473.

⁶⁰ V., *ex multis*, Cass., sez. V, 9 febbraio 2015, n. 32262, in *CED Cass.*, n. 264253; Cass., sez. I, 11 giugno 2008, n. 26329, *ivi*, 240872.

⁶¹ Cass., sez. un., 20 luglio 2017, n. 48126, in *CED Cass.*, n. 270938. In dottrina, v. S. Verzelletti, *Appello ex art. 322-bis c.p.p. per il terzo proprietario del bene confiscato con sentenza non definitiva: una garanzia incompressibile*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 2017; P. Spagnolo, *Sequestro, confisca e diritti dei terzi*, cit., p. 277 ss.

Preclusa sarà, certamente, la rivalutazione del *fumus commissi delicti*. Quand'anche si voglia ritenere superato l'indirizzo che considera sufficiente l'astratta sussumibilità del fatto in una determinata ipotesi di reato (vaglio, questo, non più sindacabile già a seguito del rinvio a giudizio)⁶², ed accedere alla tesi, che si sta facendo spazio in giurisprudenza, della necessità di gravi indizi di reato⁶³, o, ancora, pretendere, come sostenuto in dottrina⁶⁴, i gravi indizi di colpevolezza, fatto sta che il giudizio sul *fumus* è assorbito dalla sentenza di primo grado⁶⁵ e, sicuramente, non potrà essere il terzo a rimetterlo in discussione⁶⁶.

Analoga preclusione non dovrebbe operare, invece, con riguardo alla verifica di confiscabilità del bene, limitatamente, però, almeno in questo momento processuale⁶⁷, ai temi dell'appartenenza, della estraneità al reato e della buona fede, che attengono strettamente alla posizione del terzo e sui quali questi ha diritto ad interloquire anche *post rem iudicatam*.

Sicché il giudice della cautela, alla luce delle allegazioni della persona estranea al reato, potrà, sia pure in via incidentale ed ai soli fini cautelari, rivedere il giudizio di disponibilità del bene in capo all'imputato o l'eventuale valutazione di mala fede del terzo, alla cui formazione quest'ultimo non ha partecipato.

I RIMEDI CAUTELARI

Il terzo, dunque, nel corso dell'intero *iter* del procedimento di cognizione, può proporre riesame avverso il decreto di sequestro preventivo (art. 322 c.p.p.), richiedere la revoca della misura quando ne «risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità» (art. 321, comma 3, c.p.p.)⁶⁸, proporre appello avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di revoca (art. 322-bis c.p.p.) e presentare ricorso per cassazione, per violazione di legge, contro il decreto di sequestro o le ordinanze rese in sede di riesame o appello (art. 325 c.p.p.).

La legittimazione è, però, subordinata allo *status* di «persona alla quale le cose sono state sequestrate» o di «persona che avrebbe diritto alla loro restituzione» (artt. 322, 322-bis e 325 c.p.p.) ed è, in ogni caso, necessaria la sussistenza dell'interesse ad impugnare (artt. 568 e 591 c.p.p.).

Se una parte consistente della giurisprudenza ha misurato tale interesse «sulla possibilità del dissequestro, a prescindere dalla spettanza del diritto alla restituzione», purché sia concreto ed attuale⁶⁹, gli orientamenti più recenti tendono, invece, a circoscrivere l'ammissibilità dell'iniziativa entro i confini

⁶² La tesi fa capo a Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969, e trova ampi riscontri in giurisprudenza (*ex multis*, Cass., sez. I, 19 dicembre 2016, n. 51, in *Guida dir.*, 2017, 10, p. 88). Per orientamento radicato, inoltre, in materia di misure cautelari reali la proponibilità della questione relativa alla sussistenza del *fumus* del reato è preclusa a seguito del rinvio a giudizio reso all'esito dell'udienza preliminare, ma non anche dalla circostanza che il magistrato del pubblico ministero abbia disposto la citazione diretta a giudizio dell'imputato (tra le tante, Cass., sez. III, 23 giugno 2016, n. 19991, in *CED Cass.*, n. 269762).

⁶³ Cfr. Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 18954, in *CED Cass.*, n. 266789.

⁶⁴ Cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. Diddi, *Il sequestro a fini di confisca*, in AA. VV., *Sequestro e confisca*, cit., p. 189 ss.; P. Gualtieri, *Sequestro preventivo*, in AA. VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, II, *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, 2008, Torino, Utet, p. 368 ss.; M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, Cedam, 2005, p. 98 ss.; G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, p. 8.

⁶⁵ Fanno scuola, al riguardo, gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di misure cautelari personali (cfr., tra le tante, Cass., sez. III, 15 ottobre 2015, n. 45913, in *CED Cass.*, n. 265544).

⁶⁶ Ad avviso di P. Spagnolo, *Sequestro, confisca e diritti dei terzi*, cit., p. 282, invece, «se per l'imputato, dopo la pronuncia di merito, il *fumus* può ritenersi "assorbito" dalla decisione emessa, per il terzo rimasto estraneo a giudizio questo "assorbimento" non dovrebbe operare».

⁶⁷ Come si dirà *infra*, prima della sentenza di primo grado deve ritenersi che il terzo, nell'attivare i rimedi cautelari, possa contestare tutti i profili inerenti alla legittimità della misura.

⁶⁸ Nonostante la norma faccia riferimento soltanto alle «condizioni di applicabilità previste dal comma 1» (e relative, perciò, al sequestro impeditivo), non si dubita che la revoca possa essere disposta anche in mancanza (originaria o sopravvenuta) dei presupposti del sequestro funzionale alla confisca (così Cass., sez. III, 12 dicembre 2007, n. 4746, in *CED Cass.*, n. 238785; Cass., sez. IV, 14 gennaio 1999, n. 80, *ivi*, n. 213129).

⁶⁹ Cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 2011, n. 32977, in *CED Cass.*, n. 251091. L'interesse concreto ed attuale è ravvisato anche in quello di accertare la carenza del *fumus commissi delicti* o, comunque, di ottenere un risultato giuridicamente favorevole (Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 10029, in *CED Cass.*, n. 243075; Cass., sez. VI, 6 marzo 1998, n. 864, *ivi*, n. 210817), interesse che può, dunque, sussistere pure in capo all'indagato per fatti connessi (Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 3397, in *CED Cass.*, n. 254311).

della prospettazione di un rapporto con il bene che ne giustifichi la restituzione all'impugnante⁷⁰. Di conseguenza, sia l'indagato (o l'imputato), che la persona a cui le cose sono state sequestrate, intanto possono agire per ottenere la revoca, in quanto vantano il diritto alla restituzione della *res*.

Tale ultima tesi si riverbera, inevitabilmente, sulla posizione del terzo e impone di scandagliare l'ambito entro cui gli è riconosciuta la tutela cautelare.

Se si dovesse ritenere, come pure affermato in giurisprudenza, che la «persona estranea al reato» può azionare i rimedi cautelari esclusivamente per far valere l'appartenenza del bene e la buona fede, essendole precluso interloquire sugli ulteriori profili attinenti ai requisiti per l'adozione ed il mantenimento del vincolo⁷¹, allora legittimato e interessato sarebbe unicamente chi si assume proprietario e possessore.

Solo questi, infatti, fa valere una pretesa che si pone in conflitto con il potere ablatorio. I diritti reali di godimento o di garanzia, invece, pur sopravvivendo alla confisca, non la impediscono: i rispettivi titolari, nel far valere la loro situazione soggettiva, non possono contestare la «confiscabilità» del bene, né chiedere la revoca della misura, sicché non avrebbero titolo alla tutela cautelare, ma potrebbero far valere il loro diritto solo *in executivis*⁷².

La conclusione non convince. Essa, *in primis*, non trova adeguato aggancio normativo, non distinguendo, il codice, i vari legittimati quanto a diritto ad interloquire. Alcune preclusioni sono, quindi, prospettabili, in capo alle persone diverse dall'indagato, a contestare ogni aspetto inerente alla validità del titolo ed alla sussistenza (o persistenza) dei relativi presupposti, compreso ovviamente il *fumus boni iuris*. D'altro canto, se si pensa che il riesame ha effetto totalmente devolutivo, se ne ricava che il tribunale, a prescindere da chi sia l'impugnante, deve sottoporre a *screening* tutti i profili di legittimità della misura.

Pertanto, se si ritiene che l'unico interesse che rileva sia quello alla restituzione e che questo sia l'obiettivo cui tendono i rimedi cautelari, limitare le censure deducibili da parte del terzo che ha diritto alla restituzione produrrebbe risultati paradossali.

Da un lato, il proprietario, che non abbia anche il possesso del bene, perché gravato da altrui diritti reali o personali di godimento, non avrebbe «interesse» al gravame⁷³. Dall'altro, i possessori o i detentori qualificati, pur interessati alla restituzione, non potrebbero richiederla, qualora il loro spazio di intervento fosse limitato a far valere il diritto *in re aliena* acquisito in buona fede, diritto che, come detto, non esclude la confiscabilità e, pertanto, non consente la revoca della cautela reale.

Eppure, la prassi sostiene che tra le «persone aventi diritto alla restituzione» rientrino anche i titolari di diritti reali di godimento e garanzia, nonché i soggetti che abbiano il possesso o la detenzione⁷⁴.

Di conseguenza, nel momento in cui si afferma che è la morfologia delle misure cautelari reali a rendere indispensabile l'effetto di restituzione quale connotato essenziale ed imprescindibile dell'interesse al gravame⁷⁵, ne discende che il terzo, per conseguire l'obiettivo cui tende il rimedio, debba poter interloquire, tramite l'impugnazione o la richiesta di revoca, su tutti gli aspetti relativi alla legittimità della misura⁷⁶.

La tutela cautelare, così intesa, è offerta non solo al terzo proprietario, ma anche a chi vanti la restituzione in forza di diritti reali o personali di godimento o di diritti reali di garanzia che attribuiscono il possesso della *res* (si pensi al creditore pignoratizio)⁷⁷.

⁷⁰ Cfr., tra le altre, Cass., sez. V, 17 marzo 2017, n. 22231, in *CED Cass.*, n. 270132; Cass., sez. III, 17 maggio 2017, n. 47313, *ivi*, n. 271231; Cass., sez. III, 8 aprile 2016, n. 30008, *ivi*, n. 267336.

⁷¹ In questi termini, v. Cass., sez. VI, 14 settembre 2016, n. 42037, in *CED Cass.*, n. 268070; Cass., sez. I, 6 febbraio 2002, n. 14215, *ivi*, n. 221843.

⁷² In tal senso si esprime la più recente giurisprudenza in relazione alla posizione del terzo titolare di garanzia reale sul bene (*ex multis*, Cass., sez. V, 27 ottobre 2016, n. 1390, in *CED Cass.*, n. 268851).

⁷³ Cfr. Cass., sez. III, 25 giugno 2013, n. 42144, in *CED Cass.*, n. 257369.

⁷⁴ Cass., sez. III, 22 aprile 2010, n. 26196, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4388.

⁷⁵ Così, in parte motiva, Cass., sez. III, 25 maggio 2016, n. 43264, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 70.

⁷⁶ In senso contrario, v. L. Capraro, *Confisca, sequestro e tutela del terzo*, cit., p. 408, la quale, pur riconoscendo che il terzo ha la possibilità di chiedere la revoca della misura, qualora ne risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni, esclude, però, che con il riesame o con l'appello possa «provocare un controllo sulla legittimità del provvedimento ai fini dell'annullamento del medesimo; tale diritto spetta infatti esclusivamente all'indagato».

⁷⁷ Cfr. Cass., sez. V, 31 ottobre 2014, n. 2319, in *CED Cass.*, n. 262842, che riconosce l'interesse del creditore pignoratizio ad impugnare il decreto di sequestro preventivo «purché dimostri che il provvedimento ablativo abbia prodotto una lesione nella sua sfera giuridica e la sua eliminazione o la riforma determinino risultati a lui favorevoli».

In questa lettura, i congegni volti ad ottenere la revoca del sequestro si presentano, per il terzo estraneo al procedimento, sia come mezzi per rivendicare l'esclusiva titolarità e disponibilità del bene conseguita in buona fede, sia come strumenti per ottenerne la restituzione allorché difettino o siano venute meno le condizioni del vincolo.

Ulteriore problema si pone con riferimento ai rapporti tra i successivi giudizi impugnatori azionati dall'indagato (o imputato) o dal terzo. Anche restringendo l'interesse ad impugnare alla sola restituzione del bene, ben possono attivarsi, su iniziativa di soggetti diversi e in tempi differenti, plurimi gravami. Si pensi al riesame esperito dall'indagato, ritenuto nella disponibilità del bene, ed a quello proposto, in altro momento (in ragione, semmai, della diversa data di conoscenza della misura), dal terzo che contesti tale disponibilità ed affermi l'effettività dell'intestazione.

In tale evenienza, sembra preferibile la tesi volta da escludere che, dall'identità della materia cautelare, possano discendere preclusioni quando le parti siano diverse⁷⁸. Il terzo, non citato o non intervenuto nel giudizio di impugnazione da altri instaurato⁷⁹, potrà, quindi, far valere tutte le doglianze riguardanti la sussistenza del *fumus* e la confiscabilità del bene⁸⁰.

Apertis verbis, non pare sostenibile che la preclusione endoprocedimentale derivante dal c.d. giudicato cautelare possa valere *ultra partes*, pena la vanificazione della tutela offerta al terzo in corso di procedimento.

LA TUTELA IN EXECUTIVIS

A prescindere dal se abbia o meno agito in sede cautelare, il terzo può difendersi dalla pronuncia di confisca solo *post iudicatum*, invocando l'intervento del giudice dell'esecuzione⁸¹.

Chiaramente, in tale fase – in cui non si discute più del vincolo cautelare e della restituzione del bene – il terzo è legittimato a far valere esclusivamente la «appartenenza», la «estraneità» e la buona fede. Formatosi il giudicato sulla sussistenza del fatto, sulla penale responsabilità dell'imputato e sulla confiscabilità del bene nei confronti di quest'ultimo⁸², l'unica pretesa invocabile è inerente alla titolarità in buona fede di diritti che impediscano la confisca (*proprietà*) o ad essa sopravvivano (*diritti reali di godimento o garanzia*).

Ciò è coerente con i caratteri della giurisdizione esercitabile *in executivis*, che ha ad oggetto il titolo esecutivo ed involge la cognizione, non solo sui profili relativi all'esecutività ed all'eseguibilità del comando, ma anche sulla legalità sostanziale di quanto disposto con la sentenza divenuta irrevocabile.

Essendo in gioco il rispetto del principio di legalità penale – la non «appartenenza» della cosa a «persona estranea al reato» è, come detto, condizione di legalità della confisca – ben può il giudice entrare nel merito della pretesa in tal senso avanzata⁸³, sulla quale in sede cognitiva non ci si è potuti pronunciare stante la mancata partecipazione al processo di chi vanta il diritto sulla *res*.

Il problema attiene, piuttosto, alla effettività del rimedio.

Sebbene la sentenza passata in giudicato non faccia stato (nel senso della sua immodificabilità) nei confronti del terzo quanto alla confisca⁸⁴, non v'è dubbio che l'accertamento ivi contenuto circoscriva

⁷⁸ Così Cass., sez. III, 26 marzo 2014, n. 28565, in *Cass. pen.*, 2015, p. 719.

⁷⁹ Sul diritto di intervento del terzo, v. Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 25932, in *CED Cass.*, n. 239697; Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 25933, *ivi*, n. 239700.

⁸⁰ Cass., sez. III, 27 gennaio 2010, n. 8179, in *CED Cass.*, n. 246219.

⁸¹ Già nel vigore del codice «Rocco» era stata riconosciuta la legittimità del ricorso, da parte del terzo estraneo al procedimento, all'incidente di esecuzione avverso la sentenza irrevocabile che avesse illegalmente disposto la confisca delle cose sequestrate (cfr. E. D'Angelo-A. Scaglione, *Gli incidenti di esecuzione del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 288 ss.). *Contra*, in dottrina, si era espresso E. Battaglini, *Incidente di esecuzione in tema di confisca*, in *Giust. pen.*, 1943, IV, c. 235 ss.

⁸² Sulle problematiche connesse alla formazione del giudicato sulla decisione di confisca contenuta nella sentenza, v. A.M. Capitta, *Poteri del giudice dell'esecuzione e intangibilità sulla confisca*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3704 ss.

⁸³ Sul ruolo di «garante della legalità del titolo» riconosciuto al giudice dell'esecuzione, cfr. D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 167. Costante è, del resto, in dottrina, la configurazione della giurisdizione esecutiva come «garanzia» predisposta per «verificare la legittimità del titolo esecutivo» (v., per tutti, A.A. Dalia-M. Ferrioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, Cedam, 2018, p. 63).

⁸⁴ In giurisprudenza, in effetti, si riconosce che il provvedimento di confisca dei beni sequestrati, contenuto in sentenza, fa stato nei confronti dei soggetti che hanno partecipato al procedimento di cognizione, con la conseguenza che solamente i terzi

l'ambito cognitivo del giudice dell'esecuzione. Tale accertamento già può avere interessato la posizione sostanziale dell'*extraneus* e, comunque, ha quantomeno condotto alla verifica, in senso affermativo, della disponibilità del bene in capo all'imputato, quale presupposto legittimante la misura.

D'altro canto, nel giudizio esecutivo confluiscono e sono utilizzabili tutti gli elementi di prova acquisiti nel procedimento di cognizione, seppure senza la partecipazione del soggetto (il terzo) sulla cui sfera giuridica la decisione di confisca riverbera (in tesi) i suoi effetti pregiudizievoli⁸⁵.

È da considerare, altresì, la fisionomia del controllo affidato al giudice *post iudicatum*, che non ha certo natura impugnatoria⁸⁶. Si interviene sulle statuizioni della sentenza non perché frutto di errori di giudizio, bensì per adeguarle ad esigenze di giustizia sostanziale e di legalità penale collegate ad eventi estranei alla formazione del giudicato⁸⁷. Non è possibile, di conseguenza, decidere, in senso difforme, su questioni già definitivamente risolte con la sentenza di merito⁸⁸.

In quest'ottica, l'esigenza di rimediare allo squilibrio derivante dalla mancata partecipazione al procedimento di chi afferma essere il destinatario del provvedimento ablativo, se impedisce di considerare intangibile, nei suoi confronti, la pronuncia ablatoria, non consente, però, di trasformare l'incidente di esecuzione in una sorta di impugnativa «straordinaria». Ciò significa che alla revoca o alla modifica della decisione non si possa pervenire in forza di una diversa valutazione del medesimo compendio probatorio o di una riconsiderazione, quand'anche sulla base di dati diversi, dei fatti già irrevocabilmente accertati.

Al giudice dell'esecuzione compete, invece, il vaglio sulla legalità della misura, alla luce di una posizione sostanziale («appartenenza», «estraneità» e «buona fede») che, nella specifica portata e ricostruzione dedotta dal terzo, non sia già entrata nel processo. Entro questi confini, non pare potersi mettere in discussione che l'organo giurisdizionale disponga di ampi spazi cognitivo-accertativi. Il terzo, da parte sua, ben può allegare (anzi, deve, stante l'accertamento già compiuto) tutti gli elementi volti a rappresentare i fatti fondativi della sua pretesa⁸⁹.

È chiaro, tuttavia, che, nonostante gli ampi «margini di manovra che l'ordinamento processuale riconosce alla giurisdizione esecutiva»⁹⁰, unitamente al potere di assumere mezzi di prova nel rispetto del contraddittorio (art. 666, comma 5, c.p.p.), in tale fase difetta il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla prova a vantaggio degli interessati⁹¹. Tale aspetto, alla luce del peculiare *status* del terzo, de-

che non abbiano rivestito la qualità di parte nel processo in cui sia stata disposta la confisca sono legittimati a far valere davanti al giudice dell'esecuzione i diritti vantati sui beni confiscati con sentenza irrevocabile (Cass., sez. I, 11 novembre 2011, n. 3311, in *CED Cass.*, n. 251845; Cass., sez. I, 9 marzo 2007, n. 18222, *ivi*, n. 237360; Cass., sez. V, 11 luglio 2001, n. 34705, *ivi*, n. 219862).

⁸⁵ Cass., sez. I, 5 giugno 2013, n. 30319, in *CED Cass.*, n. 256214, che riconosce, peraltro, al terzo il diritto di «fornire prove valide e conducenti in proprio favore».

⁸⁶ La conclusione è assolutamente pacifica sia in dottrina (v., per tutti, F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, Giapichelli, 1992, p. 251), che in giurisprudenza (*ex multis*, Cass., sez. I, 27 febbraio 2001, n. 18964, in *CED Cass.*, n. 218926).

⁸⁷ Cfr. Dean, *La revisione*, Padova, Cedam, 1999, 11, il quale evidenzia come i rimedi operanti in fase esecutiva assecondano «esigenze di giustizia "postume"».

⁸⁸ Tale divieto è ricavato dall'art. 671 c.p.p., con il quale il legislatore, nel riconoscere il potere di applicare la disciplina del concorso formale o del reato continuato solo quando «non sia stata esclusa dal giudice della cognizione», ha inteso tracciare i confini della giurisdizione esecutiva (cfr. D. Vigoni, *Relatività del giudicato*, cit., p. 311). In dottrina si è, altresì, osservato che, per comprendere «quale sia l'effettivo stato di flessione del canone dell'intangibilità», è sufficiente «porre mente alla possibilità contemplata dall'art. 671 c.p.p. di riconoscere in sede esecutiva la continuazione o il concorso formale tra reati giudicati separatamente» (così A. Gaito-G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 19). Per analoghe considerazioni, sia consentito anche il rinvio a P. Troisi, *La rideterminazione della pena per i reati satellite nel "giudizio" della fase esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1810 ss.

⁸⁹ Cass., sez. I, 20 giugno 2013, n. 30738, in *CED Cass.*, n. 256633, che, nel riconoscere la possibilità dell'ingresso, ad iniziativa del terzo, di «nuovi elementi – secondo una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme – volti a elidere in tutto od in parte gli effetti di un provvedimento ablativo, adottato senza contraddittorio con il terzo interessato», la subordina, tuttavia, alla circostanza che «la questione posta dal terzo non sia stata esaminata espressamente nel giudizio che ha dato luogo alla confisca (per non essere stata posta dalla difesa dell'imputato, né valutata in via incidentale in un procedimento di impugnazione del sequestro)».

⁹⁰ Così, in motivazione, Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Cass. pen.*, 2015, p. 28.

⁹¹ In senso contrario, v. S. Lorusso, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 256, il quale, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata del disposto degli artt. 666, comma 5, c.p.p. e 185 norme att. c.p.p., ritiene che alle parti del procedimento di esecuzione vada riconosciuto «il potere di richiedere l'ammissione (e l'assunzione) di mezzi di prova di qualsiasi natura (ivi compresa la prova documentale), rispetto ai quali i parametri di ammissione (e di valutazione) applicabili dovranno essere, in assenza di diversa previsione, quelli delineati per il procedimento di cognizione».

termina un vuoto di tutela difficilmente colmabile, proprio considerando che questi subisce una sanzione dall'elevata carica afflittiva all'esito di un giudizio a cui non può partecipare e senza che gli sia mai riconosciuto (in sede cautelare o esecutiva) il diritto alla prova⁹².

Le cadenze procedurali confermano, d'altro canto, un incedere di stampo inquisitorio. Alla richiesta con la quale la persona estranea al processo reagisce alla confisca, il giudice risponde con ordinanza resa «senza formalità». Solo l'opposizione consente, finalmente, l'instaurazione del contraddittorio, ma dinanzi allo stesso giudice che ha già deciso, sia pure *de plano*, e che potrebbe essere il medesimo che ha pronunciato la sentenza (artt. 676 e 667, comma 4, c.p.p.). Analogo *iter* (decisione *de plano*-opposizione) connota l'evenienza della confisca ordinata per la prima volta in fase esecutiva. L'unico mezzo di impugnazione offerto al terzo, in entrambi i casi, è il ricorso per cassazione.

Pare evidente, insomma, che il procedimento di applicazione della confisca nei confronti del terzo non risponda appieno ai canoni del giusto processo. Non vale a compensare il difetto di garanzie procedurali la riconosciuta possibilità di richiedere la pubblicità dell'udienza⁹³.

I NUOVI ORIZZONTI: LA CITAZIONE NEL GIUDIZIO DI COGNIZIONE

Nel delineato contesto, va salutata con favore la previsione tesa a riconoscere che «nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo» (art. 104-bis, comma 1-*quinques*, norme att. c.p.p.).

La norma è certamente innovativa per il procedimento penale. Nondimeno, per come approntata dal legislatore, lascia aperte delicate questioni esegetiche, sia in ordine all'ambito di applicabilità, che con riguardo al ruolo ed ai poteri che i terzi assumono nel processo.

La disposizione è il frutto dell'interpolazione, ad opera della l. n. 161 del 2017, di un comma 4-*quinques* nell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, regolante la confisca allargata. La *sedes materiae*, pur in assenza di qualsiasi espressa indicazione, rendeva evidente la riferibilità dell'obbligo di citazione ai casi di sequestro funzionale alla confisca per sproporzione, sulla scia della tendenza ad avvicinare, pur nelle inevitabili differenze, la disciplina sostanziale e processuale di tale misura a quella della confisca di prevenzione, in cui è regolamentata, da tempo, la partecipazione dei terzi al procedimento (art. 23 d.lgs. n. 159 del 2011).

Semmai la circostanza che il comma 4-bis del citato art. 12-*sexies*, come modificato sempre dalla l. n. 161 del 2017, prevedeva l'estensione delle disposizioni sostanziali in materia di tutela dei terzi dettate dal codice antimafia, non solo ai casi di sequestro e confisca allargata, ma anche a tutte le ipotesi di sequestro e confisca in procedimenti per reati di criminalità organizzata (art. 51, comma 3-bis, c.p.p.), induceva a ritenere che l'obbligo di citazione riguardasse anche questi ultimi procedimenti⁹⁴. Da escludere ne era, invece, l'applicabilità a tutte le altre fattispecie di confisca⁹⁵.

Per effetto del d.lgs. n. 21 del 2018, le previsioni di cui ai commi 4-bis e 4-*quinques* sono confluite, rispettivamente, nei commi 1-*quater* e 1-*quinques* dell'art. 104-bis norme att. c.p.p., la cui rubrica è divenuta: «Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela

⁹² Nel sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 573, 579 e 593 c.p.p., nella parte in cui non prevedono, a favore di terzi incisi nel diritto di proprietà per effetto della sentenza di primo grado, la facoltà di proporre appello sul solo capo contenente la statuizione di confisca (questione poi dichiarata inammissibile da C. cost., sent. 6 dicembre 2017, n. 253, cit.), Cass., sez. I, ord. 14 gennaio 2016, n. 8317, in *Ilpenalista.it*, aveva osservato che la dimensione ontologica dell'incidente di esecuzione «non assicura la pienezza dei diritti difensivi, posto che da un lato realizza solo in via mediata il diritto alla prova del soggetto istante», e, dall'altro, che, nella sua dimensione cognitiva, «risulta indubbiamente influenzato dalla esistenza della decisione irrevocabile posta a monte».

⁹³ C. cost., sent. 15 giugno 2015, n. 109, in *Giur. cost.*, 2015, p. 867, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, c.p.p., 667, comma 4, e 676 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica. La Corte, peraltro, pone in evidenza come il provvedimento ablativo possa «colpire un soggetto rimasto estraneo al giudizio di cognizione e che non ha avuto, quindi, neppure la possibilità di fruire della garanzia della pubblicità delle udienze nell'ambito di detto giudizio».

⁹⁴ V. P. Spagnolo, *Sequestro, confisca e diritti dei terzi*, cit., 285; G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca*, cit., p. 22.

⁹⁵ L'interrogativo è posto da L. Capraro, *Confisca, sequestro e tutela del terzo*, cit., p. 411.

dei terzi in giudizio». Sebbene la consecutività dei due commi suggerisce, ancora, di riferire l'obbligo di citazione unicamente ai casi di confisca allargata o per reati di criminalità organizzata, la rinnovata collocazione sistematica e il generico riferimento in rubrica alla «tutela dei terzi in giudizio» forniscono nuovi argomenti per intendere, come generale, la tutela offerta dalla norma.

Ciò consentirebbe di uniformare la posizione processuale del terzo, evitando disparità di trattamento di difficile giustificazione costituzionale e pattizia⁹⁶, con l'auspicio di una rimeditazione dell'universo delle confische, in vista di una disciplina finalmente organica.

D'altro canto, un sistema che permette l'irrogazione di una sanzione penale (la confisca) senza, nel contempo, assicurare, a chi la subisce, la partecipazione al relativo procedimento mal si concilia con le garanzie del carattere personale della responsabilità, della presunzione di non colpevolezza, del diritto di difesa e del contraddittorio. Eloquenti, in tal senso, sono i moniti della giurisprudenza europea, che ha ritenuto incompatibile con il principio di colpevolezza convenzionale (art. 7 Cedu) il provvedimento di confisca urbanistica applicato «a persone fisiche o giuridiche che non sono parti del procedimento»⁹⁷.

Plurimi sono, dunque, gli argomenti a favore dell'estensione – per via esegetica o legislativa – del disposto dell'art. 104-bis, comma 1-*quinques*, norme att. c.p.p. ad ogni ipotesi di confisca da reato⁹⁸.

Quanto alla portata della norma, restano incerte modalità e tempi della citazione, conseguenze dell'omessa *vocatio*, meccanismi di costituzione in giudizio, estensione del diritto alla prova, riconoscimento del diritto di impugnazione, operatività nei riti alternativi al dibattimento. Insomma, il legislatore ha gettato l'amo, rimettendo, poi, alla prassi interpretativa il compito di forgiare lo statuto processuale della «persona estranea al reato» in sede cognitiva, con il rischio di vertiginose oscillazioni e ampi spazi di creatività.

È chiaro che il modello di riferimento è quello delle parti eventuali; che il diritto di difesa ed il diritto alla prova debbano essere confinati all'accertamento dell'appartenenza, dell'estraneità e della buona fede; che va riconosciuto, nonostante si tratti di materia in cui vige il principio di tassatività, il diritto all'impugnazione, in modo da soddisfare appieno le garanzie richieste dalla direttiva 2014/42/UE (art. 8); che alla citazione debba provvedersi in ogni momento processuale in cui al giudice sia demandata la cognizione sui presupposti dell'ablazione.

La citazione è disposta a favore dei «terzi titolari di diritti reali o personali di godimento». La formula va letta nel senso che debbano essere citati sia i titolari di diritti reali (proprietà, diritti reali di godimento e di garanzia), che i titolari di diritti personali di godimento⁹⁹. Volendola intendere diversamente (agganciando, cioè, «di godimento» sia a «diritti reali», che «personali») rimarrebbe escluso dalla ci-

⁹⁶ Cfr. G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca*, cit., p. 22.

⁹⁷ Si tratta di Corte e.d.u., 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, cit., che, in una fattispecie di confisca urbanistica applicata a persone giuridiche che non avevano partecipato a nessun tipo di procedimento giudiziario, muovendo dalla considerazione che il principio di colpevolezza (art. 7 Cedu) – così come la presunzione di innocenza (art. 6, par. 2, Cedu) – osta all'irrogazione di una sanzione penale nei confronti di un individuo senza che la sua responsabilità personale sia stata previamente accertata e dichiarata ed implica il divieto di responsabilità per fatto altrui, ha affermato che «un provvedimento di confisca applicato, come nel caso di specie, a persone fisiche o giuridiche che non sono parti del procedimento, è incompatibile con l'articolo 7 della Convenzione» (cfr. §§ 251 e 271-274). Sui riflessi di tale pronuncia nell'ordinamento interno, cfr. G. Ranaldi, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2018, 3, p. 22 ss., secondo cui, stante il divieto sancito dalla Corte di Strasburgo di applicazione della confisca urbanistica nei confronti delle persone fisiche e giuridiche che non siano state «parti in causa», «è ragionevole ritenere che lo Stato italiano dovrà, a seconda dei casi, porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti coloro che si trovino nelle medesime condizioni dei ricorrenti del caso G.I.E.M. ed altri v. Italia».

⁹⁸ In effetti, una volta introdotto l'obbligo di citazione nei casi di confisca allargata – di cui la dottrina ne ha ben evidenziato il carattere punitivo (L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 63; E. Nicosia, *La confisca*, cit., p. 15; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 524), pur essendo ritenuta in giurisprudenza «misura di sicurezza atipica» (così Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182) – a maggior ragione andrebbe esteso alla confisca per equivalente, la cui natura sanzionatoria (come per la confisca urbanistica) è oramai ampiamente riconosciuta (v., per tutte, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *CED Cass.*, n. 264437; in dottrina cfr., *ex multis*, D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali*, cit., p. 249 ss.; *contra*, A.M. Maugeri, voce *Confisca*, cit., p. 200; E. Nicosia, *La confisca*, cit., p. 151). Né avrebbe senso trattare diversamente, dal punto di vista processuale, la confisca diretta, in relazione alla quale ancora si discorre di misura di sicurezza.

⁹⁹ Così intesa, la previsione si collega alla tutela sostanziale offerta, nei casi di confisca allargata o per reati di criminalità organizzata, dagli artt. 52 e ss. del codice antimafia, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 104-bis norme att. c.p.p.

tazione non solo il creditore munito di garanzia reale¹⁰⁰, ma anche il proprietario dei beni ritenuti nella disponibilità dell'imputato. Il che sarebbe irragionevole.

L'obbligo di citazione sorge, peraltro, solo in caso di sequestro preventivo prima dell'avvio del processo. Al terzo che, per avventura, sia raggiunto dal sequestro in un momento successivo o, direttamente, dalla confisca, rimarrebbe solo la tutela cautelare e *in executivis*.

Una chiosa finale.

La nuova previsione si inserisce, sia pure indirettamente e con finalità di garanzia, nella tendenza a far confluire, sempre più, nel processo penale istanze eterogenee. Con la dilatazione, di matrice prevalentemente giurisprudenziale, del concetto di «danneggiato», la citazione degli enti per la responsabilità da reato e, oggi, l'intervento in giudizio dei terzi (che, nelle vicende processuali più complesse, potrebbero essere in numero consistente), l'imputato assume, oramai, un ruolo di «comprimario».

Il rischio di processi elefantiaci, che si è tentato di prevenire riducendo i casi di connessione, si ripresenta con riferimento alle parti eventuali.

Per la tutela dei terzi, si sarebbe potuto rispolverare il modello bifasico accantonato in sede di riforma, per rinviare alla fase *post iudicatum* la decisione sulla confisca, ma con uno schema procedimentale che, eliminata l'ipoteca di un accertamento già cristallizzato nella sentenza irrevocabile, garantisca la pienezza del diritto di difesa, del diritto alla prova e del diritto all'impugnazione.

¹⁰⁰ Nel senso che la norma escluderebbe la citazione dei terzi titolari di diritti reali di garanzia sui beni in sequestro, v. C. Forte, *Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi*, cit., p. 154; A.M. Maugeri, *La riforma della confisca*, cit., p. 13. Ad avviso di P. Corvi, *La confisca in casi particolari*, cit., p. 53, invece, la citazione di questa categoria di soggetti sarebbe, in ogni caso, garantita dall'art. 23 d.lgs. n. 159 del 2011, e ciò perché il rinvio alle disposizioni dettate dal codice antimafia, operato dall'art. 104-bis, comma 1-quater, norme att. c.p.p., non riguarderebbe «il solo Titolo IV concernente la tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali (artt. 52-65) ma più genericamente le disposizioni in materia di tutela dei terzi, tra le quali rientra a pieno titolo l'art. 23».