

24 **PRESCRIZIONE, TERZO ESTRANEO E CONFISCA *IN EXECUTIVIS***
DI BENI ARCHEOLOGICI
(A MARGINE DELLA VICENDA DELL'ATLETA VITTORIOSO DI LISIPPO)

di *Alfredo Gaito e Mario Antinucci*

SOMMARIO:

1. Una necessaria premessa ricostruttiva della vicenda – **2.** Archiviazione per prescrizione e possibilità di confisca – **3.** Limiti alla confisca nella fase dell'esecuzione – **4.** La anomala posizione del terzo estraneo nella confisca in esecuzione di beni archeologici – **5.** I nuovi profili sovranazionali della confisca considerata come pena – **6.** I rimedi possibili alla dilatazione per via giudiziaria degli ambiti cognitivi del giudice dell'esecuzione – **7.** Prospettive future

1. UNA NECESSARIA PREMESSA RICOSTRUTTIVA DELLA VICENDA

Una pluridecennale vicenda ha suscitato grande attenzione in altre platee¹, nell'apparente disinteresse della dottrina penalistica. Il riferimento è al procedimento di esecuzione che ha portato alla confisca della statua denominata *Atleta Vittorioso* – attribuita all'artista greco Lisippo (oggi denominata *Getty Bronze* ed esposta al Getty Museum di Malibù) – che ornava insieme a molte altre l'ingresso dello stadio di Olimpia. La statua era stata rinvenuta nell'agosto del 1964 ad opera dell'equipaggio di un peschereccio, durante una battuta di pesca a strascico nel tratto di mare prospiciente Pedaso, in acque sicuramente non comprese in quelle territoriali italiane.

È del pari incontrovertibile che l'acquisto della statua da parte del Getty Museum fu di gran lunga successivo al suo ritrovamento del 1964 ed alla sua forse illecita esportazione dal territorio nazionale².

¹ Cfr. LANCIOTTI, *The Judgment of the Tribunal of First Instance of Pesaro concerning the Getty Bronze: a Critical Assessment*, Relazione al Convegno, Siena, 8.10.2010; MUSSONI, *Le vicende giuridiche dell'Atleta di Lisippo*, Relazione al Convegno, Milano-Bicocca, 12.5.2011; MANI, *In tema di confisca: verso l'omologazione dell'incidente di esecuzione alle forme ordinarie*, in *GI*, 2011, in corso di pubblicazione; SCOVAZZI, *Dal Melquarti di Sciacca all'atleta di Lisippo*, in *RDIPP*, 2011, 1, 6.

² La ricostruzione giudiziale della vicenda registra un inspiegabile "vuoto" tra il recupero

In effetti, le prime notizie dell'esistenza dell'opera presso un antiquario di Monaco di Baviera risalgono agli anni 1971/1973, e si riferiscono alla trattativa, senza esito, intercorsa tra l'antiquario ed il direttore dell'epoca del Metropolitan Museum di New York; la scultura fu offerta anche a J. Paul Getty, ma neppure in questo caso la compravendita fu conclusa. Solo dopo la morte del fondatore, l'opera fu acquistata nel 1977 dal Getty Museum per la somma di \$ 3.980.000 e trasportata negli U.S.A.

L'acquisizione da parte del Getty Museum è di circa sette anni successiva alla definizione del processo penale a carico dei soggetti *illo tempore* imputati di ricettazione, che furono definitivamente assolti nel novembre 1970 dalla Corte di Appello di Roma, in funzione di giudice di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di Cassazione della precedente condanna inflitta dalla Corte di Appello di Perugia; in quella occasione, la Corte regolatrice, con sentenza 22.5.1968, aveva avuto cura di rilevare che le risultanze di causa «*non risolvono però la questione di fondo circa i requisiti artistici, storici ed archeologici dell'opera e soprattutto della sua provenienza da scavi o da ritrovamento fortuito nel territorio nazionale*». Insomma, all'atto dell'acquisto della statua, avvenuto a Monaco di Baviera, era già stata giudizialmente accertata la circostanza della inesistenza di qualsiasi dimostrazione che il ritrovamento fosse avvenuto in acque territoriali e che, di conseguenza, l'oggetto fosse di proprietà dello Stato italiano.

Nella ormai emisecolare storia processuale nessuno dei pur attenti inquirenti ha neanche mai adombrato una qualsiasi responsabilità penale dell'acquirente statunitense. A tale comprensibile atteggiamento ha fatto seguito il *revirement* della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pesaro, che ha proposto una sorta di "rilettura tardiva" della vicenda, ipotizzando a carico degli originari ritrovatori e dei primi acquirenti italiani della statua i reati di omessa denuncia di ritrovamento, di illecita esportazione di opera d'arte, *ex artt.* 48, 68 e 66, l. n. 1089/1939, e di appropriazione indebita di relitti marini, *ex art.* 1146 c. nav., nonché di falsificazione dei documenti utilizzati per la ritenuta esportazione. Il procedimento nei confronti dei pescatori che trovarono la statua si è concluso con provvedimento di archiviazione (per prescrizione) che ha esplicitamente rigettato la richiesta di confisca della statua, pur avanzata dal p.m., il quale ha proposto incidente di esecuzione reiterando la richiesta di confisca della statua presso l'acquirente statunitense.

Il giudice dell'esecuzione, a seguito di una pluralità di udienze partecipate

marittimo e la "ricomparsa" in Germania di circa sette anni, durante i quali non è dato sapere quali passaggi di mano l'opera abbia subito; il persistente enigma attiene sia all'individuazione del luogo e dei protagonisti attivi, sia alle modalità di esportazione illecita del bene.

con assunzione di prove documentali e di testimonianze in contraddittorio, ha disposto la confisca della statua, rimasta ineseguita.

Proposto ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. dal rappresentante legale del Museo quale terzo interessato ed acquirente in buona fede incolpevole, la Corte di Cassazione ha convertito il ricorso in opposizione ai sensi dell'art. 676 c.p.p., postulando la non rinunciabile necessità che in tema di confisca sia assicurato a tutti i soggetti interessati un doppio grado di giudizio di merito³.

Il p.m., con l'incidente di esecuzione, aveva richiesto al giudice dell'esecuzione un accertamento, asseritamente non compiuto nella precedente fase del merito, in ordine all'atteggiamento psicologico dell'acquirente, tendente a dimostrare la asserita mala fede del rappresentante del Getty Museum all'atto dell'acquisto della statua, connotato dalla consapevolezza di entrare in possesso di un bene di illecita provenienza. Non sembra revocabile in dubbio che simile disamina sia preclusa al giudice dell'esecuzione che, a mente dell'art. 665 c.p.p., è competente a conoscere unicamente ai fini dell'esecuzione del provvedimento da lui deliberato, con esclusione di qualsiasi intervento additivo sul contenuto dello stesso.

Con insegnamento univoco, la giurisprudenza di legittimità ha espresso la condivisibile regola di giudizio in forza della quale è escluso dall'ambito di valutazione del giudice dell'esecuzione qualsiasi intervento che richieda «*non un riscontro meramente ricognitivo dell'intervenuta perdita di efficacia della norma incriminatrice applicata nel giudizio di cognizione, ma un'indagine valutativa in ordine alla sussistenza o meno delle condizioni alle quali è subordinata la produzione dell'effetto abrogativo*»⁴. Sempre in tema di competenze del giudice dell'esecuzione, nell'elaborazione giurisprudenziale si suole precisare che «*il giudice dell'esecuzione può dichiarare,*

³ Cass., sez. I, 18.1.2011, Clarke, in *GI*, con nota di Mani, in corso di pubblicazione.

⁴ Cass., sez. I, 5.7.2005, Maiello, *ANPP*, 2006, 553: «*nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che fosse preclusa al giudice di esecuzione una rivalutazione di merito del compendio probatorio acquisito in relazione al reato di illecita detenzione di sostanza stupefacente, al fine di identificare la destinazione ad uso personale dello stupefacente, laddove tale destinazione non fosse in qualche modo resa palese dal tenore della sentenza*»; Cass., sez. IV, 18.12.1997, Martinelli, in *Mass. Uff.*, 210398: «*in tema di revoca della sentenza per "abolitio criminis", non è consentito al giudice dell'esecuzione alcun apprezzamento di merito in contrasto con il precedente giudicato (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto non revocabile la sentenza in quanto la destinazione della droga al fine di spaccio, e non all'uso personale, aveva costituito oggetto del giudizio)*»; Cass., sez. VI, 23.2.1995, De Rosa, *CP*, 1997, 109: «*non è consentito al giudice dell'esecuzione di integrare, e tanto meno di modificare, il contenuto del giudicato, dovendosi ritenere preclusa, nella sede di cui all'art. 673 c.p.p., una valutazione diversa di quella manifestamente palesata dal giudice della cognizione (fattispecie in tema di detenzione di stupefacenti, in cui il giudice della cognizione aveva escluso la sussistenza della prova della destinazione della sostanza detenuta allo spaccio anziché al consumo personale)*».

ai sensi dell'art. 675, co. 1, c.p.p., la falsità di atti o di documenti, che non sia stata dichiarata nella sentenza che rilevi l'intervenuta prescrizione di reati di falso, a condizione che l'accertamento della falsità risulti dal testo della stessa sentenza, divenuta irrevocabile, e sia possibile oggetto di riscontro immediato, indipendentemente dal riesame degli atti processuali»⁵.

Se questi i dati salienti della vicenda, la corretta impostazione del tema circa la legittimità della confisca in esecuzione, in ipotesi di archiviazione per essere il reato estinto, non può prescindere da alcuni approfondimenti.

2. ARCHIVIAZIONE PER PRESCRIZIONE E POSSIBILITÀ DI CONFISCA

Preliminare a tutto il resto è la astratta adottabilità di un provvedimento di confisca contestualmente ad una decisione con la quale l'autorità giudiziaria, su richiesta del p.m., abbia disposto l'archiviazione del procedimento penale per intervenuta prescrizione (e/o morte) ovvero successivamente, in seguito ad incidente di esecuzione proposto dalla parte interessata.

La risposta negativa deriva essenzialmente dalla natura del provvedimento di archiviazione. Con l'ordinanza, adottata a seguito di udienza camerale, o con il decreto adottato *de plano*, il Giudice per le indagini preliminari opera un controllo giurisdizionale sulla inazione del p.m., in un sistema improntato tendenzialmente all'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* In caso di archiviazione per maturata prescrizione viene esclusa, in radice, la rilevanza penale del fatto che solo ipoteticamente appare riconducibile ad una fattispecie criminosa ed addebitabile ad un soggetto determinato. A tale accertamento è lo stesso Stato a rinunciare, a cagione dell'infruttuoso decorso del tempo. In definitiva, il provvedimento di archiviazione per intervenuta prescrizione, non soggetto ad impugnazione, non esprime neppure superficialmente una valutazione giudiziale volta a sindacare eventuali profili di responsabilità. E non può esservi sanzione – cui la confisca è assimilabile – ove non v'è accertamento della responsabilità.

L'imprescindibilità di un accertamento tanto della responsabilità, quanto del fatto reato, pone problematiche di non poco conto. È interessante osservare come la giurisprudenza prevalente, in materia, si sia formata non già sulla concreta compatibilità fra decreto di archiviazione ed ordine di confisca, per certi versi presupposta, quanto sui rimedi esperibili avverso quella parte del provvedimento ablativo concettualmente (e talvolta, anche fisicamente) distinta dalla decisione in rito. Si è giunti, quindi, ad affermare che «*l'ordine di confisca pronunciato contestualmente all'archiviazione è, però, da es-*

⁵ Cass., sez. V, 14.11.2001, Saliva, in *Mass. Uff.*, n. 220923.

sa distinto, potendo anche essere adottato con successivo provvedimento. Contro siffatto provvedimento, di esecuzione, l'interessato non può ricorrere per cassazione, ma unicamente proporre opposizione davanti allo stesso giudice che quel provvedimento ha pronunciato, a norma dell'art. 676, 1° co., ultimo periodo, in relazione all'art. 667, 4° co., c.p.p.»⁶.

Tuttavia, tale orientamento, ad oggi, non può essere accolto appieno.

La confisca, ancorché considerata misura di sicurezza o amministrativa, è riconducibile nell'alveo delle sanzioni giuridiche e, in particolare, delle sanzioni penali presupponendo un fatto-reato. Dunque l'applicazione della confisca, in quanto sanzione penale, è subordinata all'accertamento del fatto-reato da parte del giudice. Condizione esclusa in radice in caso di archiviazione.

L'elaborazione giurisprudenziale ha portato all'affermazione inequivocabile del principio secondo cui la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato prevista obbligatoriamente dall'art. 240, 2° co., n. 1, c.p.p., non può essere disposta nel caso di estinzione del reato⁷; per di più rimarcandosi come e perché «*non si può prescindere dal ripercorrere le motivazioni delle ben note Sezioni Unite Carlea al fine di verificarne la condivisibilità anche alla luce delle successive modifiche normative*»⁸.

A ben vedere nessun argomento in contrario può essere desunto da quelle decisioni che giungono bensì a diverse conclusioni muovendo però da premesse differenti, se non addirittura inverse; è il caso della recente presa di posizione⁹ nel senso che la confisca dei beni, disposta ai sensi dell'art. 2 *ter*, l. 31.5.1965, n. 575, rientranti nella disponibilità di un soggetto proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione, una volta accertati i presupposti di pericolosità qualificata, nel senso dell'appartenenza del soggetto ad associazione di tipo mafioso e di indimostrata provenienza dei beni confiscati, non viene meno a seguito della morte del proposto, intervenuta prima della definitività del provvedimento di prevenzione, considerato che lo scopo perseguito dal legislatore con le misure patrimoniali antimafia, è quello di eliminare dal

⁶ Così Cass., sez. IV, 23.4.1991, Lucco Castello, *GI*, 1992, II, 123; Cass., sez. I, 8.4.1991, Zanetti, *ibid.*, 124; Cass., sez. II, 27.3.991, Parisio, *ibid.*, 124.

⁷ Cass., Sez. Un., 15.10.2008, De Maio, *CP*, 2009, 1392, con nota di Ielo, *La prescrizione preclude la confisca delle cose costituenti prezzo del reato*; e già Cass., Sez. Un., 25.3.1993, Carlea, in *Mass. Uff.*, n. 193120; cfr. PEDROTTA, *Sul rapporto tra la confisca obbligatoria e l'estinzione del reato per amnistia*, *GI*, 1994, II, 603.

⁸ Cfr. Cass., sez. IV, 19.2.2008, Console, in *Mass. Uff.*, n. 270431, che in un caso di estinzione per prescrizione dei reati di cui agli artt. 319 e 321 c.p. ha escluso che la confisca del prezzo del reato possa essere ordinata anche in caso di proscioglimento per prescrizione, poiché «*la particolare natura dell'oggetto della misura patrimoniale presuppone l'accertamento del reato stesso*».

⁹ Cass., sez. V, 14.1.2005, Andronico, *RP*, 2006, 585; Cass., sez. I, 25.9.2000, Todesco, in *Mass. Uff.*, n. 220007.

circuito economico, collegato ad attività e soggetti criminosi, beni dei quali non sia fornita dimostrazione di lecita acquisizione¹⁰.

Anzi tale orientamento ermeneutico, pur motivato dall'esigenza di impedire il consolidamento di complesse attività criminose destinate a proiettare i loro effetti sulle generazioni future, pare destinato tuttavia ad un profondo ripensamento alla luce delle affermazioni esplicitate dalle Sezioni Unite nella già citata "sentenza De Maio", avvertendo l'esigenza di evitare una generalizzata estensione del principio espresso a tutte le tipologie di confisca legislativamente previste, segnalando *de iure condendo* l'opportunità di una riforma volta ad impedire conseguenze palesemente irragionevoli soprattutto alla luce della giurisprudenza europea¹¹.

La vicenda della dichiarata illegittimità sovranazionale della confisca applicata all'esito del processo per la lottizzazione abusiva di Punta Perotti¹² è diventata il caso-simbolo della profonda trasformazione delle categorie giuridiche tradizionali innescata dal mutato quadro di relazioni tra il sistema interno e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La nuova ed innovativa qualificazione giuridica *iussu iudicis* della confisca come *sanzione penale* in luogo di quella dottrinale (stantia ed acriticamente ripetuta come una litania) in termini di *misura di sicurezza*, apre inediti scenari in chiave garantista sia rispetto al complesso rapporto tra confisca ed esito del giudizio, tra confisca ed estinzione del reato sia soprattutto sulla sorte dei beni a fronte della comprovata condotta dei terzi di buona fede estranei al reato¹³.

3. LIMITI ALLA CONFISCA NELLA FASE DELL'ESECUZIONE

A voler ammettere la compatibilità fra decreto di archiviazione e confisca, tuttavia, rispetto alla concreta esperibilità dell'incidente di esecuzione da parte del p.m. sorgono ulteriori problematiche non irrilevanti.

Per giurisprudenza consolidata¹⁴, «*contro il provvedimento di confisca pronunciato contestualmente a quello di archiviazione è consentita uni-*

¹⁰ Cass., sez. I, 27.1.2009, Conte, *inedita*; Cass., sez. I, 26.1.1998, n. 6379, Di Martino, in *Mass. Uff.*, 209556.

¹¹ BALSAMO-PARASPOLO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, CP, 2009, 3183.

¹² C. eur., 20.1.2009, Sud Fondi c. Italia.

¹³ DELLO RUSSO, *La CEDU su Punta Perotti: dopo la demolizione degli immobili quella dei principi in materia di confisca dei terreni abusivamente lottizzati*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, n. 1, 34; MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela dei terzi estranei al reato: profili di illegittimità costituzionale*, *DResp.*, 2008, 1030.

¹⁴ Così Cass., sez. IV, 23.4.1991, Lucco Castello, cit.; Cass., sez. I, 8.4.1991, Zanetti, cit.; Cass., sez. II, 27.3.1991, Parisio, cit., per cui «*Nell'ipotesi in cui il giudice nel disporre l'archiviazione degli atti ordini contestualmente la confisca delle cose sequestrate, tale*

camente opposizione davanti allo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento stesso».

L'opposizione (con correlato successivo incidente di esecuzione), dunque, si pone come unica via per dolersi della confisca disposta congiuntamente all'archiviazione percorribile da parte di chi sia stato indagato, ed abbia poi beneficiato del provvedimento di archiviazione, nonché da parte del terzo estraneo al procedimento penale poi archiviato, che sia titolare di un diritto reale sul bene confiscato.

Si comprendono le ragioni poste a tutela dell'indagato: sovente, egli ignora a monte l'origine del procedimento penale a suo carico e talvolta anche la archiviazione della *notitia criminis*. E così il terzo estraneo al procedimento penale.

Se e quando la misura sia stata disposta in sede di archiviazione, dunque, occorre ripristinare il giusto contraddittorio fra le parti interessate. Il decreto di archiviazione, nella maggior parte dei casi, è provvedimento assunto *inaudita altera parte*, salve le ipotesi di udienza camerale celebrata nelle forme dell'art. 127 c.p.p. ove il G.i.p. ritenga di non poter accogliere la richiesta *ex art. 409 c.p.p.* ovvero di opposizione da parte della persona offesa *ex art. 410 c.p.p.*

Analoghe ragioni, tuttavia, si riscontrano qualora l'indagato sia stato edotto della pendenza giudiziaria e, nelle more, non sia stata disposta alcuna cautela reale.

Se la confisca viene disposta contestualmente all'archiviazione, unico strumento che l'ordinamento offre a tutela del diritto reale sul bene è costituito dall'incidente di esecuzione ove per la prima volta, in contraddittorio tra le parti, dinanzi al giudice che ha disposto la misura ablativa, egli può far valere le proprie ragioni.

Nella giurisprudenza di legittimità, è stato chiarito di recente che la confisca potrebbe essere disposta in astratto anche in presenza di una causa estintiva del reato ove però in concreto sia stata previamente accertata, nell'ambito di un giudizio idoneo ad assicurare l'effettività del contraddittorio tra le parti, la sussistenza del reato sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo; ma è di importanza fondamentale segnalare come la Corte di Cassazione abbia escluso la legittimità della confisca (e del pregresso sequestro) a fronte di una prescrizione del reato maturata prima dell'esercizio dell'azione penale¹⁵; proprio come nella vicenda della statua.

ultimo provvedimento non è ricorribile in Cassazione. In tal caso è invece proponibile incidente di esecuzione, nel quale il proposto ricorso deve essere convertito».

¹⁵ Cass., sez. III, 19.5.2009, Costanza, in *Mass. Uff.*, n. 244247.

«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

Intuitive esigenze di giustizia sostanziale stanno a fondamento della legittimazione ad agire da parte del terzo estraneo al procedimento penale. Qualora la confisca riguardi un bene appartenente a terzi estranei al reato, che mai hanno avuto possibilità di intervenire nel procedimento penale avente ad oggetto l'accertamento del reato, l'ordinamento accorda al terzo interessato il mezzo di intervento dell'incidente di esecuzione attraverso il quale il proprietario o possessore del bene interviene dando impulso ad un procedimento di esecuzione a propria tutela, adducendo elementi relativi alla propria buona fede nell'acquisto ed all'assenza di profitto.

L'ordinamento, dunque, appresta ragionevolmente uno strumento di tutela del terzo a fronte di un provvedimento a contenuto positivo *già* disposto da un giudice che ne ha accertato il presupposto: la tutela processuale si pone ad esclusiva garanzia del terzo estraneo nei cui confronti sia stata disposta una misura evidentemente lesiva dei suoi interessi, ovvero all'indagato per le ragioni anzidette; ma non anche del p.m. nell'ipotesi contraria, ovvero nel caso in cui la richiesta della misura reale sia stata motivatamente disattesa.

Ancora in una decisione recente è stata sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità la diversa questione dell'incidente di esecuzione promosso dal terzo (non dal p.m.) acquirente finale di un bene del patrimonio artistico dello Stato che è stato oggetto di un atto di trasferimento al di fuori delle procedure previste dalla legge, ed è stata esclusa ogni possibilità di ottenere *in executivis* la revoca della confisca disposta all'esito del processo penale, invocando la propria buona fede o l'esistenza di un primo acquisto a titolo originario, stante la nullità dell'atto di trasferimento, per il semplice motivo che verifiche del genere sono precluse al giudice dell'esecuzione¹⁶.

Stante l'orizzonte internazionale che delimita l'ambito di riconoscimento di qualsivoglia espropriazione di beni e cose, per un verso, ogni forma di aggressione patrimoniale non conseguente all'accertamento giudiziale di un reato risulta eterodossa; per altro verso, non può essere disinvoltamente trascurata l'elaborazione interpretativa della Corte europea in riferimento all'art. 1 Protocollo Addizionale alla C.e.d.u.¹⁷, per cui la confisca è legittima unicamente ove «sia riconosciuta la natura illegale dei beni», da considerare, non già sol-

fino a qualche anno fa... ed infatti la giurisprudenza anche sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo si sta consolidando in senso opposto (sez. VI, 18.2.2009, Molon, in Mass. Uff. 243127; sez. III, 12.12.2008, Scalici, ivi 243395; sez. III, 24.10.2008, Silvioli, ivi 241703)».

¹⁶ Cass., sez. I, 27.1.2009, Maj e altro, in Mass. Uff., n. 242555.

¹⁷ C. eur., 19.10.2000, Ambruosi c. Italia; C. eur., 7.12.1976, Handyside c. Regno Unito; C. eur., 24.10.1986, Agosi c. Regno Unito; C. eur., 2.8.2002, Soc. La Laurentina coop. c. Italia; C. eur., 30.5.2000, Carbonara e altri c. Italia, secondo la quale «un'interferenza delle autorità nel diritto al rispetto dei beni deve assicurare un "equo bilanciamento" tra le esi-

tanto nella relazione reato-bene, ma secondo criteri di attribuzione certa di responsabilità¹⁸, che deve consistere in un reato e che non può prescindere dalla sentenza di condanna dell'imputato-proprietario¹⁹.

L'individuazione di chi sia estraneo al reato, secondo la prospettiva tradizionale è ovvia, tale essendo colui che non ha «partecipato» alla commissione dello stesso.

Il diniego opposto dal G.i.p. alla richiesta confisca, dunque, è e resta provvedimento inoppugnabile.

Peraltro, l'incidente di esecuzione mal si presta alla contestazione di un provvedimento a contenuto negativo del quale, in buona sostanza, il p.m. richiedente si duole, abusando della procedura incidentale in luogo di un'impugnazione (nell'ipotesi di archiviazione, poi, non consentita dalla legge), mirando ad ottenere un riesame della decisione di merito, da parte dello stesso giudice, contro il principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p. In casi del genere, l'improcedibilità dell'incidente – vero e proprio «strappo» al principio di tassatività delle impugnazioni – andrebbe rilevata in applicazione dell'art. 666, 2° co., c.p.p., con declaratoria immediata di manifesta infondatezza di una richiesta costituita dalla mera riproposizione di quella precedentemente rigettata, basata sui medesimi elementi²⁰.

4. LA ANOMALA POSIZIONE DEL TERZO ESTRANEO NELLA CONFISCA IN ESECUZIONE DI BENI ARCHEOLOGICI

Sotto il profilo della posizione soggettiva del terzo estraneo, acquirente in buona fede e detentore, non può essere trascurata la normativa di settore, che contempla autonoma disciplina per la confisca dei beni artistici e archeologici. Giova rifarsi all'art. 66, l. 1.6.1939, n. 1089, e agli artt. 97 ss., l. 26.9.1940, n. 1424.

genze dell'interesse generale della collettività e quelle della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. La necessità di esaminare la questione dell'equo bilanciamento non può tuttavia porsi che una volta accertato che l'interferenza contestata abbia rispettato il principio di legalità e che non fosse arbitraria. L'articolo 1 del Protocollo n. 1 esige infatti, innanzitutto e soprattutto, che un'ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio del diritto al rispetto dei beni sia legale».

¹⁸ Così, in tema di confisca ai sensi della legge antimafia, C. eur., 15.4.1991, M. c. Italia; C. eur., 22.2.1994, Raimondo c. Italia; C. eur., 5.7.2001, Arcuri c. Italia.

¹⁹ Cfr. C. eur., 28.11.2002, Marziano c. Italia.

²⁰ SAMBUCCO, *Davvero esperibile l'incidente di esecuzione da parte del p.m. per riproporre una richiesta già rigettata con il decreto di archiviazione?*, in *Osservatorio del processo penale*, Torino, 2009, n. 3, 73; analogamente GOVERNA, *Può il p.m. al termine del giudizio abbreviato richiedere il sequestro preventivo finalizzato alla confisca?*, *ivi*, 2009, n. 2, 145.

L'art. 66, l. 1.6.1939, n. 1089 (Legge Bottai)²¹ è stato, così come l'intero testo normativo, abrogato dall'art. 166, d.lgs. 29.10.1990, n. 490 (T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali) nel quale l'originaria norma è stata trasfusa, ma con una sensibile modifica. Dispone, infatti, l'art. 123, 3° co., T.U. cit., confluito nel d.lgs. 22.1.2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), *sub* art. 174, 3° co., ai fini che qui interessano: «3. - *Il giudice dispone la confisca delle cose, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato. La confisca ha luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando*».

Sono evidenti, sulle scelte legislative, i riflessi della sentenza n. 2 del 1987²² con la quale la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 66, l. 1.6.1939, n. 1089 nella parte in cui contemplava, appunto, la confisca di opere artistiche anche quando risultassero di proprietà di un terzo estraneo che dal reato non avesse tratto alcun profitto.

La conclusione del G.i.p. dell'archiviazione era stata ineccepibile: il proprietario attuale della statua, con certezza, è estraneo alle ipotesi di reato formulate dal p.m.

Ergo: in nessuna sede potrebbe essere disposta confisca nei confronti del terzo estraneo al reato, a ciò ostando *expressis verbis* la disposizione normativa più recente.

È importante sottolineare, anzi, che la previsione legislativa non subordina affatto il divieto di confisca ad una pretesa buona fede nell'acquisto ovvero alla circostanza che dall'illecito il terzo, pur estraneo al reato, non ne abbia tratto profitto, estendendo la operatività della sentenza costituzionale a tutti quei casi in cui il terzo proprietario del bene sia rimasto estraneo al reato ipotizzato.

Analoghe considerazioni valgono quanto all'ipotesi di reato di cui all'art. 97 della l. 25.9.1940, n. 1024, alla luce delle decisioni costituzionali²³ con la sola differenza che, in tal, caso, assume rilevanza l'estraneità al reato ed altresì la buona fede nell'acquisto del bene.

Per orientamento giurisprudenziale consolidato, i beni di interesse artistico ed archeologico non possono ritenersi soggetti a confisca obbligatoria, non trattandosi di *res* intrinsecamente illecite, ma di oggetti il cui possesso è sottoposto piuttosto ad un regime autorizzatorio particolare; si ripete, infatti, che:

a) «*nel caso di reperti archeologici non si è presenza di res intrin-*

²¹ «2.- *La cosa è confiscata. La confisca ha luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando. Quando si tratti di cose di proprietà di enti o istituti legalmente riconosciuti, il ministero per l'educazione nazionale può disporre che le cose stesse siano attribuite all'ente o istituto che ne era proprietario*».

²² C. Cost., 19.1.1987, sent. n. 2, in *GC*, 1987, I, 339.

²³ C. Cost., sent. n. 19.1.1987, sent. n. 2, est.; C. Cost., 10.1.1997, sent. n. 1, in *DPP*, 1997, 7, 816.

secamente illecite, ma di oggetti il cui possesso è sottoposto ad un particolare regime autorizzatorio, con la conseguenza che nel caso di specie non può essere applicata la disciplina di cui all'art. 240 c.p., già cit. co. 2»²⁴;

b) «la confisca di cose di interesse archeologico (non autorizzato trasferimento nei Paesi dell'Unione europea o esportazione verso Paesi terzi), non può essere disposta, in assenza di una pronuncia di condanna, neanche ai sensi dell'art. 240, co. 2, n. 2, c.p. in tema di confisca obbligatoria, trattandosi di beni il cui trasferimento, pur se assoggettato a particolari condizioni o controlli, è consentito e la cui detenzione non può reputarsi vietata in assoluto, bensì subordinata a determinate condizioni volute dalla legge»²⁵.

5. I NUOVI PROFILI SOVRANAZIONALI DELLA CONFISCA CONSIDERATA COME PENA

Ai rilievi sinora compiuti, se ne aggiungono degli altri direttamente derivanti dal doveroso rispetto della normativa comunitaria e convenzionale in materia che, ponendo l'ablazione quale "conseguenza" della violazione, escludono la legittimità dell'omissione del suddetto accertamento. Il riferimento va ai più recenti arresti giurisprudenziali cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è giunta in materia affine a quella che ci occupa, seppur in altro ambito, che è quello della lottizzazione abusiva. Il riferimento va a Corte Europea, 20.1.2009, Sud Fondi srl ed altri c. Italia che ha ravvisato violazione dell'art. 7 C.e.d.u. e dell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1, ed ha posto debita ripara-zione alla confisca adottata su beni di terzi rimasti estranei alla realizzazione degli eco-mostri di Punta Perotti. In particolare, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ribadito il principio secondo cui *«la confisca si traduce in una pena»* anche quando *«a livello interno la definizione di "amministrativa" data alla confisca, permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale»*.

Dalla equiparazione fra confisca e pena, operata dalla Corte Europea, scaturiscono molteplici, ineluttabili conseguenze. In primo luogo, se non v'è *pena* senza *reato*, evidentemente non può esservi *pena* neppure a fronte di un *reato estinto* – *id est*: che non esiste più – perché prescritto.

²⁴ Cass., sez. II, 24.4.2009, Cicchetti e altri, in *Mass. Uff.*, n. 244946, secondo cui *«può essere disposta la confisca, in caso di proscioglimento dell'imputato (ipotesi alla quale si riconduce anche quella della improcedibilità per sopravvenuta prescrizione del reato), nel solo caso in cui si tratti di cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato»* (fattispecie in tema di reato di violazione di ricerche archeologiche previsto dall'art. 68, l. 1.6.1939, n. 1089).

²⁵ Cass., sez. II, 7.4.2009, Crescenzo, in *Mass. Uff.*, n. 244157.

Ora. Ponendo mente alla ordinaria progressione procedimentale, quando interviene una causa di estinzione del reato, tra le quali vi è, per l'appunto, la prescrizione, il Giudice ha l'obbligo di non procedere ulteriormente (art. 129 c.p.p.) a meno che "*dagli atti [non] risult[i] evidente che il fatto non sussiste o non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato*" (art. 129, 2° co., c.p.p.). In tal caso, sulla causa estintiva prevale l'interesse dell'imputato ad una pronuncia assolutoria nel merito.

La *ratio* posta a fondamento della disposizione in discorso è intuitiva: evitare l'inutile prosecuzione di processi inevitabilmente destinati a concludersi senza la condanna dell'imputato, tuttavia nella consapevolezza – da parte del legislatore – che alla pronuncia di non doversi procedere *ex* art. 129 c.p.p. non possa (e non debba) scaturire per l'imputato alcuna statuizione di tipo sfavorevole.

La prescrizione è istituito tradizionalmente volto a collegare determinati effetti al solo fatto dello scorrere infruttuoso del tempo. In materia penale, il decorso del tempo produce una duplice conseguenza estintiva, sul reato, secondo lo schema di cui agli artt. 157-161 c.p., e sulla pena, secondo lo schema di cui agli artt. 171-172 c.p. In materia processuale, la prescrizione del reato e quindi la sua estinzione va annoverata fra le condizioni di non punibilità per le quali sorge l'obbligo in capo al giudice di immediata declaratoria, anche d'ufficio (art. 129, 1° co., c.p.p.); è causa del mancato esercizio dell'azione penale, quindi dell'archiviazione della *notitia criminis* (art. 415 c.p.p.) ovvero della pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere in epilogo all'udienza preliminare (art. 425, 1° co., c.p.p.); di proscioglimento predibattimentale (art. 469 c.p.p.); di non doversi procedere (art. 531 c.p.p.). La *ratio* posta a fondamento delle disposizioni indicate appare comune e sta nel ritenere che, maturato il tempo previsto dalla legge, viene meno l'interesse stesso dello Stato non solo all'accertamento dell'illecito penale ma anche alla perseguibilità del suo autore ovvero alla concreta attuazione della sanzione, ove eventualmente sia stata irrogata. E ciò perché l'allarme sociale scaturito dalla lesione del bene giuridico oggetto di tutela da parte della norma penale incriminatrice si affievolisce, col tempo, fino ad estinguersi, rendendo inefficace, per certi aspetti, la riparazione dell'illecito rispetto all'ambito socioculturale in cui lo stesso era maturato e, per altri aspetti, vanificando la finalità rieducativa cui la pena deve tendere ai sensi dell'art. 27, 3° co., Cost., mortificata ove la sanzione venisse espiata a distanza di un lasso di tempo considerato "eccessivo" dal legislatore stesso²⁶.

²⁶ Il fondamento della prescrizione, del resto, trova preciso aggancio nell'art. 6 C.e.d.u. che annovera un "termine ragionevole" fra i principi cardine dell'"equo processo". Allo stesso modo, l'art. 111, 2° co., Cost. prevede che la legge debba assicurare la "ragionevole durata" di

Se la confisca è sanzione (è pena, cioè), per la tutela dei terzi, soprattutto ove si tratti di persone giuridiche, si impone una più coerente disciplina tesa a comporre il conflitto fra la pretesa dello Stato di acquisire i patrimoni illeciti e l'esigenza di tutelare i terzi estranei. La necessità di svolgere, anche sotto il profilo economico, un'efficace ed incisiva azione di contrasto nei confronti delle organizzazioni criminali non può giungere al punto da non tenere in alcun conto la tutela dei terzi incolpevoli.

E non si trascuri la circostanza che il Consiglio dell'Unione europea, ha adottato la Decisione Quadro 2003/577/GAI, relativa «*all'esecuzione nell'Unione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro*» ed ha stabilito le condizioni alle quali ogni Stato membro dell'Unione «*riconosce ed esegue nel suo territorio una decisione di blocco dei beni o di sequestro... emessa da un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro*».

La Decisione Quadro riguarda qualsiasi provvedimento tendente ad impedire comunque la dispersione di un bene «*oggetto di una successiva confisca, perché dal giudice ritenuto il prodotto (o l'equivalente), lo strumento o l'oggetto di un reato*».

Ancora più incisiva, in vista di una conclusione rispettosa di elementari principi di certezza del diritto e delle garanzie di controllo e tutela, la Decisione Quadro 2005/212/GAI²⁷ secondo la quale ciascuno Stato membro «*adotta le misure necessarie per potere procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con pena privativa della libertà, superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi*», dal corpo della quale risulta che la confisca è inscindibilmente collegata «*alla condanna per un reato*»²⁸, mentre l'archiviazione per prescrizione non è certamente assimilabile a condanna.

ogni processo civile, penale e, non da ultimo, amministrativo. Oltre ad essere norma a garanzia del singolo, sottraendo in particolar modo colui che è sottoposto a procedimento penale, ad interminabile sofferenza fisica e psicologica (il processo penale è in sé pena per chi lo subisce), il superamento di un tempo "ragionevole" per l'accertamento del reato e per l'esecuzione della pena comporta il venir meno dell'interesse dello Stato all'accertamento del reato ed alla perseguibilità del suo autore.

²⁷ Secondo cui ciascuno Stato membro «*adotta le misure necessarie per potere procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con pena privativa della libertà, superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi*».

²⁸ Art. 3, § 2: «a) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al § 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure

b) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il

6. I RIMEDI POSSIBILI ALLA DILATAZIONE PER VIA GIUDIZIARIA DEGLI AMBITI COGNITIVI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

Se l'esecuzione non è più la sede nella quale si discute soltanto di controllo su aspetti inessenziali del titolo esecutivo, ma il luogo nel quale è consentito accertare per la prima volta situazioni che sfociano in decisioni di merito pieno, formative di un titolo eseguibile prima inesistente; se la materia dell'ablazione penale (nella specie: espressamente negata dal G.i.p. della cognizione) può costituire oggetto di legittimi innesti cognitivi nel processo di esecuzione, fino a qualche anno fa impensabili²⁹; allora l'attività ricostruttiva e decisoria – non tanto di controllo sul titolo esecutivo esistente bensì creativa di un titolo esecutivo non ancora esistente – è da considerare ontologicamente assimilabile a quella di un giudizio di cognizione.

reato di cui al § 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure

c) quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa».

Le tre diverse gradazioni del legame tra *res* e *delictum* descritte dal legislatore sovranazionale sono di agevole lettura e non necessitano di ulteriore approfondimento. Quanto indicato *sub c)*, pertanto, rappresenta il legame minimo tra il bene ed il reato già accertato che è indispensabile per ritenere legittima la confisca.

L'assenza di un nesso eziologico diretto, alla luce della norma, appare superabile solo se e quando vi sia un bene (*rectius*: patrimonio) non proporzionato al reddito legittimo della persona condannata.

A ulteriore convalida della circostanza che una condanna per un reato è presupposto indefettibile della confisca sta la disciplina sovranazionale della confisca per equivalente. Il riferimento è al 3° comma dell'art. 2 della già evocata Decisione Quadro 2005/212/GAI: «*Ciascuno stato membro può altresì prendere in considerazione l'adozione delle misure necessarie per poter procedere, conformemente alle condizioni di cui ai §§ 1 e 2, alla confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con le quali la persona in questione ha le relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha relazioni più strette, esercita un controllo. Questo si applica anche se la persona in questione riceve una parte rilevante del reddito della persona giuridica*».

Rispetto ad ogni sforzo ermeneutico contrario è dirimente il disposto di cui al co. 3 dell'art. 2 Decisione Quadro ove si afferma che la confisca può essere adottata solo «*conformemente alle condizioni di cui ai §§ 1 e 2*» e, quindi, solo all'espressa ed inequivoca condizione che vi sia un nesso eziologico diretto o, nell'ipotesi dell'equivalente (da escludere nello specifico), un legame anche indiretto tra il bene oggetto di confisca e il reato per cui è condanna, in termini di provento o profitto.

Ne consegue che, pur volendo adottare entro i vincolanti limiti della disciplina comunitaria un'interpretazione estensiva *in malam partem*, dovrà pur sempre esistere un rapporto diretto tra il bene in confisca ed il provento di un reato accertato con sentenza di condanna.

²⁹ Emblematica, in proposito, la confisca dei beni di cui all'art. 12 *sexies* d.l. 8.6.1992, n. 306, conv. nella l. 7.8.1992, n. 356 che, secondo le indicazioni dell'ormai costante giuri-

Se e quando l'esecuzione penale dismette il ruolo tradizionale di materia ancillare essenzialmente circoscritta all'interpretazione autentica del giudicato ed assume tratti ben definiti di fase di accertamento originale di situazioni di merito, si impone l'omologazione alle forme procedimentali tipiche del giudizio dibattimentale di primo grado, soprattutto in punto di formazione ed elaborazione della prova e di schema della decisione, non soltanto in termini di tutela effettiva dei diritti della persona, ma in quanto quel sistema è assunto dall'art. 111 Cost. come modulo oggettivo attraverso il quale si persegue giustizia.

Oramai, anche nell'esecuzione penale l'indifferenza per il diritto alla prova a confutazione e per i requisiti minimi della motivazione in fatto non è più tollerabile in via di principio, ma soprattutto ogni qualvolta il giudice dell'esecuzione operi in funzione creativa di un titolo esecutivo dapprima inesistente, posto che «*la scarna normativa dettata in materia di istruzione probatoria interna alla camera di consiglio evidenzia... un ruolo centrale del giudice che procede in sede tanto di ammissione quanto di assunzione della prova, assegnando alle parti un ruolo residuale di netto secondo piano. Il giudice ha, in realtà, poteri discrezionali amplissimi, non essendo in tal senso vincolato dal principio della domanda*»³⁰.

Il vizio di fondo di tali deviazioni risiede nella pretesa (ma solo tralaticciamente affermata) impermeabilità delle procedure di accertamento incidentale al modello ordinario costituzionalizzato. Esistono invece requisiti strutturali minimi che ogni forma procedimentale tesa ad accertare un fatto ignoto deve avere; l'esigenza di rispettare tali costanti impone di considerare ogni seriazione di atti come procedimento giurisdizionale e, quindi, di verificarne la corrispondenza al modello scandito dall'art. 111 Cost.³¹: contraddittorio in condizione di parità, diritto alla prova, motivazione e diritto a controlli effettivi da parte di giudici diversi sono essenziali ad ogni forma di manifestazione della giurisdizione. E tali posizioni, in quanto riferite alle condizioni indispensabili per l'esistenza di un accertamento, costituiscono i c.d. *essentialia iudicii*³² di ogni procedimento, quale ne sia l'oggetto.

sprudenza (Cass., sez. I, 16.5.2000, Nevi, *Mass. Uff.* n. 216751; Cass., sez. IV, 18.9.1997, Cavallari, *CP*, 1998, 1730) può essere applicata in sede esecutiva sul presupposto che l'ablazione può essere disposta in ogni fase e grado del procedimento e, quindi, il giudice dell'esecuzione può provvedere sia nei casi in cui, risultando già accertati i profili di fatto rilevanti, la confisca obbligatoria possa essere disposta *de plano*, sia quando, essendo necessario eseguire accertamenti per la verifica delle condizioni che la legittimano, occorra procedere ad acquisizioni probatorie.

³⁰ DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Milano, 1994, 331. Nello stesso senso, CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 434.

³¹ FURFARO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in GAITO (a cura di), *La prova penale*, I, Torino, 2008, 390 ss.

³² Già così GAITO, *Incidente di esecuzione e procedimenti incidentali*, *RDPr*, 1989, 27.

In passato era affiorato l'orientamento per cui «è immediatamente proponibile ricorso per cassazione avverso il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione abbia irritualmente provveduto, in materia di confisca, a norma dell'art. 666, 3° co., c.p.p., anziché “de plano” come previsto dall'art. 667, 4° co., 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»³³.

In contrario, la Corte di Cassazione ha da ultimo precisato³⁴ che, in armonia con un indirizzo giurisprudenziale in via di consolidamento³⁵, in materia di confisca il provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione è sempre impugnabile nelle forme dell'opposizione *ex* art. 667, 4° co., 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, 5° co., c.p.p. deve qualificare il ricorso come opposizione³⁶. E ciò in quanto – è stato argomentato – in ipotesi del genere «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»³⁷.

Breve. La novità di quest'ultima decisione sta nel suo essere europeisticamente orientata, essendosi avvertita la sensibilità di precisare che il valore in discussione è il doppio grado di merito tipico delle sentenze di condanna, garanzia ontologicamente diversa e necessariamente più ampia *in executivis* rispetto alla tutela offerta dal rito camerale disciplinato dall'art. 127 c.p.p.

Gli artt. 3 e 4, § 2, Protocollo aggiuntivo n. 7 alla C.e.d.u. contribuiscono alla ricostruzione concettuale del 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

³³ Cass., sez. VI, 25.10.2007, Marchiorato, in *Mass. Uff.* n. 238157; Cass., sez. I, 2.12.1996, Di Giannantonio, *GP*, 1997, III, 631; Cass., sez. III, 28.7.1995, Di Rosa, *ivi*, n. 205228.

³⁴ Cass., sez. I, 22.2.2011, Clark W.S., *GT*.

³⁵ Cfr. Cass., sez. VI, 22.9.2010, in *Mass. Uff.*, n. 248634; Cass., sez. V, 26.5.2009, *ivi*, n. 245130; Cass., sez. I, 13.11.2008, in *Mass. Uff.*, n. 242510.

³⁶ Cass., sez. I, 13.11.2008, n. 1008, in *Mass. Uff.* n. 242510.

³⁷ Cass., sez. I, 26.9.2007, in *Mass. Uff.* n. 37343.

un processo equo»³⁸. E comincia a diffondersi l'idea che la garanzia del doppio grado di giudizio di merito rientri tra i requisiti essenziali di quella c.d. esecuzione leale³⁹ in rapporto alla quale si avverte in maniera crescente l'esigenza di omologare le scadenze e gli schemi formali dell'esecuzione penale alle regole del giusto processo europeo⁴⁰. D'altronde, si sa, i connotati di giurisdizionalità caratterizzanti il procedimento di esecuzione sono stati esaltati dagli apporti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴¹.

7. PROSPETTIVE FUTURE

Se la confisca è una pena, e oramai non se ne può più dubitare, nella prospettiva di effettività del doppio grado di giudizio di merito, è da chiedersi se costituisca garanzia sufficiente quella della doppia decisione da parte di due giudici dell'esecuzione del medesimo ufficio, pur se fisicamente diversi; o se piuttosto debba farsi riferimento alla Corte di Appello, quale organo funzionalmente investito del giudizio di controllo sul merito.

Anche il corredo istruttorio tipico del procedimento di esecuzione indicato dall'art. 666, 5° co., c.p.p. determina uno sviamento non marginale rispetto alla regola dettata dall'art. 190 c.p.p., assegnando alle parti un ruolo residuale al punto che, quanto alle concrete modalità di assunzione delle prove, l'art. 185 disp. att. c.p.p. esime dal rispetto di «*particolari formalità*».

Se agli imperativi di rango costituzionale (art. 111, 3° co., Cost.) e convenzionale (Protocollo n. 7 aggiuntivo alla C.e.d.u.) non corrispondesse il concreto dispiegamento delle relative potenzialità applicative, si avrebbe solo un'avvilente parvenza di sana amministrazione della giustizia: l'idea prepotente del doppio grado di giurisdizione evoca, per contro, l'affermazione del diritto ad una seconda esauriente statuizione sul fatto da parte di un altro organo decidente all'esito della celebrazione di un nuovo giudizio celebrato con pienezza di poteri e nel rispetto del diritto alla prova e dell'effettività del contraddittorio⁴².

Resta irrisolto il problema del recupero della legalità rispetto alla individuazione del giudice giusto più idoneo all'appello *in executivis*, quasi come monito in punto di indifferibilità di una riforma organica⁴³ da parte del legislatore del sistema delle impugnazioni.

³⁸ COSÌ CARINI, *Errore e rimedio*, in *Dig. IV, disc. pen.*, Agg., Tomo 1, Torino, 2008, 262-262.

³⁹ GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit.

⁴⁰ MANI, *In tema di confisca: verso l'omologazione dell'incidente di esecuzione alle forme* [?], cit., in corso di pubblicazione.

⁴¹ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 10.

⁴² Già COSÌ GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in GAITO (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 45.

⁴³ FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 154.

La concreta realizzazione nella fase esecutiva del processo penale di un controllo imparziale ad opera di un giudice davvero terzo rispetto alle pregresse vicende del giudizio di merito e la necessità di impedire che nella medesima vicenda interloquisca reiteratamente il magistrato che ha preso parte allo stesso procedimento giudicando nel merito resta un punto d'arrivo⁴⁴.

⁴⁴ Già in passato Cass., sez. I, 5.12.1996, Angelucci, *GI*, 1997, II, 455, con nota di GAITO, *Nel segno dell'imparzialità del giudice: verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio*, *GI*, 1997, II, 455.