

Dossier
Atti di un procedimento penale

Prescrizione del reato e confisca: diritto al doppio grado di merito *in executi-*
vis

Mario Antinucci

1. Il Giudice dell'esecuzione, chiamato a pronunciarsi sulla questione se la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato, obbligatoria ai sensi del capoverso dell'art. 240 c.p., possa essere disposta in assenza di una sentenza di condanna e segnatamente quando sia intervenuta estinzione del reato, ammette l'incidente di esecuzione richiesto dal p.m.

Emblematica non meno che singolare la vicenda storica su cui s'innesta la *quaestio iuris*: estinto il reato ipotizzato per prescrizione e divenuto irrevocabile il provvedimento di archiviazione con cui viene disattesa la richiesta di confisca della *res*, il Giudice ammette l'incidente di esecuzione promosso dal p.m. quale rimedio per vedere accolta la richiesta di confisca precedentemente disattesa con un provvedimento nel frattempo divenuto inoppugnabile.

Successivamente il giudice dell'esecuzione, a seguito di una pluralità di udienze destinate all'assunzione di prove documentali e di testimonianze, ha disposto la confisca della *res* nei confronti del terzo estraneo incolpevole titolare dello stesso bene.

Proposto ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. dal terzo interessato ed acquirente in buona fede incolpevole, la Corte di cassazione con sentenza ha convertito il ricorso in opposizione ai sensi dell'art. 676 c.p.p., enunciando inequivocabilmente il principio di diritto della non rinunciabile necessità che in tema di confisca sia assicurato a tutti i soggetti interessati un doppio grado di giudizio di merito.

L'attenzione dell'interprete s'appunta su tre profili:

- a) l'asserita compatibilità della confisca con la prescrizione;
- b) la pretesa ammissibilità dell'incidente di esecuzione quale rimedio avverso provvedimenti inoppugnabili;
- c) il diritto al doppio grado di giudizio di merito *in executivis*.

2. Le recenti Sezioni Unite “De Maio” hanno chiaramente affermato il principio secondo cui la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato prevista obbligatoriamente dall’art. 240, co. 2, n. 1, c.p.p., non può essere disposta nel caso di estinzione del reato¹.

In proposito si registra un significativo passo in avanti delle più recenti pronunce di legittimità, soprattutto in tema di prescrizione e confisca, come nel caso della sentenza “Costanza”² con la quale gli ermellini hanno precisato che la confisca dei terreni abusivamente lottizzati può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato ove però sia accertata, nell’ambito di un giudizio che assicuri la possibilità di contraddittorio tra le parti, la sussistenza del reato sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo. Importante sottolineare che nella specie la Corte abbia escluso la legittimità sia della confisca sia del pregresso sequestro ad essa funzionale a fronte di una prescrizione del reato intervenuta ancor prima dell’esercizio dell’azione penale.

«Non pare più possibile – si osserva nella Rassegna penale 2009 del Massimario – *disporre la confisca nei confronti dei terzi acquirenti di buona fede, ritenuta legittima fino a qualche anno fa ... ed infatti la giurisprudenza anche sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo si sta consolidando in senso opposto (Sez. VI, 18 febbraio 2009, Molon, in Mass. Uff., n. 243127; Sez. III, 12 dicembre 2008, Scalici, in Mass. Uff., n. 243395; Sez. III, 24 ottobre 2008, Silvioli, in Mass. Uff., n. 241703)*» .

3. L’incidente di esecuzione è un mezzo di controllo sul titolo esecutivo finalizzato al riesame di questioni afferenti l’eseguibilità del titolo e può essere proposto per controversie inerenti l’esecuzione di qualsiasi provvedimento anche nel corso del giudizio di cognizione, sempreché non sia previsto per lo stesso un apposito mezzo di impugnazione, né sia suscettibile di modifica o revoca da parte del medesimo giudice che lo ha adottato.

Il Giudice dell’esecuzione nella specie applica un diverso modello ermeneutico secondo cui il p.m., dolendosi di un provvedimento negativo ormai innoppugnabile, possa azionare il rimedio dell’incidente di esecuzione onde perseguire l’opposto risultato ed “imporre” la confisca, epilogo possibile qualora si prendano le mosse dalla teoria della confisca come “sanzione amministrativa” applicata in via di supplenza dal Giudice penale nei confronti dei terzi estranei al fatto.

¹ Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2008, De Maio, in *Cass. Pen.*, 2009, 1392.

² Cass., Sez. III, 19 maggio 2009, Costanza, in *Mass. Uff.*, n. 244247.

In via preliminare, l'inammissibilità ed irritualità della riproposizione di tale questione – vero e proprio “strappo” al principio di tassatività delle impugnazioni e dei controlli – doveva essere eccepita dal Giudice in applicazione dell'art. 666, co. 2, c.p.p., con la conseguente declaratoria di manifesta infondatezza di una richiesta che costituisce la mera riproposizione di una precedentemente rigettata, basata sui medesimi elementi.

4. La Corte di cassazione ha da ultimo precisato³ che in armonia con un consolidato indirizzo della giurisprudenza interna⁴ in materia di confisca, il provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione ex art. 676 c.p.p. è comunque impugnabile nelle forme dell'opposizione ex art. 667, co. 4, c.p.p. e non già attraverso il ricorso per cassazione, con la conseguenza che il giudice di legittimità eventualmente investito dell'impugnazione, in attuazione del principio di conservazione di cui all'art. 568, co. 5, c.p.p. non può dichiararla inammissibile ma deve qualificarlo come opposizione e trasmetterlo al giudice dell'esecuzione.

In questo senso, in caso di preteso controllo diretto in Cassazione, ha osservato il Supremo collegio, *«il ricorrente viene privato della fase di rivalutazione del provvedimento da parte del giudice dell'esecuzione il quale, al contrario del giudice di legittimità, ha cognizione piena delle doglianze ed è il giudice deputato a prendere in esame tutte le questioni che il ricorrente non è stato in grado di sottoporre ad un giudice di merito in quanto sostanzialmente privato di un grado di giudizio in una materia in relazione alla quale il legislatore ha previsto la fase dell'opposizione proprio per la sua peculiarità»*⁵.

Prendendo le mosse dallo spirito europeo della decisione della Cassazione, si osserva che l'art. 4, § 2, VII Protocollo aggiuntivo alla C.e.d.u., l'art. 3 del medesimo Protocollo e l'art. 14 § 6 P.i.d.c.p. contribuiscono alla ricostruzione del concetto di diritto al doppio grado di giudizio, cioè a dire «del controllo dell'errore e della sua riparazione come vero e proprio diritto soggettivo dell'accusato degno di tutela rispetto all'intero spazio giuridico europeo, precipitato diretto della garanzia massima del diritto ad un processo equo»⁶.

³ Cass., Sez. I, 22 febbraio 2011, Clark W.S., in *Giur. It.*, 2011, 1976,

⁴ Cass., Sez. VI, 22 settembre 2010, in *Mass. Uff.*, n. 248634; Id., Sez. V, 26 maggio 2009, *ivz*, n. 245130; Id., Sez. I, 13 novembre 2008, *ivz*, n. 242510.

⁵ Cass., Sez. I, 26 settembre 2007, in *Mass. Uff.*, n. 23750.

⁶ Così CARINI, *Errore e rimedio*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, 262.

Ed è certo che la garanzia del doppio grado di merito rientri a pieno titolo tra i requisiti essenziale dell'“esecuzione leale” che in letteratura⁷ esprime la profonda esigenza di aggiornamento delle scadenze e degli schemi formali dell'esecuzione penale rispetto alle regole del giusto processo europeo, con inevitabili implicazioni in materia di confisca e di procedimento di esecuzione.

D'altra parte, i connotati di sicura giurisdizionalità che caratterizzano il processo di esecuzione si sono venuti ulteriormente ad esaltare alla luce dei più recenti apporti che hanno contrassegnato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, di riflesso, quella costituzionale in materia⁸.

Pur mantenendo le proprie peculiari connotazioni, il procedimento di esecuzione è ormai pervenuto ad una compiuta giurisdizionalizzazione e ad una piena assimilazione al processo ordinario di cognizione, essendo caratterizzato, al pari di quest'ultimo, dai principi coessenziali al giusto processo, identificati dal novellato art. 111 Cost. nella presenza di un giudice terzo e imparziale e nel contraddittorio delle parti in posizione di parità.

5. Sembra tuttavia opportuno dare conto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul tema in questione, evidenziando per altro verso in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità la natura non incontrovertita⁹ della possibilità per la Cassazione di convertire il ricorso in opposizione ai sensi dell'art. 568, co. 5, c.p.p. Secondo l'orientamento prevalente in materia di confisca, il provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione non *de plano*, bensì, irruotabilmente, a seguito d'udienza camerale, è comunque impugnabile nelle forme dell'opposizione e non già attraverso il ricorso per cassazione, con la conseguenza che il giudice di legittimità eventualmente investito dell'impugnazione non può dichiararla inammissibile, ma deve qualificarla come opposizione e disporre la trasmissione al giudice dell'esecuzione¹⁰.

Muovendo da opposte premesse, è stato precisato che in questi casi, imporre la proposizione dell'opposizione davanti allo stesso giudice (dell'esecuzione), che ha già nel precedente contraddittorio ha respinto le richieste dell'interessato, appare del tutto inutile, oltre che destinata ad avere un esito negativo scontato, finendo con il ritardare l'effettivo momento di garanzia.

⁷ GAITO - RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005.

⁸ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 10.

⁹ Cass., Sez. Un., 31 ottobre 2001, n. 45371, Bonaventura, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2002, 40; Id., Sez. Un. 31 ottobre 2001, De Palma, in *Cass. Pen.*, 2002, 971.

¹⁰ Cass., Sez. I, 13 novembre 2008, n. 1008, in *Mass. Uff.*, n. 242510.

In tal senso si è detto «è immediatamente proponibile ricorso per cassazione avverso il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione abbia irrisolvemente provveduto, in materia di confisca, a norma dell'art. 666, co. 3, c.p.p., anziché "de plano" come previsto dall'art. 667, co. 4, c.p.p., in quanto la procedura adottata pone in essere un'anticipata garanzia del contraddittorio, che sarebbe stato altrimenti introducibile solo a seguito dell'opposizione dell'interessato avverso il provvedimento assunto senza formalità»¹¹.

Il procedimento incidentale di esecuzione si conclude con ordinanza da notificare per estratto agli interessati e da comunicare al p.m.: l'adempimento è preordinato all'esperibilità del ricorso per cassazione, consentito anche al difensore.

In modo pressoché unanime in letteratura¹² e giurisprudenza¹³ si osserva che le decisioni terminative del giudice dell'esecuzione sono revocabili, come tali insuscettibili di passare in giudicato: invano si cercherebbe nel codice una norma che sancisca l'efficacia preclusiva delle decisioni adottate dal giudice dell'esecuzione, le quali – per oggetto e struttura – rimangono indiscutibilmente estranee alla disciplina del *ne bis in idem*.

Diversamente, il procedimento *de plano* rappresenta nel sistema il modulo per la soluzione di tutte le questioni esecutive, per così dire, a scarsa potenzialità dialettica in cui l'esigenza di tutela sostanziale dei diritti degli interessati viene salvaguardata dalla possibilità di proporre *ex postea* opposizione davanti allo stesso giudice (artt. 667, 672 e 676 c.p.p.).

L'opposizione testimonia un'insoddisfazione dell'istante che dichiara di voler concorrere dialetticamente alla formazione di una nuova pronuncia avente ad oggetto la medesima *res*, decisa con l'ordinanza opposta. Donde la condotta dell'opponente *ex art.* 667, co. 4, c.p.p. supera la presunzione legislativa di scarsa dialetticità delle questioni risolubili *de plano* manifestando l'urgenza di un intervento "ordinario" del giudice dell'esecuzione: per l'effetto il giudice dell'opposizione, che è lo stesso giudice-ufficio che ha adottato il provvedimento gravato, rivisita nello stesso grado ed in nuova fase processuale il medesimo *thema*, perseguendo la riparazione di possibili errori della decisione

¹¹ Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2007, Marchiorato, in *Mass. Uff.*, n. 238157; Id., Sez. I, 2 dicembre 1996, Di Giannantonio, in *Giust. Pen.*, 1997, III, 631; Id., Sez. III, 28 luglio 1995, Di Rosa, in *Mass. Uff.*, n. 205228.

¹² GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., 197; CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009.

¹³ Cass., Sez. I, 22 aprile 1997, Fasoli, in *Giust. Pen.*, 1998, III, 255; Id. Sez. I, 5 aprile 1996, De Fazio, in *Cass. Pen.*, 1997, 1418

opposta mediante controllo dell'operato del giudice precedente il cui giudizio viene integralmente rinnovato.

In proposito è stato evidenziato¹⁴, ponendo mente anche al disposto dell'art. 464, co. 3, c.p.p. e 32 *bis*, co. 4, disp. proc. pen. mil., il difetto di coordinamento tra la disciplina dettata dall'art. 666 c.p.p. e quella dettata dall'art. 667, 4° co., c.p.p. in quanto non si è preveduto, quale adempimento preliminare del giudizio conseguente all'interposizione dell'opposizione, la revoca ad opera del giudice dell'esecuzione dell'ordinanza opposta.

Ferme queste premesse di teoria generale, ove la *ratio* dell'opposizione *ex art.* 667, co. 4, c.p.p. coincida con il diritto al contraddittorio camerale, avendo il giudice dell'esecuzione provveduto in una delle materie "risolvibili" senza contraddittorio adottando immediatamente il modulo garantito dall'art. 666 c.p.p., inevitabilmente una nuova udienza camerale con identico *standard* probatorio davanti allo stesso giudice dell'esecuzione si risolverebbe in una probabile duplicazione di attività processuale.

Né sembra nella specie del tutto pacifico in chiave esegetica alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali a Sezioni Unite in materia di estinzione del reato e confisca¹⁵, la comprensione tra le materie resolvibili senza contraddittorio *ex art.* 676 c.p.p. - peraltro oggetto di ripetuti interventi del legislatore¹⁶ - dell'ipotesi della confisca inammissibile (comunque) disposta nei casi di archiviazione della notizia di reato per intervenuta prescrizione.

6. Se la **confisca** è una **pena** sopportata dal **terzo** estraneo al reato, egli tuttavia non è **colpevole** cioè **rimproverabile** secondo criteri di imputazione dettati dall'art. 27 Cost. in ossequio ai più moderni principi della concezione normativa della colpevolezza¹⁷, consacrati a livello di giurisprudenza costituzionale a far tempo dalla nota sentenza n. 364 del 1988 e riconosciuti nella giurisprudenza europea come dimostra il notissimo caso di Punta Perotti.

A fortiori dunque in una prospettiva di effettività del doppio grado di merito, sarebbe scontata la diagnosi di incostituzionalità della norma dettata dall'art. 666, c. 4, c.p.p., posto che la presenza dell'interessato in udienza camerale

¹⁴ GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., 203.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2008, De Maio, cit.

¹⁶ Comma prima sostituito dall'art. 30 D. lgs 14 gennaio 1991, n. 12 e poi così modificato dal comma 613 dell'art. 2, l. 24 dicembre 2007, n. 244 e dal comma 9 dell'art. 2 D.l. 16 settembre 2008, n. 143, convertito in legge, con modificazioni, con l. 13 novembre 2008, n. 181.

¹⁷ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, 1979, I, 867; GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1961.

costituisce variabile dipendente da un eterogeneo ordine di fattori in violazione delle «condizioni di parità» garantite dall'art. 111, co. 2, Cost. diversamente da quanto avverrebbe, ad esempio, in udienza pubblica ove, non solo sarebbero efficaci le regole del legittimo impedimento *ex art. 420 ter c.p.p.*, ma in dettaglio la mancata traduzione del proposto che avesse chiesto di essere presente sarebbe causa di nullità assoluta.

Analogamente il corredo istruttorio tipico del procedimento di esecuzione indicato dall'art. 666, co. 5, c.p.p. determina uno sviamento quasi assoluto rispetto alla regola dettata dall'art. 190 c.p.p., assegnando alle parti un ruolo residuale di netto secondo piano al punto che, quanto alle concrete modalità di assunzione delle prove, l'art. 185 disp. att. esime dal rispetto di «*particolari formalità anche per quanto concerne la citazione l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia*».

La formulazione dell'**art. 111, co. 3, Cost.** permette all'imputato «*l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore*»: si tratta di conquista che, in termini così perentori, non trova adeguata corrispondenza nell'evoluzione della giurisprudenza e nella letteratura prevalente l'una e l'altra rimaste impastoiate negli schemi e nelle ricostruzioni sistematiche elaborate in un passato irreversibilmente superato¹⁸.

In chiave di sistema il principio del doppio grado di giurisdizione, nel quadro di un nuovo filone culturale che associa il diritto delle impugnazioni con il diritto delle prove, ha una precisa copertura costituzionale nell'**art. 111, co. 3, Cost.**, ove «il diritto di acquisizione di ogni altro mezzo di prova» investe, ad esempio, il ruolo demandato dal sistema all'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale codificata *ex art. 603 c.p.p.*, soprattutto all'indomani della riforma introdotta con la “legge Pecorella” e i successivi interventi di ortopedia costituzionale¹⁹.

¹⁸ GAITO, *Le impugnazioni in generale*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, DEAN, GARUTI, MAZZA, *Procedura penale*, Milano, 2010, 735.

¹⁹ FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Torino, 2008, 155.