

Prime osservazioni sulla nuova “proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca”

Initial Considerations Concerning the “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders

ANNA MARIA MAUGERI

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Catania

REGOLAMENTO EUROPEO, RECIPROCO RICONOSCIMENTO,
CONFISCA SENZA CONDANNA, PROCEDIMENTO PENALE

EU REGULATION, MUTUAL RECOGNITION,
NON-CONVICTION BASED CONFISCATION,
CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

La proposta di Regolamento UE, 21-12-2016, per il *mutuo riconoscimento* di tutti i tipi di sequestro e confisca (**estesa, nei confronti dei terzi e senza condanna**), purchè emanati nell'ambito di un procedimento “penale” e con le relative garanzie, assume un notevole impatto in termini di politica criminale europea innanzitutto per lo strumento legislativo prescelto, - il *regolamento* ai sensi dell'art. 82, c. 1 TFUE, direttamente vincolante, che suscita però qualche perplessità -, e per l'imposizione del mutuo riconoscimento rispetto a forme di confisca senza condanna non contemplate nella Direttiva n. 42/2014 (che prevede solo l'ipotesi di fuga e malattia) e non adottate dagli Stati membri, superando i dubbi circa la possibilità di utilizzare a tal fine la decisione quadro 783/2006. Si tratterebbe di una svolta epocale in termini di efficienza della cooperazione giudiziaria, ferma l'ambiguità del concetto di “criminal proceeding”, rispetto ai procedimenti ibridi presenti nel settore. Il modello di riferimento è la confisca autonoma ex art. 76 a) c. 1 StGB (già in vigore), ma soprattutto c. 4 prevista dal progetto di riforma tedesco BReg418/16. Il Regolamento potrebbe rappresentare una sfida verso **una completa giurisdizionalizzazione in chiave penalistica** dei procedimenti volti ad adottare forme di confisca senza condanna, per garantirne il reciproco riconoscimento.

The proposal of EU Regulation, 21-12-2016, for the mutual recognition of all types of seizure and confiscation (extended, third-party and non-conviction based), - issued within the framework of criminal proceedings and accompanied by the related safeguards -, has a significant impact in terms of European criminal policy, above all on account of the legislative instrument chosen (even if this raises several doubts) and for the imposition of mutual recognition with respect to forms of non-conviction based confiscation, not covered by Directive n. 42/2014 (only cases involving escape and illness) and not adopted by the Member States, overcoming doubts over applicability of Framework Decision 783/2006. This would be an epochal development in terms of the efficiency of judicial cooperation, although concerns only forms of confiscation adopted in a "criminal procedure", concept not always clear because Member States adopt hybrid proceedings in this sector. The reference model adopted by the European legislator is autonomous confiscation under art. 76 a) c. 1 StGB (already in force) and, above all, § 4 of the German draft bill on the reform of criminal asset recovery BReg418 / 16. The Regulation could moreover represent a challenge to provide for a complete judicialisation within the criminal law of proceedings seeking to enforce forms of non-conviction based confiscation, in order to guarantee mutual recognition.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Base legale. – 3. Ambito di applicazione. – 4. Provvedimenti di confisca: senza condanna solo se adottati in un procedimento penale. – 4.1. Il modello Tedesco di confisca senza condanna. – 4.2. Valutazioni sul modello di confisca senza condanna proposto nel Regolamento. – 4.3. Ulteriori considerazioni sulla nozione di procedimento penale. Procedimenti ibridi. – 5. Segue. Garanzie e disciplina. – 6. Conclusioni.

1.

1. Premessa.

Il 21 dicembre 2016 è stata pubblicata una Proposta di **Regolamento**, direttamente vincolante, per il *mutuo riconoscimento* di tutti i tipi di provvedimenti di sequestro e confisca emanati nell'ambito di un procedimento "penale" (**criminal proceedings**), inclusi i provvedimenti di **confisca estesa**, di confisca **nei confronti dei terzi** e, in particolare, di **confisca senza condanna**¹. Tale Proposta rafforza e amplia in maniera considerevole il principio del mutuo riconoscimento in materia di confisca innanzitutto perché la lista delle ragioni di rifiuto, prevista nell'art. 9, differisce profondamente da quella della Decisione quadro n. 2006/783/GAI, – relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca –, proprio perché non include ragioni legate al tipo di provvedimento di confisca assunto (salva l'indicazione che il provvedimento debba essere assunto in un procedimento penale).

Riconoscimento reciproco vuol dire, come previsto **nell'art. 8**, che lo Stato richiesto deve dare esecuzione al provvedimento di confisca dell'autorità straniera senza particolari formalità (considerando n. 22) con le stesse **modalità, celerità e priorità utilizzate per un provvedimento dell'autorità nazionale** (tranne qualora sussistano ragioni di rifiuto o rinvio dell'esecuzione); lo stesso ai sensi **dell'art. 17** per un provvedimento di sequestro/congelamento (considerando n. 24). Si prevede il contatto diretto tra le autorità procedenti, salva la possibilità di costituire una o più autorità centrale con funzione di trasmissione dei provvedimenti e di assistenza (art. 4).

Il Regolamento in esame si pone in continuità con una pluralità di strumenti europei in materia e da ultimo con la Direttiva 2014/42/UE² che, come sancito **nell'art. 14, sostituisce l'azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212**³; la direttiva doveva essere recepita entro l'ottobre 2016 (in Italia è stato emanato il d.lgs. n.

¹ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing and confiscation orders, {COM(2016) 819 final} {SWD(2016) 469 final}, in [questa pagina web](#).

² Cfr. BALSAMO, *Il "codice antimafia" e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012; MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *questa Rivista*, 1/2015, 326; PIVA, *LA PROTEIFORME NATURA DELLA CONFISCA ANTIMAFIA DALLA DIMENSIONE INTERNA A QUELLA SOVRANAZIONALE*, *ivi*, 1/2013, 215 ss.; MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *Dir. pen. e proc.* 2013, 369; MAZZACUVA, *LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE LIBE DEL PARLAMENTO EUROPEO ALLA PROPOSTA DI DIRETTIVA RELATIVA AL CONGELAMENTO E ALLA CONFISCA DEI PROVENTI DI REATO*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2013.

³ "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."

202/2016 in attuazione della direttiva)⁴, e prevede norme minime al fine di realizzare l'armonizzazione in materia attraverso l'introduzione di strumenti di confisca diretta e di valore (art. 4), nei confronti dei terzi (art. 6), di confisca estesa (in base ad uno standard della prova "civiltico rinforzato" ex art. 5 e considerando n. 21), mentre prevede la **confisca senza condanna solo in caso di fuga e malattia** quando, comunque, un procedimento *in personam* sia stato iniziato "e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato"⁵.

Come evidenziato nel considerando n. 8 della Proposta di Regolamento la Direttiva "is inherently linked to well-functioning mutual recognition of freezing and confiscation orders". Delle diverse opzioni strategiche prese in considerazione dalla Commissione nell'elaborazione, infatti, della proposta di Direttiva era 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*⁶; in tale direzione nei primi considerando della Direttiva si ribadisce che il suo scopo è quello di perseguire "l'adozione di norme minime" per avvicinare "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^o, oltre che sull'art. 83, § 1^o –, dovrebbe essere, allora, *attraverso l'armonizzazione* la promozione del *reciproco riconoscimento* dei provvedimenti di confisca⁷, 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. E, allora, come si precisa nell'**Inception Impact Assessment** – Strengthening the mutual recognition of criminal assets' freezing and confiscation orders – 7-11-2016, relativo a questa Proposta di Regolamento, "in order for cross-border freezing and confiscation to work more effectively, **the Directive needs to be complemented by a comprehensive mutual recognition instrument, in order to facilitate the recovery of assets across EU borders**".

Nell'approvare tale Direttiva il Parlamento e il Consiglio avevano, infatti, invitato la Commissione a un **ulteriore sforzo di analisi** "to present a legislative proposal on mutual recognition of freezing and confiscation orders at the earliest possible opportunity" (...), "con-

⁴ Il decreto legislativo n. 202/2016 – (GU n.262 del 9-11-2016) entrato in vigore il 24/11/2016 – sembra procedere sempre in una direzione frammentaria, limitandosi ad estendere le ipotesi in cui sarà possibile applicare la confisca per equivalente e la confisca allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/92 in relazione ai reati sinora rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, dimenticando che ai sensi dell'art. 3 ultimo comma il suo ambito di applicazione si potrà estendere ad altri reati che saranno oggetto di armonizzazione. Si è persa un'ulteriore occasione di razionalizzazione della disciplina della confisca, a partire dall'art. 240 c.p. e dalla previsione del carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto, come stabilito nell'art. 4 della Direttiva (fermo restando che forme di confisca obbligatoria sono state introdotte per i crimini considerati nell'art. 3 della Direttiva), mentre si continua a prevedere il carattere obbligatorio solo della confisca del prezzo. E, del resto, già precedenti strumenti sia europei sia internazionali imponevano l'obbligatorietà della confisca del profitto; ad esempio l'art. 2 della decisione quadro 212/2005, che rimane in vigore anche dopo l'entrata in vigore della direttiva, prevede il carattere obbligatorio della confisca degli strumenti e dei proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi. Il d.lgs. n. 202/2016 ha introdotto il carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto all'interno dell'art. 240 c.p., anche nella forma per equivalente, solo in relazione ai c.d. reati informatici. Molti ordinamenti stranieri prevedono già da molti anni il carattere obbligatorio della confisca dei profitti e della confisca di valore con discipline di carattere generale che si possono applicare a tutti i reati. E anche in Italia la legge comunitaria 2007 (l.n. 34/2008), un decreto legislativo cui non è stata data attuazione, prevedeva già l'introduzione di una serie di principi direttivi per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro 212/2005 sia in relazione alla confisca degli strumenti sia in relazione alla confisca dei profitti del reato (all'art. 31). Si prevedeva, ad esempio, nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti la necessità di garantire l'obbligatorietà della confisca del prodotto e del prezzo del reato, nonché del profitto, derivato direttamente o indirettamente dal reato, e del suo impiego, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato; si introduceva, inoltre, l'obbligatorietà della confisca per equivalente del prezzo, del prodotto o del profitto del reato, con eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 c.p.c.

⁵ 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).

⁶ 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.

⁷ 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, 906.

⁸ Sugli artt. 82 e 83 del TFUE, cfr. il commento di SALAZAR, *Commento art. 82*, cit., 896 ss.; ID. *Commento art. 83*, in CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, cit., 914 ss..

⁹ 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.

sidering the need of putting in place a comprehensive system for freezing and confiscation of proceeds and instrumentalities of crime in the EU", nonché al fine di 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". La Proposta di Regolamento risponde anche a tale invito.

In realtà in relazione alla confisca senza condanna, come evidenziato nelle conclusioni della Conferenza su "*Mutual recognition of judicial decisions and confiscation 15 years after Tampere: an additional tool for depriving criminals of their illicit assets all over the Union*"¹⁰-, sono possibili due strategie per attuare il mandato conferito alla Commissione: 1) imporre l'**armonizzazione** cercando di costruire un modello di confisca senza condanna conforme alle tradizioni costituzionali comuni e condiviso dagli Stati membri (come aveva provato la Commissione Libe con la sua proposta di confisca senza condanna da inserire nella Direttiva 42/2014¹¹); oppure 2) imporre il **mutuo riconoscimento del provvedimento di confisca senza condanna** a tutti gli Stati membri, anche agli Stati che non adottano tale modello¹².

L'approccio prescelto dalla Commissione con questa Proposta di Regolamento sembra proprio il secondo. Anche questo approccio minimalista non può prescindere dalla fiducia reciproca e ciò impone un cambiamento di atteggiamento del legislatore europeo, il quale è sempre sembrato più attento ad introdurre strumenti efficaci di confisca piuttosto che al rispetto delle garanzie: sia la decisione quadro 212/2005 sia la direttiva 42/2014 hanno imposto, infatti, agli Stati membri l'adozione "perlomeno" di un certo modello di confisca, minimalista in termini di efficienza, consentendo, però, di introdurre ulteriori poteri di confisca estesa anche a scapito delle garanzie. Nell'imporre il mutuo riconoscimento anche agli Stati membri che non vogliono adottare modelli di confisca senza condanna, sarebbe necessario stabilire, invece, le **garanzie minime e imprescindibili** in presenza delle quali gli Stati membri non possono opporre ragioni di rifiuto al mutuo riconoscimento.

Più in generale la necessità di continuare a lavorare per implementare il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca è stata sottolineata dalla Commissione nell'**"European Agenda on Security"** del 28 aprile 2015¹³, in cui si evidenzia l'importanza strategica del mutuo riconoscimento anche dei provvedimenti di sequestro e confisca nell'ambito della lotta contro il terrorismo, e, quindi, contro le reti criminali organizzate e il loro finanziamento. Anche nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su un **Piano d'Azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo del 2 Febbraio 2016**, la Commissione sottolinea l'esigenza di **misure per affrontare il finanziamento del terrorismo in maniera più ampia ed efficace** e in tale contesto il **riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie è considerato un elemento chiave**. In termini simili l'obiettivo di introdurre una proposta per incrementare il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca è stato indicato dalla Commissione nella sua **"Comunicazione del 2016 sull'Agenda europea sulla sicurezza: preparare il terreno per l'Unione della sicurezza"**¹⁴, sempre nell'ambito delle strategie per la lotta al finanziamento al terrorismo.

La Commissione evidenzia, inoltre, che i mercati illegali nell'Unione europea generano circa 110 billion EUR (alla luce di un studio del 2015 da parte di "Organised Crime Portfolio"¹⁵), approssimativamente l'1 % del PIL europeo nel 2010, ma l'ammontare dei proventi illeciti confiscati è assolutamente esiguo, nel senso che circa il 98.9% dei profitti stimati non

¹⁰ Organizzata dalla Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea in collaborazione con la Commissione europea e il Ministero della Giustizia il 22 e 23 settembre 2014 a Siracusa, presso la sede dell'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC).

¹¹ 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 questa Rivista, 3/2013, 252.

¹² Così MAUGERI, *EU law/ policy on confiscation of assets: the perspective of mutual recognition*, in *The Handbook of Criminal and Terrorism financing law*, a cura di KING-WALKER-GURULE, in corso di stampa, Palgrave Mac Millan 2017.

¹³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The European Agenda on Security*, COM(2015) 185 final.

¹⁴ Communication on Delivering on the European Agenda on Security to fight against terrorism and pave the way towards an effective and genuine Security Union (COM(2016) 230 final, 13.

¹⁵ "From illegal markets to legitimate business: the portfolio of organised crime in Europe".

sarebbe confiscato e rimarrebbe a disposizione dei criminali¹⁶. Ma soprattutto da tutti gli studi e le conferenze in materia (ad esempio nell'Hague Conference on Asset Recovery - Eurojust del 11 Dicembre 2014) emerge pacificamente che gli strumenti esistenti per il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca sono utilizzati in un numero di casi assolutamente esiguo.

Si rende, quindi, indispensabile **un più efficiente sistema di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca, perché quello esistente presenta delle lacune che possono essere sfruttate dai criminali.**

In particolare gli strumenti sinora adottati in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca sono rappresentati dalla **Decisione quadro 2003/577/GAI**, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio e la **Decisione quadro 2006/783 /GAI** (cui è stata data attuazione in Italia con il d.lgs. n. 137/2015).

La prima decisione, che sarà sostituita per quanto riguarda il sequestro probatorio dalla **Direttiva 2014/41/UE** a decorrere dal 22 maggio 2017, presenta un ambito di applicazione limitato alle sole decisioni provvisorie, disponendo il reciproco riconoscimento delle decisioni di sequestro probatorio, emanate dall'autorità giudiziaria in base al diritto interno, per prevenire qualsiasi operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero rilevare come prova o essere oggetto di confisca. **La sua efficienza è stata compromessa dalla procedura in due fasi**, secondo cui il provvedimento di blocco o di sequestro avrebbe dovuto essere accompagnato da un'ulteriore e diversa richiesta di trasferimento della prova nello Stato richiedente, in conformità alle norme applicabili all'assistenza giudiziaria in materia penale¹⁷. La Direttiva 2014/41/UE ha introdotto l'OEI (ordine europeo di indagine penale) che consiste in una **decisione giudiziaria** emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro ("Stato di emissione"), affinché siano compiuti uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro ("Stato di esecuzione"), ai fini dell'acquisizione di prove.

La Decisione quadro 783/2006 consente, invece, il mutuo riconoscimento non solo dei provvedimenti di confisca diretta degli strumenti e dei proventi del reato, ma anche dei provvedimenti di confisca estesa (previsti prima dall'art. 3 della decisione quadro 212/2005, poi sostituito dall'art. 5 della direttiva 42/2014), e **ammette, ad avviso di chi scrive, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna** (anche emanati in un procedimento civile o amministrativo), pur **non prevedendolo come obbligatorio** in quanto si consente di opporre il **rifiuto** (art. 8 n. 2, G) qualora la decisione di confisca "è stata presa in circostanze in cui la confisca del bene è stata ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv)" e cioè "confisca ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri estesi di confisca previste dalla legislazione dello Stato di emissione"¹⁸. Si ammette, insomma, anche se non viene imposto obbligatoriamente, il mutuo riconoscimento di provvedimenti assunti con gli ulteriori poteri di confisca che potevano essere adottati in virtù della decisione quadro 212/2005, e possono essere adottati ai sensi della direttiva 42/2014 dagli Stati membri, *ulteriori* rispetto a quelli *espressamente* previsti dai due strumenti (che impongono "perlomeno" l'adozione dei poteri di confisca estesa espressamente indicati, ma non pregiudicano l'adozione di ulteriori poteri)²⁰. In Italia, ad esempio, l'art. 6 del d.lgs. 137/2015 consente sostanzialmente il riconoscimento di un provvedimento fondato su tali poteri estesi ma solo a condizioni di reciprocità, prevedendo il rifiuto se manca tale condizione: "i) quando la decisione di confisca, ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv), della decisione quadro, provenga da uno Stato di emissione che non preveda, a condizione di reciprocità, il riconoscimento e

¹⁶ "In 2012-13, an official estimate in the UK put the value of the proceeds of frauds alone at £52bn per annum while, in Italy, The Bank of Italy estimated the value of the criminal economy at 10.9 per cent of GDP in 2012".

¹⁷ CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2014.

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

¹⁹ Contra KOLAROV, *Mutual recognition of judicial decisions on confiscation: the way forward*, Contribution to the Seminar on 'Mutual recognition of judicial decisions and confiscation 15 years after Tampere', Syracuse 2014 che evidenzia che l'art. 1 della decisione quadro richiede una corte competente in materia penale e l'art. 2 definisce il 'confiscation order' come una "final penalty or measure imposed by a court following proceedings in relation to a criminal offence or offences", richiedendo un procedimento connesso a uno o più crimini.

²⁰ Cfr. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 326; Id., *EU law/ policy on confiscation of assets*, cit.. Cfr. Id., *El largo camino hacia al reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso*, in *Revista peruana de ciencias penales*, 2014, 163.

l'esecuzione della decisione di confisca dell'autorità italiana ordinata anch'essa ai sensi delle disposizioni sui poteri estesi di confisca”.

Nella prassi, però, si è affermata un'interpretazione piuttosto ristretta della Decisione quadro 783/2006 in base alla quale essa non consentirebbe il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca contemplati dalla stessa direttiva 42/2014, come emerge dallo studio di impatto svolto dalla Commissione in preparazione della Proposta in esame (**Inception Impact Assessment**): “but as the mutual recognition instruments are not aligned with the scope of the Directive in terms of types of confiscation orders covered, there is no obligation for Member States to recognise all confiscation orders which are now made possible by the Directive. This means an increased number of extended or other orders will be issued after transposition of the Directive, but they may remain unexecuted when assets are located in other Member States”.

Tanto è vero che ai fini della cooperazione in materia si è continuato a ricorrere **alla Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, o ad accordi bilaterali**²¹. In tale Convenzione, infatti, non solo si stabilisce che l'applicazione della confisca e della relativa cooperazione giudiziaria non debba essere subordinata alla pronuncia di una sentenza di condanna, in quanto si ritiene sufficiente una decisione giudiziaria della Parte richiedente (in tal modo, come emerge dai lavori preparatori della Convenzione, si tiene conto del fatto che in molti ordinamenti e in determinati limiti la confisca degli strumenti, del prodotto o del profitto del reato è consentita anche contro soggetti non colpevoli, in quanto si tratta di sottrarre o qualcosa di pericoloso che non può essere posseduto da nessuno, o qualcosa che non si ha titolo a detenere, come il profitto del reato), ma il **Rapporto esplicativo** specifica che ogni tipo di procedimento, indipendentemente dalla sua relazione con procedimenti penali e dalle regole procedurali applicabili, può costituire la base per l'applicazione di un provvedimento di confisca, **purché sia condotto dall'autorità giudiziaria e abbia natura penale, nel senso di riguardare strumenti o proventi di reato**; anche i **procedimenti in rem**, si specifica nel rapporto, rientrano in tale categoria²². Diversamente, allora, da quanto riteneva parte della dottrina²³ e come confermato dalla limitata prassi in materia, la Convenzione consente di applicare all'estero un provvedimento di confisca antimafia *ex art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*²⁴, che non presuppone una sentenza di condanna ed è applicata in un procedimento non penale, ma pur sempre condotto dall'autorità giudiziaria e avente natura penale, nel senso minimo preteso dalla Convenzione di riguardare strumenti o proventi di reato (anche se la Convenzione non fa riferimento a provvedimenti di confisca allargata).

Ai sensi dell'**art. 39 questo Regolamento dovrebbe sostituire la decisione quadro 2003/577 e 2006/783** per gli Stati membri che sono ad esso vincolati, mentre tali strumenti si continuerebbero ad applicare per gli Stati membri che non saranno vincolati ad esso. Come evidenziato nel considerando n. 38 della Proposta, ai sensi dell'art. 3 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda in relazione all'area di Libertà, Sicurezza e Giustizia, annesso al TUE e al TFUE, questi due Stati possono decidere di adottare o meno il Regolamento; mentre in virtù degli artt. 1 e 2 del Protocollo sulla posizione della Danimarca, quest'ultima non prenderebbe parte all'adozione di questo Regolamento e quindi non sarebbe ad esso vincolata.

Particolare attenzione è posta nella Proposta di Regolamento ad esigenze di chiarezza

²¹ Cfr. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali – La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 292 ss.; 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 da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 570 s.; cfr. «Rapport n° 328 (2009-2010) de M. François Zocchetto, fait au nom de la Commission des lois du Sénat », depositato il 24 febbraio 2010; BALLOT, *Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale*, in *RSC* 2013, 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 *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2011.

²² Ad esempio la *Sextion 1(1) del Schedule 3 del 1990 Order* inglese prevede che «un ordine pronunciato da una corte in un paese determinato allo scopo di recuperare i pagamenti o le altre retribuzioni ricevute in connessione con il traffico di droga o il loro valore è considerato in questo Atto come un "external confiscation order"»: cfr. Rapporto esplicativo, 214, in BROWN, *Proceeds of Crime, Money Laundering, Confiscation & Forfeiture*, Edinburgh 1996, 93.

²³ Cfr. DI CASOLA, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, Atti del nono corso di aggiornamento per magistrati sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone", C.S.M. Frascati, 15 — 19 aprile 1996, 90; CIAPPI—BECUCCI—MASSARI—MENCAGLIA, *Crimine organizzato. Strategie di contrasto in tema di narcotraffico e riciclaggio*, Poggibonsi 1999, 147.

²⁴ In Gazz. Uff. 31 ottobre 2011.

e, soprattutto, **semplificazione della procedura e delle certificazioni richieste** per il mutuo riconoscimento, proprio perché nella prassi gli operatori lamentano la complessità delle certificazioni richieste dalle decisioni quadro in vigore.

2.

Base legale.

Innanzitutto il primo aspetto realmente innovativo e fonte di dubbi è costituito dal tipo di strumento prescelto, non una direttiva ma un **regolamento** direttamente applicabile negli Stati membri ex art. 288 TFUE. Alcune riflessioni a caldo, seppur limitate in questa sede.

Tale scelta è sicuramente comprensibile in termini di efficienza rappresentando l'unico strumento che, sottratto all'alea del recepimento da parte degli Stati membri, comporta un **immediata e uniforme** applicazione, le perplessità riguardano la legittimità della base legale, tanto più in considerazione del fatto che il Regolamento in questione presenterebbe un ambito di applicazione ben più ampio di quello delle direttive e decisioni quadro in vigore, riguardando non solo la confisca diretta, la confisca allargata e la confisca nei confronti di terzi, tutti provvedimenti di confisca contemplati dalla Direttiva 42/2014 e dalla decisione quadro 783/2006, ma anche espressamente la confisca senza condanna adottata all'interno di un procedimento penale.

La base legale dell'introduzione di un regolamento in materia è individuata nell'articolo 82(1) del TFUE che specifica che la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'UE deve essere basata sul principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, consentendo di adottare in base alla **procedura ordinaria** le regole e le procedure volte a garantire il mutuo riconoscimento in questione e per facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o equivalenti.

Nell'**EXPLANATORY MEMORANDUM** della Proposta si legge che **l'art. 82(1) TFUE attribuisce la possibilità di adottare regolamenti e direttive in materia** (*"gives the EU legislator the possibility to adopt regulations and directives"*). L'art. 82, c. 1 prevede infatti che "il Parlamento europeo e il Consiglio, **deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a:** a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria..."; ai sensi dell'art. **289 con la procedura legislativa ordinaria è possibile emanare regolamenti.**

Il comma 2 **prevede espressamente solo l'uso di direttive**, e non di regolamenti, per perseguire **l'armonizzazione** strumentale alle finalità indicate nel primo comma: "2. Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri". Tanto è vero che la Direttiva 42/2014 si fonda, per espressa previsione, su tale disposizione, oltre che sull'art. 83, c. 1.

La dottrina in materia ritiene che "Il Tr. Lisbona appare dunque oggi completare tale processo, dedicando alla cooperazione giudiziaria penale un intero e separato capo che prevede nel dettaglio le materie sulle quali si potrà intervenire, **normalmente** per via di Direttive ed attraverso la procedura legislativa ordinaria, tanto nel settore della cooperazione vera e propria quanto in quello dell'armonizzazione"²⁵; quel *normalmente* potrebbe aprire ad una lettura più ampia nel settore della "**cooperazione vera e propria**" ai fini del mutuo riconoscimento, meno incisivo in termini di intervento sugli ordinamenti interni e di limitazione della sovranità statale rispetto al settore **dell'armonizzazione** che richiede, invece, per espressa disposizione del comma 2 l'intervento di direttive. Anche in un passo successivo lo stesso autore ammette che questo è uno degli ambiti che più ha goduto dell'abrogazione dei pilastri e che "**L'abbandono delle Decisioni quadro e delle Convenzioni in favore di Direttive e Regolamenti** non potrà che favorire lo sviluppo e soprattutto la completa e corretta attuazione da parte degli Stati membri dei nuovi strumenti che verranno adottati nel settore"²⁶.

In maniera più esplicita e lungimirante ammette che il concetto di "**misure**" che possono essere adottate con la procedura ordinaria ai sensi dell'art. 82, c. 1, TFUE possa estendersi

²⁵ SALAZAR, *Commento art. 82*, cit., 898.

²⁶ SALAZAR, *Art. 82*, cit., 899.

anche ai **regolamenti** chi osserva che “Quanto, invece, agli interventi che PE e Cons. possono realizzare ex art. 82, par. 1, in primis in tema di reciproco riconoscimento delle decisioni, la disposizione impiega il termine generico “misure”: così, se, specie nei primi anni di vigenza del nuovo Trattato, anche in tale ambito pare presumibile attendersi che il legislatore ricorrerà alle direttive (una conferma in tale direzione è data, ad esempio, dalla dir. 2011/99/UE del PE e del Cons., del 13 dicembre 2011, sull’ordine di protezione europeo per le vittime di reati), **non è da escludersi che, dopo qualche tempo** dall’entrata in vigore del Tr. Lisbona, esso decida di avvalersi di **regolamenti**, non diversamente da quanto già accade, del resto, nel settore della cooperazione giudiziaria civile (per tale via confermando l’accresciuta fiducia tra Stati membri, e non solo contribuendo al suo incremento). Tra l’altro, l’impiego di tali atti (espressamente menzionati dal TFUE agli artt. 85 e 86) sarebbe da accogliere con favore anche in considerazione del fatto che, essendo essi direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali, oltre a garantire l’uniformità applicativa della disciplina adottata in tutto il territorio dell’UE, **consentirebbe anche una più immediata ed efficace protezione delle posizioni individuali da essi eventualmente garantite**”²⁷. Tale approccio sembra accolto nella Proposta di Regolamento in esame.

Questa prospettiva -, però, in base alla quale per garantire la cooperazione sarebbero necessarie regole uniformi e quindi attraverso l’adozione di un regolamento non si dovrebbe lasciare margine di scelta agli Stati membri, così evitando i problemi di implementazione delle direttive -, **finisce per attribuire una diretta competenza in materia di procedura penale al legislatore europeo, anche se solo ai fini della cooperazione verticale**, in mancanza di una più espressa e chiara manifestazione di volontà dei legislatori nazionali, che sarebbe stata auspicabile trattandosi di una scelta che assume un **forte valore politico**. Si pensi solo all’impatto in termini di politica criminale del Regolamento in esame, laddove imporrebbe anche agli Stati membri che non vogliono adottare provvedimenti di confisca senza condanna, l’esecuzione al loro interno di simili provvedimenti (purché emanati in un procedimento penale). Non si deve dimenticare, inoltre, che la “tematica del mutuo riconoscimento, apparentemente estranea alle questioni sostanziali, finisce tuttavia per esercitare un **effetto di trascinamento** sulle stesse, richiedendo un certo grado di compatibilità delle fattispecie per potersi efficacemente dispiegare”²⁸; né possiamo dimenticare le perplessità che hanno accompagnato in termini di tutela dei diritti fondamentali il trasferimento della tecnica del reciproco riconoscimento dall’ambito della tutela del mercato interno²⁹ a quello relativo all’esercizio dell’azione penale³⁰, considerando che il diritto penale deve garantire non solo gli interessi dello Stato ma innanzitutto la libertà e i diritti del cittadino limitando proprio l’intervento statale. La dottrina ricorda la problematicità di far operare il principio del reciproco riconoscimento fra magistrati appartenenti a sistemi giuridici nazionali differenti in situazioni ove si manifestano diversità anche di non lieve portata fra le garanzie offerte da ciascuno di essi; basti pensare agli accesi contrasti giurisprudenziali che hanno caratterizzato l’operatività del principio negli Stati membri, ad esempio in Italia in relazione alla decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, in cui si è reso necessario l’intervento nomofilattico della Corte di cassazione³¹. Si è parlato di sovradimensionamento della sfera punitiva nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”³². Per contro, però, non si può non ricordare che proprio l’affermazione del principio del reciproco riconoscimento ha sollecitato un intenso sforzo del legislatore europeo nella direzione **dell’armonizzazione delle garanzie del processo penale negli Stati membri**, come è testimoniato dalle numerose direttive in materia recentemente adottate e di cui il considerando n. 18 della

²⁷ AMALFITANO, *Commento all’art. 82 TFUE*, in TIZZANO (a cura di), *Fonti del diritto – Trattati dell’Unione europea*, in corso di pubblicazione, Milano, 2013, 877.

²⁸ Così MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in [questa pagina web \(treccani.it\)](#); GIUDICELLI-DELAGE-MANACORDA a cura di, *L’intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l’Union européenne*, Paris, 2005.

²⁹ Ambito che comporta solo il mutuo riconoscimento di “national regulatory standard and controls” e in cui “mutual recognition results in facilitating the free movement of products and persons”, così MTISILEGAS, *The constitutional implication of mutual recognition*, in *Justice and Trust in the European Legal Order*, Napoli 2016, 7; ARMSTRONG, *Mutual Recognition*, in BARNARD-SCOTT, *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart 2002, 230 s.

³⁰ Ambito che “involves the recognition and execution of court decisions”, “enabling the enjoyment of fundamental Community law rights”, così MTISILEGAS, *The constitutional implication*, cit., 7.

³¹ Così PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie processuali*, in *Quaderni Europei*, febbraio 2012, n. 38.

³² SCHUNEMANN, *Fortschritte und Fehlritte*, 313; MTISILEGAS, *The constitutional implication*, cit., 15.

Proposta di Regolamento in esame richiede il rispetto³³.

Rimane, infine, il fatto che, come evidenziato dalla dottrina citata, anche se l'art. 82, c. 2, richiede espressamente delle direttive ai fini dell'armonizzazione della legislazione nazionale, non solo l'art. 82, c. 1, parla genericamente di procedura legislativa ordinaria che in virtù dell'art. 298 può comportare anche l'emanazione di regolamenti, ma anche che gli artt. 85 e 86 prevedono espressamente l'adozione di regolamenti in materia. Anzi proprio la circostanza che il secondo comma precisa che l'armonizzazione è possibile solo attraverso una direttiva, confermerebbe che ai fini della cooperazione è sufficiente un regolamento. Chiaramente l'auspicio deve essere che l'adozione di tale strumento imponga non solo l'immediato riconoscimento delle decisioni delle corti, ma anche l'**"immediata ed efficace protezione delle posizioni individuali da essi eventualmente garantite"**.

Si osserva, ancora, nella Proposta che il principio di *sussidiarietà e proporzionalità*, ai sensi dell'art. 5(3) TUE, sarebbero rispettati, perché ammettono l'intervento legislativo dell'Unione solo se l'azione proposta non possa essere efficacemente perseguita dagli Stati membri e, inoltre, l'art. 67 TFUE stabilisce che l'Unione debba garantire ai cittadini un alto livello di sicurezza prevedendo e combattendo il crimine³⁴. **I proventi del crimine sono frequentemente investiti in paesi diversi e questa dimensione transnazionale giustificherebbe l'azione europea.** Si precisa che il modo più efficace per garantire la cooperazione transfrontaliera è rappresentato dal **mutuo riconoscimento**, obiettivo che, in conformità con il principio di sussidiarietà, non può essere raggiunto dagli Stati membri da soli. Tali affermazioni, anche se a primo acchito sembrerebbero volere dimostrare troppo, finendo per ritenere valido qualunque intervento del legislatore europeo purché si tratti di reati transnazionali, sono assolutamente **condivisibili nel settore in esame** in cui la **finanziarizzazione** della ricchezza e la sua mobilità impone già nella fase delle indagini la cooperazione giudiziaria sia a livello europeo sia a livello internazionale per efficacemente seguire il **"paper trail"** e sottrarre i proventi illeciti, e in questa direzione il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca è, come affermato nella conferenza di Tampere del 1999, un caposaldo fondamentale ("the cornerstone of judicial co-operation in both civil and criminal matters within the Union" "The principle of mutual recognition should also apply to pre-trial orders, in particular to those which would enable competent authorities ... to seize assets which are easily movable" (36 §)).

In ogni caso emerge **la necessità del nuovo strumento legislativo alla luce dei rapporti, rispettivamente del 2008 e del 2010**, sullo stato di attuazione delle precedenti decisioni quadro 2003/577/GIA³⁵ sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e congelamento e sulla decisione quadro 2006/783/GIA³⁶, da cui è emerso **un grado di attuazione negli Stati membri assolutamente insufficiente**; e anche il rapporto "2012 Impact Assessment"³⁷, che ha accompagnato la proposta di direttiva 2014/42/UE, evidenzia la necessità di un nuovo strumento in materia di mutuo riconoscimento, valutazione confermata da uno studio di diritto comparato sullo stato di attuazione del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca elaborato nel 2013³⁸.

3. Ambito di applicazione.

Il Regolamento dovrebbe coprire tutti i reati, diversamente, si afferma espressamente nel considerando n. 14, dalla Direttiva 42/2014 che fa riferimento solo ai crimini gravi transnazionali, i c.d. 'Eurocrimes', in quanto basata sull'art. 83 TFUE, mentre il regolamento è basato sull'art. 82 TFUE, che non pone tale limite. Nell'**Inception Impact Assessment – Strength-**

³³ Cfr. PARISI, cit., 12 ss.; MTISILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice, in Justice and Trust in the European Legal Order*, cit., 101 ss.

³⁴ Su tale tipo di giudizio sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *Levoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, Milano, 2011, e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

³⁵ Report from the Commission to the European Parliament and the Council of 22.12.2008 [COM(2008) 885 final – Not published in the Official Journal].

³⁶ *Idem*.

³⁷ Commission Staff Working paper accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council of the freezing and confiscation for proceeds of crime in the European Union, SWD(2012) 31 final.

³⁸ Study carried out by DBB in November 2013 "Comparative Law Study of the implementation of mutual recognition of orders to freeze and confiscate criminal assets in the EU".

ening the mutual recognition of criminal assets' freezing and confiscation orders – 7-11-2016 si specifica che Eurocrimes sarebbero solo i **dieci gravi crimini indicati nell'art. 83, c. 1** (The main purpose of the Directive, the scope of which is limited to the 10 Eurocrimes; "Euro crimes are particularly serious crimes with cross-border elements referred to in Article 83(1) TFEU). They include issues such as terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, cybercrime and organised crime").

Secondo l'interpretazione che sembra accolta nella Proposta di Regolamento in questione i reati cui farebbe riferimento l'art. 82 sarebbero, invece, tutti, disciplinando tale norma i profili procedurali sottesi alla cooperazione giudiziaria rispetto a tutti i reati, mentre l'art. 83 in materia di armonizzazione della disciplina sostanziale limiterebbe il suo ambito di applicazione solo ai reati indicati.

Si deve ricordare, in ogni caso, che la Direttiva si fonda, per espressa previsione, anche sull'art. 82, § 2^o, oltre che sull'art. 83, § 1 con lo scopo 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); e, inoltre, che 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 TFEU⁴⁰ (qualora indispensabile per l'«attuazione efficace di una politica dell'Unione»)⁴¹, oltre ai gravi reati indicati nel c. 1 dell'art. 83⁴².

L'art. 3 della Proposta di Regolamento contiene l'elenco dei gravi reati puniti con pena detentiva della durata massima di almeno tre anni, **per i quali non si richiede la verifica della doppia incriminabilità dei fatti**, mutuando una scelta per la prima volta adottata dal legislatore europeo con l'art. 2, § 2, della Decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra gli Stati membri⁴³; tale lista è la stessa prevista in altri strumenti in materia di mutuo riconoscimento (trentadue fattispecie di reato, corrispondenti a quelle già indicate dall'art. 2 della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo), cui si aggiunge il reato previsto al punto (y) della lista, incluso in seguito all'introduzione di norme minime comuni per la **lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento non-cash** (decisione quadro 2001/413/GAI). Entro tale lista di fattispecie incriminatrici, che il Consiglio può decidere, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, di allargare in qualsiasi momento con altre categorie di reati, figurano significativamente le condotte di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, riciclaggio di proventi di reato, frode comunitaria, falsificazione di monete e mezzi di pagamento, ecc.

Nel caso di reati non inclusi nella lista, il **riconoscimento può essere rifiutato se il crimine presupposto non è un illecito penale nello Stato che deve eseguire il provvedimento** (art. 3, c. 2) **in base al principio della doppia incriminabilità**, mentre nella decisione quadro

³⁹ 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*, cit., 906.

⁴⁰ MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *NJECL* 2010, 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, 141.

⁴¹ Concetto variamente interpretabile SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, 334 - 336; sulla cd. "competenza penale indiretta *accessoria*" del par. 2, dell'art. 83, cfr. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *questa Rivista*, 1/2012, 21 ss., che sottolinea come tale norma apre la strada a «possibili attitudini estensive a discapito della sussidiarietà ed *extrema ratio* dell'intervento penale».

⁴² Cfr. sulla competenza penale indiretta in materia GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, a cura di, *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 683 ss.; SICURELLA, *Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello Stato di diritto*, in PARISI-PETRALIA, a cura di, *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2012, 87 ss.; PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in GRASSO-PICOTTI-SICURELLA, a cura di, *op. cit.*, 207 ss.; SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326 ss.

⁴³ Cfr. DE AMICIS, *La circolazione probatoria sovranazionale*, relazione tenuta al Convegno del C.S.M. sul tema "Gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata transnazionale nella legislazione comunitaria e nella legislazione interna", Roma, 6 - 8 ottobre 2008, www.csm.it, 51.

783/2006 si prevede che per i reati diversi lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento e l'esecuzione della decisione di confisca alla condizione della c.d. "doppia confiscabilità", richiedendosi, cioè, che i fatti presupposti costituiscano un reato che, ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione, consenta la confisca, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla sua qualifica nella legislazione dello Stato di emissione (*ex art. 6, § 3*).

4.

Provvedimenti di confisca: senza condanna solo se adottati in un procedimento penale.

Ai sensi dell'art. 1 il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca si impone in relazione a tutti i provvedimenti assunti nell'ambito di un procedimento penale ("**within the framework of criminal proceedings**"), nell'art. 2 si precisa che "confiscation order means a final penalty or measure imposed by a court **following proceedings in relation to a criminal offence**, resulting in the final deprivation of property from a natural or legal person"; e, inoltre, "(3) 'property' means property of any description, ..(c) liable to confiscation resulting from the application in the issuing State of any of the **powers of confiscation provided for in Directive 2014/42/EU**, or (d) liable to confiscation under **any other provisions relating to powers of confiscation under the law of the issuing State**".

Nel considerando n. 13 si precisa, ancora, espressamente che il mutuo riconoscimento si impone non solo in relazione a tutte le forme di confisca contemplate nella direttiva 2014/42/UE – e cioè **confisca diretta** (art. 4), **confisca di valore** (art. 4), **confisca estesa** (art. 5) e **confisca nei confronti dei terzi** (art. 6)⁴⁴–, ma anche in relazione a **provvedimenti di confisca pronunciati senza una condanna all'interno di un procedimento penale** (It should therefore cover all types of orders covered by Directive 2014/42/EU, as well as other types of orders issued without final conviction within the framework of criminal proceedings).

Si fa riferimento ai provvedimenti di confisca senza condanna che possono essere emanati in un procedimento penale al di là dei limiti previsti dalla direttiva 2014/42/UE (ipotesi di fuga e di malattia), e cioè, come precisato nell'*Explanatory Memorandum*, in seguito alla **morte del proprietario**, in caso di **immunità, prescrizione**, e nei casi in cui l'autore del reato **non può essere identificato** o qualora la corte penale può confiscare dei beni in assenza di condanna **quando la corte è convinta che tali beni siano provento di crimini**. Si cita come esempio il progetto di legge tedesco volto a dare attuazione alla direttiva 2014/42/UE, che prevede la confisca c.d. "**autonoma**" che consente di confiscare un bene in assenza di condanna, se, in base a tutte le circostanze del caso, la Corte è convinta che il bene sia provento del crimine e la persona destinataria del provvedimento di confisca non può essere perseguita o condannata per quel crimine ("if, based on all circumstances of the case, the court is convinced that an object is the proceeds of a crime, even if the person affected by the confiscation cannot be prosecuted or convicted for this crime")⁴⁵.

La Corte deve stabilire che **si tratti di provento del crimine e in un procedimento in cui si applichino tutte le garanzie della materia penale previste nello Stato membro**.

Non si fanno rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento le forme di confisca di carattere **civile o amministrativo** ("The proposal does not cover all existing forms of confiscation orders (such as civil and administrative orders) and is limited to confiscation orders issued in criminal proceedings"). La Commissione, – pur cosciente che l'opzione massima volta ad imporre il mutuo riconoscimento di tutti i modelli di confisca senza condanna, anche di carattere civile o amministrativo, sarebbe preferibile in termini di efficienza –, ritiene non perseguibile tale opzione perché **incontrerebbe il rifiuto di molti Stati membri ponendo maggiori problemi in termini di rispetto dei diritti fondamentali**.

Occorre distinguere in materia e nel diritto comparato, infatti, **tre ipotesi** di separazione del procedimento volto all'applicazione della confisca rispetto al processo penale.

L'ipotesi in cui la misura patrimoniale non è concepita come sanzione penale e viene applicata, – sostanzialmente attraverso un **actio in rem** –, in un **procedimento non penale**, ma, in genere, di carattere **amministrativo punitivo o civile**, come avviene per il civil forfeiture

⁴⁴ Per l'esame di tali modelli di confisca nella Direttiva sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE*, cit., 313.

⁴⁵ Deutscher Bundestag Drucksache 18/9525 18. Wahlperiode 05.09.2016 - Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung.

(nordamericano, australiano, irlandese, britannico) o per la confisca di prevenzione ex art. 24 dlgs. 159/2011 (prima ai sensi dell'art. 2-ter l. 575/65) o comunque per le forme di confisca senza condanna recentemente introdotte in Bulgaria⁴⁶, Slovacchia e Slovenia⁴⁷: quest'ipotesi è espressamente esclusa dall'ambito di applicazione del Regolamento.

L'ipotesi in cui sia possibile procedere "autonomamente" ai fini dell'applicazione della confisca anche qualora non sia possibile procedere *in personam*, o per un qualche motivo il processo penale si è concluso anticipatamente, come previsto ai fini dell'applicazione delle forme di confisca e di acquisizione pubblica dei profitti previste nell'ordinamento tedesco (§ 76a *Selbständige Anordnung*), della confisca ex artt. 70-72 StGB svizzero o delle forme di *Verfall* (acquisizione pubblica dei profitti) e *Erweiterter Verfall* contemplate dal § 20b StGB austriaco: questa è l'ipotesi di confisca senza condanna considerata dal Regolamento.

L'ipotesi, infine, in cui il procedimento patrimoniale "accessorio" è parte di un più complesso procedimento penale, presupposto, da cui si sgancia per ragioni di praticità, garantendo in maniera più efficiente l'accertamento di un aspetto sufficientemente autonomo rispetto a quello oggetto del procedimento principale, come avviene per la confisca ex artt. 70 ss. StGB svizzero o per il confiscation inglese, o per il criminal forfeiture statunitense (in base ad una struttura bifasica del processo penale che distingue la fase dell'accertamento della responsabilità e la fase della determinazione della pena). Qualcosa di simile avviene nella prassi nell'ordinamento italiano consentendo l'applicazione della confisca ex art. 12-*sexies* in sede di esecuzione, ponendo però dei problemi in termini di rispetto delle garanzie; tale procedura è espressamente disciplinata dal disegno di legge n. 2134⁴⁸. Quest'ipotesi rientra nella nozione di confisca in seguito a condanna ex art. 5 della Direttiva ed è espressamente contemplata nella definizione dell'art. 2 della Proposta di Regolamento⁴⁹.

4.1.

Il modello tedesco di confisca senza condanna.

In realtà nell'ordinamento tedesco una forma di confisca autonoma, come quella posta alla base del modello di confisca senza condanna auspicato dal Regolamento, è già in parte prevista laddove "si deve o si può ordinare autonomamente l'acquisizione pubblica o la confisca dell'oggetto o del valore equivalente o l'inutilizzabilità" nell'ambito di un procedimento autonomo quando si verificano i presupposti per l'applicazione di tali sanzioni, ma per ragioni di fatto nessuna persona può essere perseguita o condannata per il reato (§ 76 a, I *Selbständige Anordnung*)⁵⁰; ovvero, in relazione alla confisca misura di sicurezza⁵¹, quando il reato è prescritto e non è possibile per ragioni giuridiche perseguire nessuna persona determinata (e la legge non dispone altrimenti)⁵². In questo procedimento il giudice deve accertare tutti i fatti e gli elementi probatori che sono significativi per la decisione finale⁵³. Tale procedimento autonomo può essere svolto anche dopo l'esaurimento del processo penale, quando ne maturano

⁴⁶ Law on forfeiture in favour of the State of illegally acquired property, 19.11.2012.

⁴⁷ Confiscation of Assets of Illicit Origin Act.

⁴⁸ MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in "Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie", (a cura di) Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano 2016, 63.

⁴⁹ MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in questa Rivista, 2/2012, 196 ss.

⁵⁰ § 76a I StGB, § 440 StPO *Selbständiges Einziehungsverfahren*, § 441 StPO *Verfahren bei Einziehung im Nachverfahren oder selbständigen Einziehungsverfahren*. Traduzione tratta da DE SIMONE, FOFFANI, FORNASARI, SPORZI, *Il codice penale tedesco*, Padova 1994, 109. Cfr. FISCHER, SCHWARZ, DREHER, TRÖNDLE, § 76, *Selbständige Anordnung*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ult. ed., 715. Il n. I e II presuppongono che nessuna persona specifica può essere condannata, o perché non è stato catturato il responsabile, o è rimasto sconosciuto, o perché anche se conosciuto non può essere condannato. Deve essere stata accertata la commissione di un fatto tipico illecito e colpevole, almeno nello stadio del tentativo punibile. L'applicazione di cause di giustificazione, di cause di esclusione della colpevolezza, di uno scusabile errore sul divieto, di cause personali di esclusione della pena o di cause di estinzione della pena escludono l'applicazione della misura. Lo stesso vale quando vi sono delle ragioni giuridiche che si oppongono all'esecuzione della pena (il reato è prescritto). Se si tratta di una misura di sicurezza; come nei casi del § 74 III e § 74 d si presuppone solo un illecito, non necessariamente colpevole, ma attribuibile all'agente ("naturalmente volontario"); per contro non impediscono l'applicazione della misura in questione la sussistenza di cause personali di esclusione della punibilità o di cause di estinzione cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 76, *Selbständige Anordnung*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., 1995, 575 — 576.

Ad esempio il *Verfall*, inteso come misura di sicurezza, ex art. 76a II 1 può essere applicato autonomamente in caso di mancanza di imputabilità, Cfr. ESER, § 76a, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER, op. cit., 25 ed., 905, § 2, il quale esclude la possibilità del procedimento autonomo quando la confisca assume un carattere punitivo, e si ritiene applicabile il *Verfall* solo nei limiti del *Nettoprinzip*.

⁵¹ § 74, c. 2 n. 2, c. 3 e 74d.

⁵² La confisca non può essere disposta se manca la querela, l'autorizzazione o la richiesta di pena.

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

i presupposti successivamente⁵⁴. Qualora si sia concluso l'accertamento della responsabilità, ma la richiesta di applicazione delle sanzioni patrimoniali imporrebbe la continuazione del processo, è possibile, inoltre, nel rispetto di determinati presupposti, separare il procedimento patrimoniale (§§ 430 Beschränkung auf andere Rechtsfolgen – 442 I StPO)⁵⁵; questo procedimento separato può essere destinato all'applicazione della confisca del valore equivalente o della confisca nei confronti dei terzi⁵⁶.

Nel progetto di riforma tedesco ([Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung](#) BReg418/16) volto a dare attuazione alla Direttiva 42/2014 si prevede un'estensione delle possibilità di applicare autonomamente la confisca. Il progetto introduce, innanzitutto, una modifica del *nomen iuris* della confisca dei profitti del reato, da *Verfall* (acquisizione pubblica dei profitti) a *Einziehung* (confisca)⁵⁷ in conformità al linguaggio della direttiva 42/2014/UE e, poi, una semplificazione della disciplina della confisca estesa (*Erweiterter Verfall*, § 73d⁵⁸ che diventa *Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*, § 73a) e l'ampliamento del suo ambito di applicazione nei confronti di qualunque reato e non solo dei reati collegati al crimine organizzato o realizzati in forma professionale, attuando ma anche andando oltre le previsioni dell'art. 5 della Direttiva 42/2014. A tal proposito si deve anche sottolineare che nel progetto si modifica il testo della confisca allargata (73 d che diventa 73 a)⁵⁹ precisando, come si evidenzia nella relazione di accompagnamento, che il mero sospetto ("bloße Verdacht") dell'origine illecita del patrimonio da confiscare non è sufficiente, ma si richiede il convincimento del giudice senza limitazioni ("uneingeschränkte richterliche Überzeugung"), in conformità con la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte tedesca in materia⁶⁰. Si prevede anche l'ampliamento della possibilità di applicare la confisca in un procedimento separato e successivo al processo penale le cui statuizioni saranno chiaramente vincolanti in tale procedimento separato (reintroduzione degli articoli § 422 ss. StPO- Abtrennung der Einziehung, 436 StPO-E)⁶¹. In particolare l'applicazione autonoma della confisca ai sensi del § 76 a I, sinora possibile solo se nessuna persona può essere perseguita o condannata per ragioni di fatto, sarà possibile anche se si tratta di ragioni di diritto (ne bis in idem, prescrizione, ...); in tal modo si dovrebbe consentire la pronuncia della confisca anche in caso di fuga o malattia dell'imputato in linea con le previsioni dell'art. 4, c. 2 della direttiva 2014/42/UE.

Si prevede, inoltre, una specificazione del principio del lordo, introdotto con la legge di riforma del 1992 in materia di lotta al crimine organizzato che ha introdotto l'*Erweiterten Verfall* (e la *Vermögensstrafe*, § 43a, dichiarata incostituzionale⁶²), ricordando, che diversamente da quanto proposto in dottrina, tale principio non comporta il carattere penale della confisca allargata in conformità alla presa di posizione del *Bundesgericht*⁶³.

⁵⁴ § 76 StGB, § 462 StPO.

⁵⁵ JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin 1996, 800.

⁵⁶ Cfr. MAUGERI, *The criminal sanctions against the illicit proceeds of criminal organisations*, in *NJECL* (2012), 269 s.

⁵⁷ § 73a *Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern* (1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden, so ordnet das Gericht die Einziehung von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn diese Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind. (2) Hat sich der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung der Einziehung nach Absatz 1 an einer anderen rechtswidrigen Tat beteiligt und ist erneut über die Einziehung seiner Gegenstände zu entscheiden, berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.

⁵⁸ Da ultimo interessante BGH, 15.03.2016 - 1 StR 662/15, in [questa pagina web](#).

⁵⁹ 73 d StGB *Erweiterter Verfall*: (1) Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat;

73 a *Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*: (1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und ist das Gericht aufgrund der Gesamtumstände davon überzeugt, dass Gegenstände des Täters oder Teilnehmers durch andere rechtswidrige Taten, aus ihnen oder für sie erlangt worden sind, so ordnet es die Einziehung auch dieser Gegenstände an.

⁶⁰ BGH, 22. November 1994 - 4 StR 516/94 - BGHSt - 62 - 4, 371-374, Rn. 8; BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95 - BVerfGE 110, 1-33, Rn. 86.

⁶¹ Referentenentwurf, ([Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung](#) BReg418/16), 2.

⁶² BVerfGE 105, 135. Cfr. BGH, 15 November 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), in *NSfZ* 2003, 198; DESSECKER, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, 350 - 351; KREY-DIERLAMM, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR* 1992, 357; DREHER-TRÖNDLE, § 43a, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1995, 492; KÖRNER, *Betäubungsmittelgesetz*, München 1985, 235; PARK, *Vermögensstrafe und "modernes" Strafrecht. Eine verfassungsrechtliche, strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Untersuchung zur § 43 a StGB*, 64. Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, 664 - 725; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale - Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 465 ss

⁶³ Evidenzia lo scopo preventivo BGH, 29. Juni 2010 - 1 StR 245/09 - NSfZ 2011, 83-87, Rn. 43; "quasi-konditionellen (bereicherungsrechtlichen) Charakter" BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95 - BVerfGE 110, 1-33, Rn. 78).

Per il settore del terrorismo e del crimine organizzato (reati come il riciclaggio, pornografia minorile, il traffico di essere umani, droga, armi, etc.), il progetto prevede la novità più significativa, introducendo un meccanismo giuridico che consente di applicare la confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale, *indipendentemente dalla prova di un reato specifico*, § 76a, c. 4; la corte può comunque procedere alla confisca dei beni della cui origine illecita sia convinta nell'ipotesi in cui i beni siano sequestrati in un processo nei confronti di soggetti indiziati dei reati elencati, ma il soggetto sottoposto a tale provvedimento non possa essere perseguito o condannato. Il giudice competente è lo stesso giudice precedente ovvero, in caso di mancato esercizio dell'azione penale, il giudice (penale) che sarebbe stato competente ove l'azione fosse stata esercitata. La procedura per applicare tale forma di confisca è prevista dai §§ 435 e segg. StPO; la norma processuale fondamentale è rappresentata dal § 437 StPO, in base alla quale il convincimento del giudice circa l'origine illecita dei beni da confiscare potrà basarsi su una pluralità di indicatori, come le condizioni personali ed economiche del proprietario e, in particolare, la "crassa sproporzione tra il valore del bene e i redditi legali dell'interessato" (§ 437 Absatz 1 Satz 2 StPO-E), requisito suggerito nel considerando n. 21 della direttiva 42/2014. Si precisa nella relazione al progetto che si tratta di una "prima facie" prova, ma che il principio della libera valutazione delle prove non è limitato da tale disposizione (§ 437 comma 2 StPO-E). Si tratterebbe di una sorta di actio in rem ("*Verfahren gegen die Sache*")⁶⁴. In relazione al concetto di provenienza illecita (*Herrühren, "aus einer rechtswidrigen Tat herrührt"*) si ricorre all'interpretazione applicata nei confronti della fattispecie di riciclaggio § 261 StGB; il termine è quindi interpretato in senso ampio. È sufficiente che da un punto di vista economico sussista un nesso causale tra il bene e il reato, il bene abbia la sua causa nell'illecito⁶⁵. In relazione allo standard probatorio necessario, in dottrina⁶⁶ si richiama il tipo di convincimento sull'origine criminale richiesto per applicare l'*Erweiterter Verfall*, sopra ricordato, in base alle indicazioni del *Bundesgerichtshof*, e cioè il positivo convincimento dell'origine illecita dei beni, nel rispetto della regola "*in dubio pro reo*": *non è sufficiente un alto grado di verosimiglianza ("ganz hohe Wahrscheinlichkeit") dell'origine delittuosa del patrimonio del reo, ma bisogna richiedere che il giudice del fatto, in base a prove esaurienti, abbia raggiunto la piena convinzione che l'imputato ha ottenuto gli oggetti, sottoposti a confisca, attraverso dei fatti illeciti; se permangono dubbi sull'origine dei beni, non è possibile procedere alla confisca*⁶⁷. Anzi la Corte ha specificato che un alto grado di verosimiglianza non può sostituire il necessario convincimento del giudice⁶⁸; si precisa che tale convinzione non presuppone che l'origine illecita dei beni sia stata specificatamente accertata in relazione al singolo bene ("*ohne daß diese selbst im einzelnen festgestellt werden müßten*")⁶⁹. E in tale direzione, come ricordato, anche la Corte Costituzionale ha preteso il pieno convincimento del giudice sull'origine illecita dei beni da confiscare⁷⁰.

Secondo la relazione di accompagnamento, tale forma di confisca senza condanna non persegue il fine di punire il colpevole, ma piuttosto vuole rimuovere le situazioni economiche penalmente illecite al fine di impedire l'utilizzazione dei proventi del reato e il loro reinvestimento in attività criminali. Si tratta di una misura giurisdizionale di sottrazione dei proventi illeciti, non sottoposta al principio di colpevolezza. Si richiama la posizione assunta dalla Corte Costituzionale tedesca in relazione all'*Erweiterten Verfall* considerato *Maßnahme* (ex §§ 11, 1, n. 8, and 61 StGB) e non pena (*Strafe*)⁷¹, nonché la giurisprudenza

⁶⁴ Reg-E, S. 108.

⁶⁵ BGH, 18 febbraio 2009-1 StR 4/09 - BGHSt 53, 205-210; Leipziger Kommentar-Schmidt/Krause, StGB, 12. Auflage 2010, § 261, Rn. 11f.

⁶⁶ BETTELS, *MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI. DEMNÄCHST AUCH IN DEUTSCHLAND?*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2016, 4.

⁶⁷ BGH, 22 novembre 1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), in *NStZ* 1995, 125 e 470; con commento di SCHMIDT, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus* 1995, 463, il quale osserva come la Corte non si preoccupa di accertare se la sua interpretazione, conforme alla Costituzione, sia conciliabile con la lettera della norma o non stravolga piuttosto la volontà del legislatore; conforme Ur. V. 17 giugno 1997 - StR 187/97; cfr. BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung*, op. cit., 26.

⁶⁸ BGH, 10 febbraio 1998 - 4 StR 4/98 (LG Bochum), in *NStZ* 1998, 362.

⁶⁹ *Ibidem*, 362; BGH, 22 novembre 1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), in *NStZ* 1995, 125.

⁷⁰ BVerfG, 14. 1. 2004: "*Die Annahme der deliktischen Herkunft eines Gegenstands im Sinne des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB ist gerechtfertigt, wenn sich der Tatrichter durch Ausschöpfung der vorhandenen Beweismittel von ihr überzeugt hat ...*". Cfr. BGH, 23 maggio 2012 - 4 StR 76/12 (Lexetius.com/2012,2366) in cui si afferma il carattere sussidiario della confisca allargata rispetto alla confisca diretta: "*Im Verhältnis zur Verfallsanordnung nach § 73 StGB ist der erweiterte Verfall gemäß § 73d Abs. 1 StGB subsidiär*". Die Anordnung des § 73d StGB setzt daher voraus, dass nach Ausschöpfung aller Beweismittel nicht festgestellt werden kann, dass die aus oder für rechtswidrige Taten erlangten Gegenstände aus solchen Taten herrühren, - 6 - die Gegenstand der Verurteilung sind (vgl. BGH, Urteil vom 7 Juli 2011 - 3 StR 144/11, BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 3); conforme BGH 1 StR 662/15 - 15 Marzo 2016 (LG Hof) [=HRRS 2016 Nr. 583]

⁷¹ BVerfG, 14. 1. 2004 - 2 BvR 564/95, § 58 ss., cfr. § 70 - 72.

za della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla natura compensatoria di tali forme di confisca senza condanna, citando il caso *Gogitidze*⁷². Il legislatore tedesco si è ispirato, si afferma sempre nella relazione, al *non conviction based confiscation/forfeiture* di *common law*⁷³ e alla confisca di prevenzione italiana. La dottrina parla di una mera misura ripristinatoria dell'ordine economico turbato dall'arricchimento senza causa, prodotto dal reato⁷⁴.

La dottrina e anche il *Bundesrechtsanwaltskammer* avanzano delle perplessità rispetto a quest'ultima forma di confisca senza condanna, che potrebbe integrare una violazione del principio del libero convincimento del giudice (*den Grundsatz der freien Beweiswürdigung* ai sensi del § 261 StPO) comportando di fatto, in particolare in virtù del § 437 StPO, una concreta inversione dell'onere della prova in contrasto con la presunzione di innocenza prevista dall'art. 6, c. 2 CEDU⁷⁵. Si contesta la violazione del principio di tassatività, di colpevolezza, nonché il *nemo tenetur se detegere*. Come emergerebbe dagli stessi lavori preparatori il diritto di difesa sarebbe limitato, a partire dalla possibilità di confutazione della prova (presunzione) dell'origine illecita fondata sugli elementi previsti dal § 437 StPO, non essendo sufficiente il mero diniego dell'origine illecita; i principi del processo penale, a partire dal *Nemo tenetur se detegere* saranno applicati nel procedimento in esame, ma in maniera affievolita trattandosi di una misura di sottrazione dell'illecito arricchimento⁷⁶.

L'introduzione di una simile riforma aprirebbe, ad avviso della dottrina, la possibilità del riconoscimento anche in Germania della confisca di prevenzione ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011⁷⁷.

Una particolare attenzione nel progetto tedesco è riservata, infine, alla tutela dei diritti dei danneggiati attraverso la semplificazione della procedura per esercitare i loro diritti, evitando un separato e dispendioso procedimento in sede civile; già in sede penale sarà possibile dare la prevalenza alla tutela dei diritti dei danneggiati rispetto alle pretese dello Stato alla confisca. Si vuole garantire una maggiore tutela alle vittime del reato in linea con i principi della giustizia riparativa.

4.2.

Valutazioni sul modello di confisca senza condanna proposto nel Regolamento.

L'aspetto apprezzabile di tale progetto di riforma tedesco è rappresentato dal fatto che si dovrebbe trattare, comunque, di un procedimento in cui si applicano le garanzie procedurali del diritto penale, nonché il rispetto del principio del libero convincimento del giudice, purché questi rimanga fedele al principio penalistico **in dubio pro reo**, piuttosto che **in dubio pro republica** come emerge, invece, da qualche pronuncia della stessa Suprema Corte tedesca in materia di confisca allargata⁷⁸.

Solo la **piena prova, perlomeno indiziaria**, dell'origine illecita può giustificare in uno Stato di diritto la sottrazione dei beni in mancanza di una condanna, consentendo di mantenere la confisca nei limiti dello strumento di riequilibrio o compensazione economica, pur non mancando perplessità anche per gli effetti stigmatizzanti che simili forme di confisca finiscono per assumere (etichettando il proprietario come delinquente) e proprio per questo si devono perlomeno applicare le garanzie del processo penale nel procedimento volto all'applicazione di forme così invasive di sottrazione del patrimonio.

Più in generale, come affermato in precedenti lavori, **si può valutare positivamente la possibilità di applicare la confisca in procedimenti autonomi dal processo penale principale**, ma con le **garanzie del procedimento penale**, perché questo consente di adeguare la

⁷² Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Gogitidze v. Georgia*, 12 maggio 2015, no. 36862/05, § 105; cfr. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 960 ss.

⁷³ MEYER, *ZStW* 2015, 241.

⁷⁴ Così BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., 10.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Reg-E, S. 104f; BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., 6.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *BGH*, 1 marzo 1995, 2 StR 691/94 (*LG Gießen*), in *NJW* 1995, 2235, in cui si afferma che è sufficiente ai fini dell'applicazione dell'*acquisizione pubblica allargata* che il giudice raggiunga "un grado inferiore di conoscenza in ordine all'origine dei beni da confiscare" (*ein geringerer Grad richterlicher Gewißheit*).

struttura del procedimento alle particolari esigenze degli accertamenti probatori di carattere patrimoniale e di applicare la confisca in alcune ipotesi in cui non è possibile perseguire o condannare l'autore dei reati presupposti. In tale direzione, ad esempio anche in Svizzera, ai fini dell'applicazione della confisca contro le organizzazioni criminali, l'**art. 72 sStGB** non richiede che il soggetto sia già stato condannato in Svizzera o all'estero di partecipazione ad un'organizzazione criminale, o sia in corso un giudizio (anche se questa dovrebbe essere la situazione normale), in quanto tale forma di confisca, e la relativa problematica inversione (presunzione che i beni siano nella disponibilità dell'organizzazione), può essere applicata autonomamente, in un giudizio penale *in rem* in cui si deve accertare che i valori patrimoniali presenti in Svizzera siano soggetti al potere di controllo di un'organizzazione criminale. In quest'ipotesi, allora, spetta al giudice decidere in base al diritto svizzero su quegli elementi che normalmente costituiscono l'oggetto del processo penale volto ad accertare la responsabilità; in altri termini il giudice deve provare *l'esistenza dell'organizzazione criminale e il rapporto con essa del destinatario della confisca*, ma non è necessario provare dei specifici delitti del reo o dell'organizzazione, come ad esempio i reati da cui derivano i beni in gioco⁷⁹. In particolare un tale tipo di giudizio autonomo è necessario quando il reo è già morto o la sua residenza è sconosciuta, o lo Stato, nel quale l'organizzazione ha operato, non ha iniziato o non vuole iniziare un procedimento⁸⁰. In termini simili si applica nell'ordinamento austriaco la confisca dei profitti **§ 20 (Verfall)**, la confisca estesa e la confisca contro le organizzazioni criminali o terroristiche ex **§ 20b öStGB**⁸¹ (**Erweiterter Verfall**)⁸² (possono essere inflitte da una corte penale in un separato e indipendente procedimento di natura penale, anche se non diretto contro la persona, si parla di "procedimento oggettivo")⁸³; anche la confisca (**Konfiskation**) degli instrumenta e producta sceleris ex art. 19a StGB può essere applicata in mancanza di condanna in caso di malattia e fuga ex art. 445 öStPO (2a).

In ogni caso alla luce della precedente analisi potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento la confisca diretta ex art. 240 c.p. o altre forme di confisca obbligatoria assunte nell'ambito di un processo penale anche in caso di **prescrizione** in seguito a condanna in primo grado, come recentemente ammesso dalla sentenza a S.U. Lucci⁸⁴. Una simile disposizione era già stata prevista nella l. n. 34 del 2008, legge delega comunitaria 2007, non attuata, che prevedeva la confisca obbligatoria del prezzo, prodotto o profitto del reato, nella parte in cui i beni non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per man-

⁷⁹ Tale misura, insomma, consente di colpire gli esponenti dell'organizzazione criminale, anche laddove l'organizzazione è giuridicamente inesistente; la dottrina sottolinea, infatti, che lo scopo di tale norma è quello non tanto di migliorare l'applicazione della confisca, ma piuttosto di migliorare la cooperazione giudiziaria, soprattutto in relazione ai paesi angloamericani in cui vige il sistema del *plea bargaining* (una sorta di patteggiamento), così SCHMID, *Einziehung (StGB Art. 58—60)*, in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich 1998, 156 - 157.

⁸⁰ Cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht* 1995, 350; ID., *Einziehung*, cit., 188 - 189; PIETH-NATTERER, relazione per la Svizzera, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich - Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 113.

⁸¹ EDER, *Schule des österreichischen Rechts, Wroclaw/Salzburg Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, WS 2010/11, in [questa pagina web](#); TISCHLER, § 20b StGB, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. O. TRIFFTERER - ROSBAUD - HINTERHOFER, 25 ed. November 2011 (Wien 2012), §§ 1 ss.; SCHICK, *Landesbericht Österreich*, in *Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in Granz - Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung "Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht"*, in *ZStW* 1998, 475.

⁸² 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. La legge di riforma ha abrogato l'*Abschöpfung der Bereicherung* (ex art. 20), 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'*Erweiterten Verfall*. Cfr. EDER, *Schule des österreichischen Rechts, Wroclaw/Salzburg Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, WS 2010/11, in [questa pagina web](#); TISCHLER, § 20b StGB, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. TRIFFTERER - ROSBAUD - HINTERHOFER, 25 ed. November 2011 (Wien 2012), §§ 1 ss.; cfr. SCHICK, *Landesbericht Österreich*, in *Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in Granz - Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung "Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht"*, in *ZStW* 1998, 475.

⁸³ Artt. 443 - 445 - 446 del codice di procedura penale austriaco, öStPO; WORATSCH, con la collaborazione di esperti in materia, *Risposte al questionario On the reversal of the onus of proof, Looking for an answer to the criminal economy - Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regarding the apparently illicit derivation of profits and assets in the context of the fight against the criminal economy UNOV/ISPAC Contract No. 97/548, n. 210723 - n. 2101, 27 - n. 2103*; HAUPTMANN, *ivi*, 27, n. 2103; FORREGER, *op. cit.*, 106. Con il StRÄG 1996 anche le regole processuali sull'"obiettivo ed autonomo procedimento" sono state ampliate e riformate. I presupposti dell'ablazione dell'arricchimento, del *Verfalls*, dell'*Einziehung* possono essere accertati non nell'ambito di un processo penale, ma in un autonomo procedimento in cui l'accusa deve presentare la proposta per l'applicazione di un simile provvedimento patrimoniale (§ 445 Abs. 1 StPO; il legislatore non parla di "Sanktionen", ma di "Vermögensrechtlicher Anordnung"); la Corte competente decide in un'udienza principale pubblica e orale, se applicare tali tipologie sanzionatorie all'interessato (non si parla di colpevole o di imputato).

⁸⁴ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci;

canza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato.

Nella prassi la giurisprudenza italiana ha applicato anche la confisca allargata ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 in caso di prescrizione in seguito ad una condanna in primo grado e, inoltre, contro i successori nel caso di morte del reo, qualora non fosse più possibile applicare tardivamente la confisca attraverso l'incidente di esecuzione per la sopravvenuta morte del condannato, come sancito nel caso Ciancimino⁸⁵. E in questa direzione si dirige il disegno di legge n. 2134 (ad eccezione dell'ipotesi di confisca per equivalente di cui al comma 2-ter) in caso di estinzione del reato per prescrizione o amnistia, intervenuta in appello o nel giudizio di cassazione a seguito di una pronuncia di condanna in uno dei gradi di giudizio (comma 4 *sexies* d.l. 2798 e comma 4 *septies* d.l. n. 2134/S); si prevede anche (rispettivamente 4-*septies* e 4-*octies*) che, in caso di morte del soggetto nei cui confronti sia stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il procedimento di esecuzione possa iniziare o proseguire nei confronti degli eredi e degli aventi causa del *de cuius*. Si tratta di un'ipotesi assolutamente problematica, come esaminato in altra sede⁸⁶, ma che dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento.

Non sarà possibile applicare il Regolamento in questione alle forme di confisca civile o amministrativa previste nei sistemi anglosassoni come il **civil recovery** britannico o il **civil forfeiture** irlandese; o, almeno in prima battuta, la **confisca di prevenzione** dell'ordinamento italiano, diversamente da quanto previsto nella Convenzione di Strasburgo del 1990 sopra ricordata.

L'approccio della Proposta di Regolamento sembra essere, allora, quello **proposto dalla dottrina** che richiede un vero e proprio procedimento contro il patrimonio in ipotesi limitate o comunque con le garanzie della materia penale, a partire innanzitutto dallo standard della prova penalistico⁸⁷.

In qualche modo il Regolamento riprende la proposta della **Commissione Libe** che, come ampiamente esaminato in altra sede⁸⁸, estendeva l'ambito di applicazione di quella che poi è stata la direttiva n. 42/2014 ai provvedimenti di confisca senza condanna, assunti con le garanzie della materia penale ex artt. 6 e 7 della Convenzione Edu. La "Commissione LIBE" assumeva però il **secondo approccio** delineato al fine di garantire il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca e cioè perseguiva l'**armonizzazione** della legislazione nazionale, prevedendo l'inserimento nella Direttiva dell'obbligo degli Stati membri di adottare l'*actio in rem* pura come modello fondamentale di confisca europea sul quale promuovere il mutuo riconoscimento, in accoglimento delle sollecitazioni della Raccomandazione del 2011 del Parlamento Europeo ed in linea con le Raccomandazioni del GAFI⁸⁹. La Commissione proponeva, in ogni caso, 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)⁹⁰. In accoglimento alle sollecitazioni espresse nella FRA OPINION si pretendeva, in particolare, un alto *standard* della prova dell'origine illecita dei beni da confiscare⁹¹, 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. 5 Direttiva), ma piuttosto si pretendeva correttamente che l'autorità giudiziaria fosse "convinta" dell'origine

⁸⁵ Cass., 20 maggio 2008, Ciancimino, Rv. 240584.

⁸⁶ MAUGERI, *Confisca "allargata"*, in (a cura di): Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale, "*Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*", cit., 112.

⁸⁷ Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., 585 e dottrina citata.

⁸⁸ MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea"*, cit., 270.

⁸⁹ Art. 4, § 3 FATF, *International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, febbraio 2012.

⁹⁰ 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, 90 ss.; ID., *The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*, in *NJECL* 2012, 272 ss. Cfr. MO EGAN, *Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, 19, 167 ss.

⁹¹ Cfr. FRA OPINION, cit., § 2.2.2 (35).

criminale⁹².

4.3. *Ulteriori considerazioni sulla nozione di procedimento penale. Procedimenti ibridi.*

La Proposta di Regolamento prevede, come precisato, che si tratti di forme di confisca assunte in un procedimento penale e con la disciplina del relativo procedimento nello Stato richiedente.

In realtà qualche perplessità rimane circa il concetto di procedimento penale di cui parla il Regolamento, poiché proprio in materia di confisca si presentano nella realtà dei diversi ordinamenti dei procedimenti che possiamo definire *ibridi* e cioè procedimenti che si svolgono dinanzi al giudice penale, ma senza tutte le garanzie della materia penale.

Anche le forme di confisca allargata assunte in seguito a condanna sono adottate, anche in virtù della Direttiva n. 42/2014, senza tutte le garanzie della materia penale e talora in un separato procedimento (però meramente accessorio in base alla precedente classificazione); si ammette, infatti, l'adozione di uno standard civilistico rinforzato e non si pretende lo standard penalistico circa la prova dell'origine illecita dei beni da confiscare⁹³. Ad esempio il *confiscation* britannico ai sensi del POCA 2002 è applicato in base allo standard della prova civilistico circa l'origine illecita dei beni, fondandosi sulla presunzione che il condannato di determinati reati abbia uno stile di vita criminale⁹⁴; anche in relazione alla confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 si applicano presunzioni circa l'origine criminale del patrimonio in seguito all'accertamento del carattere sproporzionato del valore del bene, – al momento del suo acquisto –, rispetto al reddito o all'attività economica del condannato. Anzi, come esaminato in altra sede, lo stesso procedimento accessorio adottato nell'ordinamento italiano per applicare la confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 in sede di esecuzione non presenta tutte le garanzie procedurali della materia penale (la confisca può essere pronunciata *inaudita altera parte*, salva la possibilità di udienza camerale in seguito all'opposizione; non è possibile l'impugnazione in appello.)⁹⁵; e anche la Corte Costituzionale ammette in relazione alla confisca ex art. 12 *sexies* la legittimità delle limitazioni del diritto di difesa dato che nel procedimento di "esecuzione è previsto solo il ricorso per cassazione"⁹⁶ (nella medesima direzione la Suprema Corte considera infondata la relativa q.l.c.⁹⁷; il doppio grado di giurisdizione è una regola non costituzionalmente obbligatoria⁹⁸). A tal proposito si deve ricordare che la Corte EDU 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 inflitte in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa; la dottrina ritiene che gli stessi problemi si possano porre nel 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.⁹⁹.

Per contro anche in relazione al procedimento di prevenzione si evidenzia che si tratta di un *procedimento di stampo penalistico* poiché si applica la disciplina del procedimento di esecu-

⁹² 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. In maniera sicuramente più chiara in tale direzione l'art. 3 della decisione quadro GAI n. 212/2005, – che non solo non prevedeva l'inversione dell'onere della prova, ma pretendeva che *il giudice fosse "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".

⁹³ MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 316 ss.; ID., *Proposta di direttiva*, cit., 186 ss.

⁹⁴ MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 318.

⁹⁵ MAUGERI, *Confisca "allargata"*, cit., 66 ss.

⁹⁶ Cfr. Corte Cost., 15 aprile (9 giugno) 2015, n. 106; Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 39911. In tema di misure di sicurezza patrimoniali, il giudice di appello non può disporre il sequestro e la confisca previsti dall'art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992 n. 306 (conv. con l. n. 356 del 1992), qualora il giudizio di primo grado si è concluso senza l'applicazione della predetta misura, e non è stata proposta impugnazione dal p.m. in relazione a tale punto della decisione, in quanto, altrimenti, la misura ablatoria sarebbe disposta in violazione del principio devolutivo e del divieto di "*reformatio in peius*".

⁹⁷ Cass., sez. I, 10 giugno 2014, n. 52058.

⁹⁸ Cass., S.U., 30 maggio 2001, Derouach, cit.; Cass., sez. IV, 10 gennaio 2002, Amelio, in *Riv. Pen.* 2002, 472; Cass., sez. I, 9 marzo 2007, Billeci, rv. 2007/22752.

⁹⁹ 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, 1701.

zione penale¹⁰⁰ e i progetti di riforma, del resto, auspicano una maggiore *giurisdizionalizzazione*, rispetto alla quale molti passi in avanti sono stati realizzati innanzitutto grazie all'impegno della giurisprudenza. Rimane, però, ferma la qualificazione della confisca di prevenzione come misura di carattere amministrativo da parte delle S.U.¹⁰¹ e le critiche della dottrina in materia: si applicherebbe "una garanzia giurisdizionale solo "apparente" perché si chiede al giudice non di accertare un fatto, ma di convalidare un sospetto di polizia, un giudizio sulla pericolosità, col rischio, come diceva Bricola, di trasformare il giudice in poliziotto"¹⁰². Si parla di "una sorta di *tertium genus*", evidenziando che la stessa applicazione del principio del contraddittorio, richiesta dalla Corte europea anche in relazione al procedimento di prevenzione in virtù dell'art 6, c. 1, viene violato nell'ipotesi in cui il procedimento di prevenzione non garantisce l'assunzione della prova in contraddittorio (almeno quando essa è ripetibile) e la prova si è già formata in fase istruttoria senza contraddittorio¹⁰³; "sono violati il principio della parità delle armi e il diritto di difesa, non foss'altro per il carattere di *probatio diabolica che spesso finisce per assumere l'impegno dimostrativo imposto al prevenuto*" (in particolare nel caso dell'imprenditore che abbia difficoltà a ricostruire le dinamiche della sua attività d'impresa)¹⁰⁴. In relazione allo standard probatorio, come esaminato in altra sede, le Sezioni Unite¹⁰⁵ specificano che "Nessuna innovazione è stata introdotta neppure sul piano dell'intensità dell'apporto probatorio, in dipendenza della locuzione "risultino essere frutto", in luogo della precedente formulazione che richiedeva l'esistenza di "sufficienti indizi" di origine illecita (in origine, espressamente prevista solo per il sequestro). Ed infatti, l'assunto della provenienza illecita del patrimonio deve pur sempre essere la risultante di un processo dimostrativo, che si avvalga anche di presunzioni, affidate ad elementi indiziari purché connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza"; la dottrina evidenzia, per contro, la contraddittorietà di tali affermazioni che negano l'applicabilità dell'art. 192 c.p.p. in materia, ma fondano le presunzioni su indizi gravi, precisi e concordanti¹⁰⁶, al punto che si arriva a dedurre da tali affermazioni delle S.U. l'accoglimento dello standard penalistico della prova nel procedimento in questione¹⁰⁷.

D'altronde si deve evidenziare che nell'*Explanatory Memorandum* si fanno rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento anche ipotesi di *actio in rem* pura, come quando l'autore del reato non può essere identificato, purché però la confisca sia sempre una "measure imposed by a court following proceedings in relation to a criminal offence"; quest'ultima espressione dovrebbe essere interpretata non nel senso restrittivo previsto dalla direttiva, e cioè l'ipotesi in cui un processo penale è iniziato ma non si può pronunciare la condanna, ma appunto come ipotesi di vera e propria *actio in rem*, di un procedimento autonomo nei confronti dei beni connessi a un reato e in cui si applichino le regole del processo penale.

In ogni caso, come già evidenziato, la Proposta di Regolamento precisa che si deve trattare di un procedimento al quale si applicano tutte le garanzie applicate nell'ordinamento interno alla materia penale. E quindi si dovrebbe applicare normalmente la presunzione d'innocenza e lo standard della prova penalistico, nel senso che, come spesso auspicato, si dovrebbe pretendere la prova al di sopra di ogni ragionevole dubbio (anche se indiziaria) circa l'origine illecita dei beni da confiscare, tanto più quando tale prova rappresenta l'unico presupposto di

¹⁰⁰ In questa direzione ALFONSO, relazione presentata al convegno *Extended Confiscation. A modern approach towards fighting against organised crime*, Minister of Justice – Republic of Poland, Warsaw - 10 October 2016, inedita.

¹⁰¹ Cass., Sez. un., Spinelli, 26 giugno 2014, n. 4880, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.* 2015, con nota di MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 942 ss.; MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in questa Rivista, 4/2015, 231; MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 28 ss.

¹⁰² Così FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili problematici*, in *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, coordinatore DE CARO, Milano 2016, 27 ss..

¹⁰³ Così FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione*, cit., 27 ss.: "Nel giudizio ci sarà solo un'apparenza di oralità e contraddittorio, con la conferma delle precedenti dichiarazioni, come avveniva sotto il vigore del previgente codice. E questo un punto fondamentale: qualunque processo, civile, penale o amministrativo, che consenta l'assunzione della prova (ripetibile), senza contraddittorio e anticipata rispetto all'udienza, contrasta con l'art. 6, comma 1, C.E.D.U. e con l'art. 111, comma 2, Cost., che prescrive il "contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale".

¹⁰⁴ Così CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano 2016, 59.

¹⁰⁵ Cass., S.U., Spinelli, n. 4880, cit.

¹⁰⁶ Cfr. MAUGERI, *Una parola definitiva*, cit., 966 s.: "Le argomentazioni delle Sezioni Unite, del resto, ... sembrano piuttosto contraddittorie, perché comunque richiedono che le presunzioni, utilizzabili nel processo dimostrativo, siano supportate da elementi indiziari "purché connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza": non si finisce così per richiedere la prova indiziaria ex art. 192 c.p.p.? Fermo restando che non basta utilizzare delle formulette pigre nel settore in esame – richiedendo indizi gravi, precisi e concordanti –, laddove manca un serio, coerente e logico impianto probatorio dell'origine illecita dei profitti da confiscare".

¹⁰⁷ CAPRIOLI, *op. cit.*, 51 ss.

forme di confisca senza condanna (come del resto proposto anche in relazione alla confisca di prevenzione, come accennato¹⁰⁸).

Qualche ambiguità a tal proposito emerge, però, laddove sempre nell'*Explanatory Memorandum* si ricorda che la Corte Edu ha ripetutamente considerato conforme all'art. 6 Cedu e al diritto di proprietà ex art. 1 del I Protocollo Cedu forme di confisca senza condanna (incluse quelle civili e amministrative) e confisca estesa "if effective procedural safeguards are respected", e anche l'eventuale inversione dell'onere della prova circa l'origine illecita dei proventi è stata considerata compatibile con i principi in questione¹⁰⁹; la Corte Edu, effettivamente, pretende solo che sia garantito il diritto di difesa e il carattere confutabile di eventuali presunzioni. Anche se in maniera non del tutto esplicita il legislatore europeo o meglio la Commissione vorrebbe precisare, sembra, che **il carattere penale del procedimento destinato all'applicazione della confisca non è incompatibile con l'uso di presunzioni e inversioni dell'onere della prova**. In realtà la Corte Edu non applica la presunzione d'innocenza a forme di confisca senza condanna ritenendo che proprio perché si tratta di misure non penali non si applica tale garanzia ex art. 6, c. 2 ma solo i principi del giusto processo ex art. 6, c. 1¹¹⁰; ma anche in relazione alla confisca estesa in un processo penale non ha applicato tale garanzia poiché ritiene che la presunzione circa l'origine illecita è funzionale solo alla determinazione dell'ammontare da confiscare, piuttosto che a una nuova accusa penale¹¹¹. Fermo restando che in generale la Corte Edu ammette effettivamente anche in materia penale l'uso di presunzioni confutabili¹¹². E, del resto, anche la recente direttiva n. 2016/343, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, – espressamente richiamata nella Proposta di Regolamento in esame –, si allinea perfettamente alla giurisprudenza della Corte Edu, prevedendo nel considerando n. 22) che anche se "la presunzione di innocenza risulterebbe violata qualora l'onere della prova fosse trasferito dalla pubblica accusa alla difesa", sono "fatti salvi ... il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato. Tali presunzioni dovrebbero essere confinate entro limiti ragionevoli, tenendo conto dell'importanza degli interessi in gioco e preservando i diritti della difesa, e i mezzi impiegati dovrebbero essere ragionevolmente proporzionati allo scopo legittimo perseguito. Le presunzioni dovrebbero essere confutabili e, in ogni caso, si dovrebbe farvi ricorso solo nel rispetto dei diritti della difesa". Se si ammettono presunzioni in relazione alla responsabilità penale, tanto più si ammetteranno presunzioni nei confronti dell'origine illecita del patrimonio che indirettamente comporta la presunzione del coinvolgimento del proprietario in attività illegali. Rimane fermo il diritto al silenzio, quale aspetto importante della presunzione d'innocenza

¹⁰⁸ MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in MAZZA-VIGANÒ, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, 155; CONTRAFATTO, *Loggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, a cura di BALSAMO-CONTRAFATTO-NICASTRO, Giuffrè 2010, 89 s.; 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., 368. Si veda nota 108 e 109.

¹⁰⁹ Explanatory Memorandum, cit., 10.

¹¹⁰ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, cit.

Corte Edu, Commission eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 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, 7 e in *European Human Rights Reports* 1994, vol. 18, III, 237; 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, § 4; *Arcuri e tre altri c. Italia*, 5 luglio 2001, n. 52024/99, *ivi*, 5; 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99, *ivi*, 6; *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, *ivi*, 8; 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, n. 4514/07, § 45; *Capitani e Campanella c. Italia*, 17 novembre 2011, n. 24920/07, § 30 – 33; *Paleari c. Italia*, 26 luglio 2011, n. 55772/08, 31; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Cacucci-Sabatelli*, 25 agosto 2015, n. 29797/09, § 47.

¹¹¹ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, cit. Cfr. ALLDRIGE, *Smuggling, Confiscation and Forfeiture*, in *The Modern Law Review Limited* 2002, 781.

¹¹² La Corte europea ammette la compatibilità con la presunzione d'innocenza e con il sotteso principio di colpevolezza delle presunzioni; si precisa, infatti, che presunzioni di fatto o di legge sono presenti in molti Stati e non sono in linea di principio contrarie alla Convenzione. Sebbene gli Stati contraenti hanno l'obbligo di rimanere entro ragionevoli limiti, che tengano conto dell'importanza degli interessi in gioco e che garantiscano i diritti della difesa, la presunzione d'innocenza e il concetto di *fair trial* non sono violati quando l'imputato ha la possibilità di rigettare la presunzione di colpevolezza fornendo la prova evidente del contrario. Alla Corte non spetta, quindi, di valutare la compatibilità astratta di tali presunzioni con l'art. 6, c. 2 Conv. eur. dir., ma solo se nel caso concreto l'applicazione della norma, fondata su una presunzione di prova, avvenga in maniera conforme alla presunzione d'innocenza, così Corte eur. dei 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. dei dir. dell'uomo, 25 settembre 1992, *Pham Hoang v. France*, *ivi* 1992, vol. 243, 21 – 22. In maniera ancora più precisa, la Commissione europea per i diritti dell'uomo ha precisato che bisogna distinguere tra inammissibili presunzioni di colpevolezza, e ammissibili presunzioni di prova, che consentano di dedurre la colpevolezza dalla prova di determinate fattispecie; tali presunzioni di prova devono essere, però, confutabili e ragionevoli (ad es. prognosi di pericolosità) EKMR Collection of Decisions 42, 135; cfr. VOGLER, *Besondere Garantien für das Strafverfahren*, in *Internationaler Kommentar für Europäischen Menschenrechtskonvention*, München 1986, 153; MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., cit., 808.

(considerando n. 24) e che “l’esercizio del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non dovrebbe essere utilizzato contro l’indagato o imputato né essere considerato di per sé quale prova che l’indagato o imputato in questione abbia commesso il reato ascrittogli. Ciò dovrebbe lasciare impregiudicate le norme nazionali in materia di valutazione della prova da parte di tribunali o giudici, a condizione che i diritti della difesa siano rispettati”. Non si può fondare la prova dell’origine illecita del patrimonio sul silenzio dell’imputato o attribuire ad esso dignità probatoria, come invece avviene normalmente nell’applicazione di forme di confisca allargata.

Più in generale la Proposta di Regolamento in esame richiede l’applicazione di tutte le garanzie del processo penale e, in particolare, il diritto al giusto processo previsto nell’art. 6 Cedu e negli artt. 47 e 48 della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché il rispetto della legislazione rilevante prevista a livello europeo sui diritti procedurali del processo penale (considerando n. 18): “Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, Directive 2012/13/EU on the right to information about rights and charges and access to the case file, Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer and communication with relatives when arrested and detained, Directive 2016/343 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and the right to be present at one’s trial, Directive 2016/800 on the procedural safeguards for children and Directive 2016/1919 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings”.

Un ulteriore dubbio sorge a questo punto: l’applicazione della confisca in un procedimento penale ne determina, ad avviso del legislatore europeo, la natura di “pena”? Una simile conclusione dovrebbe essere esclusa, innanzitutto perché una pena non può essere adottata in mancanza di un accertamento di colpevolezza (anche se per una qualsiasi ragione non si possa procedere alla condanna) e, ad avviso della Corte Edu, di una condanna, come affermato nel caso *Varvara* rispetto a una forma di confisca considerata pena¹¹³. D’altronde il modello di riferimento di confisca senza condanna al quale fa riferimento la Commissione, e cioè quello previsto dal § 76 a), c. 4 StGB del progetto di riforma tedesco, nonché le forme di confisca, anche allargata, che possono essere adottate nell’ordinamento tedesco anche in ipotesi in cui non è possibile perseguire o condannare un soggetto, sono considerate, come esaminato, *Maßnahme* e non pene (*Strafe*)¹¹⁴, aventi una finalità compensativa, una sorta di equivalente penalistico dell’istituto dell’ingiustificato arricchimento. È del resto anche il *confiscation* inglese, applicato in seguito a condanna nel processo penale, è considerato di natura civilistica, e la confisca italiana allargata, in seguito a condanna, ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 è qualificata misura di sicurezza. Ciò è accettabile, però, purché si applichino le garanzie del penale; nell’ordinamento tedesco, infatti, a tali misure si applica coerentemente il principio di irretroattività e, come esaminato, lo standard della prova penalistico, diversamente da quanto avviene negli altri ordinamenti.

5. Segue. Garanzie e disciplina.

Nell’art. 1 della Proposta di Regolamento si precisa che “This Regulation shall not have the effect of amending the obligation to respect the fundamental rights and legal principles as enshrined in Article 6 TEU”. Questa disposizione si trova anche nell’art. 1(3) della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, incarnando una sorta di compromesso tra le esigenze di implementazione del principio del mutuo riconoscimento e l’esigenza primaria, che ha sempre rappresentato la principale obiezione al principio in questione, di garantire la tutela dei diritti umani fondamentali, la cui violazione non viene introdotta come ragione espressa di rifiuto; tale clausola viene considerata un **potenziale strumento per giustificare il rifiuto**

¹¹³ Corte eur. dir. uomo, II sez., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*; in materia cfr. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ivi*, 30 marzo 2015; cfr. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, ivi, 30 marzo 2015; CONTI, La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in www.giurcost.org; RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno, ivi* (1 aprile 2015); CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, *ivi*.

¹¹⁴ BVerfG, 14. 1. 2004 - 2 BvR 564/95, § 58 ss., cfr. § 70 - 72.

dell'esecuzione e ha provocato un significativo dibattito¹¹⁵.

Come precisato nel considerando n. 17, il Regolamento, inoltre, rispetta i diritti fondamentali previsti nella Cedu e nella Carta europea dei diritti fondamentali.

Nel considerando n. 15 si evidenzia che la cooperazione tra gli Stati membri, basata sul principio del mutuo riconoscimento e l'esecuzione immediata delle decisioni giudiziarie, presuppone la fiducia reciproca che le decisioni saranno riconosciute ed eseguite nel rispetto dei principi di **legalità, sussidiarietà e proporzionalità** (lo stesso è previsto nel considerando n. 9 della decisione quadro 783/2006), e che saranno garantiti i diritti dei **terzi in buona fede**.

In particolare, nell'**Explanatory Memorandum si evidenzia che alcune importanti garanzie sono previste nel Regolamento**, a partire dal principio di **proporzione** dell'intervento statale laddove tra le ragioni di rifiuto (art. 9) è stato ricompreso il principio del **'ne bis in idem'**¹¹⁶ e le regole circa il **procedimento in contumacia** (ma solo per provvedimenti di confisca in seguito a condanna; nel caso di fuga, del resto, la direttiva 42/2014 prevede, laddove non è possibile procedere *in personam*, la confisca senza condanna). Si può ricordare a tal proposito che i **considerando 17 e 18** della Direttiva n. 42/2014 richiamano al rispetto del principio di proporzione in senso stretto, in base al quale il giudice potrà non applicare la confisca degli strumenti o dei proventi del reato se ritiene che possa produrre effetti sproporzionati nel caso concreto¹¹⁷.

Si prevede anche la **tutela dei terzi in buona fede** stabilendo, innanzitutto, l'obbligo di informare le parti interessate all'esecuzione di un ordine di sequestro e di specificare le ragioni alla base del provvedimento, - come del resto previsto nell'art. 8 della Direttiva n. 42/2014 -, nonché l'obbligo di garantire degli strumenti di impugnazione (art. 21); si impone inoltre l'obbligo degli Stati membri di prevedere **rimedi legali nello Stato di esecuzione (art. 33) per tutti gli interessati, anche i terzi in buona fede** (nonché l'obbligo dello Stato richiedente il sequestro di informare lo Stato richiesto della sussistenza di interessi di terzi in buona fede, art. 14).

In tale direzione si richiamano le previsioni **dell'Art. 8 della Direttiva 2014/42/UE**, che include una lista di garanzie che devono essere rispettate dagli Stati membri per i provvedimenti di confisca che rientrano nell'ambito di applicazione della stessa Direttiva.

Il legislatore europeo ritiene che se si rispetta il principio di proporzione e si applicano le garanzie procedurali sopra richiamate, le misure incluse nella Proposta di Regolamento in esame saranno compatibili con i diritti fondamentali di uno Stato di diritto.

In particolare, poi, l'articolo 9 (18 per il provvedimento di sequestro) prevede una serie di **motivi di non riconoscimento o di non esecuzione**, per lo più ripresi dalla decisione quadro 783/2006, tra i quali: a) ragioni connesse all'irregolarità o incompletezza del certificato richiesto dall'art. 7; b) il contrasto con il principio del *ne bis in idem*; c) la sussistenza di immunità o privilegi riconosciuti nello Stato di esecuzione; d) il caso in cui la decisione di confisca riguarda fatti che sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato richiedente e in tutto o in parte nel territorio dello Stato richiesto e la condotta non costituisce reato ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione; e) i diritti dei terzi in buona fede, a norma del diritto dello Stato di esecuzione rendono impossibile l'esecuzione della decisione di confisca, incluso quando ciò è conseguenza dell'applicazione di mezzi di impugnazione in conformità dell'articolo 33 (tale disposizione rende indispensabile l'armonizzazione delle legislazioni nazionali anche in relazione alla tutela dei terzi); f) in relazione ai casi di cui all'Art. 3(2), se la decisione di confisca riguarda fatti che non costituiscono reato ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione (salvo in materia di tasse o di imposte, di dogana e di cambio) (come esaminato, la decisione quadro 783/2006 pretende, invece, la c.d. "doppia confiscabilità"); g) i casi di procedimento in contumacia, come accennato, se si tratta di una forma di confisca che presuppone la condanna, a meno che siano state rispettate le garanzie procedurali espressamente elencate. La Proposta di Regolamento non prevede, come sopra evidenziato, i motivi di rifiuto legati al tipo di provvedimento di confisca, come nell'ipotesi in cui i provvedimenti siano assunti con poteri *ulteriori* di confisca rispetto a quelli previsti dall'art. 3 della decisione quadro 212/2005, sostituito dall'art. 5 della direttiva 42/2014, oppure l'ipotesi in cui la decisione di confisca esuli dal campo di applicazione dell'opzione adottata dallo Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della decisione quadro 2005/212/GAI; la decisione quadro in questi casi con-

¹¹⁵ Così MTISILEGAS, *The constitutional implication*, cit., 18 s. - 20.

¹¹⁶ Cfr. MTISILEGAS, *The symbiotic relationship*, cit., 102 ss.

¹¹⁷ Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 306 ss.

sente di eseguire la decisione di confisca almeno entro i limiti previsti in casi analoghi in base al diritto interno.

La **tassativa** elencazione dei motivi di rifiuto (“The executing authority may decide not to recognise and not to execute confiscation orders only if”), peraltro opponibili dall’autorità di esecuzione solo in via facoltativa e non obbligatoria, si accompagna, come già previsto nella decisione quadro 783/2006, alla possibilità di una preventiva consultazione delle autorità competenti dello Stato di emissione, anche richiedendo informazioni aggiuntive, al fine di una piena deliberazione in ordine alla sussistenza dei motivi di non esecuzione della decisione di confisca (art. 9, c. 2).

In base ad un meccanismo già sperimentato nella Decisione quadro 783/2006 e nelle precedenti decisioni quadro in materia (2003/577/GAI, – relativa all’esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio –, e 2005/214/GAI, – relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie ⁽¹¹⁸⁾ –, la procedura di riconoscimento (art. 4) prende impulso dalla **diretta trasmissione** del provvedimento di confisca, – unitamente all’apposito certificato –, alla competente autorità di uno Stato membro in cui l’autorità emittente abbia fondati motivi di ritenere che la persona fisica, o giuridica, contro la quale è stata emessa la decisione disponga di beni o di un reddito (qualora la decisione di confisca riguardi una somma di denaro). Anche in tale ipotesi il dialogo intercorre direttamente tra le autorità giudiziarie interessate ⁽¹¹⁹⁾.

In termini più generali sempre in relazione alle garanzie si può evidenziare che il Regolamento pretende il **rispetto dei diritti di compensazione e restituzione delle vittime, che prevalgono sugli interessi dello Stato richiedente e richiesto**. Non solo, ma se un procedimento in favore della vittima è pendente, lo Stato richiesto deve rifiutare l’esecuzione sino a quando il caso non sia deciso, in modo da garantire i diritti delle vittime anche quando i beni si trovino in un altro Stato. Particolare attenzione è riservata ai diritti delle vittime, come evidenziato, anche nel progetto di legge tedesco di riforma delle misure patrimoniali.

Pur ammettendo, – come previsto nella direttiva 42/2014 –, che il provvedimento di **sequestro** (congelamento) possa essere disposto da un’autorità non giudiziaria, si pretende la convalida da parte di “a judge, court, investigating judge or a public prosecutor”; non si richiede, però, che l’eventuale sequestro pronunciato dal pubblico ministero sia convalidato dal giudice.

L’art. 26 del Regolamento (come l’art. 12 della Decisione quadro 783/2006) sancisce il principio della **lex fori** ai fini dell’individuazione delle norme applicabili al procedimento di esecuzione della decisione di confisca: soltanto le autorità di esecuzione, infatti, sono competenti a decidere in merito alle modalità di esecuzione e a determinare tutte le misure ad essa relative.

In ordine ai mezzi di impugnazione avverso il riconoscimento e l’esecuzione di una decisione di confisca, l’art. 33 (art. 9, § 2 decisione quadro) prevede che le **ragioni di merito possono esser fatte valere solo dinanzi all’autorità giudiziaria dello Stato di emissione**, mentre dinanzi all’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione ciascuna parte interessata, ivi compresi i terzi di buona fede, devono disporre di appositi strumenti di impugnazione a tutela dei propri diritti, secondo le regole applicabili nella legislazione di tale Stato (che potranno anche prevedere, se del caso, effetti sospensivi dell’azione). Sarà particolarmente importante prevedere nei singoli ordinamenti delle procedure particolarmente snelle che garantiscano la tutela dei diritti dei terzi, in modo da limitare al massimo la possibilità di sospensione dell’azione prevista dall’art. 33 (già 9, § 1 della decisione quadro) oppure il rifiuto del mutuo riconoscimento previsto dall’art. 9 (e) proprio in considerazione dei diritti dei terzi in buona fede.

Come auspicato dalla Convenzione di Vienna del 1988, dal Rapporto esplicativo della Convenzione di Strasburgo del 1990¹²⁰, dal piano d’azione del Consiglio contro la criminalità organizzata del 1997, dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata del 2000 (art. 14), e come previsto dalla stessa decisione quadro 783/2006, **la Proposta di Regolamento prevede che il ricavato della confisca venga ripartito tra lo Stato di esecuzione e lo Stato di emissione del provvedimento** (art. 31), così incoraggiando la cooperazione da parte dello Stato esecutore che potrà trarre un notevole beneficio dalla sua collaborazione. A tal proposito il Dipartimento della Giustizia statunitense ha sottolineato che la suddivisione

¹¹⁸ Cfr. *G.U.C.E.*, n. L 76, del 22 marzo 2005.

¹¹⁹ DE AMICIS, *La circolazione probatoria sovranazionale*, cit., 48.

¹²⁰ *Explanatory Report*, 96 – 97.

dei beni confiscati tra le nazioni che hanno collaborato all'applicazione della confisca "aumenta la cooperazione per la confisca a livello internazionale, creando un incentivo nei Paesi che collaborano tra loro, senza riguardo al luogo in cui sono situati i beni o alla giurisdizione che avrà l'ultima voce in capitolo per ordinare la confisca"¹²¹.

L'art. 31, richiamando l'art. 10 della direttiva 42/2014, invita gli Stati membri ad una corretta gestione dei beni sequestrati o confiscati per evitarne la perdita di valore¹²², e stabilisce delle regole per la destinazione dei beni confiscati. Probabilmente una particolare riflessione e una apposita disciplina di cooperazione sarà necessaria per disciplinare le ipotesi in cui i beni sequestrati e poi confiscati siano dei beni aziendali di cui si voglia preservare il valore, nonché per garantire la prosecuzione dell'attività economica delle imprese fundamentalmente sane o, comunque, sanabili.

6.

Conclusioni.

La Proposta di Regolamento in esame rappresenta la risposta della Commissione all'invito rivolto dal Parlamento e dal Consiglio, nell'approvare la direttiva 42/2014, ad adottare un ulteriore strumento per implementare l'efficace applicazione del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca, anche senza condanna.

La risposta in esame assume un notevole impatto in termini di politica criminale europea innanzitutto per lo strumento legislativo prescelto, il *regolamento* ai sensi dell'art. 82, c. 1 TFUE in una duplice direzione: innanzitutto proprio l'intervento con la modalità del regolamento appare sostanzialmente **innovativa** nella prassi in materia di procedura penale, per quanto fondata sull'art. 82 c. 1 che ammette l'adozione di misure con la *procedura legislativa ordinaria* ai fini della cooperazione, e quindi anche regolamenti (e anche gli artt. 85 e 86 TFUE ammettono l'intervento di regolamenti in materia), riservando l'uso delle direttive all'eventuale armonizzazione che si renda necessaria per perseguire la cooperazione e il mutuo riconoscimento (art. 82, c. 2 TFUE). Tale strumento potrebbe rappresentare una svolta **epocale** in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, che ancora, nonostante gli strumenti adottati in materia e in particolare la decisione quadro 783/2006, *non decolla* e la scarna, anche se sempre più crescente, cooperazione giudiziaria in questo settore ricorre per lo più alla Convenzione di Strasburgo in materia di riciclaggio e confisca del 1990. Nonostante la riconosciuta necessità di una più efficace cooperazione nel perseguire la ricchezza illecita, infatti, la mancanza di armonizzazione ha rappresentato sinora un ostacolo.

Il Regolamento potrebbe imporre in maniera immediata e uniforme, attraverso il mutuo riconoscimento, una cooperazione snella ed efficace. La fiducia reciproca che rappresenta il presupposto del mutuo riconoscimento dovrebbe essere garantita attraverso una sufficiente previsione di garanzie imprescindibili, anche in mancanza di armonizzazione degli strumenti di confisca coinvolti.

Anche se non mancano **perplessità** circa l'utilizzo di tale strumento nel settore del mutuo riconoscimento in termini di **tutela delle garanzie del cittadino**, come esaminato, per contro si evidenzia che il Regolamento potrebbe rappresentare lo strumento per **imporre il rispetto delle garanzie individuali**; garanzie che il legislatore europeo sta cercando di promuovere nel processo penale degli Stati membri in maniera sempre più pregnante attraverso delle direttive e la relativa armonizzazione.

In secondo luogo, ancora, la Proposta di Regolamento in esame si evidenzia per la scelta da parte del legislatore europeo di **esigere il mutuo riconoscimento** dei provvedimenti di confisca, anche al di là dei risultati che si dovrebbero raggiungere in termini di armonizzazione con l'attuazione della direttiva 42/2014 negli Stati membri; insomma **si prescrive il mutuo riconoscimento anche di tipologie di provvedimenti di confisca non previsti dalla direttiva e non adottati nello Stato richiesto**, in particolare anche di provvedimenti di confisca senza condanna purché assunti nell'ambito di un procedimento penale. Indipendentemente dai risultati che saranno raggiunti in termini di armonizzazione, ancora non verificati considerando

¹²¹ GREENBERG, *Anti-Money Laundering Activities in the United States*, in *Action Against Trans-National Criminality*, 1994, 53 – 58. Su come simili accordi tra le agenzie federali e quelle locali abbiano favorito l'applicazione del *civil forfeiture* nell'ordinamento statunitense cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 298.

¹²² Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 333.

che la direttiva doveva essere attuata entro il mese di ottobre del 2016, si impone, insomma, il mutuo riconoscimento, rompendo gli indugi.

La novità è rappresentata anche dalla previsione del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di **confisca senza condanna**, in termini ben più ampi di quanto previsto nella direttiva 42/2014 (solo nell'ipotesi di fuga e malattia), **purché assunti in un procedimento penale** e con le relative garanzie, riconosciute nella legislazione interna. Il legislatore europeo rinuncia al più pretenzioso e audace tentativo di elaborare un modello di confisca senza condanna condiviso, conforme alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e dà seguito al mandato, che Parlamento e Consiglio gli avevano dato in materia, imponendo non l'armonizzazione, ma il mutuo riconoscimento anche agli Stati membri che non vorranno adottare modelli di confisca senza condanna. Dovendo comunque stabilire le garanzie in presenza delle quali gli Stati membri non possono opporre il rifiuto, il legislatore adotta le **garanzie procedurali del processo penale**: si deve trattare di provvedimenti di confisca emanati dall'autorità giudiziaria in un procedimento di carattere penale, cui si applicano le relative regole e garanzie. Si badi bene non si dovrebbe trattare nella logica del Regolamento, come esaminato, di una confisca senza condanna, pronunciata in mancanza di un accertamento di colpevolezza, qualificata come pena, ma di una confisca che, indipendentemente dalla natura che le viene attribuita, viene adottata con le garanzie della procedura penale, come dimostra il modello di riferimento rappresentato dalla confisca autonoma ex art. 76 a) c. 1 (già in vigore), ma soprattutto c. 4 StGB del progetto di riforma in materia dell'ordinamento tedesco ([Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung](#) BReg418/16).

Molti dubbi, però, sorgono circa i caratteri che dovrebbe assumere il procedimento penale volto ad applicare forme di confisca senza condanna, laddove nella prassi emergono dei procedimenti piuttosto **ibridi**, come il procedimento volto all'applicazione della confisca di prevenzione, - che se non vuole rimanere *tout court* fuori dall'ambito di applicazione del Regolamento, dovrebbe uscire da questo stato di limbo ed assumere in maniera decisa i caratteri e tutte le garanzie di un procedimento penale¹²³ -, o come quelli che sono destinati, anche in seguito alla condanna, ad applicare forme di confisca allargata (che, del resto, possono essere applicate in base ad uno standard civilistico rinforzato alla luce dell'art. 5 della direttiva 42/2014, che contempla espressamente tale modello di confisca), - basti pensare al procedimento di esecuzione destinato all'applicazione della confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92 -.

A proposito di garanzie, infine, nella relazione di accompagnamento alla Proposta di Regolamento il legislatore europeo rimanere fedele alla comoda ambigua posizione della Corte Edu, che considera compatibili con la presunzione di innocenza le **presunzioni** adottate in materia purché confutabili, in linea, del resto, con la direttiva 2016/343; ciò, nonostante il fatto, però, che il modello di riferimento di tale Proposta, - e cioè quello tedesco -, pretende il pieno convincimento del giudice, nel rispetto del principio *in dubio pro reo*, per applicare la confisca allargata e la nuova forma di confisca senza condanna prospettata (art. 76 a) c. 4 StGB e 437 StPO)¹²⁴.

Rimangono fuori e non è poco, le confische adottate in procedimenti di carattere civile o amministrativo, come il *civil forfeiture* britannico, irlandese e la stessa confisca di prevenzione italiana (se non intervengono modifiche legislative). Non solo ma mentre la decisione quadro 783/2006, ad avviso di chi scrive, lascia la possibilità agli Stati membri di riconoscere anche i provvedimenti in questione, salva la possibilità di opporre il rifiuto (art. 8 n. 2, G), il Regolamento gli esclude *tout court* dal suo ambito di applicazione, riservato a forme di confisca adottate in un procedimento penale.

La rappresentanza italiana e irlandese stanno sollecitando un ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento anche in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna pronunciati in un procedimento di stampo civilistico o amministrativo, **richiamando la nozione di "materia penale"** adottata nella direttiva 2011/99 del 13.12.2011 sull'Ordine di Protezione Europeo delle Vittime (per consentire il riconoscimento a ordini di protezione delle vittime di reato assunti da un'autorità giudiziaria non solo penale, ma anche civile o

¹²³ Cfr. a tal proposito MANGIONE, *Le misure di prevenzione antimafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Nel Diritto editore 2009, 20 ss.; FILIPPI-CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2011, 111 ss.; MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 329 ss. sulla necessità di adeguamento alle garanzie previste dall'art. 8 della Direttiva 42/2014 e ai principi della Corte Edu in materia di giusto processo.

¹²⁴ Si veda *supra* § 4 - 4.1.

amministrativa)¹²⁵.

Il Regolamento, in ogni caso, potrebbe rappresentare lo stimolo per indurre il legislatore italiano e degli altri Stati membri **a una piena e completa giurisdizionalizzazione in chiave penalistica** del procedimento di prevenzione e degli altri procedimenti volti ad adottare forme di confisca senza condanna, per garantirne il reciproco riconoscimento; o perlomeno ad adottare procedure più garantistiche funzionali al mutuo riconoscimento dei provvedimenti adottati.

¹²⁵ Cfr. MAUGERI, *Relazione Tavolo XV – Mafie e Europa, Stati Generali della lotta al crimine organizzato* – Ministero della Giustizia, in corso di pubblicazione.