

## IL CASO

---

**MARIANGELA MONTAGNA**

### **Il Getty Bronze: prima un giallo archeologico, poi un rebus giuridico. Profili processualistici.**

Al centro della vicenda processuale vi è la della statua bronzea dell'*Atleta vittorioso*, risalente al periodo ellenistico e attribuita allo scultore greco Lisippo, ora posseduta dal Getty Museum di Malibù in California (U.S.A.), che fu casualmente ripescata nel mare Adriatico nel 1964. Tra le molteplici questioni giuridiche sorte dal caso in questione, lo scritto si sofferma ad analizzare i profili problematici di una confisca disposta in fase esecutiva e nei riguardi di un terzo estraneo.

*The Getty Bronze: first an archaeological yellow then a legal rebus. Process Profiles.*

*The essay dealt with the confiscation of Getty Bronze, now owned by the Getty Museum of Malibu in California (USA), which was found in the Adriatic Sea in 1964. Among the questions arising from the case in question, the paper focuses on a confiscation order placed in the execution phase and with respect to a third party.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. La vicenda processuale. - 3. La confisca di beni archeologici. - 4. La confisca in sede esecutiva. - 5. Il rapporto tra confisca e prescrizione. - 6. La tutela del terzo estraneo.

#### **1. Premessa.**

L'intricata vicenda processuale ruota intorno ad un provvedimento di confisca disposto per la prima volta da parte del giudice dell'esecuzione ed avente ad oggetto la statua bronzea dell'*Atleta vittorioso*. Tale statua, risalente al periodo ellenistico e attribuita allo scultore greco Lisippo, ora posseduta dal Getty Museum di Malibù in California (U.S.A.), fu casualmente ripescata nel mare Adriatico nel 1964.

Acquistata nel 1977 dal Getty Museum, la statua è, da tempo, oggetto di un'aspra contesa che si è sviluppata attraverso un lungo procedimento penale in cui il Museo californiano, mai imputato per la vicenda in questione, si presenta come terzo estraneo detentore della *res* su cui è stato disposto il provvedimento ablativo<sup>1</sup>.

La giurisdizione italiana e, in particolare, la competenza territoriale dell'autorità giudiziaria di Pesaro sono state configurate in virtù del luogo in cui le condotte criminose ipotizzate a carico dei marinai e dei titolari dei pescherecci che rinvennero in mare la statua si sarebbero concretizzate in tutto o almeno in parte: a Fano.

E' bene precisarlo sin da subito: si è dinanzi ad una confisca disposta in fase

---

<sup>1</sup> Per una compiuta ricostruzione dei fatti si rinvia a GAITO - ANTINUCCI, *Prescrizione, terzo estraneo e confisca in executivis di beni archeologici (a margine della vicenda dell'atleta vittorioso di Lisippo)*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi - Cisterna, tomo II, Torino, 2011, 1185 ss.

esecutiva dopo un provvedimento di archiviazione per prescrizione del reato e che ha negato la sussistenza dei presupposti applicativi della confisca.

## **2. La vicenda processuale.**

Il Tribunale di Pesaro, a seguito di richiesta del p.m., in qualità di giudice dell'esecuzione, ha disposto con ordinanza dell'11 febbraio 2010 la confisca di una statua di bronzo, datata attorno al IV° secolo a.c., attribuita allo scultore greco Lisippo di Sicione, raffigurante un'atleta nell'atto di porre sul proprio capo una corona, pari a quelle spettanti al vincitore degli agoni. Tale statua, come detto, si trova custodita da lungo tempo presso il Museo J.P. Getty di Malibù.

Il medesimo tribunale con ordinanza dell'8 giugno 2018 ha rigettato l'opposizione presentata dal legale rappresentante del J.P. Getty Museum contro la precedente ordinanza dispositiva di confisca, adottata nel 2010.

Avverso l'ordinanza del giugno 2018 è stato proposto ricorso in cassazione all'esito del quale la S.C. ha confermato il provvedimento di confisca a favore dell'Italia avente ad oggetto la statua ellenica custodita presso il museo statunitense<sup>2</sup>.

Per cercare di comprendere l'intricata vicenda, va ricordato che il Tribunale di Pesaro ha operato in qualità di giudice dell'esecuzione posto che il 10 novembre 2007 il G.i.p. presso il suddetto Tribunale aveva disposto l'archiviazione del procedimento penale a carico di più soggetti imputati dei reati previsti e puniti dall'art. 66 l. 1° giugno 1939, n. 1089 (indebito impossessamento di cose di antichità od arte rinvenute fortuitamente), ora art. 174 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

Questa vicenda processuale chiusa con archiviazione e nel cui ambito si colloca, relativamente alla confisca, la decisione della Corte di cassazione sopracitata è stata preceduta da altri accertamenti processuali sviluppati dall'autorità giudiziaria circa il rinvenimento e le successive vicende della statua.

A) Vi è stato dapprima un procedimento penale avviato a metà degli anni 60 del passato secolo, poco dopo il rinvenimento in mare della statua, nei riguardi di più persone (i marinai, alcuni antiquari) per il reato di cui all'art. 67 l. n. 1089 del 1939 (indebito impossessamento di cose di antichità od arte rinvenute fortuitamente) ed altri, accusati di ricettazione. Tale procedimento si è concluso, dopo diversi gradi di giudizio e alterne soluzioni decisorie (assoluzione in primo grado, condanna in appello), con una pronuncia definitiva di assoluzione *per assenza di prove* adottata dal giudice d'appello in sede di rin-

---

<sup>2</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, C., in *questa Rivista*, on.line.

vio a seguito di annullamento con rinvio da parte della S.C. In particolare, secondo i giudici di merito mancavano le prove sulla materialità dei fatti e, specificamente, la natura del reperto ed il luogo di rinvenimento<sup>3</sup>.

B) Un successivo procedimento penale, avviato dalla Pretura di Gubbio nel 1973 per esportazione clandestina di opere d'arte, si concluse nel 1978 con una decisione di non luogo a procedere per i fatti di illecita esportazione del reperto artistico essendo rimasti ignoti gli autori del fatto<sup>4</sup>.

C) Nel 2007, sulla base di nuove informazioni pervenute e raccolte dall'autorità giudiziaria, la Procura della Repubblica presso il tribunale di Pesaro avviò un nuovo procedimento penale a carico dei marinai che avevano recuperato in mare la statua bronzea ipotizzando i reati previsti dall'art. 110 c.p., in relazione all'art. 66 legge n. 1089 del 1939, come sostituito dall'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, artt. 483, 482, 476 c.p. Il procedimento si chiuse con un decreto di archiviazione essendo i reati estinti per prescrizione, adottato, su richiesta del p.m., dal G.i.p. del Tribunale di Pesaro in data 19 novembre 2007.

Il p.m. aveva chiesto altresì che il G.i.p disponesse (oltre all'archiviazione) la confisca della statua in relazione all'art. 66 della legge n. 1089 del 1939 e successive modificazioni.

Il giudice respinse la richiesta di confisca, ritenendo che il possessore della statua, vale a dire il Getty Museum, dovesse essere considerato terzo estraneo al reato *ex art.* 66 legge n. 1089 del 1939.

In riferimento alla parte del provvedimento di archiviazione in cui si negava la confisca per mancanza dei presupposti, il p.m. propose incidente di esecuzione *ex artt.* 676, 667, co. 4, e 666 c.p.p.

A quel punto, il G.i.p., in funzione di giudice dell'esecuzione, dopo aver integrato il contraddittorio tra le parti interessate, dispose con provvedimento del 10 febbraio 2010 (dep. 11 febbraio 2010), la confisca della statua "ovunque si trovi".

Ha fatto seguito un procedimento di controllo attivato dal rappresentante legale del Getty Museum dapprima tramite ricorso in Cassazione convertito, poi, dalla S.C. in opposizione *ex art.* 667, co. 4, c.p.p., a seguito della quale il Tribunale di Pesaro disponeva la confisca del reperto (ordinanza del 3 maggio 2012).

E' seguito un nuovo ricorso in Cassazione da parte della difesa del Getty Museum e, nell'ambito di questo giudizio, la S.C. ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 111, co. 1, 117, co. 1, Cost. degli

---

<sup>3</sup> Così è riportato in Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 5.

<sup>4</sup> Sempre secondo quanto riportato in Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 7.

artt. 666, 667 co. 4, 676 c.p.p., “nella parte in cui non consentono che la parte possa richiedere al giudice dell'esecuzione lo svolgimento dell'udienza in forma pubblica”.

La Corte costituzionale con sentenza 15 aprile 2015 n. 109 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in punto di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica<sup>5</sup>.

È, dunque, stato dichiarato da parte della Corte di cassazione l'annullamento del provvedimento impugnato e, cioè, dell'ordinanza del tribunale di Pesaro datata 3 maggio 2012.

La questione è stata rimessa al tribunale di Pesaro, in funzione di giudice dell'esecuzione, per la nuova celebrazione del giudizio di opposizione nelle forme dell'udienza pubblica, constatato che, nella specie, tale formalità non era stata seguita (in sede di opposizione).

Il Tribunale di Pesaro, Ufficio G.i.p., nella funzione di giudice dell'esecuzione, dopo aver rinnovato il procedimento di opposizione nelle forme dell'udienza pubblica, con ordinanza dell'8 giugno 2018, ha rigettato l'opposizione proposta dal Getty Museum e, pertanto, confermato la confisca della statua detenuta presso il predetto Museo, ovunque essa si trovi. In particolare, il Giudice ha concluso ritenendo che correttamente ha deciso il "precedente" giudice dell'esecuzione nel ritenere che il provvedimento ablativo sia «lo strumento di tutela necessario per consentire allo Stato italiano di riacquistare la disponibilità del bene illecitamente sottratto al suo patrimonio indisponibile ed illegittimamente detenuto dal J.P. Getty Museum»<sup>6</sup>.

Il ricorso in cassazione prospettato avverso quest'ultima decisione è stato rigettato<sup>7</sup>. Molteplici i profili giuridici che emergono dalla vicenda processuale sui quali riflettere e che hanno profondo rilievo nel dibattito in corso sulla natura della confisca e sulla tutela del terzo estraneo. Ma non solo. Vi è altresì da tracciare i confini applicativi della misura ove disposta in sede di esecuzione, in assenza di quell'accertamento pieno e delle ampie forme procedimentali partecipate che soltanto il giudizio di cognizione assicura.

### **3. La confisca di beni archeologici.**

La statua ellenica è stata sottoposta a confisca *ex art.* 174 d.lgs. n. 42 del 2004.

---

<sup>5</sup> Corte cost., n. 109 del 2015.

<sup>6</sup> Così Trib. Pesaro, Ufficio G.i.p, ord. 21 giugno 2018, 49.

<sup>7</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit.

La norma punisce l'uscita o esportazione illecita di cose di interesse artistico, storico, archeologico e al co. 3 prevede che sia disposta confisca di tali cose, salvo che esse appartengano a persona estranea al reato. Si prevede, inoltre, che la confisca abbia luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando.

Con riguardo a questa figura di confisca, la S.C., esprimendosi nel caso di specie, ha rilevato la finalità «eminentemente recuperatoria e non sanzionatoria». Ciò in quanto - nella prospettiva fatta propria dalla Corte di cassazione - la misura di cui all'art. 174, co. 3, d.lgs. n. 42 del 2004 mira «prioritariamente a ricondurre nell'alveo dei beni nella materiale disponibilità dello Stato», quelle cose che abbiano «una rilevanza storico-culturale nella formazione della civiltà locale e nazionale», affinché lo Stato possa porre in essere le necessarie cure di custodia, conservazione e disponibilità<sup>8</sup>. Ed ancora - sempre la S.C. - ritiene che trattasi di una misura avente «carattere recuperatorio», essendo «finalizzata ad assicurare il rispetto sostanziale della presuntiva natura pubblica del bene culturale e, pertanto, la tutela dell'interesse alla sua custodia, conservazione e, tendenziale, fruizione»<sup>9</sup>.

In prima battuta, può evidenziarsi che il dato secondo il quale quella statua rientri nel patrimonio culturale e storico italiano non pare così assodato<sup>10</sup>. Si ricordi, qui, soltanto che il G.i.p. nel disporre l'archiviazione e negare il provvedimento ablativo rilevò che, secondo quanto stabilito nella sentenza pronunciata dalla Corte d'appello di Roma (1968, 1970) ed anche successivamente nell'autunno del 2007 non esisteva «la prova della provenienza della statua dal territorio nazionale, non essendo certo in quali acque la scultura sia stata ripescata»<sup>11</sup>. Il punto è controverso, poiché la «nazionalizzazione» della statua è, d'altra parte, stata rilevata sulla scorta del fatto che il bronzo costituirebbe «un bene archeologico rinvenuto da cittadini italiani a bordo di un peschereccio italiano, introdotto nel porto di Fano ed approdato sul lido della stessa località», e quindi «indipendentemente dalle questioni del rinvenimento del bene in acque non territoriali e della sua introduzione a Fano senza il rilascio dell'autorizzazione ex art. 42 Legge n. 1089 del 1939»<sup>12</sup>.

Ma a parte il dato di fatto della ritenuta (a parere dei giudici) riconducibilità di

<sup>8</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 46.

<sup>9</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 22.

<sup>10</sup> Si rinvia in proposito a LANCIOTTI, *Il Getty Bronze: prima un giallo archeologico, poi un rebus giuridico. Profili internazionalistici*, in *questa Rivista*; EAD, *Patrimonio culturale sommerso: tutela dei beni archeologici e limiti alla cooperazione internazionale*, in *questa Rivista*, 2011, 209 ss.

<sup>11</sup> G.i.p., Trib. Pesaro, decreto di archiviazione, 19 novembre 2007, 2.

<sup>12</sup> G.i.p., Trib. Pesaro, ord. 28 febbraio 2012 - 3 maggio 2012, 20.

quel bene al patrimonio artistico nazionale, la riflessione che si impone concerne il “metodo” interpretativo seguito dalla Corte di cassazione nell'individuare natura e finalità della misura in questione. Non pare, infatti, corretto il percorso interpretativo che si muova per mezzo dell'individuazione di talune finalità della confisca, escludendone altre e, così, finendo per negare la natura penale del provvedimento ablatorio. Si sa che la confisca è un mondo certamente proteiforme, come pure afferma la Corte di cassazione nella sentenza in analisi. Il che tuttavia non deve portare a compiere differenziazioni che potrebbero rivelarsi arbitrarie a fronte dell'interpretazione giurisprudenziale emersa in seno alla Corte e.d.u.

E' evidente che la S.C. indicando la natura recuperatoria del provvedimento ablativo disciplinato dall'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, ha inteso, nel ragionamento esplicitato dalla stessa, escludere la natura sanzionatoria della misura, così ovviando alla problematica questione della natura penale della confisca che, in quanto tale, diviene provvedimento necessariamente collegabile ad una decisione di condanna o ad una decisione che comunque certifichi l'accertamento della responsabilità penale secondo i principi emersi in seno alla giurisprudenza europea.

Al di là delle etichette, tuttavia, è la natura sostanzialmente afflittiva della misura ablatoria a generare effetti preclusivi sulla possibilità di confiscare in mancanza di un accertamento pieno di responsabilità penale. Dirimenti, al riguardo, sono gli indicatori di penalità elaborati dalla nota sentenza *Engel et alias c. Paesi Bassi*<sup>13</sup>, la cui corrispondenza permette una qualificazione in senso penale (convenzionale) di un provvedimento di confisca indipendentemente dal *nome juris* attribuito dall'ordinamento interno. Sono tali la qualificazione giuridica data dalla legislazione interna (che è parametro di tipo formale certamente non vincolante ai fini della tutela convenzionale, ma chiarificatore ove a livello interno la confisca sia qualificata come penale); la natura della misura, ad esempio non di mera compensazione economica, ma finalizzata alla punizione del fatto ed a conseguire finalità deterrenti; la gravità dei suoi effetti per il soggetto accusato.

A livello convenzionale, si delinea, dunque, una nozione dilatata di materia penale che va ben al di là dell'ambito penale inteso in senso stretto ed incorpora ogni misura ablativa che abbia carattere afflittivo.

Il problema della natura giuridica della confisca è stato più volte affrontato dalla Corte europea, che si è soffermata, di volta in volta, su misure diverse, ideate all'interno dell'ordinamento con scopi differenti ed ha guardato alla

---

<sup>13</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel et alias c. Paesi Bassi*.

funzione assoluta nel caso di specie dalla misura facendone discendere o, a seconda dei casi, negando un giudizio di compatibilità con i principi convenzionali in materia penale.

E questo è il punto. Ferma restando una sostanziale autonomia dei giudici di Strasburgo rispetto alle qualificazioni e valutazioni operate dagli ordinamenti interni, il tema centrale è la qualificazione penale del provvedimento di confisca. Ove tale provvedimento, dati i criteri convenzionali, deve essere configurato come sanzione penale occorre che lo stesso sia disposto nell'osservanza di principi minimi di garanzia che risulta impossibile pretermettere: principio di legalità, principio di irretroattività, presunzione di non colpevolezza, principio del giusto processo, principio di proporzionalità delineato dall'art. 1 Prot. add. C.e.d.u. Ed ancora, nel dettaglio, principio di legalità, ai sensi dell'art. 7 C.e.d.u., che sta a garantire accessibilità, conoscibilità e prevedibilità della regola.

Per quanto la S.C., nel caso di specie, qualifichi la confisca archeologica come misura avente finalità recuperatoria (e, dunque, si vuole sottintendere o esplicitare "non penale"), il punto su cui riflettere è quanto tale asserita finalità nulla possa davvero incidere sulla riconducibilità della misura in questione nella sfera penalistica e, dunque, sotto la tutela che quest'ambito richiede a livello di principi convenzionali e costituzionali.

Invero, posto che l'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004 è norma che ha riferimento ad una fattispecie criminosa e contempla tra le conseguenze del reato anche la confisca appare evidente che ci si trovi dinanzi ad una misura ablativa di carattere penale. Misura, tra l'altro, che, trattandosi di illecito penale, viene adottata all'esito di un procedimento penale<sup>14</sup>. Non si comprende, dunque, come assegnare alla confisca archeologica uno scopo di recupero al patrimonio nazionale del bene illecitamente sottratto possa inficiare la sua riconducibilità all'area penalistica.

Vi sono, invero, dei connotati che emergono dal sistema normativo interno che portano indiscutibilmente verso la connotazione penale della confisca in questione: la consequenzialità dell'adozione della misura rispetto alla condanna del reato, la natura e lo scopo della misura, la procedura di applicazione ed esecuzione, il grado di afflittività e, da ultimo, il fatto che dalla confisca (visto il suo carattere afflittivo) ne viene dispensato il soggetto terzo estraneo al reato.

---

<sup>14</sup> In proposito cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia; Id., 10 maggio 2012, Sud Fondi e altri c. Italia, che ha riconosciuto la natura di sanzione sostanzialmente penale alla confisca urbanistica in considerazione del suo carattere punitivo e del suo conseguire, per ordine del giudice penale, alla commissione di un reato.

Nè può obiettarsi che l'art. 174, co. 3, d.lgs. n. 42 del 2004 non espliciti il concetto per il quale la confisca seguirà la sentenza di condanna, dato che ciò è implicito nel dettato normativo: questa forma di confisca è connessa alla "punizione" della reclusione ed alla multa contemplate quali sanzioni penali dal co. 1 della medesima norma. Sanzioni che, dunque, possono essere irrogate soltanto all'esito di un procedimento penale in cui, accertata la responsabilità dell'imputato, verrà poi irrogata la pena. Pare evidente che il provvedimento ablativo seguirà a questo necessario passaggio e, cioè, ad una sentenza di condanna in cui saranno definite le sanzioni penali di cui al co. 1.

In sintesi, anche volendo condividere la funzione meramente recuperatoria della confisca archeologica, ciò non impedisce di affermare che tale scopo è conciliabile con quello repressivo della stessa<sup>15</sup> e, soprattutto, che la suddetta finalità, anche qualora ad essa si volesse dare rilievo, non può offuscare o elidere la natura prevalente della confisca in questione, vale a dire il suo connotato "penale".

Le scelte di politica criminale che sottendono le singole figure di confisca sparse nell'ordinamento interno non possono essere ignorate e, certamente, connotano in modo peculiare una confisca rispetto ad un'altra per lo scopo perseguito: finalità repressiva - punitiva, di prevenzione, ripristinatoria. Ciò tuttavia non legittima un percorso interpretativo che dapprima postula una certa finalità e poi ne deduce le conseguenze applicative<sup>16</sup>. Vi sono dei limiti fissati nella Convenzione europea e nella Carta costituzionale che impongono di muoversi in un determinato quadro di garanzie in costante equilibrio tra intervento dell'autorità statale e diritti e libertà individuali.

#### **4. La confisca in sede esecutiva.**

Nel caso di specie, la confisca negata dal giudice dell'archiviazione è stata disposta in incidente di esecuzione. Specificamente, il G.i.p. che aveva disposto l'archiviazione, su richiesta del p.m., aveva negato la confisca della statua dell'Atleta vittorioso, pure richiesta dall'organo rappresentante l'accusa, rilevando l'insussistenza dei presupposti per procedervi stante l'estraneità al reato del soggetto detentore della stessa, il Getty Museum.

Il p.m. ha prospettato opposizione avverso il decreto di archiviazione per intervenuta prescrizione emesso dal G.i.p. che aveva escluso espressamente i presupposti applicativi per disporre la confisca della statua greca dell'*Atleta*

---

<sup>15</sup> Sulla conciliabilità tra obiettivi di prevenzione e riparazione della confisca con quelli di repressione, v. Corte EDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, § 30.

<sup>16</sup> In proposito, cfr. MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 722.

*vittorioso*. L'accusa ha dunque in sostanza chiesto al G.i.p. in qualità di giudice dell'esecuzione l'adozione della confisca non adottata in prima battuta, cioè, all'esito delle indagini, con l'archiviazione. Sembrerebbe, nella specie, prefigurarsi una sorta di impugnazione della decisione archiviativa limitatamente al profilo della negata confisca, allo scopo di ottenere una nuova valutazione sulla confisca da parte del giudice dell'esecuzione. Il tutto sulla base dei medesimi elementi conoscitivi già vagliati dal g.i.p. in sede di archiviazione.

La richiesta del p.m. ha sortito effetto positivo, poiché il G.i.p. in funzione di giudice dell'esecuzione ha disposto il richiesto provvedimento ablativo sulla scorta della natura obbligatoria della confisca in questione ed escludendo che il detentore della statua potesse considerarsi terzo estraneo al reato.

A fronte delle censure difensive mosse circa l'inadeguata sede procedimentale che ha visto nascere il vincolo sulla *res*, la S.C. ha rilevato come la confisca in questione, pur disposta *in executivis*, abbia comunque fruito di un procedimento che, a seguito della sentenza costituzionale n. 109 del 2015, si è svolto in forma pubblica e di come in favore del soggetto terzo, Getty Museem, siano stati assicurati «tutti i diritti connessi all'esercizio della difesa nell'ambito di un processo in contraddittorio fra le parti, di tal che non vi è dubbio che la celebrazione del giudizio ha rispettato i canoni del "giusto processo"», sanciti dall'art. 111 Cost.<sup>17</sup>.

Il nocciolo della questione, tuttavia, non pare potersi esclusivamente ricondurre ad un raffronto tra le garanzie che connotano in modo diverso i due giudizi, quello di cognizione e quello di esecuzione. Per quanto quest'ultimo possa essere partecipato, è evidente che non vi saranno mai quelle molteplici tutele che l'ordinamento affida soltanto al giudizio di cognizione, soprattutto se espletato nelle forme del giudizio ordinario e che vanno dalle modalità di acquisizione della prova ai parametri di valutazione della prova necessari per poter condannare, solo per citarne alcuni. Ma al di là di questo raffronto tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione circa le garanzie profilabili nel secondo e, di fatto, nella fattispecie, considerabili, a parere della S.C., equiparabili al primo, tanto da affermare la realizzazione dei principi del giusto processo, si tratta qui in via preliminare di comprendere se, nel caso in questione, vi fossero i presupposti per procedere in fase esecutiva ad una decisione del genere.

In altre parole, il quesito da sciogliere è se fosse legittimo disporre la confisca *in executivis*, dopo che il G.i.p. dell'archiviazione aveva respinto la richiesta

---

<sup>17</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 46.

del provvedimento ablativo della statua avanzata dal p.m. in relazione all'art. 66 della legge n. 1089 del 1939 e successive modificazioni. L'organo giurisdizionale, in quell'occasione, nel respingere la domanda di confisca aveva ritenuto che il possessore della statua, vale a dire il Getty Museum, dovesse essere considerato terzo estraneo al reato *ex art. 66 legge n. 1089 del 1939* e, pertanto, non si potesse disporre il provvedimento ablativo, come previsto dall'art. 66 Legge n. 1089 del 1939<sup>18</sup>.

Il dubbio sopramenzionato acquista concretezza ove si consideri il ruolo del giudice dell'esecuzione in prospettiva generale ed anche in riferimento alla confisca, richiamata tra le "altre competenze" del giudice *in executivis* dall'art. 676 c.p.p.: in mancanza di nuovi elementi di fatto o precedentemente non valutati, è possibile per il giudice dell'esecuzione disporre una confisca negata dal giudice della cognizione? Un controllo, quello in fase esecutiva, che, tra l'altro, occorre ricordarlo, interviene a distanza di pochi giorni (15 gg.) dalla decisione del G.i.p. di archiviare, entro i quali il p.m. propone opposizione al decreto di archiviazione.

Insomma, a fronte della fattispecie processuale che si ha dinanzi sembra più che fondato il dubbio che il giudice dell'esecuzione sia giunto a disporre la confisca sulla base di una mera diversa interpretazione della stessa situazione di fatto e di diritto già valutata dal giudice della cognizione/archiviazione.

Per comprendere la portata della decisione, occorre partire dal dato normativo. L'art. 676 c.p.p., nel disciplinare le "altre competenze" del giudice dell'esecuzione, prevede al co. 1 che tale giudice è competente a decidere, tra le altre cose, in ordine alla confisca. Nulla è detto, nella norma, a proposito delle ragioni di tale recupero *in executivis* della confisca.

Al riguardo, tuttavia, non paiono esservi dubbi sulla connotazione residuale del potere del giudice dell'esecuzione di disporre confisca rispetto a quello spettante al giudice della cognizione. Il primo è legittimato ad intervenire soltanto qualora il secondo non si sia espresso a proposito del provvedimento ablativo. Ovviamente deve trattarsi di un'ipotesi di confisca che l'ordinamento configuri come obbligatoria. In quel dato di doverosità della misura risiede la necessità di un suo recupero in fase esecutiva, ove mai tale misura fosse sfuggita al giudice della cognizione ed il provvedimento giurisdizionale fosse passato in giudicato<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> G.i.p. Trib. Pesaro, decreto di archiviazione, 19 novembre 2007, cit., 2.

<sup>19</sup> In questa prospettiva sembra muoversi anche la giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez., VI, 5 marzo 2014, in *Mass. Uff.*, n. 261886 secondo cui l'art. 676 c.p.p. attribuisce al giudice dell'esecuzione la decisione sulla confisca per il caso in cui la sentenza sia passata in giudicato ed il giudice della cognizione non abbia provveduto alla confisca obbligatoria. Sul punto v. anche ARDITURO, CIOFFI, *La confisca*

La stringatezza del dato normativo (art. 676 c.p.p.) a proposito della confisca *in executivis*, inoltre, può farsi risalire al fatto che tale norma sia stata pensata con riferimento alla confisca disciplinata dal codice penale, vale a dire una figura di confisca “semplice” che richiede accertamenti limitati al vaglio sul nesso di pertinenzialità tra la *res* ed il reato presupposto, mentre con difficoltà si adatta alle confische disciplinate nella legislazione speciale che richiedono accertamenti più articolati<sup>20</sup>.

Non a caso, anche a colmare l’insufficienza del dato normativo, è stato di recente introdotto nel *corpus* codicistico l’art. 183-*quater* disp. att. c.p.p. (dall’art. 6 d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21) che, per la fase successiva all’irrevocabilità della sentenza, individua uno specifico e peculiare percorso procedimentale ove occorra, in fase di esecuzione, “emettere i provvedimenti di confisca” c.d. particolari, vale a dire quelli contemplati dall’art. 240-*bis* c.p. (norma anch’essa di nuovo conio per effetto del medesimo d.lgs. n. 21 del 2018) o da altre norme che all’art. 240-*bis* c.p. rinviano. Il riferimento è ai casi di confisca c.d. per sproporzione.

Tornando all’art. 676 c.p.p., la circostanza che il giudice della cognizione non si sia espresso sulla confisca obbligatoria vuol significare che egli non deve aver statuito tanto sull’esistenza, quanto sull’inesistenza dei relativi presupposti. Questa è la premessa per il legittimo operare del giudice dell’esecuzione che disponga confisca.

Invece, qualora in fase di cognizione, l’organo giurisdizionale si sia soffermato sull’esistenza delle condizioni per la confisca (obbligatoria) e le abbia escluse in riferimento al caso concreto, su quella valutazione viene a formarsi una preclusione, non sormontabile in punto di esecuzione ai sensi dell’art. 676 c.p.p. Ne consegue che sopravvenuto il giudicato, una rivalutazione della decisione sul dovere di confisca non è praticabile<sup>21</sup>.

D’altro canto che il recupero *in executivis* della confisca si debba realizzare soltanto a fronte di provvedimenti ablativi configurati dall’ordinamento come obbligatori e non quando si tratti di confisca facoltativa è agevolmente spiega-

---

*ordinaria, per sproporzione e per equivalente nel processo di cognizione ed esecuzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 776.

<sup>20</sup> Cfr. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>21</sup> In tal senso v. anche BONTEMPELLI, *La confisca disposta nella fase esecutiva*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, Torino, 2017, 369; GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2016, 276; VERGINE, *Poteri cognitivi del giudice dell’esecuzione e applicazione della confisca in sede esecutiva*, in *La giustizia penale differenziata*, tomo III, *Gli accertamenti complementari*, a cura di Montagna, Torino, 2011, 1057. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 11 dicembre 2015, n. 49075; Id., Sez. I, 11 giugno 2007, n. 22752, in *Mass. Uff.*, n. 236876; Id., Sez. un., 17 luglio 2001, n. 29022, *ivi*, n. 219221.

bile in considerazione del vaglio discrezionale che caratterizza quest'ultima e che non sarebbe conciliabile con il modello procedimentale semplificato tipico dell'esecuzione<sup>22</sup>.

Sta di fatto che la delineata suppletiva attivazione del giudice dell'esecuzione in punto di confisca obbligatoria pone degli evidenti limiti al suo potere di intervento: non soltanto egli potrà esprimersi sulla confisca solo nel caso in cui il giudice di cognizione abbia mancato di farlo, ma, inoltre, qualora dovesse intervenire, i presupposti su cui sarebbe chiamato a riflettere sono i medesimi che avrebbe affrontato il giudice del merito. In altri termini i presupposti legittimanti la confisca *in executivis* sono gli stessi (sia in fase di cognizione, sia in fase di esecuzione), ma il giudice dell'esecuzione non ha autonomia di giudizio rispetto al giudice che lo ha preceduto nel merito, non può ribaltare l'accertamento compiuto sia quanto all'*an* della confisca, sia per il *quantum*.

Così tracciati i confini operativi del giudice dell'esecuzione in punto di confisca, occorre altresì riflettere sulla funzione dell'incidente di esecuzione cui pure il p.m. nella fattispecie è ricorso. Non può tale rimedio essere utilizzato per avversare una decisione a contenuto negativo, come nella specie sembra essere accaduto trasformando, così, l'incidente esecutivo in un'impugnazione tramite cui mirare ad una rivalutazione della decisione di merito, da parte del medesimo giudice, in spregio del principio di tassatività delle impugnazioni, fissato dall'art. 568 c.p.p.<sup>23</sup>. Invero, occorre ancora una volta ricordare che nella specie il provvedimento sottoposto al controllo del giudice dell'esecuzione che ha poi adottato la confisca della statua era una decisione di archiviazione (determinata dall'estinzione del reato per prescrizione) non accompagnata dal contestuale provvedimento ablativo (malgrado il p.m. lo avesse chiesto) in ragione della qualifica di terzo estraneo del possessore della statua e, dunque, di una causa preclusiva all'ablazione, come previsto dall'art. 66 legge n. 1089 del 1939.

La giurisdizione esecutiva in punto di confisca soffre un limite non superabile, anche alla luce di quanto rilevato dalla stessa S.C., riunita nel suo massimo consesso, e secondo cui la competenza del giudice dell'esecuzione a disporre la confisca *ex art. 240, co. 2, c.p.* è oramai un consolidato approdo giurisprudenziale, ma a patto che «non vi abbia provveduto il giudice della cognizione o la relativa questione, trattata in sede di merito, sia stata risolta negativamente, con conseguente preclusione processuale»<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Sul punto v. BONTEMPELLI, *La confisca disposta nella fase esecutiva*, cit., 370.

<sup>23</sup> In proposito, cfr. GAITO, ANTINUCCI, *Prescrizione, terzo estraneo e confisca in executivis di beni archeologici (a margine della vicenda dell'atleta vittorioso di Lisippo)*, cit., 1193.

<sup>24</sup> Esemplamente Cass., Sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, in *Cass. pen.*, 2001, 1563; e, inoltre,

È, del resto, la struttura del procedimento di esecuzione che lo impone. In fase esecutiva, il giudice soffre limiti cognitivi imposti dal provvedimento da lui stesso adottato e su cui si è chiamati ad intervenire per risolvere eventuali incidenti attuativi/esecutivi, ma escludendo risoluzioni additive sul contenuto dello stesso. Invero, nei casi in cui il giudice dell'esecuzione è chiamato a valutare questioni che usualmente sono riconducibili al merito, come nel caso dell'applicazione della disciplina del reato continuato, l'intervento del giudice dell'esecuzione è da intendersi in modo puramente suppletivo, vale a dire condizionato al fatto che la questione non sia stata affrontata, ed esclusa, nel giudizio di cognizione, cioè nella precipua fase dedicata alla trattazione di quello specifico punto. Non a caso l'art. 671 c.p.p. per il recupero dell'applicazione della disciplina della continuazione di reati *in executivis* prevede che tale disciplina *non sia stata esclusa dal giudice della cognizione*. È un principio di carattere generale che impronta l'intera fase esecutiva e va, dunque, a riguardare anche le "altre competenze" del giudice dell'esecuzione, disciplinate dall'art. 676 c.p.p.

In sintesi, al giudice dell'esecuzione non spetta sostituirsi al giudice della cognizione.

In questa prospettiva, del resto, sembra muoversi anche parte della giurisprudenza di legittimità, laddove rileva la preclusione per il giudice dell'esecuzione di effettuare un accertamento che, seppure incidentale, abbia comunque i connotati dell'accertamento di merito. Il riferimento è alla confisca, riguardo alla quale la S.C. ha escluso la possibilità di procedere all'accertamento sulla sussistenza del reato presupposto per la prima volta nell'ambito dell'incidente d'esecuzione *ex art. 676 c.p.p.*, opportunamente specificando che «alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale, al fine di disporre una confisca obbligatoria speciale che non prevede una precedente sentenza di condanna come presupposto applicativo, è necessario procedere ad un accertamento nel merito circa la sussistenza del reato presupposto e dato che il giudice dell'esecuzione non ha compiuto e, comunque, non avrebbe potuto compiere, un siffatto accertamento, il provvedimento impugnato deve essere annullato senza rinvio, con revoca della confisca e restituzione di quanto confiscato all'avente diritto»<sup>25</sup>.

## **5. Il rapporto tra confisca e prescrizione.**

Il tema, di recente molto dibattuto e che appare centrale nella vicenda in

---

Cass., Sez. VI, 20 maggio 2008, Ciancimino, in *Mass. Uff.*, n. 240585.

<sup>25</sup> Cass., Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 19166, Meneghini, in *questa Rivista*.

commento, concerne l'adozione di confisca in mancanza di una sentenza di condanna o di altro atto ad essa equiparato.

In proposito, la Corte di cassazione nella sentenza in commento<sup>26</sup>, a fronte delle censure mosse dalla difesa, rilevandone l'infondatezza, ha evidenziato come sul punto la Corte si fosse già espressa nella medesima vicenda e come da quelle osservazioni non potesse prescindere. Il riferimento – come riportato nella sentenza in commento – concerne l'ampiezza della procedura esecutiva che «costituisce la sede ove può essere operato ogni accertamento che si sia reso necessario per valutare la domanda introdotta con l'incidente di esecuzione, tenuto conto dei principi in tema di ampiezza dell'accertamento che il giudice può compiere in occasione della valutabilità della richiesta di confisca anche in presenza di una sentenza di proscioglimento ovvero di un provvedimento di archiviazione». Ciò premesso, la S.C. ritiene di non dovere intervenire in merito alla valutazione del «profilo inerente alla astratta legittimità della confisca dell'antica statua greca nel corso del giudizio di esecuzione, scaturito in esito alla avvenuta archiviazione per prescrizione dei reati contestati del giudizio principale di cognizione»<sup>27</sup>, essendosi in proposito formata una preclusione processuale.

Eppure, in tal modo, si finisce per ovviare al tema centrale della vicenda.

Quanto alla preclusione se effettivamente essa sia presente non appare del tutto certo, posto che se si è tornati dinanzi alla S.C. delle nuove ragioni di fatto e delle nuove esigenze procedurali vi sono state, come emerge dalla ricostruzione della vicenda processuale abbozzata al principio di questo commento.

Ma quel che lascia più perplessi è il tipo di visione che si affida alla fase esecutiva e che pure, secondo quanto già accennato, non appare in linea con il costruito normativo.

Quanto all'altro tema pure coinvolto dalla vicenda in oggetto, si tratta di riflettere sulla possibilità di addivenire a confisca in assenza di una sentenza di condanna o di accertamento similare effettuato da un giudice della cognizione.

In proposito, importanti indicazioni provengono dalla Corte di Strasburgo e, in particolare, dalla sentenza *Varvara c. Italia*<sup>28</sup> che ha enunciato il principio di incompatibilità del provvedimento ablatorio di una *res* ove manchi una pronuncia di condanna nei confronti del titolare di quel bene. A livello interno,

---

<sup>26</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 21 ss.

<sup>27</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 21 ss.

<sup>28</sup> Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, n. 17475/09.

ha fatto seguito, un'interpretazione giurisprudenziale secondo cui, posto che a fronte di quanto evidenziato dai giudici di Strasburgo circa l'impossibilità di disporre la confisca di beni in assenza di condanna, i giudici di merito sono tenuti a confrontarsi con i principi sovranazionali per come emergono in seno alla giurisprudenza della Corte E.D.U., a fronte dell'omessa analisi dell'impatto della sentenza suddetta della Corte E.D.U. e in situazioni di carenza di motivazione su beni confiscati pur a fronte di un mancato accertamento della loro illecita provenienza, il provvedimento vada impugnato<sup>29</sup>.

Diverso è stato l'approccio, nella specie, sviluppato dalla S.C. che sostiene che la confisca *ex art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004* debba essere applicata «anche in caso di esportazione abusiva di beni culturali in ordine alla quale il relativo giudizio penale si sia definito con sentenza di proscioglimento per cause che non riguardino la materialità del fatto e non siano tali da interrompere il rapporto fra la *res quae necesse auferre* ed il delitto commesso (in tal senso, Cass. Sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49438)»<sup>30</sup>.

Eppure, il portato applicativo dei giudizi sovranazionali pare doversi estendere in senso difforme rispetto a quanto ora riportato.

La Corte e.d.u. ha evidenziato *come e perché* la confisca, connotata da natura affittiva e, dunque, sanzionatoria sia da ricondursi nell'ambito della pena e vada, dunque, premesso ai fini della sua applicabilità un accertamento di responsabilità cristallizzato in una sentenza di condanna passata in giudicato. In particolare, la prospettiva lungo la quale il giudice sovranazionale si è mosso e dalla quale non pare potersi discostare è che se la confisca concretizza una pena, anche qualora a livello interno la definizione di natura "amministrativa" data alla confisca, «permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale»<sup>31</sup>, ma la "logica della pena" e la nozione di "*guilty*" o di "persona colpevole", «depongono a favore di un'interpretazione dell'art. 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore»<sup>32</sup>, allora nessuna *res* può essere legittimamente sottoposta a confisca ove manchi un giudizio di responsabilità penale racchiuso in una sentenza di condanna definitiva, esecutiva ed eseguibile. Significativo in tal senso è, inoltre, quanto evidenziato in quest'ambito dalla Corte costituzionale<sup>33</sup> a proposito del fatto che quando la Corte di Strasburgo

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, 20 gennaio 2017, n. 53609, Fei, in *questa Rivista*.

<sup>30</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 29.

<sup>31</sup> Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia.

<sup>32</sup> Corte EDU, 30 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit.

<sup>33</sup> Corte cost., n. 49 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, 391 ss., con nota di REPETTO, *Vincolo al rispetto*

ragiona in termini di condanna, non fa riferimento alla forma della pronuncia, ma alla sostanza dell'accertamento. Di conseguenza, può essere disposta una confisca in assenza di formale condanna (stante la dichiarata prescrizione del reato), a patto che il fatto di reato sia accertato nella sostanza. Pur accantonando le perplessità che desta siffatto argomentare nel momento in cui pare voler sovvertire o comunque inevitabilmente minare il pronunciamento della sentenza *Varvara c. Italia* in cui si staglia con nitidezza la volontà dei giudici sovranazionali di escludere ogni accostamento tra la confisca ed il reato estinto, quel che preme ora rilevare è come agli occhi dei giudici costituzionali, in caso di prescrizione, il reato deve nella sostanza essere stato accertato per potervi affiancare una misura ablativa. Il che, nel caso di specie, non è accaduto. E che la confisca debba essere affiancata necessariamente ad un reato accertato nella sostanza, seppure non espresso in una sentenza che abbia le caratteristiche formali della condanna, è il più recente portato interpretativo fatto proprio dalla Corte E.D.U. nella sentenza *G.I.E.M. e altri c. Italia*<sup>34</sup>.

Con riferimento alla vicenda della confisca e al suo rapporto con la declaratoria di prescrizione del reato, tra l'altro, importanti segnali provengono dalle recenti innovazioni legislative apportate al nostro ordinamento. Il riferimento è al d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, intitolato «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, co. 85, lettera *q*), Legge 23 giugno 2017, n. 103», a seguito del quale sono ora collocate all'interno del codice penale numerose figure di reato e circostanze prima contemplate nella legislazione speciale. Il suddetto d.lgs. n. 21 del 2018 ha, inoltre, inserito, questa volta nel codice di rito penale, l'art. 578-*bis* c.p.p. e, tra le norme di attuazione del medesimo codice, l'art. 183-*quater*. Sono tutte norme involgenti il tema della confisca. La prima concerne la decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione; l'altra - quella di attuazione - l'esecuzione della confisca in casi particolari. Inoltre, anche gli interventi relativi al codice di diritto sostanziale hanno riguardato, tra le altre cose, la confisca: l'art. 6 del menzionato d.lgs. intitolato «Modifiche in materia di confisca in casi particolari», ha inserito nel codice penale l'art. 240-*bis* c.p. rubricato «Confisca in casi particolari». Ci si trova dinanzi ad un primo tentativo di regolamentare la frastagliata situa-

---

della CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo, 411 ss., e MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, 421 ss. In proposito, v. altresì CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia non vincola il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in questa *Rivista*, 2015, 783 ss.

<sup>34</sup> Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*.

zione normativa della giustizia patrimoniale penale. Lungo è ancora il cammino da compiere ai fini del completo assetto della normativa in vigore su confisca e, più in generale, sui provvedimenti che incidono sulla *res*, ma alcuni dati significativi è comunque possibile trarre dalle recenti innovazioni legislative.

L'art. 578-*bis* c.p.p. dispone che “quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-*bis* c.p. e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato”.

La norma in questione, dunque, mira a disciplinare le conseguenze decisorie della decisione giudiziale sul reato estinto, ma specifica la necessità che il giudice dell'impugnazione per potersi esprimere sulla confisca deve trovarsi, comunque, dinanzi ad una preliminare verifica sulla responsabilità dell'imputato.

L'innovata previsione legislativa è in linea con l'orientamento giurisprudenziale emerso a proposito della confisca speciale di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 e secondo il quale, tale provvedimento ablativo permane anche nel caso in cui il giudizio di impugnazione si concluda con la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, «ma a patto che vi sia stata in precedenza una sentenza di condanna e l'accertamento concernente la sussistenza del reato e la penale responsabilità dell'imputato resti inalterato»<sup>35</sup>. In altre parole, ove manchi una doppia conforme di condanna, per il permanere della confisca necessita quanto meno una condanna in primo grado. Ed ancora segnali inequivocabili di un'esigenza interpretativa già emersa in seno alla S.C. per mezzo della quale cercare di contemperare esigenze di accertamento penale e garanzie, pari a quelli di cui sembra volersi fare portatore il nuovo dato normativo, si rinvengono in quelle pronunce dei giudici di legittimità che considerano necessario ai fini della misura ablativa, pur a fronte di una intervenuta prescrizione, che vi sia stata una precedente sentenza di condanna, «rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato»<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Cass., Sez. V, 29 novembre 2017, D'Agostino, n. 1012, in *Mass. Uff.*, n. 271923; Id., Sez. II, 7 febbraio 2012, p.m. in c. Bonsignore, n. 8102, in motivazione.

<sup>36</sup> Così Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, Lucci, in *Mass. Uff.*, n. 264434, in riferimento all'art. 240, co. 2, n. 1, c.p. (confisca del prezzo del reato) e all'art. 322-*ter* c.p. (confisca del prezzo o del profitto del rea-

Inoltre, l'art. 183-*quater* disp. att. c.p.p., sull'esecuzione della confisca in casi particolari, inserito dall'art. 6 d.lgs. n. 21 del 2018, affida la competenza funzionale a emettere i provvedimenti di confisca in casi particolari di cui all'art. 240-*bis* c.p. o previsti da altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano<sup>37</sup>, vincolandola - come è ovvio che sia - al momento successivo all'«irrevocabilità della sentenza».

Si tratta di innovazione normativa che delimita l'ambito applicativo della confisca in fase di esecuzione e, al contempo, si colloca sulla scia di una prassi giurisprudenziale oramai consolidata secondo la quale il provvedimento ablativo di beni del soggetto condannato per determinati reati può «essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione..., salvo che sulla questione non abbia già provveduto il giudice della cognizione, con conseguente preclusione processuale»<sup>38</sup>.

Previsione simile già contemplata dal co. 4-*sexies* dell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, conv. con mod. in Legge n. 356 del 1992, come modificato a seguito dell'art. 31 Legge 17 ottobre 2017, n. 161.

Nell'attribuzione al giudice dell'esecuzione di siffatta competenza funzionale in punto di confisca, l'art. 183-*quater* disp. att. c.p.p. prevede che il giudice sia individuato (ed operi) ai sensi dell'art. 666, 1, 2 e 3 co., c.p.p., vale a dire tramite una procedura partecipata e di realizzazione del diritto di difesa.

Ma quel che più conta ai fini della disamina in corso è che deve esservi già stata in fase di cognizione una condanna.

A ciò si aggiunga che, in merito alla confisca di cui all'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, la S.C. ha più volte evidenziato come, nel procedere a tale forma di provvedimento ablatorio, non si possa prescindere dall'accertamento di una responsabilità penale quando i beni appartengano a persona estranea al reato, rilevando, dunque, il carattere obbligatorio della confisca di cui all'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004, salvo che la cosa appartenga a soggetto estraneo all'illecito<sup>39</sup>.

Su chi, poi, intendere come portatore di tale qualifica, sempre la Corte di cassazione ha fornito risposta ricorrendo all'esemplificazione di colui «che abbia

---

to).

<sup>37</sup> Il riferimento alle altre disposizioni di legge è all'art. 85-*bis* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ed all'art. 301 co. 5-*bis* d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, rispettivamente inserite dall'art. 6, co. 5 e 6, d.lgs. n. 21 del 2018. In entrambi i casi, richiamando la previsione di cui all'art. 240-*bis* c.p. quanto alle condizioni legittimanti la confisca si prevede quale presupposto del provvedimento ablativo la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p.

<sup>38</sup> Cass., Sez. un., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, in *Mass. Uff.*, n. 219221.

<sup>39</sup> Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2017, C.E., n. 9156; Id., Sez. III, 10 giugno 2015, Almagià, n. 42458, in *questa Rivista*.

acquistato in buona fede». Si è, in tal modo, ricondotta la *species* “buona fede” nel più ampio *genus* “terzo estraneo al reato”. Ne deriva che certamente non può considerarsi terzo estraneo chi ha partecipato alle condotte criminose contestate ovvero colui che, nel caso di procedimento concluso con un decreto di archiviazione per prescrizione, abbia partecipato al procedimento come protagonista diretto e soggetto attivo di difesa<sup>40</sup>. Del tutto diversa è la situazione di chi ha semmai preso parte al procedimento ma non come imputato, bensì nella veste di terzo estraneo detentore del bene. In tal caso, la pur asserita finalità recuperatoria della confisca di cui all’art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004 non può travalicare i limiti della misura previsti dalla medesima norma, vale a dire l’appartenenza al terzo estraneo.

#### **6. La tutela del terzo estraneo**

Si è detto dell’attuale proprietà della statua, ora appartenente al Getty Museum, che l’ha acquistata nel luglio 1977 e l’ha ininterrottamente posseduta sin da allora. Malgrado i molteplici avvii di procedimenti penali, non vi è mai stato un accertamento circa la commissione di illeciti penali da parte dei titolari o dei rappresentanti di tale Museo che, dunque, ha preso parte al procedimento sfociato nella confisca del Getty Bronze in veste di terzo estraneo al reato.

È, inoltre, assente il “presupposto” in riferimento al quale valutare la presenza di buona fede del terzo, ovvero la sua estraneità all’illecito. Invero, i procedimenti penali si sono sempre conclusi con provvedimenti di archiviazione o con sentenza di assoluzione degli imputati, così escludendo in radice il reato presupposto.

Il Tribunale di Pesaro, tuttavia, in qualità di giudice dell’esecuzione, ha ritenuto la malafede dell’amministrazione del Getty Museum nell’acquisizione della statua e, dunque, la sua sostanziale non estraneità alla commissione dei reati per cui si è proceduto nei riguardi degli originari imputati. E sul punto la S.C. ha rilevato che il Tribunale ha correttamente escluso l’estraneità degli organi rappresentativi del Getty Museum rispetto ai reati contestati.

Occorre ricordare che, al fine di tutelare il soggetto estraneo detentore della *res* da confiscare l’art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004 prevede che al provvedimento

---

<sup>40</sup> Il ricorrente Almagià, infatti, era pienamente coinvolto nel traffico dei beni culturali oggetto dell’inculpazione elevata nei suoi confronti e sfociata nel decreto di archiviazione per intervenuta prescrizione; la stessa Corte evidenziava proprio come il giudice dell’esecuzione avesse *ad abundantiam* dato pieno atto del coinvolgimento del ricorrente nel traffico dei beni culturali oggetto dell’incriminazione ascrittagli ed inoltre, si vuole sottolineare che i beni oggetto di confisca si trovavano già sotto sequestro in Italia.

to ablativo non si ricorra ove esso appartenga, appunto, a persona estranea al reato. Tale connotazione, secondo la sentenza annotata, non spetta a chi si trovi «in ipotesi di connivenza o, addirittura, di complicità» e, al contrario, deve ritenersi estraneo «alla commissione dell'illecita esportazione del bene culturale all'estero chi, attraverso il suo comportamento, anche solo colposo o colpevolmente negligente, abbia dato causa al fatto costituente illecito penale o, comunque, abbia tratto consapevole giovamento dalla sua commissione, dovendosi, peraltro, individuare il contenuto del giovamento, in qualsivoglia condizione di favore, che sia derivata al soggetto dalla sua non estraneità al fatto astrattamente costituente reato; di tal che, detto giovamento è certamente rinvenibile nella posizione di chi, in condizione di non estraneità rispetto alla commissione del reato, si trovi nel possesso del bene culturale, a prescindere dalla destinazione di questo alla produzione di un beneficio materiale in favore del detentore»<sup>41</sup>.

Soggetto estraneo al reato è da considerarsi colui che non sia in alcun modo coinvolto nell'attività illecita per la quale vi è il procedimento penale, né come autore, né come partecipante<sup>42</sup>. Specificamente, è tale chi in alcun modo abbia contribuito alla commissione del reato o all'utilizzazione dei profitti che ne derivano<sup>43</sup> e che si trovi in uno stato di "buona fede", vale a dire, che non sia profilabile nei suoi confronti alcun addebito di negligenza da cui sia derivata la possibilità dell'uso illecito della *res*<sup>44</sup>.

La tutela del terzo estraneo impone, per essere effettiva, che la verifica sulla sua buona fede sia svolta nel giudizio di cognizione. La Corte di cassazione, ancora più nettamente, considera la cognizione «l'unica sede in cui può sottoporsi a vaglio la tutela della buona fede del terzo per stabilirne la sussistenza e la rilevanza»<sup>45</sup>.

A maggior ragione tale verifica pare potersi considerare preclusa in fase esecutiva qualora il giudizio di merito si concluda con provvedimenti di archiviazione o con sentenze di assoluzione che finiscono per negare in radice il reato presupposto, dovendosi, altrimenti, configurare in tali casi la fase esecutiva

<sup>41</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2018, n. 2779, cit., 29.

<sup>42</sup> «L'estraneità al reato esige che la persona cui le cose appartengono non abbia partecipato con attività di concorso o altrimenti connesse»: Cass., Sez. I, 8 luglio 1991, Soc. Capital fin. it., in *Mass. Uff.*, 188391; e, parimenti, Cass., Sez. I, 2 maggio 2000, Xhaxho Xemal Preka, in *Mass. Uff.*, 216425. In dottrina, tra i tanti, cfr. M. MASSA, «Confiscæ» (*dir. e proc. pen.*), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 980).

<sup>43</sup> Esclude dal concetto di "appartenenza" la curatela fallimentare, Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, Curatela Fallimento s.r.l. Promodata Italia, in *Dir. giust.*, 2004, n. 34, 80.

<sup>44</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 12 maggio 2004, Ferrante, in *www.dirittoegustizia.it*; Id., Sez. I, 13 giugno 2001, Carlà, in *Mass. Uff.*, n. 219753.

<sup>45</sup> Cass., Sez. I, 27 gennaio 2009, Maj e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242555.

come un luogo procedurale di rimedio tipico delle impugnazioni. Il che non è.

Che la sede per trattare della buona fede del terzo estraneo non sia certo la fase esecutiva emerge sol che si guardi alla struttura del procedimento di esecuzione, ove la sfera di cognizione del giudice è strettamente connessa al provvedimento dal medesimo giudice adottato e qualsiasi possibile intervento additivo sul contenuto di tale provvedimento è da escludersi.

Del resto, in questa prospettiva si muove anche la giurisprudenza di legittimità quando afferma - come ha fatto di recente - che nel procedimento di esecuzione non può essere effettuato un accertamento che abbia le caratteristiche dell'accertamento di merito e, in particolare, che «è esclusa la possibilità di procedere, ai fini della confisca, all'accertamento sulla sussistenza del reato presupposto per la prima volta nell'ambito dell'incidente d'esecuzione ex art. 676 c.p.p.»<sup>46</sup>.

Che questa sia l'adeguata prospettiva, anche dal punto di vista procedurale, in cui occorre muoversi è, peraltro, confermato dal principio di affidamento incolpevole che impronta l'intero ordinamento giuridico a proposito della tutela del terzo di buona fede<sup>47</sup>. Quest'ultimo non può essere chiamato a subire il provvedimento ablativo a titolo di responsabilità oggettiva, venendo altrimenti ad essere minato il principio di personalità della responsabilità penale garantito dall'art. 27, co. 1, Cost.<sup>48</sup>. Come evidenziato dalla Corte costituzionale, invero, tranne le ipotesi di illiceità oggettiva della cosa, in cui si prescinde dal rapporto con il soggetto che ne dispone, vi sono situazioni nelle quali il detto principio impedisce la confisca di *corpora delicti* che, al momento della decisione, siano di proprietà di colui che non è l'autore del reato o non ne abbia in alcun modo tratto profitto<sup>49</sup>. In questo senso si sono espressi i giudici costituzionali<sup>50</sup> proprio con riferimento alla confisca di opere d'arte oggetto di

<sup>46</sup> Cass., Sez III, 12 gennaio 2018, Meneghini, in *questa Rivista*.

<sup>47</sup> Sull'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza, cfr. Cass., Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Riv. pen.*, 1999, 633.

<sup>48</sup> Corte cost., n. 1 del 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 960.

<sup>49</sup> In questo senso, v. Corte cost., n. 2 del 1987, in *Foro it.*, 1987, I, 1364, che, con riferimento alla confisca di opere d'arte oggetto di espropriazione abusiva, ha dichiarato, tra l'altro, incostituzionali l'art. 301 d.p.r. n. 43 del 1973 e l'art. 66 l. 1° giugno 1939, n. 1089, nella parte in cui prevedevano che tali opere fossero sottoposte a confisca anche se risultassero di proprietà di un terzo estraneo al reato, che da questo non avesse tratto in alcun modo profitto. Peraltro, cfr. Corte cost., n. 1 del 1997, cit., 960, ove si evidenzia che «se è vero che misure di sicurezza patrimoniale possono talora colpire singoli beni indipendentemente dal rapporto con il soggetto che ne dispone, è altrettanto vero, ..., che ciò può avvenire solo quando si tratti di cose 'nelle quali sia insita una illiceità oggettiva in senso assoluto'».

<sup>50</sup> Corte cost., n. 2 del 1987, cit., 1987, I, 1364.

espropriazione abusiva, dichiarando incostituzionali l'art. 301 d.p.r. n. 43 del 1973 e l'art. 66 legge n. 1089 del 1939, nella parte in cui prevedevano che tali opere fossero sottoposte a confisca anche se risultassero di proprietà di un terzo, che non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto. L'art. 174 d.lgs. n. 42 del 2004 si pone in linea di continuità con l'art. 66 legge n. 1089 del 1939 nella vincolante interpretazione fatta propria dalla Corte costituzionale e, dunque, a maggior ragione le indispensabili garanzie del terzo estraneo non possono essere pretermesse.

Il momento a cui guardare per stabilire a "chi" appartiene un certo bene è quello del giudizio circa la confisca e non quello della commissione del reato ovvero precedente il reato stesso<sup>51</sup>. In ogni caso, il diritto del terzo è da intendersi tutelato anche se acquisito successivamente al reato, ma senza che egli abbia avuto modo di nutrire dei sospetti circa l'illecita provenienza.

---

<sup>51</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 24 marzo 1998, Galantino, in *Cass. pen.*, 371; Id., Sez. VI, 20 ottobre 1997, Soc. Emanuela costruz., *ivz*, 1999, 2141.