

CONFRONTO DI IDEE

MARIANGELA MONTAGNA

Confisca e tutela del terzo estraneo

Il saggio analizza il complesso normativo di tutela delle istanze del terzo estraneo al reato i cui beni siano stati sottoposti a confisca. Emerge, in particolare, come tale tutela trovi principale esplicazione in fase esecutiva, con tutti i limiti che ne derivano. Scarsi, invero, o talora mancanti sono gli strumenti di tutela previsti nel giudizio di cognizione e non del tutto soddisfacenti le soluzioni avviate a livello giurisprudenziale.

Confiscation and protection of the third party not involved in the crime

The essay analyzes the regulatory complex of protection of the instances of the third party not involved in the crime and whose assets have been subjected to confiscation. In particular, the attention is focused about the way to protect his/her rights. The study allow to highlight this protection finds its main explanation in the executive phase of criminal trial, rather than in the cognition judgment.

SOMMARIO: 1. Confisca e terzo estraneo. - 2. Il concetto di appartenenza. La problematica del diritto di pegno. - 3. *Segue:* il concetto di disponibilità della *res*. - 4. I limiti procedurali della tutela del terzo nel giudizio di cognizione. - 6. La tutela del terzo in fase esecutiva. - 7. Le recenti innovazioni legislative e le indicazioni della Corte europea.

1. *Confisca e terzo estraneo.* L'art. 240, 3° e 4° co., c.p. fissa un limite alla confisca ove si tratti di cose appartenenti a persona estranea all'illecito penale. Il limite derivante dall'appartenenza della *res* al terzo non vale nel caso in cui si tratti di cose "intrinsecamente pericolose" per le quali la confisca è obbligatoria ai sensi dell'art. 240, 2° co., n. 2, c.p. Tuttavia, tale limite, per queste ultime, viene meno ove la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle stesse possano essere consentite solo previa autorizzazione amministrativa (art. 240, 4° co., c.p). Si tratta di una deroga parziale che il legislatore pone in riferimento a quelle cose connotate da illiceità oggettiva in senso assoluto. Soltanto in tale ipotesi il bene può formare oggetto di confisca anche se appartenente a persona terza, estranea al reato.

Si tratta di una disciplina di carattere generale, quella prevista dall'art. 240 c.p., a cui vanno ricondotte anche le ipotesi particolari di confisca per quanto concerne gli aspetti non regolati dalle relative norme speciali. Anche se - occorre dire - molteplici delle disposizioni speciali riprendono quanto previsto dall'art. 240, co. 3, c.p. circa il limite alla confiscabilità della *res* dato dall'appartenenza del bene a persona estranea al reato.

Alla confisca "classica" si vanno poi ad aggiungere le ipotesi di confisca definite "particolari", dapprima sparse nell'ordinamento ed ora racchiuse, a seguito dell'art. 6, co. 1, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, nell'art. 240-*bis* c.p. Presupposti

di applicabilità di tali “speciali” confische sono la presenza di una sentenza di condanna (o di patteggiamento) per uno dei delitti tassativamente elencati dalla norma e una non giustificata sproporzione del denaro, dei beni o delle altre utilità rispetto al reddito dichiarato a fini di imposte o all'attività economica svolta. Suscettibili di formare oggetto del provvedimento ablativo sono i beni di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, il condannato risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo. Presenti tali condizioni, la confisca è obbligatoria.

Diverse sono, invece, le cose sulle quali la confisca classica va a ricadere: prodotto, profitto o prezzo del reato, cose strumentali alla commissione del reato, beni e strumenti informatici, nonché quelle cose intrinsecamente pericolose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato. Più in generale differenti sono i caratteri che connotano la confisca di cui all'art. 240 c.p.: misura di sicurezza patrimoniale, facoltativa od obbligatoria, connessa ad un accertamento di pericolosità della *res* valutata in rapporto alla persona che la possiede. Nella Relazione al codice penale, invero, si fa riferimento al collegamento tra cose oggetto di confisca e reato, evidenziando il concetto che se quelle cose fossero lasciate nella disponibilità del reo «manterebbero viva l'idea e l'attrattiva del delitto»¹.

L'accertamento di pericolosità intrinseca della *res* o l'accertamento di pericolosità sociale del reo, invece, vengono del tutto a mancare nelle verifiche fondanti l'adozione delle confische particolari disciplinate dall'art. 240-*bis* c.p. Se il primo tipo di confisca mira a sottrarre al reo i vantaggi conseguiti dall'illecito penale e gli *instrumenta sceleris*, nelle confische speciali, dati i presupposti sopra accennati, il provvedimento ablativo concerne beni privi di collegamento causale con la commissione del reato. Se, dunque, nel primo caso, la confisca involge cose che «mantengono viva l'idea del reato» o costituiscono cose intrinsecamente pericolose, nella seconda ipotesi tramite il provvedimento ablativo si mira a colpire quel profitto che ritenuto illecitamente accumulato e, nella forma della confisca per equivalente, intacca beni patrimoniali, a volte di rilevante entità, senza la necessità di dover dimostrare il nesso di pertinenzialità con il reato accertato.

Il passaggio dalla confisca *ex art.* 240 c.p. alle diverse forme di confisca speciali previste nell'ordinamento si riflette sulla posizione del terzo. Nelle forme di confisca speciale o in quella per equivalente, la posizione del terzo appare

¹ Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la Relazione del Guardasigilli on. A. Rocco*, Roma, 1929, Libro I, Titolo VIII, 245.

ancora più intrisa di potenziale pregiudizio. Invero, seppure il bene oggetto di confisca può rappresentare il reimpiego di utilità provenienti da attività illecite, ben può essere che tale bene sia stato trasferito tramite negozi giuridici leciti, proprio grazie al fatto di non presentare esternamente alcun collegamento con il reato². Peraltro, i beni sottoposti a confisca, per sproporzione o per equivalente, potrebbero contestualmente essere posti a garanzia di obbligazioni assunte dal condannato nei riguardi di terzi che si troverebbero ad essere pregiudicati dal provvedimento ablativo.

Infine, anche nella confisca di prevenzione l'appartenenza del bene al terzo costituisce un limite al provvedimento ablativo.

2. Il concetto di appartenenza. La problematica del diritto di pegno. Preliminare ad ogni verifica sull'operatività delle norme procedurali e sul tipo di tutela apprestata dall'ordinamento in vista di provvedimenti ablativi che possano ricadere su beni del c.d. terzo è la delimitazione del concetto di appartenenza della *res* e di estraneità al reato del soggetto.

Con l'espressione "appartenenza", enucleata nell'art. 240 c.p., si intende solitamente includervi oltre al diritto di proprietà, anche i diritti reali di godimento (es. usufrutto, uso) e di garanzia (pegno ed ipoteca)³.

Se con riguardo all'ampiezza da dare alla definizione di "appartenenza" sembra esservi unità di consensi, alcuni dubbi sono sorti a proposito delle conseguenze da farne derivare. E cioè, posto che la presenza del diritto di un terzo costituisce limite alla confiscabilità della *res*, occorre verificare se esso rappresenta un confine insormontabile oppure se vi sono delle condizioni a fronte delle quali, malgrado la presenza di tale limite, la confisca costituisce atto comunque realizzabile.

È in una prospettiva di fattibilità del provvedimento ablatorio che si collocano coloro i quali ritengono che esso non pregiudichi i terzi, in quanto ritengono che questi ultimi continuano a mantenere i loro diritti sul bene acquisito dallo

² In tal senso, v. CAPRARO, *Disponibilità della res e tutela del terzo estraneo*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, 317.

³ Nel senso di includere i diritti reali di garanzia nel concetto di "appartenenza", Cass., Sez. Un., 24 maggio 2004, Focarelli, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 34, 80; Id., Sez. Un., 18 maggio 1994, Soc. Comit leasing, in *Cass. pen.*, 1995, 525; nonché Cass., Sez. III, 24 marzo 1998, Galantino, *ivi*, 2000, 371; Id., Sez. I, 8 luglio 1991, Mendella, in *Giust. pen.*, 1991, II, 706; Id., Sez. III, 30 novembre 1978, Giorgi, in *Cass. pen.*, 1981, 42; Id., Sez. I, 5 maggio 1969, Girardi, *ivi*, 1971, 498.

In dottrina, sulla nozione di appartenenza, cfr. CHIAROTTI, *La nozione di appartenenza*, Milano, 1956, 99 s.; ID., *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust. pen.*, 1956, II, 638. *Contra*: GUARNERI, «Confisca» (*dir. pen.*), in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 40.

Stato a seguito della confisca e nei cui confronti potranno farli valere⁴. Ne consegue che sarebbe suscettibile di confisca il bene su cui gravi un'ipoteca in favore di terzo estraneo al reato, in quanto, al momento dell'esecuzione della misura ablativa, l'interesse del titolare della garanzia reale sulla cosa confiscata potrà essere salvaguardato nelle forme e nei modi consentiti dall'ordinamento⁵. Al riguardo, maggiori e più specifiche indicazioni provengono dalle Sezioni unite che, a fronte di un bene sottoposto a pegno, hanno rilevato come il vincolo derivante dal provvedimento dello Stato debba essere «limitato alle facoltà inerenti alla posizione del debitore garante, lasciando impregiudicate quelle spettanti, sullo stesso bene, al creditore pignoratizio estraneo all'illecito penale»⁶. Peraltro, sempre da parte delle stesse Sezioni unite, è stato evidenziato come il giudice debba adottare «gli accorgimenti più opportuni per assicurare, con equilibrio degli opposti interessi, la corretta custodia ed amministrazione delle cose sequestrate, procedendo, se del caso, a designare come custode lo stesso creditore pignoratizio, con le facoltà che gli derivano dal diritto di garanzia, fino alla vendita e all'assegnazione della cosa o del credito dato in pegno, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria penale»⁷. Nella stessa prospettiva, la Corte di cassazione, con un secondo intervento a Sezioni unite⁸, ha cercato di contemperare tutela dei terzi titolari di diritto reale di garanzia ed esigenze dello Stato nell'applicazione del provvedimento ablatorio. A questo proposito, è stato rilevato come procedere alla confisca non significhi estinguere il preesistente diritto di pegno costituito a favore di terzi sulle cose che ne sono oggetto, laddove costoro, «avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole». Pertanto, nelle procedure di custodia, amministrazione e vendita delle cose pignorate, compiute dall'ufficiale giudiziario, il creditore pignoratizio dovrà essere messo nelle condizioni di poter esercitare il diritto di prelazione sulle somme ricavate dalla vendita⁹.

⁴ In questo senso, v. CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti*, cit., 639; GUARNERI, «Confisca», cit., 40; LOZZI, *L'appartenenza nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 715 s.

⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 10 giugno 1994, Moriggi, in *Giust. pen.*, 1995, II, 294.

⁶ V. Cass., Sez. un., 18 maggio 1994, Soc. Comit leasing, cit., 525.

⁷ Così Cass., Sez. un., 18 maggio 1994, Soc. Comit leasing, cit., 525, facendo riferimento ai poteri conferiti al giudice dall'art. 259, 1° co., c.p.p., applicabile grazie ai richiami contenuti negli artt. 104 ed 81 disp. att. c.p.p.

⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Riv. pen.*, 1999, 633, con riguardo ad una confisca disposta, in materia di usura, ai sensi dell'art. 644, 6° co., c.p., come modificato dall'art. 1, 1° co., legge n. 108 del 1996.

⁹ Le Sezioni unite hanno, peraltro, sottolineato come «la tutela del diritto di pegno e la sua resistenza

I tentativi, appena accennati, di assicurare garanzia ai diversi interessi in gioco (difesa sociale, da un lato, e tutela del terzo incolpevole, dall'altro) pur apprezzabili per l'intento perseguito, lasciano però alquanto insoddisfatti dal punto di vista sostanziale delle garanzie per il terzo.

Il dato normativo non sembra far sorgere dubbi: il bene è insuscettibile di essere confiscato qualora appartenga a terzi estranei all'illecito¹⁰. Può ragionarsi sull'attualità di questo limite enucleato dal legislatore in un contesto socio-economico diverso da quello odierno e che oggi si scontra con istanze di politica criminale aventi obiettivi nuovi e diversi rispetto al passato. Il discorso investe inevitabilmente il mutato ruolo che la confisca va assumendo ed in ragione del quale si passa da uno strumento essenzialmente finalizzato a sottrarre al reo il corpo del reato o quanto da esso derivato ad un mezzo di "aggressione" verso patrimoni illecitamente accumulati.

Sta di fatto che, spesso, si è registrata da parte della giurisprudenza una sorta di "operazione creatrice" mirante a mediare, laddove possibile, tra esigenze del terzo ed esigenze di tutela della collettività, ma che ha finito per forzare quel limite imposto dall'art. 240 c.p. Invero, basterebbe rifarsi alla disciplina dettata dall'art. 240, co. 3, c.p. ed al concetto di "appartenenza" elaborato negli anni da dottrina e giurisprudenza per escludere in radice ogni possibilità di "*adprehensio*" dei beni sui quali gravi un diritto del terzo e, in particolare, un diritto reale di garanzia. Tuttavia, qualora ci si voglia collocare in una prospettiva di mediazione tra opposte istanze, pubbliche e private, è necessario giungere ad un punto di equilibrio. Le esigenze di tutela della collettività non possono essere intese in modo tale da sopraffare indiscriminatamente i diritti di credito vantati da soggetti estranei al reato. Ne deriverebbe, altrimenti, grave pregiudizio per il principio della tutela dell'affidamento incolpevole, canone cui è improntato l'intero ordinamento giuridico e su cui è fondata la regola generale di circolazione dei beni mobili¹¹.

A questo proposito, non appaiono sufficienti le affermazioni di principio, che pure una parte della giurisprudenza ha fatto proprie, tendenti a far sì che il

agli effetti della confisca non comporta l'estinzione delle obbligazioni facenti capo al condannato, che in tal modo trarrebbe comunque un vantaggio dall'attività criminosa, bensì determina la sola sostituzione del soggetto attivo del rapporto obbligatorio in virtù delle disposizioni sulla surrogazione legale di cui all'art. 1203 c.c., dato che al creditore garantito subentra lo Stato, il quale può esercitare la pretesa contro il debitore - reo per conseguire le somme che non ha potuto acquistare perché destinate al creditore munito di prelazione pignorizia»: Cass., Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, cit., 633.

¹⁰ In questo senso, del resto, si esprime anche la Corte di cassazione: Cass., Sez. VI, 12 maggio 2004, Ferrante, cit.

¹¹ Corte cost., n. 1 del 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 960.

diritto di garanzia reale possa coesistere con il provvedimento ablatorio, il quale, in virtù del c.d. “diritto di seguito”, non estinguerebbe le facoltà spettanti al creditore da far valere «nei modi e forme previsti dall’ordinamento»¹², ovvero «da soddisfare al momento dell’esecuzione della misura ablativa»¹³. Una reale considerazione dei diritti di creditori estranei al reato impone di verificare che, in concreto, non vi sia alcun deterioramento della posizione di colui che è titolare di un diritto di garanzia reale.

In altri termini, occorre valutare se, a fronte di un provvedimento ablatorio, possano essere conservate integre le garanzie e le prerogative acquisite dal terzo antecedentemente alla confisca. Il che, per quanto concerne il pegno, sta a significare: *a*) materiale disponibilità del bene da parte del creditore pignoratizio (dal momento che il pegno presuppone il possesso della cosa); *b*) mancanza di oneri procedurali e sostanziali ulteriori rispetto a quelli normalmente necessari per realizzare il credito garantito nei confronti di un debitore inadempiente.

Posto che, con riferimento agli accennati profili, non può escludersi un pregiudizio nei riguardi del terzo, si impone la ricerca di altre soluzioni. A questo riguardo, appare idonea quella tracciata dalla giurisprudenza della Suprema Corte che, tenendo in dovuto conto il contemperamento degli opposti interessi, ha escluso l’applicabilità della misura ablatoria «quantomeno sino al soddisfacimento delle ragioni creditorie per le quali la garanzia è stata costituita»¹⁴. Un’impostazione, quest’ultima, confermata dalle Sezioni unite che, come già accennato, con riguardo ad un sequestro preventivo in funzione di confisca avente ad oggetto beni costituiti in pegno ne ha riconosciuto l’applicabilità, ma soltanto per quel che concerne le facoltà inerenti alla posizione del debitore garante, indagato o imputato, mantenendo impregiudicate le facoltà spettanti sulla medesima *res* al creditore pignoratizio estraneo all’illecito penale¹⁵.

Simile impostazione, del resto, è in linea con qualunque finalità si voglia attribuire alla confisca. Sia che la si intenda dotata di scopi preventivi, sia che la si configuri in termini afflittivi, un’estensione della sua portata tale da incidere e pregiudicare diritti di terzi estranei al reato e titolari di diritti di garanzia reale antecedenti al provvedimento ablatorio è operazione contraria ai principi fondamentali e alle regole generali dell’ordinamento giuridico. Nel primo ca-

¹² Cass., Sez. I, 21 gennaio 1992, Sanseverino e altri, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 159.

¹³ Cass., Sez. I, 10 giugno 1994, Moriggi, cit., 294.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 8 luglio 1991, Mendella, cit., 706.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 18 maggio 1994, Soc. Comit leasing, cit., 525.

so, se l'intento è quello di sottrarre al reo la disponibilità di beni, tale scopo è da intendersi raggiunto anche qualora si riconoscano e si facciano prevalere le ragioni creditorie del soggetto estraneo al reato in grado di vantare un diritto di pegno o ipoteca. Né, in questa ipotesi, può reputarsi sufficiente l'eventuale contraria osservazione secondo cui così facendo si consentirebbe al reo di trarre comunque dei risultati, attraverso l'adempimento, seppure in via coattiva, dei propri debiti, da un patrimonio accumulato illecitamente. Se può anche essere vero, infatti, che dei "vantaggi" risulterebbero indirettamente conseguiti da parte del reo, è allo stesso modo vero che sussistono e devono considerarsi prevalenti gli interessi del creditore, ignaro ed incolpevole, dotato di garanzia reale, a loro volta degni di tutela. Non a caso, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che le esigenze di prevenzione sottostanti all'adozione di un sequestro preventivo, pur trovando fondamento in interessi di natura pubblicistica, non possono «assumere carattere totalizzante sì da determinare il sacrificio dei diritti di natura reale del terzo in buona fede costituiti anteriormente al sequestro»¹⁶.

D'altro canto, anche qualora si intendesse connotare il provvedimento ablativo di finalità afflittive, non vi è ragione di estenderne la portata sino ad incidere negativamente su posizioni di persone estranee al reato ed incolpevoli, dovendosi altrimenti configurare la violazione del principio di personalità della responsabilità penale¹⁷.

Un adeguato rispetto dei diritti del terzo, peraltro, si impone anche in considerazione del principio di personalità della responsabilità penale. 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 profitto¹⁸.

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

¹⁶ Cass., Sez. II, 29 aprile 1998, Fresia, *inedita*.

¹⁷ Corte cost., n. 1 del 1997, cit., 960.

¹⁸ 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'».

ovvero precedente il reato stesso¹⁹. In ogni caso, il diritto del terzo è tutelato anche se acquisito successivamente al reato, ma senza che egli abbia avuto modo di nutrire dei sospetti circa l'illecita provenienza.

3. *Segue: il concetto di disponibilità della res.* Profili peculiari assume il concetto di appartenenza nelle ipotesi speciali di confisca ove si faccia riferimento ad un provvedimento ablativo chiamato a colpire i beni di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, di cui il condannato non può giustificare la provenienza e dei quali «anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo» (come ora riportato nell'art. 240-*bis* c.p.).

In tal caso, l'appartenenza della *res* da sequestrare e confiscare ad un soggetto terzo produce dei riflessi sulla ripartizione dell'onere probatorio. A questo proposito, in giurisprudenza, si è soliti affermare che, in ordine alla confisca di cui all'art. 12-*sexies* legge n. 356 del 1992, la presunzione di appartenenza dei beni alla persona condannata per i reati previsti da tale disposizione non opera per quanto concerne la titolarità o la disponibilità da parte del condannato di beni formalmente intestati a terzi, poiché, in tal caso, «trova vigore la consueta ripartizione dell'onere probatorio, onde esso incombe all'accusa»²⁰. In particolare, si è sottolineato come, in caso di beni intestati ad un terzo che si assume siano riconducibili nella disponibilità della persona condannata, la verifica per poter disporre la misura patrimoniale deve essere particolarmente rigorosa «tanto più se il terzo intestatario sia un estraneo che non abbia vincoli *lato sensu* di parentela o di convivenza con il condannato»²¹. Peraltro, il soggetto estraneo al procedimento penale che abbia subito il sequestro di cui all'art. 12-*sexies* legge n. 356 del 1992 è legittimato a proporre riesame o appello anche soltanto limitatamente alla presunzione di interposizione di persona in base alla quale la misura è stata disposta, al fine di «far valere la propria effettiva titolarità o disponibilità del bene e l'inesistenza di relazioni di collegamento con l'imputato»²².

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 24 marzo 1998, Galantino, cit., 371; Id., Sez. VI, 20 ottobre 1997, Soc. Emanuela costruz., in *Cass. pen.*, 1999, 2141.

²⁰ Cass., Sez. V, 6 maggio 2002, Lo Duca, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, 81; Id., Sez. V, 6 maggio 2002, D'Apice, *ibidem*, n. 5, 105. Con riguardo a beni suscettibili di confisca *ex art.* 12-*sexies* legge n. 356 del 1992 e fallimento, cfr. Trib. Milano, 8 novembre 1999, in *Foro ambr.*, 2000, 337.

²¹ In tal senso, v. Cass., Sez. I, 5 febbraio 2001, Di Bella, in *Foro it.*, 2002, II, 263.

²² Cfr. Cass., Sez. I, 6 febbraio 2002, Zagaria R. e altri, in *Riv. pen.*, 2003, 171, che sottolinea come sia esclusa tale legittimazione in relazione a profili diversi del provvedimento di sequestro, sui quali le persone estranee al provvedimento non hanno titolo per interloquire.

4. *Il concetto di estraneità al reato.* Soggetto estraneo al reato è da considerarsi colui che non è coinvolto nell'attività illecita per la quale è in corso o è stato svolto il procedimento penale. Egli non deve aver partecipato ad alcun titolo al reato, né come autore, né come compartecipe²³. Specificamente, è tale chi in alcun modo abbia contribuito alla commissione del reato o all'utilizzazione dei profitti che ne derivano²⁴ 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*²⁵.

Il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica previsto dall'art. 1147 c.c. Invero, va ricordato che anche la colposa inosservanza di doverose regole di cautela esclude che la posizione del soggetto acquirente che vanti un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare²⁶.

Ciò detto, la tutela del terzo estraneo in buona fede resta imprescindibile anche alla luce del principio di affidamento incolpevole che impronta l'intero ordinamento giuridico²⁷. Il terzo non può essere chiamato a subire il provvedimento ablativo a titolo di responsabilità oggettiva, venendo, altrimenti, ad essere violato il principio di personalità della responsabilità penale garantito dall'art. 27, co. 1 Cost.²⁸.

5. *I limiti procedurali della tutela del terzo nel giudizio di cognizione.* Delimitati i confini della figura soggettiva che consente di stabilire se si è dinanzi ad un terzo estraneo, occorre comprendere il tipo di tutela apprestata dall'ordinamento.

Ebbene, dal complesso normativo emerge come tale tutela trovi prevalente esplicazione nella fase dell'esecuzione e manchi, invece, nell'ambito del giudizio di cognizione. Non a caso gran parte delle questioni interpretative sorte

²³ "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.*, n. 188391; e, parimenti, Cass., Sez. I, 2 maggio 2000, Xhaxho Xemal Preka, in *Mass. Uff.*, n. 216425. In dottrina, cfr. MASSA, "Confisca", cit., 983.

²⁴ 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.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. VI, 12 maggio 2004, Ferrante, in *www.dirittoegustizia.it*; Id., Sez. I, 13 giugno 2001, Carlà, in *Mass. Uff.*, n. 219753.

²⁶ In tal senso, cfr. Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, 11170, in *Cass. pen.*, 2016, 2893.

²⁷ 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, cit., 633.

²⁸ Corte cost., n. 1 del 1997, cit.

si sono dipanate nella ricerca di rimedi da esperire in fase di merito, cioè prima che la sentenza che dispone la confisca sia divenuta irrevocabile. Soltanto quando la sentenza acquisisce i connotati dell'esecutività è, infatti, consentito al terzo di avviare i controlli *in executivis* previsti espressamente dall'ordinamento.

Nella prospettiva di individuare strumenti di controllo "anticipati", va a collocarsi il contrasto interpretativo risolto dalle Sezioni unite circa la possibilità per il terzo estraneo al giudizio di cognizione di esperire incidente di esecuzione anteriormente all'irrevocabilità della statuizione sulla confisca²⁹.

La S.C. riunita nel suo ampio consesso ha statuito nel senso che al terzo non è consentito esperire incidente di esecuzione prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile. Ne consegue che il terzo deve attendere la formazione del giudicato sulla confisca e poi adire il giudice dell'esecuzione secondo le modalità fissate agli artt. 667, co. 4, e 676, co. 1, c.p.p.

In prospettiva diversa si era mossa una parte della giurisprudenza secondo la quale il terzo estraneo - a cui è preclusa la possibilità di impugnare *ex art.* 579, co. 3, c.p.p. la sentenza non definitiva con riferimento al capo concernente la confisca - può chiedere al giudice della fase cognitiva che ha la disponibilità del procedimento di disporre, in applicazione analogica degli artt. 667, co. 4, e 676, co. 1, c.p.p.³⁰, la restituzione del bene che ha formato dapprima oggetto di sequestro preventivo e, poi, di confisca, non ancora definitiva³¹.

Nella decisione delle S.U. è prevalso l'orientamento contrario³² a quello ora accennato. Determinanti in tal senso sono state le valutazioni inerenti il rischio di formazione di giudicati contrastanti sul bene oggetto di confisca. D'altra parte - è stato evidenziato dalla S.C. - prima del passaggio in giudicato della sentenza, il terzo può chiedere al giudice della cognizione la restituzione della *res* sottoposta a sequestro e, in ipotesi di diniego, può esperire appello davanti al Tribunale del riesame³³.

Già prima delle Sezioni unite, la Corte costituzionale era stata interpellata sul

²⁹ Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 48126, in *Dir. e giust.*

³⁰ Cioè senza formalità e con ordinanza, non suscettibile di impugnazione, ma soltanto di opposizione davanti al medesimo giudice: tra le tante v. Cass., Sez. I, 30 ottobre 2008, n. 42107, Banca Antonveneta S.p.A., in *Mass. Uff.*, n. 241844.

³¹ Cass., Sez. V, 25 febbraio 2011, n. 24927; Id., Sez. I, 30 ottobre 2008, n. 42107, cit.

³² Cass., Sez. II, 18 gennaio 2017, n. 5806, in *Mass. Uff.*, n. 269239; Id., Sez. II, 21 luglio 2016, n. 49371, Martinetti, *ivi*, n. 268354; Id., Sez. II, 10 gennaio 2015, n. 5380, Purificato, *ivi*, n. 262283.

³³ Ne discende, per le Sezioni unite, che qualora sia stato dal terzo erroneamente presentato incidente di esecuzione in fase cognitiva, esso va qualificato come appello e trasmesso al Tribunale del riesame.

tema: la prima sezione della Corte di cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 573, 579 comma 3 e 593 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117 Cost., nella parte in cui non prevedono per il terzo, il cui diritto di proprietà sia stato pregiudicato dal provvedimento patrimoniale disposto con la sentenza di primo grado, la facoltà di proporre appello avverso la sentenza di prime cure in ordine al solo capo contenente la statuizione sulla confisca³⁴.

Ed, invero, il terzo i cui beni siano stati sottoposti a sequestro in funzione della futura confisca può azionare gli ordinari strumenti di impugnazione previsti per le misure cautelari reali, vale a dire il riesame *ex art.* 324 o l'appello previsto dall'art. 322-*bis* c.p.p. in caso di diniego di restituzione dei beni. Egli, tuttavia, si trova sfornito di alcun rimedio impugnatorio da poter esperire avverso la confisca non definitiva.

Siffatto quadro normativo presta il fianco a notevoli criticità, soprattutto ove si correli la limitata possibilità di tutela del terzo in ordine alla confisca penale con quella predisposta per la confisca di prevenzione. In quest'ultimo caso, infatti, il terzo che subisca un sequestro funzionale alla confisca di prevenzione (art. 20, co. 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) ha diritto a partecipare al procedimento di prevenzione, ha diritto alla prova (art. 23, co. 2, d.lgs. n. 159 del 2011) ed ha anche diritto ad impugnare il provvedimento decisorio (art. 27 d.lgs. n. 159 del 2011).

Il complesso normativo concernente la tutela del terzo in caso di confisca appare in contrasto con le garanzie imposte dall'ordinamento sovranazionale e costituzionale. Quanto al primo piano, mancano nel sistema descritto quelle caratteristiche di tempestività ed effettività dei controlli contemplate dalla CEDU per la tutela del diritto di proprietà (art. 1 prot. 1 CEDU). Distonie, inoltre, si presentano anche in riferimento alle tutele previste dagli artt. 6 § 1 e 13 CEDU.

Con riguardo alla tutela costituzionale, viene ad essere pregiudicato il diritto di difesa che, ai sensi dell'art. 24 Cost., deve essere considerato inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, posto che, tra l'altro, il percorso delineato dall'art. 666, co. 5, c.p.p. non garantisce un pieno diritto alla prova. A ciò si aggiunga che l'incidente di esecuzione subisce i limiti derivanti dalla sentenza definitiva contenente la statuizione sulla confisca, adottata all'esito di un procedimento al quale il terzo, non avendo partecipato, non ha potuto contraddire. Ne consegue la mancata realizzazione del principio del contraddittorio

³⁴ Cass., Sez. I, 14 gennaio 2016, Gatto, in www.ilpenalista.it.

sugli elementi di fatto emersi nel procedimento di cognizione e non sempre ridiscutibili in fase esecutiva.

Di tutte queste osservazioni si è fatta carico la Corte di cassazione nel sollevare la questione di legittimità costituzionale sopradetta che, tuttavia, è stata dichiarata inammissibile³⁵ sulla scorta della considerazione che il giudice rimettente non avrebbe tenuto conto della possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Interpretazione che è poi stata elaborata dalle Sezioni unite secondo le quali nei riguardi della sentenza non definitiva che disponga la confisca della *res* appartenente al terzo estraneo «non è consentito, in pendenza del processo di cognizione, instaurare la procedura dell'incidente di esecuzione, chiedendone la soluzione allo stesso giudice»³⁶. In modo netto le Sezioni unite hanno affermato che «il terzo estraneo potrà ricorrere alla procedura dell'incidente di esecuzione solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca»³⁷.

Ciò tuttavia, a parere della S.C., non vuol significare che il terzo, prima dell'incidente esecutivo, sia sprovvisto di tutela: egli «può, durante la fase delle indagini preliminari e fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, adire il tribunale del riesame ai sensi dell'art. 322-*bis* c.p.p.»³⁸. Specificamente, il terzo rimasto estraneo al processo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, può chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia sia divenuta irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame.

Se la soluzione ermeneutica del Supremo consesso certamente individua in fase di cognizione uno strumento di garanzia per il terzo, così estendendo l'ambito operativo dell'art. 322-*bis* c.p.p., essa, tuttavia, presta il verso ad alcune notazioni critiche. I rimedi cautelari, invero, esperibili durante la fase delle indagini preliminari ed in pendenza del giudizio di merito, non possono supplire alla mancanza di strumenti di controllo una volta che sopraggiunga la sentenza che dispone il provvedimento ablatorio. Mancanza che può perdurare per lungo tempo, fino a quando non sopraggiunge il giudicato. Senza contare, poi, che, in tal modo, resta privo di tutela il terzo la cui *res* viene as-

³⁵ Corte cost., n. 253 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, 2681, con nota di VARRASO, *Sentenza di condanna alla confisca e tutela dei terzi*.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 48126, cit.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 48126, cit.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 48126, cit.

soggettata a confisca solo in sentenza, senza cioè essere preceduta da un provvedimento di sequestro.

Ed, invero, in prospettiva di maggiore tutela, sempre le Sezioni unite della S.C., seppure nell'ambito specifico del d.lgs. n. 231 del 2001, ma svolgendo argomentazioni di ampio respiro, hanno rilevato come ben possa accadere «che il terzo che pure sia titolare di un diritto, non abbia modo, per varie ragioni – anche semplicemente per non essere al corrente del procedimento in corso a danno dell'ente – di far valere la propria pretesa dinanzi al giudice della cognizione. In tal caso, il terzo dovrà rivolgere istanza al giudice dell'esecuzione penale, che ha una competenza generale [...] sulla esecuzione dei provvedimenti definitivi adottati dal giudice della cognizione penale, ed in particolare sulla validità del titolo che legittima l'esecuzione»³⁹.

6. *La tutela del terzo in fase esecutiva.* Dati i limiti che presiedono la posizione del terzo in fase di cognizione, la tutela del soggetto estraneo la cui *res* sia stata oggetto di un provvedimento di confisca trova esclusiva realizzazione sul piano della fase esecutiva. Come sopra accennato, infruttuosi sono stati i tentativi sviluppati a livello interpretativo per individuare momenti di controllo anticipati rispetto al sopravvenire del giudicato che non siano i soli strumenti di impugnazione cautelare.

Si tratta, dunque, ora di riflettere sui confini entro i quali la tutela del terzo trova esplicazione *in executivis*.

In primo luogo, emerge come, in tale fase, il terzo può dimostrare il suo diritto di proprietà sulla cosa confiscata e la sua estraneità all'addebito penale, ma non può rimettere in discussione i presupposti applicativi che hanno giustificato la misura ablatoria, ostandovi il principio di intangibilità del giudicato⁴⁰.

Inoltre, in questa fase pesano gli oneri dimostrativi che incombono sul terzo al quale è richiesto di dimostrare gli elementi posti a fondamento della sua pretesa. Spetta a lui provare la titolarità del bene (proprietà o titolarità di altro diritto reale su di esso) e i fatti costitutivi della sua pretesa, vale a dire, oltre alla titolarità del diritto vantato, anche l'estraneità al reato e la buona fede, da intendere, quest'ultima, come mancanza di condizioni che rendano profilabile a carico del terzo un qualsivoglia addebito di negligenza da cui sia derivata la possibilità dell'uso illecito della cosa⁴¹.

³⁹ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, Uniland, in *Cass. pen.*, 2015, 3025.

⁴⁰ Cass., Sez. III, 14 marzo 2013, n. 25883, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 10, 1111; Id., Sez. I, 11 novembre 2011, n. 47312, in *Mass. uff.*, 251415

⁴¹ In tal senso, con riferimento alla confisca obbligatoria, Cass., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 38500, in

In realtà, 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»⁴².

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 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 la fase dell'esecuzione emerge in modo lampante ove si rifletta sulla struttura del procedimento di esecuzione: una sfera di cognizione del giudice strettamente connessa al provvedimento dal medesimo giudice adottato e qualsiasi possibile intervento additivo sul contenuto di tale provvedimento da escludere.

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.»⁴³.

7. Le recenti innovazioni legislative e le indicazioni della Corte europea. A fronte di quanto sopra rilevato sono evidenti le criticità che connotano la posizione del terzo in relazione alla confisca ed alle possibilità procedurali di difendere i suoi diritti sulla *res*.

È un'evidenza che, soprattutto a fronte del dilagare delle varie figure di confisca e delle sempre più pervadenti potenzialità ad esse connesse, deve essere apparsa indifferibile anche al legislatore, il quale, negli anni più recenti, è intervenuto sul tema quantomeno in riferimento alla confisca quale misura di

Dir. e giust., 23 settembre 2016, che sottolinea, peraltro, come la mera allegazione da parte dell'imputato circa l'appartenenza del bene ad un terzo "non comporta, per ciò solo, la restituzione della cosa, in mancanza di prova circa la effettiva titolarità di diritti su di essa da parte di terzi e della completa estraneità al reato di questi ultimi"; parimenti, v. Cass., Sez. III, 2 dicembre 2015, n. 12473, in *Mass. Uff.*, 266482; Id., Sez. III, 17 gennaio 2014, n. 5776, in *Guida dir.*, 2014, n. 15, 101.

⁴² Cass., Sez. I, 27 gennaio 2009, Maj e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242555.

⁴³ Cass., Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 19166, Meneghini, in *questa Rivista*.

prevenzione e alla c.d. confisca per sproporzione, disciplinata dall'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356.

Dapprima l'art. 23 del Codice Antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) ha previsto la partecipazione processuale del terzo che vanta «diritti reali o personali di godimento nonché diritti reali di garanzia sui beni in sequestro».

In seguito, la l. 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto analoga tutela giurisdizionale per il terzo nell'ambito della confisca allargata tramite talune modifiche all'art. 12-*sexies* d.l. n. 356 del 1992 e, nel dettaglio, per mezzo di un nuovo co. 4-*quinquies* e di talune innovazioni al co. 4-*bis* dell'art. 12-*sexies* legge n. 356 del 1992.

Il primo ha previsto che «nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in stato di sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo». Il secondo ha statuito che le norme in materia di tutela dei terzi nonché di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati o di esecuzione del sequestro, previste dal d. lgs. n. 159 del 2011 per le misure di prevenzione, si applichino altresì ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi 1 e 2-*ter* dell'art. 12-*sexies* legge n. 356 del 1992, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, co. 3-*bis*, c.p.p.

Tali norme sono state poi oggetto di abrogazione (art. 7, co. 1, lett. *h*) da parte del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 di attuazione del principio di riserva di codice in materia penale e trasfuse nell'art. 104-*bis*, co. 1-*quater* e 1-*quinquies* disp. att. c.p.p. dall'art. 6 co. 3 d.lgs. n. 21 del 2018 che, al comma 1, ha altresì introdotto l'art. 240-*bis* c.p. (art. 6).

Si è così andata realizzando l'assimilazione della confisca per sproporzione alla confisca di prevenzione per quanto concerne la tutela del terzo e la sua partecipazione al procedimento.

Ne deriva che, a seguito delle segnalate modifiche legislative, ove si tratti di confische particolari, ricadenti nell'ambito dei presupposti racchiusi nell'art. 240-*bis* c.p., i terzi devono essere citati nel procedimento di cognizione. È così realizzato un modello di tutela anticipata per le ragioni del terzo rispetto allo schema del mero incidente di esecuzione. Il che permetterà al terzo non soltanto di meglio esprimere le sue ragioni difensive dinanzi al giudice del merito, ma anche di rendergli pienamente opponibile l'eventuale confisca⁴⁴.

⁴⁴ Corte cost., n. 253 del 2017, cit.

Una peculiare attenzione nei riguardi delle ragioni dei terzi i cui beni siano attinti da confisca, peraltro, non poteva e non può essere ulteriormente pretermessa anche alla luce dei recenti *inputs* provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella sentenza *Varvara c. Italia*⁴⁵ è stato evidenziato come un principio di fondamentale importanza quale è il principio di legalità nel diritto penale impedisca «di punire una persona se il reato è stato commesso da un'altra». In particolare, l'art. 7 C.e.d.u. non solo «impone di vietare che nel diritto penale si possa rispondere per un fatto commesso da altri», ma se è vero «che ogni persona deve poter stabilire in ogni momento cosa è permesso e cosa è vietato per mezzo di leggi precise e chiare, non si può concepire un sistema che punisca coloro che non sono responsabili, perché il responsabile è stato un terzo»⁴⁶. Ne deriva, a parere del giudice sovranazionale che «una misura di confisca applicata, ..., a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'articolo 7»⁴⁷.

⁴⁵ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, § 65.

⁴⁶ Corte EDU, 28 giugno 2018, *Giem c. Italia*, § 271.

⁴⁷ Corte EDU, 28 giugno 2018, *Giem c. Italia*, cit., § 274.