

LA DIRETTIVA 2014/42/UE COME STRUMENTO DI ARMONIZZAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA CONFISCA NEL DIRITTO COMPARATO

di Anna Maria Maugeri

(Ordinaria di diritto penale, Università degli Studi di Catania)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La confisca diretta, la confisca per equivalente, l'esecuzione successiva, la nozione di profitto confiscabile (art. 4 - art. 9 - art. 11). - 3. Il principio di proporzione: la confisca degli strumenti; la clausola dell'onerosità. - 4. La confisca nei confronti dei terzi. - 5. La confisca estesa come strategia fondamentale nella lotta contro la criminalità del profitto (art. 5). - 5.1. Modelli rilevanti di confisca allargata nel diritto comparato. - 6. La confisca senza condanna nella Direttiva (art. 4, c. 2) e nel diritto comparato. - 7. Prospettive per il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna. - 8. Prospettive di riforma della Direttiva 42/2014 e della Decisione quadro 2007/845.

1. La sottrazione dei profitti illeciti rappresenta ormai da alcuni decenni una strategia prioritaria a livello europeo e internazionale nella lotta contro il crimine organizzato e la criminalità economica, come ribadito da ultimo nelle Conclusioni del Consiglio che fissano le priorità dell'UE nella lotta alla criminalità organizzata e alle forme gravi di criminalità internazionale nel periodo 2018-2021 (18 maggio 2017): «(9) lottare contro i fondi di origine illegale e il riciclaggio dei proventi e agevolare il recupero di beni al fine di confiscare in modo efficace i profitti illegali dei gruppi criminali organizzati,...»¹.

L'assunzione della confisca a strumento strategico della lotta alla criminalità del profitto è stata avallata anche dalla giurisprudenza della Corte Europea che esprime un orientamento di generale favore in relazione a forme di confisca del profitto sia in forma estesa sia senza condanna, come emerge dal fatto che ne conferma sempre la sostanziale compatibilità con i principi della C.e.d.u. sottraendo tali misure ai principi della materia penale. La Corte Edu richiama l'orientamento sovranazionale che riconosce l'importanza della confisca senza condanna (civil forfeiture) come strategia di politica criminale contro gravi fenomeni criminali: «Having regard to such international legal mechanisms as the 2005 United Nations Convention against Corruption, the Financial Action Task Force's (FATF) Recommendations and the two relevant Council of Europe Conventions of 1990 and 2005 concerning confiscation of the proceeds of crime (ETS No. 141 and ETS No. 198) (...), the Court observes that common European and even universal legal standards can be said to exist which encourage, firstly, the confiscation of property linked to serious criminal offences such

¹ «Soprattutto combattendo le organizzazioni dedite al riciclaggio di denaro che offrono servizi di riciclaggio ad altri gruppi criminali organizzati e quei gruppi criminali organizzati che fanno ampio ricorso alle nuove modalità di pagamento emergenti per riciclare i proventi di reato».

as corruption, money laundering, drug offences and so on, without the prior existence of a criminal conviction»².

Ricostruendo brevissimamente l'evoluzione degli strumenti sovranazionali in materia, si deve ricordare che la cooperazione giudiziaria finalizzata all'esecuzione dei provvedimenti di confisca è stata perseguita a partire dalla Convenzione di Vienna del 1988 contro il narcotraffico che già sollecitava l'introduzione di meccanismi di inversione dell'onere della prova circa l'origine dei profitti o degli altri beni da confiscare, al fine di garantire un'applicazione efficace della confisca, e dalla Convenzione di Strasburgo del 1990, n. 141 sul riciclaggio e la confisca dei proventi di reato che sollecita la cooperazione giudiziaria in materia di indagini, sequestro e confisca di proventi illeciti provenienti da qualunque crimine e non solo dal traffico di stupefacenti, prevedendo dei meccanismi di cooperazione più incisivi di quelli previsti dalla Convenzione di Vienna. Entrambi gli strumenti prevedono l'introduzione della confisca di valore. Anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000³, ribadisce la necessità di introdurre l'inversione dell'onere della prova circa l'origine dei profitti.

Nel 1998, poi, viene adottata dal Consiglio l'Azione comune 98/699/GAI sul riciclaggio di denaro e l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o il sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato⁴, con l'obiettivo di potenziare la lotta contro la criminalità organizzata, in complementarietà con quanto già predisposto dal Consiglio d'Europa con la Convenzione di Strasburgo del 1990 n. 141; a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'azione comune del 1998 viene sostituita nel 2001 con la "decisione quadro" 2001/500/GAI⁵.

Viene, quindi, adottata la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, rivelatesi scarsamente efficienti perché, come si evidenzia nel considerando n. 3, si applicava solo in tale fase di blocco o di sequestro, rendendo necessaria una distinta richiesta di trasferimento della fonte di prova nello «Stato di emissione» in conformità alle norme di assistenza giudiziaria in materia penale; tale regime, inoltre, coesisteva con gli strumenti tradizionali di cooperazione e pertanto le autorità competenti se ne avvalevano raramente nella prassi⁶. Tale decisione quadro è ormai superata dalla direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, basata sul principio del reciproco riconoscimento ai sensi dell'art. 82, § 1 TFUE.

Un importante passo in avanti nel cammino della cooperazione nella lotta contro il potere economico della criminalità è rappresentato, poi, dalla *decisione quadro relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato*, 2005/212, che, oltre ad imporre la confisca obbligatoria dei proventi e degli strumenti del reato (art. 2),

² C. eur., 12.05.2015, *Gogitidze v. Georgia*, n. 36862/05, § 105.

³ Su questi strumenti sovranazionali cfr. M. Aghenitei, *Confiscation of criminal proceeds in the European Union criminal law*, in *AIJS* 2013, 1 ss.

⁴ In GU L 333/1, del 9.12.1998.

⁵ In GU L 182, del 05.7.2001.

⁶ Cfr. A.H. Ochnio, *Between the medium and the minimum options to regulate mutual recognition of confiscation orders*, in *NJECL* 2018, 435.

prevede l'introduzione negli Stati membri di "poteri estesi di confisca"⁷ (art. 3) nel settore della lotta contro il crimine organizzato (in relazione a reati gravi, puniti con pena massima compresa almeno tra 5 e 10 anni - almeno 4 anni per il reato di riciclaggio -, e di natura tale da produrre profitto economico). La disposizione di cui all'art. 3, n. 2, nel prevedere i poteri estesi di confisca che gli Stati membri devono introdurre al loro interno, esordisce con l'espressione "perlomeno": la decisione sembrerebbe, quindi, voler stabilire i poteri minimi che devono essere introdotti, salva la possibilità per ciascun Stato membro di introdurre dei poteri più estesi. Nello stabilire tali poteri minimi, il legislatore europeo ha sancito le garanzie "massime" che devono essere riconosciute: condanna; prova dell'origine illecita sulla base di fatti circostanziati e limitazione dell'ambito di operatività a beni acquisiti in un periodo anteriore ragionevole; o addirittura in relazione ad attività analoghe svolte in un periodo anteriore ragionevole; o in relazione a beni di valore sproporzionato e di origine illecita sulla base di fatti circostanziati. Si consente, però, agli Stati membri la possibilità di prevedere poteri più estesi corrispondenti a minori garanzie.

Con la decisione quadro 2006/783/GAI (cui è stata data attuazione in Italia con il d.lgs. n. 137/2015) si introduce il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, superando la reciproca diffidenza⁸; l'obiettivo di tale decisione è quello di facilitare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca dei proventi, in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca pronunciate da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro. Tale decisione è legata alla decisione 2005/212/GAI in quanto pone alla base del mutuo riconoscimento i modelli di confisca previsti dalla precedente decisione quadro, pur consentendo il riconoscimento - anche se non obbligatoriamente - di forme di confisca adottate con ulteriori poteri.

La Decisione 2007/845/GAI per la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi⁹ è stata introdotta al fine di garantire una stretta cooperazione tra le autorità competenti attraverso l'istituzione o la designazione di «un ufficio nazionale per il recupero dei beni incaricato di facilitare il reperimento e l'identificazione dei proventi di reato e altri beni connessi con reati che possono essere oggetto di un provvedimento di congelamento, sequestro, ovvero confisca, emanato dall'autorità giudiziaria competente nel corso di un procedimento penale o, per quanto possibile nel rispetto del diritto nazionale dello Stato membro interessato, di un procedimento civile». Si dovrebbe così facilitare la comunicazione diretta tra le autorità competenti incaricate del reperimento di proventi illeciti e altri beni passibili di confisca¹⁰.

⁷ Decisione quadro 2005/212/GAI in *GU Un. Eu.* L 68/51 del 15.3.2005.

⁸ *GU Un. Eu.* 24-11-2006 L 328/59.

⁹ *GU L* 332 del 18.12.2007, 103-105 (*BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV*).

¹⁰ Per una più ampia disamina delle decisioni quadro citate sia consentito il rimando a A. M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *RTrimDPenEc* 2007, 487 e Ead., *El largo camino hacia al reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso*,

Nel 2012 viene elaborata una Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di confisca e congelamento dei beni (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)) in accoglimento delle sollecitazioni avanzate nel programma di Stoccolma¹¹, nelle conclusioni in materia di confisca e recupero dei beni adottate nel giugno 2010 dal Consiglio di Giustizia e affari interni, nonché delle pressioni della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011¹². La proposta, sottoposta ad emendamenti da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (la *Commissione LIBE*)¹³, è stata definitivamente approvata dal Parlamento e dal Consiglio il 3 aprile 2014¹⁴.

Lo scopo ultimo della direttiva – che si fonda, infatti, sull'art. 82, § 2, oltre che sull'art. 83, § 1 TFUE –, è quello di perseguire «l'adozione di norme minime» per ravvicinare «i regimi degli Stati membri in materia di congelamento e confisca dei beni, favorendo così la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera» (considerando n. 5): nelle intenzioni della direttiva *attraverso l'armonizzazione si dovrebbe promuovere il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca*, che era già disciplinato dalla decisione quadro n. 783/2006.

La direttiva, come sancito nell'art. 14, sostituisce, allora, l'azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212; si mantengono in vigore gli articoli 2, 4 e 5 della decisione quadro 2005/212/GAI per i reati non coperti dalla Direttiva, che prevedono una pena detentiva superiore all'anno.

L'ambito di applicazione della direttiva sarà delimitato ai sensi dell'art. 3 ai gravi reati previsti in una serie di direttive¹⁵, molti già elencati nell'art. 83, § 1, del TFUE,

in *RPeruvCP* 2014, 163 ss.

¹¹ Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in *GUUE* C 115 del 4.5.2010, 4.

¹² Per una dettagliata analisi della versione originaria della Proposta di Direttiva sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *DPenCont* 2012, 180 ss.; cfr. A. Balsamo, *Il "codice antimafia" e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in www.penalecontemporaneo.it 20.7.2012; D. Piva, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, ivi 2013, 215 ss.; A. Mangiaracina, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *DPP* 2013, 369.

¹³ Sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu? – Emendamenti della Commissione Libe alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *DPenCont* 2013, 180 ss.; cfr. F. Mazzacuva, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *DPenCont online*, 16.7.2013.

¹⁴ Cfr. M. Fazekas-E. Nanopoulos, *The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2016, 42 ss.; D. Morosan, *Treaty-Based Control - the View of the ECtHR on Confiscation (Criminal Confiscation, Extended Confiscation, Non-Conviction-Based Confiscation, Third Party Confiscation) according to Directive 2014/42/EU*, in *CDP* 2019, 136 ss.

¹⁵ La direttiva si applica ai reati contemplati: a) dalla convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea; b) dalla decisione quadro 2000/383/GAI contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro; c) dalla decisione quadro 2001/413/GAI, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti; d) dalla decisione quadro 2001/500/GAI concernente il riciclaggio di denaro, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; e) dalla decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo; f) dalla decisione quadro 2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato; g) dalla decisione quadro 2004/757/GAI in materia di traffico illecito di stupefacenti; h) dalla decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata; i) dalla direttiva 2011/36/UE, concernente la tratta di esseri umani e la protezione delle vittime; j) dalla direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta

fermo restando che attraverso la previsione dei reati contemplati dalla decisione quadro 2008/841/GAI, relativa alla lotta contro la “criminalità organizzata”, si consentirà l’applicazione della direttiva ad altri reati non espressamente contemplati, purché realizzati in forma organizzata alla luce della definizione di organizzazione criminale fornita da tale decisione quadro¹⁶ (definizione piuttosto ampia¹⁷). In tal modo, ad esempio, potranno rientrare nell’ambito di applicazione della direttiva i reati ambientali, tra cui il traffico di rifiuti, che sono spesso realizzati da organizzazioni criminali per mere finalità di profitto.

Tale delimitazione a gravi reati e in particolare reati connessi al crimine organizzato sembrava opportuna, soprattutto con riferimento alla confisca allargata, ma in realtà la Direttiva all’art. 3, in accoglimento di un emendamento (n. 28) presentato dalla Commissione LIBE, estende la definizione di reato all’illecito penale previsto «da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati», allargando il possibile ambito di applicazione della stessa direttiva ai reati oggetto di armonizzazione ai sensi dell’art. 83, § 2 TFUE¹⁸.

Alla ricerca di quello che talora in questo settore appare come un difficile equilibrio tra l’efficienza e le garanzie, come precisato nel considerando n. 38, «la presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (la «Carta») e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (la «CEDU»), come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo». La direttiva dovrebbe essere attuata conformemente a tali diritti e principi. La stessa Direttiva all’art. 8 sancisce, innanzitutto, il diritto di difesa e a un ricorso effettivo¹⁹.

Ben 25 paesi hanno dato attuazione alla Direttiva n. 42/2014, realizzando in parte quel processo di armonizzazione perseguito con tale strumento al fine ultimo di favorire «la fiducia reciproca e un’efficace cooperazione transfrontaliera» (considerando n. 5), e, quindi, in ultima analisi al fine di promuovere *il riconoscimento reciproco di tutti i tipi di provvedimenti*²⁰, riconoscimento perseguito poi con il

contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; k) dalla direttiva 2013/40/UE, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, nonché da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati.

¹⁶ Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (GU L 300 dell’11.11.2008, 42).

¹⁷ L. Paoli, *How to Tackle (Organized) Crime in Europe? The EU Policy Cycle on Serious and Organized Crime and the New Emphasis on Harm*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2014, 3.

¹⁸ V. Mitsilegas, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *NJEC* 2010, 463; critico J. Boucht, *Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2013, 141.

¹⁹ Per un’analisi dettagliata di tale disposizione alla luce della giurisprudenza della Corte Edu in materia cfr. 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 *DPenCont* 2015, 329 ss.

²⁰ Sintesi della valutazione d’impatto che accompagna la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell’Unione europea, SWD(2012) 32 definitivo, 12.3.2012, 9.

Regolamento n. 1805/2018²¹. Dall'analisi comparatistica emerge, infatti, che pressoché tutti i paesi membri hanno introdotto un modello di confisca estesa e molti anche senza condanna al di là delle previsioni della stessa direttiva; nonostante tale armonizzazione, non si è in grado di valutare l'effettivo andamento della cooperazione e del mutuo riconoscimento in quanto i dati in materia non sono chiari, perché magari non sempre è stata data piena attuazione a quel dovere di monitoraggio e raccolta dei dati statistici previsto dall'art. 11 della Direttiva e comunque non mancano i problemi connessi alla piena implementazione della Direttiva²². Nell'ordinamento italiano è stato introdotto il d.lgs. 202/2016 per darle piena attuazione, fermo restando che già molte delle disposizioni della Direttiva, a partire dalla previsione di poteri estesi di confisca, erano già vigenti in quanto introdotte dalla precedente normativa in vigore.

2. La Direttiva prevede, innanzitutto, una forma di confisca, conseguente alla condanna, sia dei proventi e degli strumenti del reato, sia dell'equivalente (art. 4).

La Direttiva lascia liberi gli Stati membri di stabilire la natura dei provvedimenti di confisca e dei relativi procedimenti come emerge dal considerando n. 13, - «Il congelamento e la confisca ai sensi della presente direttiva sono concetti autonomi, che non dovrebbero impedire agli Stati membri di attuare la presente direttiva utilizzando strumenti che, in base al diritto nazionale, sarebbero considerati sanzioni o altri tipi di misure» -, e n. 10, - «Gli Stati membri sono liberi di portare le procedure di confisca collegate a una causa penale dinanzi a qualsiasi autorità giudiziaria competente» -. Nel considerando n. 15 si precisa, in ogni caso, che anche un procedimento in contumacia viene considerato idoneo alla pronuncia della condanna richiesta per la confisca in seguito a condanna o per la confisca senza condanna. Mentre nel Regolamento n. 1805/2018 si fa riferimento solo a forme di confisca pronunciate in un *procedimento in materia penale*, escludendo dal suo ambito di applicazione espressamente forme di confisca pronunciate in un procedimento civile o amministrativo, fermo restando che, - come si esaminerà nel prosieguo -, il concetto accolto di procedimento in materia penale è molto ampio.

La direttiva contiene una definizione di "provento" (art. 2)²³ di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 212/2005 al fine di includere, come emerge anche dal considerando n. 11, non solo i proventi diretti, - ogni vantaggio economico derivato da reati -, e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti (surrogati), ma anche tutti gli utili (vantaggi) economicamente valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato, con tutti i connessi problemi di

²¹ Cfr. A.M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca: un importante passo in avanti in termini di cooperazione ed efficienza*, in *DPenCont* 2019, 34 ss.; Id., *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *DPenCont* 2017, 231 ss.; C. Grandi, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *DPP* 2019, 1619 ss.

²² Cfr. M. Fazekas-E. Nanopoulos, *op. cit.*, 39.

²³ «Provento»: ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile.

delimitazione di tale concetto, esaminati in altra sede²⁴.

In attuazione della Direttiva nell'ordinamento austriaco è stato esteso l'ambito di applicazione della confisca obbligatoria del profitto ex § 19 a StGB anche ai surrogati, che sono pacificamente considerati confiscabili in altri ordinamenti, come, ad esempio, quello tedesco (*Surrogaten*²⁵) o svedese (cap. 36 sez. 1-1c del codice penale svedese), e anche in quello italiano anche se non normativamente, ma in base all'orientamento giurisprudenziale consolidato (S.U. Caruso del 2009²⁶). Nell'ordinamento italiano, poi, si dovrebbe accogliere la più ampia nozione di provento, ricomprensiva degli utili derivati e causalmente connessi al profitto diretto (dimostrabile attraverso una prova indiziaria), già accolta dalle Sezioni Unite Miragliotta²⁷, - espressamente ispirata alla Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato del 2000 e alla decisione quadro 212/2005 - (utili ricompresi nella nozione di provento nel sistema tedesco - *Nutzungen* - o svedese²⁸).

Tale ampia nozione di provento, come risulta dal considerando n. 14, si applica anche in relazione ai reati non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI.

La Direttiva impone la previsione della confisca per equivalente, già richiesta da una molteplicità di strumenti legislativi sovranazionali, a partire dalla Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988. Nonostante la molteplicità di tali sollecitazioni sovranazionali, come è ben noto, nell'ordinamento italiano manca una disciplina generale di tale forma di confisca, la cui introduzione era prevista dall'art. 31 della legge comunitaria 2007 (l.n. 34/2008), una legge delega cui non è stata data attuazione²⁹. Anche il d.lgs. n. 202/2016 non ha introdotto una disciplina generale in materia, ma si è limitato a introdurre la confisca di valore per i reati informatici, inserendone irrazionalmente la regolamentazione nell'ambito dell'art. 240 Cp, la norma che prevede la disciplina base della confisca nell'ordinamento penale italiano, e per i delitti di cui agli articoli 453, 454, 455, 460, 461 con l'art. 466-bis Cp³⁰; ha aggiunto, inoltre, il seguente comma all'art. 2635 Cc che disciplina la corruzione tra privati: «Fermo quanto previsto dall'art. 2641, la misura della confisca per equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date o promesse..».

²⁴ Sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., 255; Ead., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *RTrimDPenEc* 2013, 708.

²⁵ Cfr. E. Dreher-H. Tröndle, § 73, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*⁴⁷, München 1995, 542.

²⁶ Cass. S.U. - C.C. 25.6.2009 (dep. 6.10.2009), Caruso, n. 38691.

²⁷ Cass. S.U. 6.03.2008, n. 10280, Miragliotta, in *CED*, rv. 23870. Sia consentito il rinvio su tale questione a A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *RIDPP* 2011, 794 ss.

²⁸ Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale, I, n. 240, 280.

²⁹ J. Boucht, *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, London 2017, 46.

³⁰ A.M. Maugeri, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in O. Mazza, F. Viganò, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, 180.

³¹ L'art. 466-bis Cp prevede la confisca delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto, il prezzo o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile dei beni di cui il condannato ha comunque la disponibilità, per un valore corrispondente al profitto, al prodotto o al prezzo del reato.

Nel considerando n. 14 della Direttiva si precisa che la confisca per equivalente può essere concepita come *sanzione sussidiaria* alla confisca diretta, e quindi applicabile solo laddove, pur avendo accertato la sussistenza del profitto e il suo ammontare, non è più possibile sottrarlo direttamente; oppure come *misura alternativa*, una sorta di confisca autonoma che può consentire di colpire anche delle forme di profitto che non potrebbero essere oggetto della confisca diretta, come ad esempio il profitto immateriale o il profitto risparmio. Tale duplice natura emerge nella prassi di tale forma di confisca e nel dibattito in materia³¹.

Nell'ordinamento italiano in base all'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza la confisca di valore assume natura punitiva con la conseguente applicazione dei principi penalistici, e sembra più avvicinarsi al modello della confisca autonoma, anche se la giurisprudenza maggioritaria fa rientrare anche il profitto risparmio nella nozione di provento del reato direttamente confiscabile, restringendone l'ambito di applicazione a favore della confisca diretta, applicabile anche agli enti laddove siano i beneficiari del reato (in quanto non estraneo al reato in base all'insegnamento del giudice delle leggi³²); mentre la confisca di valore come pena potrà essere applicata agli enti solo laddove responsabili *ex d.lgs. 231/2001* (art. 19 per la confisca). Fermo restando che la stessa giurisprudenza della Suprema Corte attribuisce spesso "natura surrogatoria" alla confisca per equivalente rispetto alla confisca di proprietà, essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell'indagata laddove non sia stato "rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza". In base a quest'ultimo orientamento la confisca di valore dovrebbe assumere la medesima natura della forma di confisca di cui è surrogatoria, e quindi laddove si tratta della confisca di valore del profitto accertato, mera natura compensatoria³³; posizione assolutamente preferibile essendo la confisca di valore solo un espediente tecnico per garantire la sottrazione dell'equivalente del profitto non più direttamente confiscabile perché disperso, distrutto, alienato, etc., considerando che il reo non ha diritto a detenere il profitto perché il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni.

Anche se la direttiva assume un orientamento neutro, ammettendo le due opzioni circa la natura della confisca per equivalente come sanzione sussidiaria o misura alternativa, il principio di legalità delle sanzioni e di tassatività³⁴ imporrebbe di stabilire se nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientra anche il risparmio, oppure se quest'ultimo possa essere confiscato solo per equivalente con la confisca di valore intesa come misura alternativa-autonoma, come previsto in altri ordinamenti, come quello tedesco con il § 73c StGB³⁵ *Einziehung des Wertes von*

³¹ Cfr. nell'ordinamento francese in relazione alla confisca di valore *ex art. 131-21, c. 9 Code pénal e art. 706-141-1 del Code de procédure pénale*, É. Camous, *La confiscation en valeur, une peine en devenir*, in *Dr. pén.* 2017, étude n° 5.

³² C. cost., 19.1.1987, n. 2, Lucchetti e altri, in *CP* 1987, 867.

³³ Cass., 6.7.2006, n. 30729, Carere; Cass., 10.1.2013, n. 19051, in *GD* 2013, n. 22, 67, con nota di G. Amato; Cass. 6.11.2012, n. 46295, Baldecchi; cfr. D. Potetti, *Confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p., sequestro preventivo e reato plurisoggettivo*, in *RP* 2013, 612.

³⁴ Cfr. F. Bricola, *Teoria generale*, in *NssDI*, vol. XIX, Torino 1973, 18; C. cost., sent. n. 6 del 1966, in *GCos* 1966, 274.

³⁵ Così A. Eser, § 73, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di A. Schönke-H.Schröder – T. Lenckner²⁸, München

Taterträgen.

La Direttiva, nel definire il concetto di provento del reato nel considerando n. 11, precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare “fino al valore stimato dei proventi confusi”. Questa precisazione è molto importante contro le tentazioni della giurisprudenza italiana di applicare la confisca *ex art. 240 bis* Cp (prima *12 sexies* d.l. 306/1992) (dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all’attività economica) o la confisca misura di prevenzione (24 d.lgs. 159/2011) nei confronti di interi compendi aziendali, laddove i proventi illeciti siano stati investiti in un’impresa, perché non sarebbe più possibile distinguere lecito dall’illecito, trasformando la confisca allargata in una forma di confisca generale dei beni, una sorta di pena patrimoniale sproporzionata *in palese violazione del principio di legalità e della tutela costituzionale della proprietà privata*, nonché dello stesso principio di proporzione³⁶.

La Direttiva, ancora, al considerando n. 30 e all’art. 9 stabilisce la necessità di garantire l’esecuzione dei provvedimenti di confisca anche in epoca successiva alla condanna definitiva o al procedimento *ex art. 4, c. 2*, laddove durante il processo non sia stato possibile individuare i proventi del reato o non siano stati individuati in misura sufficiente e l’ordine di confisca non sia stato eseguito; a tal fine il provvedimento di confisca deve stabilire la misura dei beni da confiscare («È pertanto necessario consentire la definizione dell’esatta portata dei beni da confiscare»). In tal modo si vuole garantire la sottrazione dei proventi illeciti nonostante le manovre elusive dell’imputato che spera di godere di tali proventi dopo avere scontato la pena; l’introduzione di una simile disposizione appare opportuna per garantire l’efficienza dei provvedimenti in esame. La determinazione a priori dell’esatto ammontare da confiscare sarà possibile solo rispetto alla confisca dei profitti accertati, non per la confisca allargata che finisce per applicarsi ai beni nella disponibilità del reo di cui lo stesso non riesca a giustificare l’origine lecita.

In tale direzione mentre in alcuni ordinamenti si consente solo di posticipare rispetto alla condanna la pronuncia del provvedimento di confisca, anche allargata, al fine di procedere ad ulteriori accertamenti in una sorta di procedimento accessorio al processo penale, come avviene per il *confiscation* inglese, o per l’*Erweiterter Einziehung* tedesco o anche per la confisca *ex art. 240 bis* Cp (applicata in sede di esecuzione *ex art. 676* Cpp prima in base ad una mera prassi giurisprudenziale, riconosciuta dalle

2010, 1120, § 16. Nell’ordinamento francese È. Camous, op. cit., étude n° 5.

³⁶ A.M. Maugeri, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in O. Mazza - F. Viganò, *Il “Pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23.2.2009, n. 11 conv. in legge 23.4.2009, n. 38 e alla legge 15.7.2009, n. 94)*, Torino 2009, 425; Ead., *Dall’ actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un’unica strategia politico criminale contro l’infiltrazione criminale nell’economia?*, in C. Visconti, G. Fiandaca, *Scenari attuali di mafia. Analisi e strategie di intervento*, Torino 2010, 297 ss.; Ead., *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/’65: la nozione di agevolazione e l’oggetto della confisca (decreto Tribunale di Palermo, Martello 2009)*, in *DPenCont online*, 29.6.2011.

Sezioni Unite³⁷ e dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2018³⁸, poi in base alla disciplina introdotta nell'art. 183-*quater*, c. 1 decr. Leg. 271/1989³⁹), in altri ordinamenti si consente di iniziare un procedimento *in rem* anche successivamente alla condanna laddove i proventi siano individuati dopo la conclusione del processo penale; così avviene, ad esempio, anche se al di fuori dell'Unione europea in Svizzera per l'applicazione della confisca ex art. 72 swStGB (nei confronti dei beni nella disponibilità dell'organizzazione criminale) e in qualche modo nel Regno Unito dove la Sez. 22 del POCA 2002 consente di ricalcolare l'ammontare del *confiscation order* successivamente alla conclusione del procedimento, in quanto tale order viene stabilito originariamente in base ai proventi nell'effettiva disponibilità del condannato (sez. 7), che possono essere inferiori a quelli ottenuti dal crimine perché già consumati, dispersi, nascosti. Interessanti, però, le questioni sorte nel caso *R v Padda (Gurpreet Singh)*⁴⁰ circa il rischio che il ricalcolo possa comportare la confisca di beni conseguiti successivamente con il lavoro onesto pregiudicando la rieducazione del condannato, considerazioni che potrebbero rendere inopportuna un'applicazione successiva della confisca dei profitti anche se nei limiti dell'effettivo profitto conseguito e originariamente stabilito nel provvedimento di confisca. In quest'ultima ipotesi potrebbe il giudice prendere in considerazione la clausola dell'onerosità, che si esaminerà nel prosieguo.

Da ultimo nell'ordinamento italiano è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione concernente la possibilità che la statuizione ablatoria concernente la confisca estesa ex art. 240 *bis* Cp, emessa in fase esecutiva, si estenda a tutti i beni ottenuti fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna o se invece debba limitarsi a quelli esistenti nel patrimonio al momento dell'emissione della sentenza in questione⁴¹; le Sezioni Unite hanno preferito quest'ultima opzione, precisando che «il giudice dell'esecuzione, ...esercitando gli *stessi poteri* che, in ordine alla detta misura di sicurezza atipica, sono *propri del giudice della cognizione*, può disporla, *fermo restando il criterio di "ragionevolezza temporale"*, in ordine ai beni che sono entrati nella disponibilità del condannato *fino al momento della pronuncia della sentenza per il c.d. reato "spia"*, salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie

³⁷ Cass. S.U., 17.7.2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; conforme Cass., 18.5.2015, Caponera, n. 20507, in Mass. Uff. n. 263479, che precisa che non si viola l'art. 24 co. 2 della Costituzione, perché il diritto di difesa non va inteso in senso assoluto ma va modulato secondo l'oggetto (altro è in relazione all'accertamento della colpevolezza, altro è in rapporto all'applicazione di una misura di sicurezza patrimoniale). Il fenomeno del contraddittorio differito, poi, è presente nel sistema (v. in materia di applicazione di misure cautelari, di procedimento per decreto), senza che il doppio grado di merito sia un postulato generale (arg. ex artt. 111 della Costituzione, 593 co. 3 e, appunto, 666 co. 6 Cpp, nonché v. sentenze n. 236/84 e n. 116/74 della C. Cost.).

³⁸ C. cost., 8.11.2017 (21.2.2018), n. 33.

³⁹ Prima comma 4-*sexies* dell'art. 12 *sexies* introdotto dalla legge n. 161, /2017, comma abrogato dal d.lgs. n. 21/2018 e il suo contenuto trasposto nel comma 1 dell'art. 183 *quater*, c. 1 decr. leg. 271/1989.

⁴⁰ [2013] EWCA Crim 2330., in *JCrim.Law* 2014, 2, 110; cfr. G.A. Doig, *Comment revisiting the available amount confiscation of post-acquired legitimate assets*, *ivi*.

⁴¹ Cass., 18 .9. 2020, ordinanza n. 31209, Rel. Magi. Nella prima direzione Cass. n. 35856/2019, in www.dejure.it; n. 36499/2018, *ivi*; nella seconda direzione n. 9984/2018, *ivi*, n. 36592/2017, *ivi*; n. 17539/2017, *ivi*. Cfr. A.Gatto, *Alle sezioni unite i "limiti temporali" della confisca "allargata" ex art. 240-bis c.p. disposta in fase esecutiva*, in www.sistemapenale.it 18.2.2021 e in *Sistema Penale* 2021, 2, 99 ss.

possedute prima»⁴².

3. L'art. 4 della Direttiva, come accennato, contempla la confisca, totale o parziale, di beni strumentali oltreché dei proventi da reato, anche nella forma per equivalente; è già stata evidenziata in altra sede la necessità di delimitare tale nozione di strumento del reato anche in considerazione della natura punitiva della relativa confisca, nonché la problematicità della confisca per equivalente degli strumenti che assume una ancora più accentuata natura punitiva⁴³.

Nel considerando n. 17 della Direttiva, però, si precisa che la confisca degli strumenti del reato⁴⁴ può essere applicata “se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati”; tale disposizione presuppone che la Direttiva riconosca l'approccio punitivo che può assumere la confisca degli strumenti del reato, al punto da imporre opportunamente il rispetto del principio di proporzione in conformità all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale direzione rappresenta un interessante modello il § 74 f (b prima della riforma del 2017, BGBI. I S. 872) *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* – dell'ordinamento tedesco, che impone l'applicazione del principio di proporzione nei confronti della confisca degli strumenti richiedendo di commisurare la sanzione patrimoniale e la pena complessiva alla colpevolezza, o, comunque, di rinunciare alla sua applicazione (o intervenire con sanzioni meno onerose) laddove si rischia di violare il principio di proporzione⁴⁵. Si dovrà compiere, insomma, un'opera di bilanciamento tra la pena principale e la confisca, in maniera tale che la pena complessiva sia commisurata alla gravità del fatto e alla colpevolezza; tali valutazioni devono risultare espressamente nella sentenza⁴⁶. Questa norma è considerata un'espressione positiva non solo del principio di proporzione⁴⁷, ma anche del principio di colpevolezza, quale criterio di commisurazione della pena⁴⁸. In termini simili § 19a StGB dell'ordinamento austriaco prevede che il *Konfiskation* non si applica se si ritenga sproporzionato rispetto alla gravità del fatto o alla colpevolezza del reo.

Per contro nell'ordinamento francese la Suprema Corte ha escluso l'applicazione del principio di proporzionalità rispetto a beni che nella loro totalità rappresentano il

⁴² Cass., S.U., 25.2.2021, Pres. Cassano, rel. Boni, in www.dejure.it.

⁴³ A.M. Maugeri, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., 255 ss.

⁴⁴ Per le problematiche connesse alla delimitazione di tale nozione sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., 256 ss.

⁴⁵ Cfr. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 80 – 81 ss.; K. Lackner, § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*²⁸, München 2014, Rn. 1 – 5.

⁴⁶ Cfr. F. Herzog, § 74, in *Nomos Kommentar StGB*⁴, Baden-Baden 2013, 2615, § 13; Id. § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *ivi*, 2631, § 3.

⁴⁷ Tale norma costituisce una delle ipotesi di concretizzazione del divieto di abuso (*Übermaßverbot* - BVerfGE 16, 194, 202), cfr. A. Eser, § 74 b, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di A. Schönke-H.Schröder – T. Lenckner²⁸, cit., 816.

⁴⁸ Cfr. E. Horn, in *StGB Systematischer Kommentar*¹⁸, parte I, *Allgemeiner Teil*, a cura di H.J. Rudolphi- E. Horn- E. Samson, Neuwied 2007, 38; F. Schultheinrichs, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz 1991, 97.

prodotto o l'oggetto dei reati per i quali il soggetto è condannato⁴⁹.

Nell'ordinamento italiano, da ultimo, l'esigenza di ricondurre la confisca, in particolare dello strumento del reato, al rispetto del principio di proporzionalità è emersa in maniera incisiva nella pronuncia della Corte Costituzionale, che ha dichiarato il contrasto con il principio di proporzionalità dell'art. 187 *sexies* del d.lgs. n. 58/1998⁵⁰, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, c. 2, lett. a), della legge n. 62/2005, nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto; la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 l. 87/1953, della stessa norma nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, c. 14, del d. lgs. n. 107/2018, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto (Corte Cost. n. 112/2019)⁵¹. Come afferma la Corte Costituzionale "in tema di abusi di mercato, mentre l'ablazione del «profitto» ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del «prodotto» – identificato nell'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione – così come quella dei «beni utilizzati» per commettere l'illecito – identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore – hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore". In entrambi i casi la confisca assumeva un carattere assolutamente *punitivo*, infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito. Si trattava di vere e proprie pene patrimoniali in violazione degli artt. 3, 42 e 117, c. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, nonché degli artt. 11 e 117, c. 1 Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, par. 3, CDFUE (applicabile anche alle sanzioni amministrative punitive, come riconosciuto dalla CGUE), in quanto, da una parte, configuravano automatismi sanzionatori in contrasto con la necessaria proporzionalità che deve caratterizzare la sanzione punitiva che incide sul diritto di proprietà (la rigidità del meccanismo sanzionatorio impedisce una risposta "graduata" alla gravità del fatto, "la modulazione quantitativa") e, dall'altra parte, per l'irragionevole sproporzione determinata dal concorso tra la sanzione pecuniaria ("la

⁴⁹ Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879, P + B: JurisData n° 2016-026186.

⁵⁰ Cfr. S. Seminara, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in DPP 2006, 12; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 131; F. Mucciarelli, *Art. 187 – Confisca*, in Fratini-Gasparri, *Il testo unico della finanza*, III, Torino 2012, 2421; M. Fratini, *Art. 187-sexies*, ivi, 2533; E. Amati, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzionalità*, in DPenCont 2013, 151 ss..

⁵¹ La riforma si è rivelata insufficiente perché nonostante la legge delega n. 163/2017 prevedesse di limitare l'oggetto della confisca ex art. 187-sexies al solo «profitto derivato dalle previsioni del regolamento (UE) n. 596/2014», il d.lgs. n. 107/2018 ha invece confermato la confisca obbligatoria, in via alternativa, del «profitto» o del «prodotto» dell'illecito, espungendo soltanto il riferimento ai «beni utilizzati» per commetterlo. Cfr. R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in DPP 2020, 197; Ariolli-Pividori, *La responsabilità dell'ente per gli abusi di mercato, tra doppio binario sanzionatorio e rispetto del principio di proporzionalità*, in CP 2019, 4532 con particolare attenzione all'incidenza della confisca sugli enti.

cui cornice edittale è essa pure di eccezionale severità”) e, per l'appunto, la confisca⁵². A parte la considerazione che si configurava un *bis in idem* perché, da una parte, si consentiva la confisca per equivalente sia del profitto sia dei beni utilizzati per commettere il reato (nella forma delle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore), dall'altra si consentiva la confisca per equivalente del prodotto, e cioè degli strumenti finanziari acquistati ovvero dell'intera somma ricavata dalla loro alienazione, il cui valore incorporava a sua volta sia il profitto sia i beni utilizzati.

Simili questioni si sono poste per la confisca del terreno abusivamente lottizzato e delle opere sullo stesso abusivamente costruite (art. 19 L. 47/85, sostituito dall'art. 44, c. 2, d.P.R. 380/2001), definita *penalty* dalla Corte EDU nel caso *Sud Fondi e Varvara*⁵³. La Grande Camera nel caso *G.I.E.M.*, valutando la conformità di tale pena all'art. 1 Prot. Add. (riprendendo le sentenze *Sud Fondi e Varvara*), richiede che il giudizio di proporzionalità sia declinato considerando i seguenti tre profili: «[1] la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; [2] la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; [3] il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione» (§ 301). Il rispetto di tali limiti non è stato possibile nei casi in questione a causa della *natura obbligatoria della forma di confisca coinvolta*, che non consente all'autorità giudiziaria di valutare l'opportunità dell'inflizione della misura, né – eventualmente – di modularla in modo da renderla meno invasiva. Nonostante taluni tentativi di lettura convenzionalmente orientata da parte della Suprema Corte⁵⁴, la Corte d'appello di Bari ha sollevato, allora, questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 44, c. 2, d.P.R. 380/2001, per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 1 I Prot. CEDU, nella parte in cui consente di applicare una confisca di carattere sproporzionato, al metro dei parametri delineati dalla Grande Camera nella sentenza *G.I.E.M.*⁵⁵; la violazione del principio di proporzionalità dipenderebbe dal fatto che la norma prescrive la confisca quale conseguenza necessaria e obbligata in caso di accertamento del reato, anziché consentire l'applicazione in via principale di una misura meno grave, quale quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle conformi alle prescrizioni della pianificazione urbanistica (sul modello dell'art. 98, c. 3, T.U.Ed.). Il giudice rimettente sembra voler suggerire una soluzione alternativa nel sistema sanzionatorio del settore per attenersi alle indicazioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 216/2016, che individua il limite al suo potere di

⁵² Cfr. R. Acquaroli, *op. cit.*, 202. Cfr. V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in V. Manes – V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Torino 2019, 374 ss.

⁵³ C. eur., *Sud Fondi Srl e Altre 2 c. Italia*, 20.1.2009, n. 75909/01; Il sez., 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, §§ 71 e 64 ss.; cfr. A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in CP 2008, 3504 ss.

⁵⁴ Cass., 5.2. 2020, Iannelli, n. 12640, in *Lexambiente.it*, 7 .5. 2020; cfr. S.U., 30 .4. 2020, n. 13539.

⁵⁵ Corte App. Bari, Sez. II pen., ord. 18 .5. 2020; cfr. S. Finocchiaro, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica*, in *SP online* 22.6.2020.

intervento, - “per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo” -, nella possibilità di “emendare le scelte del legislatore «in riferimento a grandezze già rinvenibili nell’ordinamento» (sentenze n. 148 del 2016 e n. 22 del 2007)”⁵⁶.

Da tali questioni emerge pienamente come la confisca non si presti ad essere uno strumento punitivo in quanto non graduabile e quindi si pone in contrasto con il principio di proporzionalità e colpevolezza come criterio di commisurazione della pena, e, di conseguenza, non si ritiene auspicabile l’utilizzo della confisca come strumento punitivo.

In ogni caso, però, proprio in considerazione di tale emergente giurisprudenza sarà interessante valutare l’opportunità di inserire una regola che imponga il rispetto del principio di proporzione nell’ordinamento italiano alla luce del considerando n. 17 della Direttiva, soprattutto laddove la confisca assuma un carattere punitivo. L’introduzione di una c.d. clausola dell’onerosità, che consenta di non applicare la confisca degli strumenti o di mitigarne gli effetti qualora risulti sproporzionata, era prevista dall’art. 114, n. 3, del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso nel 2000 ed era prevista nello *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio*, redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Professore Palazzo⁵⁷.

Anche in relazione alla confisca del provento dei reati, inoltre, la Direttiva ammette l’introduzione di una sorta di clausola dell’onerosità al considerando n. 18 laddove “la misura rappresenti un onere sproporzionato per l’interessato o ne determini la rovina economica” in considerazione, come si precisa nella motivazione, di una situazione “di manifesta iniquità”. La direttiva limita rigidamente il ricorso a tale clausola: in circostanze eccezionali “qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l’interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l’interessato una situazione critica di sussistenza”. Si dovrebbe trattare di quell’effetto strangolamento cui subordinava l’applicazione dell’*Härtevorschrift* (*Regola dell’onerosità*) (§ 73 c StGB, prima della riforma del 2017) una parte della dottrina tedesca, richiamando l’*Übermaßverbot* (il divieto di eccessi - il principio di proporzione in senso stretto); ad esempio nell’ipotesi in cui i profitti illegali siano stati reinvestiti e la loro sottrazione comporterebbe la messa in pericolo della stessa esistenza di un’impresa⁵⁸.

In ogni caso l’esigenza di rispettare il principio di proporzione dovrebbe

⁵⁶ § 4.4. della sentenza n. 236/2016.

⁵⁷ In *DPenCont*, 10.2.2014.

⁵⁸ Per ulteriori considerazioni sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., 292. Cfr. E.Dreher, H.Tröndle, § 73 c *Härtevorschrift*, cit., 546; T.Fischer-O.Schwarz-E.Dreher-H.Tröndle, § 73c, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*⁵⁸, München 2011; K. Lackner-K. Kühl, § 73 c, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*²⁷, München, 2011, § 1 - 3; A. Eser, § 73 c, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 2, 1130. Cfr. BGH, 17.6. 2010 - 4 StR 126/10 (in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>); BGH, 10.6.2009, 2 StR 76/09, NJW 2009, 2755 e in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>; BGH, 28 .6. 2000 - 2 StR 213/00 (LG Aachen), in *NStZ* 2000, 590. Cfr. anche BGH, 5 .4. 2000 - 2 StR 500/99 (LG Kassel), in *NStZ* 2000, 480.

rappresentare un freno contro un certo uso improprio nella prassi giurisprudenziale della confisca del profitto, che dovrebbe rimanere uno strumento di riequilibrio economico privo di autentico carattere afflittivo, - anche se non scevro da finalità di prevenzione generale e speciale -, e, invece, viene utilizzata come una vera e propria “pena patrimoniale” che comporta l’ablazione di beni legittimamente posseduti. Ciò avviene, ad esempio, quando la confisca per equivalente viene applicata per intero a ciascuno dei concorrenti⁵⁹ o al concorrente che non ha percepito il profitto⁶⁰; o sempre la confisca per equivalente viene utilizzata per sottrarre beni di valore corrispondente al danno risarcibile o a vantaggi futuri⁶¹; o la confisca diretta viene utilizzata per sottrarre denaro in misura equivalente a risparmi di spese difficilmente determinabili⁶²; o laddove si applica la confisca del profitto a reati che non hanno prodotto alcun beneficio aggiunto di tipo patrimoniale nel caso di specie (ad esempio in materia di falso in bilancio)⁶³; o si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l’ammontare della sanzione irrogata per l’illecito tributario⁶⁴ o, ancora, si ritiene applicabile tale forma di confisca anche se il profitto non è stato conseguito, perché reato di pericolo⁶⁵.

Simili questioni si sono poste anche nell’ordinamento del Regno Unito in cui emerge il timore che la confisca del profitto disciplinata dal POCA 2002 diventi una misura draconiana in violazione del principio di proporzionalità, come è emerso in alcune sentenze particolarmente rigorose⁶⁶ in cui il profitto viene confiscato per intero nei confronti di ciascun concorrente, o in capo al concorrente che non ha ricevuto il profitto o che lo ha restituito al danneggiato⁶⁷; la giurisprudenza ha, quindi, cercato di delimitare l’applicazione della confisca del profitto nel rispetto del principio di proporzionalità, come emerge nel caso *R v del Basso* [2011] 1 Cr App R (S) e *Waya* [2012] UKSC 51⁶⁸.

⁵⁹ Cass. 28 .7. 2009, n. 33409, Alloum, in *CP* 2009, 3102; Cass., 13 .5. 2010, n. 21027; *contra* Cour de cassation (2^e ch., E), 11.09.2013, P.13.0505.F., in *RDrPénCrim* 2014, 131.

⁶⁰ Cfr. Cass., S.U., 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri. Tra le altre Cass. 16.11.2012, n. 8740; Cass. 6.7.2012, n. 35999; Cass. 31.5.2012, n. 20976; Cass. 16.5.2012, n. 30140, De Ferrari, in *www.dejure.it*.

⁶¹ Cfr. Cass., 17.6.2010, n. 35748, in *www.dejure.it*.

⁶² Cass., S.U., 24.4.2014, n. 38343, in *www.dejure.it*.

⁶³ Tribunale di Milano, 3.11.2010/3.1.2011; Corte d’Appello di Milano, 25.1.2012, Banca Italease S.p.A., in *DPenCont online*, 11.4.2012, con nota di M. Scoletta, *In tema di responsabilità dell’ente per reati societari e profitto confiscabile*; *contra* Cass., V sez., 28.11.2013 (dep. 4.3.2014), Banca Italease S.p.A., n. 10265. Cfr. Cass. 3.4.2014 (dep. 13.6.2014), n. 25450, in *DPenCont online* 27.6.2014, con nota di G. Dova.

⁶⁴ Cass. 4.7.2012, n. 11836, in *De Jure*; Cass. 23.10.2012, n. 45849, C., in *GD* 2013, 81; Cass. 19.9.2012, n. 1256 e Cass. 10.11.2011, Mazzieri, n. 1843, *Rv*. 253480.

⁶⁵ Cass. 3.7.2012, n. 25677, in *www.dejure.it*. Cfr. A.M. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 710 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

⁶⁶ *Crown Prosecution Service (Nottinghamshire) v Rose* [2008] EWCA Crim 239; [2008] 1 W.L.R. 2113; [2008] Crim. L.R. 650; *Ascroft* [2003] EWCA Crim 2365; [2004] 1 Cr. App. R. (S) 56 (p. 326); [2003] Crim. L.R. 894; *Farquhar* [2008] EWCA Crim 806; [2008] 2 Cr. App. R. (S.) 104 (p. 601); [2008] Crim. L.R. 645; *Rowell* [20/1] EWCA Crim 1894.

⁶⁷ *R v May* [2008] UKHL 28, [2008] 1 AC 1028; cfr. C. Badger, *R V Waya -Proportionality in confiscation proceedings*, in *ButterworthsJntBankFinL* 2013, 47; P. Alldridge, *Proceeds of Crime Law since 2003-Two Key Areas*, in *CrimLR* 2014, 174; J. Ulph, *Confiscation orders, human rights, and penal measures*, in *LQuartRev* 2010, v. 126, 251 ss.

⁶⁸ Harvey, [2013], EWCA Crim 1104 at [32]. Per ulteriori approfondimenti cfr. P. Alldridge, *op. cit.*, 176 ss.

In alcuni ordinamenti europei, poi, si prevede la possibilità di mitigare la confisca laddove risulti eccessiva anche in considerazione della pena inflitta. Ai sensi della sez. 10 del Codice penale finlandese la confisca estesa può essere mitigata se risulta irragionevole in considerazione della tipologia di reato o dei beni coinvolti, della posizione economica del reo e di altre circostanze; anche il codice penale svedese contiene una norma simile nel cap. 36 sez. 1b(4) che esclude l'applicazione della confisca estesa quando risulta manifestamente irragionevole, anche in considerazione della severità della pena, della situazione economica del reo al momento della condanna⁶⁹, dell'inusuale durata del procedimento (non per colpa del condannato), di altre conseguenze economiche derivanti dal reato, del fatto che il reo possiede quei beni da molto tempo e che li ha acquistati in buona fede, del rischio di "over-confiscation"⁷⁰.

4. L'art. 6 della Direttiva (considerando n. 24) disciplina la confisca dei profitti del reato o di beni di valore equivalente *presso terzi*, nell'ipotesi in cui tali beni siano stati trasferiti o alienati a terzi per eludere la confisca, ferma restando la garanzia della tutela dei diritti dei terzi in buona fede⁷¹. La versione approvata dell'art. 6 ha opportunamente accolto molte delle proposte di emendamento della Commissione LIBE (emendamento n. 37), volte a semplificare la norma originaria inutilmente ridondante.

Nel considerando n. 24 si precisa, innanzitutto, la necessità di consentire la confisca presso i terzi, sia persone fisiche sia persone giuridiche, cui il profitto sia pervenuto, *ivi* compreso quando il reato è stato commesso per loro conto o a loro vantaggio.

In tale direzione nell'ordinamento italiano il concetto di estraneità al reato (ai fini della confisca del profitto ex art. 240 Cp, 322 *ter*, 19 d.lgs. n. 231/2001) non è limitato all'assenza di concorso nella commissione del reato, ma si estende anche all'assenza di benefici derivanti dallo stesso, sicché non può ritenersi "estraneo" il soggetto che ne abbia comunque tratto vantaggio⁷². In tale direzione nel progetto Grosso è prevista la possibilità di applicare la confisca del profitto anche alla persona estranea al reato che ne abbia beneficiato (*art. 114, n. 5*) (nei limiti del disponibile) e una norma simile è prevista nel progetto Palazzo; una simile disposizione sembra fondamentale per consentire una maggiore efficienza delle misure in esame, salva la tutela dei diritti del terzo acquisiti in buona fede.

Per consentire la confisca presso terzi si richiede, ferma restando la tutela dei terzi in buona fede (*art. 6, c. 2*), l'accertamento dell'elemento soggettivo in capo al terzo, e cioè la consapevolezza o la colpa (l'incauto affidamento): "almeno se tali terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca". Si richiede, inoltre, l'accertamento di talune

⁶⁹ J. Boucht, *The Limits of Asset Confiscation*, cit., 47.

⁷⁰ J. Boucht, *The Limits of Asset Confiscation*, cit., 51.

⁷¹ Cfr. ampiamente A.M. Maugeri, *La proposta di direttiva*, cit., 201; Id., *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., 283 ss.

⁷² Trib. del riesame di Milano, caso Unicredit, sfociato in Cass. 10.1.2013, n. 1256; *contra* Cass. 19.9.2012, n. 1256, P.a. e altro, in *DPP* 2013, 464, con nota di D'Avirro.

circostanze oggettive, - il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato -, indicate solo come esempi di circostanze e fatti concreti dai quali desumere, in base alle normali regole sulla prova dell'elemento soggettivo, tale consapevolezza o colpa del terzo ("sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso"). Nell'ordinamento svedese, ad esempio, si consente la confisca nei confronti dei terzi (anche un ente) ai sensi del cap. 36 sez. 5°, ma solo se in mala fide (sapeva o ragionevolmente avrebbe dovuto sapere dell'origine criminale).

L'art. 6 usa l'espressione "almeno" nel descrivere le situazioni in cui si ammette la confisca presso terzi, aprendo all'ammissibilità di meno garantistiche disposizioni nei confronti del terzo, come le presunzioni di conoscenza ammesse nell'ordinamento italiano: la presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio in virtù dell'art. 19, c. 3 d.lgs. 159/2011 (cod. mis. di prev.), o le presunzioni di fittizietà delle intestazioni previste dall'art. 26 cod. mis. di prev., in base alle quali si presume il carattere fittizio dei trasferimenti e delle intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione⁷³ (nella medesima direzione la presunzione ex art. 45, c. 3 codice penale polacco⁷⁴). *Il legislatore europeo costruisce una norma compatibile con il rispetto del principio di colpevolezza e, quindi, la tutela della buona fede del terzo, ma apre a più drastiche scelte di politica criminale volte a fare prevalere l'efficienza sulle garanzie, tentando di assicurare l'applicazione della confisca contro i tentativi del reo di frustrarne l'applicazione.*

In ogni caso la seconda ipotesi - «una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti» - deve essere interpretata come un'ipotesi colposa, in cui la persona ragionevole rappresenta il parametro di valutazione della colpa, - l'agente modello soggettivizzato in considerazione del bagaglio di conoscenze ed esperienze del soggetto agente -, e non come una mera presunzione di conoscenza in presenza di eventuali "circostanze e fatti concreti".

Nell'ordinamento spagnolo, in attuazione della Direttiva, per garantire l'intervento nel processo penale dei terzi i cui diritti siano compromessi da un provvedimento di confisca, con la L 41/2015 il legislatore ha introdotto il nuovo Título III ter del Libro IV della LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales - «B.O.E.» 6 octubre), con la rubrica "De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo".

5. Per combattere la criminalità economica e/o organizzata già a partire dalla Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988, come accennato, è emersa la

⁷³ Cfr. Cass. 18.10.2012, n. 10153, C. e altro, in *www.dejure.it*.

⁷⁴ Anche se la Corte Costituzionale polacca, 18.7.2013, n. SK 2013, 18/09, (Serie A), 80 ha stabilito la natura repressiva della confisca e la necessità di rispettare i principi penalistici; il suo uso deve rappresentare l'extrema ratio e si teme la violazione del principio di colpevolezza laddove è applicata a terzi. Cfr. A.H. Ochnio, *Implementation of the new EU Directive on Confiscation in Poland: The Challenge of Overcoming the Negative Historical Experiences of Confiscation Orders*, in *EuJCCrimLCrimJ* 2016, 33.

consapevolezza del legislatore sovranazionale circa l'esigenza di introdurre uno strumento di confisca che consenta di sottrarre i patrimoni illeciti accumulati nel tempo senza la necessità di dimostrare il nesso tra specifici beni e specifici reati e comunque facilitando l'onere della prova dell'origine illecita dei beni. Per rispondere a tale esigenza la Direttiva all'art. 5 prevede una forma di confisca c.d. estesa, nel senso che non si richiede l'accertamento del nesso causale tra i beni da confiscare e specifici reati, ma il provvedimento di confisca si estende a tutti i beni che il giudice ritenga di origine criminale; la sua applicazione presuppone, innanzitutto, la condanna definitiva per uno dei reati ai quali si applica la direttiva⁷⁵. Tale modello è ormai accolto nei 25 Stati membri che hanno dato attuazione alla Direttiva fermo restando che in molti ordinamenti tale forma di confisca era già stata introdotta, magari in attuazione della decisione quadro 212/2005 come il *decomiso ampliado* spagnolo ex art. 127 bis CP, introdotto dalla *Ley organica* 5/2010, e la confisca estesa norvegese ex art. 68 codice penale.

Lo stesso art. 5, al c. 2, stabilisce l'ambito di applicazione "minimo" e imprescindibile della "confisca estesa", nel senso che gli Stati non possono sottrarsi alla sua implementazione in relazione ai reati elencati senza risultare inadempienti rispetto agli obblighi derivanti dalla Direttiva⁷⁶; si tratta in realtà di un ambito piuttosto ampio perché ricomprende non solo i reati espressamente indicati ma anche tutti quelli compresi nell'art. 3 della Direttiva, almeno laddove punibili "e) ai sensi del pertinente strumento di cui all'articolo 3 o, se lo strumento in questione non precisa una soglia di punibilità, ai sensi del diritto nazionale in materia, con una pena detentiva pari, nel massimo, ad almeno quattro anni". La norma risulta piuttosto ridondante laddove elenca dei reati già contemplati dall'art. 3, salvo a specificare le fattispecie previste nelle rispettive direttive e a non richiedere la punibilità nel massimo ad almeno quattro anni per i reati espressamente elencati (il doppio requisito è richiesto nel codice penale rumeno⁷⁷).

Nonostante, quindi, la direttiva sottolinei, innanzitutto, l'opportunità, come evidenziato nel considerando n. 19, di applicare la confisca estesa nel settore della lotta alla criminalità organizzata, in realtà non limita la sua applicazione a tale settore sia perché comunque le disposizioni in essa previste si possono applicare a tutti i reati contemplati nelle direttive elencate all'art. 3, non necessariamente consumati in forma

⁷⁵ «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose».

⁷⁶ B. Misoski, *op. cit.*, 366 sulla necessità di adeguare l'ambito di applicazione della confisca allargata in considerazione dei reati elencati nell'art. 5 nell'ordinamento della Macedonia, art. 98a del codice penale prevista per reati di riciclaggio puniti con pena di almeno 4 anni, terrorismo puniti con pena di almeno 5 anni, reati realizzati nell'ambito di una "criminal enterprise" puniti con pena di almeno 4 anni; circa la necessità di prevedere l'applicazione della confisca anche nell'ipotesi del processo in contumacia, modificando l'art. 97 del codice penale cfr. 363

⁷⁷ A.S. Uzlau, M.C. Uzlau, *Considerations regarding the compliance of Romanian legislation with the directive (EU) No. 42/2014 regarding the Freezing and Confiscations of Instrumentalities and Proceeds of Crime committed in European Union*, in *Agora Intern. Journ. of Juridical Sciences* 2014, 4, 210.

organizzata, sia perché si potrà applicare a tutti i reati che saranno soggetti all'armonizzazione in base all'art. 83, § 2 TFUE (come sancito nell'art. 3, ultimo comma). Non viene sostanzialmente accolta la scelta di politica criminale più garantista, espressa nella decisione quadro 212/2005, di delimitare l'ambito di applicazione della confisca al settore della lotta al crimine organizzato; si dovrebbe comunque trattare di una sorta di criminalità professionale, dedita a reati capaci di produrre profitto e quindi quell'accumulazione patrimoniale presupposta da tale forma di confisca⁷⁸.

La Direttiva pretende ai fini dell'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare una sorta di c.d. standard civilistico rinforzato⁷⁹, come emerge dal dettato dell'art. 5 e del considerando n. 21 che precisa che è sufficiente che "l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una *ponderazione delle probabilità*, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività"⁸⁰. Si accoglie espressamente lo standard civilistico: "in base ad una *ponderazione delle probabilità*" "che sia molto più probabile" o, comunque, si ritiene sufficiente il "ragionevolmente presumere"⁸¹.

Nell'art. 5, inoltre, nella versione inglese si usa l'ambigua espressione "*where a court ...is satisfied*", termine che esprime sicuramente un più basso standard probatorio rispetto al "*fully convinced*" («where a national court based on specific facts is fully convinced»), utilizzato nell'art. 3 della Decisione quadro n. 212/2005, che prevedeva i poteri di confisca allargata; quest'ultimo, con la nozione di piena convinzione, richiamava lo standard penalistico dei sistemi di *civil law*, equiparabile allo standard penalistico dei sistemi di *common law* "al di sopra di ogni ragionevole dubbio"⁸². La traduzione italiana di tale espressione dell'art. 5 della Direttiva, "*where a court ...is satisfied*", non consente di cogliere tale abbassamento dello standard probatorio perché si usa l'espressione "laddove l'autorità giudiziaria,..sia convinta che i beni in

⁷⁸ Cfr. J. Boucht, *Extended Confiscation*, cit., 144, che parla di "*habitual criminality at national level*"; «it would be sensible to include into the sphere of extended confiscation at national level property belonging to individuals (or members of an unorganised group) leading a *criminal lifestyle*, at least concerning more serious offenses aimed at generating profit».

⁷⁹ Cfr. A.M. Maugeri, *La proposta di direttiva*, cit., 180 ss.; Ead., *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 222 – 234 – 238 ss. – 301); Ead., *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 560 ss.

⁸⁰ Considerando n. 21.

⁸¹ (21)«*Extended confiscation should be possible where a court is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct. This does not mean that it must be established that the property in question is derived from criminal conduct. Member States may provide that it could, for example, be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from criminal conduct than from other activities. In this context, the court has to consider the specific circumstances of the case, including the facts and available evidence based on which a decision on extended confiscation could be issued....*».

⁸² Cfr. A.M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *RTrimDPenEc*, 2007, 574 ss.. Da ultimo cfr. Cass. 12.6.2013 (c.c. 14 .2. 2013), n. 25834 - D.F.A., in *DPP* 2014, 572, con nota di R. Polidori, *Prova indiziaria e giudizio di colpevolezza* «oltre ogni ragionevole dubbio»: "Il giudizio di colpevolezza, che superi ogni ragionevole dubbio, ben può essere sostenuto da un compendio probatorio di natura indiziaria, intendendosi per tale un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa, non essendo qualificativo dell'indizio né la fonte né l'oggetto della prova, ma il suo contenuto ed il suo grado di persuasività".

questione derivino da condotte criminose”, espressione utilizzata anche per tradurre il ben più pregnante “*is ..convinced*”, utilizzato per esprimere lo standard penalistico nella decisione quadro n. 212/2005 (anche se in quest’ultima si aggiunge “*fully*”). In ogni caso il considerando n. 21, con il suo contenuto esplicativo, non consente dubbi laddove si accontenta che l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile in base ad una *ponderazione delle probabilità*⁸³.

Nel considerando n. 21, però, l’aggettivo “molto” (più probabile; “*substantially more probable*”; “*nettement plus probable*”⁸⁴) dovrebbe esprimere un rafforzamento dello standard probatorio richiesto, nel senso di pretendere qualcosa di più del 51% proprio del mero standard civilistico, e cioè si potrebbe trattare dello standard della prova *intermedio* conosciuto negli ordinamenti di common law, la “prova chiara ed evidente”. Fermo restando che non è possibile pretendere lo standard penalistico, allora, si potrebbe parlare di uno standard civilistico *rafforzato*: un “sicuro più probabile che no” in relazione all’origine criminale⁸⁵. La dottrina parla di “70-80 per cent probability” che richiede alla Corte, “based on a complete picture of the circumstances of the case, to find it clearly more probable that the property in question constitutes or represents the benefit of unlawful conduct”⁸⁶. Questa sembra l’interpretazione preferibile in chiave garantista.

Rimangono, in ogni caso, valide le perplessità relative all’adozione dello standard civilistico, espresse in relazione alla proposta di direttiva⁸⁷.

L’art. 5 in esame stabilisce, poi, che l’accertamento deve essere fondato sulle “circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili”, il riferimento a “fatti specifici ed elementi di prova” sembrerebbe escludere la possibilità di fondare la confisca sulla base di meri sospetti (mera congettura ipotetica) che non assumano per lo meno la dignità di indizi⁸⁸, se non di una vera e propria prova; l’uso del plurale, “fatti specifici ed elementi di prova” indica che sono necessari una pluralità di indizi, e non un unico indizio per quanto significativo come la sproporzione. In tale direzione la Corte europea dei diritti dell’uomo, pur ammettendo forme di confisca

⁸³ La traduzione italiana dell’art. 4 dell’originaria proposta di direttiva si prestava meglio allo standard civilistico laddove si limitava a richiedere che “l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile”: “1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato laddove, sulla base di fatti specifici, l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti *dal condannato* mediante attività *criminali analoghe*, piuttosto che da attività di altra natura”.

⁸⁴ «Les États membres peuvent prévoir qu’il serait suffisant, par exemple, que la juridiction juge selon le critère de la plus grande probabilité ou suppose raisonnablement qu’il est nettement plus probable que les biens en question aient été obtenus par des activités criminelles plutôt que par d’autres activités».

⁸⁵ A.M. Maugeri, *La proposta di direttiva*, cit., 187; cfr. J. Boucht, *Extended Confiscation*, cit., 137.

⁸⁶ Così J. Boucht, *The Limits of Asset Confiscation*, cit., 191 (parla della necessità di tenere conto dell’effetto stigmatizzazione a p. 189).

⁸⁷ A.M. Maugeri, *La proposta di direttiva*, cit., 186 ss.

⁸⁸ Cfr. R. Polidori, *op. cit.*, 575: «se la prova diretta, per sua natura, rappresenta il *thema probandum*, mentre l’indizio è solo un fatto noto da cui desumere per abduzione quel fatto ignoto che integra il *thema probandum*, la capacità dimostrativa dell’indizio non è qualificabile come “maggiore” o “minore” aprioristicamente, in base ad un dato puramente formale. Solo in sede di valutazione finale del materiale probatorio si potrà verificare la maggiore o minore efficacia persuasiva della prova diretta rispetto alla prova per indizi o viceversa»; cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino 1970, 526.

allargata, ha sancito che non possono essere fondate su “meri sospetti”⁸⁹.

Si legittima, poi, nel considerando n. 21 l'adozione di *presunzioni* purché ragionevoli; presunzioni su cui le confische allargate sono spesso fondate, ritenute dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo conformi all'art. 6 CEDU purché confutabili, nel senso che siano garantiti i diritti della difesa. In tale direzione del resto la Corte EDU non solo ha sempre riconosciuto l'ammissibilità di presunzioni di fatto e di diritto ai fini dell'applicazione di forme di confisca allargata, come la confisca misura di prevenzione italiana o il *confiscation* inglese, ma considera simili presunzioni conformi ai principi del giusto processo, come ricorda del resto la stessa relazione alla proposta di direttiva⁹⁰.

Basti pensare alle presunzioni di stile di vita criminale e, quindi, di origine illecita di tutti i beni ottenuti o, addirittura, regalati dal reo nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento, previste dall'ordinamento inglese ai fini dell'applicazione del *confiscation* in seguito alla condanna per taluni reati ai sensi del *POCA* 2002⁹¹. Una simile presunzione si trova anche nell'ordinamento penale macedone rispetto alla confisca allargata (art. 98a codice penale) in relazione ai beni acquisiti nei cinque anni precedenti; o simili presunzioni sono previste nei commi secondo e terzo dell'art. 45 del codice penale polacco, che, nel disciplinare la confisca allargata, pone a carico del condannato o interessato (anche terzo) l'onere di dimostrare l'origine lecita dei beni acquisiti in concomitanza al reato o successivamente⁹².

Basti pensare, ancora, alla presunzione su cui si fonda nell'ordinamento italiano la confisca *ex art. 240 bis Cp* che, come precisato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza Montella e confermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 33/2018, è basata su «una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, *iuris tantum*, di origine illecita del patrimonio “sproporzionato” a disposizione del condannato per tali delitti»⁹³ (la Corte Costituzionale ha precisato che il legislatore ha non irragionevolmente ritenuto di “presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di

⁸⁹ Commission Eur., 15 .4. 1991, Marandino, no. 12386/86, DR 70, 78; Corte eur. 22.2.1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7; Corte eur. 15.6.1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. 25.3.2003, Madonia c. Italia, n° 55927/00, in www.coe.it, 4; Corte eur. 5.7.2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n° 52024/99, *ivi*, 5; Corte eur. 4.9.2001, Riela c. Italia, n° 52439/99, *ivi*, 6; Corte eur. 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02, *ivi*, 8.

⁹⁰ Si ricorda che “l'applicazione della normativa italiana è stata considerata una restrizione necessaria dei diritti fondamentali nella misura in cui costituisce un “arma necessaria” nella lotta contro la mafia”, citando Corte eur. 22.2.1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7. Cfr. A.M. Maugeri, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in Mazzarese, Aiello, *La gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata (le questioni di diritto civile, penale e amministrativo)*, Milano 2010, 187 ss.

⁹¹ Cfr. J. Ulph, *op. cit.*, 271 ss.

⁹² A.H. Ochnio, *Implementation of the new EU Directive*, cit., 22 ss.. Per l'ordinamento spagnolo cfr. A.M. Neira Pena, *Decomiso: entre garantismo y eficacia. las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes*, in *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, a cura di N.R.García, I.Berdugo Gómez de la Torre, Valencia, 2020, 89 ss.

⁹³ Cass. S.U. 17.12.2003 (19 .1. 2004), Montella, in *CP* 2004, 1182.

cui il condannato non possa giustificare la provenienza”⁹⁴).

In ogni caso si dovrebbe escludere la possibilità di introdurre delle mere inversioni dell'onere della prova, perché, come evidenziato, la Corte deve essere convinta (*satisfied*) dell'origine illecita in base alle circostanze del caso, compresi fatti specifici e prove disponibili (*including the specific facts and available evidence*).

Nella versione definitiva della Direttiva è stata accolta la proposta di emendamento della Commissione LIBE circa l'esigenza di inserire il requisito del “*carattere sproporzionato del valore di un bene rispetto al reddito legittimo della persona condannata*” come esempio di “fatto specifico” su cui fondare la convinzione del giudice in relazione all'origine criminale dei beni da confiscare. Anche nella decisione quadro n. 212/2005 si propone un modello di confisca allargata in cui la sproporzione non assurge a unico requisito su cui fondare la confisca⁹⁵, ma ne viene richiesta la prova accanto all'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare.

Nell'ordinamento italiano, da una parte in chiave garantista, la Suprema Corte e la Corte Costituzionale (n. 33/2018) pretendono che tale requisito venga accertato *rispetto al singolo bene al momento dell'acquisto*⁹⁶ (sia per la confisca allargata sia per la confisca di prevenzione), nel rispetto del principio di proporzione, e non si ammette che esso sia considerato come indizio dell'origine illecita di tutto il patrimonio (giustificando la trasformazione della confisca estesa in una confisca generale dei beni); in tal modo si impone all'accusa un pregnante onere probatorio che renderà la confisca estesa maggiormente conforme alla presunzione d'innocenza, sia come regola dell'onere della prova (che dovrebbe incombere sull'accusa) sia come regola della dignità della prova. Dall'altra parte, l'art. 240 *bis* Cp fonda la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale solo su tale indizio.

La direttiva, però, non esclude che gli Stati membri possano introdurre dei poteri più estesi, probabilmente con minori garanzie, anche in relazione al fondamento probatorio della confisca estesa, come emerge nel considerando n. 22 in cui si precisa “La presente direttiva stabilisce norme minime. Essa non impedisce agli Stati membri di attribuire poteri più estesi nel proprio diritto nazionale, anche, per esempio, in relazione alle norme sulle prove”; si ritorna, come nella decisione quadro 212/2005, all'approccio minimalista in base al quale la direttiva stabilisce gli strumenti minimi per garantire l'efficienza, salva la possibilità degli Stati di introdurre strumenti più efficaci, anche se meno garantistici. Ciò vuol dire che la confisca estesa ex art. 240 *bis* Cp non è incompatibile con la Direttiva, laddove, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 33/2018, “si caratterizza, quindi, rispetto al modello di confisca “estesa” prefigurato dalla Dir. 2014/42/UE, per il diverso e più ridotto standard probatorio. La sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato — che in base all'art. 5 della direttiva (considerando n. 21) costituisce uno dei « fatti specifici » e degli « elementi di prova » dai quali il giudice può trarre la

⁹⁴ C. Cost., ordinanza 29.1.1996, n. 18, Basco, in *CP* 1996, 1385; conforme Cass., 15.4.1996, Berti, in *CP* 1996, 3649.

⁹⁵ Cfr. per tutti A. Mangione, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, a cura di Cassano, Milano, 2009, 23.

⁹⁶ Cass. S.U. 17.12.2003, Montella, *cit.*, 1188. Cfr. Cass. 30.10.2008, n. 44940; Cass. 5.6.2008, Rv. 240471; Cass. 13.5.2008, n. 21357, E.; Cass. 26.2.2009, n. 10549; Cass. 28.5.2013, Guarnieri Amelia; Cass. 4.2.2016, n. 14047; Cass. 17.5.2017, n. 31634.

convinzione che i beni da confiscare « derivino da condotte criminose » — vale, invece, da sola a fondare la misura ablativa in esame, allorché il condannato non giustifichi la provenienza dei beni, senza che occorra alcuna ulteriore dimostrazione della loro origine delittuosa⁹⁷. Nell'ordinamento spagnolo e nell'ordinamento tedesco, invece, in attuazione della direttiva la sproporzione è richiesta, come elemento di prova dell'origine illecita dei beni, insieme ad altri elementi fattuali, rispettivamente nella descrizione del *decomiso ampliado* (art. 127-bis, 127-quinquies e 127-sexies c.p.) e nel § 437 Absatz 1 Satz 2 StPO – nella forma della “crassa sproporzione” - (*Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16*, 01.07.2017; fermo restando che l'*Erweiterter Verfall* ex § 73d StGB, oggi sostituito dall'*Erweiterte Einziehung* § 73a, non richiede la prova della sproporzione, ma richiede, secondo la più garantistica giurisprudenza, che il giudice raggiunga il ragionevole convincimento dell'origine illecita⁹⁸, oppure, secondo un altro orientamento, la mera verosimiglianza o meri sospetti⁹⁹).

Nel considerando n. 21 della Direttiva, ancora, si indica l'opportunità di richiedere l'inserimento di un elemento di delimitazione temporale della presunzione di origine illecita dei beni da confiscare: “Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose” (anche la decisione quadro n. 212/2005 prevedeva all'art. 3 tale requisito¹⁰⁰).

In tale direzione in alcuni ordinamenti stranieri la presunzione dell'origine illecita dei profitti - alla base delle forme di confisca allargata - viene *temporalmente delimitata*, considerando di origine illecita tutto ciò che è stato ottenuto dal reo in un determinato lasso di tempo precedente la commissione del reato o l'inizio del procedimento volto all'applicazione della confisca. Tale delimitazione rende la presunzione di origine illecita dei beni maggiormente conforme ai principi di proporzionalità e di tassatività, rendendo non eccessivamente onerosa per il proprietario la prova dell'origine lecita del suo patrimonio¹⁰¹. Ad esempio il *confiscation* inglese (o irlandese in relazione al traffico di stupefacenti) colpisce tutti i beni ottenuti o, addirittura, regalati dal reo nei sei anni precedenti l'inizio del procedimento in quanto si presume uno stile di vita criminale; in quello macedone, come accennato, si fa

⁹⁷ Cfr. A.M. Maugeri, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 319.

⁹⁸ BGH, 22-11-1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), NStZ 1995, pp. 125 e 470, con commento di Schmidt, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus* 1995, 463; conforme BGH, 14-1-2004, 2 BvR 564/95, *Lexetius.com/2004*, 579 [2004/5/13]; BGH, 10-2-1998 — 4 StR 4/98 (LG Bochum), NStZ 1998, 362; Urt. V. 17-6-1997 - StR 187/97; cfr. Möhrenschrager, *Bericht über da Justizkommunikationsgesetz und über EU-Rahmenbeschlüsse betreffend Verfall und Einziehung sowie Computerkriminalität*, in *Wistra* 2005, 5, VI; M. Kilchling - G. Kaiser, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg 1996, 26.

⁹⁹ BGH, 1-3-1995, 2 StR 691/94 (LG Gießen), in *NJW* 1995, 2235.

¹⁰⁰ L'art. 3 prevede che la confisca deve essere pronunciata perlomeno “a) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure b) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuto ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie.

¹⁰¹ Cfr. sul punto Di Lena, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *IP* 1999, 1222.

riferimento ai cinque anni (art. 98a c.p.), ma la dottrina evidenzia la difficoltà di stabilire esattamente il tempo dell'acquisizione, auspicando una riforma a tal proposito¹⁰².

In maniera non numericamente definita, ma con la stessa finalità di delimitare le presunzioni di origine illecita alla base delle forme di confisca estesa, la precedente disciplina della restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 *StGB*) dell'ordinamento austriaco¹⁰³ richiedeva di delimitare la confisca ai beni acquisiti in un periodo ragionevolmente connesso temporalmente al reato consumato, qualora il reo avesse intenzionalmente commesso un crimine (*Verbrechen*) in maniera ripetuta o continuativa, punito con una pena detentiva superiore ai tre anni (§ 17 *öStGB*)¹⁰⁴; la più recente versione dell'*erweiterter Verfall* - § 20b *StGB* - richiede al secondo comma la connessione temporale tra l'acquisto dei beni e l'attività criminale valutata in giudizio.

Nell'ordinamento italiano ai fini dell'applicazione della confisca misura di prevenzione e della confisca allargata, prima la giurisprudenza più garantista, - sia di merito sia della Suprema Corte -, e da ultimo anche la Corte Costituzionale (n. 33/2018 e 24/2019) pretendono: per la prima, la *correlazione temporale* tra il momento dell'acquisto dei beni da confiscare e la pericolosità sociale, - intesa innanzitutto in senso cognitivo (rivolta al passato) e cioè come sussistenza di indizi di appartenenza all'associazione criminale o di svolgimento delle attività criminali presupposte¹⁰⁵-; per

¹⁰² B. Misoski, *The Impact of the EU Directive 2014/42/EU on Freezing and Confiscations of Instrumentalities and Proceeds of Crime to the Macedonian Criminal Justice System*, 2 *ECLIC* 2018, 355 ss. - 366, che parla in materia di un'inversione dell'onere della prova introdotta nel 2009.

¹⁰³ Tale disciplina era stata riformata nel 1996 (*StRÄG* 1996) prevedendo la "*Abschöpfung der Bereicherung*", art. 20 *öStGB*, come "conseguenza giuridica di tipo particolare"; cfr. E. Forrenger, § 20 *StGB*, *Abhschöpfung der Bereicherung*, in E. Foregger, E. Fabrizio, *StGB samt ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkomentar*¹⁰, Wien 2010, 99 ss.

¹⁰⁴ Tale disciplina è stata modificata dal BGBl. I Nr. 108/2010: *Strafrechtliches Kompetenzpaket (sKp)*. Oggi si consente la confisca estesa, *Erweiterter Verfall* (dall'art. 20 b *öStGB*), solo in relazione alle organizzazioni criminali o terroristiche nella forma già prevista nella precedente versione dell'art. 20 b *öStGB*, nonché in seguito alla consumazione di alcuni specifici delitti, - §§ 165 (riciclaggio), 278 (associazione a delinquere), 278c (delitti con finalità di terrorismo) -; vengono sottratti i profitti conseguiti in connessione temporale con la consumazione e di tali delitti, laddove sussista il sospetto della loro origine illecita e non è credibile l'origine legale ("*sind auch jene Vermögenswerte für verfallen zu erklären, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit dieser Tat erlangt wurden, sofern die Annahme naheliegt, dass sie aus einer rechtswidrigen Tat stammen und ihre rechtmäßige Herkunft nicht glaubhaft gemacht werden kann*"). La legge di riforma ha abrogato l'*Abschöpfung der Bereicherung*, ha introdotto la nuova *Konfiscation* § 19a *StGB* (*instrumenta et producta sceleris*) e ha modificato i paragrafi da 20 a 20c *StGB*, riformando la disciplina del *Verfall* e introducendo l'*Erweiterter Verfall*.

¹⁰⁵ Cass. 6.6.2019, n. 31549; Cass. 22.2.2019, n.43405; Cass. 13.3.2018, n. 14165; Cass. 8.6. 2017, n.48610; Cass. 17.5. 2017, n. 31634, Lamberti e altro, Rv. 270711; Cass. 15.1. 2016, n. 30219; Cass. 4.12.2014, n. 14817; Cass. SU., 2.2.2015, n. 4880, Spinelli; Cass. 15.1.2013, n. 3809, Castello e altri, Rv. 254512; Cass. 18.10.2012, n. 10153, C. e altro, in *CP*, 2014, 255 ss., con nota di A.M. Maugeri, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*; Cass. 11.12.2012, n. 2634; Cass. 24.2. 2011, n. 25341, Melluzio; Cass. 4.2.2010, Quartararo, Rv. 246084; Cass. 13.5.2008, n. 21357; Cass., 12.12.2007, Giammanco N. e Mineo V., n. 3413; Cass. 16.4.2007, n. 21048; Cass. 23.3.2007, Cangialosi e altro, n. 18822, Rv. 236920; Cass. 16.1.2007, n. 5234, L.e altro, in *GD* 2007, 1067; in tale direzione, almeno in parte, la Suprema Corte - Cass. 11.12.2008, n. 47798, C. e altro; Cass. 3.2. 1998, Damiani, in *CP*, 1999, 1599, con nota di Grillo, *Fra misura di prevenzione personale e misura di prevenzione patrimoniale nella legislazione antimafia*; Cass. 2.5.1995, n. 2654, Genovese, Rv. 202142; Trib. Brindisi, 16.4. 2013, Rossini, est. Biondi; Trib. Napoli, sez. mis. prev., 6.7.2011, Pres. ed est. Menditto. Cfr. A.M. Maugeri, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di F. Cassano, Bari

la seconda, la *ragionevolezza temporale* (la confisca “deve necessariamente essere circoscritta in un ambito di *ragionevolezza temporale* che consenta di operare un collegamento tra i beni e il fatto criminoso”¹⁰⁶; « il momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare, cioè, talmente lontano dall’epoca di realizzazione del “reato spia” da rendere ictu oculi irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna»¹⁰⁷).

Tale requisito consente di rendere tali forme di confisca, da una parte, maggiormente conformi al principio di proporzione delimitandone l’ambito di applicazione¹⁰⁸, dall’altra, maggiormente aderenti alle esigenze della presunzione d’innocenza perché rende maggiormente ragionevole e fondata la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale¹⁰⁹, supportando sotto un profilo indiziario la presunzione in questione (come si afferma nella sentenza della Corte Cost. 24/2019 e delle Sezioni Unite Spinelli¹¹⁰) e rendendo meno onerosa per il proprietario la controprova dell’origine lecita del suo patrimonio. In un sistema come quello proposto dalla Direttiva, in cui ci si accontenta della prova civilistica dell’origine illecita dei beni da confiscare, la delimitazione (*ragionevolezza*) temporale o, ancora meglio, la “correlazione temporale” rappresenta un importante indizio dell’origine illecita del bene.

L’accertamento della correlazione temporale o della *ragionevolezza temporale* rende, inoltre, la confisca estesa o di prevenzione maggiormente conforme alla *presunzione d’innocenza* anche quando richiede l’esclusività dell’accertamento della colpevolezza in sede processuale, nel senso che il condannato può subire solo le conseguenze di fatti provati in giudizio nell’ambito di un regolare processo¹¹¹; il fatto di colpire solo gli ingiustificati arricchimenti temporalmente connessi con l’attività criminale accertata consente, infatti, di alleggerire il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati.

5.1. In attuazione della Direttiva nell’ordinamento italiano l’art. 5 del d.lgs. 202/2016 ha esteso l’ambito di applicazione della confisca estesa¹¹² (art. 12 *sexies* d.l.

2009, 39 ss.; A. Gialanella, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in G. Fiandaca–C. Visconti, *Scenari di mafia e innovazioni normative*, Torino 2010, 368; F. Menditto, *Le Sezioni Unite verso lo “statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in DPC, 26.5.2014.

¹⁰⁶ Cass., sez. I, n. 41100/2014, in www.dejure.it; sez. I, n. 34136/2014, *ivi*; sez. VI, n. 5452/2010, *ivi*; sez. I, n. 2634/2012, *ivi*; sez. IV, n. 35707/2013, *ivi*; sez. I, n. 41100/2014, *ivi*; sez. I, n. 34136/2014, *ivi*; sez. I, n. 12047/2015, *ivi*; sez. I, n. 9984/2018, *ivi*; sez. II, n. 52626/2018, *ivi*; *contra* sez. II, n. 18951/2017, *ivi*.

¹⁰⁷ C. cost., n. 33/2018; conforme Cass., sez. VI, 5 .12. 2018, n. 54447, in www.dejure.it; cfr. M. Piccardi *Legittima la confisca allargata nel caso di “condanna” per ricettazione*, in CP 2018, 2839; A.M. Maugeri *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in ArchPen 2018, 283 ss.

¹⁰⁸ Si veda A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, *cit.*, 625 – 695.

¹⁰⁹ Così A.M. Maugeri, *Confisca (Diritto penale)*, in ED, *Annali VIII*, 2015, 956.

¹¹⁰ Cass. S.U., 2 .2. 2015, Spinelli, n. 4880, *Mass. Uff.* n. 26260 in RIDPP 2015, 922

¹¹¹ Cfr. F. Schultehinrichs, *op. cit.*, 165.

¹¹² Introducendo tre distinte modificazioni al precedente art. 12-*sexies*, c. 1, del d.l. 306/1992, oggi art. 240 *bis* Cp

306/92, oggi art. 240 bis Cp) alla fattispecie di associazione a delinquere volta a realizzare reati di falso, all'autoriciclaggio, alla corruzione tra privati, nonché ai reati di terrorismo anche internazionale, e ai reati informatici. Per il resto, come esaminato, la confisca estesa ex art. 240 bis c.p. può sicuramente rientrare nel modello dell'art. 5 anche se contempla una disciplina meno garantistica prevedendo più ampi poteri, sia laddove il suo ambito di applicazione si estende anche a taluni reati contro la p.a. non contemplati dalla direttiva (come peculato, rivelazione di segreti di ufficio), sia laddove si accontenta della mera prova della sproporzione ai fini dell'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare¹¹³.

In relazione al primo profilo si può ricordare che la stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2018 ha evidenziato che si tratta di un'estensione alluvionale al di fuori della sua originale ratio - individuata «nel contrasto all'accumulazione dei patrimoni della criminalità organizzata, e mafiosa in specie, e alla loro infiltrazione massiccia nel circuito economico» - , a parte la considerazione che «la scelta dei "reati matrice" è risultata fin dal principio non rigorosamente sintonica rispetto a tale obiettivo, al punto che la stessa Corte Costituzionale mette in discussione la ragionevolezza della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale laddove tale forma di confisca si applica in seguito alla condanna per una categoria di reati che risulta «priva di diretta attinenza con la criminalità organizzata, e che neppure denota, nell'autore del singolo fatto, una necessaria "professionalità" o dedizione all'illecito», richiamando il legislatore ad una maggiore cautela nella selezione dei reati spia.

Nell'ordinamento italiano, inoltre, tale forma di confisca sembra conforme alla Direttiva laddove pone a carico dell'accusa un onere della prova affievolito (deve provare solo la disponibilità/titolarità e la sproporzione) e pone a carico della difesa l'onere di allegazione dell'origine lecita dei suoi beni, costituendo la mancata giustificazione di tale origine da parte del condannato un presupposto di tale misura; in dottrina non mancano dubbi circa la compatibilità di tale onere, considerato da molti autori una vera e propria inversione dell'onere della prova, con la presunzione d'innocenza e il diritto al silenzio, nonostante le prese di posizione della Suprema Corte e della Corte Costituzionale circa la compatibilità di tale meccanismo probatorio

e precisamente: a) all'articolo 12-sexies, comma 1 primo periodo: 1) dopo le parole: «416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli» sono inserite le seguenti: «453, 454, 455, 460, 461»; 2) dopo le parole: «648-ter» è inserita la seguente: «648-ter.1»; 3) dopo le parole: «del codice penale, nonché» sono inserite le seguenti: «dall'articolo 2635 del codice civile, dall'articolo 55, comma 9, del decreto legislativo 21 .11. 2007, n. 231»; b) all'articolo 12-sexies, comma 1, secondo periodo: 1) dopo le parole: «per finalità di terrorismo» sono inserite le seguenti: «anche internazionale»; c) all'articolo 12-sexies, comma 1, dopo il secondo periodo è aggiunto il seguente: «La confisca ai sensi delle disposizioni che precedono è ordinata in caso di condanna o di applicazione della pena per i reati di cui agli articoli 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi».

¹¹³ Da ultimo A.M. Maugeri, *Art. 240 bis c.p.*, in *Codice penale*, a cura di T.PADOVANI, I, Milano 2019, 1612 ss.

P. Corvi, *La confisca in casi particolari, alias la confisca "allargata"*, in A. Giarda - F. Giunta - G. Varraso, *Dai decreti attuativi della legge 'Orlando' alle novelle di fine legislatura*, Padova 2018, 32-61; L. Della Ragione, *La confisca allargata*, in E. Mezzetti - L. Luparia, *La legislazione antimafia* Bologna 2020, 269-379; L. Filippi, *Art. 240 bis c.p.*, in G. Spangher - A. Marandola, *Commentario breve al codice antimafia e alle procedure di prevenzione*, Milano 2019, 578 ss.; T. Trincherà, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino 2020, 127 ss.; F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240 bis c.p.)*, Milano 2019, 783 ss.

con i principi costituzionali¹¹⁴.

Da ultimo la Corte Costituzionale (sentenza n. 24/2019) attribuisce a tale forma di confisca, fondata sulla presunzione di illecito arricchimento e inglobata insieme alla confisca di prevenzione (art. 24 d.lgs. 159/2011) nell'unico *genus* della «confisca dei profitti sospetti», natura meramente ripristinatoria «della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene» (non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì - eventualmente attraverso la confisca per equivalente - che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere); si cita a sostegno la giurisprudenza della Corte Edu (in particolare il caso *Gogitidze*¹¹⁵). Posizione contestata in dottrina in virtù proprio della nozione autonoma della materia penale della Corte Edu con i relativi criteri *Engel*¹¹⁶, nonostante, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, la stessa giurisprudenza della Corte Europea sottragga alle garanzie penalistiche le forme di confisca estesa e magari senza condanna¹¹⁷.

Nell'ordinamento spagnolo rientra sicuramente nel modello delineato dall'art. 5 della Direttiva la confisca allargata definita *decomiso ampliado* (art. 127 *bis* CP) che si applica a ben 18 reati e non solo ai 9 eurodelitti, e comunque a tutti i reati realizzati in forma organizzata e ai delitti contro la salute pubblica (da art. 359 a 362 *quinquies* CP) ex art. 362 *sexies* CP, anche sulla base di una serie di presunzioni, - considerate discutibili dalla dottrina¹¹⁸ -, stabilite negli articoli 127 *quinquies*¹¹⁹ (disciplina che, ad

¹¹⁴ Cfr. tra gli altri, T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014, 80; G. Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12sexies della legge n. 356 del 1992*, in CrD 1994, 11 ss. Per tutte sotto il profilo giurisprudenziale, Corte Cost. n. 464/1992, in www.dejure.it; n. 48/1994, *ivi*, e n. 33/2018, *ivi*; Cass., n. 9437/1994, *ivi*; Cass. S.U. 17.12.2003, *Montella*, *cit.*, 1188; Cass., n. 25727/2008, in www.dejure.it; Cass. n. 44940/2008, *ivi*; Cass. 21357/2008, *ivi*; Cass., 10549/2009, *ivi*; Cass., n. 246083/2010, *ivi*; Cass. n. 27189/2013, *ivi*.

¹¹⁵ C. eur., *Gogitidze v. Georgia*, 12.5.2015, no. 36862/05; su tale sentenza cfr. A.M. Maugeri, "Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza *Gogitidze* della Corte EDU sul *civil forfeiture*", in RIDPP 2015, 960 ss.; nella letteratura straniera sulla natura *punitiva* e non *deprivatory* del *confiscation anglossassone* cfr. J.Fisher-Bong Kwan, *Deprivatory and not punitive, back to the way we were*, in CLR 2018, 192 ss.

¹¹⁶ C. eur., 8.6.1976, *Engel e Altri*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, vol. 22, 36.

¹¹⁷ Cfr. A.M. Maugeri-P. Pinto de Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello*, in DPenCont 2019, 129 ss. e dottrina e giurisprudenza della Corte Edu *ivi* citata.

¹¹⁸ T. Aguado Correa, *Comentario s a los arts. 127 quinquies y sexies*, in M. Gómez Tomillo (editor), *Comentarios Prácticos al Código Penal. Parte General. Tomo I*, Cizur Menor, Navarra, 2015, 1041 e 1042.

¹¹⁹ Sulla base delle presunzioni contenute nell'art. 127 *quinquies* i beni del condannato si presumono ottenuti da una attività criminale precedente i fatti oggetto di condanna, "quando siano soddisfatte cumulativamente una serie di condizioni, e cioè che non solo la condanna attenga a uno dei reati contemplati dall'art. 127 *bis*.1 CP, ma che il crimine sia stato commesso nel contesto di una precedente attività criminale abituale (che in virtù della stessa norma presuppone una precedente condanna per almeno tre reati o per reato continuato ricomprensente tre reati, o per due reati se compiuti nei sei anni precedenti l'inizio del processo per il reato principale; che sussistano indizi fondati che una parte rilevante dei beni del condannato proviene da una precedente attività criminale e tra gli indizi rilevanti si includa la già menzionata sproporzione, l'occultamento della titolarità o disponibilità dei beni attraverso persone fisiche o giuridiche o enti senza personalità giuridica, il deposito dei beni in paradisi fiscali o territori di no taxation che nascondono o ostacolano la determinazione della vera

avviso della dottrina, sembra fondata più sul modello previsto dall'art. 3, c. 2, della decisione quadro 212/2005 che sul modello previsto dall'art. 5 della Direttiva¹²⁰) e *sexies*. Tale forma di confisca consente di sottrarre i beni, i proventi e gli utili di una persona condannata per i reati elencati, quando si ritiene, sulla base di indizi oggettivi e fondati, che provengano da un'attività criminale e la loro origine lecita non è provata¹²¹.

Tale forma di confisca rientra nella definizione di confisca prevista dalla Direttiva n. 42/2014, in quanto applicata in seguito a condanna, sulla base di un più basso standard probatorio, consentendo l'uso di presunzioni e considerando come indizio rilevante la sproporzione. Il Tribunale Supremo evidenzia che la confisca ha un rapporto diretto con le sanzioni e con il diritto sanzionatorio, ha un carattere personalista e viene applicata in un procedimento penale, tanto è vero che viene imposta su richiesta del pubblico ministero¹²²(SSTS 30.5.97, 17.3.2003), in seguito al dibattimento in un procedimento orale e con provvedimento che deve essere motivato¹²³.

Fermo restando che anche tale forma di confisca non viene considerata nell'ordinamento interno come una pena. Mentre la precedente giurisprudenza del Tribunale Supremo definiva "pena" una forma di confisca allargata già introdotta per il settore del narcotraffico nell'art. 374 CP dalla LO 15/2003¹²⁴, l'AN nella sua sentenza 6/2015 del 6 febbraio 2015 (RJ 131887) non la definisce pena accessoria. Nel preambolo della LO 1/2015 viene considerata come "un istituto attraverso il quale si pone fine alla

proprietà dei beni; il trasferimento dei beni con operazioni volte ad ostacolarne o impedirne l'identificazione o destinazione e che non hanno una valida giustificazione legale o economica.

¹²⁰ T. Aguado Correa, *Comentario a los arts. 127 quinquies y sexies*, cit., 1041 s..

¹²¹ In relazione agli indizi previsti nell'art. 127 bis 2 CP non si tratta di un'elencazione tassativa come emerge, del resto, dall'espressione usata («se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios»). In virtù inoltre dell'art. 127 *sexies* si applica una presunzione molto simile a quella prevista nell'ordinamento inglese per il *confiscation* e cioè che tutti i beni acquisiti dalla persona condannata nei sei anni precedenti la data di apertura del procedimento penale, provengano dalla sua attività criminale (e siano stati acquistati liberi da oneri) e che tutte le spese sostenute dal detenuto durante lo stesso periodo siano state pagate con fondi derivanti dalla sua attività criminale; così come previsto nell'ordinamento inglese si prevede che le precedenti presunzioni possano non essere applicate, laddove il giudice o la corte ritenga che risultino erronee o sproporzionate in base alle circostanze concrete.

Il Tribunale Supremo pretende che il provvedimento di confisca, in rispetto del principio dello stato di diritto e di legalità, comporti un'interpretazione restrittiva dell'oggetto della confisca e il provvedimento sia ben motivato, consentendo alla difesa di confutare le presunzioni. Anche nel settore della lotta alla criminalità organizzata con finalità di terrorismo, il Tribunale Supremo pur ammettendo la necessità di strumenti più aggressivi, ammette la necessità di garantire la tutela dei terzi in buona fede. Tuttavia, nella determinazione della portata della confisca la sezione 4 dell'art. 127 bis CP consente al giudice o alla corte, al fine di evitare la violazione dei principi del ne bis in idem e di proporzionalità, di tenere conto di eventuali successive condanne per fatti anteriori di natura simile e già considerati in un precedente provvedimento di confisca. Sulla nozione di crimini simili si deve fare riferimento alla giurisprudenza, considerando che la Corte Edu non ha condannato i Paesi Bassi per l'uso di una simile espressione, "reato o reati simili", nell'art. 36, § 2 del codice penale (causa Geerings contro Paesi Bassi, sentenza del 1 .3. 2007, JUR 66034).

¹²² SSTS, 23.5.2013, n. 442; 22.12.2014, n. 877; 5.3.2014, n. 157; 2.6.2015, n. 338.

¹²³ La Corte Suprema richiede una dichiarazione giudiziaria preliminare in cui si evidenzia la relazione dei prodotti, degli strumenti o dei profitti con il reato su cui si fonda la condanna (STSS 912/2006 del 29 .9., 77/2007 del 7 .2., anche se non è necessario esprimere una motivazione, e ciò può essere parzialmente compensato dalle dichiarazioni contenute nei fatti accertati e dalla valutazione delle prove, sentenza n. 154/2008 dell'8 .4.).

¹²⁴ Tribunale Supremo, 18-6-2009 (RJ 2009\328275) o la 552/2008 del 26.9.(RJ 4395).

situazione patrimoniale illegale a cui ha dato luogo l'attività criminale" (Preambolo, sezione VIII); quindi si ritiene che abbia natura più "civile che patrimoniale", "prossima all'istituto dell'ingiustificato arricchimento" ("próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto"). Si richiama a conferma di tale interpretazione la normativa dell'Unione Europea che consente di applicare una simile forma di confisca sulla base di indizi, specialmente la sproporzione tra redditi leciti e il patrimonio disponibile, e in un procedimento non penale¹²⁵. Tale interpretazione non è accolta dalla dottrina che attribuisce natura penale a tale forma di confisca¹²⁶. Il Tribunale Supremo, a sua volta, ha affermato che la confisca non è una conseguenza accessoria della pena applicabile nel processo penale, ma una "sanzione amministrativa suscettibile di essere imposta in casi di violazione della legislazione ... per cui nulla si oppone alla sua considerazione come misura sui generis post-delitto, che colpisce tutto il patrimonio che appartiene direttamente o indirettamente al condannato, dando la possibilità di provare l'origine legale dei beni, soprattutto quando i loro titolari siano terze persone" ¹²⁷. Il Tribunale, però, riconosce che tale sanzione amministrativa svolge una funzione di prevenzione generale e speciale fondata sulla pericolosità oggettiva del bene, nel senso che il legislatore vuole prevenire la commissione di delitti attraverso delle misure espropriative volte a neutralizzare la pericolosità connessa al bene; si tratterebbe, da una parte, di una funzione di prevenzione speciale in quanto incide su persone concrete per evitare la commissione di reati e si impone su beni concreti per evitarne l'impiego, diretto o indiretto, nell'esecuzione di futuri delitti, ma anche, dall'altra parte, di una funzione – seppur in forma secondaria - di prevenzione generale, soprattutto laddove si tratta della confisca del denaro, perché si invia un importante messaggio deterrente, incidendo sulla principale motivazione della delinquenza organizzata e imprenditoriale (Sentencia 338/2015 de 2 de junio). La giurisprudenza e la dottrina spagnola parla anche di una *terza classe di sanzione penale* ¹²⁸.

Il Tribunale Costituzionale, inoltre, ritiene che l'imposizione del *comiso ampliado* non compromette il diritto alla presunzione d'innocenza perché non si pone in discussione l'accertamento della colpevolezza nel rispetto di tale principio: una volta provata la colpevolezza non viene più in gioco la presunzione d'innocenza; piuttosto nell'imporre la confisca si dovrà porre particolare attenzione al resto delle garanzie del processo penale e alla esigenza del diritto a una tutela giudiziaria effettiva

¹²⁵ «El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación».

¹²⁶ T. Aguado Correa, *Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013*, in *Indret* 2014, 29.

¹²⁷ Trib. Supr. 2 .6. 2015, n. 338. Cfr. T. Aguado Correa, *Cinco años después de las reformas del decomiso: does crime still pay?*, in *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, cit., 55 ss.

¹²⁸ Cfr. T. Aguado Correa, *Cinco años*, cit., 67: «Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea ya iniciada por los derechos penales del ámbito germánico (SSTS 16/2009, de 27 de enero; 228/2013, de 22 de .3.; y 877/2014, de 22 de diciembre)». Incluso en un caso de decomiso de bienes pertenecientes a una persona inimputable (Sentencia 690/2018 de 21 diciembre (Pte. Alberto Jorge Barreiro), el Tribunal Supremo considera el decomiso como una "tercera clase de sanciones penales"».

(SSTC 219/2006, FJ 9 y 220/2006, FJ 8). Il Tribunale Costituzionale, inoltre, ritiene sufficiente la prova indiziaria dell'origine delittuosa dei beni da confiscare (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ 8); nella medesima direzione si è pronunciato il Tribunale Supremo con la sentenza n. 338/2015, ritenendo che non si può pretendere il medesimo canone di certezza quando si tratta di verificare il rispetto della presunzione d'innocenza e quando si tratta di determinare il presupposto fattuale che consente l'applicazione della confisca¹²⁹.

In relazione all'ordinamento tedesco rientra nel modello dell'art. 5 della Direttiva la confisca allargata "*Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*", § 73 a (che ha sostituito l'*Erweiterter Verfall*, § 73d¹³⁰), introdotta nella versione attuale con la riforma del 2017 (*Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung* BReg418/16), proprio in attuazione della direttiva 42/2014, che ne ha ampliato l'ambito di applicazione nei confronti di qualunque reato e non solo dei reati collegati al crimine organizzato o realizzati in forma professionale, attuando ma anche andando oltre le previsioni dell'art. 5 della Direttiva. Per applicare tale forma di confisca estesa, considerata dalla Corte Costituzionale tedesca misura (*Maßnahme* ex §§ 11, 1, n. 8, and 61 StGB) e non pena (*Strafe*)¹³¹, il mero sospetto ("*bloße Verdacht*") dell'origine illecita del patrimonio da confiscare non è sufficiente, - come evidenziato nella relazione di accompagnamento della riforma -, ma si richiede il convincimento del giudice senza limitazioni ("*uneingeschränkte richterliche Überzeugung*"), in conformità con la giurisprudenza in materia della Corte Costituzionale e della Suprema Corte¹³², che pretende il pieno convincimento del giudice nel rispetto del principio *in dubio pro reo*.

Qualche dubbio sorge, invece, circa la possibilità di ricomprendere nell'ambito di applicazione della Direttiva una forma particolare di confisca allargata prevista nell'ordinamento austriaco (§ 20b *öStGB* ¹³³ *Erweiterter Verfall*), che si fonda sulla presunzione della destinazione illecita dei beni o, meglio, della disponibilità degli stessi da parte dell'organizzazione criminale, - e non sulla prova dell'origine illecita -; tale forma di confisca è direttamente applicabile contro i beni dell'organizzazione criminale (§ 278a) o terroristica (§ 278b), o contro i beni destinati al finanziamento del

¹²⁹ «Ahora bien, ha de tenerse presente que *no es exigible el mismo canon de certeza*, ... Mientras que en el caso del decomiso, respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada (SSTS 877/2014, de 22 de diciembre; 969/2013, de 18 de diciembre (RJ 2014, 1238) ; 600/2012, de 12 de julio)»; cfr. C. Vidales Rodríguez, *Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional*, in *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, cit., 123 ss.

¹³⁰ Da ultimo interessante BGH, 15.03.2016 - 1 StR 662/15, in <http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/15/1-662-15.php>.

¹³¹ BVerfG, 14.1.2004 - 2 BvR 564/95, § 58 ss., cfr. § 70 - 72. Cfr. sul dibattito in materia R. Esser, *A Civil Asset Recovery Model - The German Perspective and European Human Rights*, in J.P. Rui-U. Sieber, *Non Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin 2015, 69.

¹³² BGH, 22.11.1994 - 4 StR 516/94 - BGHSt - 62 - 4, 371-374, Rn. 8; BVerfG, Beschluss vom 14.1.2004 - 2 BvR 564/95 - BVerfGE 110, 1-33, Rn. 86.

¹³³ (1) Vermögenswerte, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (§ 278a) oder einer terroristischen Vereinigung (§ 278b) unterliegen oder als Mittel der Terrorismusfinanzierung (§ 278d) bereitgestellt oder gesammelt wurden, sind für verfallen zu erklären.

terrorismo (§ 278d)¹³⁴ (molto simile alla forma di confisca prevista dall'art. 72 *swStGB*¹³⁵ o alla confisca contro l'organizzazione terroristica ai sensi della sezione 13 del *Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989* inglese¹³⁶). Tale forma di confisca, in qualche modo, potrebbe rientrare nel modello previsto dall'art. 4 della Direttiva n. 42/2014 laddove fa riferimento alla confisca dei beni destinati alla realizzazione del reato.

Rientra, invece, sicuramente nel modello previsto dall'art. 5 della Direttiva la confisca allargata prevista nell'ordinamento austriaco¹³⁷ (§ 20b, c. 2, *öStGB*), che presuppone la condanna per i più gravi reati (o per riciclaggio, associazione a delinquere o delitti con finalità di terrorismo), la connessione temporale tra la consumazione dei reati e l'acquisto dei beni, nonché l'accertamento affievolito dell'origine illecita in conformità alle prescrizioni dell'art. 5 della Direttiva ("se è ragionevole presumere che derivino da un atto illecito e la loro origine legittima non può essere giustificata").

Dopo le riforme introdotte dalla Legge del 13 giugno 2003 e poi del 20 febbraio 2015, anche la confisca estesa contemplata dall'art. 45 del codice penale polacco, che prevede la sottrazione obbligatoria dei proventi economici o dell'equivalente¹³⁸, rientra nel modello dell'art. 5 della Direttiva laddove si fonda su delle presunzioni confutabili: 1) che abbiano origine illecita i beni – di considerevole valore¹³⁹ - acquistati dal reo dal momento della consumazione del crimine, a meno che il condannato provi l'origine lecita; 2) che siano fittizi i trasferimenti a persone fisiche o giuridiche (anche prive di personalità giuridica) dei beni che costituiscono il profitto dei reati previsti dall'art. 45, tranne che in base alle circostanze connesse all'acquisto non è possibile supporre che tali beni derivino da reati. La dottrina parla di inversione dell'onere della prova, un'eccezione al rispetto della presunzione d'innocenza nel codice penale polacco¹⁴⁰. In seguito alla riforma del 2015 si richiede la piena prova, in base allo standard penalistico

¹³⁴ Tale forma di *Verfall* colpisce tutti i valori patrimoniali che si trovano nel potere di disposizione di un'organizzazione criminale (§ 278a, c. 1 *öStGB*) o terroristica (§ 278b) (o che costituiscono un mezzo di finanziamento del terrorismo, § 278d), o che, pur traendo origine da un fatto punibile all'estero, si trovano in Austria, anche se il reo non sottostà alla giurisdizione austriaca, cfr. P. Schick, *Landesbericht Österreich*, in *Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in Granz - Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung "Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht"*, in *ZStW* 1998, 475.

¹³⁵ Beschluss vom 30.11.2012 Beschwerdekammer Besetzung Bundesstrafrichter Stephan Blättler, Vorsitz, Andreas J. Keller und Tito Ponti, Gerichtsschreiber Stefan Graf Parteien A., vertreten durch Rechtsanwalt Patrick Lafranchi, Beschwerdeführer gegen Bundesanwaltschaft, Beschwerdegegnerin Vorinstanz Bundesstrafgericht, Strafkammer Gegenstand Beschlagnahme (Art. 263 ff. StPO).

¹³⁶ Nel 2000 è stato riformato nel *Terrorism Act 2000*, e successivamente è stato emanato il *Prevention of Terrorism Act 2005* e il *Terrorism Act 2006* (oltre al *Terrorism (Northern Ireland) Act 2006*).

¹³⁷ E. Fabrizy- E. Forrenger, § 20b *StGB*, in *StGB Strafgesetzbuch: und ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkomentare*¹³, Wien 2018, 92 ss.; E. Forrenger, § 20 *StGB*, *Abschöpfung der Bereicherung*, in *StGB und ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkomentare*⁷, Wien 1999, 102; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 542, nota 14.

¹³⁸ A.H. Ochnio, *Implementation of the new EU Directive*, cit., 22.

¹³⁹ Tale nozione di "considerevole valore" è considerata altamente valutativa e la giurisprudenza della Suprema Corte propone di interpretarla come "bene di valore significativo" definizione legale contenuta nell'art. 115, c. 5 del c.p. del 1997 e che significa bene il cui valore eccede i 200.000 PLN al momento della consumazione del crimine (circa 45.000 E), così A.H. Ochnio, *Implementation of the new EU Directive*, cit., 24.

¹⁴⁰ A.H. Ochnio, *Implementation of the new EU Directive*, cit., 23.

“al di sopra di ogni ragionevole dubbio”, del trasferimento dei proventi a terzi, mentre prima ci si accontentava dell’alta probabilità; la riforma è stata introdotta per rispettare la presunzione d’innocenza contemplata dalla Costituzione polacca all’art. 42. Tale forma di confisca viene considerata penale, avente natura repressiva ed espressione della politica penale statale volta a combattere il crimine garantendo che non sia profittevole¹⁴¹; la dottrina la considera una figura problematica in termini di rispetto dei diritti fondamentali. La giurisprudenza le attribuisce natura repressiva e pretende il rispetto delle garanzie penalistiche¹⁴². Nell’ordinamento polacco la confisca senza condanna può essere applicata solo in caso di malattia mentale, e non in caso di un qualunque tipo di malattia come previsto dall’art. 4 della Direttiva o in caso di contumacia.

In linea con le indicazioni emergenti dalla Direttiva la *confiscation générale* dell’ordinamento francese, concepita come pena contro il patrimonio, si rivolge contro gravi reati connessi al crimine organizzato (come le più gravi fattispecie di traffico di droga art. 222-49, § 2 code pénal¹⁴³, e di riciclaggio¹⁴⁴, nonché da ultimo il traffico di armi, art. 222-66 introdotto dall’art. 26 della LOI n. 2016-731) e in particolare colpisce l’*association de malfaiteurs*¹⁴⁵, presuppone una condanna, ma consente la confisca di tutto o parte del patrimonio senza i limiti previsti dalla Direttiva, non richiedendo alcuna prova dell’origine illecita¹⁴⁶, né tanto meno della sproporzione o della correlazione temporale¹⁴⁷. Tale modello di confisca, anche se potenzialmente efficace, sembra difficilmente compatibile con i principi di tassatività della pena, non essendo predeterminati i parametri di commisurazione della stessa – l’unico limite è rappresentato dall’entità del patrimonio da confiscare -, e con il principio di colpevolezza inteso come parametro di commisurazione della stessa pena. La pena patrimoniale, *Vermögensstrafe* dell’ordinamento tedesco, è stata infatti dichiarata

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Trib. Cost. 18.7.2013, No. Sk 18/09, Series A, No. 6, 80; 16.7.2004, No. 20/03, Series A 2004, No. 7, 64.

¹⁴³ Article 222-49 Version en vigueur au 31.1.2012, depuis le 11.07.2010. Per la disamina di tali sanzioni cfr. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 167 ss., 194 ss., 247 ss.; Id., *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in (a cura di) Id., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, 38 ss. e dottrina ivi citata.

¹⁴⁴ La pena complementare della confisca di tutti o parte dei beni, di qualunque natura, mobili o immobili, divisibili o indivisibili è prevista dall’art. 222-49 per il traffico di stupefacenti; dall’art. 222-49 c. 2 per il reato di riciclaggio (di fondi provenienti dal traffico di stupefacenti) (art. 222-38), dall’art. 324-7, n. 12 C.P. (L. n° 20001-420 del 15 .5. 2001, modificata dalla LOI n°2012-409 du 27 mars 2012 - art. 13 (V)) per il riciclaggio previsto dall’art. 324-1, sia per le persone fisiche sia per le persone giuridiche; dall’art. 213-1, c. 4, per le persone fisiche e dall’art. 213-3, c. 2, per le persone giuridiche per il reato di genocidio e crimini contro l’umanità; dall’art. 462-6 per i crimini di guerra; dall’art. 215-1 per il crimine di eugenetica; dall’art. 225-25 (Modifié par LOI n°2012-409 du 27 mars 2012 - art. 13 (V)) per la tratta di esseri umani e sfruttamento della prostituzione (« proxénétisme et des infractions qui en résultent »); dall’art. 422-6 code pénal per il terrorismo e finanziamento del terrorismo (articolo 422-6 CC); dagli art. articoli 442-16 CC per contraffazione di denaro; dall’art. 227-33 CC per il reato di corruzione di minori e pornografia infantile; dall’art. 321-6 CP per possesso ingiustificato di valori).

¹⁴⁵ L. n° 2001-420, 15 May 2001 - Art. 450-5 CP.

¹⁴⁶ In Francia si è preferito, in prima battuta, adottare tale soluzione con la *confiscation général*, invece di introdurre l’inversione dell’onere della prova, circa l’origine dei beni, a carico dell’imputato, proprio per evitare che quest’ultimo riuscisse, in ogni caso, a sottrarsi alla confisca adempiendo fraudolentemente al proprio onere.

¹⁴⁷ A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 194.

incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht*¹⁴⁸ per violazione del principio di tassatività (art. 103, c. 2 GG)¹⁴⁹.

Un'altra forma di confisca allargata è prevista nell'ordinamento francese per i reati puniti con pena pari o superiore ai cinque anni e capaci di produrre un profitto diretto o indiretto¹⁵⁰; in seguito alla condanna è possibile confiscare tutti i beni in relazione ai quali il proprietario non riesca a giustificare l'origine lecita, in virtù dell'Article 131-21, c. 5, come modificato dalla Loi n°2007-297 (5 marzo 2007) - art. 66 JORF 7 marzo 2007¹⁵¹. Si tratta di una forma di confisca allargata che rientra in parte nella definizione di cui all'art. 5 della Direttiva n. 42/2014, essendo applicata in seguito a condanna e sulla base di una vera e propria inversione dell'onere della prova a carico del condannato (possiamo ricordare, del resto, che in Francia è prevista non solo la confisca dei beni di valore ingiustificato, ma addirittura la mancata giustificazione dell'origine dei beni posseduti viene autonomamente incriminata con il delitto di "non-justificati.on de ressources ou de l'origine d'un bien"¹⁵² da parte della legge n. 2006-64)¹⁵³.

Dovrebbe rientrare nel modello delineato dall'art. 5 della Direttiva la confisca estesa prevista dall'art. 112, § 2, lett. a e b, del Cp della Romania (approvato con la L. 286/2009, con emendamenti entrati in vigore nel 2014)¹⁵⁴, introdotto dalla L. 63/2012

¹⁴⁸ BVerfGE 105, 135

¹⁴⁹ Cfr. BGH, 15.11.2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), in *NStZ* 2003, 198; A. Dessecker, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, pp. 350 - 351; V. Krey-A. Dierlamm, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR* 1992, 357; E. Dreher-H. Tröndle, § 43a, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1995, 492; T. Park, *Vermögenstrafe und "modernes" Strafrecht. Eine verfassungsrechtliche, strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Untersuchung zur § 43 a StGB*, Berlin 1997, 64. Cfr. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, 170 ss., 664 - 725; D. Fondaroli, *op. cit.*, 465 ss.

¹⁵⁰ S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné lorsque celui-ci, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'a pu en justifier l'origine.

¹⁵¹ P. Conte, «La loi sur la prévention de la délinquance - loi n°2007-297 du 5 mars 2007.- «Présentation des dispositions de droit pénal», in *Dr.Pén.* 2007, étude 7; J.F. Thony, É. Camous, *Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels: les nouveaux outils de la loi française*, in *RIntDP* 2013, 205 ss.

¹⁵² Pena di tre anni di reclusione e 75.000 euro di multa (Articolo 321-6), che diventano 5 anni e 150.000 quando il reato è commesso tramite un minore rispetto al quale l'imputato non può giustificare le basi della sua autorità (Article 321-6-1), e 7 anni e 200.000 di multa, quando i reati in questione sono traffico di esseri umani, estorsione o associazione a delinquere, o traffico di stupefacenti, anche nei casi di normali relazioni con una o più persone che fanno uso di sostanze stupefacenti. Le pene sono aumentate a dieci anni di reclusione e multa di 300.000 euro nel caso in un reato di cui al comma precedente, è commesso da uno o più minori.

¹⁵³ In attuazione della Direttiva, inoltre, in questo ordinamento è stato introdotto l'articolo 84 della legge n. 2016-731 del 3.6.2016 — Rafforzamento della lotta contro la criminalità organizzata, il terrorismo e il loro finanziamento e miglioramento dell'efficienza e delle garanzie della procedura penale che ha modificato una serie di norme (Art 41-4, Art 41-5, Art 99, Art 99-2, Art 373, Art 481, Art 493-1, Art 706-11, Art 706-148, Art 706-152, Art 706-157, Art 706-160, Art 706-161, Art 706-164, Art 707-1) e il Decreto n. 2016-1455 del 28.10.2016 relativo al rafforzamento delle garanzie nel procedimento penale e all'applicazione di sanzioni penali in materia di terrorismo.

Cfr. sull'incriminazione del possesso ingiustificato di valori A.M. Maugeri, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2008, 1214.

¹⁵⁴A. Stan, *The Challenges of Extended Confiscation: Directive 2014/42/EU and Transposing Difficulties in Romania*, 3 *ECLIC* 2019, 637 ss.; G. Negrut-G. Doca, *Some Considerations of the Need to Transpose the Directive 2014/42/EU on the Freezing and Confiscation of Instrumentalities and Proceeds of Crime in the European Union in the*

che ha recepito nel codice penale l'articolo 3 della decisione quadro 2005/212. Tale forma di confisca prevede la delimitazione temporale dell'ambito di applicazione della confisca in 5 anni¹⁵⁵. "In virtù dell'art. 112, para. (2) lett. a) e b) del nuovo codice penale la confisca estesa deve essere ordinata se il valore dei beni acquistati dalla persona condannata nei cinque anni precedenti e, se necessario, dopo la consumazione del reato, sino al momento in cui il procedimento è iniziato, eccedono chiaramente i redditi leciti e la Corte è convinta che i beni derivino dalle attività criminali indicate nel primo comma dell'art. 112, § 1 ("the Court strongly believes that the goods in question come from the criminal activities")¹⁵⁶. Affinché tale misura di sicurezza possa essere adottata, è necessario che siano soddisfatte le condizioni generali per l'applicazione di una misura di sicurezza, nonché alcune condizioni specifiche previste dalle disposizioni dell'articolo 112, comma (2) del codice penale: l'autore deve aver commesso una condotta prevista dalla legge penale; l'autore del reato deve rappresentare un pericolo per la società e la condizione pericolosa può essere rimossa non solo con l'applicazione di una sanzione, ma anche adottando misure di sicurezza; l'esistenza di una sentenza di condanna definitiva per aver commesso uno dei reati previsti dall'art. 112, § 1 Cp; il soggetto è coinvolto in uno dei reati espressamente indicati nell'articolo 112, § 1 Cp; ci deve essere stato un guadagno materiale; la pena prevista dalla legge per il reato commesso è di 4 anni o più; il valore della proprietà acquisita dalla persona condannata nei cinque anni precedenti ed, eventualmente, dopo la consumazione del reato è evidentemente superiore al reddito lecito di tale persona. Nella prima versione si richiedeva anche, in conformità alla previsione della decisione quadro 212/2005, che il giudice fosse convinto che il bene sottoposto a confisca estesa derivasse da reati della stessa natura di quelli oggetto di condanna. La dottrina auspica una riforma per dare piena attuazione alla Direttiva, eliminando la richiesta del minimo di pena per applicare tale forma di confisca ai reati previsti dall'art. 5 della Direttiva¹⁵⁷.

Anche la confisca allargata prevista nell'ordinamento norvegese (art. 68 codice penale) in applicazione della decisione quadro 212/2005 può rientrare nella definizione dell'art. 5, trattandosi di una forma di confisca in seguito a condanna per determinati reati capaci di produrre profitto; si può applicare in due ipotesi, e cioè laddove il reato o i reati per i quali un soggetto è condannato prevedono complessivamente (in astratto) una pena pari o superiore ai sei anni, oppure in caso di recidiva anche laddove si tratta di reati puniti con una pena più bassa, in quanto si ritiene più probabile che il condannato abbia acquistato il suo patrimonio illegalmente. L'ambito di applicazione doveva essere limitato a soggetti con uno stile di vita criminale, ma in realtà la Suprema Corte (case RT 2003 s 897l) l'ammette anche laddove il reato in questione denota un arricchimento illegale (spaccio di stupefacenti), anche se con più cautela. L'applicazione di tale forma di confisca si fonda sull'inversione dell'onere della prova a carico del condannato, in quanto spetta a quest'ultimo provare l'origine legale dei

Provisions of Article 112 of the Criminal Code, in *Int'l Conf. Educ. & Creativity For Knowledge-Based Soc'y 2017*, 117.

¹⁵⁵ A.S. Uzlau, M.C. Uzlau, *op. cit.*, 209.

¹⁵⁶ *Idem*, 209.

¹⁵⁷ *Idem*, 210.

suoi beni per sottrarli alla confisca, in base allo standard civilistico (anche se la Corte può tenere conto della difficoltà di provare l'origine legale di beni detenuti da lungo tempo); la presunzione di origine illecita non è temporalmente delimitata, potendo colpire in tutto o in parte il patrimonio del reo in base alla discrezionalità della Corte (anzi i lavori preparatori sollecitano la sottrazione dell'intero patrimonio). L'accusa, allora, non deve provare che il reo ha beneficiato del crimine perché è sufficiente che il reato sia di un tipo che “based on general probability normally give rise to considerable benefit”¹⁵⁸, ma deve provare, sempre in base allo standard civilistico, che i beni appartengono al reo. La confisca può colpire anche i beni di un'impresa laddove il reo è uno dei comproprietari, riceve una parte considerevole dei proventi, o la dirige (anche se ne influenza di fatto la gestione)¹⁵⁹.

Nell'ordinamento svedese la confisca estesa contemplata dal cap. 36 sez. 1b cod. pen. è stata introdotta in attuazione della decisione quadro 212/2005, pur contemplando una disciplina che prevede poteri più estesi; per essere applicata devono essere soddisfatte tre condizioni: 1) condanna per un reato che prevede la pena nel massimo per quattro anni o più, anche se sono previste delle eccezioni in relazione a reati puniti meno gravemente, ma fonte di proventi economici (reati collegati al traffico di stupefacenti, abuso di minori, corruzione, reati informatici, etc.; anche reati puniti con pena minima di due anni di detenzione ma realizzati in connessione con un'organizzazione criminale); 2) reati capaci di produrre profitti; 3) è “chiaramente più probabile che no” che i beni derivino da una precedente attività criminale¹⁶⁰. L'onere della prova dell'origine illecita dei beni spetta all'accusa; non si deve specificare la tipologia di attività criminale, né il nesso causale tra i beni e i reati imputati. La prova si fonda su un “all-inclusive approach” in base al quale non solo la spiegazione dell'origine criminale dei beni deve apparire più probabile di altre spiegazioni alternative avanzate dalla difesa, ma, alla luce delle circostanze del caso, deve essere considerata “probabile” in sé; non è chiaro quale sia lo standard in base al quale provare che i beni appartengano al reo, si ritiene più probabile che debba essere lo standard penalistico¹⁶¹. Non sono previsti limiti temporali, ma il fatto che i beni siano acquisiti in un periodo assolutamente risalente rispetto all'epoca di commissione del reato può essere preso in considerazione ai fini della clausola di “fairness” (Bill Prop 2007/08:68, 64).

6. Il modello di confisca senza condanna accolto nella Direttiva all'art. 4 prevede l'applicazione di tale forma di confisca solo nell'ipotesi in cui il sospettato o imputato sia malato o contumace, e, comunque, solo in relazione alla confisca degli strumenti del reato o dei profitti accertati, perché non si prevede tale possibilità in relazione alla confisca estesa ex art. 5; si richiede, inoltre, che un procedimento *in personam* sia stato iniziato “e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale

¹⁵⁸ Cfr. Supreme Court case RT 2003 s 897, § 14.

¹⁵⁹J. Boucht, *The Limits of Asset Confiscation*, cit., 42 ss.

¹⁶⁰ Idem, 48.

¹⁶¹ Idem, 49.

se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato”¹⁶².

La possibilità di confiscare i profitti di accertata origine illecita nel caso di morte del reo era originariamente prevista nella Proposta di Direttiva. Tale ipotesi risponde in realtà ad esigenze di efficienza del sistema emerse nella prassi applicativa della lotta contro il crimine organizzato, in particolare in Italia, e che meriterebbero di essere considerate, perlomeno in due ipotesi: laddove la morte sopravvenga nel corso del procedimento in seguito all'accertamento, ancorché non definitivo, dell'origine criminale dei beni da confiscare, come era già previsto dalla Suprema Corte italiana in relazione alla confisca di prevenzione¹⁶³, al fine di impedire la restituzione dei beni di origine illecita all'organizzazione criminale, prima delle recenti riforme che ne consentono l'applicazione anche se il prevenuto è morto entro i cinque anni precedenti (art. 18 d.lgs. 159/2011); nell'ipotesi in cui il proprietario sia morto dopo la condanna definitiva, come previsto dalla disciplina della confisca allargata ex art. 240 bis c.p. dopo la riforma introdotta dalla l. 161/2017 (c. 4-*octies* dell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992, abrogato dal d.lg. n. 21/2018 e il suo contenuto trasfuso nel c. 2 dell'art. 183-*quater* d.lg. n. 271/1989). Ferma restando la problematicità dell'applicazione della confisca di prevenzione e della confisca allargata nei confronti dei successori in termini di rispetto del principio del contraddittorio (per la confisca estesa, in particolare, laddove si proceda con incidente di esecuzione nei confronti dei successori), essendo di difficile assolvimento per costoro l'onere di allegazione sull'origine dei beni, che normalmente incombe sul condannato o sul prevenuto (nonostante le affermazioni della Corte Costituzionale che con le sentenze n. 21 e 216 del 2012 ha ritenuto conforme ai principi costituzionali, artt. 24 e 111 Cost., il procedimento di prevenzione patrimoniale anche laddove coinvolge i successori del soggetto defunto prima dell'inizio del procedimento, ritenendo che “le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento”¹⁶⁴).

Ancora, la disposizione in esame, art. 4, c. 2, sembra troppo garantista laddove presuppone non solo l'avvio di un procedimento penale *in personam* ma anche che “detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato”; in tal modo si ammette l'applicazione della confisca solo in quelle limitatissime ipotesi in cui non sia stato possibile svolgere fisicamente il processo per l'assenza fisica dell'imputato, ma non si fa riferimento ad altre ipotesi in cui, pur non potendo pervenire ad una sentenza di condanna, si accerti la consumazione di un fatto *tipico* e *antigiuridico*, fonte di proventi illeciti che andrebbero sottratti in quanto il crimine non può essere una legittima fonte di arricchimento. Si fa riferimento, ad esempio, all'ipotesi di mancanza di imputabilità

¹⁶² Cfr. A. Mangiaracina, *op. cit.*, 376 la quale evidenzia i problemi che tale normativa pone anche in relazione alla garanzia del diritto di difesa personale dell'imputato, sub specie del diritto di partecipare al processo.

¹⁶³ Si prevedeva la non caducazione della misura già disposta per effetto del decesso del soggetto prima della definitività del relativo provvedimento, sempre che i presupposti di indimostrata legittima provenienza dei beni oggetto di confisca, da un lato, e di pericolosità del soggetto, dall'altro, siano già stati accertati, Cass., 17.7.1995, D'Antoni, in *RP* 1996, 526; conformi tra le altre Cass. 11.6.2008, n. 25676; Cass. 4.7.(28.8.)2007, Richichi M.A. ed altri, n. 33479; Cass. 18.4.2007, n. 19761; Cass. 15.6.(22.7.) 2005, n. 27433, Libri, Rv. 231755; Cass. 9.3.(16.5) 2006, David ed altri, n. 16721.

¹⁶⁴ Considerazioni estese anche in relazione alle misure di sicurezza. Nella stessa direzione C. cost., 15.4.(9 .6.) 2015, n. 106, che richiama anche l'applicazione in sede di incidente di esecuzione della confisca estesa.

che non rappresenta necessariamente, come stabilito nel considerando n. 16, un impedimento a partecipare al processo e che impedirebbe, comunque, una sentenza di condanna anche se “l’indagato o imputato avesse potuto essere processato”; o nell’ipotesi in cui la sopravvenuta prescrizione comporti una *sentenza di non luogo a procedere*, quando nel corso del procedimento, svolto prima della prescrizione, sia stata accertata – ancorché non definitivamente – l’origine illecita dei profitti; o nell’ipotesi di proscioglimento dovuto ad amnistia. Chiaramente tali considerazioni valgono sicuramente con riferimento alla confisca diretta del profitto accertato, che non assume carattere punitivo ma di mero *riequilibrio economico*, e non nell’ipotesi della confisca degli strumenti del reato o della confisca allargata, che assumono anche natura punitiva, - fermo restando che tanto più ai fini della confisca estesa si pretende la prova indiziaria dell’origine illecita, tanto più se ne potrebbe ammettere l’applicazione nelle ipotesi considerate -. Si consideri che non solo nell’ordinamento italiano l’art. 578 *bis* Cpp (introdotto dal d.lgs. 21/2018) consente – in maniera problematica¹⁶⁵ - di applicare in caso di prescrizione conseguente a una condanna in primo grado la confisca estesa *ex art. 240 bis* Cp, nonché la confisca, anche per equivalente (nonostante il riconoscimento della sua natura punitiva), *ex art. 322 ter* Cp (l. 3/2019), ma che la giurisprudenza consolidata ammette ciò in relazione alle forme di confisca obbligatoria - misura di sicurezza - del prezzo o del profitto del reato, a partire innanzitutto dalla confisca obbligatoria *ex artt. 240, c. 2, n. 1, e* - prima della riforma dell’art. 578 *bis* Cpp - anche *ex art. 322-ter* cod. pen.¹⁶⁶, ma correttamente non nella forma per equivalente in virtù della sua natura punitiva¹⁶⁷; quest’ultimo orientamento giurisprudenziale è in contrasto con il principio di legalità, prevedendo l’art. 240 c.p. la confisca senza condanna solo nell’ipotesi di cui al c. 2, n. 2. In tale direzione, in Italia la l.n. 34/2008, legge comunitaria non attuata, prevedeva, per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell’art. 2 della decisione quadro 212/2005, la confisca obbligatoria del prodotto, del prezzo del reato, nonché del profitto, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato.

La Direttiva non contempla, quindi, l’*actio in rem* quale procedimento che, indipendentemente dal processo penale *in personam*, consente di aggredire direttamente la proprietà contaminata (*tainted*) in quanto provento o strumento di reato, come previsto ai fini del *civil recovery* (*britannico*) o *del civil forfeiture irlandese*¹⁶⁸, o come consentito in un procedimento di carattere amministrativo nei

¹⁶⁵ Cfr. A.M. Maugeri *La riforma della confisca* (d.lgs. 202/2016), cit., 260 ss.

¹⁶⁶ Per tutte Cass. S.U., 21.7.2015, n. 31617, Lucci in Mass. Uff. n. 264434; Cass., sez. VI, 14.3.2016, Mercuri e altro, n. 10708, in Mass. Uff. n. 266558; Cass. 19.12.2019, (dep. 20/03/2020), n. 10376. Cfr. F. Lumino, *La confisca del prezzo o del profitto del reato prescritto*, CP 2016, 1384; F. Menditto, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano 2015, 453 ss.

¹⁶⁷ Cass. 17.5.2013, Barla e altri, n. 21192, in Mass. Uff. n. 255367; Cass. 29.4.2013, n. 18799, Attianese, in Mass. Uff. n. 255164.

¹⁶⁸ Cfr. N. Ryder, *To confiscate or not to confiscate? A comparative analysis of the confiscation of the proceeds of crime legislation in the United States of America and the United Kingdom*, in *JBusL* 2013, 8, 767; C. King, *Civil Forfeiture in Ireland: Two Decades of the Proceeds of Crime Act and the Criminal Assets Bureau*, in K. Ligeti, M.

confronti dei pubblici funzionari indiziati di corruzione (e altri gravi reati) nell'ordinamento della Georgia¹⁶⁹ e della Bulgaria¹⁷⁰, o come previsto, in parte, dalla disciplina della confisca di prevenzione (che richiede, comunque, che il proprietario sia pericoloso, perlomeno nel passato, nel senso di indiziato di attività criminale). L'art. 4, c. 2, della Direttiva consente, piuttosto, di applicare il provvedimento di confisca diretta in quelle ipotesi in cui, pur in presenza dell'accertamento del fatto tipico e dell'origine illecita dei proventi o dell'utilizzo dei beni come strumento del reato, non si possa pervenire ad una condanna, perlomeno nell'ipotesi di fuga o malattia. Si tratta di un'ipotesi piuttosto ristretta in cui il procedimento destinato alla confisca diventa "autonomo" dal processo penale, non potendo ottenere la condanna, in base a un modello già recepito anche in ordinamenti fondamentalmente garantisti come quello tedesco, anche prima delle recenti riforme che hanno esteso la possibilità di applicare la confisca senza condanna¹⁷¹.

Non è stato accolto il modello di confisca senza condanna elaborato dalla "Commissione LIBE", che, come ampiamente esaminato in altra sede¹⁷², aveva proposto una scelta di politica criminale fondamentalmente e radicalmente diversa rispetto a quella recepita nella versione finale della Direttiva, attraverso l'adozione dell'*actio in rem* pura come modello fondamentale della confisca europea, sul quale promuovere il mutuo riconoscimento¹⁷³. Tale proposta accoglieva le sollecitazioni della Raccomandazione del 2011 del Parlamento Europeo ed era in linea con le Raccomandazioni del GAFI¹⁷⁴, e con la realtà di diversi ordinamenti europei. La Commissione proponeva, però, un modello giurisdizionalizzato e garantistico, qualificando la confisca senza condanna come "*sanzione penale*" da sottoporre alle garanzie previste dalla CEDU (in particolare dagli artt. 6 e 7); una scelta assolutamente corretta, seppure stridente con talune opzioni legislative nazionali, volte a ricomprendere le forme di confisca senza condanna nell'ambito delle misure

Simonato, *Chasing Criminal Money in the EU*, Hart Publishing 2016.

¹⁶⁹ Nell'ordinamento della Georgia la confisca amministrativa, regolata dall'articolo 37, paragrafo 1, del codice di procedura penale e dall'articolo 21, paragrafi 4-11, del codice di procedura amministrativa, si concentra sul recupero di proprietà acquisite ingiustamente e ricchezze inspiegabili di funzionari pubblici e familiari allargati o persone collegate, senza la necessità di precedente condanna penale. La confisca amministrativa scatta una volta che il funzionario è accusato di un reato come corruzione, riciclaggio di denaro, estorsione, appropriazione indebita, evasione fiscale o violazioni di regolamenti doganali; si basa sul ragionevole sospetto da parte delle autorità pubbliche che la proprietà sia stata acquisita ingiustamente con inversione dell'onere della prova in capo al convenuto, sulla base di prove documentali sufficienti della proprietà.

¹⁷⁰ *Zakon za otnemane v polza na darzhavata na nezakonno pridobito imushtestvo* (legge relativa alla confisca a beneficio dello Stato di beni acquisiti illecitamente) (DV n. 38, del 18.5.2012, entrato in vigore il 19.11.2012 e abrogato dallo *Zakon za protivodeystvie na korupsyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushestvo* (legge relativa alla lotta contro la corruzione e alla confisca di beni acquisiti illecitamente), DV n. 7, del 19.1.2018). Cfr. CGUE, 19.3.2020, C-234/18, *Komisija za protivodeystvie na koruptsiyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushtestvo* c. BP e altri.

¹⁷¹ Cfr. A.M. Maugeri, *La proposta di direttiva*, cit., 198 (196 ss.).

¹⁷² A.M. Maugeri, *La proposta di direttiva*, cit., 270.

¹⁷³ Cfr. ECBA, *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*, in www.ecba.gov, 5 fortemente critica nei confronti della confisca senza condanna, che viola i principi di presunzione d'innocenza, *ne bis in idem* e il diritto al pacifico godimento del diritto di proprietà.

¹⁷⁴ Art. 4, § 3 FATF, *International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, 2.2012.

amministrative e civili, proprio per sottrarle alle garanzie penalistiche¹⁷⁵. In accoglimento alle sollecitazioni espresse nella FRA OPINION si pretendeva, in particolare, un alto *standard* della prova dell'origine illecita dei beni da confiscare¹⁷⁶, richiedendo che «l'autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell'articolo 6 della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali» (art. 48). Non ci si accontentava dello standard civilistico, seppur rafforzato, previsto per la confisca estesa in seguito a condanna (art. 4 della Proposta, 5 Direttiva), ma piuttosto si pretendeva correttamente che l'autorità giudiziaria fosse “convinta” dell'origine criminale¹⁷⁷.

Il legislatore europeo sembra non aver creduto nella possibilità di realizzare questa sorta di magica quadratura del cerchio cui aspirava la Commissione LIBE, consistente nella previsione di una vera e propria *actio in rem*, capace di conciliare le esigenze dell'efficienza con le garanzie della materia penale.

La Direttiva, però, non esclude la possibilità che uno Stato membro possa introdurre forme di confisca senza condanna anche in altre situazioni, come emerge dall'art. 4, c. 2, nonché dal considerando n. 15; si precisa, infatti, che la confisca senza condanna deve essere garantita “almeno” nel caso della malattia o contumacia e, come accennato, nel considerando n. 22 si precisa che «La ... direttiva stabilisce norme minime” e “non impedisce agli Stati membri di attribuire poteri più estesi nel proprio diritto nazionale, anche, per esempio, in relazione alle norme sulle prove»: si ritorna anche in questo caso all'approccio minimalista in base al quale la direttiva non prende posizione sulle garanzie imprescindibili che devono accompagnare la disciplina della confisca. Del resto, come esaminato, la Direttiva lascia liberi gli Stati membri di stabilire la natura dei provvedimenti di confisca e dei relativi procedimenti come emerge dal considerando n. 13 e n. 10.

Ne consegue, insomma, che, ferma restando l'attuazione della Direttiva da parte di alcuni ordinamenti che si sono limitati a prevedere l'ipotesi di confisca senza condanna nei termini previsti dall'art. 4 (come quello austriaco), la confisca misura di prevenzione dell'ordinamento italiano, il *decomiso sin condena*, le forme di confisca senza condanna previste nell'ordinamento bulgaro, rumeno¹⁷⁸ e da ultimo polacco, e il

¹⁷⁵ Per un quadro di tale modello di confisca A.M. Maugeri, *Relazione introduttiva*, cit., 90 ss.; Ead., *The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*, in *NJECL* 2012, 272 ss. Cfr. Mo Egan, *Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?*, in *EJCCLCJ* 2011, 167 ss.

¹⁷⁶ Cfr. FRA Opinion, cit., § 2.2.2 (35).

¹⁷⁷ Il termine *convinto* richiama, infatti, il principio del libero convincimento del giudice di stampo continentale, ormai interpretato in base allo standard di *common law* dell'oltre ogni ragionevole dubbio; anche se, come esaminato, si esprime in maniera sicuramente più chiara in tale direzione la decisione quadro GAI n. 212/2005, - che non solo non prevede l'inversione dell'onere della prova, ma pretende che *il giudice sia “pienamente convinto”* sulla base di *fatti circostanziati* dell'origine illecita del bene; la Proposta di Direttiva emendata dalla Commissione LIBE si limitava a richiedere che il giudice fosse “convinto” quasi a voler aprire a uno standard più basso di quello penalistico, oltre ogni ragionevole dubbio, come quello intermedio di *common law*, la prova “chiara ed evidente”.

¹⁷⁸ Nel codice penale della Romania del 2009, in seguito anche alle riforme del 2014, è possibile pronunciare la confisca diretta laddove si accerti un fatto illecito, anche se non attribuibile a una persona specifica; in mancanza

civil recovery o il *civil forfeiture* dell'ordinamento irlandese (o britannico¹⁷⁹) non sono incompatibili con la Direttiva, non rientrano piuttosto nell'obbligo del mutuo riconoscimento (in base alla decisione quadro 783/2006, ormai soppiantata dal Regolamento n. 1805/2018).

In realtà taluni Stati membri nel dare attuazione alla Direttiva sono andati ben oltre i limiti delineati dall'art. 4. Basti pensare alla confisca senza condanna dell'ordinamento spagnolo (art. 127 ter, Ley organica 1/2015)¹⁸⁰ che ricomprende non solo l'ipotesi di fuga o malattia, ma anche quella della morte del reo o di estinzione del reato o di mancanza di responsabilità dell'autore. L'applicazione di tale forma di confisca presuppone l'accertamento di una situazione patrimoniale illegale da parte del tribunale penale in un procedimento in contraddittorio; procedimento contro chi è stato formalmente accusato o contro l'imputato (nozione che ricomprende anche il sottoposto ad indagine, "*acusado o contra el imputado*"¹⁸¹) in relazione al quale sussistono indizi ragionevoli di attività criminale, quando le situazioni elencate avrebbero impedito la continuazione del procedimento penale¹⁸². Non solo, ma si può applicare senza condanna anche la confisca allargata (tranne nell'ipotesi prevista dall'art. 127 *quinquies* CP, *decomiso ampliado en caso de actividad delictiva previa continuada*), diversamente da quanto previsto nella Direttiva che ha concepito la confisca senza condanna come ipotesi residuale e avente carattere sussidiario rispetto alla confisca diretta, come emerge dall'art. 4, c. 2 e dal considerando n. 15. Una parte della dottrina, in verità, nega l'applicazione del *decomiso ampliando* senza condanna, perché non si potrebbero realizzare i presupposti di tale forma di confisca ex art. 127 bis CP, a partire dalla condanna per uno dei delitti elencati; ne consegue che la confisca senza condanna si applicherebbe solo ai proventi che derivano direttamente e in maniera accertata dal delitto¹⁸³. Si ritiene, inoltre, che tale forma di confisca non si

di condanna, sia nel caso di contumacia sia nel caso di malattia (art. 112 c.p. (c. 5 per equivalente), art. 312 cod. proc. pen.).

¹⁷⁹ Da ultimo cfr. P. Alldridge, *op. cit.*, 171 ss.

¹⁸⁰ Tale disciplina è stata introdotta dalla Legge Organica 1/2015, del 30 marzo, che ha modificato la LO 10/1995, che a sua volta ha riformato il codice penale; la Legge 41/2015, del 5 ottobre, ha modificato la legge di procedura penale per accelerare la giustizia penale e rafforzare il processo e, infine, attraverso il regio decreto 948/2015 del 23 ottobre è stato disciplinato l'Ufficio di recupero e gestione beni confiscati (Asset Management). Con tali riforme si vuole "dare all'indagine finanziaria e alla confisca il risalto che meritano nella lotta contro l'aspetto economico del crimine grave, realizzato da organizzazioni e gruppi criminali, garantendo così il loro *strangolamento finanziario*" (Preambolo II).

¹⁸¹ En relación con el término "imputado", debe tenerse presente que a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se ha sustituido el término imputado en la LECr por "investigado o encausado" según la fase procesal (Vid. Preámbulo apartado V y Artículo único, apartado vigésimo). El término "investigado" "servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; en tanto que con el término "encausado" se "designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto (Preámbulo, apartado V).

¹⁸² 2. *El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal*". Per la comparazione con l'ordinamento svizzero e austriaco cfr. Cfr. A.M. Maugeri, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di regolamento*, cit., 22 ss.

¹⁸³ S. Bacigalupo, *Consecuencias accesorias del delito*, inedito.

possa applicare in caso di assoluzione per i reati presupposti (TS 17/12/14, EDJ 2014/255414)¹⁸⁴.

Nell'ordinamento spagnolo, inoltre, sempre in attuazione della Direttiva n. 42/2014, per consentire di applicare la confisca senza condanna è stato introdotto un nuovo procedimento autonomo (arts. 803 ter e) a 803 ter u) LECr), che potrà essere svolto quando il pubblico ministero si limita nell'accusa a richiedere la confisca, rimandandone espressamente l'applicazione in tale procedimento autonomo e, quindi, solo in seguito alla condanna definitiva; tale procedimento potrà iniziare su iniziativa del pubblico ministero, inoltre, quando, pur sussistendo un fatto punibile, l'autore del reato sia deceduto o non sia perseguibile perché contumace o non imputabile.

In relazione all'ordinamento tedesco si deve ricordare che già prima della riforma del 2017 – che ha dato attuazione alla Direttiva – si prevedeva la possibilità di pronunciare la confisca, – sia essa diretta, di valore o allargata –, in un autonomo procedimento – ai sensi del § 76 a, I *Selbständige Anordnung*¹⁸⁵ (“si deve o si può ordinare autonomamente quando si verificano i presupposti per l'applicazione di tali sanzioni, e cioè innanzitutto la commissione di un reato, ma per ragioni di fatto (fuga, la persona è irrintracciabile, o non si riesce a determinare l'identità del responsabile) nessuna persona può essere perseguita o condannata per il reato o, in seguito alla riforma citata, anche per ragioni di diritto (prescrizione, ne bis in idem, mancanza di imputabilità, reintroduzione degli articoli § 422 ss. StPO- *Abtrennung der Einziehung*, 436 StPO-E)¹⁸⁶ e la legge non dispone altrimenti¹⁸⁷. In questo procedimento il giudice penale deve accertare tutti i fatti e gli elementi probatori che sono significativi per la decisione finale¹⁸⁸; il procedimento rimane penale con il relativo standard della prova. Tale forma di confisca autonoma, quindi, anche laddove allargata, non viene applicata in base al mero sospetto (“*bloße Verdacht*”) dell'origine illecita del patrimonio da confiscare, ma si richiede il convincimento del giudice senza limitazioni (“*uneingeschränkte richterliche Überzeugung*”) e, cioè, il positivo convincimento dell'origine illecita dei beni, nel rispetto della regola “*in dubio pro reo*”, – non considerando sufficiente un alto grado di verosimiglianza (“*ganz hohe Wahrscheinlichkeit*”) –¹⁸⁹, come preteso dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte tedesca in relazione al precedente *Erweiterter Verfall*¹⁹⁰. Si ritiene possibile

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ § 76a I StGB, § 440 StPO *Selbständiges Einziehungsverfahren*, § 441 StPO *Verfahren bei Einziehung im Nachverfahren oder selbständigen Einziehungsverfahren*.

¹⁸⁶ Referentenentwurf, (*Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung* BReg418/16), 2.

¹⁸⁷ La confisca non può essere disposta se manca la querela, l'autorizzazione o la richiesta di pena.

¹⁸⁸ § 244 II StPO; cfr. Gramckow, *Einziehung bei Drogendelikten in den USA*, Köln 1994, 244.

¹⁸⁹ BGH, 10.2.1998 – 4 StR 4/98 (LG Bochum), in *NStZ* 1998, 362; BGH, 22.11.1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), in *NStZ* 1995, 125 e 470; Schmidt, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus* 1995, 463; conforme Urte. V. 17.6. 1997 – StR 187/97; cfr. Benseler, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg, 1996, 26.

¹⁹⁰ BVerfG, 14. 1. 2004; BGH, 22.11.1994 – 4 StR 516/94 – BGHSt - 62 - 4, 371-374, Rn. 8; BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 – BVerfGE 110, 1-33, Rn. 86; BGH, *NStZ* RR2013, 207; BGH, *Wistra* 2014, 192 – 193; BGH, 23. 5. 2012 - 4 StR 76/12 (Lexetius.com/2012,2366) in cui si afferma il carattere sussidiario della confisca allargata rispetto alla confisca diretta; conforme BGH 1 StR 662/15 – 15.3.2016 (LG Hof) [=HRRS 2016 Nr. 583].

applicare tale forma di confisca in mancanza di una condanna proprio perché si ritiene che si tratti della penale sottrazione di profitti, volta alla rimozione di una illecita allocazione di beni e a ristabilire l'ordine legale, con funzione preventiva¹⁹¹.

In attuazione della Direttiva, inoltre, sempre nell'ordinamento tedesco, con la riforma citata è stata introdotta una forma di confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale, *indipendentemente dalla prova di un reato specifico*, § 76a, c. 4, per il settore del terrorismo e del crimine organizzato (reati come il riciclaggio, pornografia minorile, il traffico di essere umani, droga, armi, etc.); è stata così introdotta, nell'opinione della stessa dottrina tedesca, una sorta di *actio in rem* ("Verfahren gegen die Sache")¹⁹². La corte può procedere alla confisca dei beni della cui origine illecita sia convinta, nell'ipotesi in cui i beni siano stati sequestrati in un procedimento nei confronti di soggetti indiziati dei reati elencati, ma il destinatario del provvedimento non può essere perseguito o condannato. Tale procedimento è sicuramente in materia penale in quanto non solo attiene a proventi di reato, ma si svolge dinanzi al giudice procedente ovvero, in caso di mancato esercizio dell'azione penale, il giudice (penale) che sarebbe stato competente ove l'azione fosse stata esercitata (§§ 435 e segg. StPO), e, soprattutto, in virtù del § 437 StPO, il convincimento del giudice circa l'origine illecita dei beni da confiscare¹⁹³ comporta il rispetto del principio della libera valutazione delle prove (§ 437 comma 2 StPO-E) e, quindi, si dovrebbe pretendere uno standard della prova penalistico¹⁹⁴. Si tratta di una forma di confisca senza condanna, destinata nella volontà del legislatore a rimuovere le situazioni economiche penalmente illecite, al fine di impedire l'utilizzazione dei proventi del reato e il loro reinvestimento in attività criminali; non viene considerata pena, ma misura giurisdizionale di sottrazione dei proventi illeciti, e quindi non è sottoposta al principio di colpevolezza¹⁹⁵. Nonostante la pretesa, per lo meno in giurisprudenza, di uno standard penalistico della prova dell'origine illecita, anche in questo caso emergono le perplessità della dottrina e del *Bundesrechtsanwaltskammer* che temono una violazione del principio del libero convincimento del giudice (§ 261 StPO), in quanto di fatto il § 437 StPO comporta una concreta inversione dell'onere della prova, in contrasto con la presunzione di innocenza prevista dall'art. 6, c. 2 CEDU¹⁹⁶.

In materia si è pronunciata, da ultimo, la Corte di Giustizia per escludere innanzitutto l'applicabilità della direttiva rispetto alla fattispecie di appropriazione indebita non rientrante negli *eurocrimes*, né oggetto di direttiva volta all'armonizzazione; si applica, tuttavia, la decisione quadro 212/2005 i cui articoli 2, 4

¹⁹¹ R. Esser, *op. cit.*, 79.

¹⁹² Reg-E, S. 108. Cfr. Y. Hübner, »Non-conviction-based confiscation« — Ein Fremd-körper im neuen Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung?, in *Strafverteidiger* 2018, 49 ss.

¹⁹³ che potrà basarsi su una pluralità di indicatori, come le condizioni personali ed economiche del proprietario e, in particolare, la "crassa sproporzione tra il valore del bene e i redditi legali dell'interessato" (§ 437 Absatz 1 Satz 2 StPO-E).

¹⁹⁴ T. Bettels, *Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in Deutschland?*, in *DPenCont online*, 16.12.2016, 4.

¹⁹⁵ Così T. Bettels, *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., 10. Cfr. Id., *Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens. Sicherheit und Gesellschaft*, Berlin 2016.

¹⁹⁶ Idem.

e 5 restano in vigore dopo l'adozione della direttiva 2014/42. In particolare l'articolo 2, c. 1, impone agli Stati membri di adottare le misure per consentire la confisca totale o parziale degli strumenti e dei proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno¹⁹⁷.

Il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la decisione quadro 2005/212 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa di uno Stato membro, – nel caso di specie la Bulgaria –, che prevede che la confisca di beni acquisiti illecitamente sia disposta da un giudice nazionale al termine di un procedimento non subordinato alla constatazione di un reato, né, a fortiori, alla condanna dei presunti autori di tale reato¹⁹⁸. La Corte sancisce, innanzitutto, che l'obiettivo della decisione quadro, – connessa alla decisione 783/2006 sul mutuo riconoscimento –, è che tutti gli Stati membri dispongano di norme efficaci volte alla confisca dei proventi di reato e, quindi, di facilitare la cooperazione in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca dei beni; per poi stabilire che, come emerge dal considerando n. 10, la decisione si limita a prevedere norme minime (§ 63 Conclusioni dell'Avvocato Generale) in materia e, quindi, “la decisione quadro 2005/212 deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa di uno Stato membro che prevede che la confisca di beni acquisiti illecitamente sia disposta da un giudice nazionale al termine di un procedimento che non è subordinato alla constatazione di un reato né, a fortiori, alla condanna dei presunti autori di tale reato”. Nel caso di specie si tratta di un procedimento di natura civile che coesiste, nel diritto interno, con un regime di confisca di diritto penale, e viene attivato dalla commissione incaricata della confisca dei beni quando viene informata che una persona è accusata di aver commesso taluni reati (una volta avviato, tale procedimento si incentra esclusivamente sui beni di cui si presume l'acquisizione illecita, ed è condotto in maniera indipendente da un eventuale procedimento penale)¹⁹⁹.

7. Fermo restando che la Direttiva n. 42/2014 non impedisce agli Stati membri di adottare più estesi modelli di confisca senza condanna, a livello europeo il cammino verso la cooperazione e il mutuo riconoscimento è proseguito anche dopo l'approvazione della direttiva in esame in quanto il Parlamento Europeo e il Consiglio avevano invitato la Commissione a un ulteriore sforzo di analisi per individuare un modello di *actio in rem* condiviso nel rispetto delle tradizioni comuni; invito accolto con l'introduzione del Regolamento n. 1805/2018 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, che si applica a tutti i provvedimenti di confisca, anche non contemplati dalla Direttiva e anche quelli emanati senza condanna.

Uno sforzo per stabilire norme minime e imprescindibili in termini di garanzie in relazione alla possibilità di applicare la confisca senza condanna sarebbe stato

¹⁹⁷ C.G.U.E, 19 .3. 2020, C-234/18, *Komisia za protivodeystvie na koruptsiyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushchestvo* c. BP e altri.

¹⁹⁸ La commissione bulgara incaricata della lotta contro la corruzione e della confisca dei beni ha constatato che BP e i suoi familiari hanno acquisito beni di ingente valore di cui non si è potuto accertare l'origine. Pertanto, detta commissione ha avviato un procedimento civile dinanzi al Sofiyski gradski sad (Tribunale di Sofia, Bulgaria) ai fini della confisca dei beni acquisiti illecitamente

¹⁹⁹ C.G.U.E, 19.3.2020, C-234/18, cit., § 56 ss.

auspicabile, allora, non solo in considerazione della sempre maggiore diffusione di tale modello negli ordinamenti europei²⁰⁰ e del favore ad essi riservato dalla Corte Edu²⁰¹, ma anche al fine di garantire l'applicazione del Regolamento n. 1805/2018 che richiede nell'ultima versione approvata che il provvedimento sia emanato, - non in un procedimento penale (*criminal proceeding*), come originariamente previsto, ma -, in un *proceedings in criminal matters*. Il considerando (13) della Proposta recita che il Regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e confisca emessi nel quadro di un'azione penale, con l'avvertenza che "azione penale" è un concetto autonomo del diritto dell'Unione europea, e che pertanto il Regolamento dovrebbe coprire tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca emessi in seguito a "procedimenti connessi ad un reato"²⁰², anche provvedimenti non previsti nella Direttiva 42/2014 ed emessi in assenza di condanna definitiva²⁰³. Anche nelle definizioni di cui all'art. 2 si precisa al numero 2) che si considera «"provvedimento di confisca": una sanzione o misura definitiva imposta da un organo giurisdizionale a seguito di un procedimento connesso a un reato, che provoca la privazione definitiva di un bene di una persona fisica o giuridica», mentre nella Proposta si faceva riferimento a "un procedimento per un reato". Si fa, quindi, sempre riferimento a un "procedimento connesso a un reato", adottando una definizione molto ampia di procedimento in materia penale. Nell'ambito di un dibattito in materia da parte dei ministri della Giustizia UE (UE, Cons. JAI, 12/13 ottobre 2017) si è precisato che anche certi sistemi di confisca preventiva rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento, a condizione che la decisione di confisca "soit clairement en rapport avec des activités criminelles et que des garanties procédurales appropriées s'appliquent"²⁰⁴.

In conclusione, dal considerando (13) e dal comunicato stampa dell'8 dicembre 2017 sull'orientamento raggiunto dal Consiglio sulla proposta di Regolamento, emerge la volontà del legislatore europeo di consentire il mutuo riconoscimento in relazione a un ampio spettro di confische, comprese quelle adottate senza condanna e talune forme di *preventive confiscation*, purché vi sia un legame con un delitto.

Si esclude, però, espressamente il mutuo riconoscimento per provvedimenti adottati con procedimenti di carattere amministrativo o civile (art. 1 regolamento); si dovrebbe trattare di *forme di confisca puramente civili o amministrative per nulla riconducibili ad attività criminali*²⁰⁵. Categoria nella quale rientrano sicuramente i provvedimenti di espropriazione di beni non connessi a reati.

²⁰⁰ Cfr. J.P. Rui, U.Sieber, *NCBC in Europe-Bringing the Picture Together*, in J.P. Rui, U.Sieber, *Non Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin 2015, 69 ss.

²⁰¹ Per tutte la citata C. eur., 12.5.2015, *Gogitidze v. Georgia*, n. 36862/05; sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca nel sistema penale*, a cura di M. Montagna, 2017, 44 ss. e giurisprudenza ivi citata.

²⁰² Inquietante il considerando 13 laddove precisa che «l'azione penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto»; chiaramente ciò dovrebbe riguardare solo i provvedimenti di congelamento.

²⁰³ Cfr. A.M. Maugeri, *Prime osservazioni sulla nuova Proposta di Regolamento*, cit., 231.

²⁰⁴ *Reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation*, in *Droit pénal n° 11*, .11. 2017, alerte 59.

²⁰⁵ R. Morán Martínez, *España como país ejecutor de decisiones de embargo y decomiso en el reglamento (UE) 2018/1805*, in *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, cit., 267 ss.

Il Regolamento, ancora, non solo ribadisce che devono essere rispettati “i diritti fondamentali e i principi giuridici enunciati all'articolo 6 del trattato sull'Unione europea (TUE)” (art. 1, c. 2 e considerando n. 16), nonché “i diritti fondamentali e ... i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“Carta”) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (“CEDU”)” (considerando n. 17; e, quindi, innanzitutto gli artt. 49 e 50 della Carta, gli artt. 6 e 7 della CEDU come interpretati dalla Corte EDU), ma richiama anche, nel considerando n. 18, l’obbligo di rispettare nei procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento “i diritti procedurali di cui alle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, (UE) 2016/343, (UE) 2016/800 e (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, ...nei limiti dell'ambito di applicazione di tali direttive, per quanto riguarda gli Stati membri vincolati da tali direttive” e comunque l’obbligo di rispettare “le garanzie previste dalla Carta”.

E, ancora, sempre nel considerando n. 18 si pretende il rispetto delle garanzie penalistiche: “In particolare, le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta dovrebbero applicarsi all'azione penale contemplata dal presente regolamento, che non corrisponde ad un procedimento penale”. Tale richiamo alla Carta è importante perché l’adozione di un Regolamento in maniera più diretta e immediata chiamerà in causa la Corte di Giustizia, in virtù dell’art. 267 TFUE, come interprete a titolo originario dello stesso, destinata a risolvere i dubbi interpretativi degli Stati membri nella sua applicazione.

Il Regolamento, insomma, richiede, ai fini del reciproco riconoscimento, che il provvedimento di confisca sia assunto nel rispetto del diritto al giusto processo previsto nell’art. 6 Cedu e negli artt. 47 e 48 della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché il rispetto della *legislazione rilevante prevista a livello europeo – a partire dalla Carta – sulle garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali*. La Corte deve stabilire che si tratti di provento (o strumento) del crimine e in un procedimento in cui si applichino tutte le garanzie della materia penale previste nello Stato membro²⁰⁶. Ne consegue che “*la nozione di "procedure in materia penale" sembra riferirsi, oltre alle procedure penali in senso stretto, anche a quelle procedure giudiziarie che (i) sono collegate a un reato, nel senso che si riferiscono a beni relativi a condotte penali e (ii) nonostante la loro classificazione o natura iniziale come procedimenti civili o amministrativi ai sensi della legislazione nazionale, hanno garanzie procedurali simili a quelle di un processo penale o, piuttosto, attraggono le garanzie essenziali di diritto penale. ...*”²⁰⁷. Si consideri che, come accennato ed esaminato in altra sede, la Direttiva 42/2014 prevede all’art. 8 una serie di garanzie procedurali²⁰⁸.

Ad esempio nell’ordinamento spagnolo il procedimento autonomo introdotto in attuazione della Direttiva 42/2014 per applicare la confisca senza condanna, sopra citato, si presenta come una sorta di ibrido laddove, da una parte, nell’articolo 803 ter g (*Procedimiento*) si prevede che saranno applicabili le norme che disciplinano il giudizio verbale regolato dal titolo III del Libro II della “Ley de Enjuiciamiento Civil”,

²⁰⁶ Cfr. A.M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 58 ss.

²⁰⁷ Cfr. R. Morán Martínez, *op. cit.*, 267.

²⁰⁸ A.M. Maugeri, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 329 ss.

che non si pongano in contraddizione con le regole stabilite in questo capitolo. Dall'altra parte, con l'art. 803 ter h (Exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción) si pone in capo al pubblico ministero l'esclusiva competenza all'esercizio dell'azione in materia, nonché in virtù dell'art. 803 ter f ss. si stabilisce la competenza in capo al giudice o tribunale che ha pronunciato la sentenza di condanna, o che ha iniziato la causa sospesa o che, comunque, sarebbe stato competente qualora il processo non sia stato possibile per le circostanze sopra esaminate, contemplate dall'art. 803. In conclusione, si fa riferimento a un giudice penale. In virtù, ancora, dell'art. 803 ter r (Recursos y revisión de la sentencia firme) saranno applicabili al procedimento di *decomiso autónomo* le norme procedurali del ricorso applicabili al processo penale abbreviato, e quindi ritorniamo ad una disciplina procedurale penalistica; per la destinazione dei beni in virtù dell'art. 803 ter p si applica la disciplina della legge e del codice penale²⁰⁹.

Anche nell'ordinamento tedesco, come esaminato, il procedimento autonomo volto all'applicazione della confisca senza condanna si svolge davanti a un giudice penale e con le garanzie della materia penale (a partire dall'applicazione del principio del libero convincimento del giudice e dello standard della prova penalistico).

A tal proposito si può ricordare che la CGUE (Grande Camera) nella sua sentenza del 14 novembre 2013, emessa nella causa Baláž, C-60/12, ha interpretato il concetto di "tribunale competente, in particolare, in materia penale" nel contesto dell'applicazione della decisione quadro 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, sulla base del vecchio TUE (terzo pilastro), stabilendo che la "giurisdizione in materia penale" sia una nozione autonoma del diritto dell'UE, senza che la qualificazione del reato come penale o amministrativa, nel diritto nazionale, sia determinante (paragrafo 35). Il giudice nazionale può essere costituito come autorità amministrativa indipendente, competente come organo di ricorso in materia di illeciti amministrativi (punto 39). Ciò che è importante è che il tribunale applichi "un procedimento che presenti le caratteristiche essenziali di un procedimento penale, senza tuttavia che sia richiesto che tale autorità giudiziaria disponga di una competenza esclusivamente penale" (paragrafo 36). In questa sentenza, la Corte lussemburghese ha ritenuto che l'*Unabhängiger Verwaltungssenat* austriaco ha piena giurisdizione e applica adeguate garanzie procedurali in materia penale, come "il principio nulla poena sine lege, di cui all'articolo 1 del VStG, il principio della punibilità unicamente in caso di imputabilità o di responsabilità penale, di cui agli articoli 3 e 4

²⁰⁹ Il procedimento si svolge nei confronti di coloro che sono coinvolti per la loro relazione con i beni da confiscare (con citazione anche nei confronti dei terzi aventi causa, art. 803 ter j Legitimación pasiva y citación a juicio). L'art. 803 ter m (Escrito de contestación a la demanda de decomiso) stabilisce sostanzialmente che il contraddittorio si attiva solo in seguito alla contestazione delle parti interessate alla richiesta di confisca, presentata dal pubblico ministero e loro comunicata; altrimenti in mancanza di contestazione il giudice competente può pronunciare il provvedimento di confisca definitivo. Nell'articolo 803 ter p (Efectos de la sentencia de decomiso) si precisa che il contenuto dell'esito della procedura di confisca autonoma non sarà considerato vincolante nell'eventuale successivo procedimento giudiziario a carico del convenuto, né l'eventuale provvedimento di confisca autonoma sarà sottoposto ad azione giudiziaria nell'eventuale successivo procedimento penale contro il convenuto. Cfr. A. Planchadell Gargallo, *El proceso de decomiso autónomo: aspectos procesales*, in *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, a cura di N.R. García-I. Berdugo-Gómez de la Torre, cit., 123 ss.

del VStG, e il principio della proporzionalità della sanzione alla responsabilità e ai (n.d.r. alla gravità dei) fatti, di cui all'articolo 19 del VStG" (sez. 40)²¹⁰.

Non solo, ma fermo restando, che nell'*Explanatory Memorandum* della proposta di regolamento si ricorda che la Corte Edu ha ripetutamente considerato conforme all'art. 6 Cedu e al diritto di proprietà ex art. 1 del PA Cedu, forme di confisca senza condanna fondate su presunzioni, purché siano confutabili e "*if effective procedural safeguards are respected*" – in linea con la direttiva 2016/343 sulla presunzione d'innocenza (che nel considerando n. 22 ammette l'uso di presunzioni) –, per contro la stessa direttiva 2016/242 pretende il rispetto del diritto al silenzio, quale aspetto importante della presunzione d'innocenza (considerando n. 24). E, allora, non si può fondare la prova dell'origine illecita del patrimonio sul silenzio dell'imputato o prevenuto, nonché attribuire a tale silenzio dignità probatoria, come invece avviene normalmente nell'applicazione di forme di confisca allargata, compresa la confisca ex art. 240 bis Cp o ex art. 24 d.lgs. 159/2011, in relazione alle quali la giurisprudenza pretende la spiegazione esauriente di come si sia economicamente formato il patrimonio.

In tal guisa l'adozione del Regolamento dovrebbe rappresentare un incentivo all'adozione di un modello di processo al patrimonio conforme alle garanzie penalistiche, a partire dallo standard della prova penalistico circa l'origine illecita dei beni, se si vorrà garantire il mutuo riconoscimento delle forme di confisca estesa previste nell'ordinamento italiano, sia essa la confisca ex art. 240 bis Cp sia essa la confisca di prevenzione.

8. Da ultimo nel *Commission Work Programme for 2021/24* è stato annunciato l'intento di revisionare la Direttiva 42/2014 e di introdurre una Direttiva sugli *Asset Recovery Offices*, che dovrebbe sostituire la decisione quadro 2007/845/GAI, in considerazione degli scarsi successi che ancora si registrano nella confisca dei proventi del reato in Europa e con lo scopo di sostenere la lotta degli Stati membri contro il crimine organizzato e la sua infiltrazione nell'economia legale e nelle pubbliche istituzioni: «The initiative will contribute to increasing the low confiscation rates across the European Union, which currently only reach around 2% of freezing and 1% of confiscation of criminal profits. As the ability to freeze and confiscate assets depends directly on the capacity to trace and identify them, the specific objective of the initiative is to strengthen Asset Recovery Offices and to reinforce EU cooperation and informational exchange in order to increase confiscation rates». Garantire che il crimine non paghi sarà ancora più importante nella fase di ripresa economica che seguirà alla crisi determinata dall'emergenza pandemica (COVID-19 crisis).

Sebbene una valutazione completa della direttiva 2014/42/UE e della decisione 2007/845/GAI debba ancora essere condotta, la relazione della Commissione *Recupero e confisca dei beni: garantire che il crimine non paghi* e gli studi precedentemente commissionati sull'attuazione della direttiva 2014/42/UE (HOME/2017/ISFP/FW/LECO/0084 e *Asset recovery and confiscation: what works and what doesn't work -HOME/2018/ISFP/FW/EVAL/0081*) hanno già mostrato alcune

²¹⁰ C.G.UE (Grande Camera), 14.11.2013, Marián Baláž, C-60/12.

potenziali aree di miglioramento.

In particolare i problemi che emergono attengono al limitato ambito di applicazione della Direttiva che all'art. 3 non comprende molte fattispecie rilevanti come i crimini contro gli interessi finanziari, il traffico di armi normalmente commesso da gruppi organizzati, il riciclaggio e i crimini ambientali, - fermo restando che, come esaminato, tali reati potrebbero essere coperti laddove realizzati in forma organizzata - ; i modelli di confisca estesa e senza condanna sembrano insufficienti ad affrontare le sfide del crimine organizzato perché la direttiva consente l'applicazione della prima solo a un elenco minimo di reati, ex art. 5, paragrafo 2, e la seconda, come esaminato, è prevista solo in caso di contumacia o malattia, fermo restando che gli Stati membri possono prevedere, come ricordato, più estesi poteri di confisca. Tanto è vero che effettivamente gli Stati membri hanno introdotto regole non armonizzate, oltre quelle minime pretese dalla direttiva, soprattutto in relazione al sequestro, alla confisca estesa e senza condanna. La mancanza di armonizzazione, però, ostacola le indagini finanziarie transfrontaliere e determina il mancato riconoscimento degli ordini di congelamento e confisca di un'autorità giudiziaria straniera, soprattutto laddove sorgono delle questioni relative all'onere e allo standard della prova, o alla sproporzione tra il valore dei beni e i redditi leciti.

Ancora, la Direttiva invita gli Stati membri a riutilizzare i beni confiscati per scopi pubblici o sociali, ma non ha imposto un obbligo, con la conseguenza che in diversi ordinamenti i beni confiscati non vengono attualmente utilizzati per risarcire le vittime di reati o per restituire i profitti alla società attraverso il loro riutilizzo sociale; a parte il fatto che talora la gestione inefficiente dei beni congelati e confiscati, che spesso si svalutano rapidamente, rende difficile il risarcimento delle vittime anche laddove sia stata introdotta una legislazione ad hoc per garantire tale risarcimento e il riutilizzo dei beni a fini sociali. Nonostante, poi, la Direttiva, con l'art. 11, richieda agli Stati membri di raccogliere dati statistici sui provvedimenti annuali di sequestro e confisca, e sul valore dei beni sequestrati e confiscati, i dati raccolti sono limitati e non comparabili; gli *Asset Recovery Offices* spesso non hanno accesso a questi dati e a quelli degli altri Stati, e ciò, insieme alla mancanza di un database centralizzato a livello europeo, gli impedisce di sapere se determinati beni siano già stati sequestrati e confiscati da un altro Stato membro.

Gli scarsi risultati nella confisca dei proventi del reato in casi transfontalieri viene attribuita anche al malfunzionamento degli *Asset Recovery Offices*, che hanno attualmente poteri limitati per identificare e rintracciare i beni di origine criminale, sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale. Si lamenta, soprattutto, che questi uffici dispongono di informazioni limitate, in mancanza di accesso diretto e immediato alle banche dati (ad esempio registri aziendali o fondiari), nonché al *Europol's Secure Information Exchange Network Application* (SIENA); hanno poteri operativi insufficienti, ad esempio in relazione al sequestro urgente, nonché risorse finanziarie, umane e tecniche inadeguate e anche il grado e la qualità dei corsi di formazione è ritenuto carente; spesso non sono sufficientemente coinvolti nel procedimento di confisca e incontrano problemi nelle indagini finanziarie, anche per la mancanza di regole comuni in relazione alle indagini transfontaliere. La regolamentazione imposta

a tali uffici per la protezione dei dati personali, infine, non è in linea con la *Data Protection Police Directive* (direttiva 2016/680).

Alla luce di ciò si ritiene necessario un intervento di revisione della Direttiva 42/2014, l'introduzione di una direttiva relativamente agli *Asset Recovery Offices* e l'introduzione degli *Asset Management Offices*. Tra i vari scenari possibili per il futuro quello che sembra più interessante e foriero di un reale cambio di marcia in questo settore è quello che ricomprende sia una serie di proposte legislative²¹¹ destinate all'introduzione di ulteriori strumenti giuridici, sia iniziative non legislative volte a incrementare la capacità e l'efficienza delle agenzie di recupero dei beni, da una parte, e delle forze dell'ordine e degli attori giudiziari, dall'altra, individuando e condividendo le *best practices*.

ITP

²¹¹ Proposte destinate a:

«•Broadening the scope of Directive 2014/42/EU to cover additional criminal offences than those included in Article 3 and 5(2) of the Directive;

- Expanding the non-conviction based and extended confiscation provisions of Directive 2014/42/EU;
- Reinforcing the status and powers of the Asset Recovery Offices, so to ensure a higher level of practical cross border cooperation following transnational crime;
- Broadening the obligations towards the systematic launching of financial investigations and post-conviction financial investigations;
- Establishing an obligation to grant Asset Recovery Offices direct access to a minimum set of data and databases (e.g. land registries, vehicle registries, company registries, criminal records, maritime and aviation registries) to facilitate the identification and tracing of criminal proceeds and instrumentalities.
- Expand the set of minimum information to be included in cases of cross-border information sharing between Asset Recovery Offices to go beyond the obligations of Article 3 of Council Decision 2007/845/JHA.¹³
- Introducing the obligation for Asset Recovery Offices to exchange information through the Europol Secure Information Exchange Network Application (SIENA) to facilitate the swift and secure identification and tracing of criminal proceeds and instrumentalities;
- Introducing stronger statistical data gathering obligations, including the establishment of central registries of frozen assets at Member States' level and a cross EU registry on cross-border freezing orders;
- Establishing Asset Management Offices in all EU Member States to enforce stricter rules on how to manage frozen and seized assets to avoid their depreciation.
- Introducing stronger obligations towards victim's compensation and towards the social reuse of the proceeds and instrumentalities of crime;
- Aligning the Asset Recovery Offices data protection framework with the Data Protection Police Directive (Directive 2016/680)».

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X