

confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre varvara?

Nota a [Cassazione penale, sez. III, n. 42458, 10 giugno 2015 \(22 ottobre 2015\),
Pres. Fiale, Est. Di Nicola, ric. Almagià](#)

di Raffaele Muzzica

Abstract. *Con la sentenza in commento la terza sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata in merito alla confisca di beni culturali prevista dall'art. 174 co. 3 del d. lgs. 42/2004, ammettendo la sua applicazione anche in caso di proscioglimento per prescrizione del reato. La sua natura giuridica esclusivamente recuperatoria – al contrario di quanto sostenuto impropriamente da una sentenza coeva della stessa Suprema Corte – sottrae in radice la confisca in esame dall'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU e dal derivante principio enunciato dalla sentenza Varvara, in forza del quale non può essere disposta una confisca 'penale' in assenza di un pieno accertamento della colpevolezza del reo. Inoltre, tale peculiare finalità riparatoria pone interessanti spunti di riflessione in relazione alla posizione del terzo estraneo, inducendo a prospettare, anziché una natura amministrativa come sostenuto dalla Corte di Cassazione, una natura eminentemente civilistica della misura in esame.*

SOMMARIO: 1. Il caso all'attenzione della Corte di Cassazione: la confisca *ex art. 174 co. 3 del d. lgs. 42 del 2004*. – 2. Il riferimento al caso Varvara: se il giudice interno è più "realista del re". – 3. Ancora una prova della natura "camaleontica" della confisca: la sottrazione della confisca *ex art. 174 co. 3 d. lgs. 42 del 2004* dalla materia penale *ex art. 7 CEDU*. – 4. La qualificazione come sanzione recuperatoria e la tutela del terzo estraneo. – 5. La confisca *ex art. 174 co. 3* come sanzione civilistica?

1. Il caso all'attenzione della Corte di Cassazione: la confisca *ex art. 174 co. 3 del d. lgs. 42 del 2004*.

La Suprema Corte con la sentenza qui annotata si è pronunciata in merito all'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Roma, in qualità di giudice dell'esecuzione, disponeva la confisca di alcuni beni culturali, pur in presenza di un decreto di archiviazione per intervenuta prescrizione del reato ascritto all'imputato.

La Corte di Cassazione dichiarava manifestamente infondato il ricorso, in ragione della peculiare struttura della confisca prevista nell'art. 174 co. 3 del d. lgs. 42

del 2004¹ – il cui tenore letterale è identico al precedente art. 123, comma 3, del d. lgs. 29 ottobre 1990, n. 490 – che può essere disposta obbligatoriamente in entrambe le ipotesi delittuose previste dal medesimo art. 174 rispetto alle cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, nonché di quelle indicate all'art. 11 co. 1, lett. f), g) e h)² del d. lgs. 42 del 2004, oggetto dell'uscita o esportazione illecita, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato.

Quest'ennesima misura di ablazione patrimoniale è, infatti, correlata ai delitti descritti nei commi precedenti del medesimo articolo, vale a dire il trasferimento all'estero di beni di interesse culturale senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione e il più grave reato proprio di omesso rientro nel territorio nazionale, alla scadenza del termine, di beni culturali per i quali sia stata autorizzata l'uscita o l'esportazione temporanee³.

La *ratio* della norma, dunque, più che tutelare il bene culturale in sé - a differenza di quanto accade in relazione alla fattispecie di cui all'art. 178 l. cit. - è quella di proteggerlo in via indiretta, attraverso un apparato sanzionatorio a tutela della funzione⁴ delle Amministrazioni competenti al controllo ed alla disciplina del patrimonio culturale. La sanzione penale, d'altronde, scatta nel caso in cui l'esportazione sia effettuata senza il necessario titolo amministrativo, dalla cui sussistenza o meno dipende l'intero disvalore della condotta. Se ne desume, dunque, la natura di reato formale, di pericolo presunto, di entrambe le fattispecie previste dall'art. 174 l. cit.

La questione affrontata dalla Suprema Corte attiene, nello specifico, al complesso rapporto tra prescrizione e confische, su cui il dibattito giurisprudenziale è, come è noto, incandescente⁵; più in generale, la pronuncia si inserisce nel dibattito concernente i

¹ G. PIOLETTI, *Commento all'art. 174*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007; F. PALUMBO, *Commento all'art. 174*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli - V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, 437.

² Trattasi delle fotografie, con relativi negativi e matrici, degli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, delle documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali, comunque realizzate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni, di cui all'articolo 65 del d. lgs. 42 del 2004; dei mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, di cui agli articoli 65 e 67, comma 2 l. cit.; dei beni e degli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni, di cui all'articolo 65 l. cit.

³ G. MORGANTE, *Sub art. 174 d. lgs. 42/2004*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, 73 ss.

⁴ Sull'incompatibilità costituzionale della legislazione penale a tutela di "funzioni" anziché di beni giuridici v. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni post-moderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 16 ss.; tra gli altri, F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela dei beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 97, nota 144.

⁵ Da ultimo, le Sezioni Unite – Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia – hanno recentemente ammesso la legittimità dell'applicazione da parte del giudice, nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, la confisca del prezzo del reato, a norma dell'art. 240 co. 2, n. 1, c.p. e, a norma dell'art. 322-ter c.p., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia 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. Nota è altresì la

contenuti accertativi ed eventualmente sanzionatori delle declaratorie di estinzione del reato⁶.

Nel caso di specie la Suprema Corte ha applicato un costante indirizzo di legittimità, secondo cui la confisca prevista per il reato di illecita esportazione va disposta, oltre che nei casi di condanna, anche in ipotesi di proscioglimento, purché si tratti di cause che, come la declaratoria di prescrizione, non recidano il rapporto tra il fatto di reato, accertato nella sua materialità, e la *res*⁷. Tuttavia, appare opportuno sottolineare che questo orientamento, sebbene in modo alquanto immotivato, configurava la confisca prevista dal terzo comma come una misura di sicurezza, ancorché speciale rispetto all'art. 240 c.p. perché obbligatoria tanto in caso di condanna, quanto in sede di proscioglimento. Nella sentenza in esame, invece, la Suprema Corte giunge al medesimo risultato di consentire la confisca anche in caso di prescrizione attraverso un'argomentazione diversa, tesa a valorizzare la particolare natura della confisca prevista dall'art. 174 co. 3 del d. lgs. 42 del 2004.

A differenza dell'orientamento pur richiamato, infatti, la Corte di Cassazione espressamente afferma che l'art. 174 co. 3 l. cit. rappresenta un'ipotesi di confisca che non si pone affatto in un rapporto di specialità con l'art. 240 c.p., norma non a caso non richiamata dall'art. 174 co. 3 l. cit. Non si tratta, dunque, di una misura di sicurezza giustificata dalla pericolosità, intrinseca o relazionale, della *res*⁸.

Piuttosto, la confisca in questione viene considerata una "*misura recuperatoria di carattere amministrativo*" finalizzata a riportare il bene culturale, *res extra commercium*, nel

querelle giurisprudenziale che ha avuto ad oggetto la confisca cd. urbanistica ex art. 44 co. 2 del D.P.R. 380 del 2001: cfr., *ex multis*, [V. MANES, La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in questa rivista, 13 aprile 2015; [F. VIGANÒ, Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo](#), in questa rivista, 9 giugno 2014; [M. BIGNAMI, Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente](#), in questa rivista, 30 marzo 2015; [G. CIVELLO, La sentenza Varvara contro Italia non "vincola" il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologhi di Corti?](#), in Arch. Pen., 2014, n. 2; [A. DELLO RUSSO, Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?](#), in Arch. Pen., 2014, n. 2; [D. RUSSO, La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti](#), in [osservatoriosullefonti.it](#), aprile 2015; [F. VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in questa rivista, 30 marzo 2015.

⁶ La tesi del possibile contenuto accertativo delle declaratorie di prescrizione ha ricevuto l'autorevole avallo della Corte costituzionale nelle sentenze del 23 giugno 2009 n. 239 e del 4 aprile del 2008 n. 85 nonché dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2008, n. 38834, De Maio, Rv. 240565; Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia).

⁷ Cass. pen., sez. II, 28 febbraio 1995 n. 1253, Vallorani, Rv. 201589; Cass. pen., sez. III, 4 novembre 2009 n. 49438, Rv. 24582; Cass. pen., sez. III, 8 aprile 2015 n. 27066.

⁸ Che sia questa la *ratio* della confisca – misura di sicurezza si evince dall'orientamento giurisprudenziale consolidato. Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880; Cass., sez. VI, 11 ottobre 2012, n. 10887, Rv. 254786; Cass., sez. VI, 6 marzo 2009, n. 25096, Rv. 244355. Sottolinea un generale e progressivo transito di pressoché tutte le forme di confisca (con l'eccezione di quella c.d. "per sproporzione" che, non a caso, vive in una imbarazzante condizione di antinomia la tradizionale configurazione come misura di sicurezza) dall'universo dommatico delle misure di sicurezza patrimoniale all'orbita delle pene V. MAIELLO, *Confisca per equivalente e pagamento del debito tributario*, in *Giur. it.*, 2014, 3, 694 ss.

patrimonio dello Stato ed entro i confini territoriali dello stesso. Ciò implica l'irrelevanza dell'accertamento di una eventuale responsabilità penale del soggetto colpito dalla misura: piuttosto, al fine di poter imporre legittimamente la confisca, il giudice dovrà accertare il mancato superamento di quella presunzione di proprietà statale che – secondo la Corte di Cassazione⁹ – investe i beni culturali.

Come sottolineato da autorevolissima dottrina¹⁰, infatti, il bene culturale è «*pubblico in quanto bene di funzione, e non di appartenenza*»: il carattere pubblico dei beni culturali – oggetto di una intensa e risalente legislazione vincolistica¹¹ – risulta confermato dal codice civile del 1942, che include nel regime demaniale i beni culturali appartenenti allo Stato, alle regioni ed agli altri enti pubblici territoriali, che rientrino nelle tipologie indicate dall'art. 822 c.c.; analogamente, confluiscono nel patrimonio indisponibile dello Stato i beni culturali che rientrano, invece, nelle categorie richiamate dall'art. 826 co. 2 c.c.

Tale indirizzo legislativo risulta confermato anche dall'attuale legislazione speciale in materia: l'art. 91 del d. lgs. 42 del 2004 dispone l'appartenenza al demanio o al patrimonio indisponibile dello Stato, a seconda se immobili o mobili, delle cose che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

La proprietà privata dei beni culturali, dunque, pur ammissibile secondo il complesso delle disposizioni contenute sia nel codice civile che nella legislazione speciale¹² appare caratterizzata da un tratto di eccezionalità, che giustifica la ragionevolezza della presunzione di proprietà pubblica su cui si fonda l'applicazione della confisca *ex art. 174 co. 3 l. cit.*

La Corte valorizza, inoltre, l'argomento letterale dell'art. 174 co. 3 che richiama, quanto alle modalità della confisca, quelle previste dalle leggi doganali per il contrabbando¹³. Tali modalità, per quanto attinenti ad una ablazione espressamente definita come misura di sicurezza, comportano l'imposizione della stessa anche nei casi di proscioglimento allorquando, secondo l'orientamento unanime della giurisprudenza¹⁴, il giudice accerta il rapporto tra la *res* ed il fatto di contrabbando.

A giudizio della Corte, il giudice dell'esecuzione nel caso di specie avrebbe fatto corretta applicazione di tali principi, disponendo la confisca in ragione del fatto che il ricorrente non avrebbe dato alcuna prova idonea a vincere la presunzione di proprietà statale del bene in questione, a prescindere dall'eventuale prova della responsabilità del reo, pur fornita nei giudizi di merito, stante quanto sembra desumersi dalla lettura della

⁹ Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2015 n. 42458 (22 ottobre 2015), punto 3 del considerato in diritto.

¹⁰ M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3 ss.

¹¹ I primi interventi legislativi sono rappresentati dalla legge del 20 giugno del 1909 n. 364, recante "*norme per l'inalienabilità delle antichità e delle belle arti*" e dalla legge del 23 giugno 1912 n. 688, "*portante modificazioni alla legge 20 giugno 1909, n. 364, per le antichità e belle arti*", nonché dal regio decreto n. 363 del 1913 di attuazione delle suddette. Comunemente si riconosce nella legge del 1 giugno 1939 n. 1089 il primo testo organico di disciplina della materia.

¹² Cfr. artt. 10, 11, 53 del d. lgs. 42 del 2004.

¹³ Il richiamo è da intendersi riferito all'art. 301 del D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (cd. Testo Unico doganale).

¹⁴ Cass. pen., sez. II, 26 novembre 2013 n. 8330, Antonicelli e altri, Rv. 259009; Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2007 n. 38724, Del Duca, Rv. 237924; Cass. pen., sez. III, 26 novembre 2001 n. 4739, Vanni, Rv. 221054.

sentenza, nel caso in esame: la Corte evidenzia come il giudice dell'esecuzione abbia – evidentemente *ad abundantiam* – dato pieno atto del coinvolgimento del ricorrente nel traffico dei beni culturali oggetto dell'incriminazione ascrittagli.

2. Il riferimento al caso Varvara: se il giudice interno è più "realista del re".

Nella motivazione la Suprema Corte sente il bisogno di dedicare attenzione ad una questione non posta dal ricorrente e soltanto in un *obiter* accennata dall'Avvocatura dello Stato, ovvero quella relativa all'applicabilità o meno al caso in esame del principio di diritto enunciato dalla sentenza della Corte EDU Varvara e, successivamente, riformulato in maniera originale e discutibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49/2015.

Tuttavia, a ben vedere, questa precisazione risulta del tutto superflua alla luce dell'argomentazione condotta dalla Corte, che – come si è accennato – mostra di considerare la confisca *ex art. 174 co. 3* una misura non afflittiva e, dunque, non 'penale' neanche *lato sensu*.

Come è noto, infatti, con la sentenza Varvara c. Italia, del 29 ottobre 2013, la Seconda sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo considerava l'applicazione della diversa ipotesi di confisca urbanistica prevista dall'art. 40 co. 2 del D.P.R. 380 del 2001 nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU.

La Corte EDU sanciva che l'art. 7 CEDU non si limita a richiedere la necessità di una base legale per i reati e per le pene, una descrizione prevedibile ed accessibile delle fattispecie e – in seguito alla sentenza Sud Fondi, relativa alla medesima fattispecie¹⁵ – una sostanziale colpevolezza dell'autore, ma implica altresì l'illegittimità dell'applicazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri (nella giurisprudenza precedente già ritenute contrastanti con la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6, § 2, CEDU) e, comunque, l'illegittimità di pene che non siano fondate su di un giudizio di colpevolezza «*consignée dans un verdict de culpabilité*». Secondo la Corte EDU, la declaratoria di prescrizione del reato non rappresenta un veicolo funzionale all'inflizione di una pena, perché strutturalmente incompatibile con un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato idoneo a vincere la sua presunzione di innocenza *ex art. 6 CEDU*¹⁶.

La Corte costituzionale¹⁷, chiamata a pronunciarsi sul punto, con sentenza del 26 marzo 2015 n. 49 sanciva che il principio di diritto desumibile dal caso Varvara non doveva intendersi come l'imprescindibile richiesta di una condanna formale per

¹⁵ F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.

¹⁶ L'argomento basato sull'art. 6 CEDU da parte della Corte sarebbe stato, secondo parte della dottrina, molto più appropriato e lineare rispetto ad un'interpretazione quanto meno forzata dell'art. 7 CEDU. Cfr. [E. VIGANÒ, Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo](#), cit.

¹⁷ Vedi bibliografia *sub* 6.

l'applicazione della "pena" ex art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte EDU ma, in senso molto meno innovativo, si limitava ad esigere un accertamento di responsabilità che nell'ordinamento italiano poteva essere legittimamente effettuato anche in sede di proscioglimento per estinzione del reato. La Corte costituzionale dichiarava, dunque, inammissibili le questioni giunte al suo vaglio, affermando che i giudici *a quibus* non solo non erano tenuti ad estrapolare dalla sentenza Varvara il principio di diritto dal quale muovevano le questioni di legittimità costituzionale, ma che essi avrebbero dovuto attestarsi su una lettura ad esso contraria: ciò risultava, secondo la Corte Costituzionale, del tutto conforme ai principi dell'ordinamento, dal momento che la sentenza Varvara non rappresentava un "giurisprudenza consolidata" della Corte EDU ma un precedente non vincolante per il giudice interno.

Se, dunque, questa è la cornice giuridica entro la quale poter discutere del principio desumibile dal caso Varvara, appare del tutto evidente che la confisca in questione non ne rappresenta un possibile caso applicativo, dal momento che – almeno secondo l'interpretazione della Corte di Cassazione, che, come si vedrà, è coerente con i c.d. criteri *Engel* elaborati dalla giurisprudenza europea – la confisca ex art. 174 co. 3 non appartiene alla "materia penale" ed è pertanto sottratta all'ambito applicativo degli art. 6 e 7 CEDU.

Ma è ancora più stupefacente considerare che questo atteggiamento "realista" della Corte di Cassazione nell'applicazione di principi sovranazionali alla confisca prevista dall'art. 174 co. 3 l. cit. non è una novità.

Nella coeva sentenza del 8 aprile 2015 n. 27066 la terza sezione della Cassazione argomentava la possibilità di imporre la confisca ex art. 174 co. 3 in un caso di prescrizione proprio sulla base del ragionamento giuridico contenuto nella sentenza 49 del 2015 relativo al caso Varvara. Testualmente, la Suprema Corte statuiva che «*In sintesi, quindi, la confisca obbligatoria (quella di cui all'art. 44, comma 2, cit., al pari di quella di cui all'art. 174, d. lgs. n. 42 del 2004) è compatibile la declaratoria di prescrizione, qualora questa sia comunque preceduta – caso per caso – da una verifica piena della configurabilità del reato, riguardante sia l'elemento materiale che quello psicologico, demandata al Giudice di merito in via esclusiva ed esplicitata in una motivazione adeguata e priva di vizi logici.*».

Nel ragionamento della Corte non sembra scorgersi alcun indice dal quale evincere una diversità strutturale fra le due forme di confisca. Né appare sostenibile ritenere che la Corte abbia voluto adoperare un argomento *a fortiori*, in base al quale se l'ordinamento consente l'inflizione in sede di prescrizione di una confisca dotata di valore sanzionatorio, a maggior ragione deve permetterlo nel caso di una sanzione amministrativa. Al contrario, sembra desumersi nel ragionamento della Corte un vero e proprio argomento analogico, sia in punto di natura della confisca (in entrambi i casi configurata come misura di sicurezza) sia in punto di accertamento che il giudice deve condurre (non sulla mera proprietà del bene, ma sul coinvolgimento di responsabilità del soggetto in relazione ad un fatto di reato).

In realtà – ed in questo la Corte di Cassazione nella sentenza annotata si mostra maggiormente lungimirante – le due questioni sono profondamente diverse, per quanto entrambe connesse all'inflizione di una misura ablatoria reale in esito ad una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

Nel primo caso, quello in materia urbanistica, è in gioco l'applicazione di quella che, *ex art. 40 co. 2 D.P.R. 380 del 2001*, la Corte EDU nell'applicazione dei suoi tradizionali criteri *Engel* ha considerato pena, pertanto assoggettata alle garanzie previste dalla Convenzione; garanzie che la giurisprudenza interna ai massimi livelli ha tuttavia considerato erogabili anche in sede di declaratoria di prescrizione, imponendo al giudice un accertamento del fatto e della responsabilità del soggetto preliminarmente all'inflizione della misura.

Nel secondo caso, invece, l'analisi ha ad oggetto una misura definita come amministrativa, ma caratterizzata da una finalità palesemente recuperatoria, la cui esclusione dall'ambito delle garanzie dell'art. 7 CEDU è *in re ipsa*. Ben diverso è il problema – su cui però la giurisprudenza non sembra ormai sollevare contrasti – relativo alla possibilità di infliggere quella che è configurata come una sanzione amministrativa *sine die*, purché sia connessa ad un fatto di reato; in senso contrario a tale possibilità, appare evidente sottolineare come anche nel sottosistema degli illeciti amministrativi il legislatore abbia effettuato una scelta precisa in termini di prescrittibilità degli stessi *ex art. 28 l. 689/81*. Se questa è la scelta del legislatore – ovvero ancorare anche l'inflizione della sanzione amministrativa ad un lasso di tempo ragionevole dalla commissione del fatto, non sembra sostenibile derogare a questa regola soltanto nei casi in cui la sanzione amministrativa non abbia dignità autonoma ma si accompagni alla commissione di un fatto di reato. Il sistema ne risulterebbe vulnerato nella sua coerenza, componendosi di sanzioni penali e amministrative autonome irrogabili soltanto se il termine di prescrizione non sia decorso e da sanzioni amministrative accessorie al reato non legate né al termine di prescrizione dello stesso né ad un autonomo termine di prescrizione, finendo per essere, nei fatti, irrogabili *sine die*.

In secondo luogo, la possibilità di infliggere la misura ablatoria in sede di prescrizione dovrebbe indurre gli interpreti ad una maggiore analisi del problema – ma anche a tal proposito l'orientamento giurisprudenziale è favorevole –, relativo ai possibili contenuti della declaratoria di prescrizione; ovvero, se questa possa – nel rispetto della coerenza logica prim'ancora che giuridica – fungere da strumento attraverso il quale accertare i requisiti essenziali per l'inflizione di sanzioni amministrative o "pene" *ex art. 7 CEDU*.

Ma si tratta di questioni che, come risulta evidente, esulano completamente dall'inflizione di una sanzione del tutto esorbitante dalla "materia penale" *ex art. 7 CEDU*.

Si tratta, al più, di questioni attinenti ad uno *standard* più elevato di tutela rispetto alle garanzie minimali tutelate dalla Convenzione e che, come è noto, la Convenzione non impedisce agli Stati di raggiungere.

La superflua attenzione al profilo in esame da parte della Corte di Cassazione nella sentenza qui annotata dimostra come, nonostante le recenti spinte "autonomiste" da parte della Corte costituzionale, sempre più riottosa ad una subalternità alle Corti sovranazionali, la giurisprudenza di legittimità sembra spesso fare un uso non proprio corretto di quei principi della CEDU di cui i giudici interni, complice anche tale

orientamento della Corte costituzionale¹⁸, vengono chiamati ad essere sempre i più primi applicatori.

3. Ancora una prova della natura "camaleontica" della confisca: la sottrazione della confisca ex art. 174 co. 3 d. lgs. 42 del 2004 dalla materia penale ex art. 7 CEDU.

I problemi di qualificazione e di disciplina applicativa in tema di confisca rappresentano da sempre una *vexata questio*, in ragione della natura "polimorfa" e "camaleontica" di tale istituto ablatorio¹⁹, non più soltanto misura di sicurezza ai sensi dell'art. 240 c.p.²⁰ ma, a seconda dei contesti, vera e propria pena²¹, misura di prevenzione²² o mera sanzione amministrativa²³. Una siffatta peculiarità non è certo una novità dell'istituto, come evidenziato dalla Corte Costituzionale già con la sentenza n. 29 del 1961²⁴, in cui il Giudice delle leggi affermava che «L'istituto della confisca può presentarsi con varia natura giuridica. Il suo contenuto consiste sempre nella privazione di beni economici, ma può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, di volta in volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero di misura giuridica civile o amministrativa. Ciò che spetta di considerare non è un'astratta e generica figura di confisca, ma in concreto la confisca così come risulta da una determinata legge».

Tuttavia, la questione della natura delle confische e delle conseguenti ricadute applicative è sempre più spesso all'attenzione degli interpreti per una serie di fattori. Da un lato, è ormai diffusa la consapevolezza che tale strumento ablatorio rappresenta il mezzo più efficace di contrasto nei confronti della criminalità economica²⁵ e non solo,

¹⁸ F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit., in questa rivista, 30 marzo 2015, 13.

¹⁹ Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880; Cass., sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, Soc. Fisica Italmimpianti e altro; Cass. pen., sez. II, 7 maggio 2008, n. 22903. Cfr. E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007; Cfr. G. GRASSO, *Sub art. 240 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di M. Romano - G. Grasso - T. Padovani, III, Milano 2011, 633.

²⁰ M. TRAPANI, voce *Confisca II) diritto penale*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Treccani, 1988, p. 1.

²¹ La giurisprudenza attribuisce valore sanzionatorio – con conseguente irretroattività – alla confisca per equivalente. Cfr. Cass. pen., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374. Dubbia la natura della confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992: ad un orientamento consolidato che la qualifica come misura di sicurezza, ancorché atipica, si contrappone un secondo orientamento che ne sottolinea il risvolto afflittivo-sanzionatorio. Cfr. Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451. La confisca assume, inoltre, i caratteri di vera e propria pena principale nel sottosistema del d. lgs. 231 del 2001. Cfr. V. MAIELLO, *La confisca ex D. Lgs. n. 231/2001 nella sentenza Ilva*, *Giur. it.*, 2014, 4, 966 ss.

²² Oggi disciplinata dagli art. art. 24 ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. Codice antimafia).

²³ È il caso della cd. "confisca stradale", che la giurisprudenza qualificava costantemente come sanzione penale accessoria (Cass. pen., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 23428) prima della novella introdotta dall'art. 44 della legge 20 luglio 2010, n. 120, che l'ha espressamente qualificata come "sanzione amministrativa accessoria".

²⁴ Corte Cost., 25 maggio 1961, n. 29, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁵ L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997, 69 ss.; A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniale tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 112 ss.

attraverso interventi patrimoniali diretti a sottrarre ai responsabili la ragione per cui hanno commesso reati, vale a dire i profitti illecitamente accumulati, anche nella forma per equivalente, ma anche gli strumenti esecutivi, le cose intrinsecamente criminose, persino redditi quand'anche leciti ma disfunzionali, in ragione delle caratteristiche del titolare, rispetto al corretto assetto economico della società. La stessa Unione Europea non ha mancato di sottolineare il ruolo fondamentale svolto dalle misure patrimoniali ablatorie nella prevenzione e repressione del crimine²⁶.

D'altro canto, l'attenzione verso la natura delle sempre più diffuse ipotesi di confisca e, di conseguenza, verso i diversi regimi applicativi si giustifica anche in ragione della preponderanza – sebbene, forse, ad oggi limitata dalla già menzionata sentenza 49 del 2015 della Corte Costituzionale – della giurisprudenza della Corte EDU nel sistema penale italiano²⁷.

Com'è noto, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo, a prescindere dal dato nominalistico, devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto, onde evitare una "truffa delle etichette".

Si evidenzia come la giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di materia penale solleciti una verifica non meramente formale della natura di una sanzione al fine di applicare le dovute garanzie: la Corte EDU, con un orientamento granitico²⁸, ha sottolineato che la necessità di scongiurare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 CEDU riservano alla materia penale comporta che la distinzione relativa alla natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione si fondi non solo sul criterio della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto

²⁶ [A. M. MAUGERI, La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress", in questa rivista, 19 settembre 2014;](#) [N. SELVAGGI, Le conclusioni del Consultative Forum dei pubblici ministeri degli Stati membri UE in materia di confisca dei proventi di reato e traffico di esseri umani, in questa rivista, 31 luglio 2015.](#)

²⁷ [V. MAIELLO, Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte, in questa rivista, 3-4, 2012, 43 ss.](#)

²⁸ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1977, Série A, vol. 22, 36; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 marzo 1982, *Adolf c. Gov. Austria*, in *Riv. dir. intern.*, 1984, 121, e in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1982, Série A, vol. 49, 15; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 10 febbraio 1983, *Albert et le Compte*, *ivi*, vol. 58, 16; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, in Série A, no. 73, p. 18, § 50 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, Série A, vol. 123, 22; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, 17-18; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *ivi*, vol. 210, 1991, 25; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 febbraio 1993, *Funke*, *ivi*, vol. 256, 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1996, III, n° 10, 756; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 dicembre 1998, *Padin Gestoso c. Espagne*, *ivi*, 1999, II, 361 ss.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 3 maggio 2001, *J.B. v. Switzerland*, *Application* no. 31827/96, in <http://hudoc.echr.coe.int>, § 44; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, n. 39665/98 e 40086/98, *ivi*, § 91.

nazionale, ma anche su altri due parametri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo della sanzione (cd. *Engel criteria*).

Dall'applicazione dei criteri *Engel*, dunque, ne deriva che appare condivisibile la soluzione della Corte di Cassazione di non includere la confisca *ex art. 174 co. 3* nella "materia penale" *ex art. 7 CEDU*, risultando, pertanto, impregiudicata la possibilità o meno per il giudice interno di infliggerla in assenza di condanna (penale).

Preliminarmente, appare difficilmente contestabile l'allocazione della confisca in esame nel titolo II del d. lgs. 42/2004, dedicato alle sanzioni penali. Tuttavia, tale osservazione non appare dirimente, dal momento che di frequente il legislatore descrive nel corpo di fattispecie penali sanzioni extra-penali, di solito amministrative (es. artt. 186 e 187 d. lgs. 285 del 1992, che contengono altresì riferimenti a sanzioni palesemente amministrative come la sospensione e la revoca della patente, il fermo amministrativo, la stessa confisca).

Lo stesso termine "confisca", alla luce di quanto anzidetto, non può essere letto come sintomo di qualificazione necessariamente penale dell'istituto, stante il naturale polimorfismo di tale strumento; né, in ragione della concezione autonoma di pena fatta propria dalla Corte EDU²⁹, ciò varrebbe a schermare l'eventuale incompatibilità della misura con l'art. 7 CEDU.

Come opportunamente sottolineato dalla Suprema Corte nella sentenza annotata, è il criterio della finalità della sanzione ad indurre a configurare la confisca *ex art. 174 co. 3* come una misura estranea alla materia penale, in quanto finalizzata non alla prevenzione e repressione del fenomeno, ma al ripristino della situazione nello *status quo ante*. D'altronde, lo stesso carattere di «normalità normativa³⁰» che accompagna il regime di proprietà pubblica dei beni culturali rende inconfigurabile una lesione del diritto di proprietà privata – presupposto imprescindibile per la sussistenza di un carattere di afflittività – ad opera della confisca in esame, poiché il privato ha la possibilità di dimostrare il possesso di un valido titolo abilitativo alla detenzione (o, nei casi tassativi in cui la legge lo prevede, la possibilità di dimostrare la proprietà privata del bene); ed è su tale prova che deve vertere l'accertamento del giudice.

Non a caso, nel noto *affaire* Sud Fondi la Corte EDU adoperò come argomento dirimente circa la natura della confisca urbanistica quello relativo alla finalità non riparativa di un danno, ma in parte preventiva e in parte repressiva. Infatti quella misura mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge, come è evidente dalla constatazione che la confisca nel caso Sud Fondi aveva colpito tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione, di cui l'85 % non costruiti, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio.

Per comprendere l'estraneità alla materia penale della confisca *ex art. 174 co. 3* l. cit. appare efficace confrontarla con la confisca prevista dall'art. 178 co. 4 del medesimo decreto legislativo. Questa norma, punendo una congerie di condotte accomunate sotto

²⁹ Per tutti, cfr. [A. MASSARO, Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"](#), in *questa rivista*, 15 luglio 2015.

³⁰ Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2015 n. 42458 (22 ottobre 2015), § 4 del considerato in diritto.

l'etichetta di contraffazione di opere d'arte, prevede la confisca obbligatoria degli esemplari contraffatti, alterati o riprodotti delle opere o degli oggetti indicati nel comma 1, salvo che si tratti di cose che appartengano a persone estranee al reato. Delle medesime cose, inoltre, è vietata, senza limiti di tempo, la vendita nelle aste dei corpi di reato.

In relazione a questa ipotesi di confisca, la Suprema Corte ne ha con una recente sentenza³¹ confermato la natura di misura di sicurezza speciale rispetto all'art. 240 c.p. co. 2 c.p., ammettendone l'infrazione anche in sede di proscioglimento per prescrizione. Tuttavia la Suprema Corte, esigendo a tal fine un accertamento incidentale equivalente a quello contenuto in una sentenza di condanna in relazione alla responsabilità penale dell'imputato ed al nesso pertinenziale fra oggetto della confisca e reato, espressamente ha negato l'applicabilità al caso in esame dell'orientamento formatosi sull'art. 174 co. 3 l. cit., per il quale appare sufficiente accertare la materialità del fatto e il rapporto, senza soluzioni di continuità (e.g. l'acquisto in buona fede del terzo), tra la *res* ed il reato.

Si evidenzia, dunque, nel diverso, per oggetto e grado di incisività, accertamento che il giudice penale deve effettuare pur in sede di proscioglimento per estinzione del reato, la diversa natura della confisca *ex* art. 174 co. 3 l. cit., intesa come sanzione amministrativa finalizzata a recuperare il bene al patrimonio dello Stato, e quella *ex* art. 178 co. 4 l. cit., avente ad oggetto cose "intrinsecamente pericolose" per il patrimonio artistico, da tutelare contro contraffazioni e alterazioni di mercato, anche attraverso il divieto *sine die* di vendita all'asta di tali corpi di reato.

4. La qualificazione come sanzione recuperatoria e la tutela del terzo estraneo.

La tutela dei terzi estranei loro malgrado coinvolti nelle pretese ablatorie statali realizzate attraverso le varie ipotesi di confisca è un terreno di scontro di molteplici principi ed esigenze, in cui non sempre il legislatore si onera di trovare un punto di equilibrio³², delegandolo spesso all'interprete³³.

Il problema muta considerevolmente, come è ovvio, a seconda della natura della confisca e della posizione del terzo. Nel caso in cui la confisca assuma una coloritura

³¹ Cass. pen., sez. III, 3 febbraio 2015, n. 4954.

³² La disciplina maggiormente organica è sicuramente quella prevista in tema di confisca di prevenzione, dal momento che il d. lgs. 159 del 2011 al Titolo IV contiene un complesso di norme volte a disciplinare gli effetti della misura di prevenzione sulla sfera giuridica dei terzi. Cfr. [A. AIELLO, Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. codice antimafia](#), in *questa rivista*, 11 aprile 2014. Il legislatore ha altresì testualmente previsto una clausola di salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede nella confisca prevista dall'art. 19 del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 in tema di responsabilità delle persone giuridiche. Da ultimo, in relazione al rapporto tra vincolo fallimentare e confisca cfr. Cass., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, Pres. de Roberto, Rel. Marasca, ric. Cur. Fall U. con nota di [M. RIVERDITI, Le Sezioni unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito](#), in *questa rivista*, 3 aprile 2015.

³³ A titolo esemplificativo, un inciso normativo "neutro", analogo a quanto previsto dall'art. 174 co. 3 l. cit. è contenuto nell'art. 322 *ter* c.p. nonché nel recente art. 12 *bis* del d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74 in tema di reati tributari (per i quali prima del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 di riforma la misura della confisca era applicabile tramite il rinvio all'art. 322 *ter* c.p. effettuato dall'art. 1 co. 143 l. 24 dicembre 2007, n. 244).

sanzionatoria il rispetto dei principi desumibili dagli arresti Sud Fondi e Varvara – ma, si ritiene, ancor prima il rispetto dell'art. 27 co. 1 Cost. – esige l'accertamento di un coefficiente di imputazione psicologica e normativa del fatto all'autore³⁴.

Di conseguenza la Suprema Corte ha sostenuto che la confisca per equivalente, rivestendo un carattere essenzialmente sanzionatorio³⁵, essendo volta all'apprensione non dei beni oggetto di profitto da parte del reo, quanto di un valore equivalente allo scopo di ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, non può pregiudicare i soggetti terzi estranei al reato, quand'anche colpiti dal sequestro se assolutamente necessario per ragioni cautelari³⁶.

Anche in relazione alla confisca urbanistica, la sua natura di pena *ex art. 7 CEDU* (per quanto ammantata dalla perdurante veste di sanzione amministrativa secondo la giurisprudenza interna) impone al giudice penale di procedere ad un accertamento³⁷ della colpa del terzo acquirente del bene oggetto di confisca, al fine di rispettare i principi desunti dagli arresti Sud Fondi e Varvara.

Nel caso in cui la confisca non assuma invece una natura sanzionatoria, come nel caso in esame, la tutela del terzo muta considerevolmente. L'art. 174 co. 3 l. cit. adopera un inciso piuttosto generico per qualificare la posizione del terzo non coinvolto dalla misura ablatoria, definendolo "persona estranea al reato".

Il diritto vivente considera la persona estranea al reato come colui che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non ne abbia ricavato vantaggi o utilità³⁸.

Ne deriva che l'indice probatorio fondamentale per ritenere il soggetto estraneo al reato è rappresentato dalla buona fede, nonostante il testo dell'art. 174 co. 3 l. cit. non faccia espresso richiamo a tale indice, a differenza della confisca *ex art. 19 d. lgs. 231/2001*.

La giurisprudenza penale formatasi sull'art. 19 d. lgs. 231/2001 considera in buona fede colui che versi in una situazione di non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato³⁹.

L'orientamento della Suprema Corte in relazione alla confisca *ex art. 19 d. lgs. 231/2001 l. cit.* ritiene la sussistenza di un mero onere di allegazione del terzo tanto in

³⁴ Per tutti, M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera - N. Mazzacupa - M. Pavarini - M. Zanotti, I, Torino, 2006, 214 ss.

³⁵ Vedi nota *sub* 22.

³⁶ Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2011 (dep. 23 febbraio 2011), n. 6894, Pres. De Maio, est. Ramacci, con nota di P. CACCIALANZA, *Sequestro preventivo, confisca per equivalente e tutela del terzo: un difficile equilibrio*, in *questa rivista*, 1 luglio 2011. Sul concetto di "appartenenza" del bene al terzo, ostativa della confisca in esame vd. L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *questa rivista*, 13 novembre 2010.

³⁷ Accertamento la cui mancanza nel caso di specie ha motivato la pronuncia n. 49 del 2015 di inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dalla terza sezione della Corte di Cassazione con ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, Alessandrini e a., sulla quale si rinvia a V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, cit..

³⁸ Corte cost., 14 gennaio 1987 n. 2; Cass. pen., sez. II, 14 ottobre 1992, n. 11173, Tassinari; Cass. pen., sez. IV, 26 febbraio 2010 n. 20610, rv. 247326; Cass. pen., sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 13360, rv. 249885.

³⁹ Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170; Cass. pen., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti.

relazione al proprio diritto, quanto in relazione all'estraneità al reato, ovvero alla scusabilità dell'ignoranza o del difetto di diligenza su cui riposa il suo affidamento incolpevole⁴⁰, argomentando sulla base delle regole di giudizio che governano il processo penale e sull'implicito presupposto della natura sanzionatoria della confisca in questione.

Tuttavia, la natura non sanzionatoria della confisca di beni culturali dovrebbe indurre a configurare diversamente l'onere probatorio a carico del terzo, poiché non si riscontra una giustificazione parimenti idonea a produrre un tale affievolimento dell'onere probatorio.

D'altronde, l'adesione alla suddetta tesi comporterebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra l'imputato, chiamato a fornire la prova contraria rispetto alla presunzione di proprietà statale del bene culturale, ed il terzo acquirente del bene, che potrebbe limitarsi ad una mera allegazione degli elementi a sostegno della sua assenza di colpa.

Appare maggiormente conforme alla natura non afflittiva della confisca in esame e più rispettoso delle esigenze di parità di trattamento ritenere che anche il terzo debba fornire la piena prova contraria alla presunzione di proprietà statale e non limitarsi ad un onere di allegazione.

Ne consegue come corollario un potenziale ampliamento dell'ambito di applicazione della misura ablativa anche ai destinatari diversi dall'autore del fatto, come gli acquirenti dei beni illecitamente esportati, i quali non riescano a fornire la piena prova contraria a loro favore.

La peculiarità dell'onere probatorio (e non di allegazione) che la Cassazione configura a carico del privato rappresenta un argomento che milita ineludibilmente a favore della natura non penale della confisca in esame.

5. La confisca ex art. 174 co. 4 come sanzione civilistica?

Ferma restando l'estraneità della suddetta confisca all'art. 7 CEDU e, dunque, al *parterre* di garanzie che esso comporta, le peculiarità dell'art. 174 co. 3 l. cit. (*in primis*, il contenuto dell'accertamento che il giudice deve compiere e l'onere probatorio a carico del privato) inducono a ritenere la qualificazione della misura in esame come sanzione amministrativa incongrua.

D'altronde, la scelta della Corte di Cassazione appare già un *overruling* rispetto all'orientamento precedente, che configurava la confisca in questione come misura di sicurezza ancorché speciale rispetto all'art. 240 co. 2 c.p. L'opzione per la natura amministrativa è chiaramente spiegabile in ragione del fatto che giudici e interpreti sono maggiormente avvezzi al ruolo surrogatorio che il giudice penale svolge, soprattutto nell'ambito della legislazione complementare, nei confronti della PA, imponendo

⁴⁰ Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170; Cass. pen., sez. I, 13 giugno 2001, n. 34019; Cass., sez. I, 17 ottobre 2013, n. 68.

sanzioni amministrative in esito al procedimento/processo penale⁴¹. La sanzione amministrativa, quale conseguenza della realizzazione di un illecito amministrativo – i cui riferimenti sistematici più importanti sono contenuti nella l. 689/1981 – condivide con la sanzione penale una marcata autoritatività.

Non a caso, la disciplina dell'illecito amministrativo appartiene indubbiamente al quadro generale dell'evoluzione e della trasformazione del sistema penale, rappresentandone lo strumento principale per ridurre l'area del penalmente rilevante in attuazione del principio di sussidiarietà. Tuttavia, l'utilizzo della sanzione amministrativa – inflitta in prima battuta dalla PA, con eventuale surrogazione da parte del giudice – ben presto si è emancipata dal mero trattamento dell'illecito penale depenalizzato, per assurgere a dignità autonoma nel complesso sistema *lato sensu* sanzionatorio, delineandosi «un orizzonte, per l'illecito amministrativo, che non ha punti di contatto con la dimensione del reato⁴²».

A ben vedere, l'ambito di autonomia sempre più diffuso dell'illecito amministrativo, sia *ab origine* tale sia depenalizzato, pone una spinosa problematica alla luce delle garanzie convenzionali.

La nozione ampia di “materia penale” utilizzata dalla Corte EDU, comprensiva di tutte le misure aventi carattere afflittivo che perseguono finalità di prevenzione generale e speciale⁴³ è la cartina di tornasole di un progressivo avvicinamento dell'illecito amministrativo all'illecito penale dal punto di vista contenutistico – funzionale⁴⁴. D'altronde, che l'interdizione, temporanea o permanente, ovvero qualsiasi altra forma di limitazione dell'esercizio di una attività o della possibilità di ricoprire determinate funzioni, incarichi o ruoli non si risolva in una compressione della libertà personale, appare affermazione a dir poco azzardata; ma la stessa inflizione di una sanzione (amministrativa) pecuniaria, limitando la capacità patrimoniale del soggetto, non sembra contenutisticamente differente dalla sanzione pecuniaria penale (a maggior ragione quando questa è sottoponibile ad oblazione)⁴⁵.

A sostegno di ciò, la stessa Corte EDU più volte ha incluso nelle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU illeciti amministrativi punitivi, come le *Ordnungswidrigkeiten* dell'ordinamento tedesco⁴⁶ o i *Verwaltungsstrafverfahren* dell'ordinamento austriaco⁴⁷,

⁴¹ Es. art. 260 *ter* del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. ambientale); art. 222 ss. del d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada); art. 31 co. 9 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. edilizia).

⁴² Cass. pen., sez. IV, 9 settembre 2015, n. 44132.

⁴³ Sulle funzioni della pena, v. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

⁴⁴ Tema che illustre dottrina già preconizzava, cfr. C.E. PALIERO, “Materiale penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 e ss.

⁴⁵ F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurocomunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *questa rivista*, 17 settembre 2015.

⁴⁶ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Oztürk*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894.

⁴⁷ Cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 18 febbraio 1997, *Mauer c. Austria*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* 1997, I n° 28, p. 76; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Palaoro c. Austria*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1996, Série A, vol. 329, 38-47; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Pramstaller c. Austria*, *ivi*, 1996, vol. 329, 2; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Pfarrmeier c.*

per non menzionare l'annosa questione scaturita dalla pronuncia *Grande Stevens c. Italia* circa il *ne bis in idem* tra reati e sanzioni amministrative sostanzialmente penali ex art. 7 CEDU⁴⁸.

La stessa Corte costituzionale non ha mancato di evidenziare la naturale propensione della sanzione amministrativa a svolgere funzioni essenzialmente specialpreventive negative (e.g. interdittive) o meramente afflittive, comuni alla pena in senso tradizionale⁴⁹.

L'assimilazione funzionale tra sanzioni formalmente penali e sanzioni amministrative – residuando esclusivamente una (eventuale) differenza in punto di maggiore gravità delle prime rispetto alle seconde – induce quanto meno a dubitare che possa essere considerata amministrativa una misura dallo scopo esclusivamente riparatorio, ovvero contenente un obbligo di contenuto inverso a quello violato e ad esso omogeneo⁵⁰.

Si avanza – non senza una certa provocazione – l'idea che una qualificazione pienamente civilistica della speciale confisca ex art. 174 co. 3 l. cit. non sia del tutto un fuor d'opera.

La possibilità che la confisca assuma una configurazione civilistica è ben nota ad alcuni Stati occidentali⁵¹ ed è stata sostenuta anche dalla dottrina italiana⁵².

D'altro canto, la tendenza ad adoperare sanzioni civili pecuniarie al di fuori dei rapporti strettamente civilistici, per lungo tempo appannaggio quasi esclusivo della

Autriche, 23 ottobre 1995, ivi, 1996, vol. 329, 63-72; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, ivi, 1996, vol. 328, 13; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Umlauf c. Autriche*, ivi, 1996, vol. 328, 37; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, ivi, 1996, vol. 328, 61.

⁴⁸ Corte eur. dei dir. dell'uomo, sez. II, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia* (ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010). Cfr., F. MUCCIARELLI, *op. cit.*; [A. F. TRIPOLI, Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in questa rivista, 9 marzo 2014.

⁴⁹ Si veda in questo senso Corte cost., 14-18 aprile 2014, n. 104, pres. Silvestri, red. Napolitano, in *Giur. cost.*, 2014, 1847, che conferma il principio già espresso dalla stessa Corte costituzionale (4 giugno 2010 n. 196) secondo il quale «tutte le misure di carattere punitivo - afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Illuminante, in tal senso, F. MUCCIARELLI, *op. cit.*

⁵⁰ A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 855, in particolare 869. Sui caratteri di definitività, afflittività e prevenzione come indici di natura punitiva, sebbene in relazione alla confisca di prevenzione cfr. V. MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni unite: natura e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 6, 707 ss.

⁵¹ Il riferimento è al *civil forfeiture* presente negli ordinamenti nordamericano, australiano e irlandese ed al *confiscation* inglese. Cfr. A. M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniale come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di A. M. Maugeri, Milano 2008, 85 ss., nonché, in relazione alla corrispondente sanzione irlandese F. H. CASSIDY, *Targeting the Proceeds of crime*, in Greenberg et al., *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Washington, 2009, 153-162; F. J. MCKENNA - K. EGAN, *Ireland: a multi-disciplinary approach to proceeds of crime*, in Young, *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Northampton, 2009, 67-75.

⁵² Parla di sanzione civile nel processo penale F. CAVALLA, *La confisca di cose appartenenti ad estraneo al reato nella possibilità di revoca o modifica e l'intangibilità del giudicato*, in *Giust. pen.*, 1964, 3, 106 ss.; S. BELTRANI, *Sub art. 240 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, V, Milano, 2010, 1161.

dottrina⁵³, è di recente emersa anche nella legislazione penale, come si evince dall'art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67, con cui il Parlamento ha delegato il Governo ad abrogare una determinata serie di reati lievi ed istituire adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ad essi, fermo il risarcimento del danno⁵⁴. Al di là delle assonanze, occorre precisare che la delega – peraltro in scadenza – è indubbiamente ispirata all'idea di riservare all'ambito civilistico controversie per lo più interpersonali, attinenti a interessi privati, a differenza di quanto accade nel caso in esame in cui sono le esigenze proprietarie dello Stato a venire in gioco e – con esse – l'ineludibile carattere collettivistico che comportano⁵⁵.

D'altronde, dalla stessa Relazione alla delega⁵⁶ si evince che: «*mentre il risarcimento ha una funzione riparatoria, la pena privata ha una funzione sanzionatoria e preventiva e si giustifica allorquando l'illecito, oltre a determinare un danno patrimoniale, consente di ottenere un arricchimento ingiustificato. In tali casi, se il legislatore si limitasse all'eliminazione dell'illiceità penale, gli autori – a prescindere dal risarcimento dovuto alla persona danneggiata – si gioverebbero del vantaggio patrimoniale provocato dal fatto illecito*».

L'analogia funzionale rispetto alla pena e il ruolo aggiuntivo rispetto al risarcimento del danno sono confermati dai principi e criteri direttivi previsti per la commisurazione delle sanzioni pecuniarie civili, che la lettera e) dell'art. 2 l. cit. impronta alla proporzione non già all'entità del danno inferto, bensì «*alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*». Ne consegue che, con ogni probabilità, la finalità non riparatoria ma, come è stata efficacemente definita⁵⁷, "ultracompensatoria" di tali eventuali pene private non potrebbe esimerle dalle garanzie dell'art. 7 CEDU⁵⁸.

Ben più affine al fenomeno in esame – se non altro per la comune autorità competente, rappresentata dal giudice penale e non dal giudice civile – sembra la recente riparazione pecuniaria introdotta dall'art. 4 co. 1 della l. 27 maggio 2015, n. 69, secondo cui con la sentenza di condanna ovvero con la sentenza di patteggiamento il giudice ordina il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter

⁵³ F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in A.A. VV., *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli - G. Scalfi, Milano 1985, 48, che lo collega alla contestuale "depatrimonializzazione" di tale forma di responsabilità; C. PIERGALLINI, *'Civile' e 'Penale' a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1299 ss.

⁵⁴ C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in questa rivista, 1 aprile 2015; sulle pene private cfr. G. PONZANELLI, *voce Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 2; F. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.

⁵⁵ Cass. civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

⁵⁶ Citata da C. MASIERI, *op. cit.*, 3.

⁵⁷ A. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di "riforma della disciplina sanzionatoria (art.2 L.28.4.2014 N.67)*, in *lalegislazionepenale.eu*, 7 luglio 2015.

⁵⁸ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 19, in particolare nota 122.

c.p., in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno. L'istituto, su cui la giurisprudenza non ha avuto ancora modo di pronunciarsi, sembra affine alla riparazione prevista per i reati a mezzo stampa di cui all'art. 12 della l. 47 del 1948, dal quale però si distingue per l'obbligatorietà a prescindere da una richiesta di parte.

Tuttavia, anche tale riparazione è considerata dalla giurisprudenza civile⁵⁹ e penale⁶⁰ come una "*pena privata*", afflittiva e preventiva, introdotta per rafforzare la sanzione penale, che va ad aggiungersi al risarcimento del danno (patrimoniale e non patrimoniale) e che presuppone l'accertamento degli elementi costitutivi del reato, accertamento che può, peraltro, essere compiuto anche dal giudice civile, a dimostrazione di una tendenziale commistione di ruoli tra giudice penale e giudice civile nel caso dell'inflizione delle pene private.

A ben vedere, la confisca prevista dall'art. 174 co. 3 l. cit. ha, a differenza degli istituti citati, una funzione, per quanto la si voglia definire sanzionatoria da un punto di vista di teoria generale del diritto⁶¹, esclusivamente recuperatoria e non preventiva o repressiva di ulteriori illeciti ed in ciò diverge profondamente dalla tematica delle pene private sopra accennata, per avvicinarsi più propriamente agli strumenti di tutela *stricto sensu* civilistici, in particolar modo a quanto prevede il codice civile⁶² a favore del proprietario privato della cosa, il quale può esperire l'azione di rivendicazione prevista dall'art. 948 c.c.

Appare del tutto ovvio sottolineare che si tratta di un'analogia funzionale tra istituti appartenenti a sistemi molto diversi e, per certi versi, strutturalmente molto distanti tra loro; né vi sono gli estremi per poter ragionevolmente considerare la confisca *ex art. 174 co. 3 l. cit.* come una sorta di azione di rivendicazione speciale e surrogatoria rispetto alla normativa civilistica. Tuttavia, le innegabili assonanze in punto di disciplina rappresentano argomenti persuasivi che possono indurre anche l'interprete penale a superare preconcezioni schemi mentali contrari *a priori* ad una commistione tra diritto privato e diritto penale.

Come l'azione civilistica, la confisca *ex art. 174 co. 3* non ha limiti di legittimazione passiva, ma incontra come unico ostacolo l'appartenenza del bene a persona estranea al reato, in perfetta analogia con l'art. 948 co. 3 c.c., che sancisce l'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione, ovvero di terzi in buona fede.

Altresì la confisca in questione non incontra limiti di prescrizione – come pacificamente ritenuto dalla Cassazione penale nella sentenza qui annotata – al pari dell'azione di rivendicazione civilistica ed a differenza delle classiche sanzioni

⁵⁹ Cass. civ., sez. III, 17 marzo 2010 n. 6490, Rv. 612225; Cass. Civ., sez. III, 26 giugno 2007, n. 14761, Rv. 597920.

⁶⁰ Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2014, n. 48712; Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 1993 n. 2435, Bonaga, Rv. 193806; Cass. pen., sez. V, 13 aprile 1989, n. 12890, Corsi, Rv. 182149.

⁶¹ Nel senso di consequenziale ad un determinato comportamento trasgressivo. Sul concetto di sanzione cfr. N. BOBBIO, *voce Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 530.

⁶² Per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 248.

amministrative; entrambe, dunque, si arrestano di fronte alla tutela della sfera giuridica di un terzo estraneo, *rectius* in buona fede, che non si giova di alcun onere di mera allegazione ma che deve fornire una piena prova contraria idonea a vincere la presunzione di proprietà pubblica.

Tuttavia, come è ovvio, le indubbie coloriture pubblicistiche e la connessione con un fatto di reato che, come evidenziato, deve essere accertato nella sua materialità anche in caso di prescrizione, derogano ad alcuni principi civilistici tipici della tutela revindicatoria.

Attraverso la confisca lo Stato-proprietario ritorna nella legittima proprietà del bene non già attraverso una sentenza di accertamento con condanna, da porre eventualmente in esecuzione forzata, sulla falsariga di quanto accade *ex art. 948 c.c.*, ma *ope legis* attraverso l'ordine del giudice penale, senza peraltro alcuna richiesta di parte, trattandosi di confisca obbligatoria.

Inoltre, pur incentrandosi l'accertamento del giudice penale esclusivamente sulla proprietà del bene – e solo di riflesso sul fatto di reato – la confisca *ex art. 174 co. 3 l. cit.* non prevede la medesima *probatio diabolica* dell'azione civilistica, stante la presunzione (relativa) di pubblicità che accompagna i beni culturali e che deve essere il ricorrente a vincere. Queste diversità strutturali rispetto al regime dell'azione civilistica si spiegano in ragione del rapporto autoritativo e non paritario che intercorre tra i soggetti coinvolti, il che giustifica la struttura del tutto autonoma della confisca in esame rispetto al rimedio *ex art. 948 c.c.*, con cui, però, condivide una comune finalità riparativa, *id est* civilistica.

Quand'anche si riuscisse a superare la naturale idiosincrasia del penalista per l'introduzione di sanzioni civilistiche "pure" o "ibride" all'interno del processo penale⁶³, per quanto corroborata da motivazioni spesso tutt'altro che irrisionarie, non si nasconde che una qualificazione civilistica della confisca in esame contribuirebbe ad aprire problemi e scenari inesplorati, *in primis* in relazione al più blando *standard* probatorio civilistico utilizzabile dal giudice in sede di inflizione della misura⁶⁴: tuttavia, si ritiene che l'esito non risulterebbe affatto distonico, quanto piuttosto maggiormente coerente con la natura stessa della misura, alla stregua di quanto sopra considerato in tema di onere probatorio.

⁶³ A. GARGANI, *op. cit.*, 20 ss. Tale idiosincrasia verso qualsiasi forma di privatizzazione della tutela si evince anche dai lavori della Commissione Palazzo, incaricata di predisporre uno schema di decreto di attuazione delle deleghe contenute nella legge 67 del 2014. Le scelte effettuate dalla Commissione in relazione alle sanzioni civili previste dalla delega vanno tutte nella direzione di mantenere un forte tasso di eteronomia pubblicistica nei nuovi illeciti civili, per i quali la Commissione prevede una punibilità *ex officio* esclusivamente a titolo di dolo, non legata ad una istanza della persona offesa che, inoltre, non riceve quanto versato dall'autore del fatto a titolo di sanzione civile, la cui somma risulta destinata all'erario. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. A proposito della legge 67/2014*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2015, 1639 ss.

⁶⁴ Tematica affrontata magistralmente da [A. M. MAUGERI, Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni](#), in questa rivista, 18 giugno 2012; [ID., La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"](#), cit.

Dunque, la provocatoria configurazione come sanzione civilistica della confisca *ex art. 174 co. 3 l. cit.* da un lato sembra fornire maggiore coerenza sistematica alla soluzione – pur condivisibile – fornita dalla Corte di Cassazione nella sentenza qui commentata, che legittimamente sottrae all’ambito della materia penale l’art. 174 co. 3, ma senza preoccuparsi della tenuta logica di una sanzione amministrativa esclusivamente recuperatoria.

Dall’altro, tale configurazione si inserirebbe nel *trend* prima descritto di un utilizzo sempre più frequente di strumenti civilistici anche all’interno del diritto penale, non solo ibridandoli con una finalità repressivo – preventiva tipica di questa branca del diritto, ma anche, talvolta, adoperandoli nel loro ruolo tradizionale di strumenti riparativi e ripristinatori.