

# 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"

Anna Maria Maugeri

## ABSTRACT

La Direttiva 2014/42/UE, approvata in base agli artt. 83, § 1, 82, § 2, TFUE, persegue lo scopo di promuovere l'armonizzazione in materia di confisca, in particolare estesa, superando i limiti della decisione quadro n. 212/2005, con lo scopo ultimo di implementarne il mutuo riconoscimento ai sensi della decisione quadro n. 783/2006. Rappresenterà l'occasione per una riforma e forse razionalizzazione della disciplina in materia da parte degli Stati membri, anche se le scelte del legislatore europeo non sempre sembrano realizzare un corretto bilanciamento tra le esigenze dell'efficienza e le garanzie della materia penale (nella prima direzione, ad esempio, si prevede la confisca per equivalente degli strumenti del reato, nella seconda la clausola dell'onerosità per garantire il rispetto del principio di proporzionalità). L'art. 5 prevede un modello di confisca estesa, in seguito alla condanna, meno garantistico di quelli previsti nella decisione quadro 212, fondato su un problematico standard della prova "civilistico rinforzato", attribuendo rilievo all'elemento della sproporzionalità e auspicando la delimitazione temporale della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale. Il legislatore europeo all'art. 4 non accoglie, invece, sostanzialmente il modello della confisca senza condanna, ammesso solo nel caso di fuga e malattia, non credendo evidentemente nella possibilità di elaborare un modello di *actio in rem*, realmente giurisdizionalizzato e garantistico, come prospettato dalla Commissione LIBE, pur non escludendo la possibilità degli Stati membri di prevedere più estesi poteri di confisca o comunque di garantirne il mutuo riconoscimento.

## SOMMARIO

0. Premessa. – 1. La confisca diretta, la confisca per equivalente e l'esecuzione successiva (art. 4 - art. 9). – 2. Il principio di proporzionalità: la confisca degli strumenti; la clausola dell'onerosità. – 3. La confisca dei proventi nel caso di "confusione". – 4. La confisca nei confronti dei terzi. – 5. La confisca allargata ex art. 5. – 5.1. La delimitazione temporale della presunzione di origine illecita. – 6. La confisca senza condanna (art. 4, c. 2). – 7. La disciplina del congelamento dei beni: un anomalo passo indietro in termini di garanzie. – 8. Il diritto di difesa e a un ricorso effettivo. – 9. Il riutilizzo sociale dei beni. – 10. Conclusioni.

## 0.

## Premessa.

In accoglimento delle sollecitazioni avanzate nel programma di Stoccolma e nelle conclusioni del Consiglio Giustizia e affari interni in materia di confisca e recupero dei beni, adottate nel giugno 2010, circa l'importanza di una più efficace identificazione, confisca e riutilizzazione dei beni di origine criminosa, nonché delle pressioni della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011, 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))<sup>1</sup>, in relazione alla quale sono state presentate delle proposte di emendamento da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (nel prosieguo la *Commissione LIBE*)<sup>2</sup>. La Proposta è stata definitivamente approvata dal Parlamento e dal Consiglio il 3 aprile 2014, con il voto contrario della Polonia e senza la partecipazione al voto dell'Inghilterra (considerando n. 43) e della Danimarca (considerando n. 44), che è stata invece la principale promotrice della direttiva n. 212/2005 sui poteri allargati di confisca; aderisce l'Irlanda ma solo in relazione ai reati contemplati dagli strumenti legislativi cui è vincolata (considerando n. 42). In base all'ultimo Corrigendum del 29 aprile 2014, gli Stati membri devono dare attuazione alla Direttiva entro il 4 ottobre 2016.

Delle diverse opzioni strategiche prese in considerazione dalla Commissione nell'elaborazione della proposta relativa al nuovo strumento, è stata preferita l'"opzione legislativa massima con riconoscimento reciproco" che prevede di apportare dei miglioramenti al processo di armonizzazione delle norme e all'esecuzione delle decisioni negli Stati membri, al fine di realizzare *il riconoscimento reciproco di tutti i tipi di provvedimenti*<sup>3</sup>; in tale direzione nei primi considerando della Direttiva si ribadisce che il suo scopo 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). Lo scopo ultimo della direttiva, – che si fonda, infatti, sull'art. 82, § 2<sup>4</sup>, oltre che sull'art. 83, § 1<sup>5</sup> –, diventa, allora, la promozione del *reciproco riconoscimento* dei provvedimenti di confisca<sup>6</sup>, riconosciuto come il metodo indispensabile per un'efficace implementazione di questo indispensabile strumento di lotta alla criminalità del profitto e alla criminalità organizzata, rappresentato dalla confisca, in particolare dei proventi del reato.

La necessità di introdurre la direttiva nasce dalla considerazione, come evidenziato nel considerando n. 19, che la decisione quadro n. 212/2005, che già prevedeva poteri estesi di confisca e i cui modelli – piuttosto garantistici – di confisca estesa dovevano rappresentare il punto di riferimento per il reciproco riconoscimento previsto dalla decisione quadro n. 783/2006, offrendo modelli alternativi di confisca allargata e, si potrebbe aggiungere, consentendo agli Stati membri non solo di scegliere alternativamente uno di questi modelli, ma più a monte di introdurre forme ulteriori di confisca ancor più efficienti anche se con minori

<sup>1</sup> Per una dettagliata analisi della versione originaria della Proposta di Direttiva sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2012, p. 180 ss. (nel prosieguo MAUGERI, *op. cit.*); cfr. BALSAMO, *Il "codice antimafia" e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in *questa Rivista*, 20 luglio 2012; PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2013, p. 215 ss.; MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *Dir. pen. e proc.* 2013, p. 369.

<sup>2</sup> Per una completa disamina delle proposte di emendamento sia consentito il rinvio a 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 *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, p. 180 ss.; per un sintetico quadro di insieme degli emendamenti cfr. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *questa Rivista*, 16 luglio 2013.

<sup>3</sup> 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 marzo 2012, 9.

<sup>4</sup> Tale norma prevede la possibilità di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, direttive di armonizzazione minima in alcuni settori di cooperazione penale, ma subordinatamente alla condizione che ciò si riveli necessario al fine di facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. La disposizione rispecchia, traducendola in norma di Trattato, l'indicazione già presente nel punto 37 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999; SALAZAR, *Commento art. 82*, in CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 906.

<sup>5</sup> Sugli artt. 82 e 83 del TFUE, cfr. il commento di SALAZAR, *Commento art. 82*, cit., p. 896 ss.; ID. *Commento art. 83*, in CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, cit., p. 914 ss..

<sup>6</sup> 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*, 2, che lamenta la mancata considerazione del mutuo riconoscimento nella proposta di direttiva.

garanzie, ha finito con il compromettere la cooperazione; nella prassi si rifiuta il mutuo riconoscimento previsto dalla decisione quadro n. 783/2006 laddove il modello di confisca accolto dallo Stato richiedente sia diverso rispetto a quello dello Stato richiesto. In quest'ultima decisione si ammette tra i motivi di rifiuto previsti dall'art. 8 la circostanza che la decisione di confisca esula dal campo di applicazione dell'opzione adottata dallo Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della decisione quadro 2005/212/GAI<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>. Le disposizioni vigenti dell'Unione in materia di confisca dovrebbero rimanere in vigore al fine di mantenere un certo livello di armonizzazione per quanto riguarda quelle attività criminali che non rientrano nel campo di applicazione della presente direttiva. Conseguentemente la proposta mantiene 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. Tale tecnica di parziale sostituzione di un precedente strumento che rimane, per il resto, in vita è stata criticata perché fonte di mancanza di tassatività e di scarsa riconoscibilità del dettato legislativo<sup>9</sup>; sarebbe stato auspicabile in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta Europea dei diritti fondamentali l'introduzione di uno strumento interamente nuovo come richiesto dall'art. 9 del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona che fa riferimento ad atti legislativi e non a "regole" (specifiche disposizioni) («...the legal effects of the acts of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union adopted on the basis of the Treaty on European Union prior to the entry into force of the Treaty of Lisbon shall be preserved until those acts are repealed, annulled or amended»)<sup>10</sup>.

L'ambito di applicazione della direttiva sarà delimitato ai sensi dell'art. 3 ai gravi reati previsti in una serie di direttive<sup>11</sup>, molti già elencati nell'art. 83, § 1, del TFUE, fermo restando che attraverso l'inserimento della sfera di criminalità relativa alla "criminalità organizzata" si consentirà l'applicazione della direttiva ad altri reati, purché realizzati appunto in forma organizzata alla luce della definizione di organizzazione criminale fornita dalla decisione quadro 2008/841/GAI<sup>12</sup> (definizione piuttosto ampia<sup>13</sup>). Nel primo considerando si evidenzia, in tale direzione, che la finalità della direttiva è quella di imporre agli Stati di dotarsi dei mezzi per rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi da reato, proprio perché il profitto è il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di stampo mafioso, e la prevenzione e la lotta efficaci contro la criminalità organizzata dovrebbero essere conseguite neutralizzando i proventi da reato. In tal modo, ad esempio, potranno rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva i reati ambientali, tra cui il traffi-

<sup>7</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6 Ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*, in GU C 116 del 9.5.2008, 18.

<sup>8</sup> «1. L'articolo 1, lettera a), dell'azione comune 98/699/GAI, gli articoli 3 e 4 della decisione quadro 2001/500/GAI, nonché l'articolo 1, primi quattro trattini, e l'articolo 3 della decisione quadro 2005/212/GAI, sono sostituiti dalla presente direttiva per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva».

<sup>9</sup> ARCIFA, *The new Eu Directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon Eu strategy on tracking and confiscating illicit money*, Maggio 2014, n. 64.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> 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 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.

<sup>12</sup> 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, p. 42).

<sup>13</sup> PAOLI, *How to Tackle (Organized) Crime in Europe? The EU Policy Cycle on Serious and Organized Crime and the New Emphasis on Harm*, in *Eur. J. of Crime, Crim. Law and Crim. Justice*, 22 (2014), p. 3: "This is very broad, as it defines a "criminal organization" as a "structured association established over a period of time, of more than two persons acting in concert with a view to committing offences which are punishable with the deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or a more serious penalty, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit" (European Council, 2008b: 42). This definition means that any group from the Sicilian Cosa Nostra to a burglars' clique, from Al Qaeda to a youth gang engaging in assaults, can be considered a form of organized crime".

co 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 TFUE<sup>14</sup>.

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 presente direttiva dovrebbe essere attuata conformemente a tali diritti e principi". Si accolgono così gli emendamenti proposti dalla Commissione LIBE a quello che originariamente era il 18° considerando della Proposta, attraverso l'esplicito richiamo ai diritti e ai principi previsti non solo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ma anche dalla CEDU e dalla sua giurisprudenza, riconoscendo il ruolo di entrambe nella tutela dei diritti fondamentali, in conformità alle previsioni dell'art. 6 del Trattato di Lisbona.

Proprio la tutela delle garanzie della materia penale, a scapito dell'efficienza, sembra prevalere, come si esaminerà, nelle scelte espresse dalla Direttiva in relazione alla confisca senza condanna, il cui ambito di applicazione è stato drasticamente ridotto anche rispetto all'originaria Proposta di Direttiva e soprattutto rispetto al modello di confisca senza condanna proposto nella Relazione della Commissione LIBE, in cui si adottava l'*actio in rem* come principale modello di confisca europea<sup>15</sup>.

## 1. La confisca diretta, la confisca per equivalente e l'esecuzione successiva (art. 4 – art. 9).

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" –. Come emerge dal 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.

Essa contiene una definizione di "provento" (art. 2)<sup>16</sup> di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 212/2005 al fine di includere la possibilità di confiscare 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 delimitazione di tale concetto, esaminati in altra sede<sup>17</sup>; anche nel considerando n.

<sup>14</sup> MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *NJECL* 2010, p. 463; critico 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 *Eur. Journ. Of Crime* 21, 2013, p. 141.

<sup>15</sup> MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 270 ss.

<sup>16</sup> «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.

<sup>17</sup> Sia consentito il rinvio a MAUGERI: *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 255; ID., *op. cit.*, p. 19; ID., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2013, p. 708.

11 si precisa che “Occorre chiarire l’attuale concetto di proventi da reato al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, ... Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi”.

In tale direzione la Risoluzione del Parlamento Europeo del 2011 richiedeva di precisare che il concetto di provento di reato esplicitato nella Convenzione ONU di Palermo e ripreso nella decisione quadro 2008/841/CE è più vasto rispetto a quello di profitto (invita sin da subito gli Stati membri a recepire correttamente tale concetto nei loro ordinamenti in maniera da permettere che qualsiasi entrata connessa direttamente o indirettamente al compimento di reati nell’ambito delle organizzazioni criminali possa essere oggetto di sequestro e confisca)<sup>18</sup>.

Non è stata accolta la proposta dell’*European Criminal Bar Association* di restringere solo ai “*proceeds*” direttamente derivanti dal crimine.

L’emendamento n. 6 della Commissione LIBE propone di applicare tale ampia nozione di provento anche in relazione ai reati non rientranti nell’ambito di applicazione della futura direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI, che obbliga gli Stati membri a consentire la confisca di beni strumentali e proventi da reato a seguito di una condanna definitiva nonché la confisca di beni il cui valore corrisponda a tali beni strumentali e proventi; tale emendamento è stato accolto nella Direttiva, come si legge nel considerando n. 14.

Nel considerando n. 12 si precisa che nel concetto di profitto rientrano “i documenti o gli strumenti legali comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti su tali beni. Tali documenti o strumenti possono includere, ad esempio, strumenti finanziari o documenti che possono far sorgere diritti di credito e di norma si trovano in possesso della persona interessata dalle procedure in questione”; in tale direzione le Sezioni Unite nella sentenza Fisia ammettono la confisca diretta dei crediti, laddove chiaramente si ritenga che ciò di cui l’ente risulti creditore rappresenti un illecito profitto, causalmente connesso al reato: «il provvedimento di confisca dovrebbe ricadere sui crediti stessi (confisca diretta), considerato che la confisca di questi per equivalente porrebbe il destinatario nella condizione di vedersi privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente realizzata»<sup>19</sup>. Non ammette, quindi, la confisca per equivalente dei crediti, anche se certi, liquidi ed esigibili, in quanto si tratterebbe di introiti “futuri”, ancora non pervenuti, utilità non ancora effettivamente conseguite ma solo attese. In ogni caso la Corte precisa, poi, che «il sequestro preventivo diretto, funzionale alla confisca del profitto del reato costituito da crediti è ammesso a condizione che questi siano certi, liquidi ed esigibili, cioè non contestati e determinati con precisione nel loro ammontare. Infatti, solo un credito che abbia tali caratteristiche potrebbe essere considerato alla pari di un incremento patrimoniale ovvero di un vantaggio direttamente e immediatamente derivante da reato; mancando tali caratteri si tratterebbe di una utilità futura e incerta, che mai assumerebbe i connotati e la natura di profitto come sopra inteso»<sup>20</sup>.

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 delle 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 attuazione<sup>21</sup>. La confisca di valore è stata introdotta, però, sempre più spesso come confisca speciale, mentre in via generale è prevista esclusivamente da

<sup>18</sup> Cfr. BALSAMO-LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata. A proposito della Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell’Unione europea (europea (2010/2309(INI))*, in *questa Rivista*, 26 gennaio 2012.

<sup>19</sup> Cass., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, Soc. Fisia e altro, in CED, rv. 239926, § 7; Cass., 20 febbraio 2009, n. 7718, Fondazione S. Raffaele, 1733; Cass., sez. V, 14 dicembre 2011, n. 3238, Soc. Valore S.p.a.; Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748, P. e altro. Cfr. NICODEMO-NICODEMO, *Responsabilità amministrativa degli enti: crediti sociali confiscabili*, in *Il Sole 24*, 2011, p. 68.

<sup>20</sup> Cass., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, *cit.* Conf. Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; cfr. Cass., sez. V, 20 febbraio 2009, n. 7718, Fondazione S. Raffaele.

<sup>21</sup> MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in MAZZA-VIGANÒ, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, p. 180.



una norma di carattere procedurale, l'art. 735 *bis* c.p.p., al fine di garantire l'esecuzione in Italia di un provvedimento di confisca disposto da un'autorità straniera, disposizione introdotta in seguito alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione di Strasburgo del 1990.

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. Nella prima direzione si può ricordare la giurisprudenza italiana che, anche in relazione alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001, ha riconosciuto la "natura surrogatoria" della 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 tale direzione in contrasto con la giurisprudenza prevalente che riconosce la natura punitiva della confisca per equivalente, si sostiene che "ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato L. n. 300 del 2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale"<sup>22</sup>.

Emblematica è, però, in materia la recente vicenda giurisprudenziale riguardante i reati tributari. Ad avviso della giurisprudenza sia la confisca facoltativa, sia quella obbligatoria, nel postulare la ricorrenza di un necessario rapporto di pertinenzialità tra "prodotto, profitto e prezzo", da un lato, e "reato", dall'altro, non sarebbero applicabili alla generalità dei reati tributari, in quanto il profitto consistente nel risparmio dell'imposta dovuta non si adatterebbe al concetto di 'provenienza da reato', dal momento che coincide con beni già presenti nel patrimonio del reo<sup>23</sup>. Tanto è vero che è stata introdotta in materia la confisca per equivalente (art. 1, c. 143, della l. n. 244/2007) al fine di consentire l'ablazione del profitto coincidente con l'imposta evasa; in questo caso la confisca per equivalente non fungerebbe da meccanismo sussidiario della confisca diretta, ma rappresenterebbe una forma di confisca "principale" del profitto risparmio<sup>24</sup>, quindi si atterrebbe a "misura alternativa" nel linguaggio della Direttiva. Da ultimo, però, le Sezioni Unite hanno fatto rientrare nella nozione di profitto confiscabile con la confisca diretta (di proprietà), e non con la confisca per equivalente, anche il risparmio integrato dal tributo non pagato<sup>25</sup>; la Corte ritiene sostanzialmente che il denaro che il soggetto ha risparmiato, in quanto tributo non versato, rappresenta il profitto direttamente confiscabile, che in quanto bene fungibile può essere sottratto al reo con la confisca diretta ex art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. perché la "confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta"<sup>26</sup>.

La direttiva assume, in conclusione, un orientamento neutro ammettendo le due opzioni circa la natura della confisca per equivalente come sanzione sussidiaria o misura alternativa, ma il principio di legalità delle sanzioni e di tassatività<sup>27</sup> impone 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 *Wertersatzverfall* – § 73a StGB<sup>28</sup> –. In ogni caso si dovrebbero fornire dei criteri di "stima" di tale forma di profit-

<sup>22</sup> Cass., 6 luglio 2006, n. 30729, Carere; cfr. POTETTI, *Confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p., sequestro preventivo e reato plurisoggettivo*, in *Riv. pen.* 2013, 612.

<sup>23</sup> Cass., sez. un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, in *Il fisco*, 43/2004, p. 7355; Cfr. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. nuova proc. pen.* 2012, p. 597; MAGRO, *In tema di profitto confiscabile*, in *Arch. Pen.* 2013, p. 189; FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca per equivalente nei reati tributari "nazionali" e "transnazionali" e la schermatura dei patrimoni*, in *Riv. pen.* 2013, p. 141 ss.

<sup>24</sup> Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro; Cass., sez. III., 5 marzo 2013, n. 32799; Cass., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029. In tale direzione LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova 2002, p. 170.

<sup>25</sup> Cass., sez. un., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Gubert., in *questa Rivista*, 12 marzo 2014.

<sup>26</sup> Cfr. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 716 ss.; LANZI, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *Ind. Pen.* 2014, p. 169 ss.

<sup>27</sup> Cfr. BRICOLA, *Teoria generale*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino 1973, p. 18; Corte Cost., sent. n. 6 del 1966, in *Giur. cost.* 1966, p. 274.

<sup>28</sup> Così ESER, § 73, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010, p. 1120, § 16.

to, pur evidenziando che la quantificazione concreta di un simile profitto “raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività”<sup>29</sup>.

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.

A capoIn 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 Verfall* tedesco o anche per la confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/’92 (applicata dal giudice dell’esecuzione<sup>30</sup>), 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, ad esempio in Svizzera, oppure 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 perchè già consumati, dispersi, nascosti; interessanti, però, le questioni sorte nel recente caso *R v Padma (Gurpreet Singh)*<sup>31</sup> 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.

## 2.

### Il principio di proporzione: la confisca degli strumenti; la clausola dell’onerosità.

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 stata già 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 proprio in considerazione di tale natura punitiva<sup>32</sup>.

Nel considerando n. 17 della Direttiva, però, si precisa che la confisca degli strumenti del reato<sup>33</sup> 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 prin-

<sup>29</sup> Così MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.* 2011, p. 2342; GIAVAZZI, *sub art. 19*, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA-MANCUSO-SPANGHER-VARRASO, Ipsoa, 2007, p. 176.

<sup>30</sup> Cass., sez. I, 18 febbraio 2009 (4 febbraio 2009), n. 6932.

<sup>31</sup> [2013] EWCA Crim 2330. in *The Journ. of Crim. Law* 2014, 2, p. 110; cfr. DOIG, *Comment revisiting the available amount confiscation of post-acquired legitimate assets*, *ivi*.

<sup>32</sup> MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 255 ss.

<sup>33</sup> Per le problematiche connesse alla delimitazione di tale nozione sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 256 ss.

cipio di proporzione in conformità all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale direzione rappresenta un interessante modello il § 74 b, *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 proporzione<sup>34</sup>. 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 sentenza<sup>35</sup>. Questa norma è considerata un'espressione positiva non solo del principio di proporzione<sup>36</sup>, ma anche del principio di colpevolezza, quale criterio di commisurazione della pena<sup>37</sup>.

In termini simili § 19a StGB<sup>38</sup> dell'ordinamento austriaco prevede che il *Konfiskation* non si applica se si ritenga sproporzionato rispetto alla gravità del fatto o alla colpevolezza del reo.

Nell'ordinamento italiano la giurisprudenza ha talora escluso l'applicazione nei confronti dei terzi della confisca degli strumenti proprio in considerazione del suo carattere punitivo (come la confisca obbligatoria del veicolo<sup>39</sup> o la confisca obbligatoria degli strumenti, anche delle cose destinate, del reato di contrabbando – art. 301, 1 c., d.P.R. n. 43/73, come modificato dall'art. 11 della l. 30 dicembre 1991, n. 413<sup>40</sup>), come d'altra parte espressamente previsto dal legislatore in talune ipotesi (basti pensare alla confisca obbligatoria dell'area sulla quale viene realizzata una discarica abusiva ex art. 6 d.l. 6 novembre 2008, n. 172, prevista solo se il terreno è di proprietà dell'autore del reato<sup>41</sup>). Un uso spropositatamente repressivo si registra in relazione alla confisca, ex art. 187 del d.lgs. n. 58/1998, dei beni utilizzati per commettere il reato di abuso di informazioni privilegiate, – art. 184 t.u.f. –, o di manipolazione del mercato, – art. 185 t.u.f. –. La confisca dei beni utilizzati per commettere il reato e cioè dell'ammontare di capitale investito, che potrà avvenire solo per equivalente, assume un carattere assolutamente punitivo, rappresentando una vera e propria pena patrimoniale, anche se la Suprema Corte supera simili obiezioni, non negando la natura punitiva della *confisca per equivalente dei beni utilizzati*

<sup>34</sup> Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, pp. 80-81 ss.; LACKNER, § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 28 ed. 2014, Rn. 1-5.

<sup>35</sup> Cfr. HERZOG, § 74, in *Nomos Kommentar*, IV ed., p. 2615, § 13; Id. § 74 b *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *ivi*, p. 2631, § 3. Nel caso in cui manca la proporzione il giudice può decidere di diminuire la pena principale se non è possibile intervenire sulla confisca, oppure di diminuire la quantità dei beni da confiscare o di applicare la misura solo a una parte del bene; nei casi limite in cui non è possibile tale intervento, anche per la difficoltà di bilanciare delle grandezze diverse come la pena detentiva e quella patrimoniale, non si applicherà la confisca. Il giudice deve però dimostrare nel suo giudizio di aver compiuto gli sforzi necessari, anche se vani, per applicare la confisca. Nel compiere tale valutazione il giudice deve tenere conto delle conseguenze dell'applicazione della confisca sulla vita futura del reo (criterio di commisurazione sancito dal § 46, par. 1, comma 2, *StGB*); si possono verificare, infatti, delle ipotesi in cui la confisca potrebbe produrre maggiori effetti desocializzanti della pena detentiva, Cfr. HORN, 74 b, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in RUDOLPHI-HORN-SAMSON-GÜNTHER-WOLTER, *StGB Systematischer Kommentar*, Luchterhand, 2007, pp. 37 – 38; SCHULTEHINRICHS, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz, Univ., Diss., 1991, p. 97.

<sup>36</sup> Tale norma costituisce una delle ipotesi di concretizzazione del divieto di abuso (*Übermaßverbot* – BVerfGE 16, 194, 202), cfr. ESER, § 74 b, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010, p. 816.

<sup>37</sup> Cfr. HORN, *op. cit.*, p. 38; SCHULTEHINRICHS, *op. cit.*, p. 97. Il comma 1 ((1) *Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so darf sie in den Fällen des § 74 Abs. 2 Nr. 1 und des § 74a nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung betroffenen Täter oder Teilnehmer oder in den Fällen des § 74a den Dritten trifft, außer Verhältnis steht*) non si applica alla confisca-misura di sicurezza (§ 74 c. 2 Nr. 2) (alla quale si applica il secondo paragrafo nell'ipotesi in cui sia espressamente previsto); in quest'ipotesi la considerazione dell'interesse generale e delle esigenze di prevenzione generale prevalgono imponendo l'applicazione della confisca, indipendentemente dal grado di colpevolezza del reo.

<sup>38</sup> (1) Gegenstände, die der Täter zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat verwendet hat, die von ihm dazu bestimmt worden waren, bei der Begehung dieser Straftat verwendet zu werden, oder die durch diese Handlung hervorgebracht worden sind, sind zu konfiszieren, wenn sie zur Zeit der Entscheidung im Eigentum des Täters stehen

<sup>39</sup> La confisca obbligatoria del veicolo utilizzato per la consumazione del reato assume una evidente finalità afflittiva, più che preventiva, a partire dalla confisca del veicolo in seguito a guida in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186, c. 2, lett. C, cod. strad., nonché dell'art. 187, c. 7 in relazione al rifiuto di sottoporsi ai controlli alcolimetrici, o 187, c. 1 c. 8, per la guida in stato di alterazione psichica per uso di sostanze stupefacenti. Cfr. GATTA-VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza*, in *questa Rivista*, 9 dicembre 2010; PARODI, *Successione di leggi in materia di confisca del veicolo e articolo 7 CEDU*, *ivi*, 24 Gennaio 2012.

<sup>40</sup> Cfr. Corte Cost., 29 gennaio 1987 n. 2, Lucchetti e altri, in *Cass. pen.*, 1987, p. 867 – ha stabilito che, salve le ipotesi in cui esiste un'illiceità obiettiva in senso assoluto della cosa, il principio di personalità della responsabilità penale esclude che possa essere disposta la confisca di cose pertinenti al reato che, al momento della decisione del giudice, siano di proprietà di un soggetto che "non sia l'autore del reato o non ne abbia in alcun modo tratto profitto".

<sup>41</sup> Cfr. ZAINI-TIANI, *Art. 240 c.p.*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, I, Milano 2011, p. 2438.



per commettere il reato, ma anzi riconoscendola e giustificandola per esigenze di prevenzione generale e tutela del mercato e dell'economia nazionale, sorvolando per il resto sulla censura di incostituzionalità per violazione del principio di proporzione laddove non è possibile graduare una simile pena<sup>42</sup>. Gli stessi problemi si pongono in relazione alla confisca contemplata dall'art. 187 *sexies*, commi 1 e 2, del T.U. nella parte in cui impongono la confisca degli strumenti finanziari "movimentati" attraverso l'operazione compiuta in violazione dell'art. 187-*bis* (*insider trading*-illecito amministrativo), o del loro controvalore, senza consentire all'autorità amministrativa prima, e al giudice investito dell'opposizione poi, di graduare la misura in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa. Proprio in relazione a tale ultima fattispecie è stata mossa per ben due volte la questione di legittimità costituzionale per contrasto tanto con l'art. 3 Cost. per la palese *irragionevolezza* della sanzione in tal modo comminata, quanto con l'art. 27 Cost., per violazione del principio di *proporzionalità*, da reputare riferibile anche alle sanzioni amministrative<sup>43</sup>. Dopo aver ritenuto una prima volta inammissibile l'eccezione per oscurità e indeterminatezza del *petitum*<sup>44</sup>; la seconda volta la Corte la rigetta perché si richiederebbe un intervento creativo, e cioè una pronuncia additivo-manipolativa, che – in surroga dell'attuale obbligo di confisca integrale, anche per equivalente, previsto dalla norma censurata – riconosca all'autorità amministrativa (in sede di irrogazione) e al giudice (nell'ambito del giudizio di opposizione) il potere di «graduare» la misura «in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa»<sup>45</sup>: «la confisca – sia penale che amministrativa – è sempre e soltanto una misura fissa»; nel nostro ordinamento l'alternativa al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività<sup>46</sup>. La Corte Europea nella recente pronuncia Grande Stevens<sup>47</sup> fa rientrare nella nozione di materia penale il procedimento amministrativo in questione, sancendo nel caso di specie la violazione del principio del *ne bis in idem* (il diritto a non essere giudicati o puniti due volte), art. 4 del Protocollo n. 7; in un'ottica riformatrice, peraltro, la stessa Consob suggerisce di limitare la confisca di cui all'art. 187-*sexies* al solo "profitto" proveniente dall'illecito, eliminando la confisca dei "beni utilizzati per commetterlo"<sup>48</sup>.

Per il resto l'esigenza del rispetto del principio di proporzione nell'applicazione della confisca degli strumenti del reato non è generalmente presa in considerazione dalla giurisprudenza italiana; sarà interessante, allora, valutare l'opportunità alla luce del considerando n. 17 della Direttiva di inserire una regola che imponga il rispetto del principio di proporzione, soprattutto laddove la confisca assuma un carattere punitivo, anche ai fini del rispetto del principio di colpevolezza come criterio di commisurazione della pena.

In tale prospettiva e non solo, cioè anche in relazione alla confisca del provento dei reati, al considerando n. 18 si ammette l'introduzione della clausola dell'onerosità, già sollecitata dall'emendamento n. 10 proposto dalla Commissione LIBE, 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". Anche nell'"*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*" (nel prosieguo FRA OPINION)<sup>49</sup> si richiede di prevedere che il giudice possa decidere discrezionalmente di rinunciare alla confisca laddove sorga un "*serious risk of injustice*"<sup>50</sup>.

La direttiva, al considerando n. 18, 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

<sup>42</sup> Cass. sez. V, 13 marzo 2012, n. 28486, in *Giur. comm.* 2013, II, p. 210.

<sup>43</sup> Corte di Appello di Torino, sez. I civile, ordinanza del 5 ottobre 2010; Corte App. Milano, 30 gennaio 2009, in *Foro Ambr.*, 2009, I, 88; Corte di Appello di Torino, ordinanza del 27 gennaio 2012. Nel senso della natura sostanzialmente "penale" dell'ipotesi di confisca in questione, SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 12; MUCCIARELLI, *Art. 187*, in FRATINI-GASPARRI, *Il testo unico della finanza*, III, Torino, 2012, p. 2420; FRATINI, *Art. 187-sexies, ivi*, p. 2533.

<sup>44</sup> Corte Cost. 10 giugno 2011, n. 186, in *Cass. pen.*, 2012, p. 89, con nota di PETRONI.

<sup>45</sup> Corte Cost. 5 novembre 2012, n. 252, § 4. Sui rischi di una deriva punitiva della confisca del profitto sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 669 ss.; ID., voce *La confisca nel diritto penale*, in *Enc. Dir.*, Agg., in corso di pubblicazione.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Corte eur. dir. uomo, II Sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010; conforme in materia tributaria Corte eur. dir. uomo, IV Sezione, 20 maggio 2014, Nykänen v. Finland, n. 11828/11.

<sup>48</sup> Relazione Consob per l'anno 2010, 53, in [www.consob.it](http://www.consob.it).

<sup>49</sup> THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), Opinion – 03/2012, *Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 December 2012.

<sup>50</sup> FRA OPINION, cit., § 1.3 (18).

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 subordina l'applicazione dell'*Härtevorschrift* (*Regola dell'onerosità*) (§ 73 c) una parte della dottrina tedesca: viene in considerazione 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'impresa<sup>51</sup>.

In ogni caso l'esigenza di rispettare il principio di proporzione dovrebbe 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 affittivo – anche se non scevro da finalità di prevenzione generale e speciale –, e viene, invece, utilizzata come una vera e propria "pena patrimoniale" che comporta l'ablazione di beni legittimamente posseduti: come quando la confisca per equivalente viene applicata per intero a ciascuno dei concorrenti<sup>52</sup> o al concorrente che non ha percepito il profitto<sup>53</sup>, o la confisca, in particolare "di valore", viene utilizzata per sottrarre beni di valore corrispondente al danno risarcibile, a risparmi di spese non determinabili, a vantaggi futuri<sup>54</sup>, o comunque 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)<sup>55</sup>; come quando si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario<sup>56</sup> o si ritiene applicabile anche se il profitto non è stato conseguito, perché reato di pericolo<sup>57</sup>. Nell'ordinamento italiano 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 è previsto nello "[Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio](#)", recentemente redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Professore Palazzo<sup>58</sup>.

Simili questioni si sono poste anche nell'ordinamento inglese in cui emerge il timore che

<sup>51</sup> Per ulteriori considerazioni sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L'atto in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 292. Cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73 c *Härtevorschrift*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47 ed., München 1995, p. 546; FISCHER-SCHWARZ-DREHER-TRÖNDLE, § 73c, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58 ed., München, 2011; LACKNER-KÜHL, § 73 c, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27 ed., 2011, § 1-3; ESER, § 73 c, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 2, p. 1130. Cfr. BGH, 17 giugno 2010 – 4 StR 126/10 (in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>); BGH, 10 giugno 2009, 2 StR 76/09, NJW 2009, 2755 e in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>; BGH, 28 giugno 2000 – 2 StR 213/00 (LG Aachen), in *NStZ* 2000, p. 590, ha precisato che la scomparsa del profitto conseguito dal patrimonio dell'interessato al momento del provvedimento, e cioè l'ipotesi prevista dal secondo comma e che consente facoltativamente la rinuncia all'applicazione del *Verfall*, non comporta l'ingiusto sacrificio previsto dal primo comma con conseguente rinuncia obbligatoria all'inflazione della confisca. In materia cfr. anche BGH, 5 aprile 2000 – 2 StR 500/99 (LG Kassel), in *NStZ* 2000, p. 480.

<sup>52</sup> Cass. 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.* 2009, p. 3102; Cass., 13 maggio 2010, n. 21027; *contra* Cour de cassation (2° ch., E), 11 settembre 2013, P.13.0505.F., in *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, p. 131.

<sup>53</sup> Cfr. Cass., S.U., 27 marzo 2008 n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri. Tra le altre Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; Cass., sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976; Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140, De Ferrari.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748.

<sup>55</sup> Tribunale di Milano, 3 novembre 2010/3 gennaio 2011; Corte d'Appello di Milano, sez. II, 25 gennaio 2012, Banca Italease S.p.A., in *questa Rivista*, 11 aprile 2012, con nota di SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente per reati societari e profitto confiscabile*, *contra* Cass., V sez., 28 novembre 2013 (dep. 4 marzo 2014), Banca Italease S.p.A., n. 10265: "Il profitto confiscabile, richiamato nell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente beneficiario ingenerato dal reato, attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica". Cfr. da ultimo Cass., Sez. V, 3 aprile 2014 (dep. 13 giugno 2014), n. 25450, in *questa Rivista*, 27 giugno 2014, con [nota di Dova](#), il quale precisa che in questo caso il pubblico ministero fa rientrare nella nozione di profitto dell'ente derivante dal reato di manipolazione del mercato «la miglior valutazione da parte delle agenzie di rating e il consolidamento della propria posizione sul mercato», la Suprema Corte precisa che «la nozione di profitto dipendente dal reato di manipolazione del mercato e riferibile sia alla società che agli azionisti indagati, debba presentare i connotati della immediata derivazione e della concreta effettività, ma non coincide necessariamente, quanto alla posizione dell'ente collettivo, con il solo profitto conseguito dall'autore del reato, potendo consistere anche in altri vantaggi di tipo economico che l'ente abbia consolidato e che siano dimostrati». La Corte precisa, inoltre, che «per l'azionista, d'altra parte, valgono ovviamente gli stessi criteri, con la precisazione che il vantaggio può consistere nella acquisizione della plusvalenza delle azioni, come nella evitata perdita di valore, sempre che il vantaggio stesso possa individuarsi con le caratteristiche della effettiva realizzazione e non nella sola "attesa"».

<sup>56</sup> Cass., sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836, in *De Jure*; Cass., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, C., in *Guida al diritto*, 2013, 1, p. 81; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256 e Cass., sez. V, 10 novembre 2011, Mazzieri, n. 1843, Rv. 253480.

<sup>57</sup> Cass., sez. III, 3 luglio 2012, n. 25677. Cfr. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 710 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>58</sup> In *questa Rivista*, 10 febbraio 2014.

la confisca del profitto disciplinata dal POCA 2002 diventi una misura draconiana in violazione del principio di proporzione, come è emerso in alcune sentenze particolarmente rigorose<sup>59</sup> 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 danneggiato<sup>60</sup>; la giurisprudenza ha, quindi, cercato di delimitare l'applicazione della confisca del profitto nel rispetto del principio di proporzione, come emerge nel caso *R v del Basso* [2011] 1 Cr App R (S) e *Waya* [2012] UKSC 51. Nel primo caso la Suprema Corte ha evidenziato l'esigenza di applicare il principio di proporzione per evitare di trasformare la confisca del profitto in una mera pena pecuniaria e di violare l'art. 1 del I Protocollo CEDU, il cui rispetto è imposto dall'Human Rights Act 1998 (HRA); ciò implica che il sacrificio del diritto di proprietà deve essere proporzionato – in quanto deve sussistere un corretto bilanciamento tra i mezzi utilizzati da uno Stato e gli scopi perseguiti –, e, che la Corte non deve applicare la confisca quando non superi il test di proporzionalità. La Corte evidenzia che ai fini del rispetto del principio di proporzione non è rilevante l'afflizione del reo derivante dalla confisca o il danno cagionato dal reato, ma piuttosto il perseguimento degli scopi propri della confisca: «*to punish convicted offenders, to deter the commission of further offences and to reduce the profits available to fund further criminal enterprises and is proportionate to that aim, rather than simply amounting to an additional financial penalty*» (*R v Rezvi* [2002] UKHL 1, [2003] 1 AC 1099). A tal fine non basta utilizzare il s 10(6) POCA che consente di non applicare le presunzioni di uno «stile di vita criminale» del condannato per certi reati (e, quindi, di presumere che tutti i beni conseguiti nei sei anni precedenti sono di origine criminale) se l'imputato ha dimostrato che sono errate (al di sopra del bilancio delle probabilità) o sussiste un serio rischio di ingiustizia («*The combination of these provisions, and especially the latter, ought to mean that to the extent that a confiscation order in a lifestyle case is based on assumptions it ought not, except in very unusual circumstances, to court the danger of being disproportionate because those assumptions will only be applied if they can be made without risk of serious injustice*»), in quanto tale disposizione consente di evitare un uso improprio delle presunzioni, ma non di rispettare in sé il principio di proporzione, fermo restando che «*Proportionality arguments are unlikely to be successful in cases involving a finding of criminal lifestyle due to the safeguards inherent in the phrase "serious risk of injustice"*»<sup>61</sup>. Nel caso *Waya*, ancora, la UK Supreme Court ha stabilito che la severità della disciplina «*will have a deterrent effect on at least some would-be criminals. It does not, however, follow that its deterrent qualities represent the essence (or the 'grain' of the legislation. They are, no doubt, an incident of it, but they are not its essence. Its essence, and its frequently declared purpose, is to remove from criminals the pecuniary proceeds of their crime*»<sup>62</sup>). Nel successivo caso *Harvey* in tale direzione si afferma che la confisca del profitto è sproporzionata se il reo ha già interamente risarcito il danneggiato e non sussiste alcun ulteriore profitto<sup>63</sup>.

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 in considerazione 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<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> *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.

<sup>60</sup> *R v May* [2008] UKHL 28, [2008] 1 AC 1028; cfr. BADGER, *R V Waya – Proportionality in confiscation proceedings*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial law* 2013, p. 47; ALLDRIDGE, *Proceeds of Crime Law since 2003 – Two Key Areas*, in *Crim. L. R.* 2014, p. 174; ULPH, *Confiscation orders, human rights, and penal measures*, in *Law Quarterly Rev.* 2010, v. 126, p. 251 ss.

<sup>61</sup> BADGER, *op. cit.*, p. 48.

<sup>62</sup> *Waya* [2012] UKSC 51; [2013] 1 A.c. 294 at [21].

<sup>63</sup> *Harvey*, [2013], EWCA Crim 1104 at [32]. Per ulteriori approfondimenti cfr. ALLDRIDGE, *op. cit.* p. 176 ss.

<sup>64</sup> BOUCHT, *op. cit.*, p. 158 ss.

## 3.

## La confisca dei proventi nel caso di “confusione”.

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. 12 *sexies* d.l. 306/92 (dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all’attività economica) o la confisca misura di prevenzione (art. 2 *ter* l. 575/65 e 24 cod. mis. di prev.) 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 proporzione<sup>65</sup>.

Si afferma, infatti, in giurisprudenza: “Al riguardo, la soluzione della Corte di merito appare giuridicamente ineccepibile nel sostenere – sulla base di insegnamento di legittimità<sup>66</sup>, al quale questo Collegio aderisce pienamente – che, nell’insieme aziendale non fosse possibile operare la reclamata distinzione, stante il carattere unitario dell’azienda, che è il risultato combinato e sinergico di capitali, beni strumentali, forza lavoro ed altre componenti, giuridicamente inglobati ed accomunati nel perseguimento del fine rappresentato dall’esercizio dell’impresa, secondo la definizione civilistica (art. 2555 c.c.). Nell’insieme unitario costituente autonomia realtà economico-sociale, proprio perché i vari fattori interagiscono finalisticamente e si integrano vicendevolmente, dando luogo ad un’entità autonoma, non è possibile discernere l’apporto di componenti lecite (riferibili a capacità ed iniziativa imprenditoriale) da quello imputabile ad illecite risorse, tanto più ove il consolidamento e l’espansiva espansione delle aziende del proposto siano stati, sin dall’inizio, agevolati dall’organizzazione mafiosa, in un circuito perverso di illecite cointeressenze (cfr., pure, in tema di sequestro, Sez. 3, n. 6444 del 7.11.2007, Donvito, rv. 238819)”<sup>67</sup>.

Tale tendenza espansiva emerge talora anche nella prassi applicativa della confisca ex art. 416 bis c. 7 (che richiede da parte dell’accusa la dimostrazione o del rapporto di strumentalità rispetto all’attività del sodalizio criminale – le cose che servono o furono destinate –, o del nesso causale con tale attività – prodotto, prezzo, profitto o reimpiego –<sup>68</sup>), nonché ex art. 3 *quinquies* l. 575/65 – oggi art. 34 del cod. antimafia –, nei confronti delle attività che agevolano l’attività del preposto (nei limiti “dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”), per cui si confiscano non i beni di origine illecita ma tutti i beni mezzo nella disponibilità diretta o indiretta del prevenuto. Si trasforma così la confisca antimafia, ex artt. 2 *ter* e 3 *quinquies* l. 575/65, o la confisca estesa ex art. 12 *sexies* o la confisca ex art. 416 bis, c. 7, in uno strumento di aggressione delle attività imprenditoriali in qualche modo contaminate, indipendentemente da quale sia l’origine del patrimonio o la porzione degli interessi di origine illecita.

Una simile interpretazione *viola il principio di legalità*, perché l’art. 2 *ter* e l’art. 3 *quinquies* consentono la confisca solo dei beni che siano frutto o reimpiego e nella misura in cui siano frutto o reimpiego, così come la confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 consente solo la confisca dei beni di valore sproporzionato o comunque dello scompensato tra redditi leciti e situazione

<sup>65</sup> MAUGERI, Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo, in MAZZA-VIGANO, Il “Pacchetto sicurezza” 2009 ( Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94), Torino 2009, p. 425; ID., Dall’ actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un’unica strategia politico criminale contro l’infiltrazione criminale nell’economia?, in VISCONTI-FIANDACA, Scenari attuali di mafia. Analisi e strategie di intervento, Torino 2010, pp. 297 ss.; ID., La confisca ex art. 3 *quinquies* l. 575/65: la nozione di agevolazione e l’oggetto della confisca, in questa Rivista, 29 giugno 2011; Trib. di Palermo, sez. misure di prev., 25 settembre 2013, S., inedita; [Cass., sez. V, 17 dicembre 2013 \(dep. 17 marzo 2014\), n. 12493, Cinà](#)

<sup>66</sup> Cass., Sez. 5, 30 gennaio 2009, Baratta, n. 17988, Rv. 244802; Cass., Sez. 2, 8 febbraio 2007, n. 5640, Schimmenti.

<sup>67</sup> Cass., 23 gennaio 2014, n.16311.

<sup>68</sup> Cass. sez. II, 4 marzo 2005, n. 9954, De Gregorio, in *Cass. pen.* 2006, 2, p. 607, Rv. 231029, la previsione di “obbligatorietà della confisca non comporta alcuna presunzione sotto il profilo della strumentalità delle cose che si intendono sequestrare”, ma si richiede l’accertamento di “una relazione specifica e stabile” tra il bene e l’illecito “che testimoni l’esistenza di rapporto strutturale e strumentale”; conformi Cass., Sez. Un., 26 ottobre 1985, Piromalli, in *Giur. it.* 1986, II, c. 209; Cass. 26 ottobre 1985, Avignone, in *Ced. Cass.* 00007, Rv. 171063; Cass. 6 giugno 1992, in *Ced. Cass.* n. 06784., Rv. 190545; TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *Quad. del C.S.M.* 1998, I, p. 481 ss.; BARAZZETTA, *Art. 416 bis*, in *DOLCINI-MARINUCCI, Codice penale commentato*, cit., p. 4310; PICCIRILLO, *Art. 416 bis*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma 2012, p. 686; PISA, *Art. 416 bis*, in *CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, CCBP* Cedam 2011, p. 1437.



patrimoniale del reo in un lasso di tempo determinato<sup>69</sup> e la confisca ex art. 416 bis, c. 7, come affermato dalla Suprema Corte, “non concerne tutti i beni comunque acquistati dai singoli associati in un determinato periodo, ma va riferita esclusivamente ai beni che servono ... o che ne costituiscono l'impiego”<sup>70</sup>.

Contro una simile dilatazione dell'ambito di applicazione delle forme di confisca in questione la Suprema Corte si è, del resto, ripetutamente pronunciata affermando, anche recentemente, innanzitutto che «Le disposizioni che disciplinano il sequestro e la successiva confisca di prevenzione – in specie l'art. 2-ter legge n. 575 del 1965 – non consentono di colpire indiscriminatamente tutti i beni dei soggetti appartenenti alle categorie alle quali sono applicabili dette misure patrimoniali, bensì solo quelli di valore sproporzionato al reddito dichiarato o alla attività economica svolta ovvero che ... siano frutto di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego»<sup>71</sup>.

«Non si pongono problemi nei casi in cui il bene confiscato, per intero e nel suo complesso, ab origine risulti acquisito al patrimonio del soggetto per effetto diretto o mediato di provenienza da attività illecite; esiste invece la necessità di stabilire i limiti di operatività dell'effetto ablativo nelle ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella lecita disponibilità (“già nella disponibilità del soggetto medesimo, in virtù di pregresso acquisto del tutto giustificato dal titolo dimostrato lecito”), esigenze di rispetto del principio di proporzione e del diritto di proprietà, ex art. 42 Cost., imporrebbero di restringere l'ambito di applicazione della confisca in esame alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca»<sup>72</sup>. Il provvedimento ablativo deve essere rispettoso del generale principio di equità e, per non contrastare il principio costituzionale di cui all'art. 42 Cost., non può coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, nell'indispensabile temperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle di garanzia della proprietà privata, deve essere limitato al valore del bene, proporzionato all'incremento patrimoniale ingiustificato per il reimpiego in esso effettuato di profitti illeciti: il che si realizza mediante la confisca della quota ideale del bene, ...”<sup>73</sup>; “poiché il reimpiego avviene mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti dei beni già nella legittima disponibilità del soggetto, l'effetto ablativo deve essere limitato al valore del bene acquisito in conseguenza del reimpiego e, cioè, all'incremento patrimoniale ingiustificato”<sup>74</sup>.

La Suprema Corte sottolinea da ultimo, l'esigenza di “un'analisi selettiva, per differenziare quanta parte di redditività possa ragionevolmente imputarsi alla fruibilità (e conseguente utilità economica) di illeciti apporti finanziari e quanta parte possa, viceversa, ritenersi risultato economico di disponibilità finanziarie lecite e legittimamente investite”, con l'invito a compiere tale “attività di rivisitazione ... sulla base di dati economici-finanziari di sicuro affidamento”<sup>75</sup>.

L'obbligo di interpretazione conforme scaturente dall'entrata in vigore della Direttiva impone, quindi, di accogliere tale orientamento garantista della Suprema Corte contro indebite interpretazioni estensive delle forme di confisca antimafia e, in particolare, “allargata” dell'ordinamento italiano che, sfruttando la confusione dei proventi illeciti con gli assetti patrimoniali leciti, tendono a trasformare la confisca dei proventi del reato in forme di confisca generale dei beni.

<sup>69</sup> MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425; Id., *Dall' actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., pp. 297 ss.; da ultimo Id., *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca*, in questa Rivista, 29 giugno 2011.

<sup>70</sup> Cass., sez. I, 1 aprile 1992, Bruno e altro, in *Cass. pen.* 1993, p. 1987.

<sup>71</sup> Cass. 22 febbraio (24 maggio) 2012, n. 19623, Spinelli; Cass., sez. I, 6 giugno 2012, n. 40254. N.d.r. corsivo aggiunto.

<sup>72</sup> Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011 (dep. 14 marzo 2011), n. 10219; Cass., sez. 6, 28 marzo 2007, n. 30131 Cc. (dep. 24 luglio 2007), Rv. 237327, Frangiamore; Cass., 2 marzo 1999, Morabito, Rv. 214781; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, n. 544, p. 922.

<sup>73</sup> Cass., 22 febbraio (24 maggio) 2012, n. 19623, Spinelli; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio; Cass., 4 luglio 2007, n. 33479, Richichi; Cass., 24 gennaio 1995, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, n. 544, p. 922.

<sup>74</sup> Cass., 28 marzo 2002, Ferrara, in *Cass. pen.* 2003, p. 611 s.; Cass., 13 marzo 1997 (dep. 12 giugno 1997), n. 1105, Mannolo, in *Cass. pen.* 1998, n. 1070, p. 1774; Cass., 23 marzo 2007, n. 18822; Cass., sez. I, 17 maggio 2012, n. 25464, G.N., in *Diritto & Giustizia* 2012, 2 luglio; sostanzialmente conforme Cass., sez. I, 22 aprile 2013 (dep. 9 luglio 2013), n. 29186.

<sup>75</sup> Cass., 25 gennaio 2012, sez. V, n. 17739, Richichi-Vadalà; cfr. Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto. Cfr. PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino 2010, p. 334 s.

## 4.

**La confisca nei confronti dei terzi.**

L'art. 6 della Direttiva (considerando n. 24) disciplina la confisca presso terzi dei profitti del reato o di beni di valore equivalente, nell'ipotesi in cui siano stati trasferiti o alienati a terzi per eludere la confisca, perlomeno se i terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che lo scopo del trasferimento o dell'acquisto era di impedire la confisca in base a fatti concreti e circostanze, inclusa la circostanza che il trasferimento o l'acquisto fosse gratuito o in cambio di un ammontare significativamente inferiore al valore di mercato; ferma restando la garanzia della tutela dei diritti dei terzi in buona fede<sup>76</sup>.

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; si riprende il *considerando* 13 *ter* introdotto con l'emendamento 14 della Commissione LIBE, esaminato in altra sede<sup>77</sup>.

In tale direzione nell'ordinamento italiano il concetto di estraneità al reato (ai fini della confisca del profitto ex art. 240 c.p., 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 vantaggio<sup>78</sup>. 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, sopra citato<sup>79</sup>; una tale disposizione sembra fondamentale per consentire una maggiore efficienza delle misure in esame, salva la tutela dei diritti del terzo acquisiti in buona fede.

Non è stato correttamente accolto nella versione approvata dell'art. 6 l'emendamento 34, proposto dalla Commissione Libe, che aggiungeva gli "strumenti" del reato tra gli oggetti della confisca; tale emendamento sembrava poco opportuno in considerazione del carattere punitivo che finisce per assumere una tale forma di confisca, rappresentando gli *strumenti* beni legittimamente posseduti dal reo seppure utilizzati per uno scopo criminale, e quindi piuttosto discutibile la sua applicazione presso terzi, tranne nell'ipotesi in cui siano stati fraudolentemente trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca o in cui si tratta di beni il cui possesso è vietato o sottoposto ad autorizzazioni amministrative, come previsto dall'art. 240 c.p., c. 2.

Si può valutare positivamente, invece, l'accoglimento di altri emendamenti proposti dalla Commissione LIBE e, innanzitutto, con l'emendamento n. 36 l'eliminazione della frase che prevedeva la confisca dei proventi presso terzi nell'ipotesi in cui i beni fossero suscettibili di restituzione ("La confisca dei proventi di reato o di beni di cui al paragrafo 1 è possibile qualora i beni siano suscettibili di restituzione, oppure laddove"); frase che avrebbe potuto ingenerare degli equivoci lasciando intendere che se i beni fossero stati suscettibili di restituzione si dovesse procedere sempre nei confronti dei terzi, anche in mancanza delle condizioni oggettive e soggettive richieste dai commi seguenti<sup>80</sup>.

Nella versione emendata della proposta di Direttiva si richiedeva, nel consentire la confisca presso i terzi dei beni confiscabili in quanto di origine illecita e degli eventuali beni di origine lecita trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca di valore, la soddisfazione *alternativamente*, e non cumulativamente come nella Proposta originale, di due condizioni: dal punto di vista oggettivo "i proventi di reato o i beni siano stati trasferiti a titolo gratuito o in cambio di un importo notevolmente inferiore al loro valore di mercato"; dal punto di vista soggettivo, il terzo fosse consapevole ("era al corrente") dell'origine illecita dei beni o, se si tratta di altri beni (di origine lecita), del fatto che siano stati trasferiti per sottrarli alla confisca per equivalente,

<sup>76</sup> Cfr. ampiamente MAUGERI, *op. cit.*, p. 201; ID., *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 283 ss.

<sup>77</sup> Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., p. 284 ss. anche per la comparazione con l'ordinamento tedesco.

<sup>78</sup> Trib. del riesame di Milano, caso Unicredit, sfociato in Cass., 10 gennaio 2013, n. 1256; *contra* Cass., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 464, con nota di D'AVIRRO.

<sup>79</sup> In *questa Rivista*, 10 febbraio 2014.

<sup>80</sup> MAUGERI, *op. cit.*, p. 201.

oppure, in mancanza di tale consapevolezza, che si trovi in una situazione di *incauto affidamento* nel senso che “una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti” dell’origine illecita dei beni oppure, nel caso di altri beni, del fatto che siano stati trasferiti al fine di evitare la confisca. Nella versione definitiva le due condizioni non risultano più alternative: *si è in tal modo eliminato il rischio, evidenziato in altra sede*<sup>81</sup>, di ammettere delle presunzioni di colpevolezza in capo al terzo laddove si fossero verificate le circostanze oggettive, in mancanza di un accertamento dell’elemento soggettivo; ferma restando comunque la tutela dei terzi in buona fede (art. 6, c. 2), si richiede la consapevolezza o la colpa (l’incauto affidamento) del terzo, rispetto al quale gli elementi oggettivi sono indicati solo come esempi di circostanze e fatti concreti (“sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto”) dai quali desumere, in base alle normali regole sulla prova dell’elemento soggettivo, la consapevolezza o la colpa del terzo.

Fermo restando che l’art. 6 recita anche in questo caso “almeno”, 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 del disposto sull’art. 2 *bis* l. 575/65 o art. 19, c. 3, cod. mis. di prev., o le presunzioni di fittizietà delle intestazioni previste dall’art. 2 *ter*, c. 13, e 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 prevenzione<sup>82</sup>. 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”.

La “Commissione LIBE” proponeva l’introduzione della fattispecie di *Attribuzione fittizia di beni a terzi*, accogliendo le sollecitazioni della Risoluzione del parlamento del 2011; la Commissione sembrava ispirata dalla disciplina italiana, richiamando con l’art. 6 *bis* la fattispecie di trasferimento fraudolento di valori prevista dall’art. 12 *quinquies* D.L. 306/1992 che incrimina autonomamente la condotta del reo volta al sottrarre i beni alla confisca. Il Legislatore europeo non ha ritenuto opportuno imporre l’introduzione di tale ulteriore fattispecie che è evidentemente ispirata ad esigenze di semplificazione probatoria e determina delle complesse situazioni di sovrapposizioni di provvedimenti di confisca a diverso titolo<sup>83</sup>.

## 5. La confisca allargata (art. 5).

Per combattere l’accumulazione di patrimoni illeciti da parte della criminalità economica e/o organizzata la Direttiva all’art. 5 prevede una forma di confisca c.d. estesa “Member States shall adopt the necessary measures to enable the *confiscation*, either in whole or in part, of property belonging to a person convicted of a criminal offence *which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, where a court, on the basis of the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is disproportionate to the lawful income of the convicted person, is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct*” (“Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter

<sup>81</sup> MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 286.

<sup>82</sup> Si presume, inoltre, la fittizietà dei trasferimenti e delle intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell’ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado. Cfr. Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *www.dejure.it*.

<sup>83</sup> MAUGERI, *L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, cit., p. 288; per ulteriori approfondimenti sulla tutela dei terzi anche in ambito comparatistico sia consentito il rinvio a MAUGERI, *op. cit.*, p. 202 ss.

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"). Si tratta di una forma di confisca allargata, 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 direttiva.

Nel considerando n. 19 si precisa che tale forma di confisca viene concepita, innanzitutto, come strumento di lotta contro l'accumulazione di capitali illeciti da parte della criminalità organizzata: "I gruppi criminali si dedicano ad una vasta gamma di attività criminose. Allo scopo di contrastare efficacemente le attività della criminalità organizzata, vi possono essere situazioni in cui è opportuno che la condanna penale sia seguita dalla confisca non solo dei beni associati a un dato reato, ma anche di ulteriori beni che l'autorità giudiziaria stabilisca costituire proventi da altri reati". La Direttiva intende proporre, quindi, un unico modello di confisca "estesa", attraverso "un unico insieme di norme minime", per perseguire l'armonizzazione e il conseguente mutuo riconoscimento, rimediando alla mancata implementazione della decisione quadro n. 212/2005 che non è riuscita a favorire l'armonizzazione in materia in quanto ha previsto "tre diverse serie di condizioni minime tra cui gli Stati membri possono scegliere per applicare la confisca estesa. Conseguentemente, in sede di recepimento di tale decisione quadro, gli Stati membri hanno scelto opzioni diverse, da cui sono derivati concetti diversi di confisca estesa nelle giurisdizioni nazionali. Tale divergenza ostacola la cooperazione transfrontaliera nei casi di confisca" (considerando n. 19).

Lo stesso art. 5, al comma 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 Direttiva; si tratta in realtà di un ambito piuttosto ampio perché ricomprende in conclusione 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.

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 organizzata, sia perché si potrà applicare a tutti i reati che saranno soggetti all'armonizzazione in base all'art. 83, § 2 (come sancito nell'art. 3, ultimo comma). Si osservi, del resto, che, dopo avere precisato nel testo dell'art. 5 che la confisca estesa si applica a persone condannate "per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico" – precisazione piuttosto pleonastica –, nel considerando n. 20 si precisa che "Nel determinare se un reato possa produrre un vantaggio economico, gli Stati membri possono tener conto del *modus operandi*, ad esempio se il reato è caratterizzato dall'essere stato commesso nell'ambito della criminalità organizzata o con l'intento di generare profitti leciti da reati. Tuttavia, ciò non dovrebbe, in generale, pregiudicare la possibilità di fare ricorso alla confisca estesa". Non viene sostanzialmente accolta la scelta di politica criminale più garantista 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, rispetto alla quale diventa complesso provare il nesso causale tra uno specifico bene e uno specifico reato, facendo emergere la necessità di utilizzare una forma di confisca allargata



(si parla di “habitually committed serious offenses aimed at creating gain”<sup>84</sup>).

L’art. 5 della Direttiva non fa più esplicito riferimento allo standard della prova civilistico, come invece prevedeva l’originario art. 4 (“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”), ma si continua a fondare la confisca allargata su tale standard probatorio; nel considerando n. 21 si precisa, infatti, che, anche se “la confisca estesa dovrebbe essere possibile quando un’autorità giudiziaria è convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose”, non deve essere accertato che i beni siano derivati dall’attività criminale (“Ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione derivano da condotte criminose”) e si precisa che “Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia 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”. 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”<sup>85</sup>.

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 nella Decisione quadro n. 212/2005 all’art. 3 che prevede i poteri di confisca allargata; quest’ultimo con la nozione di piena convinzione richiama lo standard penalistico dei sistemi di *civil law* equiparabile allo standard penalistico dei sistemi di *common law*, “al di sopra di ogni ragionevole dubbio”<sup>86</sup>. La traduzione italiana di tale espressione dell’art. 5 della Direttiva, “where a court ... is satisfied”, non rende tale profilo perché si usa l’espressione “laddove l’autorità giudiziaria, .... sia convinta che i beni in 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. 205/212 (anche se in quel caso si aggiunge “fully”). In ogni caso il considerando n. 21 con il suo contenuto esplicativo non consente dubbi laddove si accontenta della ponderazione delle probabilità in base alle quali si ritenga più probabile<sup>87</sup>.

Rimangono, quindi, valide le perplessità relative all’adozione dello standard civilistico, espresse in relazione alla proposta di direttiva<sup>88</sup>.

Si continua ad inserire nel considerando n. 21 e non nel testo della norma (art. 5), l’aggettivo “molto” (più probabile) che dovrebbe esprimere un rafforzamento delle garanzie, una sorta di standard civilistico rafforzato: qualcosa di più del 51%, che fa pensare allo standard della prova *intermedio* conosciuto negli ordinamenti di *common law*, “prova chiara ed evidente”. La versione inglese è più ambigua in realtà, non richiedendo che sia “molto più probabile” ma piuttosto semplicemente che sia “substantially more probable” (“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

<sup>84</sup> Cfr. BOUCHT, *op. cit.*, p. 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”.

<sup>85</sup> (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...”.

<sup>86</sup> Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 574 ss.. Da ultimo cfr. Cass., Sez. I, 12 giugno 2013 (c.c. 14 febbraio 2013), n. 25834 – D.F.A., in *Dir. pen. e proc.* 2014, p. 572, con nota di 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”.

<sup>87</sup> 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”.

<sup>88</sup> MAUGERI, *op. cit.*, p. 186 ss.

other activities”); la versione francese “*nettement plus probable*”<sup>89</sup> è più chiara nel richiedere che la probabilità a favore dell’origine illecita debba prevalere in maniera decisa sulle probabilità contrarie, si potrebbe dire in “maniera 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 criminale<sup>90</sup>. Questa sembra l’interpretazione preferibile in chiave garantistica.

L’art. 8 in materia di garanzie non fa più riferimento allo standard civilistico perché non si afferma più “Nei procedimenti di cui all’articolo 4, l’indagato o l’imputato hanno l’effettiva possibilità di contestare la probabilità in base alla quale i beni in questione sono considerati proventi di reato”, come previsto nella Proposta di Direttiva, ma si stabilisce in maniera più neutra che “Nei procedimenti di cui all’articolo 5, l’interessato ha l’effettiva possibilità di impugnare le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili in base ai quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose”. Questo cambiamento nel testo dell’art. 8 è coerente con il fatto che nel testo dell’art. 5 non si fa più esplicito riferimento al più probabile che no, come invece previsto nell’art. 4 della Proposta di Direttiva, e rimane compatibile con uno standard civilistico rinforzato o, meglio, con lo standard intermedio della prova “chiara ed evidente”.

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 assumono per lo meno la dignità di indizi<sup>91</sup>, 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, pur espressamente indicata come indizio significativo. In tale direzione la Corte europea dei diritti dell’uomo, pur ammettendo forme di confisca allargata, ha sancito che non possono essere fondate su “meri sospetti”<sup>92</sup>. Nella decisione quadro 212/2005 si richiedono in termini simili “fatti circostanziati”. Nella FRA Opinion si evidenzia che le presunzioni su cui si fondano i poteri estesi di confisca (che il reo ha realizzato altri reati, dai quali siano derivati altri proventi) devono essere corroborate da prove concrete, come emerge nella Proposta di Direttiva laddove richiede che la Corte fondi la sua decisione su “fatti specifici”<sup>93</sup>.

Si consideri, in ogni caso, che laddove la forma di confisca allargata viene applicata nei confronti di un soggetto condannato per partecipazione in un’organizzazione criminale o per reati realizzati in forma professionale e fonte di illecito arricchimento, il più basso standard della prova, civilistico rinforzato, rispetto all’origine dell’illecito arricchimento è maggiormente giustificato<sup>94</sup>; i problemi si accentuano quando la confisca allargata viene applicata in seguito alla condanna per un singolo reato non inserito in un contesto di crimine organizzato o professionale, come avviene ad esempio in relazione alla confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 che può essere applicata anche in base alla condanna per peculato mediante profitto dell’errore

<sup>89</sup> «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».

<sup>90</sup> MAUGERI, *op. cit.*, p. 187; cfr. BOUCHT, *op. cit.*, p. 137.

<sup>91</sup> Cfr. POLIDORI, *op. cit.*, p. 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. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1970, p. 526.

<sup>92</sup> Commission Eur., 15 aprile 1991, Marandino, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports* (DR) 70, p. 78; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1994, Série A vol. 281, p. 7; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, n. 55927/00, in *www.coe.it*, p. 4; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n. 52024/99, *ivi*, p. 5; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n. 52439/99, *ivi*, p. 6; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02 *ivi*, p. 8.

<sup>93</sup> FRA Opinion, 2.2.1. (26): “The underlying assumption is that a person, who has once committed an offence, may be suspected to have also committed other offences, on which basis assets in this person’s possession can be assumed to result from other offences. These combined assumptions require corroboration by real evidence. The text of the proposal admits this by highlighting the necessity that a court should base its decision “on specific facts”.

<sup>94</sup> Cfr. BOUCHT, *op. cit.*, p. 148.

altrui (art. 316 c.p.) o l'utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione di ufficio (art. 325 c.p.).

Si legittima, poi, nel considerando n. 21 l'adozione di *presunzioni* purché ragionevoli o comunque si prevede che il giudice possa ragionevolmente presumere l'origine illecita, anche se si sottolinea che la Corte si deve fondare sulle "circostanze specifiche del caso, compresi i fatti e gli elementi di prova disponibili in base ai quali può essere adottata una decisione di confisca estesa"; quindi rimane l'esigenza di fondarsi su una pluralità di specifici fatti e prove, ma si richiamano le 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 direttiva<sup>95</sup>.

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 2002*<sup>96</sup>; alla presunzione su cui si fonda nell'ordinamento italiano la confisca ex 12 *sexies* d.l. 306/92 che, come precisano le Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza Montella, 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»<sup>97</sup> (anche 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 cui il condannato non possa giustificare la provenienza"<sup>98</sup>). In una più ampia prospettiva comparatistica si può ricordare che anche il *criminal forfeiture* nordamericano, sia ai sensi del *Comprehensive Drug Abuse Act 1970*<sup>99</sup> sia del *RICO*<sup>100</sup>, è applicabile in base ad una presunzione confutabile, che ciascun bene dell'imputato condannato per uno dei reati elencati, è confiscabile se acquistato durante il periodo della consumazione del reato in quanto si considera proveniente dal reato. Le presunzioni in questione, quindi, si fondano sul sospetto che l'imputato non abbia commesso solo il delitto oggetto della condanna, ma ne abbia commessi anche altri, dai quali deriverebbero i beni posseduti.

In ogni caso, ferme restando le perplessità che simili presunzioni suscitano in termini di conformità ai principi penalistici soprattutto laddove fondate su reati non realizzati in forma organizzata o professionale, 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 dell'origine criminale dei beni da confiscare. L'inserimento di questo requisito è stato suggerito anche nella FRA OPINION per fornire alle

<sup>95</sup> 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. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7. Cfr. 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)*, Giuffrè 2010, p. 187 ss.

<sup>96</sup> Cfr. ULPH, *op. cit.*, p. 271 ss.

<sup>97</sup> Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.* 2004, p. 1182.

<sup>98</sup> Corte Costituzionale, ordinanza 29 gennaio 1996, n. 18, Basco, in *Cass. pen.* 1996, p. 1385; conforme Cass., 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.* 1996, p. 3649.

<sup>99</sup> Sezione 21 U.S.C. § 853(d).

<sup>100</sup> § 18 U.S.C. 1963.

Corti dei parametri più chiari in relazione al livello di prova richiesto<sup>101</sup>, al fine di rendere la disciplina in questione più compatibile con la garanzia del diritto di proprietà prevista dall'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. 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 confisca<sup>102</sup>, ma ne viene richiesta la prova accanto all'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare.

Sarebbe auspicabile che tale requisito venga interpretato non come indizio dell'origine illecita di tutto il patrimonio, giustificando la trasformazione della confisca estesa in una confisca generale dei beni, ma piuttosto nel rispetto del principio di proporzione si richieda il suo accertamento *rispetto al singolo bene al momento dell'acquisto*, come richiede la migliore giurisprudenza della Suprema Corte Italiana in relazione alla confisca estesa ex art. 12 *sexies* l. 356/92<sup>103</sup> e alla confisca di prevenzione ex art. 2 *ter* l. 575/65 (art. 24 del cod. antimafia), così imponendo all'accusa un pregnante onere probatorio che renderà la confisca estesa maggiormente conforme alla presunzione d'innocenza come regola dell'onere della prova (che dovrebbe incombere sull'accusa) e come regola della dignità della prova.

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. 12 *sexies* d.l. 306/92 prevista nell'ordinamento italiano o il *comiso ampliado* ex art. 127 *Código Penal* non sono incompatibili con la Direttiva, laddove si basano esclusivamente sull'accertamento della sproporzione del valore dei beni e non su una più ampia prova dell'origine illecita dei proventi, rispetto alla quale la sproporzione è solo un elemento indiziario insieme ad altri, come previsto dall'art. 5 in esame; oppure l'*Erweiterter Verfall* ex § 73d StGB rimane compatibile anche se non richiede la prova della sproporzione, ma richiede, secondo la più garantistica giurisprudenza, che il giudice raggiunga il ragionevole convincimento dell'origine illecita<sup>104</sup>, oppure, secondo un altro orientamento, la mera verosimiglianza o meri sospetti<sup>105</sup>.

La direttiva richiede, in conformità all'art. 6 CEDU, che tale forma di confisca sia pronunciata *dall'autorità giudiziaria*; anche laddove si ammette, infatti, che i provvedimenti di confisca siano adottati, pur se in seguito a condanna, anche in un procedimento non penale o comunque non siano considerati "pene", o siano pronunciati in un procedimento successivo alla condanna (art. 9 della Proposta di Direttiva), in ogni caso solo l'autorità giudiziaria può disporre tali provvedimenti: nel considerando n. 10 si precisa che "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. 14 si parla di "confisca di beni strumentali e proventi da reato a seguito di una decisione definitiva dell'autorità giudiziaria"; si garantisce così la giurisdizionalità dei procedimenti, anche se non penali, volti all'applicazione di una forma di confisca come quella allargata, che può risultare particolarmente incisiva su diritti fondamentali, come il diritto di proprietà e la libertà d'iniziativa economica.

Sono state accolte ulteriori proposte di emendamento avanzate dalla Commissione

<sup>101</sup> FRA Opinion, 2.2.1. (30) e 2.3 (36) "In addition, more detailed guidance for the courts in relation to the level of proof (that is, "substantially more probable") required by the proposal could be considered, such as the explicit requirement to establish a marked disparity between the lawful income of an offender and the property at his or her disposal before ordering a confiscation".

<sup>102</sup> Cfr. per tutti 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, NelDiritto Editore, 2009, p. 23.

<sup>103</sup> Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, *cit.*, 1188. Cfr. Cass., 30 ottobre 2008, n. 44940; Cass., Sez. I, 5 giugno 2008, Rv. 240471; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E.; Cass. Sez. II, 26 febbraio 2009, n. 10549; Cass. sez. I, 28 maggio 2013, Guarnieri Amelia.

<sup>104</sup> 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, p. 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. MÖHRENSCHLAGER, *Bericht über das Justizkommunikationsgesetz und über EU-Rahmenbeschlüsse betreffend Verfall und Einziehung sowie Computerkriminalität*, in *Wistra* 2005, p. 5, VI; BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg, 1996, p. 26.

<sup>105</sup> [BGH, 1-3-1995, 2 StR 691/94 \(LG Gießen\), in NJW 1995, p. 2235.](#)



LIBE<sup>106</sup>, a partire dall'eliminazione della pretesa che il giudice accerti, oltre all'origine criminale dei beni, che essi provengano da "attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura"; ci si limita correttamente a richiedere che "i beni in questione derivino da condotte criminose". Tale modifica appare assolutamente opportuna perché tale requisito del carattere analogo dell'attività criminale fonte, previsto in uno dei modelli di confisca allargata contemplato dalla decisione quadro n. 212/2005, ma sostanzialmente non previsto negli ordinamenti nazionali (prima della riforma del 2010 era previsto dal § 20, c. 2 öStGB, ma è stato abrogato nell'attuale versione di confisca estesa dell'ordinamento austriaco, § 20b öStGB<sup>107</sup>), avrebbe comportato, come esaminato in altra sede, non pochi problemi di accertamento, a parte la difficoltà di stabilire che cosa si intenda con "medesima natura"<sup>108</sup>.

La Proposta di direttiva contemplava, ancora, il *divieto* di applicare la confisca estesa ai profitti provenienti da reati che "non abbiano potuto essere oggetto di un processo penale a motivo della prescrizione ai sensi del diritto penale nazionale". È stato recepito l'emendamento della Commissione LIBE di abrogazione di tale disposizione; emendamento apprezzabile in termini di concretezza e di efficienza della confisca allargata in quanto normalmente nelle discipline nazionali non si pone tale divieto, presupponendo che, ferma la condanna presupposta per l'applicazione della confisca, l'accusa non riesca ad accertare quali siano gli specifici reati a monte dei singoli beni o cespiti patrimoniali, ma piuttosto che riuscirà a fornire solo una prova indiziaria dell'origine criminale dei beni da confiscare. Il divieto in questione avrebbe compromesso l'efficienza della confisca allargata, rendendo auspicabile che dalle indagini non emergesse la prova dell'origine criminale dei beni da reati ormai prescritti, perché ciò avrebbe impedito la confisca pur in presenza della prova circa l'origine criminale dei beni (del resto se i reati non fossero prescritti, si potrebbe procedere nei loro confronti).

La questione si atteggia diversamente, invece, laddove si pretende di applicare la confisca allargata quando manca la condanna presupposta per sopravvenuta prescrizione del reato; in realtà in quest'ipotesi si ricadrebbe nella diversa forma di confisca senza condanna, ammessa solo nell'ipotesi di fuga o di malattia. Si può ricordare a tal proposito, però, che la giurisprudenza ha ammesso l'applicazione della confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 in presenza di una declaratoria, in sede di giudizio di appello, di estinzione del reato per prescrizione, conseguente ad una sentenza di condanna in primo grado, in una situazione, quindi, in cui comunque il giudice ha accertato la commissione del reato presupposto in base alla considerazione che il codice di rito riconosce al giudice ampi poteri di accertamento del fatto – ad esempio, quando sia necessario decidere sull'azione civile – anche quando il reato sia prescritto<sup>109</sup> (e addirittura anche nell'ipotesi di morte del reo dopo la sentenza di condanna)<sup>110</sup>. Nel "*Rapporto della Commissione Garofoli per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità*", presentato nel 2014<sup>111</sup>, è stata inserita una simile proposta di applicare la confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 in presenza di una sentenza di proscioglimento per prescrizione, che presupponga però "l'accertamento, in contraddittorio, del reato, ad esempio consentendola quando la prescrizione intervenga in grado di appello, dopo una sentenza di condanna di primo grado. In questo modo, nel pieno rispetto delle garanzie difensive, si eviterebbe che il decorso del tempo possa favorire l'imputato non solo sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie ma anche consentendogli di continuare a detenere un patrimonio di natura illecita". Questa proposta appare interessante ma problematica laddove, innanzitutto, verrebbe meno il fondamentale requisito della condanna su cui si fonda la presunzione, pur sempre discutibile, di illecita accumulazione patrimoniale. Sia chiaro che si ritiene auspicabile che laddove la prescrizione sopravvenga in seguito ad un accertamento del fatto tipico, fonte del profitto illecito, si possa procedere alla sottrazione di tale profitto in quanto il reato, come ricordato, non rappresenta comunque una fonte legittima di arricchimento, ma ciò nei limiti del profitto diretto del reato

<sup>106</sup> Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 188 ss.

<sup>107</sup> EDER, *Schule des österreichischen Rechts, Wroclaw/Salzburg Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, WS 2010/11, in <http://prawo.uni.wroc.pl/pliki/8538>.

<sup>108</sup> MAUGERI, *op. cit.*, p. 188.

<sup>109</sup> Cass., sez. II, 25 maggio 2010, Pastore.

<sup>110</sup> Cass., sez. V, 25 gennaio 2008, Doldo, che, ritenendo analogicamente applicabili le recenti disposizioni previste in materia di misure di prevenzione patrimoniale, ha ritenuto che, qualora la morte dell'imputato sia avvenuta dopo la sentenza di condanna, sia possibile disporre in sede esecutiva, e sempre che la questione non sia stata affrontata in fase di cognizione, la confisca per sproporzione, attivando il contraddittorio con gli eredi.

<sup>111</sup> Nominata con decreto del 7 giugno 2013 dal Presidente del Consiglio dei Ministri Enrico Letta, in *questa Rivista*, 20 Febbraio 2014.

che presuppone la prova del nesso causale con il fatto tipico e nella misura in cui tale nesso sia stato già accertato, nel rispetto dei diritti della difesa; sembra più problematico estendere tale disciplina alla ben diversa ipotesi della confisca estesa che proprio in quanto non presuppone la prova del nesso causale con i reati fonte, rischia di assumere natura punitiva (*chiaramente tanto più cogente sarà la verifica da parte dell'accusa dell'origine illecita dei beni da confiscare, perlomeno attraverso la prova del carattere sproporzionato del singolo bene al momento dell'acquisto, tanto più la confisca in esame assumerà natura compensativa e non punitiva*).

La Proposta di Direttiva, anche nella versione emendata dalla Commissione LIBE, escludeva espressamente, inoltre, la confiscabilità dei proventi di attività che siano state oggetto di un procedimento penale “il cui esito è stata l'assoluzione definitiva della persona interessata o in altri casi in cui si applichi il principio del *ne bis in idem*”; la norma non aveva molto senso se, premessa la condanna per applicare la confisca estesa ex art. 5, si faceva riferimento ai reati fonte dei proventi di sospetta origine illecita nella misura in cui l'accusa normalmente non prova il nesso causale con specifici reati, oggetto di assoluzione definitiva, ma si limita a fornire indizi dell'origine illecita e della mancanza di fonti lecite di arricchimento che possano giustificare gli assetti patrimoniali del condannato. Se si faceva riferimento al reato presupposto per l'applicazione della confisca, si ricadeva nell'ipotesi di confisca senza condanna e la norma, sicuramente garantistica, prendeva posizione contro quella prassi per cui anche in seguito all'assoluzione è possibile procedere all'applicazione delle misure di prevenzione antimafia<sup>112</sup> o di altre forme di confisca allargata previste in alcuni ordinamenti stranieri (come quello svizzero o inglese), prassi già messa in discussione dalla Corte europea nella sentenza *Geerings* (relativa ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36e § 2 del codice penale olandese)<sup>113</sup>, fermo restando, come osservato in altra sede, che “pur rimanendo valido il principio di base per cui una piena assoluzione nel merito dovrebbe impedire un successivo procedimento patrimoniale per confiscare i profitti derivanti dalle medesime condotte “assolte”, bisognerebbe distinguere il tipo di sentenza che conclude il procedimento, consentendo in ipotesi limitate il procedimento *in rem*”<sup>114</sup> come si esaminerà nel prosieguo<sup>115</sup> (e come sopra evidenziato in relazione all'ipotesi della prescrizione).

## 5.1.

### *La delimitazione temporale della presunzione di origine illecita.*

Nel considerando n. 21 si indica l'opportunità di richiedere l'inserimento di un elemento di delimitazione temporale della presunzione di origine illecita dei beni da confiscare: “*Member States could also determine a requirement for a certain period of time during which the property could be deemed to have originated from criminal conduct*” (Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose).

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 proporzione e di tassatività, rendendo non eccessivamente onerosa per il proprietario la prova dell'origine lecita del suo patrimonio<sup>116</sup>. 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

<sup>112</sup> Da ultimo Cass., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 11979, G.P., in *www.dejure.it*; interessante Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 6588, F.. Cfr. Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, (29 aprile 2013), n. 18799.

<sup>113</sup> CEDU, 1 marzo 2007, *Geerings v. the Netherlands*, n. 30810/03, § 48: “Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted. 49. In the *Asan Rushiti* judgment (cited above, § 31), the Court emphasised that Article 6 § 2 embodies a general rule that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible.” Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 193; BALSAMO, *Il rapporto tra forme “moderne” di confisca e presunzione d'innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2007, p. 3936.

<sup>114</sup> MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea”*, *cit.*, p. 269; PANZARASA, *op. cit.*, 1702 ss..

<sup>115</sup> Si veda *infra* § 7.

<sup>116</sup> Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.* 1999, p. 1222.

uno stile di vita criminale.

Anche la decisione quadro n. 212/2005 prevede (o meglio prevedeva) l'esigenza di delimitare temporalmente la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare precisando che la confisca estesa può attingere beni che derivano da attività criminose commesse in un periodo anteriore alla condanna ritenuto ragionevole da parte del giudice; l'art. 3, infatti, disciplina, tra i modelli alternativi di confisca estesa, la confisca dei beni di accertata origine illecita (in base alla piena convinzione del giudice "sulla base di fatti circostanziati") se acquistati in un periodo anteriore alla condanna ritenuto ragionevole (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"), sottolineando l'importanza probatoria di tale requisito della delimitazione temporale e la sua rilevanza per configurare un modello di confisca equilibrato nel rispetto delle garanzie fondamentali della materia penale<sup>117</sup>.

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 austriaco<sup>118</sup> 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*)<sup>119</sup>; 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<sup>120</sup>.

In tal guisa ai fini dell'applicazione della confisca misura di prevenzione patrimoniale la giurisprudenza più garantista richiede la correlazione temporale tra il momento dell'acquisto dei beni da confiscare e gli indizi di appartenenza all'associazione criminale o di svolgimento delle attività criminali presupposte (tra la pericolosità sociale e l'acquisizione dei beni confiscati<sup>121</sup>); anche in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 delle misure di prevenzione patrimoniali, la Suprema Corte e e da ultimo le Sezioni Unite<sup>122</sup> hanno ribadito la necessità della correlazione

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> Tale disciplina era stata riformata nel 1996 (*StRÄG 1996*) prevedendo la "*Abschöpfung der Bereicherung*", art. 20 *öStGB*, come "conseguenza giuridica di tipo particolare"; cfr. FORRENGER, § 20 *StGB, Abschöpfung der Bereicherung*, in FOREGGER-FABRIZY, *StGB samt ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkomentar*, 10 ed., Wien 2010, 99 ss.

<sup>119</sup> 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 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 *Konfiskation* § 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*. Cfr. EDER, *Schule des österreichischen Rechts, Wroclaw/Salzburg Strafrecht und Strafrechtsverfahrensrecht*, WS 2010/11, in <http://prawo.uni.wroc.pl/pliki/8538>.

<sup>120</sup> (2) Ist eine rechtswidrige Tat nach den §§ 165, 278, 278c, für deren Begehung oder durch die Vermögenswerte erlangt wurden, oder ein solches Verbrechen begangen worden, 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.

<sup>121</sup> Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E.; Cass., 12 dicembre 2007 (22 gennaio 2008), Giammanco N. e Mineo V., n. 3413; Cass. 16 aprile 2007, n. 21048; Cass. 23 marzo 2007, Cangialosi e altro, n. 18822, Rv. 236920; Cass. 16 gennaio 2007, n. 5234, L.e altro, in *Guida al dir.* 2007, p. 1067; in tale direzione, almeno in parte, la Suprema Corte – Cass., 11 dicembre 2008, n. 47798, C. e altro; Cass., 3 febbraio 1998, Damiani, in Cass. pen., 1999, p. 1599, con nota di GRILLO, *Fra misura di prevenzione personale e misura di prevenzione patrimoniale nella legislazione antimafia*; Cass. 2 maggio 1995, n. 2654, Genovese, Rv. 202142. Cfr. 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 (a cura di) CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, NelDiritto Editore, Bari, 2009, p. 39 ss.; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425; 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 FIANDACA-VISCONTI, *Scenari di mafia*, cit., p. 368.

<sup>122</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, Spinelli,

temporale<sup>123</sup> che fonda la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare. Anche la giurisprudenza della Suprema Corte che pretende la *correlazione* solo in relazione alla confisca del frutto o reimpiego<sup>124</sup>, precisa che anche nell'ipotesi di confisca dei beni di valore *sproporzionato* non si considera «il dato temporale del tutto neutro agli effetti dello scrutinio che il giudice della prevenzione deve condurre», ma lo si considera rilevante sotto il profilo probatorio, richiedendo non «un accertamento positivo» della correlazione, ma perlomeno la *manca di un eccessivo iato temporale tale da scardinare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale fondata sui due elementi della pericolosità sociale, anche se risalente, e della sproporzione*<sup>125</sup>.

Anche in relazione alla confisca estesa ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 la Suprema Corte sottolinea l'impegno dell'accusa di provare la *sproporzione* in relazione alla situazione economica e patrimoniale al momento dell'acquisto del bene, con relativa delimitazione *temporale* anche per l'onere di allegazione della difesa che, come recentemente ribadito dalla Suprema Corte, potrà limitare «le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero» senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio<sup>126</sup> e, allora, «attraverso una corretta distribuzione dell'onere probatorio è possibile, indirettamente, ristabilire quel minimo di legame tra il reato ed il bene, cui si riferisce anche la giurisprudenza costituzionale»<sup>127</sup>. Anche se le Sezioni Unite, allora, non richiedono espressamente la correlazione temporale tra l'attività criminosa oggetto della condanna e l'acquisto dei beni da confiscare di valore sproporzionato, impongono, comunque, la prova della sproporzione *temporalmente delimitata* con conseguente *delimitazione temporale* della controprova del condannato.

La delimitazione temporale delle presunzioni o la prova della correlazione temporale rende il modello di confisca allargata previsto dall'art. 5 della Direttiva maggiormente conforme al principio di proporzione e alla presunzione d'innocenza, rendendo meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita del suo patrimonio<sup>128</sup> e circoscrivendo gli effetti della conseguente confisca<sup>129</sup>. L'accertamento della correlazione temporale rende, inoltre, la confisca estesa maggiormente conforme alla presunzione d'innocenza, anche laddove 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 processo<sup>130</sup>; il fatto di colpire solo gli ingiustificati arricchimenti temporalmente connessi con l'attività criminale accertata consente di alleggerire il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati.

Soprattutto in un sistema in cui ci si accontenta della prova civilistica dell'origine illecita dei beni da confiscare, la delimitazione temporale o, ancora meglio, la «correlazione temporale» rappresenta un importante indizio dell'origine illecita del bene.

## 6. La confisca senza condanna (art. 4, c. 2).

Nell'art. 5 della Proposta di Direttiva, poi, si proponeva una forma di confisca senza condanna che può essere pronunciata solo in limitate situazioni in cui non sia possibile procedere *in personam* perché il reo è deceduto, è affetto da malattia permanente o quando la fuga o

<sup>123</sup> Cass., sez. II, 15 gennaio 2013, Castello e altri, n. 3809, Rv. 254512, p. 9; Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *Cass. pen.* 2014, p. 255 con nota di MAUGERI; Cass., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, C. e altro; Trib. Napoli, sez. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto; Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio; Cass., 4 febbraio 2010, Quartararo, Rv. 246084; Trib. di Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi. Cfr. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, ivi 9 marzo 2014; MENDITTO, *Le sezioni unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, ivi 26 maggio 2014.

<sup>124</sup> Cass., sez. II, 15 gennaio 2013, Castello e altri, n. 3809, Rv. 254512, p. 9.

<sup>125</sup> «È pur sempre necessario postulare che tra l'acquisizione dei beni e la condizione di "appartenenza" non sia ravvisabile uno iato temporale di dimensioni tali da "scardinare" la correlabilità tra la condizione soggettiva di indiziato di "mafiosità" con l'intima ragion d'essere di quella presunzione di illecita accumulazione di beni di cui si è detto, giacché, altrimenti, i due parametri di "sospetto" (quello della condizione soggettiva, e quello riguardante l'origine dei beni) cesserebbero di essere requisiti "concorrenti" ai fini della applicazione della misura, per diventare condizioni indipendenti e logicamente scoordinate fra loro».

<sup>126</sup> FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.* 2004, p. 1189.

<sup>127</sup> Cass. Sez. VI, 12 gennaio 2010, n. 246083, Mancin, in *Cass. pen.* 2011, p. 610, con nota di VERGINE.

<sup>128</sup> Cfr. sul punto DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.* 1999, p. 1222.

<sup>129</sup> Si veda MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., pp. 625-695.

<sup>130</sup> Cfr. SCHULTEHINRICH, *op. cit.*, p. 165.



la malattia non consente di agire in tempi ragionevoli; non si trattava quindi di una vera e propria *actio in rem* che consente di aggredire il patrimonio di origine sospetta indipendentemente dal processo penale *in personam*, come avviene ai fini dell'applicazione del *civil forfeiture* e sostanzialmente in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali antimafia (fermo restando che il proprietario deve essere indiziato), ma si trattava piuttosto di un procedimento "autonomo" che consente di aggredire i profitti illeciti solo in specifiche situazioni in cui non sia possibile procedere *in personam*, un modello in parte recepito anche in ordinamenti fondamentalmente garantisti come quello tedesco, che non conoscono l'*actio in rem*<sup>131</sup>. Si richiede, come evidenziato anche nella FRA OPINION, che il proprietario sia sospettato o accusato, escludendo i casi in cui il sospettato non sia identificato, e la Corte deve ritenere che, se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato, il procedimento si sarebbe potuto concludere con una condanna penale<sup>132</sup>.

Questo è in parte il modello di confisca senza condanna accolto nella Direttiva approvata dal Parlamento e dal Consiglio all'art. 4, che, però, limita ulteriormente l'applicazione di tale forma di confisca senza condanna non prevedendo l'ipotesi di morte del reo, ma solo l'ipotesi in cui il sospettato o imputato sia malato o nascosto, 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<sup>133</sup>; si richiede, inoltre, che un procedimento *in personam* sia stato iniziato: "laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato".

Si precisa che in ogni caso occorre garantire che il sospettato o imputato contumace sia informato e convocato e che si garantisca il diritto di difesa dell'ammalato attraverso un avvocato (considerando n. 15). Il considerando n. 16 intende per malattia l'impedimento dell'indagato o dell'imputato a comparire nel procedimento penale per un periodo prolungato e, di conseguenza, il procedimento non può proseguire in condizioni normali.

Anche la possibilità di confiscare i profitti di accertata origine illecita nel caso di morte del reo, originariamente prevista nella Proposta di Direttiva, 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 nell'ipotesi in cui la morte sopravvenga nel corso del procedimento in seguito all'accertamento, ancorché non definitivo, dell'origine criminale dei beni da confiscare, come previsto dalla Suprema Corte<sup>134</sup> prima delle recenti riforme, impedendo di restituire i beni di origine illecita all'organizzazione criminale.

La Direttiva non contempla, quindi, l'*actio in rem* quale procedimento direttamente contro la proprietà contaminata (*tainted*), in quanto provento o strumento di reati, come previsto ai

<sup>131</sup> Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 198 (p. 196 ss.).

<sup>132</sup> Cfr. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 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.

<sup>133</sup> Art. 4. "Where confiscation on the basis of paragraph 1 is not possible, at least where such impossibility is the result of illness or absconding of the suspected or accused person, Member States shall take the necessary measures to enable the confiscation of instrumentalities and proceeds in cases where criminal proceedings have been initiated regarding a criminal offence which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, and such proceedings could have led to a criminal conviction if the suspected or accused person had been able to stand trial".

<sup>134</sup> 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 luglio 1995, D'Antoni, in *Riv. pen.* 1996, 526; conformi Cass. 11 giugno 2008, n. 25676; Cass. 4 luglio (28 agosto) 2007, Richichi M.A. ed altri, n. 33479; Cass. 18 aprile 2007, n. 19761; Cass. 15 giugno (22 luglio) 2005, n. 27433, Libri, Rv. 231755; Cass. 9 marzo (16 maggio) 2006, David ed altri, n. 16721; Cass. 10 marzo (4 aprile) 2005, Bellino ed altri, n. 12529; Cass. 14 gennaio (17 febbraio) 2005, Andronico ed altri, n. 6160, Rv. 231775 e in *Cass. pen.* 2006, p. 1909; Cass. 31 gennaio 2005, Bruno, 231873, in *Guida al dir.* 2005, n. 25, p. 55, con nota di GIORDANO; Cass. 16 gennaio 2002, Di Marco, m. 221556; Cass. 22 settembre 1999, Calamia, in *Cass. pen.* 2000, p. 1410; Cass. 14 aprile 1999, Fici, *ivi* 2000, p. 1411, con nota di MOLINARI, *Confisca antimafia: si estende il dialogo col morto*; Cass. 3 febbraio 1999, Cianchetta, in *Cass. pen.* 2000, p. 1408; Cass. 24 novembre 1998, Marchese, *ivi* 1999, p. 3558, con nota critica di MOLINARI, *Confisca antimafia e dialogo col morto*; Cass. 14 febbraio 1997, Nobile ed altri, *ivi* 1997, p. 3170, con nota critica di MOLINARI, *Si estende l'applicazione contra legem della confisca antimafia*; Cass. sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, *ivi* 1996, p. 3609, – in cui si evidenzia che "il decesso ... potrebbe essere deliberatamente perseguito da terzi proprio al fine di riciclare i beni" –, con nota critica di MOLINARI, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*; critico nei confronti di quest'ultima sentenza cfr. GIALANELLA, *I patrimoni di mafia – La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli 1998, pp. 159 ss.-171; in tale direzione Cass. 13 novembre 1997, n. 6379, Di Martino, in *Cass. pen.* 1998, n. 1830, p. 3404. Da ultimo, in un caso di morte presunta, Cass., 10 aprile 2008, n. 17632.

fini del *civil forfeiture*<sup>135</sup>, ma piuttosto l'art. 4, c. 2 della Direttiva consente 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.

A parte il rifiuto tout court dell'*actio in rem*, tale disposizione sembra discutibile sotto un duplice ed opposto profilo. Sembra criticabile in quanto *non garantista* laddove consente la confisca degli strumenti del reato anche in mancanza di una condanna, perché, tranne che si tratti di beni pericolosi la cui detenzione è vietata o regolamentata dalla legge, tale forma di confisca, come esaminato, assume anche un'indubbia natura punitiva, rappresentando un sacrificio del diritto di proprietà che non si giustifica in mancanza di una condanna.

In tale direzione si può ricordare, del resto, che la Corte EDU ha ritenuto nel caso *Varvara c. Italia* che l'applicazione della confisca contro la lottizzazione urbanistica prevista nell'ordinamento italiano nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, "senza alcun grado di responsabilità penale registrato in una condanna", costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7, nonché del principio di responsabilità personale insito negli artt. 7 e 6, c. 2 CEDU<sup>136</sup>; nel caso di specie si tratta di una forma di confisca che assume una natura punitiva, considerata dalla Corte europea nel caso *Sud Fondi* un'ingerenza arbitraria nel godimento del diritto di proprietà ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, in quanto priva di base legale e sproporzionata, in violazione del principio di colpevolezza ex art. 7 CEDU<sup>137</sup>.

Dal caso *Sud Fondi* e dal caso *Varvara* emergono due importanti principi: da una parte l'inderogabilità del rispetto del principio di colpevolezza, fondato sul principio di legalità ex art. 7 e sulla presunzione d'innocenza ex art. 6, c. 2, nell'applicazione della confisca-pena che impone un sacrificio del diritto di proprietà con finalità di prevenzione generale e speciale; dall'altra parte, la necessità che l'applicazione della pena avvenga con una condanna (in cui è stata riconosciuta la colpevolezza)<sup>138</sup>.

Sempre la Corte EDU, inoltre, nella sentenza *Paraponiaris c. Grecia* afferma l'illegittimità ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6, c. 2), delle confische, nel caso di specie la confisca per equivalente, inflitte con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione e in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa; il caso, ad esempio, della confisca disposta in sede di archiviazione, ovvero in sede di udienza preliminare, o ancora in occasione del proscioglimento anticipato ai sensi degli artt. 129 c.p.p. e 469 c.p.p.<sup>139</sup>.

Per contro 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

<sup>135</sup> Cfr. da ultimo RYDER, *To Confiscate or not to Confiscate? A Comparative Analysis of the Confiscation of the Proceeds of Crime Legislation in the United States and the United Kingdom*, in *Journ. of Business Law* 2013, p. 767.

<sup>136</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, II sez., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, §§ 71 e 64 ss.; *CRIMINAL RICO: 18 U.S.C. §§ 1961-1968 A Manual for Federal Prosecutors*, V ed. riv., ottobre 2009, Prepared by the Staff of the Organized Crime and Racketeering Section U.S. Department of Justice, Washington, D.C. 20005 (202) 514-1214.

<sup>137</sup> La sanzione è sproporzionata rispetto all'interesse generale della comunità in quanto "la buona fede e l'assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo" (§§ 138-139). «La Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo dichiarato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione. Infine, la Corte osserva che il comune di Bari – responsabile di avere accordato dei permessi illegali per costruire – è l'ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati, il che è paradossale. Tenuto conto di questi elementi, vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1» §§ 140-141-142. Cfr. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.* 2008, p. 3504 ss.

<sup>138</sup> La Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 co. 2 d.P.R. 380/2001, così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza *Varvara*, perché l'interpretazione della Corte europea si porrebbe in contrasto con la Costituzione, in quanto – impedendo l'applicazione della confisca – riconoscerebbe impropriamente prevalenza al diritto di proprietà, valore che sarebbe invece da considerare soccombente rispetto ad altri valori fondamentali, quali il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute, tutelati dagli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117 Cost., Cass. Sez. III, ord. 30 aprile 2014, n. 20636, Alessandrini e altro, in *questa Rivista*, 22 maggio 2014.

<sup>139</sup> Corte eur. dir. uomo, I sezione, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 1672, p. 1701.

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 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 –.

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<sup>140</sup>.

La disposizione in esame, inoltre, come accennato, esprime un chiaro rifiuto dell'*actio in rem*, opzione che esprime chiaramente l'intento di fare prevalere le esigenze di rispetto delle garanzie di uno Stato di diritto sulle esigenze dell'efficienza della lotta alla criminalità del profitto.

Si deve evidenziare, però, che sia l'art. 4, c. 2, sia il considerando n. 15 non esclude la possibilità che uno Stato membro possa introdurre forme di confisca senza condanna anche in altre situazioni; 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.

La confisca misura di prevenzione dell'ordinamento italiano e il *civil forfeiture* dell'ordinamento inglese<sup>141</sup> o irlandese non sono incompatibili con la Direttiva, non rientrano piuttosto nell'obbligo del mutuo riconoscimento.

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), – 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 –.

In tale direzione, inoltre, la questione rimane aperta come emerge dal processo verbale dell'approvazione della direttiva in esame, in cui si può leggere l'invito rivolto alla Commissio-

<sup>140</sup> Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *op. cit.*, p. 194 per ulteriori considerazioni su tale profilo; cfr. PANZARASA, *op. cit.*, p. 1710, il quale, partendo dall'idea che venga in considerazione una forma di confisca avente natura punitiva, valuta positivamente la disposizione in questione osservando che essa consentirebbe la confisca nei soli casi di proscioglimento "per difetto di imputabilità" e "per estinzione del reato", mentre non allude al proscioglimento per carenza dell'elemento soggettivo, e solo se la confisca fosse pronunciata con una "sentenza" la quale "concluda" il giudizio ordinario ovvero il giudizio abbreviato (non potrebbe essere ordinata dal giudice per le indagini preliminari in sede di archiviazione, né dal giudice dell'udienza preliminare, non avendo nessuno di tali provvedimenti natura di sentenza conclusiva del giudizio dibattimentale o abbreviato), *richiedendo sostanzialmente che detta sentenza contenga un accertamento completo del reato*. Cfr. Cass., sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273, che ha consentito addirittura l'applicazione della confisca allargata ex art. 12 *sexies* l. 356/92 in mancanza di condanna in palese violazione del principio di legalità; Cass., sez. II, 25 maggio 2010, n. 32272: "i limiti di persuasività dello sforzo ermeneutico riproposto ancora una volta dalle S.U., non possono offuscare l'intensità e la concretezza delle ragioni di politica criminale che militano a favore di una maggiore effettività delle pretese ablativo dello Stato correlate alla commissione di illeciti penali e, dunque, specificamente, anche della sopravvivenza delle medesime alla vicenda dell'estinzione del reato".

<sup>141</sup> Da ultimo cfr. ALLDRIDGE, *op. cit.*, p. 171 ss.

ne dal Parlamento Europeo e dal Consiglio a un ulteriore sforzo di analisi per individuare un modello di *actio in rem* condiviso nel rispetto delle tradizioni comuni: “The European Parliament and the Council call on the Commission to analyse, at the earliest possible opportunity and taking into account the differences between the legal traditions and the systems of the Member States, the feasibility and possible benefits of introducing further common rules on the confiscation of property deriving from activities of a criminal nature, also in the absence of a conviction of a specific person or persons for these activities”. Il legislatore europeo è consapevole della necessità di un ulteriore riflessione sull’opportunità di valorizzare l’*actio in rem*.

La “Commissione LIBE”, in realtà, come ampiamente esaminato in altra sede<sup>142</sup>, aveva proposto una scelta di politica criminale fondamentale 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 riconoscimento<sup>143</sup>. Tale proposta accoglieva le sollecitazioni della Raccomandazione del 2011 del Parlamento Europeo ed era in linea con le Raccomandazioni del GAFI<sup>144</sup> 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 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 amministrative e civili proprio per sottrarle alle garanzie penalistiche<sup>145</sup>. In accoglimento alle sollecitazioni espresse nella FRA OPINION si pretendeva, in particolare, un alto *standard* della prova dell’origine illecita dei beni da confiscare<sup>146</sup>, 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 criminale<sup>147</sup>.

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.

Forse si poteva credere di più nella magia di tale proposta, da una parte inducendo gli Stati membri all’adozione dell’*actio in rem* quale efficace modello di confisca degli assetti patrimoniali accumulati nel tempo, anche in mancanza di una condanna, imponendone il mutuo riconoscimento, dall’altra richiedendo le garanzie della materia penale, e innanzitutto un più pregnante standard probatorio dell’origine illecita dei proventi, agli Stati membri che già conoscono l’*actio in rem*.

<sup>142</sup> MAUGERI, *op. cit.*, p. 270.

<sup>143</sup> Cfr. ECBA, *op. cit.*, 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.

<sup>144</sup> Art. 4, § 3 FATF, *International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, febbraio 2012.

<sup>145</sup> Per un quadro di tale modello di confisca MAUGERI, *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, p. 90 ss.; ID., *The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*, in *NJECL* 2012, p. 272 ss. Sulle future questioni che si potranno prospettare in relazione all’eventuale lesione dei diritti fondamentali da parte della legislazione in esame cfr. MO EGAN, *Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, 19, p. 167 ss.

<sup>146</sup> Cfr. FRA OPINION, cit., § 2.2.2 (35).

<sup>147</sup> 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”.



## 7.

## La disciplina del congelamento dei beni: un anomalo passo indietro in termini di garanzie.

L'art. 7 disciplina il "congelamento" come provvedimento provvisorio da assumere in vista dell'eventuale successiva confisca; si afferma, infatti, che "1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire il congelamento dei beni in vista di un'eventuale conseguente confisca". Nel considerando n. 27 si evidenzia lo stretto legame tra congelamento e confisca ("Poiché i beni sono spesso custoditi a fini di confisca, il congelamento e la confisca sono strettamente connessi") e come in "taluni sistemi giuridici, il congelamento a fini di confisca è considerato un provvedimento procedurale separato di natura provvisoria, al quale può seguire un ordine di confisca. Fatti salvi i diversi sistemi giuridici nazionali e la decisione quadro 2003/577/GAI, la presente direttiva dovrebbe ravvicinare taluni aspetti dei sistemi nazionali di congelamento a fini di confisca".

Il congelamento, come già evidenziato in altra sede, rappresenta un *termine non usato nel linguaggio giuridico italiano, che deve farsi rientrare nella nozione di sequestro*.

Si fa riferimento nello stesso art. 7 alla necessità di introdurre una specifica normativa per la corretta gestione dei beni "congelati" al fine di garantire la loro conservazione: "Tali misure, disposte da un'autorità competente, includono azioni urgenti da intraprendere, se necessario, al fine di conservare i beni". In tale direzione si dovrebbe auspicare che le specifiche normative consentano la prosecuzione manageriale di eventuali attività aziendali sottoposte a congelamento per garantirne la sopravvivenza nel mercato e addirittura, se possibile, l'incremento della redditività, come previsto nell'art. 2 *sexies*, c. 8, l. 575/65; il destino delle aziende sequestrate rappresenta uno dei profili più delicati della disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali in considerazione dei plurimi interessi coinvolti, a partire da quelli dei lavoratori sino a quelli delle attività economiche connesse (fornitori di beni e servizi, subappaltatori) o degli equilibri economici di interi territori.

Nel secondo comma si ammette il congelamento anche nei confronti dei beni dei terzi confiscabili ai sensi dell'art. 6<sup>148</sup>, nei limiti si dovrebbe ritenere in cui sarà consentita la confisca nei loro confronti in quanto ai sensi dell'art. 6 si ritenga che i terzi abbiano percepito il profitto dei reati dell'indagato o imputato, oppure che si tratti di beni loro fittiziamente intestati ma in realtà nella disponibilità dell'indagato/imputato.

Non sono state accolte le interessanti proposte di riforma, in chiave garantistica, della disciplina del congelamento avanzate dalla Commissione LIBE e addirittura *si è fatto un passo indietro in termini di garanzie*, perché mentre nella proposta di direttiva si precisa che spetta *all'autorità giudiziaria* l'adozione del congelamento, salva la possibilità delle autorità competenti di pronunciare tale provvedimento in una situazione di urgenza ("quando vi sia un rischio elevato che detti beni siano dispersi, occultati o trasferiti prima della decisione dell'autorità giudiziaria"), fermo restando l'obbligo di conferma da parte dell'autorità giudiziaria, nella versione definitiva della Direttiva, invece, si consente sempre alle "autorità competenti" l'adozione del congelamento *senza pretendere né che sia pronunciato dall'autorità giudiziaria né la conferma dei provvedimenti delle autorità competenti da parte della stessa autorità giudiziaria*. La Direttiva si accontenta in sede di garanzie di contemplare *la mera possibilità della conferma da parte dell'autorità giudiziaria, ma non l'obbligo*: art. 8, n. 4 "Tali procedure possono prevedere che il provvedimento iniziale di congelamento emesso da un'autorità competente diversa da un'autorità giudiziaria sia sottoposto alla convalida o al riesame da parte di un'autorità giudiziaria prima di poter essere impugnato dinanzi a un organo giudiziario".

Si tratta di un passo indietro in contrasto con i principi fondamentali e le garanzie della materia penale perché non si impone quella fondamentale garanzia rappresentata dal riservare all'autorità giudiziaria l'emanazione di un provvedimento fortemente limitativo del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica, come il "congelamento" e cioè il sequestro dei beni; anche il codice antimafia continua a prevedere dei provvedimenti di urgenza, come il sequestro anticipato e il sequestro d'urgenza (Art. 22), che possono essere richiesti dalle autorità competenti a richiedere le misure di prevenzione, ma che comunque sono disposti dal

<sup>148</sup> "2. I beni in possesso di terzi, ai sensi dell'articolo 6, possono essere sottoposti a provvedimenti di congelamento ai fini di un'eventuale conseguente confisca".

presidente del Tribunale, salva la convalida del Tribunale.

La Commissione LIBE, al contrario, *pretendeva che anche il provvedimento urgente fosse emanato dall'autorità giudiziaria* non prevedendo la possibilità che delle “autorità competenti” emanassero tali provvedimenti, anche se in attesa della conferma dell'autorità giudiziaria. Tale proposta era assolutamente coerente con la chiara volontà espressa dalla “Commissione LIBE” di conformare la disciplina della confisca europea alle garanzie della CEDU, a partire dalla giurisdizionalità del procedimento, in conformità ai principi dell'art. 6 CEDU e della sua giurisprudenza che, pur ritenendo conformi alle garanzie della “materia penale” dei modelli *estesi* di confisca e anche di *actio in rem*, impone perlomeno il rispetto delle garanzie della “giurisdizione” e dei diritti della difesa.

E' stato correttamente recepito, invece, l'emendamento n. 15 al *considerando* 15 della Proposta, divenuto *considerando* n. 31 che sollecita una continua verifica delle esigenze che giustificano il congelamento (sequestro), oltreché la delimitazione della sua durata: “Considerata la limitazione al diritto di proprietà che i provvedimenti di congelamento comportano, non è opportuno che tali misure provvisorie siano mantenute più di quanto sia necessario a conservare la disponibilità del bene in vista di un'eventuale conseguente confisca. Ne può discendere l'obbligo per l'autorità giudiziaria di verificare che lo scopo di prevenire la dispersione dei beni sia sempre attuale”. Disposizione che nonostante il tono non vincolante del *considerando* n. 31 (Ne può discendere l'obbligo per l'autorità) diviene correttamente *vincolante* nell'art. 8, n. 3, che stabilisce che “Il provvedimento di congelamento dei beni resta in vigore solo per il tempo necessario a conservare i beni in vista di un'eventuale successiva confisca” (e poi nel n. 5 si precisa che “I beni sottoposti a congelamento che non sono successivamente confiscati sono restituiti immediatamente”). Si tratta di un'importante previsione in termini di garanzie che esprime una ragionevole opzione di politica criminale consentendo di “bilanciare correttamente l'esigenza, sottesa ai provvedimenti di congelamento, di garantire l'effettività della confisca e l'esigenza di garantire i diritti dei titolari dei beni di esercitare il loro diritto di proprietà *convenzionalmente riconosciuto* (art. 1 del I Protocollo CEDU) e, laddove si tratti di beni aziendali, di esercitare la loro libertà di iniziativa economica; il congelamento dei beni comunque comporta un notevole sacrificio economico e, talora, finisce per compromettere la capacità e la tenuta economica di un'azienda, a parte la considerazione che anche la gestione dei beni comporta dei costi per lo Stato”<sup>149</sup>. Il problema che rimane è che al di là delle affermazioni di principio le indagini patrimoniali sono spesso complesse e lente e i tempi dei procedimenti piuttosto lunghi, con la conseguenza che un prolungato congelamento rischia di compromettere la tenuta economica di aziende, che poi magari non saranno sottoposte a confisca all'esito del procedimento.

## 8.

### Il diritto di difesa e a un ricorso effettivo.

L'art. 8, c. 1 stabilisce l'obbligo degli Stati di adottare “le misure necessarie a garantire che, al fine di salvaguardare i propri diritti, le persone colpite dai provvedimenti godano del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”<sup>150</sup>.

Il diritto al ricorso effettivo è imposto dall'art. 6 CEDU nell'ambito del diritto a processo equo e ricomprende il diritto all'indipendenza e imparzialità del giudice, che impone che il giudizio offra delle garanzie sufficienti ad evitare che il giudice possa essere considerato prevenuto<sup>151</sup>. Si osserva a tal proposito che il diritto a un'equa amministrazione della giustizia

<sup>149</sup> MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea”, cit.*, p. 255.

<sup>150</sup> Non è stata accolta la proposta di emendamento della Commissione LIBE all'art. 8, c. 1 che prevedeva, nel riconoscere il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale nell'ambito dei procedimenti volti all'applicazione della confisca, che tale diritto fosse riconosciuto “a prescindere dalla proprietà al momento della confisca” alle persone i cui strumenti e proventi di reato siano confiscati ai sensi della presente direttiva, precisando nella Motivazione che “l'emendamento chiarisce che le persone che hanno diritto a un ricorso e ad un processo equo per determinare la legalità della confisca sono quelle che hanno utilizzato strumenti e/o ottenuto proventi di reato a prescindere dalla proprietà di tali beni al momento della confisca”. Tale emendamento avrebbe potuto indurre a ritenere che il diritto di difesa fosse garantito solo a coloro che avessero utilizzato i beni e conseguito i profitti, ma non si garantissero i diritti di difesa di coloro che avessero successivamente acquistato i beni; tale timore, in realtà, era subito confutato dal successivo emendamento n. 47 che introduceva un nuovo comma 1 bis dell'art. 8, che stabiliva il diritto al ricorso effettivo di tutte le “persone colpite dai provvedimenti” come oggi sancito dal comma 1.

<sup>151</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, 25 giugno 1992, n. 13778/88.

attraverso le garanzie del giusto processo, e quindi anche all'indipendenza e imparzialità del giudice, rappresenta un obbligo di risultato per gli Stati membri – ai sensi dell'art. 1 della Convenzione EDU – che si traduce nella necessità di adottare le misure positive in grado di garantire adeguatamente e in maniera effettiva i diritti protetti dall'art. 6<sup>152</sup>.

Si ribadisce nella Direttiva la necessità di garantire la giurisdizionalità del procedimento volto all'applicazione della confisca anche in sede di impugnazione, precisando al c. 4 dell'art. 8, con evidente riferimento ai provvedimenti di congelamento non emessi dall'autorità giudiziaria, che si deve garantire "l'effettiva possibilità di contestare il provvedimento di congelamento in sede giurisdizionale da parte delle persone i cui beni ne sono l'oggetto", eventualmente, come esaminato, previa convalida o riesame dell'autorità giudiziaria. Si precisa, poi, nel n. 6 che gli Stati membri devono garantire il diritto ad impugnare il provvedimento di confisca "dinanzi a un organo giudiziario".

L'art. 8, n. 2, prevede, poi, l'obbligo dello Stato di comunicare "quanto prima" e motivare, almeno sommariamente, il provvedimento di congelamento "dopo la sua esecuzione" con connesso, quindi, diritto del proprietario dei beni a essere informato. "La comunicazione indica, almeno sommariamente, il motivo o i motivi del provvedimento", fermo restando che "Se necessario per evitare di pregiudicare un'indagine penale, le autorità competenti possono ritardare la comunicazione del provvedimento di congelamento dei beni all'interessato". Nel comma 6 si ripete tale obbligo di comunicazione e si introduce un obbligo di *piena motivazione* in relazione al provvedimento di confisca ("6. Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che ciascun provvedimento di confisca sia motivato e comunicato all'interessato"; considerando n. 39)<sup>153</sup>.

Tali disposizioni sono conformi all'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, che prevede al c. 1 – riconosciuto dalla Corte Edu anche ai procedimenti di *civil forfeiture* – il diritto al giusto processo e al contraddittorio e all'art. 6, c. 3, in relazione ai processi di carattere penale il diritto "(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico"; la Corte EDU ha chiarito che le disposizioni dell'art. 6, c. 3 rappresentano un'esemplificazione del più generale principio del giusto processo e che i requisiti del par. 3 dell'art. 6 Conv. Eur., costituiscono "aspetti particolari" del più generale diritto ad un "processo equo garantito dal par. 1 della stessa disposizione"<sup>154</sup>. Ne deriva che tali garanzie non valgono solo per la confisca considerata *pena* negli Stati membri ma anche per i provvedimenti di confisca, anche allargata, qualificati come sanzioni civili anche se applicati in seguito a condanna, basti pensare al *confiscation* britannico (o alla confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 definita misura di sicurezza), nonché per le forme di *civil forfeiture* e per la confisca misura di prevenzione perché, come già evidenziato, il diritto al giusto processo e al contraddittorio ex art. 6, c. 1, in cui rientrano anche le garanzie dell'art. 6, c. 3, è pacificamente riconosciuto dalla Corte EDU anche in materia civile<sup>155</sup>.

Anche nella recente "[Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata](#)", presieduta dal Professore Fiandaca<sup>156</sup>, si prevede all'art. 7, c. 2, *la necessità di notificare all'interessato anche la proposta di misura di prevenzione personale, e lo stesso vale per le patrimoniali ai sensi dell'art. 22 che rinvia all'art. 7; la proposta deve contenere ai sensi dell'art. 5, c. 1, "una indicazione anche concisa degli*

<sup>152</sup> TAMIETTI-GAMBINI, *Art. 6 Diritto a un equo processo*, in *Commentario Breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, Padova 2012, p. 174; cfr. Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, in Serie A, n. 89.

<sup>153</sup> Cfr. Cour de cassation (2 ch., E), 11 settembre 2013, P.13.0505.F., in *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, p. 131.

<sup>154</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, serie A, 1996, n. 937, § 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, sez. I, 15 novembre 2001, Rezzonico c. Italia, n. 43490/98; Corte eur. dei dir. dell'uomo, sez. II, 8 marzo 2001, P.M. c. Italia, n. 43625/98; Corte eur. dei dir. dell'uomo, sez. II, 11 gennaio 2001, R.M. c. Italia, n. 61692/00.

<sup>155</sup> Corte eur. dir. dell'uomo, Drassich c. Italia, 11 dicembre 2007, n. 25575/04, § 33; Corte eur. dir. dell'uomo. Prikyan e Angelova c. Bulgaria, 16 febbraio 2006, n. 44624/98, § 52; Corte eur. dir. dell'uomo, Clinique de Acacias e Altri c. Francia, 13 ottobre 2005, nn. 65399/01, 65406/01, 65405/01 e 65407/01, § 38, più in generale qualora le doglianze ex art. 6, c. 3 siano invocate isolatamente, la Corte decide, di norma, di esaminare le doglianze del ricorrente dal punto di vista dei due testi letti unitariamente – ex pluribus Corte eur. dir. dell'uomo, GC, Sakhnovskiy c. Russia, 2 novembre 2010, n. 21272/03, § 94; Corte eur. dir. dell'uomo, Zaicevs c. Lettonia, 31 luglio 2007, n. 65022/01, § 42; Corte eur. dir. dell'uomo, GC, Van Geyselhem c. Belgio, 21 gennaio 1999, n. 26103/95, § 27; le garanzie di cui al terzo paragrafo devono essere interpretate alla luce della nozione generale di processo equo contenuta nel primo paragrafo; per sapere se una procedura si è svolta conformemente alle esigenze da essa imposta occorre procedere ad una valutazione basata su un apprezzamento della procedura considerata nella sua interezza Corte eur. dei dir. dell'uomo, Hermida Paz c. Spagna, 28 gennaio 2003, n. 4160/02.

<sup>156</sup> D.M. 10 giugno 2013, in *questa Rivista*, 12 febbraio 2014.

*elementi di fatto su cui si fonda*". In tal modo si precisa nella nota esplicativa si vuole *assicurare l'effettiva realizzazione di una contestazione analoga a quella prevista per il processo ordinario ed il principio di correlazione tra accusa e pronunzia giurisdizionale, senza provocare la benché minima complicazione delle forme processuali*.

In tale direzione, inoltre, la giurisprudenza di Strasburgo riconosce quale corollario dei principi del contraddittorio e della parità delle armi anche il diritto alla *discovery*, e cioè il diritto dell'imputato di prendere conoscenza delle osservazioni e degli elementi di prova prodotti dalle altre parti<sup>157</sup>. Fermo restando che il diritto alla *discovery* non è assoluto ed è possibile ammettere delle restrizioni per salvaguardare diritti fondamentali di altri individui o un interesse pubblico essenziale – come l'interesse alla salvaguardia di un'indagine penale, previsto dalla norma in esame (art. 8, n. 2, della Direttiva) per giustificare il ritardo nella comunicazione del provvedimento di congelamento –; la giurisprudenza della Corte EDU precisa che alla luce del test della necessità assoluta le restrizioni ai diritti della difesa si devono presentare come indispensabili nelle circostanze del caso concreto e suscettibili di arrecare il minimo danno all'imputato<sup>158</sup>. Lo Stato, precisa sempre la Corte di Strasburgo, deve prendere atto delle difficoltà della difesa e tentare di compensarle attraverso idonee garanzie procedurali<sup>159</sup>; regola che dovrebbe valere proprio in relazione all'esplicazione di quell'onere di allegazione – se non di una vera e propria inversione dell'onere della prova –, imposto alla difesa in relazione alle forme di confisca allargata laddove si applicano, come esaminato e come previsto dal considerando n. 21 della Direttiva, delle presunzioni di origine illecita dei beni nella disponibilità dell'imputato.

Rimane il fatto che un provvedimento di congelamento può essere assunto da un organo non giudiziario e possa essere applicato *inaudita altera parte*, poiché l'art. 8, n. 2, impone il dovere di informare l'interessato successivamente all'esecuzione del provvedimento ("dopo la sua esecuzione"), in considerazione dell'evidente esigenza di prevenire eventuali tentativi dell'interessato di nascondere o comunque fare perdere le tracce dei beni confiscabili<sup>160</sup>.

Si precisa, poi, nell'art. 8, n. 8, con riferimento alla confisca "estesa" il diritto (l'effettiva possibilità) di impugnare "le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili in base ai quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose". Tale disposizione è conforme alla giurisprudenza della Corte EDU che fa rientrare nell'art. 6, c. 1, il diritto di impugnare gli elementi a carico ("le circostanze del caso, compresi i fatti specifici...") e, quindi, di confutare quelle presunzioni di fatto e di diritto, sulle quali spesso si fondono le forme di confisca "estesa" – previste anche nel considerando n. 21 della Direttiva –, riconosciute dalla Corte compatibili con l'art. 6 purché, appunto, confutabili<sup>161</sup>. Si applica, così, il diritto al contraddittorio, in cui rientra il diritto a contro esaminare i testimoni a carico<sup>162</sup>, in particolare laddove il provvedimento di confisca, come avviene nella prassi delle misure di prevenzione, si basi in misura determinante su testimonianze dei collaboratori di giustizia; nell'ipotesi in cui non sia garantito il diritto al contraddittorio si integra

<sup>157</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, Serie A n. 211, §§ 66-67; ALLEGREZZA, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e convenzione europea*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, p. 142; CASIRAGHI, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, *ivi*, p. 194. Il pubblico ministero deve dunque comunicare alla difesa tutte le prove in suo possesso, a carico o a discarico, cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, Papageorgiou c. Grecia, 9 maggio 2003, n. 59506/00, in *Reports of Judgement and decisions* 2003, VI, p. 243, § 36; Corte eur. dei dir. dell'uomo, GC, Fitt c. Regno Unito, 16 febbraio 2000, n. 29777/96, *ivi* 2000, II, p. 367, § 44; Corte eur. dei dir. dell'uomo, Edwards c. Regno Unito, 16 dicembre 1992, n. 13071/87, Serie A n. 247-B, § 36.

<sup>158</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, Van Mechelen e Altri c. Paesi Bassi, 23 aprile 1997, n. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, in *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, § 58.

<sup>159</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, I sez., Bannikova c. Russia, 4 novembre 2010, n. 18757/06, § 62; Corte eur. dei dir. dell'uomo, G.C., A e Altri c. Regno Unito, 19 febbraio 2009, n. 3455/05, §§ 205 ss..

<sup>160</sup> Sulla difficoltà della notificazione dei provvedimenti di congelamento cfr. FARALDO CABANA, *Improving the Recovery of Assets Resulting from Organised Crime*, in *Eur. J. Of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 22, 2014, p. 13-32; emerge la necessità di strumenti alternativi di notificazione quando l'interessato tenta di impedirla rendendosi irreperibile, ad esempio con la notifica presso gli avvocati che lo rappresentano in altre cause o con la pubblicazione della notifica sulla stampa dei paesi in cui si trovano i beni cfr. DANIEL-MATON, *La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles*, in JORGE, (ed.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires 2008, p. 138.

<sup>161</sup> Corte eur. dir. dell'uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dir. dell'uomo, *Salabiaku v. France*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1988, Série A, vol. 141, 10-15-17; Corte eur. dir. dell'uomo, 25 settembre 1992, *Pham Hoang v. France*, *ivi* 1992, vol. 243, 21-22; Corte eur. dir. dell'uomo, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02, 6.

<sup>162</sup> Corte eur. dir. uomo, GC, 15 dicembre 2011, Al.Khawaja e Tahery c. Regno Unito, n. 26766/05 e 22228/06.



una violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 d) Conv. se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti, ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme<sup>163</sup>. La Corte di Strasburgo ha osservato come l'art. 6 della Convenzione, c. 3 lett. d) riconosca il diritto per ogni accusato di poter esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico<sup>164</sup>.

Emerge, poi, un ulteriore profilo del diritto di difesa, riconosciuto dalla Corte di Strasburgo, il diritto di difendersi provando che include il diritto a che le prove a discarico siano *valutate* dall'autorità giudiziaria e si tenga, quindi, conto delle prove determinanti fornite dalla difesa, altrimenti si concretizzerebbe un diniego di giustizia<sup>165</sup> e la violazione del principio della parità delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti che "vale di regola in civile come in penale"<sup>166</sup> e si traduce nell'esigenza di garantire a ciascuna parte una possibilità ragionevole di presentare le proprie prove in condizioni di eguaglianza, nonché l'obbligo per il giudicante di procedere all'esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle offerte di prova delle parti, salvo verificarne la pertinenza ai fini della decisione<sup>167</sup>.

La Corte EDU, inoltre, impone ancora ai giudici nazionali che, in applicazione dell'art. 6, 1 c., nell'applicare il provvedimento di confisca non possono fondarsi su semplici sospetti, ma, devono sviluppare e valutare oggettivamente i fatti presentati dalle parti e non valutare in maniera arbitraria gli elementi che sono stati presentati<sup>168</sup>. Principio ancor più recentemente ribadito anche in considerazione della «posta in gioco delle procedure di prevenzione e [de] gli effetti che sono suscettibili di produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte. La Corte osserva che questo tipo di procedura riguarda l'applicazione della confisca di beni e capitali, cosa che direttamente e sostanzialmente coinvolge la situazione patrimoniale della persona soggetta a giurisdizione. Davanti a tale posta in gioco, non si può affermare ... (vedere *Martinie*, prima citata, § 43 e, *à contrario*, *Jussila c. Finlandia* [GC], n° 73053/01, § 48, CEDH 2006...)»<sup>169</sup>; considerazioni espresse per la confisca di prevenzione ma che si possono estendere a tutti i procedimenti volti all'applicazione di forme di confisca estesa che comportano, appunto, l'opportuna considerazione "della posta in gioco", il sacrificio del diritto di proprietà e della libertà d'iniziativa economica, e quindi della stessa libertà personale del cittadino, come riconosciuto dall'art. 1 del I Protocollo CEDU.

Questi diritti sono garantiti anche in capo ai terzi non solo in quanto comunque rientranti nel comma 1 laddove siano "interessati" in quanto proprietari dei beni, ma anche laddove siano coinvolti in virtù delle previsioni dell'art. 6 (art. 8, n. 9) in quanto sapevano o avrebbero dovuto sapere che i beni ottenuti o acquisiti fossero proventi o strumenti del reato; si garantisce in generale il diritto ad essere assistiti da un avvocato e ad essere informati di tale diritto (art. 8, n. 7. Fatte salve la direttiva 2012/13/UE e la direttiva 2013/48/UE, le persone i cui beni sono oggetto del provvedimento di confisca hanno diritto a un avvocato durante l'intero procedimento di confisca, al fine di esercitare i propri diritti relativamente all'identificazione dei beni strumentali e dei proventi. Le persone interessate sono informate di tale diritto).

In tale direzione sembrano interessanti le proposte di riforma del procedimento di preven-

<sup>163</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, 3 dicembre 2013, *Vararu c. Romania*, n. 35842/2005.

<sup>164</sup> Tale disposizione è interpretata in maniera pressoché costante dalla Corte EDU nel senso che, al diritto dell'accusato di confrontarsi con i suoi accusatori può derogarsi in due sole ipotesi: o quando all'accusato venga concessa l'opportunità di controbattere a quanto detto da chi lo ha accusato contestualmente a tali dichiarazioni o anche successivamente; oppure quando, pur non essendo stata concessa tale opportunità, la condanna si sia basata anche su altre prove. In altri termini, per la Corte europea dei diritti dell'uomo può astrattamente concepirsi una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio a condizione che, naturalmente, la condanna non si sia basata esclusivamente sulle dichiarazioni rese in fase anteriore al dibattimento su cui non si è avuto modo di replicare. Devono esserci, in sostanza, altri elementi di prova a carico dell'accusato.

<sup>165</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Lenskaya c. Russia*, 29 gennaio 2009, n. 28730/03, § 39; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Vedernikova c. Russia*, 12 luglio 2007, n. 25580/02, § 25.

<sup>166</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1993, Serie A, n. 274, § 32-33.

<sup>167</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, 19 aprile 1994, Serie A n. 288, § 59; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Kraska c. Svizzera*, 19 aprile 1993, Série A 254-B, § 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1993, Serie A, n. 274 § 35 ritiene che il provvedimento di confisca pronunciato nel caso di specie non tiene conto di prove determinanti fornite dalla difesa, realizzando un diniego di giustizia.

<sup>168</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 luglio 2011, *Palermi c. Italia*, n. 55772/08, § 37.

<sup>169</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 luglio 2008, *Perre et autres c. Italie*, n. 1905/05; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, n. 4514/07. Cfr. MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 187 ss.

zione, destinato all'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, avanzate nella Relazione della Commissione Fiandaca "incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata"<sup>170</sup>, proprio al fine di dare piena attuazione alle indicazioni sui principi del giusto processo e del contraddittorio provenienti dalla giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 6<sup>171</sup>.

## 9.

### Il riutilizzo sociale dei beni.

Sono state accolte in parte le proposte di emendamento della Commissione LIBE volte ad imporre agli Stati membri la destinazione sociale dei beni confiscati, considerata una delle più pregnanti caratteristiche del sistema italiano della prevenzione patrimoniale, come riconosciuto dalla Risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo<sup>172</sup>.

Rispetto agli emendamenti proposti dalla Commissione LIBE, la versione finale della Direttiva assume, però, dei toni meno decisi. Non sono stati inseriti nell'articolo I (emendamento n. 24) i riferimenti all'esigenza dell'*armonizzazione dei principi generali per una corretta gestione dei beni sequestrati e successivo riutilizzo dei beni confiscati* ("La presente direttiva ... e raccomanda principi generali per la gestione e il trasferimento dei beni confiscati"), e nell'art. 10, c. 3, ci si limita a richiedere agli Stati membri di *valutare* "se adottare misure che permettano di utilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale" («*Member States shall consider taking measures allowing confiscated property to be used for public interest or social purposes*»): non si impone il riutilizzo sociale, ma in maniera non vincolante si prevede esclusivamente l'impegno a valutarne l'opportunità; mentre il c. 2 *bis* (emendamento n. 56) proposto dalla Commissione LIBE prevedeva l'obbligo (*shall provide*) del riutilizzo sociale («*each Member State shall provide for the possibility of confiscated property being used for social purposes*») e si prevedeva nello stesso articolo che nello stabilire la destinazione dei beni confiscati si desse priorità "all'assegnazione di tali beni a progetti di contrasto e di prevenzione della criminalità, nonché ad altri progetti di interesse pubblico e di utilità sociale", priorità ora suggerita nel 35° considerando<sup>173</sup>. La differenza tra l'espressione «*shall consider taking*», utilizzata dalla Direttiva, e l'espressione «*shall provide*», della versione proposta dalla Commissione LIBE, è evidente.

Si è affermato, addirittura, che la Direttiva non "ha raggiunto il suo scopo originale, riguardante la necessità di imporre regole comuni e vincolanti in materia"<sup>174</sup>.

E' stato recepito il § 2 dell'art. 10 (emendamento 55) che finisce per sottolineare l'importanza del riutilizzo sociale dei beni prevedendo che nella fase del "congelamento" "la vendita o il trasferimento dei beni che rischiano di svalutarsi" deve avvenire "ove necessario", in quanto, come emerge dal c. 3 si deve attribuire la priorità a scopi di interesse pubblico o sociale.

Allo stesso modo non si precisa nell'art. 10 come proposto dalla Commissione LIBE ma si precisa nel considerando n. 35, che sia "nella gestione dei beni congelati" sia "nell'adozione di misure relative all'utilizzazione dei beni confiscati" "gli Stati membri adottino adeguati provvedimenti per impedire infiltrazioni criminali o illegali".

E' stato eliminato qualunque riferimento, previsto nel considerando n. 16 come riformato dalla Commissione LIBE, alla "creazione di un fondo dell'Unione in cui si raccolga una parte dei beni confiscati dagli Stati membri. Tale fondo dovrebbe essere aperto a progetti pilota di cittadini dell'Unione, ad associazioni, coalizioni di ONG e qualsiasi altra organizzazione della società civile, per incoraggiare un efficace riutilizzo sociale dei beni confiscati ed ampliare le funzioni democratiche dell'Unione", nonché al legame tra il riutilizzo sociale dei beni e l'affermazione della cultura della legalità (emendamento n. 18) ("La pratica dell'utilizzo a fini sociali

<sup>170</sup> D.M. 10 giugno 2013.

<sup>171</sup> Così Relazione, cit., p. 21 ss.

<sup>172</sup> Cfr. BALSAMO, *Il "codice antimafia"*, cit., p. 25.

<sup>173</sup> Si prevede che per introdurre in maniera oculata una simile disciplina si deve adempiere "ad un obbligo procedurale per gli Stati membri quale un'analisi giuridica o un esame dei vantaggi e degli svantaggi connessi all'introduzione delle misure".

<sup>174</sup> ARCIFA, *The new Eu Directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon Eu strategy on tracking and confiscating illicit money*, Maggio 2014, n. 64, p. 13. Cfr. *Note requested by the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament of the European Parliament to the Basel Institute on Governance, The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organizations to be used for civil society and in particular for social purposes*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

dei beni confiscati promuove e sostiene la diffusione della cultura della legalità, l'assistenza alle vittime di reato e l'azione di contrasto alla criminalità organizzata, attivando così meccanismi virtuosi, da realizzare anche attraverso organizzazioni non governative, a beneficio della collettività e dello sviluppo socio-economico di un territorio, applicando criteri oggettivi").

Nonostante i toni non vincolanti e la minori enfasi della Direttiva nel sottolineare l'importanza del riutilizzo sociale dei beni confiscati, si dovrebbe nondimeno valorizzare tale profilo che esalta non tanto l'effetto spada delle politiche europee di lotta al crimine organizzato<sup>175</sup> ma la stesse "funzioni democratiche dell'Unione", e cioè l'importanza della salvaguardia del valore dei beni confiscati, tanto più quelli aziendali, e del loro investimento in progetti di utilità sociale o, meglio, volti allo sviluppo socio-economico; il tutto al fine di suscitare e consolidare il consenso sociale nei confronti di questo importante strumento, la confisca, destinato non solo a combattere il crimine, ma a liberare l'economia da quelle infiltrazioni criminali che ne frenano lo sviluppo in maniera spesso irrecuperabile e comunque intollerabile.

## 10. Conclusioni.

L'entrata in vigore della Direttiva rappresenta un'occasione per gli Stati membri di procedere ad un'opera di armonizzazione e razionalizzazione della disciplina delle sanzioni patrimoniali al fine ultimo di realizzare la piena attuazione del principio del *reciproco riconoscimento*.

Nell'ordinamento italiano si dovrebbe, innanzitutto, riformare la disciplina generale della confisca, art. 240 c.p., garantendo il carattere obbligatorio della confisca del profitto e l'accoglimento di un'ampia nozione di provento, capace di ricomprendere non solo i surrogati, ma anche le ulteriori utilità, perlomeno, laddove – in base ad una prova indiziaria – siano causalmente riconducibili all'originario profitto, come sancito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nel caso Miragliotta<sup>176</sup>. Dovrebbe, inoltre, essere introdotta una disciplina generale della confisca per equivalente, salva la discrezionalità consentita dalla Direttiva al legislatore nazionale di concepirla come sanzione sussidiaria o misura alternativa, nonché la clausola dell'onerosità e una disciplina che garantisca il rispetto del principio di proporzione, soprattutto laddove la confisca assuma profili punitivi (come la confisca degli strumenti del reato), fermo restando che sarebbe auspicabile che il legislatore evitasse di utilizzare tale misura con finalità punitive; la rigidità della confisca non la rende compatibile con il rispetto del principio di proporzione o con i principi che presidono la commisurazione della pena, a partire dal principio di colpevolezza, come dimostra, ad esempio, nell'ordinamento italiano la vicenda della confisca per equivalente degli strumenti del reato ex art. 187 sexies T.U. in materia di intermediazione finanziaria, sopra considerata.

Per il resto in relazione ai profili più innovativi la Direttiva, al pari della decisione quadro n. 212/2005, assume quell'approccio minimalista per cui si limita ad imporre un modello di confisca "estesa" valido ai fini del reciproco riconoscimento, ferma la libertà degli Stati membri di introdurre modelli più estesi con minori garanzie, rispetto ai quali può essere rifiutato il mutuo riconoscimento; non si ha il coraggio o, meglio, manca la volontà politica degli Stati di individuare, piuttosto, quelle garanzie imprescindibili in presenza delle quali dovrebbe comunque essere garantito il mutuo riconoscimento e l'implementazione in ciascun Stato membro del provvedimento di confisca dell'autorità straniera.

Il modello di confisca estesa proposto, poi, pur fondandosi su una condanna, si accontenta di uno standard della prova civilistico, anche se attraverso la valorizzazione del "molto più probabile" si potrebbe provare a pretendere qualcosa di più del mero 51%, come la prova "chiara ed evidente" dei sistemi di *common law*; sembra opportuna nell'ottica delle garanzie la pretesa dell'accertamento anche del carattere sproporzionato del bene e sembra apprezzabile in termini di efficienza, per contro, la scelta del Parlamento europeo di non richiedere, ai fini dell'applicazione della confisca allargata, alcuni requisiti richiesti nell'originaria proposta di direttiva, in particolare il carattere *similare* dell'attività criminale.

I modelli di confisca allargata proposti nella decisione quadro n. 212/2005 si presentavano sicuramente più garantisti, delimitando l'utilizzo di simili strumenti al settore della lotta

<sup>175</sup> Cfr. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pubblic. com.* 2007, p. 1177.

<sup>176</sup> Cass., S.U., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, rv. 23870.

contro gravi reati e il crimine organizzato, pretendendo la condanna e, pur prescindendo dalla prova del nesso causale tra singoli beni o cespiti patrimoniali e uno specifico reato, richiedeva un alto standard della prova dell'origine criminale, accompagnata dall'accertamento del carattere sproporzionato dell'acquisto o della correlazione temporale o, addirittura, anche della medesima natura dell'attività criminale fonte. L'errore della decisione n. 212 è stato, però, quello di avere previsto più modelli, consentendo agli Stati di rifiutare l'applicazione del provvedimento dell'autorità straniera dello Stato membro che aveva adottato un diverso modello; anche la decisione quadro 212/2005 non era riuscita, del resto, ad imporre delle garanzie minime, consentendo comunque agli Stati di adottare modelli di confisca più efficienti e con minori garanzie.

La confisca senza condanna è stata accolta in maniera limitata e problematica (anche in relazione agli strumenti) e non è stata accolta la proposta di confisca senza condanna di natura "penale" proposta dalla Commissione LIBE, con il suo rigoroso standard della prova; anche in questo settore sembra emergere la preoccupazione di imporre, intanto, un modello di confisca efficiente piuttosto che di sancire le garanzie imprescindibili, con il risultato paradossale di avere elaborato un modello minimalista che non tiene conto della realtà di diversi ordinamenti europei, che conoscono bene l'*actio in rem* e anche, seppure in maniera limitata, la cooperazione giudiziaria in materia attraverso la Convenzione di Strasburgo del 1990 o accordi bilaterali<sup>177</sup>.

Nell'ordinamento francese, ad esempio, è stata data applicazione a dei provvedimenti di confisca misura di prevenzione pronunciati dall'autorità giudiziaria italiana<sup>178</sup>, con il parere favorevole della Commissione Giustizia del Senato, che ha osservato che le disposizioni in materia di sequestro e confisca «*n'imposent toutefois pas que la confiscation [applicable par renvoi à la saisie] elle-même ait été prononcée dans le cadre d'une procédure pénale, et elle estime en conséquence qu'elles ne devront pas empêcher la France de reconnaître et d'exécuter, dans le cadre de la coopération internationale, des décisions de confiscation prononcées par une juridiction étrangère dans le cadre d'une procédure civile ou d'une utilisation étendue de compétences fiscales, dès lors que les exigences du procès équitable auront été respectées*»<sup>179</sup>.

Pur nella consapevolezza della problematicità in termini di rispetto della garanzie fondamentali dell'*actio in rem*, sembra allora più realistico e soprattutto maggiormente utile anche in termini di garanzie prospettare la necessità di un supplementare sforzo di confronto tra i diversi modelli di *actio in rem* previsti nel panorama europeo (e non solo) al fine di elaborare un modello condiviso, come prospettato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio nel rivolgere l'invito alla Commissione a un ulteriore sforzo di analisi<sup>180</sup>; forse in questo settore più che in ogni altro si renderà proficuo un diverso approccio rispetto a quello finora utilizzato nell'elaborazione degli strumenti legislativi in materia, attraverso la determinazione delle *garanzie irrinunciabili* in presenza delle quali debba prevalere l'obbligo del reciproco riconoscimento.

Si dovrebbe partire, innanzitutto, dal verificare in quali ipotesi, pur in presenza di un procedimento *in personam* non concluso con una condanna definitiva, si possa pervenire alla confisca dei proventi del reato magari in un connesso procedimento patrimoniale autonomo, per poi riflettere sull'opportunità di un incremento dei poteri e degli strumenti di indagine nel settore patrimoniale, sino a verificare quali siano i presupposti imprescindibili in termini di garanzie di un eventuale *actio in rem*, senza dimenticare la possibilità di incominciare a ragionare anche a livello europeo sulla possibilità/opportunità di elaborare – come proposto nella recente Relazione della Commissione Fiandaca “incaricata di elaborare una proposta di inter-

<sup>177</sup> Cfr. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali – La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, p. 292 ss., il quale riporta l'Accordo del 16 maggio 1990 tra l'Italia e il Regno Unito in materia di mutua assistenza relativa al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope e di sequestro e confisca dei proventi, ove si prevede espressamente l'eseguibilità dei decreti applicativi di misure di prevenzione patrimoniale.

<sup>178</sup> Crim., 13 novembre 2003, n° 03-80.371, D. 2003. 3008, et les obs.; Civ. 2e, 4 giugno 2009, n° 08-16.142, D. 2009. 2250, con nota di CUTAJAR; Crim., 19 ottobre 2011 n° 11-80.247; *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, 13 novembre 2003, *Crisafulli-Friolo*; cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., p. 570 s.

<sup>179</sup> «Rapport n° 328 (2009-2010) de M. François Zocchetto, fait au nom de la Commission des lois du Sénat», depositato il 24 febbraio 2010. Cfr. BALLOT, *Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale*, in RSC 2013, p. 321. Cfr. Trib. penale federale svizzero, sez. II, 21 gennaio 2011, Pres. Cova, ric. A, 11 luglio 2011, con nota di NICOSIA, *Il Tribunale penale federale svizzero accoglie una rogatoria della Procura di Milano finalizzata alla confisca “di prevenzione” di conti bancari*, in questa Rivista, 11 luglio 2011.

<sup>180</sup> Si veda supra § 6.



venti in materia di criminalità organizzata<sup>181</sup> –, “istituti di nuovo conio come tali più adeguati a soddisfare le variegate aspettative che una moderna prevenzione pone in una prospettiva di delicato bilanciamento tra esigenze e valori concorrenti”, come ad esempio una forma “più moderna e flessibile” del «preesistente istituto della sospensione dell’amministrazione dei beni connessi ad attività economiche (artt. 3 *quater* e 3 *quinquies*, l. 575/1965), ridenominato più di recente “Amministrazione giudiziaria” dall’art. 34 del Codice Antimafia. Nella revisione proposta dalla Commissione, l’istituto in parola assume un rilievo di più ampio respiro e si sviluppa in una cornice di innovazione che include – oltre alla ridisciplina dei suoi contenuti normativi – l’introduzione di una nuova figura di controllo giudiziario e, in connessione, una modifica della disciplina delle interdittive prefettizie. Il complessivo obiettivo di fondo perseguito da questa nuova progettazione, ..., consiste nel promuovere il disinquinamento mafioso delle attività economiche, salvaguardando al contempo la continuità produttiva e gestionale delle imprese»<sup>182</sup>.

Fondamentale in tale direzione la dettagliata imposizione nell’art. 8 della Direttiva delle garanzie difensive e della giurisdizionalizzazione dei procedimenti patrimoniali, anche nelle limitate ipotesi in cui non si presuppone la condanna o siano eseguiti successivamente alla condanna (art. 8, c. 4), in quanto l’effettiva tutela giurisdizionale dell’interessato e dei terzi è uno dei profili deboli di molte discipline in materia. La Direttiva, del resto, come già accennato, al considerando n. (38) prevede il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuto dalla CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, nonché dei diritti processuali nei processi penali previsti dalle direttive in materia. La piena giurisdizionalizzazione, nel rispetto delle garanzie difensive e del principio del contraddittorio, di qualunque forma di procedimento patrimoniale autonomo, potrebbe evitare che l’asperata attenzione ai profili dell’efficienza nell’ambito della lotta al crimine organizzato, in particolare sotto il profilo patrimoniale, e le esigenze di semplificazione sottese alla libera circolazione delle decisioni giudiziarie, possa tradursi in un abbassamento del livello delle garanzie.

<sup>181</sup> D.M. 10 giugno 2013.

<sup>182</sup> Così Relazione, cit., pp. 13-14.