

LA PROPOSTA DI UNA NUOVA DIRETTIVA PER LA CONFISCA DEI BENI: L'ARMONIZZAZIONE E L'ACTIO IN REM CONTRO IL CRIMINE ORGANIZZATO E L'ILLECITO ARRICCHIMENTO (*)

di Anna Maria Maugeri

La nuova proposta di Direttiva riguardante il recupero e la confisca dei beni, presentata dalla Commissione Europea nel maggio del 2022 e rispetto alla quale il 9 giugno 2023 il Consiglio ha adottato il suo orientamento generale, rappresenta uno strumento fondamentale di armonizzazione, che sarà funzionale al rafforzamento del mutuo riconoscimento in virtù del Regolamento n. 1805/2018. Lo strumento ha sicuramente il merito di apprestare uno apparato completo di armonizzazione dalla fase delle indagini a quella della confisca definitiva, di cui il lavoro esamina anche le ricadute nell'ordinamento italiano. La proposta, in particolare, decide di affrontare il fenomeno dell'illecito arricchimento da parte della criminalità organizzata con lo strumento del NCBC, come emerge soprattutto dall'art. 16, la confisca dei proventi di valore ingiustificato. Sicuramente sarebbero necessarie, allora, anche alla luce delle questioni interpretative che stanno emergendo nell'applicazione del Regolamento, più chiare definizioni e prese di posizione - a partire dalla definizione della nozione di "procedimento in materia penale" quale nozione autonoma dell'Unione Europea - soprattutto in relazione alle garanzie fondamentali, nella prospettiva della costruzione della fiducia reciproca, funzionale alla cooperazione giudiziaria in materia penale.

SOMMARIO: 1. Introduzione ed esigenze politico criminali. – 2. Base giuridica e ambito di applicazione. – 3. Sussidiarietà (per la competenza non esclusiva). – 4. Procedimento in materia penale. – 5. Il congelamento dei beni: l'autorità di emissione e le garanzie. – 5.1. Il pubblico ministero come autorità competente e autorità giudiziaria? – 5.1.1. La giurisprudenza della CGUE sulla nozione di autorità giudiziaria in relazione all'EWA e all'EIO. – 5.2. Ulteriore disciplina e garanzie. – 6. La confisca diretta e la nozione di provento del reato. – 7. La confisca di valore. – 8. La confisca nei confronti dei terzi. – 8.1. Il diritto di difesa dei terzi. – 9. La confisca allargata. – 10. La confisca senza condanna ex art. 15 della proposta: non è un'actio in rem. – 10.1. Ratio e Presupposti. – 11. La "Confisca di patrimonio ingiustificato collegato ad attività criminali" ex art. 16. – 11.1. Ambito di applicazione e autonomia del procedimento in rem. – 11.2. La prova dell'origine illecita: indizi e standard probatorio. – 12. Il diritto di difesa. – 13. Il principio di proporzionalità. – 13.1. Il principio di proporzionalità e la confisca dei proventi del reato. – 13.2. Il principio di proporzionalità e la confisca degli strumenti. – 14. L'esecuzione differita (considerando 28 c). – 14.1. Un termine ragionevole per il reperimento o identificazione successivi. Confisca senza prescrizione, spada di Damocle sine die. – 15. Rintracciamento e gestione dei beni. – 16. Conclusioni.

(*)Articolo pubblicato nell'ambito del Progetto europeo RECOVER, co-funded by the Justice Programme of the European Union (2021-2027), www.recover.lex.unict.it.

1. Introduzione ed esigenze politico criminali.

Nel maggio del 2022 è stata presentata una proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al recupero e alla confisca dei beni¹, che dovrebbe sostituire innanzitutto la Direttiva 42/2014, intesa, come si afferma nella Relazione di presentazione della proposta di direttiva (nel prosieguo la Relazione), «a rafforzare le capacità delle autorità competenti di identificare, congelare e gestire i beni e a consolidare e ampliare le possibilità di confisca in modo da tenere conto di tutte le pertinenti attività criminose intraprese dai gruppi della criminalità organizzata, consentendo in tal modo la confisca di tutti i beni interessati. Infine, la direttiva è intesa a migliorare la cooperazione tra tutte le autorità coinvolte nel recupero dei beni e a promuovere un approccio più strategico al recupero dei beni attraverso un maggiore impegno di tali autorità a favore del conseguimento di obiettivi comuni in questo ambito»².

Dopo la Direttiva 42/2014 volta all'armonizzazione degli strumenti di sequestro e confisca e il Regolamento n. 1805/2018³ che impone con uno strumento direttamente vincolante il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca, indipendentemente dalla loro tipologia (diretta, di valore, nei confronti dei terzi, estesa, senza condanna) – purché emanati nell'ambito di un procedimento in materia penale –, è emersa, infatti, l'esigenza di imporre una maggiore armonizzazione in materia proprio per garantire realmente il mutuo riconoscimento, così eliminando a monte le asperità che potrebbero indurre a rifiutare l'applicazione del Regolamento opponendo una delle previste ragioni di rifiuto, a partire dalla violazione di un diritto fondamentale come previsto dagli articoli 8(1) f) e dall'art. 19(1) h)⁴.

¹ Bruxelles, 25.5.2022 COM(2022) 245 final 2022/0167 (COD) Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni {SEC(2022) 245 final} - {SWD(2022) 245 final} - {SWD(2022) 246 final}; cfr. FINOCCHIARO (2023).

² GARRIDO CARRILLO (2023); FARTO PIAY (2023); FINOCCHIARO (2023); SAKELLARAKI (2022); AGUADO (2024).

³ Il 6 gennaio 2024 è entrato in vigore il d.lgs. 7 dicembre 2023 n. 203, pubblicato in G.U. il 22/12/2023, recante «Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca». Tra le novità introdotte si segnala, nel settore processuale penale, la modifica agli artt. 419, 429 e 552 c.p.p. In particolare, l'art. 4 del citato decreto prevede ora che l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio e il decreto di citazione diretta a giudizio debbano contenere anche l'avvertimento che «potranno essere disposte, ove ne ricorrano le condizioni, le sanzioni e le misure, anche di confisca, previste dalla legge in relazione al reato per cui si procede». Ai sensi della norma transitoria di cui all'art. 7 d.lgs. 203/2023, «Le disposizioni di cui all'articolo 4 non si applicano nei procedimenti in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto (6 gennaio 2023), gli avvisi di fissazione di udienza preliminare e i decreti che dispongono il giudizio o che citano l'imputato a giudizio sono stati già emessi». Trattandosi, tuttavia, di avvisi previsti a pena di nullità, sarà necessario provvedere tempestivamente ad un aggiornamento dei modelli in uso, cfr. *Confisca: le novità in materia di avvisi introdotte dal d.lgs. 203/2023*, in *Sistema penale* 9 gennaio 2024.

⁴ «In situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di congelamento comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese

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

La relazione della Commissione *Recupero e confisca dei beni: garantire che il crimine non paghi* e gli studi precedentemente commissionati sull'attuazione della direttiva 2014/42/UE (HOME/2017/ISFP/FW/LECO/0084 e *Asset recovery and confiscation: what works and what doesn't work -HOME/2018/ISFP/FW/EVAL/0081*) hanno mostrato alcune potenziali aree di miglioramento.

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

Gli scarsi risultati nella confisca dei proventi del reato in casi transfrontalieri vengono attribuiti anche al malfunzionamento degli *Asset Recovery Offices*, che hanno attualmente poteri limitati per identificare e rintracciare i beni di origine criminale, sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale. Si lamenta, soprattutto, che questi uffici dispongono di informazioni limitate, in mancanza di accesso diretto e immediato alle banche dati (ad esempio registri aziendali o fondiari), nonché al *Europol's Secure Information Exchange Network Application* (SIENA); hanno poteri operativi insufficienti,

violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa»; cfr. OLIVEIRASILVA (2022), p. 206 s.

ad esempio in relazione al sequestro urgente, nonché risorse finanziarie, umane e tecniche inadeguate e anche il grado e la qualità dei corsi di formazione è ritenuto carente; spesso non sono sufficientemente coinvolti nel procedimento di confisca e incontrano problemi nelle indagini finanziarie, anche per la mancanza di regole comuni in relazione alle indagini transfrontaliere. La regolamentazione imposta a tali uffici per la protezione dei dati personali, infine, non è in linea con la *Data Protection Police Directive* (direttiva 2016/680).

Ancora, la Direttiva invita gli Stati membri a riutilizzare i beni confiscati per scopi pubblici o sociali, ma non ha imposto un *obbligo*, con la conseguenza che in diversi ordinamenti i beni confiscati non vengono attualmente utilizzati per risarcire le vittime di reati o per restituire i profitti alla società attraverso il loro riutilizzo sociale; a parte il fatto che talora la gestione inefficiente dei beni congelati e confiscati, che spesso si svalutano rapidamente, rende difficile il risarcimento delle vittime anche laddove sia stata introdotta una legislazione *ad hoc* per garantire tale risarcimento e il riutilizzo dei beni a fini sociali. In tale direzione come emerge nella Relazione nel giugno 2020 il Consiglio ha invitato la Commissione a valutare l'opportunità di rafforzare il quadro giuridico in materia di gestione dei beni sottoposti a congelamento, di attribuire agli uffici per il recupero dei beni ulteriori poteri, ad esempio poteri di congelamento d'urgenza, e di consentire loro di accedere a una serie di registri pubblici⁵.

Nonostante, poi, la Direttiva, con l'art. 11, richieda agli Stati membri di raccogliere dati statistici sui provvedimenti annuali di sequestro e confisca, e sul valore dei beni sequestrati e confiscati, i dati raccolti sono limitati e non comparabili; gli *Asset Recovery Offices* spesso non hanno accesso a questi dati e a quelli degli altri Stati, e ciò, insieme alla mancanza di un database centralizzato a livello europeo, gli impedisce di sapere se determinati beni siano già stati sequestrati e confiscati da un altro Stato membro.

Alla luce di ciò si riteneva necessario, in prima battuta, un intervento di revisione della Direttiva 42/2014, l'introduzione di una direttiva relativamente agli *Asset Recovery Offices* e l'introduzione degli *Asset Management Offices*; alla fine si è optato nella Proposta di Direttiva presentata nel maggio del 2022 per l'accorpamento di tutte queste riforme in un unico testo.

La proposta assume, infatti, la forma di una direttiva volta a perseguire l'armonizzazione in materia non solo nella previsione dei modelli di confisca, in sostituzione della decisione quadro 2005/212/GAI e della direttiva 42/2014⁶, ma anche in

⁵ Conclusioni del Consiglio sul rafforzamento delle indagini finanziarie per combattere la criminalità organizzata e le forme gravi di criminalità, documento del Consiglio n. 8927/20 del 17.6.2020.

⁶ Lo scopo ultimo della direttiva – che si fonda, infatti, sull'art. 82, § 2, oltre che sull'art. 83, § 1 TFUE –, è quello di perseguire «l'adozione di norme minime» per ravvicinare «i regimi degli Stati membri in materia di congelamento e confisca dei beni, favorendo così la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera» (considerando n. 5): nelle intenzioni della direttiva *attraverso l'armonizzazione si dovrebbe promuovere il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca*, che era già disciplinato dalla decisione quadro n. 783/2006. La direttiva, come sancito nell'art. 14, sostituisce, allora, l'azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212; si mantengono in vigore gli articoli 2, 4 e 5 della

relazione alla fase del reperimento, identificazione e gestione dei beni, introducendo disposizioni riguardanti anche gli uffici per il recupero dei beni, attualmente disciplinati dalla decisione quadro 2007/845/GAI. La riunione all'interno di un unico atto di obblighi precedentemente distribuiti in una pluralità di strumenti assicurerebbe un approccio più coerente e strategico al recupero dei beni e alla cooperazione di tutti i soggetti competenti nel sistema di recupero dei beni. In particolare, l'art. 34, prevede che la proposta di Direttiva, se approvata, sostituisca (non per la Danimarca) l'Azione comune 98/699/GAI, le Decisioni quadro 2001/500/GAI e 2005/212/GAI, la Decisione 2007/845/GAI e la Direttiva 2014/42/UE.

Sembra assolutamente positiva la scelta di sostituire i precedenti strumenti in materia evitando la critica che è stata mossa alla stessa direttiva 42/2014 che, come sancito nell'art. 14, sostituisce solo parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212 (nonché l'azione comune 98/699/GAI)⁷, le cui disposizioni sono rimaste in vigore al fine di mantenere un certo livello di armonizzazione per quanto riguarda quelle attività criminali che non rientrano nel campo di applicazione della direttiva (gli articoli 2, 4 e 5 della decisione quadro 2005/212/GAI per i reati non coperti dalla Direttiva, che prevedono una pena detentiva superiore all'anno). Tale tecnica di parziale sostituzione di un precedente strumento che rimane, per il resto, in vita è stata criticata perché fonte di mancanza di tassatività e di scarsa riconoscibilità del dettato legislativo⁸; sarebbe stato auspicabile in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta Europea dei diritti fondamentali l'introduzione di uno strumento interamente nuovo come richiesto dall'art. 9 del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona che fa riferimento ad atti legislativi e non a "regole" (specifiche disposizioni) («...*the legal effects of the acts of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union adopted on the basis of the Treaty on European Union prior to the entry into force of the Treaty of Lisbon shall be preserved until those acts are repealed, annulled or amended*»)⁹.

Nella proposta si precisa che «la scelta dello strumento giuridico lascia agli Stati membri sufficiente flessibilità per attuare le misure comuni conformemente alle tradizioni giuridiche e agli assetti organizzativi nazionali»; in realtà se tale affermazione è assolutamente condivisibile in relazione ai profili relativi ai modelli di confisca, fermo restando che una vera armonizzazione sarà possibile solo con una tassativa determinazione di tali modelli e delle connesse garanzie imprescindibili, laddove si tratta di aspetti più propriamente organizzativi coinvolgenti la cooperazione transfrontaliera nella fase di recupero e identificazione dei beni si potrebbe forse consentire l'utilizzo di un Regolamento direttamente cogente sulla base dell'art. 82, c. 1 TFUE.

decisione quadro 2005/212/GAI per i reati non coperti dalla Direttiva, che prevedono una pena detentiva superiore all'anno.

⁷ «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».

⁸ ARCIFA (2014), n. 64.

⁹ *Idem*.

Tale proposta è stata inserita nella *Joint Declaration 2023-24* con cui le tre istituzioni dell'Unione europea stabiliscono delle priorità legislative comuni alle quali assicurano di garantire sostanziali progressi¹⁰.

Il 9 giugno 2023 il Consiglio ha adottato il suo orientamento generale¹¹. Dopo tre cicli di negoziati interistituzionali, il 12 dicembre 2023, Parlamento e Consiglio hanno raggiunto l'accordo politico, che dovrà essere sottoposto all'approvazione formale dai colegislatori. Una volta pubblicata nell'*Official Journal*, la Direttiva entrerà in vigore dopo 20 giorni e gli Stati Membri avranno 30 mesi per adottarne le disposizioni.

2. Base giuridica e ambito di applicazione.

La proposta di direttiva si basa, come precisato nel prologo, sull'articolo 82, paragrafo 2, sull'articolo 83, paragrafi 1 e 2, e sull'articolo 87, paragrafo 2, TFUE¹².

La proposta è innanzitutto interessante in quanto rappresenta un'applicazione dell'art. 83, § 1, del TFUE che consente di stabilire norme minime¹³ in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale, fra cui rientra la "criminalità organizzata"; tanto è vero che si precisa che i reati ai quali può essere applicata la direttiva sono quelli elencati nella norma in esame – il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il traffico di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata –, ferma restando l'applicazione delle precedenti disposizioni vigenti dell'Unione in materia di confisca – in particolare decisioni quadro – per gli altri reati.

Si replica, in ogni caso, quanto avvenuto con la direttiva 42/2014, anche laddove – come evidenziato nella Relazione – «l'ambito di applicazione di tali misure si estende ai reati commessi nel quadro di organizzazioni criminali, in considerazione del fatto che la criminalità organizzata è un "reato riconosciuto dall'UE" ai sensi dell'articolo 83, paragrafo 1, TFUE»; si consente così l'applicazione della direttiva ad altri reati non espressamente contemplati, purché realizzati in forma organizzata alla luce della

¹⁰ Consultabile a <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/thematicnote.do?id=41380&l=en>. In Parlamento la proposta è stata esaminata dalla commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), con relatore Loránt Vincze (PPE, Romania). Le commissioni giuridiche – designate come commissioni associate – e quelle per i bilanci hanno espresso pareri il 24 marzo e il 3 aprile 2023. Il 14 febbraio 2023 è stato pubblicato il progetto di relazione LIBE sulla proposta; è stato adottato il 23 maggio 2023, con 50 voti favorevoli, 1 contrario e 4 astensioni. Propone, tra l'altro, di ampliare il campo di applicazione della direttiva ad altri reati e di utilizzare i beni confiscati per l'interesse pubblico o per scopi sociali e di dare priorità alle richieste di restituzione delle vittime. Gli ARO dovrebbero ricevere le risorse necessarie e avere accesso (diretto o indiretto) a un elenco ampliato di registri e database.

¹¹Nel prosieguo si terrà conto della numerazione nella versione in inglese della Proposta di Direttiva emendata del Consiglio, pubblicata nel sito [Freezing and confiscating criminal money: Council agrees negotiating position for new EU law - Consilium \(europa.eu\)](https://www.consilium.europa.eu/en/press/communications/2023/02/14/).

¹² In materia PINCELLI (2024), p. 6 ss.

¹³ Cfr. sull'apprestare norme minime in materia (in questo caso in relazione alla decisione quadro 212/2005) CGUE 19 marzo 2020, C-234/18, Komisia .c. BP e altri.

definizione di organizzazione criminale fornita dalla decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata¹⁴ (definizione piuttosto ampia¹⁵). Si può osservare che dopo circa dieci anni dall'introduzione della Direttiva 42/2014 la nozione di organizzazione criminale a livello europeo continua a essere basata su tale decisione quadro 2008/841/GAI.

Si evidenzia che il Consiglio ha proposto una nuova formulazione del comma 1, sul modello dell'art. 3 della Direttiva 2014/42, indicando i reati che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva citando i relativi strumenti normativi europei: «La presente direttiva si applicherà ai reati contemplati da: a) Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio...».

L'ambito di applicazione della direttiva dovrebbe riguardare anche tutti i reati oggetto di armonizzazione ai sensi dell'art. 83, § 2 TFUE, come precisato nell'illustrazione dettagliata all'art. 2 e come oggi previsto nella Direttiva n. 42/2014 all'art. 3¹⁶; in tale direzione non solo una serie di reati armonizzati sono espressamente elencati nell'art. 2, § 1 (i reati di frode anche contro gli interessi finanziari dell'UE, i reati ambientali nonché di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali) e altri sono inclusi nella misura in cui sono realizzati in forma organizzata¹⁷, ma comunque ai sensi dell'art. 2, n. 4: «la presente direttiva si applica a qualsiasi altro reato definito in altri atti giuridici dell'Unione qualora questi prevedano specificamente tale applicazione a detti reati». «L'inclusione di reati armonizzati a livello dell'Unione o il cui settore normativo è armonizzato a livello dell'Unione è altresì giustificata in quanto le misure proposte in materia di congelamento e confisca sono essenziali per garantire l'efficace attuazione di una politica dell'UE in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione e che è pertanto contemplato dall'articolo 83, paragrafo 2, TFUE»¹⁸.

I reati inclusi dall'art. 2 n. 2, nella misura in cui sono realizzati in forma organizzata, suscitano qualche perplessità perché, a parte quelli oggetto di armonizzazione e, quindi, comunque aventi come base giuridica l'art. 83, § 2, gli altri,

¹⁴ Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (GU L 300 dell'11.11.2008, pag. 42).

¹⁵ PAOLI (2014), p. 3.

¹⁶ In accoglimento di un emendamento (n. 28) presentato dalla Commissione LIBE; cfr. MITSILEGAS (2010), p. 463; critico BOUCHT, (2013), p. 141.

¹⁷ «2. La presente direttiva si applica anche ai seguenti reati nella misura in cui siano commessi nel contesto di un'organizzazione criminale: a) contraffazione e pirateria di prodotti; b) traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte; c) falsificazione di atti amministrativi e traffico di atti amministrativi falsificati; d) omicidio volontario o lesioni personali gravi; e) traffico illecito di organi e tessuti umani; f) rapimento, sequestro o presa di ostaggi; g) rapina organizzata o a mano armata; h) racket ed estorsioni; i) traffico di veicoli rubati; j) reati fiscali relativi a imposte dirette e indirette, quali specificati nel diritto nazionale, punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di almeno un anno».

¹⁸ Relazione introduttiva alla proposta della Commissione, cit., p. 4.

pur rientrando nella fattispecie di crimine organizzato e, quindi, coperti dall'art. 83, § 1 che prevede espressamente tale fattispecie tra gli Eurocrimes, non sempre posseggono le caratteristiche previste dall'art. 83, § 1 per giustificare l'urgenza di perseguire tali delitti su scala europea e cioè non sempre rientrano in "sfere di criminalità particolarmente grave" – valutazione comunque non tassativa – e soprattutto non sempre presentano una dimensione transnazionale¹⁹.

Nel considerando n. 9, in ogni caso, si precisa che non solo «una lotta efficiente contro la criminalità organizzata richiede che siano disponibili misure di congelamento e di confisca che interessino i profitti derivanti da tutte le sfere di criminalità in cui sono attivi tali gruppi», a partire dalle «sfere di criminalità di cui all'articolo 83, paragrafo 1», ma anche che «tutti i reati armonizzati a livello dell'UE, comprese le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, dato il crescente coinvolgimento dei gruppi di criminalità organizzata in questo settore»; in particolare, poi, si precisa che «nell'ambito di applicazione dovrebbe inoltre rientrare la criminalità ambientale, che è una delle attività centrali dei gruppi di criminalità organizzata ed è spesso collegata al riciclaggio di denaro o interessa i rifiuti e i residui prodotti nel contesto della produzione e del traffico di droga»²⁰. Ancora si richiama «il favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali costituisce una delle attività centrali dei gruppi di criminalità organizzata ed è solitamente collegato alla tratta di esseri umani»²¹.

Nel considerando n. 9 della proposta nella versione del Consiglio si precisa, ancora, che «Oltre ai reati elencati all'articolo 83, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e ad altri reati armonizzati a livello dell'UE, i gruppi di criminalità organizzata traggono ampi profitti da altri reati, quali la contraffazione e la pirateria di prodotti, il traffico illecito di beni culturali, le rapine organizzate o a mano armata, racket ed estorsioni o i reati fiscali. Altri reati, come l'omicidio volontario o il rapimento, servono non solo come fonte di entrate supplementari nel caso degli omicidi perpetrati su commissione o della riscossione di riscatti, ma anche come mezzo per esercitare un controllo su un mercato illecito e come meccanismo per intimidire gli oppositori. Inoltre, vi sono reati come la falsificazione di documenti amministrativi o il traffico di veicoli rubati che non solo generano un profitto economico, ma consentono anche ai gruppi di criminalità organizzata di commettere altri reati».

¹⁹ PINCELLI (2024), p. 13 ss.

²⁰ Nella versione del Parlamento: «ed è spesso collegata al riciclaggio di denaro, al falso documentale, alla frode economica, all'evasione fiscale e alla corruzione o interessa il traffico di rifiuti in violazione del diritto e delle norme nazionali e internazionali che disciplinano la raccolta, il trattamento e lo smaltimento dei rifiuti, compresi i residui prodotti nel contesto della produzione e del traffico di droga».

²¹ Nella versione del Parlamento si precisa che «Il reato del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali dovrebbe essere considerato nel quadro della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002. La decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio prevede la possibilità di accompagnare le sanzioni penali con la confisca dei mezzi di trasporto utilizzati per commettere il reato, precisando chiaramente nel contempo che le sue disposizioni si applicano fatta salva la protezione offerta ai rifugiati e ai richiedenti asilo al fine di fornire assistenza umanitaria conformemente al diritto internazionale».

Il Consiglio estende l'ambito di applicazione anche ai reati contemplati dalle Direttive 2014/57/EU del 16 aprile 2014 sugli abusi di mercato (lett. o) e include nell'elenco direttamente i reati contemplati dalla futura Direttiva sui reati per la violazione delle misure restrittive dell'Unione (lett. p).

Poiché in realtà sono pochi quelli che sono commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale, «il Comitato economico e sociale europeo (CESE) incoraggia la Commissione europea a chiarire e garantire che il traffico di migranti e il commercio illecito dei prodotti del tabacco rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva proposta», trattandosi di reati lucrogenetici²².

Una novità è rappresentata dal fatto che rientrerebbe nell'ambito di applicazione della futura direttiva anche «la violazione di misure restrittive dell'Unione quale reato armonizzato a livello dell'UE»; come si precisa nel prologo «La violazione di misure restrittive dell'Unione quale reato armonizzato a livello dell'UE» rappresenta una nuova fattispecie che è stata introdotta in seguito all'introduzione di tali misure restrittive da parte dell'Unione Europea in risposta all'aggressione militare della Russia nei confronti dell'Ucraina²³. Tali misure, adottate sulla base dell'articolo 29 del trattato sull'Unione europea (TUE) e dell'articolo 215 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), includono misure settoriali e misure individuali sotto forma di congelamenti di beni, restrizioni all'ammissione, clausole antielusione che proibiscono la partecipazione consapevole e intenzionale ad attività volte a eludere le suddette misure e altri obblighi, in particolare l'obbligo di comunicare le azioni intraprese per attuare le misure restrittive dell'Unione²⁴. Nella versione del Consiglio, come esaminato, si includono nella lista dei reati di cui all'art. 2 n. 1, anche i reati contemplati dalla futura Direttiva sui reati per la violazione delle misure restrittive dell'Unione (lett. p). La dottrina ha correttamente sollevato delle perplessità rispetto all'estensione di misure di confisca nate per garantire che il crimine non paghi e quindi la lotta a gravi fenomeni criminali, a partire dal crimine organizzato, alla violazione di misure restrittive dell'Unione, che perseguono uno scopo politico, confondendo i confini tra PESC e SLSG²⁵; in ogni caso la confisca dovrà essere applicata alle violazioni di misure restrittive che costituiscano reato.

²² Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni [COM(2022) 245 final], (2023/C 00/16), § 1.2; AGUADO (2023), p. 12.

²³ L'Unione europea, infatti, ha adottato misure restrittive nei confronti di Russia e Bielorussia basandosi sulle misure restrittive originariamente stabilite nel marzo 2014 in risposta all'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli da parte della Russia e ampliandole ulteriormente.

²⁴ SAKELLAKARI, (2023), p. 484. Per scongiurare ulteriormente il rischio di violazione di tali misure, è stata introdotta la decisione (UE) 2022/2332 del Consiglio, del 28 novembre 2022, che ha integrato con «la violazione delle misure restrittive dell'Unione» la lista delle sfere di criminalità elencate nell'art. 83, par. 1, 2° comma, TFUE, per le quali l'Unione può «stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni»; la prima volta nell'era post-Lisbona che l'elenco degli eurocrimini di cui all'art. 83 (1) TFUE sarà ampliato, includendo anche le violazioni delle misure restrittive dell'UE come eurocrimini. La Commissione ha presentato formalmente una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2022) 684 del 2 dicembre 2022), diretta a definire a livello europeo i reati e le sanzioni per la violazione di tali misure restrittive.

²⁵ SAKELLAKARI (2023), p. 499.

Sempre in base all'articolo 83 si giustifica la previsione delle «misure volte a migliorare la gestione dei beni sottoposti a congelamento e a confisca» in quanto «sono necessarie per garantire l'efficace attuazione delle misure di congelamento e di confisca e sono requisiti accessori contemplati dall'articolo 83 TFUE. Ciò vale anche per le disposizioni che mirano a sviluppare una strategia più completa in materia di recupero dei beni, in combinazione con meccanismi di cooperazione tra le autorità a livello nazionale e disposizioni volte a garantire che le autorità competenti dispongano delle risorse necessarie per svolgere i loro compiti».

Si basa sull'articolo 87, paragrafo 2, TFUE la previsione di «misure relative al reperimento e all'identificazione dei beni o alla cooperazione tra gli uffici per il recupero dei beni e gli uffici per la gestione dei beni con i loro omologhi in altri Stati membri» in quanto tali misure «contribuiscono altresì a un'efficace cooperazione transfrontaliera nel settore della prevenzione o dell'individuazione dei reati e delle relative indagini»²⁶.

Infine «le garanzie procedurali previste dalla presente direttiva e le disposizioni volte a garantire che le vittime siano risarcite sono contemplate dall'articolo 82, paragrafo 2, TFUE»; per quanto attiene le misure aventi a oggetto il ristoro delle vittime della criminalità organizzata, la base giuridica è garantita dall'art. 82 (2) (d) TFUE²⁷.

Al di là di questi precisi richiami alla base giuridica, si precisa – come già avveniva in parte per la direttiva 42/2014 – che «la presente proposta è parte integrante delle misure volte a contrastare a livello mondiale la criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro. La proposta dà attuazione alle convenzioni delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (UNTOC) e ai relativi protocolli, nonché alla convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), alla convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa e alla raccomandazione n. 4 del Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI), le quali impongono ai paesi aderenti di adottare misure per consentire alle loro autorità competenti di congelare e confiscare i proventi e i beni strumentali di reato».

«La proposta è inoltre coerente con la politica dell'UE in materia di sicurezza», tra cui si richiama in particolare il Regolamento (UE) 2018/1805, che disciplina il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca in tutta l'UE. Per incrementare l'applicazione del Regolamento (UE) 2018/1805, sarà importante il miglioramento dell'armonizzazione attraverso la nuova proposta di Direttiva perché il mutuo riconoscimento si fonda sull'armonizzazione e la fiducia reciproca che, a sua volta, presuppone il rispetto delle garanzie²⁸.

In base all'art. 2, n. 5, la Direttiva si applica, limitatamente alle norme di cui al capo II, a tutti i reati a cui le legislazioni nazionali associano una misura privativa della

²⁶ Con la precisazione nella versione della Commissione che «l'ambito di applicazione dell'articolo 87 TFUE non è limitato per quanto riguarda i reati contemplati, le suddette misure si applicano anche alla violazione di misure restrittive dell'Unione nella misura in cui tale violazione integri un reato ai sensi del diritto nazionale, purché ciò agevoli la prevenzione e l'individuazione di violazioni delle misure restrittive dell'Unione».

²⁷ FROVA (2024), p. 94.

²⁸ Cfr. WILLEMS (2021).

libertà di almeno un anno. In base a tale ultimo paragrafo il campo di applicazione delle disposizioni in materia di rintracciamento e identificazione, che sono fondamentali per garantire il successo del sequestro e della confisca dei beni, viene notevolmente ampliato non limitandosi ai reati elencati nei paragrafi precedenti; in considerazione del limite di un anno, saranno pochi i reati a cui le disposizioni del Capitolo II non saranno applicabili, e questo nonostante alcune misure siano piuttosto invadenti e ponendosi, quindi, un problema di rispetto del principio di proporzionalità²⁹.

3. Sussidiarietà (per la competenza non esclusiva).

L'introduzione di una nuova direttiva viene giustificata in termini di sussidiarietà in considerazione del fatto che gli sforzi individuali degli Stati membri non sono sufficienti per contrastare la criminalità organizzata ed emerge in materia la necessità di ridurre le differenze tra le legislazioni degli Stati membri che possono ostacolare la cooperazione transfrontaliera nonché la necessità di garantire maggiore chiarezza giuridica. La criminalità organizzata si presenta tipicamente come criminalità transfrontaliera, considerato che il 70 % dei gruppi criminali che operano nell'Unione è attivo in più di tre Stati membri e occulta e reinveste beni derivanti da attività criminose in tutto il mercato interno dell'UE («I gruppi criminali utilizzano una complessa rete di conti bancari e società di comodo in vari paesi per mascherare la pista di controllo e celare la fonte e la proprietà dei fondi, prediligendo, secondo le informazioni disponibili, gli Stati membri in cui i sistemi di recupero dei beni sono più deboli»)³⁰.

Un rinnovato impegno in tutta l'Unione per privare le organizzazioni criminali delle loro risorse finanziarie è pertanto fondamentale per garantire l'efficace recupero dei beni strumentali e dei proventi di reato. La direttiva proposta agevolerà la cooperazione transfrontaliera e contribuirà a una lotta più efficace contro la criminalità organizzata.

E anche l'impatto delle misure proposte sugli Stati membri in termini di risorse necessarie e necessità di adeguare la legislazione interna si ritiene ampiamente compensato dai vantaggi derivanti dal miglioramento delle capacità delle autorità competenti di reperire e identificare, congelare, gestire e confiscare beni illeciti.

In generale si evidenzia che la proporzionalità complessiva è garantita associando diverse misure a solide garanzie. Non solo il rispetto del principio di proporzionalità di cui all'articolo 5, paragrafo 4, TUE, sarebbe rispettato laddove la direttiva proposta si limita a quanto è necessario e proporzionato per attuare una norma minima comune in tutta l'UE, ma tutte le misure contemplate nella presente proposta rispettano i diritti e le libertà fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e devono essere attuate di conseguenza.

²⁹ Così AGUADO (2024), p. 8 s.

³⁰ Relazione p. 5.

Qualsiasi limitazione dell'esercizio di tali diritti e libertà fondamentali è soggetta alle condizioni stabilite all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, in particolare al rispetto del principio di proporzionalità in relazione alla finalità legittima di conseguire effettivamente obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione e proteggere i diritti e le libertà altrui. Si evidenzia che la lotta alla criminalità organizzata giustifica anche in termini di proporzionalità l'ingerenza delle misure proposte nei diritti fondamentali (compresi segnatamente i diritti di proprietà) in considerazione della necessità di privare efficacemente i criminali e in particolare la criminalità organizzata dei loro beni illeciti, in quanto questi rappresentano sia la principale motivazione che li induce a commettere reati, sia i mezzi per proseguire ed espandere le loro attività criminose. Le misure proposte sono limitate a quanto necessario per conseguire tale obiettivo.

In tale direzione la Corte EDU ha sempre giustificato, considerandolo necessario e proporzionato, il sacrificio del diritto di proprietà rappresentato da forme di confisca allargata e senza condanna in considerazione della lotta al crimine organizzato, anzi in relazione alla confisca di prevenzione la Corte EDU evidenzia la necessità di lottare «il cancro» della mafia³¹ (oltre che contro specifici fenomeni criminali come il narcotraffico e la corruzione)³².

4. Procedimento in materia penale.

Mentre l'art. 1, par. 1, della direttiva 2014/42/UE prevede che la finalità della direttiva sia quella di stabilire norme minime in materia di congelamento e confisca dei «beni in materia penale», all'art. 1, par. 1 della proposta, in linea con l'art. 1(1) Regolamento (UE) 2018/1805, è previsto che le norme previste si applichino ai beni «nel quadro di un procedimento in materia penale». In ogni caso l'ambito di applicazione è la più ampia nozione di "materia penale", rispetto al penale in senso stretto; anche se poi non mancano norme e consideranda che usano l'espressione procedimento penale³³.

In maniera corrispondente a quanto affermato nel considerando 13 del Regolamento, nel considerando n. 5 della proposta si precisa che «in questo contesto, il termine "procedimento in materia penale" è un concetto autonomo del diritto

³¹ Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte EDU, 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; Corte EDU, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte EDU, 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, § 4; Corte EDU, 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n. 52024/99, *ivi*, 5; Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99, *ivi*, 6; Corte EDU, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, *ivi*, 8; Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, n. 4514/07, § 45.

³² Cfr. Corte EDU, *Gogitide v. Georgia*, 12 maggio 2015, no. 36862/05; Corte EDU, 27 giugno 2002, *Butler v. United Kingdom*, n. 41661/98; Corte EDU, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n° 41087/98; Corte EDU, *Grayson & Barnham v. The United Kingdom*, n. 19955/05 e 15085/06.

³³ AGUADO (2023), p. 6.

dell'Unione interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Nella versione inglese non si usa l'espressione inclusiva "ferma restando" ma piuttosto l'avversativo «*notwithstanding* the case law of the European Court of Human Rights»; in realtà si tratta di un profilo non da poco, se si pensa che il rispetto della giurisprudenza della Corte EDU – preteso dall'espressione "ferma restando" – dovrebbe indurre ad escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva la confisca di prevenzione ed altri modelli di confisca senza condanna (come nell'ordinamento della Georgia, della Romania o della Bulgaria)³⁴, che la Corte non fa rientrare nella sua ampia e autonoma nozione di "materia penale" e sottrae all'applicazione delle connesse garanzie (attribuendogli natura preventiva o riparativa). Mentre "*notwithstanding*" sembra esprimere la consapevolezza del legislatore europeo dell'impossibilità di adottare la nozione di "materia penale" della Corte EDU con i suoi c.d. Engel criteri³⁵, se non si vuole restringere l'ambito di applicazione della Direttiva e la sua capacità armonizzatrice.

Si precisa ancora, sempre in termini corrispondenti al considerando 13 del Regolamento, che «Tale termine contempla tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato», per poi precisare che «Esso contempla inoltre altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva. Il procedimento in materia penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto». Si usa un linguaggio inclusivo che estende la direttiva a tutti i tipi di provvedimenti purché emessi in un procedimento *connesso* a un reato, indipendentemente dalla sua qualifica formale e includendo anche la fase delle indagini. Si adotta l'ampia nozione di procedimento in materia penale accolto ai fini del mutuo riconoscimento dal Regolamento e capace di ricomprendere qualunque procedimento "connesso" a un reato e, quindi, riguardante profitti e strumenti del reato, sul modello già adottato dalla Convenzione europea sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (Strasburgo, 1990) in materia (che ha rappresentato il modello fondamentale di cooperazione prima del Regolamento)³⁶; purché, si precisa nel Regolamento, non si tratti di procedimenti in materia civile e amministrativa, e cioè, alla luce dell'ampia definizione di procedimento

³⁴ MAUGERI (2019), p. 52.

³⁵ GRANDI, (2023): 200 (note 151).

³⁶ La Convenzione consente la cooperazione anche in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna, come precisato nel Rapporto esplicativo, purché il procedimento sia condotto dall'autorità giudiziaria e abbia natura penale, nel senso di riguardare strumenti o proventi di reato; la Convenzione ha consentito di applicare all'estero la confisca di prevenzione *ex art.* 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, basti pensare al caso Crisafulli in cui la Corte di Cassazione francese, 13 novembre 2003, ha riconosciuto una sentenza del tribunale sez. misure di prevenzione di Milano che prevedeva una confisca preventiva di una villa sulla Costa Azzurra; tale orientamento è stata confermato dalla Corte nel 2009 (Civ.2° 4/06/2009 SCI ZANORO - Villa Kismet 2011). Cfr. BALSAMO-FUSCO, (2023): «Di particolare interesse sono, al riguardo, le già citate sentenze adottate dal Tribunale Penale Federale della Svizzera il 2 giugno 2016, il 21 gennaio 2011 e l'1 dicembre 2010, che hanno accolto le richieste di cooperazione giudiziaria internazionale formulate dall'autorità giudiziaria italiana in relazione a beni situati nel territorio elvetico».

in materia penale, procedimenti non attinenti a beni connessi a un reato. Da ultimo la CGUE ha precisato che la confisca *ex art. 4* della Direttiva 42/2014 presuppone un *reato*³⁷.

In relazione al Regolamento si deve ricordare che nella bozza originaria del Regolamento l'espressione "procedimenti penali" era utilizzata nell'art. 1; la sostituzione di "procedimenti penali" con l'espressione "procedimenti in materia penale" è stata il risultato delle pressioni della delegazione italiana che, sostenuta da alcune altre delegazioni, sosteneva il rischio che il sistema italiano di confisca preventiva fosse escluso dal campo di applicazione del Regolamento. In tale direzione nell'ambito di un dibattito in materia da parte dei ministri della Giustizia UE (UE, Cons. JAI, 12/13 ottobre 2017) si è precisato che anche certi sistemi di confisca preventiva rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento, a condizione che la decisione di confisca «*soit clairement en rapport avec des activités criminelles et que des garanties procédurales appropriées s'appliquent*»²⁰⁴. Questa interpretazione estensiva di procedimento in materia penale consente, insomma, di includere nel campo di applicazione del Regolamento anche le confische senza condanna come evidenziato dalla Commissione europea, a condizione che vi sia un collegamento con un reato, anche se esse sono considerate misure o procedimenti civili nell'ordinamento interno.

Suscita delle perplessità la precisazione «Il procedimento in materia penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto», perché, come esaminato in relazione al Regolamento, l'estensione alla fase delle indagini e alle connesse autorità non giudiziarie della competenza a emanare anche solo il sequestro – la definizione di confisca presuppone un'autorità giudiziaria e lo stesso vale per la proposta di Direttiva (tanto più nella versione emendata dal Consiglio) – rischia di porsi in contrasto con il principio della separazione dei poteri, come esaminato in altra sede³⁸.

Nella versione del Consiglio invece il considerando 5 dopo aver stabilito che il concetto di procedimento in materia penale è un concetto autonomo, interpretato dalla Corte di Giustizia ferma restando la giurisprudenza della Corte EDU, si limita a precisare che «Tali norme non pregiudicano le procedure che gli Stati membri possono utilizzare per congelare e confiscare i beni in questione» per poi chiarire che «La presente

³⁷ Da ultimo la CGUE, (Ottava Sezione), 9 marzo 2023, C-752/21, JP EOOD c. Otdel «Mitnichsko razsledvane i razuznavane» /MRR/ v TD «Mitnitsa Burgas», ha precisato che (§ 48) «l'articolo 4 della decisione quadro 2005/212 deve essere interpretato nel senso che esso non si applica a una decisione relativa a un atto che non costituisce reato», considerando anche che (§ 47) «l'ambito di applicazione *ratione materiae* di tale decisione quadro è chiaramente definito e quest'ultima è stata adottata al fine di istituire norme minime comuni in un settore ben delimitato, che, del resto, riguarda la cooperazione in materia penale, essa non può essere materialmente applicabile neppure per analogia ad una situazione come quella di cui al procedimento principale». Nel definire (§ 42 ss.) «la nozione di "confisca", occorre fare riferimento non già alla definizione di cui all'articolo 1, quarto trattino, della decisione quadro 2005/212, bensì a quella di cui all'articolo 2, punto 4, della direttiva 2014/42, poiché tale direttiva ha sostituito, in forza del suo articolo 14, paragrafo 1, segnatamente, i primi quattro trattini dell'articolo 1 di detta decisione quadro (sentenza del 10 novembre 2022, DELTA STROY 2003, C-203/21, EU:C:2022:865, punto 30). Ai sensi dell'articolo 2, punto 4, di tale direttiva, costituisce confisca la «privazione definitiva di un bene ordinata da un'autorità giudiziaria in relazione a un reato».

³⁸ MAUGERI (2024).

direttiva si applica senza pregiudicare le misure di congelamento e di confisca nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa». Tali espressioni lasciano intendere che al di là della qualifica dei procedimenti adottato negli Stati membri per procedere al sequestro e alla confisca dei beni, anche laddove definiti civili o amministrativi, essi rientrano nel campo di applicazione della nuova direttiva purché si tratti di “procedimenti in materia penale”; non si fornisce, però, neanche quella minima definizione in positivo di “procedimento in materia penale” – come procedimento *connesso a un reato*, e quindi riguardante i profitti e gli strumenti del reato – fornita dalla Commissione. La scelta della Commissione di compiere un minimo sforzo definitorio alla luce e in sintonia con il Regolamento 1805/2018, di cui si dovrebbe favorire l’applicazione incrementando il mutuo riconoscimento, sembra assolutamente preferibile; anche in questa prima fase di applicazione del Regolamento emerge proprio la necessità di una maggiore chiarezza sulla nozione di “procedimento in materia penale”.

In ogni caso, precisato che si tratta di una “nozione autonoma” del Diritto dell’Unione e considerando che la Direttiva rappresenta lo strumento di armonizzazione funzionale al mutuo riconoscimento perseguito con il Regolamento 1805/2018, si dovrebbe ritenere che questa nozione autonoma di cui parla il considerando n. 5 faccia riferimento alla nozione accolta nel Regolamento che, come accennato, nel considerando 13 precisa che procedimento “connesso a un reato” comprende tutti i tipi di procedimenti destinati all’adozione di provvedimenti di congelamento e di confisca emessi in seguito a “procedimenti connessi ad un reato”, anche provvedimenti non previsti nella Direttiva 42/2014 ed emessi in assenza di condanna definitiva.

Anche nelle definizioni di cui all’art. 2 del Regolamento si precisa al numero 2) che si considera «“provvedimento di confisca”: una sanzione o misura definitiva imposta da un organo giurisdizionale a seguito di un procedimento connesso a un reato, che provoca la privazione definitiva di un bene di una persona fisica o giuridica». Si fa, quindi, sempre riferimento a un “procedimento connesso a un reato”, adottando una definizione molto ampia di procedimento in materia penale.

Nella proposta di Direttiva all’art. 3, n. 6, si definisce, invece, «"confisca": la privazione definitiva di un bene ordinata da un’autorità giudiziaria in relazione a un reato»; e nella versione emendata dal Consiglio "confisca" è «la privazione definitiva di un bene ordinata da un’autorità giudiziaria in relazione a un reato o a una condotta criminosa». Si fa riferimento direttamente a un reato o condotta criminosa, e non a un procedimento connesso a un reato, come probabilmente sarebbe preferibile per meglio includere anche tutte le forme di confisca senza condanna applicate in dei procedimenti che si possono definire ibridi. In tale direzione, allora, la precisazione aggiunta dal Consiglio “condotta criminosa” oltre a “reato” consente di meglio dare conto del fatto che non solo in alcuni ordinamenti la confisca diretta degli strumenti e dei proventi del reato presuppone solo la realizzazione degli elementi oggettivi del reato, ma soprattutto che i modelli di confisca contemplati dalla Direttiva all’art. 16, non presuppongono necessariamente l’accertamento di un reato, ma solo dell’origine illecita dei beni.

E sebbene nel testo proposto dal Consiglio, il termine "procedimento penale" è stato sostituito dal termine "procedimento in materia penale", nell’art. 4(1) della

proposta (*Asset tracing investigations*) e nell'art. 28(2) (*Cooperation with EU bodies and agencies*), troviamo ancora riferimenti ai "procedimenti penali" nei *consideranda* 3 e 27³⁹.

In ogni caso la *confisca* deve essere pronunciata da "un'autorità giudiziaria" sia in base alla definizione fornita dall'art. 3, n. 6, della proposta, sia in base alla definizione dell'art. 2, punto 4, della direttiva 42/2014; da ultimo la CGUE ha escluso che rientrassero nella nozione di autorità giudiziaria – «come richiesto dall'articolo 2, punto 4, della direttiva 2014/42» – delle autorità doganali bulgare competenti per l'emanazione di una forma di confisca, ma non in seguito o in connessione a un reato⁴⁰ e ha precisato, come sopra ricordato, che la confisca *ex art. 4* della Direttiva 42/2014 presuppone un reato⁴¹. Sarà molto interessante, allora, la decisione della Corte di Giustizia rispetto a un caso emblematico di confisca in seguito a un illecito amministrativo punitivo, che dovrebbe rientrare nella nozione ampia di materia penale adottata dalla Corte EDU, ma che non dovrebbe rientrare nella nozione di reato presupposta dalla Direttiva 42/2014 e dal Regolamento 1805/2018, nonché dalla nuova proposta di direttiva⁴². Tanto più la questione è interessante, se si ricorda che la stessa Corte di Giustizia ha fatto rientrare nella nozione di autorità giudiziaria competente in materia penale, sempre in base a «un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione nella quale si inserisce e dello scopo perseguito da tale decisione quadro» (in questo caso la decisione quadro 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie) *un'autorità amministrativa indipendente*, competente come organo di

³⁹ AGUADO (2023), 6.

⁴⁰ CGUE, JP EOOD c. Otdel «Mitnichesko razsledvane i razuznavane» /MRR/ v TD «Mitnitsa Burgas», C-752/21, cit., § 45: «Dall'altro lato, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta altresì che tale decisione è stata adottata dalle autorità doganali bulgare e non già da un'autorità giudiziaria, come richiesto dall'articolo 2, punto 4, della direttiva 2014/42».

⁴¹ «Orbene, è sufficiente constatare che, da un lato, nel procedimento principale la decisione che irroga una sanzione amministrativa è stata emessa a seguito di un procedimento di natura amministrativa, procedimento che non riguardava uno o più reati né, tanto meno, un reato punibile con una pena privativa della libertà di durata superiore a un anno, come richiesto dall'articolo 2 della decisione quadro 2005/212. Dall'altro lato, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta altresì che tale decisione è stata adottata dalle autorità doganali bulgare e non già da un'autorità giudiziaria, come richiesto dall'articolo 2, punto 4, della direttiva 2014/42. Di conseguenza, la decisione quadro 2005/212 non è materialmente applicabile in una situazione in cui l'atto commesso non costituisce reato».

⁴² Se le disposizioni di cui all'articolo 2, paragrafo 1, della decisione quadro 2005/[212/GAI], in combinato disposto con l'articolo 17, paragrafo 1, della Carta, e tenuto conto della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 14 [gennaio] 2021 nella causa C-393/19, debbano essere interpretate, in base ad un *argumentum a fortiori*, nel senso che si applicano anche in casi in cui l'atto non costituisce un reato, bensì un illecito amministrativo, laddove la differenza tra i due consiste solo nel criterio «su larga scala» applicato nella giurisprudenza in base al valore presunto dell'oggetto del contrabbando. Se in tal caso l'articolo 1, quarto trattino, della decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, e l'articolo 2, punto 4, della direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, debbano essere interpretati nel senso che la nozione di "confisca" indica specificamente una sanzione o una misura che deve essere inflitta da un organo giurisdizionale e non può essere disposta da un'autorità amministrativa, e che, in tale ottica, una normativa nazionale quale l'articolo 233, paragrafo 6, in combinato disposto con l'articolo 231, dello *Zakon za mitnitsite*, è illegittima.

ricorso in materia di illeciti amministrativi⁴³, purché «l'autorità giudiziaria competente ... applichi un procedimento che presenti le caratteristiche essenziali di un procedimento penale, senza tuttavia che sia richiesto che tale autorità giudiziaria disponga di una competenza esclusivamente penale»⁴⁴; il tutto dopo aver precisato che «al fine di garantire l'effetto utile della decisione quadro, è necessario ricorrere a un'interpretazione dell'espressione «competente, in particolare, in materia penale» nella quale non è determinante la qualificazione delle infrazioni da parte degli Stati membri»⁴⁵.

Sarebbe auspicabile che nella Direttiva in maniera più coerente e sistematica si adottasse la nozione di “procedimento in materia penale” nel significato ampio e autonomo adottato nel Regolamento o, anzi, se ne desse una più precisa definizione. Fermo restando che al di là della definizione formale della tipologia di procedimento, ciò che rileva è che non solo si tratti di confische connesse alla commissione di un reato, ma che siano adottate nel rispetto delle garanzie fondamentali della materia penale; in tale direzione il Regolamento non solo adotta un concetto autonomo ed esteso di “procedimento penale” per garantire l'efficacia del diritto dell'UE, ma richiede il rispetto delle garanzie della materia penale, come previsto in particolare non solo dall'art. 1, § 2, ma anche dal considerando 18. Quest'ultimo richiede, da un lato, il rispetto dei diritti procedurali stabiliti nelle direttive 2010/64, 2012/13, 2013/48, 2016/343, 2016/800 e 2016/1919 e, dall'altro, che «le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta dovrebbero applicarsi all'azione penale contemplata dal presente regolamento, che non corrisponde ad un procedimento penale». La Direttiva, prima ancora del Regolamento, dovrebbe allora perseguire l'armonizzazione non solo dei diversi modelli di confisca per garantire l'effettività del diritto UE e della lotta contro gravi fenomeni criminali, ma dovrebbe anche perseguire l'armonizzazione delle garanzie, almeno di quelle essenziali della Carta Europea dei diritti fondamentali, cui fa riferimento il Regolamento nel considerando n. 18, così incrementando la fiducia reciproca e la cooperazione. In tale direzione sarà esaminata la disciplina dell'art. 23 della proposta di Direttiva sul diritto alla difesa e il principio di proporzionalità.

⁴³CGUE, Grande Camera, 14 novembre 2013, Baláz, C-60/12, § 39: «Come emerge, inoltre, dalle informazioni fornite dal governo austriaco nelle sue osservazioni scritte e orali, sebbene l'Unabhängiger Verwaltungssenat sia formalmente istituito come autorità amministrativa indipendente, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, del VStG, esso è tuttavia competente, fra l'altro, in veste di grado d'appello in materia di infrazioni amministrative, tra cui, in particolare, le infrazioni al codice della strada. Nell'ambito di tale mezzo di ricorso, che ha un effetto sospensivo, esso ha competenza estesa al merito e applica un procedimento di carattere penale che è assoggettato al rispetto delle necessarie garanzie procedurali in materia penale».

⁴⁴ § 36

⁴⁵ § 35

5. Il congelamento dei beni: l'autorità di emissione e le garanzie.

Il legislatore europeo specifica nel considerando n. 19 che i concetti centrali di “congelamento” e “confisca” definiti dall’art. 2 devono essere intesi quali «concetti autonomi», in modo che il *nomen iuris* utilizzato in sede europea non impedisca agli Stati membri di utilizzare gli strumenti già presenti negli ordinamenti nazionali, indipendentemente da come vengano ivi qualificati⁴⁶.

La disciplina del *congelamento*, – termine non usato nel linguaggio giuridico italiano che dovrebbe farsi rientrare nella nozione di sequestro –, al fine di garantire l’esecuzione della confisca contro i tentativi dell’interessato di disperdere, occultare o trasferire i beni al di fuori della giurisdizione, rimane sostanzialmente corrispondente a quella già prevista nella Direttiva 42/2014. Il suo contenuto corrisponde a quanto previsto nell’art. 7 (congelamento) dell’attuale direttiva, mentre le garanzie previste nell’art. 8 sono previste nell’art. 11 della Proposta, anche se la garanzia relativa al ricorso prevista nell’art. 8 è oggi contemplata nell’art. 23, comma 3 della proposta⁴⁷.

Tale disciplina si applica alle misure di congelamento/sequestro prodromiche a garantire l’applicazione delle forme di confisca *contemplate dagli articoli da 12 a 16 nella versione emendata dal Consiglio*, mentre nella versione della Commissione si applicherebbe solo alla confisca diretta («totale o parziale, di beni strumentali e proventi derivanti da un reato dopo una condanna definitiva») e di valore *ex art. 12*, nonché, come nell’attuale Direttiva all’art. 7 (2), anche alla confisca nei confronti dei terzi *ex art. 13*. L’emendamento del Consiglio sembra assolutamente necessario per garantire l’efficacia anche delle altre forme di confisca estesa e senza condanna contro i tentativi del reo di disperdere i beni.

Si consente l’adozione di simili misure anche con procedura d’urgenza prevedendo “azioni immediate” (art.11 (2): «Le misure di congelamento includono azioni immediate da intraprendere, se necessario, al fine di conservare i beni») e, quindi, quando vi sia un rischio elevato che detti beni siano dispersi, occultati o trasferiti prima della decisione dell’autorità giudiziaria; nel prologo si chiarisce che «l’articolo 11 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire che i beni illeciti possano essere sottoposti a congelamento rapidamente e, se necessario, con effetto immediato onde evitarne la dispersione». Nella versione del Consiglio si precisa nel considerando 20 a che è azione immediata «una misura temporanea urgente di congelamento, la cui forma non è definita dalla Direttiva e che, in base alla legge nazionale, può assumere la forma di un provvedimento».

⁴⁶ FROVA (2024), 99.

⁴⁷ AGUADO (2023), p. 12.

Nella versione del Parlamento⁴⁸ il congelamento dei beni è prodromico non solo alla confisca, ma anche ad assicurare il diritto alla restituzione e alla compensazione delle vittime di reato (l'art. 11(1))⁴⁹.

Una novità rispetto all'attuale Direttiva è rappresentata dalla possibilità per gli uffici per il recupero dei beni (*Asset recovery offices*) di adottare misure di congelamento urgenti temporanee ai sensi dell'art. 11 (2) («Le misure di congelamento includono azioni immediate da intraprendere, se necessario, al fine di conservare i beni»), fino all'emissione di un provvedimento formale di congelamento; si garantisce, però, per espressa previsione, che il provvedimento di congelamento debba rimanere in vigore non più di sette giorni, mentre normalmente si fa riferimento al tempo necessario (dell'art. 11 (3)). Nella versione del Consiglio si precisa che le azioni immediate sono assunte se necessarie solo per conservare i beni che gli stessi uffici hanno tracciato e identificato nell'esercizio dei loro compiti ai sensi dell'articolo 5 e si elimina il limite temporale dei sette giorni (art. 11 (3) e considerando 20 (b) che, insieme al considerando 20, sottolinea l'importanza dell'adozione di tali misure nei casi di cooperazione sovranazionale). Interessante la proposta emersa in materia nel progetto europeo Recover circa la possibilità di utilizzare il provvedimento di congelamento *ex art. 7* del Regolamento per chiedere all'autorità dello Stato richiesto di attivare le indagini per il rintracciamento dei beni da sequestrare⁵⁰.

⁴⁸ RELAZIONE sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni | A9-0199/2023 | Parlamento Europeo (europa.eu) 26.5.2023.

⁴⁹ Nello stesso senso si può leggere la modifica dell'art. 17(1). Inoltre, l'obiettivo di risarcimento e indennizzo delle vittime, tramite le modifiche apportate all'art. 18, diviene materia di prioritaria attenzione da parte degli Stati membri FROVA (2024), p. 104.

⁵⁰ RECOVER, www.recover.lex.unict.it, Database, WP3, GUIDELINES on the practical implementation of the REG: «The EU should come with an explanatory note on how to interpret and apply article 7 (1) ... and shall take the measures necessary for its execution in the same way as for a domestic freezing order... (Netherlands). It would be better to improve the interpretation of art. 7 of REG in the way that the EFO itself forms a basis to conduct investigations to all seizeable goods in every MS ("The Netherlands has interpreted article 7 of Regulation 2018/1805 (Regulation) in the way that the EFO itself forms a basis to conduct investigations to all seizeable goods in The Netherlands. Since this would also be done in case of a Dutch freezing order. Because we have experienced that this is not the practise in all Member States, we have verified with the European Commission (EC) if we interpreted article 7 of the Regulation correctly. The EC has confirmed that article 7 of the Regulation is intended to also form the basis for conducting financial investigations after receiving an EFO from another Member State") in order to avoid wasting time ("Since we have experienced that not yet all Member States apply article 7 of the Regulation in this way, in some cases we do use/need the European Investigation Order (EIO) to request investigations into the existence of valuable property in the other Member State. The problem with this is that the execution of an EIO can still take quite a long time and valuable time is lost when waiting for the response. Especially with bank accounts and crypto currency it is important to receive information without any delays in order to be able to freeze the assets as soon as possible"). Also in consideration of this issue: "Problem is that, other than the ARO request, there is no effective way to perform cross-border financial investigations once the confiscation order has become irrevocable. In many Member States financial investigations are not possible after final conviction. Via an ARO request hidden assets are not found. And in most cases the assets will be hidden after final conviction, therefore, an effective instrument to also trace hidden assets in the execution phase of a confiscation order is lacking. The EFO under the regulation might be able to form part of the answer to

Per il resto si consente l'adozione di azioni immediate e del congelamento a un'autorità competente (art. 11, n. 5 «Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti di congelamento ai sensi dei paragrafi 1, 2, 3 e 4 siano emessi da un'autorità competente...»), e quindi non necessariamente giudiziaria; anche nel considerando 20(b), nella versione del Consiglio, si precisa che questa direttiva «lascia agli Stati membri la facoltà di determinare quali autorità competenti dovrebbero essere abilitate a intraprendere azioni immediate». Si conferma la scelta della Direttiva 42 di non pretendere che il congelamento sia di esclusiva competenza di un'autorità giudiziaria (art. 7 (2) «Tali misure, disposte da un'autorità competente» e art. 8 (4) «il provvedimento iniziale di congelamento emesso da un'autorità competente diversa da un'autorità giudiziaria»), tenendo conto di esigenze di efficienza e della prassi di taluni paesi che consentono il congelamento – sequestro anticipato – da parte di autorità di polizia salva successiva conferma dell'autorità giudiziaria. Il codice antimafia continua a prevedere dei provvedimenti di urgenza, come il sequestro anticipato e il sequestro d'urgenza (Art. 22), che possono essere richiesti dalle autorità competenti a richiedere le misure di prevenzione, ma che comunque sono disposti dal presidente del Tribunale salva la convalida del Tribunale.

La nuova proposta conferma l'approccio efficientista della Direttiva che consente l'adozione del provvedimento di congelamento da parte di un'autorità non giudiziaria (art. 11), pur prevedendo in termini garantistici all'art. 23, n. 2 che si debba garantire agli interessati il ricorso dinanzi a un'autorità giudiziaria («Gli Stati membri provvedono affinché le persone i cui beni sono oggetto di un provvedimento di congelamento ai sensi dell'articolo 11 abbiano l'effettiva possibilità di contestare tale provvedimento in sede giurisdizionale in conformità delle procedure del diritto nazionale»); per poi precisare sempre all'art. 23, n. 2 (come oggi all'art. 8, n. 4) che «Qualora il provvedimento di congelamento sia emesso da un'autorità competente diversa da un'autorità giudiziaria, il diritto nazionale prevede che esso sia sottoposto alla convalida o al riesame da parte di un'autorità giudiziaria prima di poter essere impugnato dinanzi a un organo giudiziario». Sembrerebbe che la convalida non sia tout court necessaria, ma che sia funzionale alla possibilità di impugnazione, e cioè che il sequestro non possa essere impugnato se non sia sottoposto all'autorità giudiziaria, con la conseguenza che se l'autorità che lo ha emanato (“competente”) non chieda la convalida dell'autorità giudiziaria, l'interessato non possa impugnarlo. L'unica spiegazione in termini garantistici potrebbe essere che se il congelamento non viene convalidato da un'autorità giudiziaria decade – e, infatti, lo stesso articolo 11 prevede che «La validità di tali misure di congelamento urgenti temporanee non supera i sette giorni» – e viene meno quindi l'interesse all'impugnazione; invece di prevedere più semplicemente che il provvedimento di congelamento, anche se può essere emanato in urgenza dall'autorità competente, debba essere convalidato dall'autorità giudiziaria a pena di decadenza, si utilizza questa formula ambigua.

this problem, if all Member States make the use of the EFO possible in the execution phase and make effective use of the possibility of article 7 of the Regulation».

Assolutamente apprezzabile è l'imposizione della convalida o del riesame («il diritto nazionale *prevede* che esso sia sottoposto alla convalida o al riesame») in maniera impositiva; non si ammette che l'intervento dell'autorità giudiziaria sia solo una possibilità ai fini dell'impugnazione, come, invece, indicato nell'art. 8, n. 4 dell'attuale direttiva («Tali procedure possono prevedere che il provvedimento iniziale di congelamento emesso da un'autorità competente diversa da un'autorità giudiziaria sia sottoposto alla convalida o al riesame») e come, purtroppo, disciplinato nel testo emendato dal Consiglio che ritorna a prevedere il carattere facoltativo della convalida («il diritto nazionale può prevedere che esso sia sottoposto alla convalida o al riesame da parte di un'autorità giudiziaria prima di poter essere impugnato dinanzi a un organo giudiziario»).

In materia si deve ricordare che anche il Regolamento 1805/2018 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca consente che il provvedimento di sequestro (congelamento) possa essere emesso da «un organo giurisdizionale, un tribunale o un pubblico ministero competente nel caso interessato» (artt. 2, 8 (a) (i)) e anche da un'autorità non giudiziaria, – come previsto dalla Direttiva 2014/42/UE (art. 7, n. 2 e art. 8 (4)) – in particolare da «un'altra autorità competente designata come tale dallo Stato di emissione e che ha competenza in ambito penale a disporre il congelamento dei beni o a eseguire un provvedimento di congelamento in conformità del diritto nazionale» (art. 2, 8 (a) (ii) e considerando 22 del regolamento). In ogni caso, però, in maniera chiara il Regolamento stabilisce che «prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, il provvedimento di congelamento è convalidato da un organo giurisdizionale, un tribunale o un pubblico ministero nello Stato di emissione previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un tale provvedimento ai sensi del presente regolamento»⁵¹.

5.1. Il pubblico ministero come autorità competente e autorità giudiziaria?

Il Regolamento consente che il provvedimento di sequestro sia emesso o convalidato da un pubblico ministero; non richiede, come sarebbe stato auspicabile in termini di garanzie, che ogni sequestro disposto dal pubblico ministero sia convalidato da un giudice e che il Pm non possa convalidare i provvedimenti emessi da un'autorità competente non giudiziaria. Il Regolamento diversamente dalla proposta di direttiva che richiede la convalida o il riesame di un'autorità giudiziaria, si accontenta espressamente della convalida di un pubblico ministero; si pone, allora, il problema di stabilire se un pubblico ministero possa rientrare nella nozione di autorità giudiziaria ai fini della nuova proposta di direttiva, considerando che oggetto del mutuo riconoscimento in base al Regolamento in questione sono proprio i provvedimenti di

⁵¹ Considerando 22: «In tali casi, l'ordine di congelamento dovrebbe essere convalidato da un organo giurisdizionale, un tribunale o un pubblico ministero prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione».

sequestro, la cui disciplina vuole armonizzare nei paesi membri la proposta di direttiva in esame.

L'inclusione del pubblico ministero tra le autorità che possono emanare o convalidare un provvedimento di congelamento dei beni potrebbe essere considerata in contrasto con il principio della separazione dei poteri e con la necessità di giurisdizionalizzare la cooperazione per incrementare la fiducia reciproca tra le autorità degli Stati membri⁵².

5.1.1. La giurisprudenza della CGUE sulla nozione di autorità giudiziaria in relazione all'EWA e all'EIO.

A tal proposito è interessante sottolineare che in alcuni casi recenti la CGUE ha elaborato concetti autonomi di autorità giudiziaria «nel tentativo di favorire e fissare parametri chiari per la giurisdizionalizzazione del processo del MAE» (decisione quadro 2002/584), considerando anche che «*the development of autonomous concepts of EU law can thus be seen as a response to concerns that leaving the interpretation of key EU law terms to Member States would undermine the effectiveness of EU law*»⁵³.

In particolare, la Corte di giustizia ha affrontato la questione se la Procura nazionale possa rientrare nella nozione autonoma di autorità giudiziaria ai fini del mutuo riconoscimento e, in particolare, dell'emissione di un MAE. La Corte ha ammesso che la Procura nazionale possa rientrare nella «nozione autonoma di autorità giudiziaria» ai fini dell'emissione di un MAE se vengono rispettati cumulativamente due parametri: l'indipendenza del pubblico ministero e la disponibilità di un ricorso effettivo contro la decisione di emettere un MAE, compresa la proporzionalità di tale decisione. L'indipendenza richiede l'esistenza di norme di legge e di un quadro istituzionale in grado di garantire che l'autorità giudiziaria emittente non sia «esposta al rischio che il suo potere decisionale sia soggetto a direttive o istruzioni esterne, in particolare da parte dell'esecutivo, in modo tale che sia fuori dubbio che la decisione di emettere un mandato d'arresto europeo spetti a tale autorità e non, in ultima analisi, all'esecutivo». La CGUE ha sottolineato che l'esistenza del secondo parametro del concetto di autorità giudiziaria nel diritto interno, ossia l'esistenza di rimedi effettivi, non rimedia al fatto che il primo parametro, ossia l'indipendenza, non sia garantito⁵⁴. «L'enfasi posta dalla Corte di giustizia europea sull'indipendenza nella prassi e in concreto – e non sulla presunta indipendenza – è un'apprezzabile salvaguardia dei diritti fondamentali, in linea con

⁵² MITSILEGAS (2020), p. 64.

⁵³ MITSILEGAS (2020), 45.

⁵⁴ La Corte di giustizia (Grand Chamber) ha stabilito nelle cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, OG e PI (27.5.2019), § 72, che la procura tedesca non può essere inclusa nella nozione autonoma di autorità giudiziaria al fine di emettere un MAE. Al contrario, la procura lituana – causa C-509/18, PF, § 54 ss. – è inclusa perché, innanzitutto, in questo caso è soddisfatto il requisito dell'indipendenza (la responsabilità di emettere MAE spetta in ultima analisi a tale autorità, la sua indipendenza è sancita dalla Costituzione e il pubblico ministero può agire liberamente rispetto a qualsiasi influenza esterna); inoltre, dovrebbe essere garantita l'effettiva tutela giurisdizionale (§ 56).

l'enfasi posta dalla Corte sulla protezione dei diritti fondamentali in concreto nell'era post-Aranyosi»⁵⁵.

Secondo la dottrina questi parametri dovrebbero essere applicati anche agli altri strumenti di riconoscimento reciproco perché va respinta l'idea, giustificata dall'"eccezionalità" del MAE (dovuto alla privazione della libertà), che «la definizione di autorità giudiziaria ai fini dell'emissione di una decisione di riconoscimento reciproco possa differire da quella offerta dalla CGUE in relazione ad altri strumenti di riconoscimento reciproco, a seconda del loro contesto e del loro impatto»⁵⁶. La CGUE sembra respingere quest'approccio nel controllare il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del MAE dopo Aranyosi, prendendo in considerazione una serie di diritti fondamentali al di là dell'articolo 4 della Carta – in primo luogo il diritto a un equo processo –, e «deve essere respinto nei confronti degli altri strumenti di riconoscimento reciproco, sui quali il controllo dei diritti fondamentali deve essere altrettanto elevato»⁵⁷. La CGUE, infatti, pretende un elevato livello di indipendenza in quanto l'autorità emittente è responsabile di esprimere un giudizio sulla proporzionalità dell'emissione di un MAE; questa richiesta è pienamente e direttamente applicabile nel panorama post-Lisbona e, in particolare, in relazione alla direttiva sull'ordine di indagine europeo (OIE, 2014/41/UE), che include espressamente l'obbligo per l'autorità emittente di effettuare un controllo di proporzionalità⁵⁸. Lo stesso controllo è previsto dall'art. 1, § 3 del Regolamento 1805/2018: «le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità», «nell'emettere un provvedimento di congelamento o un provvedimento di confisca».

Nonostante queste considerazioni, la Grande Camera della CGUE ha adottato un approccio diverso «in conformità di una costante giurisprudenza della Corte»: «per interpretare una disposizione del diritto dell'Unione, occorre tener conto non soltanto dei termini della disposizione stessa, ma anche del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»⁵⁹. In base a questo approccio, la CGUE ha affermato che «l'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2014/41 devono essere interpretati nel senso che rientra nelle nozioni di "autorità giudiziaria" e di "autorità di emissione", ai sensi delle disposizioni sopra citate, il pubblico ministero di uno Stato membro o, più in generale, la procura di uno Stato membro, indipendentemente dal rapporto di subordinazione legale che potrebbe esistere tra tale pubblico ministero o tale procura e il potere esecutivo di tale Stato membro, e dall'esposizione di detto pubblico ministero o di detta procura al rischio di essere soggetti, direttamente o indirettamente, ad ordini o istruzioni individuali da parte del predetto potere, nell'ambito dell'adozione di un ordine europeo di indagine»⁶⁰. Il primo

⁵⁵ CGUE, 5 aprile 2016, Pál Aranyosi -Robert Căldăraru, cause riunite C-404/15 and C-659/15 PPU.

⁵⁶ MITSILEGAS (2020), p. 69.

⁵⁷ MITSILEGAS (2020), p. 69

⁵⁸ MITSILEGAS (2020), pp. 69 – 70; Opinion of A.G. Bot in Case C-324/17, *Gavanozov*, § 56–57.

⁵⁹ CGUE, 3 marzo 2020, X (European arrest warrant – Double criminality), C-717/18, § 21; CGUE, 19 dicembre 2013, Koushkaki, C-84/12, EU:C:2013:862, § 34; CGUE, 16 novembre 2016, Hemming e a., C-316/15, EU:C:2016:879, § 27; 25 gennaio 2017, Vilkas, C-640/15, EU:C:2017:39, § 30.

⁶⁰ ECJ (Grand Chamber), 8 Dicembre 2020, C-584/19, A and Others, § 75.

argomento a sostegno di questa decisione è che «mentre la decisione quadro 2002/584, in particolare il suo articolo 6, paragrafo 1, utilizza la nozione di “autorità giudiziaria emittente” senza precisare le autorità coperte da tale nozione, l’articolo 2, lettera c), punto i), della direttiva 2014/41 prevede espressamente che il pubblico ministero figuri tra le autorità che, al pari del giudice, dell’organo giurisdizionale o del magistrato inquirente, vengono intese come “autorità di emissione”»; non solo, ma «dai termini dell’articolo 2, lettera c), punto ii), della direttiva in esame si evince altresì che il pubblico ministero figura tra le “autorità giudiziarie” abilitate a convalidare un ordine europeo di indagine ... qualora tale ordine sia stato emesso da un’autorità di emissione diversa da una di quelle indicate al punto i) della disposizione in parola» e «né il punto i), né il punto ii) di tale articolo 2, lettera c), subordinano la qualificazione come “autorità di emissione” o “autorità giudiziaria” del pubblico ministero, ai fini della direttiva 2014/41, alla mancanza di un rapporto di subordinazione legale di quest’ultimo nei confronti del potere esecutivo dello Stato membro cui appartiene»⁶¹. Sotto un secondo profilo, la Direttiva 2014/41, si occupa di misure provvisorie solo in vista della raccolta di prove e, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 3, di tale direttiva, l’emissione di un ordine di indagine europeo può essere richiesta da un indagato o da un imputato, o da un avvocato per suo conto, in quanto tale misura può essere disposta a beneficio della persona interessata. La CGUE, inoltre, ha sottolineato che «l’ordine europeo di indagine disciplinato dalla direttiva 2014/41 persegue, nell’ambito di un procedimento penale, un obiettivo distinto dal mandato d’arresto europeo disciplinato dalla decisione quadro 2002/584. Infatti, mentre il mandato d’arresto europeo mira, conformemente all’articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, all’arresto e alla consegna di una persona ricercata ai fini dell’esercizio di un’azione penale o dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, l’ordine europeo di indagine mira, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2014/41, a far eseguire uno o più atti di indagine specifici allo scopo di acquisire prove»⁶². La Corte ammette che «tali atti possono essere intrusivi, in quanto ledono, segnatamente, il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà della persona interessata»; tuttavia, «l’ordine europeo di indagine, a differenza di un mandato d’arresto europeo, non è atto a ledere il diritto alla libertà della persona interessata, sancito all’articolo 6 della Carta»⁶³. In conclusione, la CGUE ritiene che «tenuto conto delle differenze di ordine testuale, contestuale e teleologico, rilevate nelle considerazioni che precedono, tra la decisione quadro 2002/584 e la direttiva 2014/41», l’interpretazione dell’articolo 6, § 1, della decisione quadro 2002/584 adottata dalla Corte nei casi esaminati, OG e PI e PF⁶⁴, «secondo cui la nozione di “autorità giudiziaria emittente”, ai sensi della suddetta disposizione, non comprende le procure di uno Stato membro

⁶¹ §§ 50 ss.

⁶² § 72.

⁶³ § 73, salvo il caso specifico del trasferimento temporaneo di persone già detenute ai fini dell’esecuzione di un atto investigativo, che forma oggetto di garanzie specifiche agli articoli 22 e 23 della direttiva 2014/41.

⁶⁴ Nelle sentenze del 27 maggio 2019, OG e PI (Procure di Lubeca e di Zwickau), C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, e del 27 maggio 2019, PF (Procuratore generale di Lituania), C-509/18, EU:C:2019:457.

esposte al rischio di essere soggette ad ordini o istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, non è applicabile al contesto della direttiva 2014/41»⁶⁵.

In un caso recente l'Avvocato Generale Čapeta ha specificato, però, che «un OEI deve essere emesso da un *giudice* qualora ciò sia richiesto dal diritto dello Stato membro di emissione in riferimento allo stesso atto in un contesto interno. In tal caso, il giudice è l'autorità di emissione *competente*, nonostante il pubblico ministero sia menzionato all'articolo 2, lettera c), punto i), della direttiva in parola. In sintesi, un pubblico ministero può essere, in linea di principio, un'autorità di emissione, ma il diritto nazionale applicabile in un caso interno analogo determina l'autorità di emissione competente in un caso concreto»⁶⁶.

Inoltre, in un recente caso la CGUE ha incluso nel concetto di "autorità di emissione" ai sensi dell'articolo 2(c)(ii) della Direttiva 2014/41, previo esame della sua conformità alle condizioni stabilite nella stessa disposizione, *l'amministrazione tributaria* di uno Stato membro che, pur appartenendo al potere esecutivo di quest'ultimo, conduce, in conformità al diritto nazionale, indagini penali tributarie in modo autonomo, in luogo della Procura e assumendo i diritti e gli obblighi conferiti a quest'ultima⁶⁷. Tuttavia, in questo caso, «prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, l'OEI è convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un OEI ai sensi della presente direttiva, in particolare le condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione» (Art. 2 (c)(ii)).

La CGUE ha comunque sottolineato che la direttiva prevede disposizioni specifiche volte a garantire che l'emissione o la convalida di un ordine di indagine europeo da parte di un pubblico ministero sia accompagnata da garanzie proprie dell'adozione di decisioni giudiziarie, in particolare dal rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali dell'interessato, quali sanciti dalla Carta, e che l'ordine debba poter essere oggetto di ricorsi giurisdizionali effettivi, almeno equivalenti a quelli disponibili in un corrispondente caso nazionale⁶⁸. «Sotto un secondo profilo, sebbene l'ordine europeo di indagine sia certamente uno strumento fondato sui principi di fiducia e riconoscimento reciproci, la cui esecuzione costituisce il principio e il cui rifiuto di esecuzione è concepito come un'eccezione che deve essere interpretata restrittivamente⁶⁹, le disposizioni della direttiva 2014/41 consentono tuttavia all'autorità di esecuzione e, più ampiamente, allo Stato di esecuzione di garantire il rispetto del principio di proporzionalità nonché dei diritti procedurali e fondamentali della persona interessata. Anzitutto, dall'articolo 2, lettera d), della direttiva 2014/41 si evince che il procedimento di esecuzione di un ordine europeo di indagine può comportare

⁶⁵ CGUE, 2 marzo 2023, 1 Staatsanwaltschaft Graz (Ufficio delle imposte di Düsseldorf per le questioni tributarie penali), C-16/22; Avvocato Čapeta, 26 ottobre 2023, C 670/22, Staatsanwaltschaft Berlin V M.N., §§ 60 – 61.

⁶⁶ Avvocato Čapeta, cit., §§ 60 – 61.

⁶⁷ CGUE, C-16/22, 1 Staatsanwaltschaft Graz, cit., § 24 ss.

⁶⁸ CGUE (Grande Camera), 8 dicembre 2020, C-584/19, A and Others, § 56 ss.

⁶⁹ Cfr., per analogia, sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI (Procure di Lubeca e di Zwickau), C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, punto 45 e giurisprudenza ivi citata.

l'autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione ove previsto dal diritto nazionale di quest'ultimo»⁷⁰.

Queste argomentazioni della CGUE possono essere estese al Regolamento 1805/2018 che prevede espressamente che il pubblico ministero sia incluso tra le autorità che, come un giudice o un tribunale, sono intese come "autorità di emissione" (art. 2, 8 (a) (i)) o che hanno il potere di convalidare un provvedimento di sequestro prima che sia trasmesso all'autorità di esecuzione, qualora tale provvedimento sia stato emesso da "un'altra autorità competente" (art. 2, 8 (a) (ii)); l'obiettivo è diverso dal mandato d'arresto europeo (assicurare l'attuazione della confisca); il provvedimento di sequestro non riguarda il diritto alla libertà, ma il diritto alla proprietà e alla libertà d'iniziativa economica della persona interessata, ed è una misura temporanea. Non solo, ma il Regolamento incorpora le condizioni per l'emissione e la trasmissione di un provvedimento di sequestro previste dall'art. 6 della Direttiva 2014/41/UE – che non si applica al sequestro a fini di confisca, ma solo a fini probatori –, in modo che le stesse condizioni si applichino sia al congelamento a fini probatori che al congelamento a fini di confisca.

Anche il Regolamento, come la Direttiva 2014/41, consente che l'autorità di emissione di un provvedimento di sequestro possa essere «un'altra autorità competente designata come tale dallo Stato di emissione e che ha competenza in ambito penale a disporre il congelamento dei beni o a eseguire un provvedimento di congelamento in conformità del diritto nazionale»; ma anche in questo caso il Regolamento richiede che «prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, il provvedimento di congelamento è convalidato da un organo giurisdizionale, un tribunale o un pubblico ministero nello Stato di emissione».

Ciononostante, anche il Regolamento prevede disposizioni specifiche volte a garantire che l'emissione o la convalida di un provvedimento di blocco o sequestro da parte di un pubblico ministero sia accompagnata da garanzie proprie dell'adozione di decisioni giudiziarie, in particolare il principio di proporzionalità (art. 1, n. 3 REG) e i diritti fondamentali della persona interessata. In questa direzione, uno dei motivi di rifiuto anche per il provvedimento di congelamento è che «f) in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di congelamento comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa» (art. 8, 1 f).

Anche in questo caso, infine, sebbene il regolamento sia uno strumento basato sui principi della fiducia reciproca e del riconoscimento reciproco, la cui esecuzione costituisce la regola e il rifiuto di esecuzione è inteso come un'eccezione che deve essere interpretata in modo restrittivo, tuttavia le disposizioni del Regolamento consentono all'autorità di esecuzione di garantire il rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti procedurali e fondamentali dell'interessato, e in particolare dall'articolo 2,

⁷⁰ § 65.

paragrafo 9, si evince che la procedura di esecuzione di un provvedimento di congelamento e di confisca può richiedere l'autorizzazione di un tribunale nello Stato di esecuzione, qualora ciò sia previsto dal diritto nazionale⁷¹. Il rispetto dei diritti fondamentali in relazione ai provvedimenti di congelamento è sottolineato dall'art. 1 § 3 del Regolamento che, come evidenziato in precedenza, richiede che «le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità nell'emettere un provvedimento di congelamento o un provvedimento di confisca».

A questo punto, traendo le file del discorso, stabilito che anche la proposta di direttiva parla di "autorità emittente" senza pretendere che sia un'autorità giudiziaria, e anzi include espressamente come autorità emittente un *Asset recovery office*, salva la necessità di convalida da parte di un'autorità giudiziaria, come preteso dall'art. 23 (2) della proposta di direttiva ai fini dell'impugnazione giurisdizionale, e considerando che l'oggetto della Direttiva è lo stesso del Regolamento n. 1805/2018 e cioè provvedimenti che limitano il diritto di proprietà piuttosto che la libertà personale, e dovendo il Regolamento dare attuazione ai provvedimenti di sequestro emanati, innanzitutto, in base alla Direttiva 42/2014, si potrebbe ritenere che la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autorità competente in relazione all'EIO – che, come esaminato, si adegua perfettamente alla più dettagliata disciplina del Regolamento n. 1805 sulla nozione di autorità emittente in relazione al provvedimento di congelamento – possa contribuire a fornire indicazioni utili ai paesi membri su quali debbano essere le autorità emittenti di un sequestro conforme alla nuova direttiva, che possa essere oggetto di mutuo riconoscimento – fine ultimo della cooperazione transfrontaliera –, che si fonda, come accennato, sull'armonizzazione e sulla fiducia reciproca. Ne conseguirebbe che si potrebbe ammettere che anche un pubblico ministero, anche laddove non indipendente, o un'autorità amministrativa, come l'autorità tributaria inclusa dal CGUE in relazione all'EIO, possa emettere un provvedimento di congelamento e che anche un pubblico ministero non indipendente possa rientrare nel concetto di autorità giudiziaria ai fini della convalida ex art. 23 (2) della proposta di Direttiva.

Tuttavia, non sorgono dubbi in relazione alla prima opzione e, cioè, alla possibilità di includere nella nozione di autorità emittente anche il Pm non indipendente, considerando che la proposta include espressamente anche un *Asset recovery office*, qualche dubbio sorge sulla seconda opzione e cioè sull'inclusione del Pm non indipendente nella nozione di autorità giudiziaria competente alla convalida o al riesame. In questo caso diversamente da quanto previsto nella Direttiva EIO e nel Regolamento n. 1805/2018 tale organo non è espressamente citato come autorità emittente e competente alla convalida, perché la proposta di direttiva parla solo di autorità giudiziaria; ed è vero che nel caso di specie l'obiettivo è un provvedimento temporaneo che incide sul diritto di proprietà e non sulla libertà, ma non dobbiamo dimenticare gli effetti collaterali connessi a un congelamento/sequestro dei beni in relazione alla libertà di iniziativa economica e in termini di stigmatizzazione sociale –

⁷¹ «Qualora tali procedure prevedano che un organo giurisdizionale registri il provvedimento e ne autorizzi l'esecuzione, l'autorità di esecuzione comprende l'autorità competente a chiedere tale registrazione e autorizzazione».

per lo meno in termini di affidabilità economica –, considerando che i beni sono sequestrati perché di indiziata origine illecita o strumentali al reato. Il concetto di autorità giudiziaria dovrebbe, perlomeno, essere limitato a quello di pubblico ministero indipendente in linea con l'interpretazione della CGUE in relazione all'EAW. Anche perché altrimenti la convalida o il riesame perderebbe la sua qualità di controllo garantistico nel rispetto del principio della separazione dei poteri e della necessità di incrementare la fiducia reciproca fondata sul rispetto dei principi e diritti fondamentali di uno Stato di diritto. Certo sorgerebbe un'incongruenza interpretativa rispetto al Regolamento, sicuramente non auspicabile in termini di efficienza, ma giustificabile in considerazione del diverso scopo perseguito, armonizzazione per la direttiva e mutuo riconoscimento per il Regolamento, mutuo riconoscimento che implica una maggiore tolleranza delle scelte nazionali. Fermo restando che, come rilevato dall'Avvocato Canepa, l'autorità competente di emissione sarà «un giudice qualora ciò sia richiesto dal diritto dello Stato membro di emissione in riferimento allo stesso atto in un contesto interno»⁷².

5.2. Ulteriore disciplina e garanzie.

L'art. 11 precisa che il congelamento o le azioni immediate siano motivate; in maniera più dettagliata nella versione del Consiglio si precisa che «le relative ragioni siano indicate nella pertinente decisione o siano registrate nel fascicolo, se la misura di congelamento non è ordinata per iscritto» (11, n. 5). Nella versione del Consiglio si prevede espressamente anche la possibilità che la misura immediata o il congelamento siano adottati oralmente, salvo l'obbligo di trascrivere la motivazione agli atti successivamente; in realtà questa possibilità – volta a garantire l'assoluta tempestività ed efficienza di simili misure – dovrebbe essere prevista solo per le misure immediate perché solo rispetto ad esse, come evidenziato in dottrina, nel considerando 20 a della proposta si precisa che la forma non è definita «la cui forma non è definita nella presente direttiva»⁷³.

Anche il congelamento/sequestro rientra tra i provvedimenti che ai sensi dell'art. 22 (oggi art. 8 della Direttiva) devono essere «comunicati senza indebito ritardo all'interessato esponendo i motivi della misura»; si ammette solo che gli Stati membri possono prevedere il diritto per le autorità competenti di rinviare la comunicazione all'interessato dei provvedimenti di congelamento per tutto il tempo necessario a evitare di mettere a repentaglio un'indagine penale.

Tale obbligo di motivazione dovrebbe attenersi anche al *periculum in mora*. A tal proposito si deve ricordare che dall'art. 1 § 3 del Regolamento 1805/2018 che, come esaminato, richiede che «le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità nell'emettere un provvedimento di congelamento o un

⁷² Avvocato Capeta, cit., §§ 60 – 61.

⁷³ AGUADO (2023), 15.

provvedimento di confisca», insieme al richiamo al principio di proporzione dei consideranda n. 17 e n. 18 della Direttiva 42/2014, ad avviso della Suprema Corte italiana⁷⁴, deriverebbe l'obbligo del giudice di motivare il sequestro a fini di confisca anche in relazione al *periculum in mora*, al fine di evitare una compressione esasperata del diritto di proprietà e della libera iniziativa economica privata. A questo proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ribadiscono la centralità del principio di proporzionalità (e residualità) delle misure cautelari (anche) reali, costantemente richiamato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella valutazione delle interferenze rispetto al diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 Prot. 1, CEDU⁷⁵, e costituisce anche uno dei principi generali del diritto dell'Unione (art. 52, § 1, CFDEU)⁷⁶. Solo una soluzione ermeneutica che leghi il sequestro preventivo funzionale alla confisca a una motivazione anche sul *periculum in mora* sarebbe coerente con i criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura cautelare reale, evitando un'indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, quali il diritto di proprietà o la libertà di iniziativa economica, e la trasformazione della misura cautelare in uno strumento, in parte o in tutto, inutilmente vessatorio⁷⁷.

In senso più ampio, del resto, la Corte EDU ha recentemente ribadito l'esigenza di garantire il rispetto del principio di proporzione rispetto al sequestro funzionale alla confisca, condannando la Romania per un sequestro di ammontare sproporzionato e anche la Suprema Corte pretende, proprio per rispettare il principio di proporzionalità, che il giudice debba operare una precisa stima del valore dei beni sequestrati, al fine di verificare il rispetto della proporzionalità tra l'entità del profitto del reato e il compendio assoggettato a vincolo cautelare; la sottoposizione a sequestro finalizzato alla confisca per equivalente di un bene di valore di gran lunga superiore rispetto al profitto confiscabile stimato, anche se con vincolo "formalmente" limitato sino alla concorrenza di tale profitto, rappresenta una violazione del principio di proporzionalità⁷⁸.

È interessante notare che il Regolamento prevede anche che «Se l'autorità di emissione ha emesso un provvedimento di confisca, ma non un provvedimento di congelamento, l'autorità di esecuzione può, come parte delle misure di cui al paragrafo 1, decidere di congelare i beni interessati di propria iniziativa, conformemente al proprio diritto nazionale, in vista della successiva esecuzione del provvedimento di confisca» (art. 18, n. 5). Questa disposizione si inserisce bene nel dibattito italiano sulla possibilità

⁷⁴ Cass., 26 giugno (11 ottobre) 2021, n. 36959, Ellade; nella medesima direzione sulla necessità della prova del *periculum in mora* per la confisca allargata, Cass., sez. V, 29 settembre 2022, n. 44221.

⁷⁵ Corte EDU, Grande Camera, 5 gennaio 2000, *Beyeler v. Italy*; Corte EDU, Grande Camera, 10 luglio 2013, *Alisic v. Bosnia Herzegovina*.

⁷⁶ CGUE, 3 dicembre 2019, C-482/17, secondo cui il principio di proporzionalità «esige che gli strumenti istituiti da una disposizione del diritto dell'Unione devono essere idonei a conseguire gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano quanto necessario per conseguirli».

⁷⁷ P. 14.

⁷⁸ Cass., 21 luglio 2015, n. 36464, *Armeli*; Cass., 14 ottobre 2015, n. 9146, *Fundarò*; n. 266453; Cass., 27 gennaio 2015, n. 12515, *Picheca*; Cass., 9 gennaio 2014, *Anemone*, n. 15807; Cass., 22 ottobre 2021 (dep. 2022), n. 1740, *Parisi*; sul tema ampiamente D'ARCANGELO (2024), p. 3246 ss.

di emettere un ordine di confisca in assenza di un ordine di sequestro preventivo⁷⁹ e prevede essenzialmente che se lo Stato di esecuzione considera il sequestro preventivo una *condicio sine qua non* per la confisca, il provvedimento di sequestro può essere emanato e applicato anche in assenza di una richiesta da parte dello Stato di emissione. In tale direzione nel considerando n. 20 della proposta di direttiva si prevede che «la custodia di un bene», da realizzare mediante congelamento, può essere un prerequisito per la confisca nell’ottica di garantire l’efficace esecuzione della confisca.

La proposta di Direttiva prevede che tale provvedimento di congelamento (art. 11, n. 6) «resta in vigore solo per il tempo necessario a conservare i beni in vista di un’eventuale successiva confisca» – in termini corrispondenti a quanto previsto nella direttiva 42/2014 –, richiamando l’esigenza di rispettare sempre il principio di proporzione e stretta necessità. Nella medesima direzione si precisa inoltre che «I beni sottoposti a congelamento che non sono successivamente confiscati sono restituiti *senza indugio* al loro proprietario»: che debbano essere restituiti, se non confiscati, è abbastanza ovvio, ma si precisa “senza indugio” per richiamare all’esigenza di limitare al minimo indispensabile il sacrificio del diritto di proprietà; nella versione del Consiglio si usa l’espressione meno perentoria, “senza indebito ritardo” (*without undue delay*), sembrando ammettere dei “debiti” ritardi. In relazione alla durata per il tempo necessario si deve ricordare, come sopra accennato, che recentemente la Corte EDU ha condannato la Romania proprio per l’eccessiva durata dal sequestro in violazione del principio di proporzionalità, affermando che «*it constitutes a disproportionate interference with the right to property, within the meaning of Article 1, Prot. No. 1 ECHR, for a criminal seizure to continue for more than a decade, as it entails an excessive burden on the applicant*»⁸⁰. E anche la Corte di Giustizia ha sancito la necessità, in conformità del principio di proporzione, di garantire tempi contenuti per il congelamento («l’articolo 8 della direttiva 2014/42 deve essere letto alla luce del considerando 31 di quest’ultima, ai sensi del quale, tenuto conto della limitazione al diritto di proprietà che i provvedimenti di congelamento comportano, tali misure provvisorie non dovrebbero essere mantenute più di quanto sia necessario a conservare la disponibilità del bene in vista di un’eventuale conseguente confisca e ne può discendere l’obbligo per l’autorità giudiziaria interessata di verificare che lo scopo della decisione di congelamento sia sempre attuale»)⁸¹.

Un’altra importante novità è data dal riferimento al “congelamento” nei confronti di imprese (art. 11, n 7), in cui se da una parte si vuole garantire l’esclusione dall’accesso ai beni «da parte delle persone che li posseggono o li controllano», dall’altra, correttamente si prende atto della necessità di garantire «la continuazione delle attività». Nella versione emendata del Consiglio tale espressa previsione nell’art. 11 è eliminata e il suo contenuto è trasposto nel considerando 22 (a) («Nel caso in cui i beni da congelare

⁷⁹ Cass., 29 ottobre 2015, n. 43794; 8 luglio 2019, n. 29533; Cass., 15 Aprile 2014, *Volpe e altri*, n. 17066; Cass., 5 marzo 2015, n. 9738, *Giallombardo*; Cass., 11 giugno 2015, n. 24785, *Monti e altri*.

⁸⁰ Corte EDU, ec. IV, 5 April 2022, Pres. Y. Grozev - CĂlin v. Romania, n. 54491/14; Corte EDU, 21 gennaio 2021, *Kosurnyikov ed altri c. Ungheria*, no. 59017/14.

⁸¹ CGUE, RR, JG, C-505/20, cit., § 37.

consistano di entità che dovrebbero essere conservate in attività, ad esempio imprese, il provvedimento di congelamento può comprendere misure volte a limitare temporaneamente l'esercizio dei diritti relativi a tali beni da parte delle persone che li posseggono o li controllano, consentendo al tempo stesso la continuazione delle attività»). Quando sono coinvolti nel sequestro o nella confisca i beni di un ente, e, in particolare, di un'impresa produttiva, emergono in maniera ancora più eclatante i problemi legati alla conservazione del valore dei beni e gli specifici problemi legati alla difficoltà di garantire la continuità dell'attività aziendale e, quindi, i posti di lavoro anche durante il sequestro; la normativa italiana è molto evoluta in tale direzione, prevedendo anche, in luogo della confisca, delle misure di prevenzione volte a bonificare l'ente dall'influenza criminale in maniera mirata e proporzionata, nonché meno invasiva rispetto al sequestro e confisca dei beni (basti pensare all'amministrazione giudiziaria o al controllo giudiziario, *ex artt. 34 e 34-bis d.lgs. 159/2011*). Si dovrebbe riflettere sull'opportunità di sollecitare l'adozione di simili misure di prevenzione a livello europeo.

6. La confisca diretta e la nozione di provento del reato.

L'articolo 12 impone agli Stati membri di consentire la confisca di beni strumentali e proventi di reato a seguito di una condanna definitiva e di permettere la confisca di beni di valore equivalente ai beni strumentali e ai proventi di reato ("confisca ordinaria e per equivalente", come previsto dalle vigenti norme dell'UE)⁸². In entrambi i casi si specifica che queste forme di confisca possono essere pronunciate dopo la condanna *definitiva* che può anche essere pronunciata in contumacia. Tale disciplina non è stata in alcun modo modificata rispetto a quanto previsto nella Direttiva n. 42/2014.

Il Parlamento e il Consiglio sono concordi nell'inserire un emendamento al paragrafo 2 ove venga specificato che la confisca *in absentia* possa essere alternativa o sussidiaria rispetto a quella regolata dal primo comma⁸³.

Si tratta del modello base di confisca obbligatoria dei proventi che presuppone per espressa richiesta la condanna definitiva, non consentendo la confisca in caso di prescrizione, salvo però quanto poi disposto dall'art. 15 che estende – come si esaminerà – le ipotesi in cui sarà possibile procedere alla confisca anche in mancanza di condanna rispetto alla precedente disciplina dell'art. 4, c. 2.

La confisca del profitto è obbligatoria, riconfermando il carattere obsoleto della disciplina dell'art. 240 c.p. che prevede ancora il carattere facoltativo di tale forma di

⁸² Articolo 12 Confisca 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, di beni strumentali e proventi derivanti da un reato dopo una condanna definitiva, che può anche essere pronunciata a seguito di un procedimento in contumacia. 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni di valore corrispondente a beni strumentali o proventi derivanti da un reato dopo una condanna definitiva, che può anche essere pronunciata a seguito di un procedimento in contumacia.

⁸³ Cfr. FROWA (2024), 105.

confisca e si utilizza il termine “provento” definito all’art. 3, n. 1 come «ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati, consistente in qualsiasi bene e comprendente ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile».

Questa ampia definizione, corrispondente a quella contemplata dalla Direttiva 42/2014 (art. 2) conferma la possibilità di estendere il profitto confiscabile ai surrogati dell’originario profitto, nonché alle ulteriori utilità, come specificato anche nel considerando n. 13; «è opportuno definire in senso ampio il provento di reato, al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti, in linea con le definizioni del regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio. Pertanto, i proventi dovrebbero comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, e confuso con beni acquisiti da fonte legittima, fino al valore stimato dei proventi confusi. Dovrebbero inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o con i quali i proventi da reato sono stati confusi». Tale ampia definizione è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione all’art. 2 della Direttiva 4/2014, che richiama il punto 2.6 della relazione nel preambolo della proposta di direttiva, all’origine della direttiva 2014/42, che evidenzia che «la definizione della nozione di “provento”, ai sensi di tale direttiva, è stata ampliata rispetto alla definizione di detta nozione contenuta nella decisione quadro 2005/212/GAI, al fine di includere la possibilità di confiscare tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato»⁸⁴.

Alla luce di tale definizione si conferma, allora, l’esigenza di adottare – anche alla luce dell’art. 11 e 117 Cost., che impongono un’interpretazione conforme al diritto UE⁸⁵– l’orientamento interpretativo della giurisprudenza italiana che accoglie una nozione ampia di provento, a partire dalla decisione Miragliotta⁸⁶ che ricomprende *anche gli utili nella nozione di profitto confiscabile, purché l’accusa fornisca la prova indiziaria del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, così ponendo un freno ad un’eccessiva dilatazione della nozione di profitto*

⁸⁴ CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 38 ss. “A questo proposito, occorre precisare che la nozione di «vantaggio economico derivato indirettamente da reati» rientra nella definizione della nozione di «provento» contenuta all’articolo 2, punto 1, della direttiva 2014/42, secondo la quale il «provento» è «ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati», il quale «può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile». 40 Inoltre, come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 49 delle sue conclusioni, il legislatore dell’Unione, facendo espressamente riferimento, all’articolo 2, punto 1, della direttiva 2014/42, ai vantaggi diretti o indiretti, non ha inteso stabilire due nozioni distinte, che sarebbero indipendenti l’una dall’altra. Infatti, come risulta dal considerando 11 di detta direttiva, la nozione di «provento» è stata chiarita da quest’ultima, al fine di includervi non soltanto i beni derivanti direttamente dal reato in questione, ma anche tutte le trasformazioni di tali beni nonché gli altri incrementi di valore generati da questi ultimi”.

⁷⁴ CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 39.

⁸⁵ Cass., 6 novembre 2008 n. 45389, Perino, in *Cass. Pen.* 2010, 2714; Cass., 19 marzo 2013 n. 13061.

⁸⁶ Cass., S.U., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, rv. 23870.

indiretto. La Corte afferma che «Il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi degli articoli 240 e 322-ter, comma I, prima parte Cp ogni qualvolta sia *ricollegabile causalmente in modo preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente*. È necessario, pertanto, che siano indicati in modo chiaro *gli elementi indiziari* sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte *l'immediato prodotto* di una condotta penalmente rilevante o *l'indiretto profitto* della stessa, siccome *frutto di reimpiego* da parte del reo del denaro o *di altre utilità direttamente* ottenuti dai concussi». Tale interpretazione sembra alla Corte condivisibile in quanto espressione di un'interpretazione sistematica dell'art. 240 Cp e conforme alla "*ratio dell'istituto*", nonché in linea anche con la normativa internazionale. Tale interpretazione è stata successivamente confermata dalla sentenza delle Sezioni Unite Gubert⁸⁷ e Thyssen⁸⁸, ed è ripresa testualmente dalla giurisprudenza successiva⁸⁹. Non sembra in linea con tale ampia nozione di provento, invece, quell'orientamento più risalente – emblematica la sentenza delle Sezioni Unite Caruso del 2009 –, confermato dalle Sezioni Unite nella sentenza Lucci⁹⁰, in base al quale si afferma «il principio secondo cui profitto è solo il vantaggio di immediata e diretta derivazione causale dal reato»; posizione ripresa dalla giurisprudenza della Suprema Corte anche recentemente⁹¹.

Un aspetto problematico permane nell'interpretazione della sentenza Miragliotta, laddove si tratta di delimitare tale nozione di "utili valutabili" qualora i proventi siano investiti in attività lecite. Si può ricordare a tal proposito che nell'ordinamento tedesco – in cui si fa rientrare nel termine "*etwas*" (qualcosa), introdotto con la riforma del 1992 per definire il profitto (invece di *Vermögensvorteil*), qualsiasi aumento del valore economico del patrimonio, che è maturato per l'autore o il concorrente –, è prevista espressamente non solo la confisca degli *Originalobjekte* (§ 73 StGB⁹², c. 1), ma anche la confisca obbligatoria dei *Nutzungen* (utilità, c. 2) e la confisca facoltativa dei *Surrogaten* (c. 3), ma si ritiene in dottrina e in giurisprudenza che non vengono colpiti dalla confisca i profitti indiretti, che sono legati anche al caso o che derivano anche da un'attività lecita ulteriore del reo, come la vincita alla lotteria o i proventi derivanti dagli investimenti in un'azienda o da una speculazione in borsa. Si ritiene che laddove il reo abbia utilizzato il diretto provento per creare o espandere un'impresa, non rientrano nella nozione di *Nutzungen* (utilità) gli utili indiretti realizzati con tale attività economica⁹³ perché questo denaro è stato ottenuto attraverso uno sforzo personale e, quindi, si tratta di profitti legali – che per mancanza di immediatezza non vengono sottratti, in quanto non ottenuti illegittimamente ai fini della confisca –. Il loro accertamento, tra l'altro – si osserva –, imporrebbe al giudice dei problemi irrisolvibili.

⁸⁷ Cass., S.U., 5 marzo 2014 n. 10561, Gubert.

⁸⁸ Cass., S.U., 24 aprile 2014, Thyssen, n. 38343, *CEDCass*, 261117.

⁸⁹ Per tutte Cass., 12 giugno 2018, n. 38917, in *FI* 2018, II, 715.

⁹⁰ Cass., S.U., 26 giugno 2015, Lucci, cit.; Cass., Sez. 6, 14 luglio 2015, Azienda Agraria Greenfarm di Guido Leopardi, n. 33226, *CEDCass*, 264941; Cass., Sez. 2, 5 ottobre 2016, Maiorano, n. 53650, *CEDCass*, 268854.

⁹¹ Cass., 21 ottobre 2020, n. 6607.

⁹² Il § 73 StGB disciplina la confisca dei profitti, "*Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*" dopo la riforma del 2017, prima "*Voraussetzungen des Verfalls*".

⁹³ JOECKS-MEISNER, (2020), Rn. 41.

Sembra assolutamente corretta questa distinzione tra *utilità* confiscabili e *utilità* non confiscabili perché derivanti anche da attività lecite o dal caso, determinando la frattura di quel rapporto causale richiesto – anche se a livello indiziario – dalla sentenza Miragliotta.

Il vantaggio deve essere “economicamente valutabile” e, quindi, come affermato dalla Suprema Corte italiana, non dovrebbe rientrare in tale definizione un vantaggio meramente *finanziario e non patrimoniale*⁹⁴. L’art. 3 precisa che provento è «ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati», e, quindi, deve essere già *derivato*, conseguito e perciò, come precisa la Suprema Corte italiana, attuale e non meramente potenziale e futuro, in virtù del “principio di causalità” e dei requisiti di materialità e attualità⁹⁵; ciò è imposto dal rispetto del principio di legalità perché un profitto meramente potenziale e futuro non è ancora venuto ad esistenza e non sussiste, quindi, per definizione come oggetto della confisca, non sarebbe “derivato”. Non sussisterebbe ancora quell’arricchimento illecito che la confisca è volta a sottrarre per svolgere la sua funzione di riequilibrio economico, ripristinatoria. In questa direzione la Suprema Corte⁹⁶ ha precisato che «il profitto del reato è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica. Ne consegue che non costituisce profitto del reato un vantaggio futuro – eventuale, sperato, immateriale o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali –, né la mera aspettativa di fatto, c.d. “chance”, salvo che questa, in quanto fondata su circostanze specifiche, non presenti caratteri di concretezza ed effettività tali da costituire essa stessa un’entità patrimoniale a sé stante, autonoma, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione in relazione alla sua proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto»⁹⁷.

Discorso diverso laddove il profitto è rappresentato da un vantaggio economico realmente conseguito ma non nella forma di denaro o di un bene materiale, ma piuttosto di una prestazione, di un servizio economicamente valutabile, come ad esempio il comodato gratuito di un appartamento o di un’auto; fermo restando che una simile forma di profitto dovrà essere “stimato” in termini economici. Chiaramente, come evidenziato dalla dottrina tedesca⁹⁸, una simile forma di profitto, che si fa rientrare nella nozione di vantaggio immateriale, non sarà direttamente confiscabile ma deve essere confiscato per equivalente.

L’ampia definizione di provento (proceeds) nell’art. 3 della proposta di direttiva dovrebbe confermare l’adozione di una nozione di profitto *lordo*, in linea con l’attuale

⁹⁴ Corte App. Milano, 25 gennaio 2012, Banca Italease S.p.A., in *DPC* 11 aprile 2012; Cass., 29 novembre 2013 (4 marzo 2014), n. 10265.

⁹⁵ Cass., sez. 5, 28 dicembre 2013, Banca Italease s.p.a, n. 10265, *CEDCass*, 258577; Cass., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti*; cfr. Cass., 23 febbraio 2021 n. 7021.

⁹⁶ Cass., 16 gennaio 2018, n. 1754.

⁹⁷ Cfr. Cass., S.U., *Fisia*, cit.; Cass., S.U., 5 marzo 2014 n. 10561; Cass., S.U., 18 settembre 2014 n. 38343 e Cass., S.U., 21 luglio 2015, *Lucci*, n. 31617; Cass., 26 febbraio 2020 n. 19091, § 3.1; Cass., 21 ottobre 2020, n. 6607. Più ambigua Cass., 3 aprile 2014 (dep. 13 giugno 2014) n. 25450.

⁹⁸ JOECKS-MEISNER, (2020), Rn. 35.

Direttiva 42/2014 (art. 2). In base al principio del prelievo lordo non si tiene conto nel calcolare il valore dei profitti del reato delle spese realizzate dal reo per la sua consumazione. Da ultimo in tale direzione nell'ordinamento tedesco con la riforma del 2017 è stata introdotta una norma ad hoc, il § 73 d che consente di decurtare dal profitto lordo le spese lecite (il principio del lordo moderato), stabilendo che «nella determinazione del valore di quanto ottenuto si detraggono le spese sostenute dall'autore, complice o altra persona», ma precisando che «non si tiene conto di quanto speso o utilizzato per commettere il reato o per prepararlo, a meno che non si tratti di pagamenti per adempiere un obbligo nei confronti della persona offesa dal reato» (per calcolare le spese si attribuisce al giudice un potere di stima⁹⁹); tale disciplina, fermo restando che la tutela della proprietà *ex art. 14 GG* attiene ai beni legittimamente posseduti, mentre il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni, consentirà di applicare il *Bruttoprinzip* nel rispetto del principio di proporzionalità in conformità sia all'art. 14 GG sia all'art. 2 GG (diritto al libero sviluppo della propria personalità, purché non violi i diritti degli altri)¹⁰⁰.

In realtà nella prassi le due posizioni, profitto lordo e profitto netto (si tiene conto delle spese), tendono a conciliarsi laddove i primi tengono conto delle spese lecite e i secondi non tengono conto delle spese illecite (per commettere il reato). Il problema si pone, infatti, concretamente per quelle forme di criminalità cd. economica, connesse ad un'attività lecita d'impresa nella quale si insinuino condotte integranti reato, come una truffa o una corruzione finalizzati alla aggiudicazione di un appalto. Non sembra accoglibile, invece, la problematica interpretazione offerta dalla Suprema Corte italiana che accoglie il principio del lordo, mitigato dalla considerazione che il profitto confiscabile dei reati "in contratto" è «concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente», introducendo – come esaminato in altra sede – tale nozione di "effettiva utilità" difficilmente calcolabile e di «ridotta funzionalità pratica, basandosi su parametri incerti e di scomoda gestione processuale»¹⁰¹.

Nel diritto sovranazionale si deve ricordare che anche nella Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988, nella Convenzione contro il crimine organizzato di Palermo del 2000 e nella Convenzione contro la corruzione di New York del 2003 si usa il termine "proceeds" – proventi, non profitti – per riferirsi all'oggetto della confisca. Costituiscono proceeds, secondo tali Convenzioni, i beni ottenuti o derivati direttamente o indirettamente dalla commissione di un reato. Sembra, come sostenuto da alcuni giudici della Corte Suprema nordamericana¹⁰², che le Convenzioni delle Nazioni Unite scelgono di attribuire al concetto di prodotto un significato molto ampio, chiaramente

⁹⁹ "2) L'entità e il valore di quanto ricevuto, comprese le spese da detrarre, possono essere stimati".

⁸⁰ La dottrina interpreta la riforma come espressione di un principio *del lordo moderato*, perché mentre in prima battuta la norma sembrerebbe sancire il ritorno al principio del netto, ammettendo le eccezioni considerate, finisce per trattarsi di un lordo moderato, RÖNNAU-BEGEMEIER, (2017), 6 ss., Rn. 3.

¹⁰¹ SCARCELLA, (2016), p. 262; cfr. MAUGERI (2023), p. 56 ss.; MONGILLO, (2018); BONTEMPELLI, (2012), p. 149; LORENZETTO, (2008), 1795; TRINCHERA, (2020), p. 398;

¹⁰² *United States v. Santos*, 128 S. Ct. 2020 (2008).

volto ad adottare il principio del profitto lordo. Come osservato nella sentenza delle Sezioni Unite Fisia¹⁰³, anche gli Atti internazionali ai quali la legge delega n. 300 del 2000 ha inteso dare esecuzione (Convenzione 26/7/1995; Convenzione 26/5/1997; Convenzione OCSE 17/12/1997) impegnano gli Stati aderenti ad adottare misure idonee alla confisca o comunque alla “sottrazione” dei “proventi” dei reati di cui si occupano. Nella Convenzione del Consiglio d’Europa sul riciclaggio e la confisca del 1990 di Strasburgo – che usa sempre il termine “proceeds” e all’ “art. 1, a) recita «“provento” significa ogni vantaggio economico derivato da reati» – si stabilisce, in particolare nel rapporto esplicativo, che nella nozione di “vantaggio economico” non si debba tenere conto dei costi, pur considerando la varietà delle soluzioni nazionali.

Nel considerando n. 13 della proposta si precisa che «i proventi dovrebbero comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, e confuso con beni acquisiti da fonte legittima, fino al valore stimato dei proventi confusi». Già nella Direttiva 42/2014, nel definire il concetto di provento del reato nel considerando n. 11, si precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare «fino al valore stimato dei proventi confusi». Sarebbe auspicabile l’introduzione di una simile disposizione anche nel nostro ordinamento contro le tentazioni della giurisprudenza italiana di applicare la confisca, in particolare allargata *ex art. 240-bis c.p.* (dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all’attività economica) o la confisca misura di prevenzione (24 cod. mis. di prev.) nei confronti di interi compendi aziendali, laddove i proventi illeciti siano stati investiti in un’impresa, perché non sarebbe più possibile distinguere lecito dall’illecito, trasformando la confisca allargata in una forma di confisca generale dei beni, una sorta di pena patrimoniale sproporzionata in palese violazione del principio di legalità e della tutela costituzionale della proprietà privata, nonché dello stesso principio di proporzione¹⁰⁴. Un simile approccio si applica non solo rispetto ai proventi di reati collegati al crimine organizzato, la c.d. impresa mafiosa, ma anche in relazione ai proventi di reati economici, come l’evasione fiscale (basti pensare alla sentenza delle Sezioni Unite Repaci)¹⁰⁵.

7. La confisca di valore.

L’articolo 12 della proposta, come accennato, prevede l’obbligo di introdurre la confisca di beni di valore equivalente ai beni strumentali e ai proventi di reato.

¹⁰³ Cass., S.U., Fisia, cit.

¹⁰⁴ MAUGERI, (2010), p. 297 ss.. Cass., sez. V, 24 ottobre 2022, n. 47388: “La confisca di prevenzione di un complesso aziendale non può essere disposta solo con riferimento alla quota ideale riconducibile all’utilizzo di risorse illecite, non potendosi distinguere, in ragione del carattere unitario del bene, l’apporto di componenti lecite, riferibili alla capacità ed all’iniziativa imprenditoriale, da quello imputabile a mezzi illeciti, specie quando il consolidamento e l’espansione dell’attività economica siano stati agevolati dall’organizzazione criminale”.

¹⁰⁵ MAUGERI, (2022), p. 122 ss. Cass. S.U. 29 maggio 2014 (dep. 29.7.2014) n. 33451, Repaci; Cass. 15.9.2020 n. 27228; Cass. 4 luglio 2019 n. 49750; Cass. 15 settembre 2020 n. 27228; Cass. 24 novembre 2020 n. 9102.

In tale direzione non solo l'art. 4, Direttiva n. 42/2014 prevede il carattere obbligatorio della confisca per equivalente per i c.d. Eurocrimes, ma il carattere obbligatorio della confisca di valore era già previsto dalla decisione quadro 500/2001 e dall'art. 2 della Decisione quadro 212/2005, rimasta in vigore anche dopo l'entrata in vigore della direttiva, per tutti i reati puniti con pena detentiva superiore a un anno. Il nostro legislatore con il D. Lgs. n. 202/2016 ha proceduto ad estendere alle fattispecie considerate dalla Direttiva l'applicazione della confisca di valore (e della confisca allargata *ex art. 12-sexies*, d.l. n. 306/1992, ora art. 240-*bis* c.p.), perlomeno laddove non fosse già prevista¹⁰⁶, introducendo, tra l'altro, all'interno dell'art. 240 c.p. la confisca obbligatoria del profitto e del prodotto, anche nella forma per equivalente, solo in relazione ai c.d. reati informatici espressamente rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, determinando l'anomalia incomprensibile per cui in una norma che contiene la disciplina generale della confisca, viene inserita una forma speciale di confisca di valore.

Nel considerando 23 della proposta si ribadisce in termini simili a quelli utilizzati nel considerando 14 della Direttiva 2014/42/UE, che «gli Stati membri sono liberi di definire la confisca di beni di valore equivalente come sussidiaria o alternativa alla confisca diretta, se del caso conformemente al diritto nazionale». Nella versione approvata dal Consiglio, oltre al considerando 23, il comma 2 dell'art. 12 prevede che «Tale confisca può essere sussidiaria o alternativa alla confisca di cui al comma 1».

La confisca per equivalente può essere concepita, quindi, come: sanzione sussidiaria alla confisca diretta, e quindi applicabile solo laddove, pur avendo accertato la sussistenza del profitto e il suo ammontare, non è più possibile sottrarlo direttamente; oppure come misura alternativa, una sorta di confisca autonoma che può consentire di colpire anche delle forme di profitto che non potrebbero essere oggetto della confisca diretta, come ad esempio il profitto immateriale o il profitto risparmio.

Per il resto la Direttiva non prende posizione sulla natura di tale forma di confisca, in particolare della confisca per equivalente dei proventi del reato che rappresenta un primo fondamentale strumento per garantire l'efficienza della confisca, previsto in tutti gli strumenti sovranazionali a partire dalla Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988 e dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 sulla confisca e il riciclaggio.

Tale questione non è solo teorica, perché ne deriva la determinazione delle garanzie da applicare e una certa armonizzazione in materia sarebbe auspicabile. Si rimanda a quanto esaminato in altra sede a tal proposito¹⁰⁷, salvo ribadire che la confisca per equivalente non assume carattere punitivo laddove si limita a sottrarre, anche se in forma equivalente, quanto illecitamente conseguito attraverso il reato, e, quindi, qualcosa che non si ha diritto a detenere, non essendo il reato un legittimo titolo di acquisto di beni¹⁰⁸ – ferma restando l'opportunità di garantire l'irretroattività della disciplina –; e, in ogni caso, dovrebbe assumere la stessa natura della confisca che

¹⁰⁶ TRINCHERA, (2016); MAUGERI, (2018), pp. 237 ss.

¹⁰⁷ Maugeri (2022), p. 23.

¹⁰⁸ In tale direzione Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.a.

consente di applicare nella forma equivalente¹⁰⁹. L'opinione prevalente della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza di legittimità e costituzionale è di contrario avviso, e attribuisce natura punitiva alla confisca di valore¹¹⁰. Continuano, però, ad emergere dei segnali di incoerenza dell'ordinamento laddove, nonostante la presunta natura punitiva della confisca di valore, il legislatore ne prevede l'applicazione anche nei confronti del proposto *ex art. 25 d.lgs. 159/2011* o ne consente l'applicazione anche in caso di prescrizione, estendendo con la l. 3/2019 l'ambito di applicazione dell'*art. 578-bis c.p.p.* alla confisca di valore *ex art. 322-ter c.p., c. 2*¹¹¹, in contrasto con l'orientamento della Suprema Corte che aveva sempre escluso l'applicazione della confisca di valore in caso di prescrizione proprio in virtù della sua natura punitiva (per tutte S.U. Lucci, 2015)¹¹². Tanto è vero che per giustificare la confisca di valore anche in caso di prescrizione *ex art. 578-bis c.p.p.*, la Suprema Corte incomincia a parlare di «natura solo 'parzialmente sanzionatoria'» della confisca di valore in quanto connotata piuttosto da una «funzione ripristinatoria diretta al riallineamento degli squilibri patrimoniali generati dall'illecito»¹¹³. Il tutto aggravato in un primo momento dall'applicazione retroattiva dell'*art. 578-bis c.p.p.* perché considerata «norma di natura processuale, come tale soggetta al principio *tempus regit actum*¹¹⁴; le Sezioni Unite, però, sono intervenute riconoscendo che l'*art. 578-bis c.p.p.* non sia applicabile retroattivamente *in ipotesi di confisca per equivalente*, «trattandosi di disposizione di natura anche sostanziale soggetta al divieto di retroattività della norma in malam partem *ex art. 25 Cost.*»¹¹⁵.

Nella proposta si prevede, come nell'attuale Direttiva anche la confisca di valore degli strumenti del reato che assume un sicuro carattere punitivo, perché già la confisca

¹⁰⁹ Cfr. MAUGERI, (2007), 489 ss.; ID., 826 ss.; conforme MONGILLO, (2010), 256; ROMANO, (2006), 254. Cfr. AMISANO, (2008), 198 ss. sul significato di "equivalenza" anche attraverso il confronto con il diritto civile; TUTINELLI, (2009), 96 il quale accentua l'obbligo restitutorio imposto con la confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*, equiparata alla sanzione civile *ex artt. 185-187 c.p.* Ancora critici rispetto alla presunta natura punitiva della confisca per equivalente EPIDENDIO, (2011), 86 ss.; MUCCIARELLI (2018), pp. 105 - 129; NICOSIA, (2012), 151; MONGILLO, (2015), 724; FORNARI, (1997), 107; TRINCHERA, (2020), 390 ss..

¹¹⁰ Per tutte Cass., S.U., 26 giugno 2015, Lucci, n. 31617; Corte Cost., 2 aprile 2009 n. 97; Corte Cost., 20.11.2009 n. 301; Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 68; Corte Cost., 5 dicembre 2018, n. 223; Corte Cost., 10 maggio 2019 n. 112; Cass., S.U., 5 marzo 2014, n. 10561, Gubert; Cass., 16 ottobre 2018, n. 46973, in *Cass. pen.* 2018; Cass., 19 febbraio 2020, n.16103; Cass., 26 maggio 2010, n. 29724; Cass., 28 febbraio 2012, n. 11768, B., in *Riv. pen.* 2012 (7-8), 754; Cass., 23 ottobre 2013, n. 45951; Cass. 4 luglio 2013, n. 36927.

¹¹¹ La Corte Costituzionale ammette l'applicazione in caso di prescrizione anche della confisca urbanistica, considerata pena dalla Corte EDU nel caso Sud Fondi purché sia pronunciata una condanna in primo grado e la valutazione di responsabilità sia confermata, ai soli fini della confisca, nei gradi successivi

¹¹² Cass., S.U., 26 giugno 2015, Lucci, n. 31617; conformi Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192; Cass. sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799.

¹¹³ Cass. sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645.

¹¹⁴ Cass., sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645.

¹¹⁵ Cass., SS.UU., ud. 29 settembre 2022, informazione provvisoria n. 15/2022. Fermo restando che il problema è risolto in radice, salvo prossime contro-riforme, con la riforma *in peius* dei termini prescrizionali introdotta nell'*art. 159 c.p.* ad opera della L. n. 3/2019, salva l'introduzione della disciplina dell'improcedibilità e il nuovo *art. 578-ter c.p.p.* – introdotto con il d.lgs. n. 150 del 17 ottobre 2022, art. 33, c) – che non consente l'applicazione della confisca, – tranne nell'ipotesi di cui all'*art. 240, 2 comma n. 2*, come emerge dalla relazione illustrativa –, ma rinvia alla disciplina della confisca di prevenzione.

degli strumenti mantiene il suo carattere preventivo/interdittivo solo se si tratta di sottrarre gli strumenti necessari/indispensabili per la consumazione del reato, altrimenti acquista un mero carattere punitivo trattandosi comunque di beni legittimamente posseduti (tranne che si tratti di beni la cui detenzione è vietata o sottoposta ad autorizzazioni, licenze...); la confisca del loro valore, allora, non assume sicuramente tale carattere preventivo, ma finisce per imporre una sorta di pena patrimoniale commisurata al valore degli strumenti del reato. Tanto è vero che al considerando 23(a) il Consiglio applica espressamente il principio di proporzionalità a tale forma di confisca («alla confisca di beni di valore corrispondente ai beni strumentali al reato»), pretendendo che sia applicata solo quando, in considerazione delle particolari circostanze del caso, sia proporzionata avendo riguardo in particolare al valore degli strumenti considerati («se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati»); anzi si sottolinea il carattere punitivo perché si richiede che gli Stati Membri possano anche tenere in considerazione se e in che misura il condannato sia responsabile per aver reso impossibile la confisca degli strumenti del reato («Gli Stati membri possono anche considerare se, e in che misura, il condannato sia responsabile di rendere impossibile la confisca dei beni strumentali»), facendo assumere alla corrispondente confisca per equivalente il significato di una sorta di pena che compensa la colpevolezza, rimproverabilità, manifestata in tale comportamento volto a sottrarre gli strumenti alla confisca.

8. La confisca nei confronti dei terzi.

L'articolo 13¹¹⁶ impone agli Stati membri di consentire la confisca dei proventi del reato o di altri beni di valore corrispondente a detti proventi, trasferiti dall'imputato o dall'indagato a terzi al fine di evitare la confisca ("confisca nei confronti di terzi"), con una disposizione assolutamente corrispondente all'art. 6 dell'attuale Direttiva 42/2014. Tale confisca è giustificata solo se si accerta, sulla base di fatti e di circostanze concrete, che il soggetto terzo sapeva o avrebbe dovuto sapere che il trasferimento di beni era effettuato a tal fine.

¹¹⁶ *Articolo 13* (versione del Consiglio)

Confisca nei confronti di terzi

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di proventi da reato, o di altri beni di valore corrispondente a detti proventi, che sono stati trasferiti, direttamente o indirettamente, da un indagato o un imputato a terzi, o che sono stati da terzi acquisiti da un indagato o imputato.

La confisca di tali proventi o altri beni è consentita almeno qualora sia stato accertato che tali terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisizione siano stati effettuati a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato.

2. Il paragrafo 1 non pregiudica [...] i diritti dei terzi in buona fede

Spetta, quindi, all'accusa dimostrare la mancanza di buona fede del terzo in termini di consapevolezza ("che sapeva"), o perlomeno di una sorta di colpa ("avrebbe dovuto sapere"). Si considerano elementi rilevanti per dimostrare tale consapevolezza o, almeno, la colpa, il fatto che il trasferimento o l'acquisizione siano stati effettuati a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato.

Nella versione del Consiglio si aggiunge "almeno" («la confisca di tali proventi o altri beni è consentita almeno qualora sia stato accertato che tali terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere»), ammettendo che la confisca nei confronti dei terzi sia ammessa anche in altre ipotesi e anche in mancanza di tale consapevolezza o colpa. Ciò è ammissibile quando si tratta di forme di confisca che non assumono carattere punitivo, del profitto accertato pervenuto al terzo o di strumenti "pericolosi", salvi sempre – come precisa la norma – i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. La Corte di Giustizia si è pronunciata più volte contro forme di confisca nei confronti di terzi incolpevoli. In tale contesto, occorre tener conto dell'articolo 17, paragrafo 1, della Carta, il quale prevede, in particolare, che ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli e di disporne.

Nella versione del Parlamento, si aggiunge nel considerando n. 24, per tenere conto delle esigenze della lotta al crimine organizzato, che «*laddove l'interessato è strettamente legato alla persona indagata, imputata o condannata, l'onere di dimostrare che l'acquisto dei beni trasferiti è avvenuto in buona fede e con la dovuta diligenza incombe all'interessato*»; si ammette l'inversione dell'onere della prova circa la sua buona fede a carico del terzo laddove quest'ultimo sia "strettamente legato" con l'indagato, l'imputato o il condannato. Emerge una pericolosa logica del sospetto, tanto più deprecabile laddove si tratti di terzi, a parte la difficoltà di stabilire in termini tassativi cosa si intenda per "strettamente collegato". Basti ricordare la giurisprudenza italiana, anche del Tar di Napoli o del Consiglio di Stato, che si accontenta di "frequentazioni" per dedurre quel pericolo (tentativo) di infiltrazione mafiosa, volta a condizionare le scelte dell'impresa, necessario per giustificare l'applicazione di un'interdittiva antimafia (art. 84 d.lgs. 159/2011)¹¹⁷, con i suoi effetti paralizzanti per l'attività economica imprenditoriale¹¹⁸. Tale logica del sospetto è ben nota all'ordinamento italiano laddove l'onere di provare la titolarità del diritto e l'estraneità al reato, nonché la buona fede, spetta, per giurisprudenza consolidata, al terzo nell'ambito del procedimento di prevenzione, in quanto l'appartenenza al terzo estraneo rappresenta un elemento impeditivo alla disposizione della confisca (fermo restando che spetta all'accusa accertare la titolarità o la disponibilità del bene in capo al condannato)¹¹⁹.

¹¹⁷ Cons. St., 3 maggio 2016, n. 1743. 189 Tar Napoli, 24 luglio 2018, n. 4952. 190; critico Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. IV penale, 27 gennaio 2021, decreto n. 1, cit.

¹¹⁸ Maugeri (2022), p. 141 ss.; da ultimo cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2023, n. 4733-I.

¹¹⁹ Cass. sez. un., Bacherotti, cit.; Cass., sez. un., 25 settembre 2014, Uniland, n. 11170; contra, tenendo conto dell'estensione della disciplina sulla tutela del terzo del d.lgs. 231/2001 anche ad altri settori, Cass., sez. I, 4 giugno 2021, n. 22048: «La tutela della posizione giuridica soggettiva del terzo estraneo titolare di un diritto reale di garanzia inciso dalla confisca va accordata non nelle sole ipotesi di riconosciuta applicabilità della specifica disciplina introdotta dal legislatore in sede di confisca di prevenzione (articolo 52 e seguenti del

Si ritiene auspicabile la sottrazione del profitto presso il terzo, compresa la persona giuridica, che lo abbia percepito, indipendentemente dalla sua responsabilità penale, in base alla considerazione che la confisca del profitto è una forma di riequilibrio economico e non è una pena e che il profitto del reato – accertato ed effettivamente acquisito (un tale discorso non si può estendere alla confisca degli strumenti del reato che assume anche carattere sanzionatorio) – non può essere legittimamente detenuto da alcuno (anche un terzo) in quanto il crimine non costituisce un legittimo titolo di acquisto di diritti su beni.

La sottrazione dei beni è prevista dall'art. 13 anche presso i terzi laddove siano stati oggetto di trasferimento non direttamente i proventi del reato, ma *altri beni di valore equivalente* al fine di evitare la confisca di valore. L'applicazione della confisca di beni di origine lecita, ma di valore corrispondente al profitto illecito, presso i terzi è ammissibile nella misura in cui si ritiene che si tratti di una forma di confisca surrogatoria della confisca diretta del profitto, avente mera finalità ripristinatoria, e non si tratti di una sanzione punitiva; solo in questi termini può essere considerata conforme ad istanze di giustizia e ai principi civilistici. Se, invece, si ritiene che la confisca di valore rappresenti una pena, come ritiene la giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale italiana e anche il legislatore italiano (riforma Cartabia¹²⁰), non si dovrebbe applicare nei confronti dei terzi, salvo a ritenere che si tratti di meri intestatari fittizi e i beni in realtà sono nella disponibilità del reo. Nell'ordinamento italiano, in ogni caso, l'art. 512-bis (prima art. 12-*quinqies* d.l. 306/1992) punisce il trasferimento fraudolento di valori, - l'attribuzione fittizia ad altri della titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando -, nonché l'autoriciclaggio, art. 648ter1 c.p.

L'art. 13, per il resto, fa salvi i "diritti dei terzi in buona fede", come previsto dall'art. 6 dell'attuale Direttiva. In relazione alla tutela dei diritti dei terzi la legislazione sovranazionale, dalla Convenzione di Vienna del 1988 in materia di narcotraffico (art. 5) e dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 sino alla Direttiva 2014/42 (art. 6), impongono la tutela dei diritti dei terzi in buona fede.

La proposta di Direttiva precisa nel considerando 24, in termini corrispondenti all'attuale considerando 24 della Direttiva 42/2014, che il terzo presso il quale recuperare il profitto, trasferito da un indagato o un imputato, può essere anche un ente nell'ipotesi in cui il reato è stato realizzato a vantaggio di una persona giuridica. Anche in questo

decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159), bensì a tutte le ipotesi di confisca previste in ambito penale, rispondendo a una esigenza generale di razionalità del sistema e a principi generali riconosciuti anche in ambito comunitario; e ciò anche prima della formale entrata in vigore (1 settembre 2021) dell'articolo 373 del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 (codice della crisi d'impresa), che ha espressamente esteso la disciplina prevista in sede di prevenzione a tutte le ipotesi di sequestro e confisca penali. Per l'effetto, in ragione di tali principi, spetta al giudice dell'esecuzione penale, a fronte dell'istanza del terzo che assuma la sua posizione di terzo estraneo incolpevole, apprezzare la ricorrenza o no della condizione soggettiva di buona fede e di affidamento incolpevole del terzo creditore (nel momento genetico e in quello di eventuale cessione della originaria posizione creditoria): condizione che renderebbe sempre "opponibile" il credito a qualsiasi forma di confisca»; cfr. Cass., sez. VI, 14 novembre 2023, n. 48761.

¹²⁰ MAUGERI (2023), p. 18 ss.

caso si tratterebbe di recuperare un ingiustificato arricchimento in capo alla persona giuridica, nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato¹²¹. La persona fisica, del resto, se non ha conseguito il profitto avrà un patrimonio incapiente alle pretese confiscatorie dello Stato, ma soprattutto l'ablazione del profitto nei suoi confronti non dovrebbe essere consentita, perché il profitto non è a lei pervenuto (tranne nell'ipotesi, ad esempio, in cui la persona fisica ha trattenuto il denaro destinato al pagamento delle pretese erariali) e quindi nei suoi confronti un'eventuale confisca, in misura corrispondente ai vantaggi economici dell'illecito conseguiti dalla persona giuridica, assumerebbe il significato e i contenuti di una *pena patrimoniale*.

Non è stata introdotto nella proposta un considerando corrispondente alla previsione del considerando n. 25 della Direttiva 42/2014, che stabilisce che «gli Stati membri sono liberi di definire la confisca nei confronti di terzi come sussidiaria o alternativa alla confisca diretta, se del caso, conformemente al diritto nazionale».

In alcuni ordinamenti stranieri è espressamente disciplinata la possibilità di sottrarre il profitto anche presso i terzi cui sia pervenuto, purché nel rispetto della loro buona fede (si pensi all'*Einziehung* o all'*Erweiterte Einziehung* dell'ordinamento tedesco in virtù della *VertreterKlausel*, § 73b).

Nell'ordinamento italiano manca una norma ad hoc in tale direzione, nonostante da ultimo le proposte della Commissione Palazzo e della Commissione Marasca (prima del progetto Grosso, art. 114, n. 5), e nonostante il fatto che una simile disposizione sembra fondamentale per consentire una maggiore efficienza delle misure in esame, salva la tutela dei diritti del terzo acquisiti in buona fede. Nella prassi, però, i beni provento del reato sono confiscati presso i terzi cui siano pervenuti in base alla giurisprudenza che considera tali soggetti non estranei al reato – ipotesi che in base alla disciplina generale dell'art. 240 c.p. escluderebbe l'applicazione della confisca nei loro confronti (le cose oggetto della confisca facoltativa non devono appartenere «a persone estranee al reato») –, in quanto *beneficiari* che non hanno diritto a detenere il profitto perché il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni. Il concetto di *estraneità* al reato non è limitato all'*assenza di concorso* nella commissione del reato ma si estende anche all'*assenza di benefici* derivanti dallo stesso, sicché non può ritenersi “estraneo” il soggetto che ne abbia comunque tratto vantaggio¹²², un tornaconto¹²³, «qualsiasi condizione di favore»¹²⁴; ferma restando la buona fede in relazione all'ipotesi della confisca dello strumento del reato, «non potendo conoscere – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – l'utilizzo del bene per fini illeciti»¹²⁵. Il principio di

¹²¹ SALCUNI, (2010), p. 493; PERINI, (2008), p. 943 ss.; POTETTI, (2013), p. 314; GIOVANNIELLO, (2011), p. 2505 ss.

¹²² Corte cost. 19 gennaio 1987, n. 2; cfr. Cass., 19 settembre 2012, 1256, *Dir. pen. cont.* 13, 464, nota D'AVIRRO.

¹²³ La Suprema Corte considera “persona non estranea al reato” “anche chi ha ricevuto un tornaconto dallo stesso per aver acquistato un bene pur potendo conoscerne la provenienza illecita” (C 22/42008).

¹²⁴ “non può considerarsi estraneo al reato chi abbia ricavato vantaggi o utilità da esso, per tali dovendosi intendere *qualsivoglia condizione di favore*, anche non materiale, derivante dal fatto costituente reato”, Cass., sez. III, 10 dicembre 2019 (dep. 2 aprile 2020), n. 11269.

¹²⁵ è “persona estranea al reato” “il soggetto che non abbia ricavato vantaggi ed utilità dal reato e che sia in buona fede, non potendo conoscere - con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta - l'utilizzo

tutela del terzo estraneo in buona fede resta imprescindibile anche alla luce del principio di affidamento incolpevole che impronta l'intero ordinamento giuridico¹²⁶.

Nel nostro ordinamento il profitto può essere confiscato anche presso l'ente che non può essere considerato estraneo al reato se beneficiario, se abbia tratto dal reato vantaggi e utilità¹²⁷. La Suprema Corte italiana ha sempre consentito, infatti, di applicare la confisca *ex art. 240 c.p. o 322-ter c.p.* alle *persone giuridiche* cui sia pervenuto il profitto del reato consumato dalla persona fisica, sul presupposto che la confisca non sia una sanzione penale ma una misura di sicurezza patrimoniale, applicabile anche nei confronti di soggetti sforniti di capacità penale e, quindi, anche nei confronti delle persone giuridiche (a parte la previsione della responsabilità amministrativa da reato per gli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001)¹²⁸. La questione si è posta anche per la confisca per equivalente, in particolare ad esempio in relazione alla confisca in materia di reati tributari (art. 1, co. 143, della l. n. 244/2007), prima dell'introduzione della responsabilità amministrativa da reato degli enti per tali reati (l. 157/2019)¹²⁹ che consente di applicare la confisca *ex art. 19 d.lgs. 231/2001*. In base all'orientamento prevalente, le Sezioni Unite, dopo avere nettamente distinto la confisca diretta (di proprietà) e la confisca per equivalente, hanno negato l'applicabilità di quest'ultima – *ex art. 1, co. 143, l. n. 244/2007* – alle persone giuridiche per conto delle quali la persona fisica ha realizzato gli illeciti tributari in considerazione della natura punitiva di tale forma di confisca, ma ammette l'applicabilità della confisca diretta (*ex art. 240 c.p. e 322-ter c.p.*) del profitto nei confronti dei terzi cui sia pervenuto, comprese le persone giuridiche¹³⁰; anzi al fine di garantire l'applicazione della confisca agli enti le Sezioni Unite adottano una nozione dilatata di confisca diretta ritenendo che la confisca del denaro sia sempre diretta, indipendentemente dall'accertamento del nesso di pertinenzialità e ricomprendendo anche i risparmi di spesa¹³¹.

del bene per fini illeciti", Cass. 5 ottobre 2022, n. 42008, Ricci, Rv. 283713 - 01; conformi Cass., sez. III, 16 maggio 2023 n. 20675; Cass. 17 febbraio 2017 (dep. 14/06/2017), n. 29586; Cass., 26 maggio 2017, n. 42778, Consoli, Rv. 271441; Cass., sez. 1, 17 giugno 2011, n. 29197, (Omissis) Spa, Rv. 250804-01.

¹²⁶ Cass., S.U., 28 aprile 1999, Bacherotti, *R. pen.* 99, 633.

¹²⁷ Ad esempio, nel caso di reati tributari, Cass., S.U., 21 luglio 2015, Lucci, n. 31617.

¹²⁸ Tra le altre Cass., sez. III, 5 dicembre 2018, n. 17840; Cass., sez. un., 5 marzo 2014 n. 10561, Gubert; Cass., 23 settembre 2011, n. 34722; Cass. 5 maggio 2008, n. 34722; Cass., S.U., 24 maggio 2004 n. 29951, Focarelli, in *FallProcConc* 2005, 1265; Cass., 11 aprile 2002, *Dir. pen. e proc.* 2003, n. 2, 213; in tale direzione PADOVANI, (2004), 13 ss..

¹²⁹ La legge numero 157/2019 ha introdotto nel d.lgs. 231/2001 l'art. 25-*quinqüiesdecies* – rubricato "*Reati tributari*" –, estendendo la relativa disciplina ad alcuni reati tributari previsti dal Decreto Legislativo numero 74/2000. Tra le altre Cass., sez. III, 11 aprile 2012, n. 17485; Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 38740; Cass., sez. III, 7 giugno 2011, n. 28731, *Riv. di giur. trib.* 11, 11, 944, nota VALLINI; Cass., 9 giugno 2011, sez. III, n. 26389.

¹³⁰ Cass., S.U., 5 marzo 2014 n. 10561, Gubert; conformi Cass., sez. III, 5 dicembre 2018, n. 17840.

¹³¹ Cass., S.U., 5 marzo 2014 n. 10561, Gubert; Cass., S.U., 26 giugno 2015 n. 31617, Lucci; Cass., 18 febbraio 2016 n. 10708; Cass., 7 gennaio 2015 n. 2336, Pretner Calore, in *CEDCass*, m. 262082; Cass., 8 maggio 2014 n. 39177, Civil Vigilanza S.r.l.; Cass., 12 novembre 2014 n. 50482, Castellani, in *CEDCass*, m. 261199; Cass. 29 marzo 2017 n. 23393, Garau, in *CEDCass*, m. 270134; Cass. 18 gennaio 2018 n. 5459, Barbato; Cass. 25.2.2022 n. 12007; Cass. 3.2.2022 n. 13446; Cass., S.U., 27 maggio 2021 n. 42415, Coppola, in *Cass. pen.* 2022 (2), 555; conforme Cass., 22 settembre 2021 n. 40068.

MAUGERI (2022), p. 75 ss.

La Corte di Giustizia ha chiarito che l'attuale direttiva non prevede la confisca degli strumenti del reato presso i terzi, ma solo la confisca del profitto *ex art. 6* e la confisca dei beni di cui all'articolo 4 (1) può riguardare unicamente i beni degli indagati e degli imputati¹³² e, comunque, anche laddove non esclude che la confisca dello strumento possa essere applicata a un terzo¹³³, ribadisce che non è possibile applicare la confisca nei confronti di terzi in buona fede. In particolare, da ultimo, ha sancito che la tutela dei diritti dei terzi nei confronti della confisca così come definita dall'art. 2 della Direttiva 42/2014¹³⁴ va garantita alla luce «dell'articolo 17, paragrafo 1, della Carta», anche se il diritto di proprietà «non costituisce una prerogativa assoluta» perché «conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, possono essere apportate limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà sanciti da quest'ultima, a condizione che tali limitazioni rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione e non costituiscano, rispetto allo scopo prefissato, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito»¹³⁵. Fermo restando ciò, «tenuto conto della sensibile lesione dei diritti delle persone derivante dalla confisca di un bene, vale a dire dallo spossessamento definitivo del diritto di proprietà su quest'ultimo, occorre rilevare che, trattandosi di un terzo in buona fede, che non sapeva e non poteva sapere che il suo bene era stato utilizzato per commettere un reato, una siffatta confisca costituisce, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile che lede la sostanza stessa del diritto di proprietà di quest'ultimo»¹³⁶.

¹³² Nonostante «la circostanza, richiamata dal giudice del rinvio, che il bene sia stato utilizzato stabilmente dall'imputato non può consentire la confisca di detto bene, qualora quest'ultimo appartenga a un terzo in buona fede, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2014/42»; «nella misura in cui la normativa nazionale non consente la confisca di beni di terzi in buona fede in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, da una giurisprudenza costante della Corte emerge che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti dinanzi a un giudice nazionale» (sentenza del 24 giugno 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, punto 65 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue, in conclusione, che «l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2014/42 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che esclude la confisca di un bene appartenente a un terzo in buona fede e utilizzato come bene strumentale di un reato, anche quando detto bene sia stato messo da tale terzo stabilmente a disposizione dell'imputato», CGUE, 12 maggio 2022, C-505/20, RR, JG, §§ 39 ss.

¹³³ CGUE (Prima Sezione), 14 gennaio 2021, C-393/19, OM, con l'intervento di: Okrazhna prokuratura – Haskovo, Apelativna prokuratura – Plovdiv: “50. A tal riguardo, è vero che tale disposizione non designa esplicitamente la persona i cui beni possono essere oggetto di un provvedimento di confisca. Essa si riferisce unicamente agli «strumenti» connessi a un reato, senza che occorra determinare chi li detenga o ne sia il proprietario”.

¹³⁴ Anche se nel caso di specie si applica la decisione quadro 212/2005.

¹³⁵ “v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2020, *Adusbef e Federconsumatori*, C-686/18, EU:C:2020:567, punto 85 e giurisprudenza citata”; CGUE (Prima Sezione), 14 gennaio 2021, C-393/19, OM, cit., § 52 ss.

¹³⁶ CGUE (Prima Sezione), 14 gennaio 2021, C-393/19, OM, cit., § 55.

8.1. Il diritto di difesa dei terzi.

Nell'art. 23, n. 7 si prevede espressamente che i terzi «possono far valere un diritto di proprietà o altri diritti patrimoniali, anche nei casi di cui all'articolo 13», lasciando chiaramente intendere che la disposizione specifica che possono fare valere i loro diritti di difesa nel caso di diretta confisca nei confronti dei terzi *ex art. 13*, ma possono farlo come regola nei confronti di qualunque forma di confisca che incida sui loro diritti.

L'art. 23, infatti, stabilisce innanzitutto al comma 1 che tutti gli interessati da un provvedimento di confisca devono godere di determinati diritti: «1. Gli Stati membri provvedono affinché i soggetti interessati dai provvedimenti previsti nella presente direttiva godano del diritto alla difesa, a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale al fine di salvaguardare i propri diritti», e il comma 2, come sopra esaminato, prevede già nei confronti del provvedimento di congelamento «l'effettiva possibilità di contestare tale provvedimento in sede giurisdizionale in conformità delle procedure del diritto nazionale». Si precisa, quindi, al c. 4 che «Gli Stati membri provvedono affinché le persone i cui beni sono oggetto di un provvedimento di confisca abbiano l'effettiva possibilità di contestare tale provvedimento e le circostanze rilevanti del caso in sede giurisdizionale in conformità delle procedure del diritto nazionale». Le circostanze rilevanti sono specificate in relazione al modello di confisca in esame: «In caso di provvedimenti di confisca ai sensi dell'articolo 13, tali circostanze comprendono i fatti e le circostanze su cui si basa la conclusione che il terzo sapeva o avrebbe dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca». Come sopra precisato dovrebbe spettare all'accusa la prova di tale elemento soggettivo, se non si vuole violare la presunzione di innocenza, fermo restando che si garantisce al terzo il diritto di contestare gli elementi probatori presentati dall'accusa e di fare valere i loro legittimi diritti; in riferimento alla confisca *ex art. 6* della Direttiva 42/2014 la Corte di Giustizia ha chiarito che «la confisca ... presuppone che sia dimostrata l'esistenza di un trasferimento di proventi ad un terzo o l'esistenza di un'acquisizione di proventi siffatti da parte di un terzo, nonché la conoscenza, da parte di tale terzo, del fatto che il trasferimento o l'acquisizione in questione aveva lo scopo, per la persona indagata o la persona imputata, di evitare la confisca»¹³⁷.

Anche nella versione del Consiglio, ferma restando l'espressa previsione nel comma 7 in relazione al diritto di difesa dei terzi, nel comma 1-*bis* si specifica ampiamente che oltre «agli interessati che sono sospettati o accusati oppure che sono interessati dai provvedimenti di confisca ai sensi dell'articolo 16. Gli Stati membri possono prevedere che anche altri interessati abbiano tali diritti» per, poi, precisare ulteriormente che «gli Stati membri provvedono affinché anche tali altri interessati abbiano il diritto di accesso al fascicolo, il diritto a essere ascoltati su questioni di diritto e di fatto nonché qualsiasi altro diritto procedurale necessario affinché possano esercitare efficacemente il loro diritto a un ricorso effettivo. L'accesso può essere limitato

¹³⁷ CGUE, 21 ottobre 2021, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, EU:C:2021:864, § 69.

ai documenti connessi alla misura di congelamento o confisca nella misura in cui gli interessati possano avere accesso ai documenti necessari a esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo».

In linea con tale disciplina anche il Regolamento n. 1805/2018 prevede la tutela dei terzi in buona fede, a partire dall'obbligo di informare le parti coinvolte nell'esecuzione di un ordine di sequestro, e di precisare le ragioni del provvedimento, come del resto previsto dall'art. 8 della Direttiva n. 42/2014, e i rimedi disponibili (art. 21), e l'obbligo degli Stati membri di fornire mezzi di ricorso nello Stato di esecuzione (articolo 33) a tutte le parti interessate, compresi i terzi in buona fede nonché l'obbligo dello Stato richiedente del sequestro di informare lo Stato richiesto dell'esistenza di interessi di terzi in buona fede (articolo 14).

In relazione al congelamento e alla confisca nei confronti dei beni di terzi prevista dalla Direttiva 42/2014 all'art. 7 e 6 incominciano a essere presentati diversi ricorsi pregiudiziali *ex art. 267 TFUE* circa la garanzia del diritto di difesa in capo al terzo; la Corte di Giustizia ha precisato che l'art. 8, paragrafo 1, della direttiva 2014/42/UE «deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale, quando dei beni sono congelati quali sospetti beni strumentali o proventi da reati, il proprietario di tali beni, terzo in buona fede, non è legittimato, durante la fase giudiziale del procedimento penale, a proporre dinanzi al giudice competente una domanda di restituzione di detti beni»¹³⁸. La Corte precisa «a motivo del carattere generico della formulazione di tale disposizione» che «le persone alle quali gli Stati membri devono garantire mezzi di ricorso effettivi ed un giudice imparziale sono non soltanto quelle riconosciute colpevoli di un reato, ma anche i terzi i cui beni siano colpiti dalla decisione di congelamento»¹³⁹, chiarendo che «tale interpretazione discende altresì dal considerando 33 della direttiva 2014/42, il quale enuncia, in sostanza, che quest'ultima ha conseguenze rilevanti sui diritti delle persone, non solo degli indagati o degli imputati, ma anche di terzi che non sono coinvolti in un procedimento penale e che però sostengono di essere i proprietari dei beni in questione. In base a tale considerando, è dunque necessario prevedere specifiche garanzie e mezzi di ricorso giudiziali al fine di assicurare la salvaguardia dei diritti fondamentali di tali persone nell'attuazione della direttiva suddetta»¹⁴⁰. L'«articolo 8, paragrafi 1, 7 e 9 della Direttiva 2014 /42/UE, letto in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale permetta la confisca, a favore dello Stato, di un bene di cui si affermi che appartiene ad una persona diversa dall'autore del reato, senza che tale persona abbia la facoltà di intervenire quale *parte* nel procedimento di confisca»; il terzo «deve essere informato del suo diritto di intervenire quale *parte* nell'ambito di detto procedimento, nonché del suo *diritto di essere ascoltato*, e deve essere messo in condizione di esercitare tali diritti e di far valere il proprio titolo di proprietà *prima*

¹³⁸ CGUE, RR, JG, C-505/20, cit.

¹³⁹ CGUE, RR, JG, C-505/20, cit., § 34; cfr. CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 76 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁴⁰ CGUE, RR, JG, C-505/20, cit., § 35; CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 77.

che venga adottata una decisione di confisca»¹⁴¹ (corsivo agg.). «Il diritto di avvalersi di un avvocato durante tutto il procedimento di confisca comporta con tutta evidenza il diritto per tale terzo di essere ascoltato nell'ambito di questo procedimento, diritto quest'ultimo che, secondo la giurisprudenza della Corte, garantisce al suo titolare la possibilità di far conoscere in modo utile ed effettivo il proprio punto di vista (v., in tal senso, sentenza del 26 luglio 2017, Sacko, C-348/16, EU:C:2017:591, punto 34), ciò che viene confermato dal considerando 33 della direttiva 2014/42». Il terzo ha il diritto di «far valere tale diritto al fine di *prevenire* l'adozione stessa di una tale decisione». Nel caso di specie, la possibilità concessa al terzo dal governo bulgaro di ricorso in sede civile contro il provvedimento di confisca non è sufficiente¹⁴².

Recentemente, infine, la Corte di Giustizia ha precisato nel garantire il diritto di difesa del terzo rispetto a un provvedimento di confisca di durata eccessiva, che «il terzo in buona fede proprietario di un bene congelato possa, anche nel corso del procedimento giudiziario, far esaminare dal giudice competente se le condizioni poste per il congelamento di tale bene restino soddisfatte», con la conseguenza che una normativa nazionale che non preveda tale garanzia è contraria all'articolo 8 (1), della direttiva 2014/42¹⁴³.

9. La confisca allargata.

Nella proposta di direttiva viene ampliato il campo di applicazione della confisca estesa (articolo 14) a tutti i reati di cui all'articolo 2 rappresentati dai c.d. *eurocrimes* in cui oggi rientra anche la violazione delle misure restrittive dell'UE, nonché da altri reati realizzati attraverso un'organizzazione criminale e i reati armonizzati – «qualsiasi altro reato definito in altri atti giuridici dell'Unione qualora questi prevedano specificamente tale applicazione a detti reati» –. Il Consiglio precisa come la norma debba essere applicabile “almeno” (“*at least*”) a tutte le fattispecie comprese nell'art. 2, paragrafi da 1 a 4 della proposta di Direttiva laddove possano essere punite con una misura privativa della libertà superiore nel massimo ad almeno 4 anni («Ai fini del presente articolo, il concetto di "reato" comprende almeno le figure elencate all'articolo 2, paragrafi da 1 a 4, qualora punibili con una pena privativa della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni»); si vuole così non tanto delimitare l'ambito di applicazione della presunzione di illecito arricchimento, su cui si fonda questa forma di confisca, ai reati più gravi, ma piuttosto si vuole imporre l'obbligo di introdurre questa misura almeno per i reati più gravi puniti con un massimo di almeno 4 anni. In tal modo, come evidenziato in dottrina, si dovrebbe agevolare il reciproco riconoscimento senza verificare la doppia incriminabilità delle condotte. In mancanza di altre indicazioni tale

¹⁴¹ CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 81; CGUE, 26 luglio 2017, Sacko, C-348/16, § 82.

¹⁴² L'azione di rivendicazione, disciplinata dall'articolo 108 dello *Zakon za sobstvenostta* (legge sulla proprietà, DV n. 92, del 16 novembre 1951).

¹⁴³ CGUE, RR, JG, C-505/20, cit., § 37.

soglia sanzionatoria dovrebbe riferirsi alla normativa nazionale, diversamente da quanto previsto dall'art. 5, comma 2 Direttiva 2014/42, che fa riferimento agli strumenti normativi europei indicati nell'art. 3, o ai sensi del diritto nazionale «se lo strumento in questione non precisa una soglia di punibilità»¹⁴⁴.

Anche nella direttiva attuale, in ogni caso, la confisca estesa di cui all'articolo 5, paragrafo 2 è applicabile non solo per i reati espressamente menzionati all'articolo 5, ma per tutti i reati previsti dal relativo strumento all'articolo 3 e punibili con una pena detentiva pari ad almeno 4 anni; inoltre l'articolo 3 consente l'applicazione della Direttiva non solo ai reati elencati (eurocrimini) ma anche ai reati contenuti in «altri strumenti giuridici qualora tali strumenti prevedano espressamente che la presente Direttiva si applichi ai reati ivi armonizzati»¹⁴⁵.

Nel considerando 25 della proposta si giustifica l'introduzione di questo modello «con lo scopo di contrastare efficacemente le attività della criminalità organizzata», fermo restando che l'ambito di applicazione della fattispecie non è limitato a questo settore; in realtà nasce proprio nel settore della lotta alla criminalità organizzata l'esigenza di introdurre forme di confisca allargata capaci di sottrarre assetti patrimoniali di origine illecita accumulati nel tempo, rispetto ai quali è difficile dimostrare il nesso causale con specifici reati, per cui si ammettono forme di alleggerimento dell'onere della prova.

All'articolo 14 la descrizione di questa forma di confisca rimane la stessa; ciò che prima era contenuto in un unico paragrafo dell'articolo 5 della Direttiva del 2014, ora è contenuto in due paragrafi distinti. «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato, qualora tale reato possa produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, e laddove l'autorità giudiziaria nazionale sia convinta che i beni derivino da condotte criminose. 2. Nel determinare se i beni in questione derivino da condotte criminose si tiene conto di tutte le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata». Nella

¹⁴⁴ AGUADO (2023), p. 26. Nell'art. 3 del Regolamento (UE) 2018/1805, è previsto che per eseguire un provvedimento di sequestro o di confisca senza verifica della doppia incriminabilità dei fatti che li hanno originati, tali fatti devono essere punibili nello Stato di emissione "con una pena privativa della libertà della durata massima non inferiore a tre anni" e costituiscono uno o più dei trentadue reati elencati, sul modello della direttiva sul mandato di arresto europeo; molti tra questi reati rientrano nell'ambito di applicazione della futura Direttiva.

¹⁴⁵ Cfr. CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 71: «Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda e alla terza questione dichiarando che la direttiva 2014/42 deve essere interpretata nel senso che essa non prevede unicamente la confisca dei beni che costituiscono un vantaggio economico derivante dal reato per il quale l'autore dello stesso è stato condannato, ma contempla altresì la confisca dei beni appartenenti a tale autore del reato relativamente ai quali il giudice nazionale investito della causa sia convinto che derivano da altre condotte criminose, nel rispetto delle garanzie previste dall'articolo 8, paragrafo 8, di tale direttiva e a condizione che il reato di cui detto autore è stato dichiarato colpevole figurì tra quelli elencati all'articolo 5, paragrafo 2, di detta direttiva e sia suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico ai sensi di quest'ultima».

versione emendata dal Consiglio si precisa «qualora il reato commesso [...] possa produrre», invece di «qualora tale reato possa produrre».

Anche nel nuovo articolo 14 permane una certa ambiguità riguardo allo standard della prova richiesto per applicare questa forma di confisca allargata, che consente di sottrarre non solo i beni di accertata origine illecita (di cui sia provato il nesso causale con il reato), ma tutti i beni che derivino da attività criminose ad avviso dell'autorità giudiziaria. Nella versione inglese il giudice deve essere "soddisfatto" dell'origine illecita dei beni, come nella Direttiva del 2014; "*satisfied*" suggerisce uno standard probatorio più basso del "convinto" utilizzato nella traduzione italiana della proposta e, in ogni caso, il giudice non deve essere "pienamente convinto" (*fully convinced*), come previsto nell'articolo 3 della decisione quadro 212/2005. Il giudice per essere soddisfatto (o convinto) «prende in considerazione tutte le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e le prove disponibili, come il fatto che il valore della proprietà è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata».

Tuttavia nella proposta, non esiste un considerando corrispondente al considerando 21 dell'attuale direttiva che affermi che «Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività», norma che sembra suggerire l'adozione dello standard della prova civilistico (più probabile che no) rinforzato (molto più probabile, "*substantially more probable*", "*nettement plus probable*"), nel senso che si deve pretendere qualcosa di più del 51% proprio del mero standard civilistico, e cioè si potrebbe trattare dello standard della prova *intermedio* conosciuto negli ordinamenti di *common law*, la "prova chiara ed evidente" (clear and convincing evidence) – intermedio tra quello civilistico e quello penalistico (al di sopra di ogni ragionevole dubbio) –.

Inoltre, l'illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta al n. 5 utilizza un'altra espressione per chiarire il livello della prova necessario per applicare la confisca estesa *ex art. 14*: «*when the national court of a Member State is convinced that the property derives from a criminal activity ("extended confiscation")*» (nella versione italiana «quando l'autorità giurisdizionale nazionale di uno Stato membro è convinta che i beni derivino da una condotta criminosa ("confisca estesa")»); anche nella versione in inglese il giudice nazionale deve essere *convinto*, non solo soddisfatto. Il legislatore europeo non utilizza l'espressione «in base ad una ponderazione delle probabilità» come nel considerando n. 21 della Direttiva 42/2014, che richiama lo standard della prova civilistico, e utilizza invece nella relazione illustrativa il verbo "convincersi". Queste novità fanno intendere o, perlomeno, possono essere interpretate come espressione della volontà del legislatore europeo di confermare che lo standard civile non è sufficiente e di esigere uno standard della prova più elevato. Inoltre, se l'uso del termine "soddisfatto" suggerisce uno standard inferiore, il considerando 33, prendendo atto del carattere invasivo se non afflittivo della confisca («hanno conseguenze rilevanti sui diritti degli indagati e degli imputati, e in casi specifici di terzi che non sono coinvolti in un procedimento penale»), impone il rispetto della presunzione di innocenza sancito dall'articolo 48 della Carta e il considerando 36 recita «la presente Direttiva dovrebbe

essere attuata fatta salva... la Direttiva (UE) 2016/343/UE» sulla presunzione di innocenza. E, allora, si conferma che non è prevista l'inversione dell'onere della prova e che il pubblico ministero deve dimostrare la provenienza delittuosa dei beni da confiscare con uno standard più elevato di quello civilistico, che può oscillare dal «*clear and convincing evidence*» di *common law* allo standard penalistico, valorizzando la traduzione italiana dell'art. 14 ("convinta") e la relazione illustrativa che richiede che «*the national court ...is convinced*», il tutto alla luce dei consideranda 33 e 36 che richiedono il rispetto della presunzione d'innocenza¹⁴⁶.

Nella versione emendata dal Consiglio, in verità, nel considerando 25 si aggiunge sostanzialmente il medesimo contenuto dell'attuale considerando 21 della Direttiva 42/2014: «Gli Stati membri possono prevedere che possa, ad esempio, essere sufficiente che il giudice valuti *sulla base delle probabilità, o presuma ragionevolmente che sia sostanzialmente più probabile*, che i beni in questione siano stati ottenuti mediante condotte criminali piuttosto che mediante altre attività. In questo contesto, il tribunale deve considerare le circostanze specifiche del caso, compresi i fatti e le prove disponibili sulla base delle quali potrebbe essere emessa una decisione sulla confisca estesa» (corsivo aggiunto). Si ritorna al criterio del "*sostanzialmente più probabile*" che sembra richiamare lo standard civilistico rinforzato, che, in ogni caso, come minimo si deve interpretare come pretesa della "prova chiara ed evidente". Nell'interpretare lo standard probatorio previsto dall'art. 5 della Direttiva 42/2014 alla luce del considerando n. 21, la Corte di Giustizia precisa che «*as is apparent from recital 21 of Directive 2014/42, the court must, in any event, be satisfied, on the basis of the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, that the property in question is derived from criminal conduct*»¹⁴⁷; nella traduzione italiana si utilizza il verbo essere convinto «il giudice deve, comunque, essere convinto, in base alle circostanze del caso, ...». Ricordiamoci, del resto, che la Corte EDU ha espressamente considerato sufficiente, addirittura, il mero standard civilistico in relazione alla prova dell'origine illecita dei beni rispetto a una forma di confisca senza condanna nei confronti di soggetti indiziati di corruzione (accompagnata alla incapacità dei destinatari della misura di giustificare l'origine illecita dei beni)¹⁴⁸.

Da ultimo, tuttavia, la Corte Edu – innanzitutto nei casi Balsamo¹⁴⁹ e Todorov¹⁵⁰ – sottolinea l'importanza dell'accertamento del *link* tra beni e reati nel riconoscere la correttezza della procedura di accertamento dell'origine illecita dei beni, in relazione a

¹⁴⁶ GU L 65 dell'11.3.2016, p. 1.

¹⁴⁷ CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 65 ss..

¹⁴⁸ Corte Edu, sez. IV, 12 maggio 2015, *Gogitidze v. Georgia*, n. 36862/05, § 107: «*The Court also found it legitimate for the relevant domestic authorities to issue confiscation orders on the basis of a preponderance of evidence which suggested that the respondents' lawful incomes could not have sufficed for them to acquire the property in question. Indeed, whenever a confiscation order was the result of civil proceedings in rem which related to the proceeds of crime derived from serious offences, the Court did not require proof "beyond reasonable doubt" of the illicit origins of the property in such proceedings. Instead, proof on a balance of probabilities or a high probability of illicit origins, combined with the inability of the owner to prove the contrary, was found to suffice for the purposes of the proportionality test under Article 1 of Protocol No. 1*». Critica MAUGERI, (2015), p. 316 ss.; ID (2015b), p. 964 ss. – 969 ss.

¹⁴⁹ CEDU, 8 ottobre 2019, *Balsamo v. San Marino*, App no. 20319/17 and 21414/17, 89 ss.

¹⁵⁰ CEDU, 13 luglio 2021, *Todorov and others v. Bulgaria*, App no. 50705/11.

forme di confisca estesa alla luce dell'art. 5 della direttiva 2014/42/UE e del considerando 21; la Corte evidenzia che bisogna «accertare un legame tra i proventi e l'attività criminale – inteso in senso ampio e dimostrabile anche con presunzioni –, in assenza del quale la confisca rappresenta un sacrificio sproporzionato del diritto di proprietà ai sensi dell'Art. 1 I Pr. 1 I Pr. CEDU». Per la Corte europea dei diritti dell'uomo è, allora, importante che sia dimostrato, anche se con presunzioni, il legame tra i proventi e l'attività criminale per considerare la confisca estesa un sacrificio proporzionato del diritto di proprietà.

Per il resto il considerando 25 nella versione del Consiglio ribadisce che tale forma di confisca si può applicare se la corte «è convinta che i beni in questione derivino da una condotta criminale, mentre non è richiesta una condanna per tale condotta criminale. La condotta in questione potrebbe costituire qualsiasi tipologia di reato. Non è necessario provare i reati individuali, ma il tribunale deve accertarsi che i beni in questione provengano da tale condotta».

Anche nella proposta di direttiva il valore sproporzionato dei beni (art. 14 (2) e considerando 25 nella versione del Consiglio) è solo un indizio e non può essere l'unica prova dell'origine illecita, diversamente da quanto previsto nell'art. 240-*bis* c.p., come sottolinea anche la Corte Costituzionale nella decisione n. 33/2018. La Corte Costituzionale, infatti, valorizza l'importanza della sproporzione precisando che la confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/92 (la norma che prevedeva la confisca allargata prima di essere inserita nel codice penale nell'art. 240-*bis* con il d.lgs. 21/2018) «si caratterizza, quindi, rispetto al modello di confisca “estesa” prefigurato dalla Dir. 2014/42/UE, per il diverso e *più ridotto standard probatorio*. La sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato — che in base all'art. 5 della direttiva (considerando n. 21) costituisce uno dei “fatti specifici” e degli “elementi di prova” dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare “derivino da condotte criminose” — vale, invece, da sola a fondare la misura ablativa in esame, allorché il condannato non giustifichi la provenienza dei beni, senza che occorra alcuna ulteriore dimostrazione della loro origine delittuosa»¹⁵¹. Nell'ordinamento spagnolo e nell'ordinamento tedesco, invece, in attuazione della direttiva, la sproporzione è indicata come elemento di prova dell'origine illecita dei beni insieme ad altri elementi fattuali, rispettivamente nella descrizione del *decomiso ampliado* (art. 127-*bis*, 127-*quinquies* e 127-*sexies* c.p.), e come “*crassa sproporzione*” nel § 437 Absatz 1 Satz 2 StPO¹⁵².

La scelta del legislatore europeo, accolta in altri ordinamenti, sembra preferibile in considerazione del fatto che in dottrina sono stati avanzati dubbi circa l'adeguatezza di questo parametro a provare la provenienza illecita dei beni, a costituire un sufficiente indizio ossia un'attendibile prova indiretta di tale provenienza¹⁵³, trattandosi di un indizio in sé insufficiente che acquista valenza probatoria in virtù dello *status* di

¹⁵¹ cfr. MAUGERI, (2015), p. 319; anche la decisione quadro n. 212/2005 sui poteri allargati di confisca considera, all'art. 3 lett. c), la sproporzione come elemento probatorio nell'ambito di una più ampia prova dell'origine illecita dei beni da confiscare.

¹⁵² *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16*, 01.07.2017

¹⁵³ NANULA, (2009), p. 42 ss.; MANGIONE, (2001), p. 287; CONTRAFATTO, (2010), p. 308; D'ASCOLA, (2013), p. 51.

condannato del soggetto al quale si riferisce; si rischia così di fondare sulla qualifica di condannato e su tale indizio insufficiente (la sproporzione) la presunzione che il soggetto abbia commesso ulteriori delitti (o, comunque, sia in essi coinvolto), anche se non sono stati oggetto di un accertamento processuale, e che il suo patrimonio provenga da tali delitti. Il tutto in evidente contrasto con la presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27 c. 2 Cost. Non solo, ma quando si tratta di provare la sproporzione in relazione ad attività economico/imprenditoriale emerge la problematicità dell'accertamento di tale elemento, che si gioca a colpi di perizie¹⁵⁴; e, allora, il giudice dovrebbe operare come il rasoio di Ockam per selezionare la scienza spazzatura¹⁵⁵ e garantire i diritti della difesa e la correttezza del contraddittorio¹⁵⁶.

Sarebbe auspicabile, in ogni caso, l'adozione dell'interpretazione rigorosa fornita dalla Suprema Corte italiana in relazione a tale elemento, nel senso che la sproporzione deve essere accerta da parte dell'accusa¹⁵⁷ tra il valore del patrimonio dell'imputato e il suo reddito o la sua attività economica in relazione a ciascun bene al momento dell'acquisto. Non si può utilizzare la sproporzione come mero elemento indiziario dell'illecita provenienza di tutto il patrimonio, trasformando la confisca *allargata* da mero strumento di sottrazione dei profitti di origine illecita a confisca generale dei beni¹⁵⁸. Tale interpretazione garantista è autorevolmente confermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2018: la sproporzione «non consiste in una qualsiasi discrepanza tra guadagni e possidenze, ma in uno squilibrio incongruo e significativo, da verificare con riferimento al momento dell'acquisizione dei singoli beni». Da ultimo si evidenzia anche l'importanza di un corretto accertamento processuale di tale elemento precisando che «non è censurabile in sede di legittimità la valutazione relativa alla sproporzione..., ove la stessa sia congruamente motivata dal giudice di merito con il ricorso a parametri suscettibili di verifica e sia preceduta da un adeguato e razionale confronto con le avverse deduzioni difensive»¹⁵⁹.

Nella versione della Commissione non viene più menzionata la limitazione temporanea della presunzione di origine illecita, prevista nel considerando 21 della Direttiva del 2014, «Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose», né si richiede quel requisito di “ragionevolezza temporale”, già previsto nell'art. 3 della decisione

¹⁵⁴ MANGIONE, (2009), p. 23

¹⁵⁵ STELLA, (2003), pp. 391 ss.

¹⁵⁶ MAUGERI, (2017), p. 580

¹⁵⁷ Cass., sez. VI, 31 marzo 2016, n. 16111; Cass., sez. 2, 17 giugno 2015, n. 29554, rv. 264147.

¹⁵⁸ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490; Cass. 13 gennaio 2022, n. 8217; C 16 ottobre 2018, n. 53449: sproporzione “da valutarsi con riferimento al momento dei singoli acquisti e al valore dei beni di volta in volta acquisiti, non già a quello dell'applicazione della misura”; Cass., sez. V, 25 novembre 2015 (7 gennaio 2016), n.155; Cass., sez. VI, 29 novembre 2013, P.M. in proc. Balducci, n. 47567, in Mass. Uff. n. 258030; Cass., sez. II, 25 ottobre 2013, Coppola, n. 43776, in Mass. Uff. n. 257305; Cass., Sez. 5, 1 luglio 2011, Papa, n. 26041, in Mass. Uff. n. 250922; Cass., sez. I, 13 maggio 2008, Esposito, n. 213572, in Mass. Uff. n. 240091; PICCIRILLO (2012), p. 398 precisa che bisogna applicare le massime di esperienza; MAUGERI, (2001), p. 327; NANULA, (2009), p. 43; CANTONE, (2015), p. 133.

¹⁵⁹ Cass., sez. III, 21 settembre 2021, n. 1555.

quadro n. 212/2005, che pretende che il giudice sia convinto che i beni derivino da «attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole»¹⁶⁰ Tale requisito, però, è ripreso nella versione emendata dal Consiglio nel considerando 25: «Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose». Nell'ordinamento italiano ai fini dell'applicazione della confisca misura di prevenzione e della confisca allargata, prima la giurisprudenza più garantista, – sia di merito sia della Suprema Corte –, e da ultimo anche la Corte Costituzionale (n. 33/2018 e 24/2019) pretendono: per la prima, la *correlazione temporale* tra il momento dell'acquisto dei beni da confiscare e la pericolosità sociale, – intesa innanzitutto in senso diagnostico-cognitivo (rivolta al passato) e cioè come sussistenza di indizi di appartenenza all'associazione criminale o di svolgimento delle attività criminali presupposte¹⁶¹ –; per la seconda, la *ragionevolezza temporale* (la confisca «deve necessariamente essere circoscritta in un ambito di *ragionevolezza temporale* che consenta di operare un collegamento tra i beni e il fatto criminoso»; «il momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare, cioè, talmente lontano dall'epoca di realizzazione del “reato spia” da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna»¹⁶²).

Tale requisito, inoltre, come esaminato in altra sede, non solo è richiesto in diversi ordinamenti (come quello spagnolo o austriaco – § 20b StGB –, anche in forma rigida consentendo di applicare la presunzione di origine illecita dei beni solo per quelli acquisiti nei 5/6 anni antecedenti la condanna, come rispettivamente per l'ordinamento macedone¹⁶³ o britannico e irlandese), ma soprattutto consente di delimitare la

¹⁶⁰ «a) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure b) quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di analoghe attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie».

¹⁶¹ Cass., sez. II, 06.06.2019, n. 31549; Cass., sez. V, 22.02.2019, n.43405; Cass. sez. II, 13.03.2018, n. 14165; Cass. sez. VI, 08.06.2017, n.48610; Cass., sez. VI, 17.05.2017, n. 31634, Lamberti e altro, Rv. 270711; Cass., sez. I, 15.01.2016, n. 30219; Cass., SS.UU., 2.2.2015, n. 4880, *Spinelli*; Cass., Sez. I, 4.12.2014, n. 14817; Cass., Sez. II, 15 gennaio 2013, Castello e altri, n. 3809, in *CED Cass.*, 254512; Cass., sez. VI, 18.10.2012, n. 10153; Cass., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, C. e altro; Cass., 21 aprile 2011, n. 27228, Cuozzo, Rv. 250917; Cass., 9 febbraio 2011, n. 6977, B. e altro Cass. 15 gennaio 2010, Quartararo, in *Foro it. Rep.* 2010, voce Misure di prevenzione, n. 39; Cass. 15 dicembre 2009, n. 2269; Cass., sez. I, 4 giugno 2009, n. 35175; Cass. 29 maggio 2009, n. 35466; Cass., sez. I, 11 dicembre 2008, n. 47798, C., in *Cass. pen.* 2009, 10, 3977), ribadendo - riprendendo la sentenza Giammanco e Mineo (Cass., 12 dicembre 2007 (22 gennaio 2008), n. 3413; Cass., sez. V, 23 marzo 2007, n. 18822, in C.E.D. Cass., n. 236920; Cass., Sez. V, 13 giugno 2006, n. 24778, ivi, n. 234733; Cass., Sez. V, 25 novembre 1997, n. 5365, ivi, n. 210230).

¹⁶² Cass., 20 settembre 2022, n. 34800; Cass. 2 ottobre 2020, n. 27427; Cass., sez. 2, 26 ottobre 2018, n. 52626; Cass., sez. II, 14 aprile 2017, n. 18951, in C.E.D. Cass., n. 269657; Cass., sez. I, 19 dicembre 2016, n. 51; Cass., sez. I, 16 aprile 2014, n. 41100, Rv. 260529; Cass., sez. VI, 12 gennaio 2010, n. 5452, in *Cass. pen.* 11, 610.

¹⁶³ Art. 98 a codice penale.

presunzione di illecita accumulazione patrimoniale¹⁶⁴ in conformità al principio di proporzione¹⁶⁵ e di renderla maggiormente ragionevole e fondata – tanto più vicino l’acquisto del bene (soprattutto se sproporzionato) al momento di consumazione del reato oggetto di condanna, tanto più fondata la presunzione dell’origine illecita del bene – e, perciò, conforme ai principi di tassatività e alla stessa presunzione d’innocenza, sia come regola della dignità della prova (supportando sotto un profilo indiziario la presunzione in questione, come si afferma nella sentenza della Corte Cost. 24/2019 e nella sentenza Spinelli delle Sezioni Unite¹⁶⁶), sia come regola dell’esclusività dell’accertamento della colpevolezza in sede processuale, che impone che il condannato possa subire solo le conseguenze di fatti provati in giudizio nell’ambito di un regolare processo (il fatto di colpire solo gli ingiustificati arricchimenti temporalmente connessi con l’attività criminale accertata consente, infatti, di alleggerire il rischio di rispondere, perlomeno nella forma minima della confisca, anche per fatti non provati in giudizio). Tale delimitazione temporale, inoltre, alleggerisce o perlomeno rende meno onerosa per il proprietario la prova dell’origine lecita del suo patrimonio nel rispetto del diritto di difesa (che rischia di diventare una *probatio diabolica* se deve coprire i beni acquisiti in tutta la vita, senza alcuna delimitazione temporale).

Anche nel sistema presentato nella proposta di Direttiva, la delimitazione (ragionevolezza) temporale rappresenterebbe un importante indizio dell’origine illecita del bene e, quindi, è assolutamente apprezzabile la proposta in tale direzione del Consiglio. Una precisazione sembra, però, importante. La pretesa di tale requisito nella nuova direttiva è auspicabile, purché, però, tale requisito non venga posto a fondamento di una sorta di presunzione pura di origine illecita dei beni acquisiti in un certo lasso di tempo connesso al reato, senza richiedere in ogni caso lo sforzo probatorio da parte dell’accusa circa l’origine illecita dei beni; in una simile ipotesi la delimitazione temporale non renderebbe la forma di confisca in esame maggiormente conforme al principio di proporzione e alla presunzione di innocenza, ma introdurrebbe una sorta di inversione pura dell’onere della prova rispetto all’origine illecita dei beni acquisiti in quel determinato periodo. Ad esempio nell’ordinamento spagnolo nell’art. 127-*bis*, comma 1, CP non si stabilisce alcun termine, ma si prevede che la Corte debba decidere «sulla base di fondate prove oggettive, che i beni o i proventi provengano da un’attività delittuosa, e non è provata la loro lecita provenienza», valutando, tra l’altro, le indicazioni previste dal comma 2 della stessa disposizione, tra le quali, in primo luogo, si elencano «la sproporzione tra i beni e i proventi in questione ed i beni di lecita provenienza del condannato». Per contro, per applicare la confisca allargata per progressi reati disciplinata dall’art. 127-*quinquies*, «si presumerà che tutti i beni acquisiti dal condannato entro il termine che decorre da sei anni prima della data di apertura del procedimento penale provengano dalla sua attività criminosa»¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Così MAUGERI, (2015 a), p. 956; Cass. S.U., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, *Mass. Uff.* n. 26260 in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 922-111. Cfr. SCHULTEHINRICH, (1991), 165.

¹⁶⁵ Si veda MAUGERI, (2001), pp. 625 – 695.

¹⁶⁶ Cass., Sez. Un., 20 giugno 2014, n. 4880, Spinelli, cit.

¹⁶⁷ Cfr. AGUADO, (2015), p. 1041 s. Cfr. DIVA-SERRA CRUZ (2023), pp. 155 ss.

10. La confisca senza condanna *ex art. 15* della proposta: non è un'*actio in rem*.

Uno dei settori dove la proposta di direttiva presenta le più rilevanti novità è quello della confisca senza condanna, come accennato, e, del resto, è questa una delle finalità della nuova Direttiva e cioè quello di «*introducing more effective rules on non-conviction based confiscation*», come stabilito nel Report della Commissione in materia del 2020¹⁶⁸, in cui si riconosce che alcuni Stati dispongono di efficaci modelli di confisca senza condanna, procedimenti *in rem* e «*unexplained wealth procedures*», che si sono dimostrati molto efficienti; alcune esperienze, come quella italiana e tedesca, sembrano particolarmente promettenti. Tanto è vero che la Commissione si è posta come obiettivo quello di verificare se queste esperienze possano rappresentare un valido modello per un potenziale futuro modello di «*non-conviction based confiscation regime*», quale appunto quello proposto con questo nuovo progetto di Direttiva¹⁶⁹.

La prima norma in materia è quella contenuta nell'art. 15 che assorbe le previsioni dell'attuale art. 4, c. 2. Tale disposizione si applica «alla confisca di beni strumentali e proventi o beni ai sensi dell'articolo 12, o trasferiti a terzi ai sensi dell'articolo 13», quindi sia la confisca dei proventi sia la confisca degli strumenti del reato, e addirittura anche la confisca dei proventi nei confronti dei terzi, ma non si applica alla confisca estesa *ex art. 14*, in linea con quanto previsto dall'art. 4 (2) della Direttiva 42/2014.

L'ambito di applicazione di tale disposizione è limitato ai reati puniti con una pena massima di almeno 4 anni di reclusione; come precisato al comma 4 e al considerando 26, «per ragioni di proporzionalità, la confisca dei beni senza previa condanna dovrebbe essere limitata ai casi di reati gravi». Una scelta condivisibile alla luce del principio di proporzione; il Consiglio propone l'abolizione di tale limite, facendo diventare l'art. 15 norma generale, mentre ammette l'inserimento di tale limite, come esaminato, per la confisca estesa prevista dall'art. 14. Tale differente scelta del Consiglio potrebbe essere motivata dalla considerazione che la confisca allargata si fonda su una presunzione di illecito arricchimento con affievolimento degli standard probatori, mentre la confisca senza condanna ai sensi dell'art. 15, in realtà, come si

¹⁶⁸ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime does not pay, Brussels, 2.6.2020 COM(2020) 217 final, 17

¹⁶⁹ Idem, 14. Cfr. BALSAMO-FUSCO, (2023): «Dall'*Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union* pubblicata il 12 aprile 2019 dalla Commissione Europea emerge un dato di indubbio rilievo: in tutti gli Stati dell'Unione Europea sono state introdotte forme di confisca non basate sulla condanna, quantomeno nelle ipotesi in cui è impossibile pervenire ad una sentenza affermativa della responsabilità penale dell'imputato. Il modello in questione ha ricevuto un forte sostegno anche da un consesso politico internazionale contrassegnato da una intensa cultura garantistica come l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, la quale nella risoluzione n. 2218 del 26 aprile 2018 ha qualificato la *non-conviction based confiscation* come "il modo più realistico per gli Stati di affrontare l'enorme, e inesorabilmente crescente, potere finanziario della criminalità organizzata, al fine di difendere la democrazia e lo stato di diritto"».

esaminerà, rimane legata ad alcune ipotesi limitate in cui si accerta il reato e quindi l'origine illecita dei proventi o il nesso strumentale dei beni, ma non sia possibile pronunciare la condanna per una serie di ragioni.

In realtà, infatti, il modello di confisca senza condanna proposto dall'art. 15 non rappresenta una vera e propria *actio in rem* – come non la rappresenta l'attuale modello previsto dall'art. 4, c. 2 Direttiva 2014/42/UE per il caso di “malattia o fuga dell'indagato o imputato” –, ma è destinato a garantire l'applicazione della confisca «nei casi in cui un procedimento penale sia stato avviato ma non sia stato possibile farlo proseguire a causa delle circostanze seguenti»: malattia, fuga, morte, immunità, amnistia, scadenza dei termini previsti dalla normativa nazionale. Non si tratta di un autonomo procedimento in rem contro i beni, ma questo modello di NCBC (Non-Conviction Based Confiscation) consente al giudice solamente di proseguire ai fini della confisca il procedimento che “sia stato” già “avviato” e non può essere continuato ai fini dell'accertamento della responsabilità penale e della condanna; non può essere iniziato un autonomo procedimento solo ai fini della confisca, il procedimento deve essere stato avviato in sede penale per pervenire ad una condanna, salvo il successivo intervento di una delle cause ostative indicate.

Non solo ma l'articolo 15 prevede che l'applicazione della confisca senza previa condanna sia possibile «solo nella misura in cui l'autorità giudiziaria nazionale sia convinta che si configurino tutti gli elementi del reato» e che «il concetto di "reato" comprende le figure elencate all'articolo 2 qualora punibili con una pena privativa della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni». Ciò significa che per applicare questo modello di confisca, il giudice deve essere convinto, anche sulla base di un livello di prova inferiore, "soddisfatto" nella versione inglese e non convinto o pienamente convinto, che uno specifico reato, elencato nell'articolo 2, punibile con la privazione della libertà per un massimo di almeno quattro anni, sia stato commesso. In maniera simile ai sensi dell'art. 578-bis c.p. nell'ordinamento italiano il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

Questo modello di confisca, allora, non è un *actio in rem*, un reale modello di confisca senza condanna: non prevede una procedura finalizzata esclusivamente a verificare l'origine criminale dei beni da confiscare e la mancanza di una valida giustificazione dell'origine lecita dei beni; si tratta piuttosto di un'ipotesi in cui il procedimento di confisca senza condanna è accessorio al processo penale, dal quale diviene autonomo qualora quest'ultimo «non sia stato possibile farlo proseguire». In ogni caso il giudice deve accertare «che si configurino tutti gli elementi del reato».

L'onere della prova, come si esaminerà nel prosieguo, spetta all'accusa che deve convincere (o soddisfare) l'autorità giudiziaria della configurazione di tutti gli elementi del reato e dell'origine illecita (proventi) o del carattere strumentale (al reato) dei beni da confiscare; la norma non prevede in alcun modo forme di inversione dell'onere della prova.

10.1. Ratio e presupposti.

Se non emergono dubbi sull'opportunità di sottrarre i proventi di origine illecita anche laddove si verificano le situazioni previste dall'art. 15 che impediscano di pervenire a una condanna, perché il reo non ha diritto a detenere i proventi del crimine, non essendo il reato un legittimo titolo di acquisto di beni – così garantendo che il crimine non paghi in chiave general-preventiva –, qualche perplessità sorge sull'opportunità politico criminale di applicare la confisca senza condanna anche in relazione agli strumenti del reato. La *ratio* dell'applicazione della confisca degli strumenti del reato in mancanza di una condanna definitiva dovrebbe essere quella di sottrarre alla disponibilità del proprietario dei beni funzionali all'eventuale reiterazione del reato anche se non si sia pervenuti alla condanna per le ragioni previste, e, quindi, si dovrebbe giustificare solo rispetto a beni effettivamente necessari per la consumazione del reato perseguendo la finalità preventiva/interdittiva di questa forma di confisca, altrimenti prevarrebbe un mero carattere afflittivo/punitivo che poco si concilia con la mancanza di condanna. Chiaramente il problema non si pone laddove si tratti di beni il cui possesso sia di per sé illegale – come nell'ipotesi prevista dall'art. 240, c. 2, n. 2 c.p. – e che quindi non possono essere detenuti anche in mancanza di una condanna per lo specifico reato; in questo caso si tratterà semplicemente di applicare il regime giuridico del bene.

Tale forma di confisca, come accennato, nella versione della Commissione è prevista in caso di malattia, fuga, morte, immunità, amnistia, prescrizione.

Nel considerando 27 della proposta si precisa che «per malattia si dovrebbe intendere l'impedimento dell'indagato o dell'imputato a comparire nel procedimento penale per un periodo prolungato e, di conseguenza, l'impossibilità di proseguire il procedimento»; il Consiglio prosegue, precisando – a scanso di equivoci – che «Non sono interessati i casi in cui la malattia comporta solo una sospensione temporanea del procedimento penale, che può continuare dopo la sospensione»¹⁷⁰.

Nella versione emendata dal Consiglio si elimina l'ipotesi di immunità e amnistia, ma si precisa che gli Stati membri devono adottare questo modello di confisca “almeno” (“*at least*”) nei casi indicati; ne consegue che l'adozione della confisca senza condanna sarà obbligatoria nel caso di malattia, fuga, morte e prescrizione, fermo restando che gli Stati membri possono, anzi dovrebbero, prevederla anche in altri casi. In realtà considerando la particolarità di questa ipotesi che consente di garantire che il crimine non paghi, previo accertamento del reato e del carattere illecito dei proventi, ne sarebbe opportuna l'applicazione anche in caso di immunità e amnistia; ipotesi quest'ultima, peraltro, espressamente prevista nel considerando 26 in cui si precisa che «gli Stati membri sono incoraggiati a consentire la confisca anche quando una condanna definitiva non è possibile perché l'indagato o imputato non può essere considerato

¹⁷⁰ Il Parlamento propone di consentire la confisca in caso di malattia solo se provoca la prescrizione («*illness of the suspected or accused person, where the inability to continue proceedings because of that illness results in the expiry of the time limits laid down in national law for criminal liability*»), ma a questo punto sarebbe solo una ripetizione di quest'ultima causa.

responsabile in virtù di un'amnistia concessa prima della condanna definitiva come previsto dal diritto nazionale».

Nello stesso considerando 26 il Consiglio precisa che «In caso di malattia e di fuga, l'esistenza di un procedimento in contumacia negli Stati membri dovrebbe essere sufficiente per adempiere all'obbligo di consentire la confisca di cui alla prima frase»; si prevede, inoltre, nell'art. 23 al n. 3 (contenuto ripreso nel considerando n. 26), che «in caso di fuga dell'indagato o dell'imputato, gli Stati membri adottano ogni misura ragionevole per garantire l'effettiva possibilità di impugnare il provvedimento di confisca, e dispongono affinché il soggetto in questione sia chiamato a comparire nel procedimento di confisca o affinché sia compiuto ogni sforzo ragionevole per informarlo di tale procedimento». Negli ordinamenti come quello italiano che consentono il processo in contumacia, la fuga non impedirà il processo e l'applicazione della confisca, ferma restando l'importanza del richiamo alla necessità di compiere ogni sforzo ragionevole per informarlo, nell'apprezzabile tentativo e impegno di garantire il diritto di difesa, nonostante la fuga.

Per il caso di prescrizione il testo precisa «f) prescrizione dei termini stabiliti dal diritto nazionale, laddove tali termini non siano sufficientemente estesi da consentire un'efficace indagine ed esercizio dell'azione penale riguardo ai reati rilevanti». Giustamente il Consiglio propone di eliminare tale precisazione che rischia di complicare le scelte dei legislatori nazionali che dovrebbero stabilire se il termine di prescrizione sia sufficiente o meno e, quindi, se sia necessario o meno introdurre tale ipotesi di confisca senza condanna; a parte la scarsa tassatività del criterio adottato (termine sufficientemente esteso) in violazione del principio di legalità *ex art. 49 della Carta dei diritti fondamentali*¹⁷¹.

Il Consiglio dell'Unione europea, a sua volta, limita la possibilità di "soprsedere" all'intervenuta prescrizione ai fini della confisca esclusivamente nei casi in cui il procedimento penale fosse stato già avviato per i reati rilevanti (*the limitation periods prescribed by national law for the relevant criminal offences have expired after the initiation of criminal proceedings*) che rappresenta, in realtà, l'ipotesi propriamente prevista dalla norma ai sensi dell'art. 15, n.1 («nei casi in cui un procedimento penale sia stato avviato ma non sia stato possibile farlo proseguire a causa almeno delle circostanze seguenti»).

Nella versione della Commissione per applicare tale forma di confisca, come già evidenziato, l'autorità giudiziaria nazionale deve essere «convinta che si configurino tutti gli elementi del reato», e di uno specifico reato elencato nell'articolo 2, punibile con la privazione della libertà per un massimo di almeno quattro anni. La norma non introduce presunzioni o forme di inversione dell'onere della prova e, quindi, l'onere della prova spetta innanzitutto all'accusa, anche se in base ad uno standard più basso di quello strettamente penalistico se si evidenzia che nella versione inglese si usa il verbo "*satisfied*"; fermo restando che anche in questo caso non solo nella versione italiana si

¹⁷¹ AGUADO (2023), p. 32. Il Parlamento individua in 15 anni il termine di prescrizione che garantirebbe la sufficiente efficacia delle indagini o dell'esercizio dell'azione penale e, dunque, non permetterebbe la confisca di cui al presente articolo.

usa il verbo “*convinced*”, ma comunque i richiami all’obbligo di rispettare la presunzione d’innocenza previsti nei consideranda 33 e 36 rimangono validi. Il Consiglio non richiede il convincimento del giudice della configurazione di tutti gli elementi del reato, ma richiede, riprendendo in parte la dicitura dell’attuale art. 4 (2) della Direttiva 42, che tale forma di confisca si applica laddove «il procedimento penale avrebbe potuto sfociare in una condanna penale se non fossero esistite le circostanze di cui al capoverso 1», e quindi in ogni caso si richiede l’accertamento di tutti gli elementi del reato che avrebbero potuto condurre ad una condanna per applicare tale forma di confisca; l’espressione adottata dalla Commissione sembra più semplice e diretta, l’espressione adottata dal Consiglio rende meglio l’idea di base che si tratta di un mero procedimento accessorio al procedimento penale che consente di applicare la confisca laddove per le ragioni indicate non sia stato possibile pervenire ad una condanna¹⁷².

Il Parlamento pretende che sia espressamente previsto che gli strumenti, i proventi, i beni da confiscare siano collegati direttamente o indirettamente al reato e che debba essere provata da parte dell’accusa tale correlazione fra beni e reato («*The instrumentalities, proceeds, property to be confiscated must be linked directly or indirectly to the criminal offence. In the determination of the link, account shall be taken of all the circumstances of the case and of all the evidence adduced in the case. The burden of proof shall lie on the prosecution*»); in realtà che si debba trattare di strumenti o proventi del reato emerge già dal primo comma e che l’onere della prova spetti all’accusa dovrebbe, come esaminato, già emergere da una corretta interpretazione della disposizione.

L’art. 15 (2) limita inoltre l’ambito di applicazione di questa forma di confisca «ai reati che possono produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole», precisazione non contenuta nell’art. 4 (2) della Direttiva 42/2014. Tale precisazione sembra piuttosto superflua rispetto alla confisca dei proventi perché che si debba trattare di reati capaci di produrre un vantaggio economico è un presupposto indispensabile per generare i proventi oggetto della confisca, da una parte; il carattere “considerevole” del “vantaggio economico” potrebbe essere interpretato come requisito aggiuntivo, capace di ulteriormente delimitare l’ambito di applicazione di tale forma di confisca, ma è un criterio quantitativo assolutamente privo di tassatività che può essere discrezionalmente interpretato dagli Stati membri a scapito dell’armonizzazione, tanto è vero che il Consiglio ha eliminato la pretesa del carattere *considerevole*. Tale requisito potrebbe delimitare l’ambito di applicazione della confisca degli strumenti, nel senso che i legislatori nazionali dovrebbero introdurre questo modello di confisca senza condanna degli strumenti del reato solo per reati capaci di produrre un considerevole vantaggio economico; rispetto a una confisca con finalità preventiva/interdittiva la ratio di questa delimitazione non sarebbe, però, del tutto comprensibile, a parte la manifestazione di una generica volontà di delimitare l’ambito di applicazione di una misura particolarmente invasiva nel rispetto del principio di proporzionalità.

¹⁷² AGUADO (2023), p. 32 ritiene che «*a redacción del Consejo resulta, de nuevo, menos confusa y perturbadora que la expresión “todos los elementos de la infracción”, propuesta por la Comisión*».

L'art. 15 (3) pretende che in questo procedimento penale che non può sfociare in una condanna, ma può essere proseguito per applicare la confisca, si garantisca il diritto di difesa del proprietario, che può essere anche un terzo nell'ipotesi di cui all'art. 13, e stabilisce che «Prima che l'autorità giudiziaria emetta un provvedimento di confisca ai sensi dei paragrafi 1 e 2, gli Stati membri garantiscono il rispetto del diritto di difesa dell'interessato, anche accordando l'accesso al fascicolo e il diritto ad essere ascoltato su questioni di diritto e di fatto». Il diritto di difesa dovrebbe essere scontato in uno Stato di diritto, ma questo espresso richiamo al diritto di conoscere le prove e di presentare i propri argomenti è comunque opportuno considerando l'abbassamento delle garanzie che caratterizza nella prassi tali procedimenti e la possibilità di applicare senza condanna anche la confisca nei confronti di un terzo ai sensi dell'art. 13 e, quindi, nei confronti di un soggetto che non era coinvolto in prima battuta nel processo penale, già avviato, ma che non è stato possibile continuare per una delle cause indicate.

Nella Proposta del Parlamento si precisa al comma 3 che oltre a garantire il diritto di difesa del destinatario garantendogli innanzitutto l'accesso al fascicolo e il diritto ad essere ascoltato su questioni di diritto e di fatto, si debba garantire l'accesso a un avvocato; in realtà sembrano precisazioni piuttosto ridondanti, laddove si parla di reale diritto alla difesa. La proposta, come evidenziato e come si esaminerà, specifica già il diritto alla difesa nell'art. 23, prevedendo anche al n. 8 «il diritto a un avvocato durante l'intero procedimento di congelamento e confisca» e il diritto a essere «informate di tale diritto». Il Consiglio, infatti, elimina tale n. 3 dell'art. 15.

Nell'ordinamento italiano l'accoglimento dell'art. 15 della Direttiva imporrebbe l'estensione a tutte le forme di confisca obbligatoria del profitto e degli strumenti del reato, a partire dalla confisca obbligatoria del prezzo *ex art. 240 c.p.*, dell'ambito di applicazione dell'art. 578-*bis* c.p. (introdotto dal d.lgs. 18/2021, che ha ripreso il c. 4-*septies* dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/92 introdotto dalla l. 161/17), che ha dapprima previsto la possibilità di applicare la confisca estesa *ex art. 240-bis* c.p. e poi, con la riforma introdotta dalla l. 3/2019, anche la confisca *ex art. 322-ter* c.p. – e anche nella forma per equivalente – in seguito a prescrizione o amnistia, purché già pronunciata in primo grado e il giudizio di responsabilità sia confermato. Il carattere paradossale di tale disciplina è determinato dal fatto che è stata introdotta una norma *ad hoc* per consentire, innanzitutto, l'applicazione della confisca allargata dei proventi del reato in caso di prescrizione e di amnistia – facendo sorgere molte perplessità in dottrina¹⁷³ –, ipotesi non rientrante nell'art. 15 della proposta di direttiva, e non è stata introdotta una simile disciplina per la confisca diretta del profitto laddove obbligatoria e della confisca obbligatoria del prezzo *ex art. 240 c.p.*, ipotesi che sarebbe, invece, assolutamente condivisibile nella misura in cui si tratta di forme di confisca aventi carattere compensativo/ripristinatorio e non punitivo. In queste ultime ipotesi, per altro, l'applicazione della confisca in caso di estinzione del reato è pacificamente prevista in giurisprudenza in base ad un orientamento consolidato,

¹⁷³ MAUGERI, (2018 a), p. 274.

confermato dalle Sezioni Unite nel caso Lucci¹⁷⁴, tranne che nell'ipotesi di confisca di valore perché considerata misura punitiva, anche se poi il legislatore, come accennato, ha espressamente esteso la disciplina dell'art. 578-*bis* c.p.p. anche alla confisca di valore *ex art. 322-ter*¹⁷⁵.

L'esigenza di applicare la confisca obbligatoria del profitto anche nel caso di estinzione del reato, cui risponde l'art. 15 della proposta di direttiva è talmente avvertita dalla nostra giurisprudenza da indurre la Suprema Corte anche a sezioni unite¹⁷⁶ ad estendere l'ambito di applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. alla confisca urbanistica *ex art. 44*, d.P.R. n. 380/2001, e alla confisca tributaria *ex art. 12-bis* d.lgs. 74/2000¹⁷⁷, interpretando il riferimento "ad altre disposizioni di legge" come richiamo ad ogni forma di confisca obbligatoria prevista da leggi speciali¹⁷⁸ ragion per cui si ritiene applicabile tale norma a tali ipotesi a partire dalla sua entrata in vigore nel 2018¹⁷⁹. Tale interpretazione non sembra accettabile laddove l'art. 578-*bis* c.p.p. prevede espressamente che si applica «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal comma 1 dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge», richiamando solo le forme di confisca allargata previste da leggi speciali (come in materia doganale e di traffico di stupefacenti¹⁸⁰, oggi in materia tributaria con l'art. 12-*ter* nel D.Lgs. n. 74/2000 introdotto dal D.L. n. 124/2019); si tratta di un'interpretazione analogica in contrasto con il principio di legalità e con un criterio di interpretazione letterale e sistematico¹⁸¹.

¹⁷⁴ In caso di estinzione del reato per prescrizione intervenuta in appello o nel giudizio di cassazione, il giudice può disporre, a norma dell'art. 240, co. 2, n. 1, c.p., la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio, Cass., S.U., 21 luglio 2015, Lucci, n. 31617; GUARNERI, (1959), p. 42; GULLO, (1981), p. 47; MANZINI, (1950), p. 391.

¹⁷⁵ Cass. 18 marzo 2021, n. 20793. In materia sia consentito il rinvio al commento alla sentenza Perroni (Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539) in MAUGERI, (2020), p. 19 ss.

¹⁷⁶ Cass. Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni.

¹⁷⁷ Cass., sez. III, 2 febbraio 2022, n. 15655; Cass., sez. III, 21 gennaio 2022 n. 7882; Cass., sez. III, 7 settembre 2021, n. 39157.

¹⁷⁸ Cass., sez. 3, 8 novembre 2018 (dep. 2019), n. 5936, Basile; Cass. S.U., 25 ottobre 2018, Milanese, Rv. 274627, n. 6141; *contra* Cass., sez. III, 27 marzo 2019, (dep. 17/07/2019), n. 31282.

¹⁷⁹ Cass., sez. III, 20 settembre 2022 (dep. 10/11/2022), n. 42616; Cass., Sez. Un., 29 settembre 2022 (31/1/2023), n. 4145: «Infatti, i reati tributari – a differenza di quelli previsti dal codice penale e per i quali si applica la confisca di cui all'art. 322-*ter* c.p., a seguito della novella dell'art. 578-*bis* c.p.p. introdotta dall'art. 1, comma 4, lett. f), L. n. 3 del 2019 – rientrano nel novero di quelli per i quali l'art. 578-*bis* c.p.p. è applicabile sin dalla sua iniziale previsione. Ne consegue che per i reati, compresi ab origine nell'ambito di operatività dell'art. 578-*bis* c.p.p., non si pone, se commessi dopo la data del 6 aprile 2018, alcuna questione relativa all'applicabilità della statuizione di confisca per equivalente, dovendo il giudice dell'impugnazione mantenere ferma detta statuizione, nel caso in cui pronunci sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione (o per amnistia) del reato presupposto, previo positivo accertamento della responsabilità dell'imputato»; Cass., sez. III, 21 gennaio 2022, n.7882; Cass., sez. III, 2 febbraio 2022, n. 15655.

¹⁸⁰ Il co. 5-*bis* dell'art. 301 del testo unico in materia doganale, di cui al d.P.R.n. 43/73, e l'art. 85-*bis* del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al d.P.R. n. 309/90.

¹⁸¹ MAUGERI, (2020), p. 19 ss. In ogni caso, sembrerebbe maggiormente fondata l'interpretazione che ritenesse

Nell'ordinamento italiano, in realtà, il problema della prescrizione è risolto in radice con la riforma *in peius* dei termini prescrizionali introdotta nell'art. 159 c.p. ad opera della l. n. 3/2019, salva l'introduzione della disciplina dell'improcedibilità e il nuovo art. 578-ter c.p.p. – introdotto con il d.lgs. 17-10-2022, n. 150, art. 33, n. 1, lett. c – che non consente l'applicazione della confisca, tranne nell'ipotesi in cui sia obbligatoria, ma rinvia alla disciplina della confisca di prevenzione¹⁸². La norma consente al giudice di appello o alla Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, di disporre «la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna»; tale ipotesi viene ricondotta nella relazione illustrativa esclusivamente all'ipotesi di cui all'art. 240 co. 2 n. 2, prevista in assenza di condanna. In particolare, la Relazione illustrativa aggiornata al testo definitivo del D.Lgs. n. 150/2022, ha espressamente rimarcato che «né può ricorrersi a un'estensione della differente disciplina prevista dall'art. 578 bis c.p.p. nel caso di estinzione del reato per prescrizione, poiché il superamento dei termini massimi previsti per il giudizio di impugnazione è uno sbarramento processuale che impedisce qualsivoglia prosecuzione del giudizio, anche solo finalizzata all'accertamento della responsabilità da un punto di vista sostanziale e svincolato dalla forma assunta dal provvedimento (come invece consentito, a seguito della sentenza della C. Cost., 26.3.2015 n. 49, nel caso di sentenza di proscioglimento per prescrizione). Sarebbe impropria, del resto, l'assimilazione di una causa impediente della prosecuzione del giudizio di natura processuale a una causa estintiva del reato che è fenomeno attinente al merito del processo». Da tale rilievo, la Relazione ne deduce che l'improcedibilità *ex art. 344-bis* c.p.p. determina una privazione di effetti della confisca in sede penale, con la sola eccezione costituita dalle ipotesi di confisca obbligatoriamente prevista dalla legge anche fuori dai casi di condanna, come nella specie le cose intrinsecamente criminose di cui all'art. 240, comma 2, n. 2), c.p.; sembrerebbero, pertanto, restare al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 578-bis c.p. sia le ipotesi di confisca – misura di sicurezza obbligatoria previste dallo stesso codice penale nonché da leggi speciali.

Alla luce di tale interpretazione della Relazione tale ipotesi non potrebbe rientrare nel modello dell'art. 15 della proposta, perché anche se si tratta comunque di confisca pronunciata senza condanna, quando «*the time limits prescribed by national law have expired*» – anche se nella versione in italiano si usa il termine tecnico di prescrizione («prescrizione dei termini stabiliti dal diritto nazionale» e nella versione del Consiglio «scadenza dei termini di prescrizione [...] stabiliti dal diritto nazionale per i reati rilevanti dopo l'avvio del procedimento penale») – non sarebbe possibile quell'accertamento degli elementi del reato, presupposto da tale forma di confisca, come esaminato. Per il resto il procedimento di prevenzione anche in seguito all'applicazione dell'art. 578-ter

estensibile l'art. 578-bis c.p.p. alla confisca *ex art. 12-bis* d.l. 74/2000 in virtù della sua estensione all'art. 322-ter che, prima dell'entrata in vigore dello stesso art. 12-bis con il d.lgs. 158/2015, rappresentava la disciplina di riferimento in materia in quanto l'art. 1 c. 143, l. 244/2007 aveva previsto l'applicazione dell'art. 322-ter c.p. ai reati tributari; disciplina con cui l'art. 12-bis si è posto in termini di continuità, come riconosciuto anche recentemente dalle Sezioni Unite, Cass., Sez.Un., 29 settembre 2022 (31/1/2023), n. 4145.

¹⁸² MENDITTO (2022), P. 4.

(che dispone che «il sequestro disposto nel procedimento penale cessa di avere effetto se, entro novanta giorni dalla ordinanza di cui al comma 2, non è disposto il sequestro ai sensi dell'articolo 20 o 22 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159»), che comporta il trasferimento dell'azione patrimoniale dal processo penale al processo di prevenzione, rientra nel modello dell'art. 16 trattandosi comunque di un procedimento autonomo e successivo, sottoposto alle regole del d.lgs. 159/2011 e non di un procedimento che *ex art. 15* pretende, come esaminato, che l'autorità giudiziaria nazionale sia «convinta che si configurino tutti gli elementi del reato» e anche nella versione del Consiglio pretende che «il procedimento penale avrebbe potuto sfociare in una condanna penale se non fossero esistite le circostanze di cui al capoverso 1», e, quindi, pretende l'accertamento di tutti gli elementi del reato che avrebbero potuto condurre ad una condanna per applicare tale forma di confisca.

L'art. 578-*bis* c.p., inoltre, pretende una condanna in primo grado, soluzione preferibile in termini garantistici, mentre l'art. 15 della proposta pretende solo che il processo penale sia stato avviato e non la condanna in primo grado, fermo restando l'accertamento da parte della Corte di tutti gli elementi del reato.

Per il resto l'adozione della proposta di direttiva imporrebbe una riforma legislativa sistematica per ricomprendere tutte le ipotesi di cui all'art. 15; si dovrebbero includere le ipotesi di malattia, morte e immunità. Per l'ipotesi di fuga nel nostro ordinamento è possibile il processo in contumacia, considerato sufficiente nel considerando 26 nella versione del Consiglio.

Rispetto all'ipotesi di morte, a parte la possibilità di applicare la confisca di prevenzione – che rientra nel modello dell'art. 16 – ai beni del soggetto defunto negli ultimi cinque anni *ex art. 18* d.lgs. 159/2011, nell'ordinamento italiano la possibilità di applicare la confisca nei confronti del soggetto defunto nel corso del procedimento è prevista espressamente dal c. 2 dell'art. 183-*quater* D.lg. n. 271/1989 (in cui il d.lg. n. 21/2018 ha trasfuso il contenuto del c. 4-*octies* dell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992 – oggi art. 240-*bis* c.p., confisca allargata – introdotto dalla l. 161/2017), che stabilisce che «In caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell'articolo 666 del codice, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa». L'art. 15, però, come esaminato non include la confisca allargata.

11. La “Confisca di patrimonio ingiustificato collegato ad attività criminali” *ex art. 16.*

L'introduzione del nuovo modello di confisca senza condanna introdotto con l'art. 16, Confisca di beni inspiegabili legati ad attività criminose, è giustificata nel considerando n. 28 dalle difficoltà intrinseche nel ricondurre i beni a specifici reati nei casi in cui il proprietario è coinvolto in attività della criminalità organizzata che consistono in molteplici reati commessi lungo un arco di tempo prolungato, e anche in questo caso l'ambito di applicazione è ristretto a quello di reati gravi e che sono suscettibili di generare benefici sostanziali. Tale modello è più simile all'*actio in rem* e si ispira ai modelli di confisca senza condanna presenti in diversi ordinamenti europei.

Tale forma di confisca si applica solo ai *proventi* o *prodotti* del reato, perché la norma richiede un nesso di derivazione tra l'oggetto della confisca e il reato, che si dimostri che i «beni congelati siano derivati da reati commessi nel quadro di un'organizzazione criminale» (art. 16, c. 1 (a)).

Nella versione del Consiglio si precisa al comma 1a che l'applicazione di questa forma di confisca non pregiudica i diritti di terzi in buona fede; il rispetto dei diritti dei terzi in buona fede dovrebbe presiedere l'applicazione di qualunque forma di confisca come principio generale, ma nella prassi non è sempre così rispetto a modelli di *actio in rem*, e, quindi, tale richiamo è opportuno per imporre la necessità di garantire la specifica tutela dei diritti dei terzi.

11.1. Ambito di applicazione e autonomia del procedimento in *rem*.

Questo modello di confisca presuppone «un'indagine relativa a un reato» sia nella versione della Commissione («Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni, ...qualora ricorrano le condizioni seguenti: a) i beni sono congelati nel contesto di un'indagine relativa a un reato»), sia nella versione del Consiglio («Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni identificati nel contesto di un'indagine connessa a un reato»). Si parla di mera indagine e, quindi, sembrerebbe che non si pretenda che un processo penale sia avviato, per cui si dovrebbe ammettere l'ipotesi in cui il procedimento contro il patrimonio si svolga anche quando «non sia mai stato proposto un giudizio penale, per le ragioni più varie» come si ammette per il procedimento di prevenzione: «Il giudice della prevenzione non è vincolato dall'esistenza di un giudizio penale»¹⁸³, fermo restando che dovrà lui accertare la «pericolosità sociale» (anche se in passato). Anzi, nell'ordinamento italiano sussiste l'obbligo di attivare il procedimento preventivo nei confronti dei soggetti sottoposti a procedimento penale (l'art. 23-*bis* della legge 646/82)¹⁸⁴.

Nella versione della Commissione, però, in realtà ciò non è possibile perché questo modello di confisca deve essere applicato in via *residuale*, vale a dire «nei casi in

¹⁸³ Cass., sez. II, 18/01/2022, n. 8166: «ed è invece abilitato, alla luce del principio, costantemente affermato, di "autonomia" del giudizio di prevenzione, ribadito anche in esito alla introduzione del codice antimafia [cfr. articolo 29 del decreto legislativo n. 159 del 2011], a ricostruire, *motu proprio* ed anche in assenza di un procedimento penale correlato, gli episodi storici portati alla sua attenzione. Può, dunque, essere affermata la riconducibilità del preposto ad una delle categorie di pericolosità di cui agli articoli 1 e 4 del decreto legislativo citato, non solo sulla base di sentenze di condanna che abbiano accertato la pregressa commissione di condotte delittuose rilevanti a tal fine, ma anche ove, a carico del destinatario della misura, non sia mai stato proposto un giudizio penale, per le ragioni più varie (perché la *notitia criminis* è stata archiviata; perché le prove raccolte non furono ritenute sufficienti a sostenere un'accusa penale; perché l'azione penale era già paralizzata, al momento della conoscenza della *notitia criminis*, da una causa di estinzione o di improcedibilità). In questi casi, il giudice della prevenzione, dopo avere verificato - sia pure incidentalmente - la valenza penale di quelle condotte (e, quindi, dopo averle sussunte entro precise fattispecie penali), deve valutare senza ...».

¹⁸⁴ Si rinvia all'esame compiuto in altra sede di tali questioni cfr. MAUGERI, (2017), pp. 60-68 ss.. Cfr. CASSANO, (2013), p. 173 ss.

cui la confisca non sia possibile ai sensi degli articoli da 12 a 15» e, quindi, si presuppone che un processo penale si sia svolto e non sia stato possibile applicare la confisca diretta o di valore *ex art. 12*, anche senza condanna *ex art. 15*. Nella versione della Commissione, insomma, non sarà possibile iniziare un procedimento *in rem* indipendentemente dal processo penale, come invece previsto per il processo di prevenzione. Non solo, ma non sarà possibile come avviene nell'ordinamento italiano procedere contemporaneamente e parallelamente sia in sede penale, sia in sede preventiva (con il sequestro e la confisca *ex artt. 20 e 24 d.lgs. 159/2011*); la confisca del patrimonio ingiustificato *ex art. 16* si potrà applicare solo se nel processo penale non sia stato possibile applicare la confisca *ex art. 12* o *ex art. 15*.

Tale delimitazione («*where confiscation is not possible pursuant to Articles 12 to 15*») è prevista nella versione emendata dal Consiglio solo in via *facoltativa* (4. *Member States may provide*), aprendo alla possibilità di procedere contemporaneamente sia in sede penale sia in sede patrimoniale con un procedimento sul modello dell'art. 16, e anche di richiedere *contemporaneamente* l'applicazione della confisca sia nell'ambito del procedimento penale principale sia con questo procedimento *in rem*. E in tale direzione si pronuncia chiaramente il considerando 28-b) sempre nella versione del Consiglio «La confisca di patrimonio ingiustificato dovrebbe essere possibile in caso di interruzione del procedimento, indipendentemente dal motivo, nonché quando il procedimento si conclude con una sentenza. In caso di condanna, sarebbe possibile, in linea di principio, una confisca estesa o una confisca di patrimonio ingiustificato. La direttiva non indica quale forma di confisca debba prevalere, ma gli Stati membri possono farlo. Va osservato che, quando il reato è perseguito, il provvedimento di confisca non dovrebbe necessariamente essere giudicato congiuntamente al reato e gli Stati membri potrebbero anche consentire che l'emissione di un provvedimento di confisca abbia luogo in maniera distinta dalle accuse penali e sia oggetto di un procedimento giudiziario separato». Si precisa, ancora, sempre nel considerando 28-b) (versione Consiglio) «la disposizione sulla confisca di patrimonio ingiustificato si applica indipendentemente dall'esito dell'indagine in relazione al reato che ne ha determinato l'applicazione».

Si ammette pienamente, insomma, nella versione del Consiglio, un procedimento *in rem* assolutamente autonomo, anche quando «non sia mai stato proposto un giudizio penale, per le ragioni più varie», o comunque separato, contemporaneo o successivo al processo penale, volto all'accertamento dell'origine criminale dei beni indipendentemente dall'accertamento del reato e della connessa responsabilità penale; un procedimento assolutamente autonomo anche rispetto all'esito delle indagini in sede penale. Il modello delle misure di prevenzione patrimoniale, che pure presuppongono sotto il profilo soggettivo l'accertamento della pregressa pericolosità sociale e non rappresenta un'*actio in rem* pura (a pena di incostituzionalità, si afferma nella sentenza delle S.U. Spinelli¹⁸⁵), è legittimato, così come i modelli di comiso *in rem* o civil

¹⁸⁵ Cass., sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, cit.: «la pericolosità, anche se non più attuale, rimane un presupposto indefettibile della confisca in esame», «essendo ovviamente aberrante—ed *avulso da ogni logica di civiltà giuridica* — che sia possibile applicare una misura ablativa nei confronti di chi non sia mai stato

forfeiture, previsti in un numero sempre maggiore di ordinamenti europei¹⁸⁶. Nell'ordinamento italiano, in particolare, l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale è sancito dall'art. 29 d.lgs. 159/2011 ed è stato ribadito dalla Corte costituzionale (n. 24/2019)¹⁸⁷.

Anche in relazione a tale forma di confisca, fermo restando che si deve trattare di reati realizzati in forma organizzata, come si esaminerà, l'art. 16 come l'art. 15 (4), ne limita l'applicazione ai proventi di reati elencati «all'articolo 2 qualora punibili con una pena privativa della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni»; tale delimitazione è mantenuta anche nella versione del Consiglio, che la prevede per la confisca allargata *ex art. 14* e non la prevede per la confisca *ex art. 15*, sottolineando la necessità di delimitare le forme di confisca più invasive, come quella estesa basata sulla presunzione di illecito arricchimento e questa vera e propria *actio in rem*. Il Consiglio, però, in relazione alla confisca del patrimonio ingiustificato *ex art. 16* non precisa "almeno", come in relazione alla confisca allargata *ex art. 14*, e, quindi, in questo caso vuole realmente limitarne l'applicazione ai reati «punibili con una pena privativa della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni». Il differente approccio è giustificato chiaramente dal fatto che la confisca *ex art. 14* presuppone una condanna, diversamente da quella *ex art. 16*, emergendo in maniera più stringente l'esigenza di delimitarne l'ambito di applicazione.

Nel considerando 28 si precisa che «Tali condizioni dovrebbero garantire che la confisca di beni non legati a uno specifico reato per il quale il proprietario è stato condannato sia limitata alle attività illecite di organizzazioni criminali che sono di natura grave e che possono generare considerevoli vantaggi economici». Emerge un'ulteriore indicazione della volontà del legislatore europeo di delimitare l'ambito di applicazione della confisca in esame, facendo riferimento a reati di "natura grave", elemento privo di tassatività, che comunque si combina con la pretesa che si tratti di reati puniti con una pena massima di almeno quattro anni.

Tale forma di confisca si applica, poi, solo se «a) i beni sono congelati nel contesto di un'indagine relativa a un reato commesso nel quadro di un'organizzazione criminale» e «c) l'autorità giudiziaria nazionale è convinta che i beni congelati siano derivati da reati commessi nel quadro di un'organizzazione criminale», e «b) il reato di cui alla lettera a)

pericoloso (Corte Cost., ord n. 368 del 2004)». «La confisca disgiunta non è istituto che ha introdotto nel nostro ordinamento una diretta *actio in rem*».

¹⁸⁶ Cfr. FAZEKAS-NANOPOULOS, (2016), p. 39

¹⁸⁷ Corte Cost. n. 24/2019, cit., § 11: «pur muovendo dal presupposto che «il giudice della misura di prevenzione può ricostruire in via totalmente autonoma gli episodi storici in questione – anche in assenza di procedimento penale correlato – in virtù della assenza di pregiudizialità e della possibilità di azione autonoma di prevenzione» (Cass., n. 43826 del 2018)»; conformi Cass., sez. II, 25 gennaio 2023, n.15704; Cass., sez. II, 11 gennaio 2022, n. 4191; Cass., sez. II, 25 giugno 2021, n. 33533; Cass., sez. VI, 25 giugno 2020, n. 21060; Cass., sez. II, 6 giugno 2019, n. 31549; Cass., sez. II, 29 marzo 2019, n. 19880; Cass., sez. VI, 13 luglio 2017, n. 36216; Cass., sez. I, 15 giugno 2017, n. 349; Cass., sez. I, 7 gennaio 2016, n. 6636; Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209; Cass., sez. VI, 29 maggio 2015, n. 23294; Cass., 29 maggio 2015, n. 2308; Cass., sez. II, 29 maggio 2015, n. 23041.

può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole». E anche nella versione del Consiglio, art. 16 c. 1, si richiede che i beni da confiscare «derivino da condotte criminose, per lo meno qualora tali condotte possano produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole e siano state tenute nel contesto di un'organizzazione criminale». Il legislatore europeo, quindi, desidera adottare questo modello di NCBC innanzitutto per far fronte alla criminalità organizzata, come evidenziato anche nel considerando n. 10, dove si sottolinea, nella versione della Commissione, che quest'ultima svolge «un ruolo centrale nel generare proventi e nel consentire ulteriori reati, compresi reati gravi a carattere transfrontaliero». È lo stesso motivo che ha ispirato l'introduzione della confisca preventiva in Italia nel 1982 con la legge Rognoni La Torre, anche se, in particolare dopo le riforme introdotte dal d.l. 92/2008 e dalla l. 94/2009, negli ultimi anni è diventata uno strumento per contrastare ogni forma di reato in grado di produrre proventi. Anche nel Regno Unito il civil recovery è stato presentato come una strategia chiave nella lotta alla criminalità organizzata¹⁸⁸.

Mentre la Commissione, però, *pretende* che si tratti di reati collegati alla criminalità organizzata¹⁸⁹ e, quindi, limita l'applicazione di questo modello di confisca a tale settore concependolo esclusivamente come uno strumento di lotta all'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia, il Consiglio lo richiede per qualunque reato, salvo a pretendere "per lo meno" che sia applicato al settore della lotta al crimine organizzato: gli Stati hanno l'obbligo di introdurlo almeno in tale settore, ma possono/anzi dovrebbero applicarlo anche ad altri reati. Ciò emerge chiaramente dal dettato del primo comma nella versione del Consiglio («Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni identificati nel contesto di un'indagine connessa a un reato nei casi in cui [...] l'autorità giudiziaria nazionale sia convinta che i beni derivino da condotte criminose, *per lo meno* qualora tali condotte ... siano state tenute nel contesto di un'organizzazione criminale») [corsivo aggiunto] e dall'ultimo comma in cui il Consiglio indica la condizione prevista dalla Commissione nella lettera a) («a) i beni sono congelati nel contesto di un'indagine relativa a un reato commesso nel quadro di un'organizzazione criminale») solo come facoltativa¹⁹⁰.

Il modello della confisca di prevenzione rientra nella disciplina del Consiglio in quanto, soprattutto in seguito all'abrogazione dell'art. 14 l. 55/90 (modificato dall'art. 7,

¹⁸⁸ HENDRY-KING, (2016), p. 4: nei lavori preparatory del POCA 2022 emerge come il Primo Ministro Tony Blair ha affermato nel settembre del 1999: «*we want to ensure that crime doesn't pay. Seizing criminal assets deprives criminals and criminal organisations of their financial lifeblood*' (Performance and Innovation Unit 2000:13). *Initiated as a result of perceived inadequacies of existing criminal processes in controlling highlevel and high-value organised crime, civil recovery enables the seizure of 'criminal' proceeds in the absence of a criminal conviction and on a reduced standard of proof*».

¹⁸⁹ «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni, ...qualora ricorrano le condizioni seguenti: a) i beni sono congelati nel contesto di un'indagine relativa a un reato commesso nel quadro di un'organizzazione criminale; c) l'autorità giudiziaria nazionale è convinta che i beni congelati siano derivati da reati commessi nel quadro di un'organizzazione criminale».

¹⁹⁰ «Gli Stati membri possono prevedere, alternativamente o cumulativamente, che la confisca di patrimonio ingiustificato in conformità del presente articolo sia effettuata solo qualora».

l. 228/2003) da parte del d.l. n. 92/08, l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali si è esteso a tutte le ipotesi della c.d. pericolosità generica e cioè a soggetti indiziati di qualunque reato, senza alcuna delimitazione laddove, in particolare, siano "dediti a traffici delittuosi" – ipotesi dichiarata incostituzionale nella sentenza n. 24/2019 in seguito alla condanna dell'Italia nella sentenza della Corte Edu De Tommaso¹⁹¹ – o "vivono abitualmente anche in parte, con i proventi di attività delittuose". Tale estensione indiscriminata, come esaminato in altra sede, sembra assolutamente discutibile in termini di rispetto del principio di proporzionalità, sia in considerazione del sacrificio delle garanzie che il sistema delle misure di prevenzione comporta, – si dubita che possa giustificarsi a fronte di qualunque ipotesi di pericolosità generica –, sia in termini di analisi costi – benefici, in quanto si dubita che tutte le ipotesi di pericolosità generica possano legittimare questo ampliamento smisurato dello sforzo investigativo e processuale con il rischio di determinare una dispersione delle risorse. Ma soprattutto tale equiparazione è stata criticata, nonostante lo sforzo di giustificazione da parte delle Sezioni Unite¹⁹², in termini di ragionevolezza dell'equiparazione della presunzione di ingiustificato arricchimento alla base delle due forme di pericolosità qualificata e generica (la presunzione di illecito arricchimento era fondata sulla connessione dell'attività criminale con quel invasivo e gravissimo fenomeno criminale rappresentato dall'associazione di stampo mafioso, quale reato permanente volto all'arricchimento, anche attraverso lo svolgimento di attività economiche in sé lecite ma con metodo illecito; con l'indiscriminata estensione delle fattispecie a pericolosità generica la presunzione in questione rischia di essere priva di un fondamento razionale, ferma la necessità di un'interpretazione rigorosa e tassativa, come richiesto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2019, dei presupposti della pericolosità generica – richiedendo in particolare l'abitudine al reato – su cui si deve fondare la presunzione dell'illecito arricchimento)¹⁹³, ed anche la Corte Edu ha sempre giustificato tali strumenti nell'ambito della lotta a gravi fenomeni criminali, tra cui innanzitutto, per il sistema della prevenzione italiano, la lotta al cancro della mafia.

Procedendo con l'esame dei requisiti richiesti dall'art. 16 della proposta di direttiva, il reato deve essere capace di "produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole"; il legislatore europeo suggerisce così un'ennesima direttiva di politica criminale volta a delimitare l'ambito di applicazione di tale forma di confisca e, quindi, in sé apprezzabile, anche se rimangono le perplessità sollevate nel paragrafo precedente rispetto a tale requisito e, in particolare, alla sua reale capacità delimitativa. Nel considerando 28 si precisa, in ogni caso, e proprio in relazione a tale

¹⁹¹ Corte EDU, 23 febbraio 2017, Grande Camera, De Tommaso c. Italia, n. 43395/09

¹⁹² Cass., Sez. Un., Spinelli, n. 4880, cit.: «Entrambe sollecitano risposte ordinarie non già a fatti costituenti reato, ma a stili di vita e metodiche comportamentali». «Il riconoscimento, da parte delle Sezioni Unite, che il diritto e in particolare il diritto punitivo (il sistema della prevenzione incide la libertà personale e la libertà d'iniziativa economica) intervenga come "risposta" a uno stile di vita e metodiche comportamentali incute un certo timore in uno Stato di diritto laico e pluralistico, che non dovrebbe intervenire se non laddove si tratta di garantire la protezione di beni o interessi meritevoli di tutela contro intollerabili forme di aggressione», MAUGERI, (2015b), 945.

¹⁹³ MAUGERI, (2015b), 946.

modello di confisca come stabilire che i reati siano capaci di produrre un vantaggio economico considerevole: «Nel determinare se un reato possa produrre vantaggi considerevoli, gli Stati membri dovrebbero tenere conto di tutte le circostanze rilevanti ad esso inerenti, esaminando anche se le attività criminali siano state commesse con l'intento di generare profitti leciti ingenti». In base a tale considerando la delimitazione dell'ambito di applicazione di questo modello di confisca a reati capaci di produrre vantaggi considerevoli non rappresenta una mera direttiva di politica criminale per il legislatore, ma un presupposto della confisca il cui accertamento è affidato alla discrezionalità del giudice, chiamato a valutare nel caso concreto se in base a tutte le circostanze rilevanti e all'intento del reo, i reati sospettati siano capaci di produrre vantaggi economici; un simile accertamento sembra più adatto a un modello di confisca facoltativa affidata alla discrezionalità del giudice. Questa sembra anche l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia all'identica espressione utilizzata nel considerando 20 della direttiva 42/2014, per stabilire «se un reato sia suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un siffatto vantaggio»: «Pertanto, nel caso di specie, *incomberà al giudice del rinvio valutare* se il reato in discussione nei procedimenti principali consistente nella detenzione di sostanze stupefacenti altamente pericolose ai fini del loro spaccio sia idoneo a produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, prendendo in considerazione, se del caso, le modalità operative del reato, tra cui segnatamente la circostanza che esso sia stato commesso nel quadro della criminalità organizzata ovvero con l'intento di ricavare profitti regolari da reati» (corsivo agg.). Anche se poi, come evidenzia la Corte, «la seconda frase del suddetto considerando precisa però che la presa in considerazione del suddetto *modus operandi* “non dovrebbe, in generale, pregiudicare la possibilità di fare ricorso alla confisca estesa”»¹⁹⁴. In realtà questo considerando 28 sembra pretendere troppo e risulta anche abbastanza contraddittorio, perché da una parte pretende l'accertamento anche dell'intento con cui sono commessi i reati, dall'altra chiarisce che «l'essere convinta della commissione del reato non dovrebbe essere un presupposto per l'autorità giudiziaria».

Emerge in maniera piuttosto confusa l'intento del legislatore europeo di delimitare l'ambito di applicazione di questa forma di confisca, concentrandolo al settore della criminalità organizzata dedita a crimini lucrogenetici. Si può ricordare, a tal proposito, il monito della Corte Costituzionale nella sentenza n. 33/2018 a limitare l'ambito di applicazione della confisca allargata *ex art. 240-bis* rivolto non solo al legislatore, in una prospettiva *de iure condendo* («la selezione dei “delitti matrice” da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente coesi e, dunque, ragionevolmente restrittivi») tenendo conto dell'originale ratio di tale misura introdotta per la lotta al crimine organizzato, ma anche al giudice: nell'«ottica di valorizzazione della *ratio legis*, può ritenersi, peraltro, che — quando si discuta di reati che, per loro natura, non implicano un programma criminoso dilatato nel tempo (com'è per la ricettazione) e che non risultino altresì commessi, comunque sia, in un ambito di criminalità organizzata — il giudice conservi la possibilità

¹⁷⁵ CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 65 ss..

di verificare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore — le quali valgono, in particolare, a connotare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento — il fatto per cui è intervenuta condanna esuli in modo manifesto dal “modello” che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato». Tale richiamo, ad avviso di una parte della dottrina, varrebbe a trasformare la confisca *ex art. 240-bis* in una forma di confisca facoltativa, piuttosto che obbligatoria¹⁹⁵.

In tale direzione nel considerando 28 a nella versione del Consiglio si richiama al rispetto del principio di proporzionalità nel caso concreto nel disporre tale forma di confisca: «Il meccanismo di confisca di patrimonio ingiustificato non è destinato a essere utilizzato quando, nel singolo caso, l’applicazione delle norme stabilite nella direttiva sarebbe manifestamente irragionevole o sproporzionata», affidando alla discrezionalità del giudice la valutazione del carattere proporzionato e ragionevole nel caso di specie (che diventerebbe una sorta di limite all’eventuale obbligatorietà della misura). Non sono chiari i parametri di riferimento che il giudice deve adottare per valutare tali requisiti, mentre la Corte Costituzionale italiana richiama alla necessità di «verificare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore» la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato sia fondata, si tratti di un’attività criminale professionale o comunque abituale tale da essere fonte di illecito arricchimento accumulato nel tempo, il legislatore europeo sembra maggiormente interessato a una valutazione delle conseguenze che possono derivare dall’applicazione della confisca nel caso concreto.

11.2. La prova dell’origine illecita: indizi e standard probatorio.

In relazione alla prova dell’origine illecita dei beni l’art. 16 pretende che «2. Nel determinare se i beni congelati derivino da reati si tiene conto di tutte le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è considerevolmente sproporzionato rispetto al reddito legittimo del loro proprietario», come sottolineato anche nel considerando n. 28; ne deriva che non è prevista alcuna inversione dell’onere della prova, come previsto invece nella fattispecie britannica di *unexplained wealth orders*¹⁹⁶, poiché il pubblico ministero deve dimostrare l’origine criminale dei beni (“tutte le circostanze del caso” devono essere prese in

¹⁹⁵ Così AMARELLI, (2018), p. 315; VARRASO, (2020), p. 8; cfr. MILONE, (2018), p. 15 s., FINOCCHIARO (2018), p. 135 s.; PICCARDI, (2018), p. 2834. Tale interpretazione è considerata in contrasto con il principio di legalità da altra dottrina che ritiene piuttosto che, alla luce di questo richiamo della Corte costituzionale, in presenza della condanna il giudice dovrà valutare con estrema accortezza se sussista il presupposto della sproporzionalità, che fonda insieme alla condanna la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, costituendo elemento sintomatico dell’origine illecita; «il pubblico ministero, insomma, dovrebbe fornire una prova del carattere sproporzionato e quindi ingiustificato dell’acquisto, talmente consistente da rappresentare una prova indiziaria del carattere illecito della sua origine (“si ristabilisce quel minimo di legame”）」 MAUGERI, (2007), p. 529; conforme Cass., sez. II, 9 gennaio 2018, n. 5378.

¹⁹⁶ MAUGERI, (2018), p. 919.

considerazione). Come precisato anche nella premessa della proposta in relazione all'art. 16, sotto la voce "Illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta", «Tale constatazione [circa l'origine illecita dei beni] deve basarsi su una valutazione globale di tutte le circostanze del caso di specie». E, allora, è superflua la precisazione che vorrebbe il Parlamento circa il fatto che l'onere della prova ricada in capo all'accusa («*The burden of proof shall lie with the prosecution*»), fermo restando che tale precisazione può prevenire arbitrarie interpretazioni in quella direzione (purchè non se ne traggano indebite conseguenze, nel senso che il fatto che sia stata introdotta una simile specificazione in questo caso, vorrebbe dire che in altre ipotesi – a partire dalla confisca allargata ex art. 14 – si ammettano inversioni dell'onere della prova).

Anche in relazione a tale forma di confisca la proposta di direttiva è, poi, piuttosto ambigua rispetto allo standard probatorio preteso. I beni sono confiscati se «(c) *the national court is satisfied that the frozen property is derived from criminal offences committed in the framework of a criminal organisation*» («l'autorità giudiziaria nazionale è convinta che i beni congelati siano derivati da reati commessi nel quadro di un'organizzazione criminale»); lo standard probatorio preteso appare, allora, inferiore a quello penale, in quanto il giudice deve essere *soddisfatto* nella versione inglese, e non convinto o pienamente convinto; e anche se nella versione italiana l'autorità giudiziaria deve essere "convinta", si tratta di uno standard inferiore al "pienamente convinto" preteso dallo standard penalistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio ("*fully convinced*", come ricordato, era lo standard adottato per la confisca estesa, dopo la condanna, adottato dalla decisione quadro 212/2005, art. 3).

Nel considerando 28 si afferma che i beni possono essere congelati in base a un *sospetto*, ma poi per procedere alla confisca si pretende, comportando un innalzamento dello standard probatorio, che la corte debba essere *convinta* che i beni derivino da attività criminali collegate al crimine organizzato («in particolare se i beni sono congelati sulla base di un sospetto di reati commessi nel contesto di un'organizzazione criminale, se tali reati possono produrre considerevoli vantaggi economici o se l'autorità giudiziaria è convinta che i beni congelati derivino da attività illecite svolte nel contesto di un'organizzazione criminale»), esprimendo l'esigenza della necessità di uno standard probatorio *più alto* ai fini della confisca rispetto a quello necessario per il sequestro. Sempre nel considerando n. 28 si precisa poi che l'autorità giudiziaria «deve invece essere *certa* che il bene in questione derivi da un reato», pur non pretendendo che sia "convinta della commissione del reato" («non dovrebbe essere un presupposto per l'autorità giudiziaria»). Anche in questo caso, inoltre, non solo nella "Illustrazione dettagliata delle singole disposizioni della proposta" è utilizzato il verbo "*convinced*" anche nella versione inglese («*It should allow for the confiscation of assets only where the national court is convinced that the assets in question derive from criminal activities*»), ma, nella direzione di un innalzamento dello standard probatorio, si deve applicare il considerando 33 che impone il rispetto della presunzione di innocenza ai sensi dell'art. 48 della Carta, così come il considerando 36 che ribadisce l'esigenza di garantire il rispetto della Direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della

presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali¹⁹⁷.

Le perplessità rimangono, però, perché non solo l'espressione "certa" del considerando 28 è resa con "*satisfied*" in inglese ma soprattutto perché nella versione della proposta del Consiglio, ancora una volta come esaminato per la confisca *ex art. 15*, si richiama lo standard della prova *civilistico rinforzato* e l'uso di presunzioni laddove si precisa che «Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di tali condotte criminose piuttosto che di altre attività» («*Member States may provide that it could, for example, be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from such criminal conduct than from other activities*»). Si deve richiamare anche in questo caso lo standard intermedio di *common law*, «*the clear and convincing evidence*».

Nel considerando n. 28-b, nella versione del Consiglio, si precisa, poi, che «La presente direttiva prevede, in linea di principio, il medesimo livello di prova per quanto riguarda l'origine dei beni nella disposizione sulla confisca estesa e nella disposizione sulla confisca di patrimonio ingiustificato. Conformemente a entrambe le disposizioni occorre che l'autorità giudiziaria sia convinta che i beni derivino da una condotta criminosa, senza che sia necessaria una condanna per tale condotta». Si dovrebbe trattare, quindi, dello stesso standard richiesto per la confisca allargata, con la differenza che in questo caso manca una condanna a supportare la presunzione di illecito arricchimento.

In ogni caso, l'art. 16 della proposta impone alla Corte non solo di accertarsi che «i beni sequestrati derivano da fatti criminosi commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale», ma anche che essi derivino da specifici fatti criminosi «di cui all'articolo 2, se sono punibili con la privazione della libertà per un massimo di almeno quattro anni». Ciò significa che il giudice deve essere convinto della provenienza illecita dei beni da confiscare rispetto a specifici reati e, di conseguenza, deve compiere uno sforzo più serio e significativo per dimostrare l'origine criminale dei beni da confiscare, anche se in alcuni casi è davvero difficile fornire prove di reati specifici e le prove disponibili consistono piuttosto nella mancanza di prove dell'origine legale. Tanto è vero che il Consiglio aggiunge ai criteri necessari a verificare la provenienza da reato (di cui al paragrafo 2) l'assenza di "plausibili risorse lecite". Dovrebbero emergere quegli indizi di una precedente specifica attività criminale, da cui derivino i beni da confiscare, così come ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione si richiede l'accertamento della pericolosità sociale nel passato, che implica una valutazione *diagnostico-constatativa*, «nella quale vengono accertati (con giudizio retrospettivo) gli elementi costitutivi delle cosiddette "fattispecie di pericolosità"..., attraverso un apprezzamento di "fatti", costituenti a loro volta "indicatori" della possibilità di

¹⁹⁷ GU L 65 dell'11.3.2016, p. 1.

iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge»¹⁹⁸.

Come nell'attuale direttiva e come esaminato per la confisca estesa, la *sproporzione* è un indicatore importante dell'origine criminale della proprietà, ma si tratta sempre di un elemento indiziario tra gli altri "fatti specifici" ed "elementi di prova disponibili", come già previsto nell'art. 14, e non rappresenta l'unico fondamento probatorio dell'origine criminale, come invece previsto nell'art. 240-*bis* c.p. italiano; nella versione del Consiglio si indica in maniera ancora più chiara che gli elementi di prova disponibili e i fatti specifici da prendere in considerazione possono includere il valore sproporzionato dei beni, ma non si limitano a tale elemento: «se pertinenti, possono comprendere ma non sono limitati a quanto segue[... il fatto che il valore dei beni è considerevolmente sproporzionato rispetto al reddito legittimo del[...l'interessato]». Anche in relazione a tale fattispecie, si auspica, e in maniera ancora più decisa trattandosi di una forma di confisca senza condanna, un accertamento rigoroso di tale elemento, in relazione ad ogni bene al momento dell'acquisto, quale indizio dell'origine criminale dei beni, come previsto dalla migliore giurisprudenza italiana.

A tal proposito nel considerando 28 a) (versione del Consiglio) si auspica anche l'introduzione di un criterio di *delimitazione/ragionevolezza* temporale della presunzione di illecito arricchimento in rapporto alle condotte criminali fonte («Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da tali condotte criminose»); come esaminato per la confisca estesa, tale criterio assume un importante significato per supportare la presunzione dell'origine illecita dei beni e rendere la misura almeno in parte conforme ai principi di proporzione e di presunzione d'innocenza.

Il Consiglio aggiunge ai possibili elementi indiziari che possono essere rilevanti – ma non esclusivi – per verificare la provenienza dei beni da reato (di cui al paragrafo 2), l'assenza di "plausibili risorse lecite", come accennato, aprendo alla prova in negativo tipica di questo settore; il considerando 28 a) precisa: «Un'altra circostanza che potrebbe essere presa in considerazione è l'assenza di una fonte lecita plausibile dei beni, in quanto la provenienza di beni acquisiti legalmente può di norma essere determinata». Rispetto alla difficoltà di provare l'origine da specifici reati, è più semplice dimostrare l'assenza di fonti di reddito lecite che possano giustificare l'accumulazione patrimoniale, come dimostrato dalla prassi giurisprudenziale¹⁹⁹ (fermo restando che si dovrebbe

¹⁹⁸ Cass., 1 febbraio 2018 (31 maggio), n. 24707, Oliveri; Cass., sez. II, 4 giugno (22 giugno) 2015, n. 26235, Friolo; Cass., sez. I, 24 marzo (17 luglio) 2015, n. 31209; Cass., sez. I, 11 febbraio 2014; Cass., sez. I, 5 giugno 2014, *Mondini*, n. 23641, *Mass. Uff.* n. 260103.

¹⁹⁹ Cass., sez. II, 28 settembre 2023, n. 41157: «Le misure di prevenzione disposte nei confronti dei soggetti cosiddetti "pericolosi generici" che rientrano nella categoria di cui alla lettera b) dell'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, richiedono che il giudice della misura abbia accertato, sulla base di specifiche circostanze di fatto, che il proposto si sia reso autore di delitti commessi abitualmente in un significativo arco temporale, da cui abbia tratto un profitto che costituisca - ovvero abbia costituito in una determinata epoca - il suo unico reddito o, quanto meno, una componente significativa del medesimo. In questo caso, in sede di confisca di prevenzione non è richiesto l'accertamento della stretta derivazione causale dei beni confiscabili da singoli delitti, ipotesi questa riconducibile alla confisca quale misura di

richiedere l'accertamento, anche se indiziario, della commissione di reati punibili con la privazione della libertà per un massimo di almeno quattro anni).

L'ultimo possibile elemento indiziario indicato dal Consiglio è «il fatto che l'interessato è collegato a persone connesse a un'organizzazione criminale». Quest'ultimo indizio suscita parecchie perplessità per il carattere piuttosto indiretto di un simile indizio rispetto all'origine criminale dei beni e per il suo carattere indiretto anche rispetto al coinvolgimento del soggetto in un'organizzazione criminale, richiedendo non la connessione del soggetto con l'organizzazione tout court, ma la mera connessione con qualcuno coinvolto nell'organizzazione²⁰⁰. Probabilmente il legislatore europeo ha ritenuto che pretendere la diretta connessione con l'organizzazione criminale potrebbe comportare un'accusa per partecipazione nell'associazione a delinquere e un processo penale, che potrebbe consentire di accedere alla confisca allargata *ex art. 14* o eventualmente alla confisca *ex art. 15* laddove non si possa pervenire ad una condanna; anche se una simile considerazione avrebbe più senso rispetto all'originaria formulazione dell'*art. 16* da parte della Commissione che considera questa forma di confisca residuale, quando le altre ipotesi non possono essere applicate, e si spiega meno rispetto ad una forma di confisca che – nel modello del Consiglio – potrebbe essere autonomamente applicata, indipendentemente dall'avvio di un processo penale. Si precisa nel considerando n. 28(a) che «La valutazione dovrebbe essere effettuata caso per caso a seconda delle circostanze del caso».

Questo requisito della connessione con un soggetto, a sua volta rientrante nell'organizzazione criminale, sembra richiamare quella nozione ampia di pericolosità sociale qualificata che veniva adottata dalla nostra giurisprudenza per considerare il prevenuto “pericoloso qualificato” in quanto *appartenente* all'associazione mafiosa *ex art. 1 l. 575/65* e oggi in quanto *partecipe* all'associazione *ex art. 4 d.lgs. n. 159/2011* in base a una vaga forma di contiguità, anche ideologica, comunanza di cultura mafiosa, riconosciuta frequentazione con soggetti coinvolti nel sodalizio – come categoria dotata di più ampia portata semantica –²⁰¹. In base al più recente e garantistico orientamento la

sicurezza, essendo sufficiente invece la verifica della consumazione di reati produttivi nel tempo di profitti illeciti e dell'assenza di altri redditi legittimi».

²⁰⁰ Critica a tal proposito AGUADO (2023), p. 37.

²⁰¹ Forme di contiguità «che non si riducono a mera passiva accettazione - a livello di opinione - della subcultura mafiosa, ma concretamente la incrementano, creandole attorno un alone di rispettabilità e comunque di inevitabilità» (Trib. Lecce, 4 novembre 1989, Riotti, in *Cass. pen.* 1990, 690), oppure “ogni comportamento che, pur non integrando gli estremi del reato di partecipazione ad associazione mafiosa, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento prevenzionale, costituendo una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa » (*Cass.*, sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 9747, *Mass. Uff.* n. 259074; *Cass.*, sez. II, 21 febbraio 2012, n. 19943, *Mass. Uff.* n. 252841; *Cass.*, sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, *Mass. Uff.* n. 234745), o ancora «stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico. Ed invero, si tratta, di scelte esistenziali e di sistematici comportamenti, antitetici alle regole del consorzio civile, ma pur essi orientati a logiche di profitto e di facile arricchimento» (*Cass.*, sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, cit.). Si tratta di preoccupanti e vaghe categorie sociologiche, di difficile determinazione tassativa, che realmente rimettono alla mera discrezionalità giudiziaria l'inquadramento dei destinatari delle misure di prevenzione. Per una più ampia critica di queste definizioni

giurisprudenza pretende, invece, un giudizio tassativizzante nella fase diagnostico-constatativa²⁰², facendo rientrare nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata in quanto *partecipi* all'associazione ex art. 4 d.lgs. n. 159/2011, solo condotte riconducibili alla fattispecie di associazione di stampo mafioso, da cui si differenzerebbero solo per il più basso standard probatorio necessario ai fini del giudizio di pericolosità sociale²⁰³ e poi pretendendo «l'apprezzamento di una situazione di contiguità all'associazione stessa che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale (nel senso che il proposto deve offrire un "contributo fattivo" alle attività ed allo sviluppo del sodalizio criminoso)»²⁰⁴; la nozione di "appartenenza" evoca «il far parte o almeno il rendere un contributo concreto al gruppo»²⁰⁵; il contributo «si sostanzia in un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale»²⁰⁶. La Suprema Corte sottolinea che tale recente orientamento «rappresenta una sensibile progressione interpretativa rispetto a precedenti arresti (tra cui Sez. 6 n. 9747 del 29.1.2014, *ro* 259074 ed altre), nel cui ambito veniva valorizzata unitamente all'aspetto di funzionalità della condotta agli interessi dell'ente criminale una atipica e sfuggente constatazione di un sottostante terreno favorevole permeato di cultura mafiosa»²⁰⁷ (corsivo aggiunto).

La connessione indiretta considerata come indizio dal Consiglio ai fini dell'accertamento dell'origine illecita del patrimonio sembra invece ricadere nella più

cfr. MAUGERI (2018a), pp. 341 ss.; Id. (2017b), pp. 60 ss.

²⁰² Sia consentito il rinvio a MAUGERI, (2018a), pp. 337 ss.

²⁰³ Come affermato dal più garantistico orientamento, cfr. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2016, n. 8389.

²⁰⁴ Cass., sez. VI, 29 gennaio 2016, *Gaglianò ed altri*, n. 3941, *Mass. Uff.* n. 266541.

²⁰⁵ Cass., sez. I, 14 giugno (dep. 30/11) 2017, *Sottile*, n. 54119; Cass., sez. V, 18 gennaio 2016, *Mannina e altri*, n. 1831, *Mass. Uff.* n. 265863; Cass., sez. V, 23 marzo 2018, n. 20826. *Contra* parte della dottrina nega l'applicabilità delle misure di prevenzione al concorrente esterno come pericoloso qualificato MAIELLO, (2017), p. 1039 e (2015), p. 1526 che cita a sostegno Corte Cost., n. 48/15; DE LIGUORI, (1990), p. 693; GIALANELLA, (1994), n. 4, p. 787; MAZZACUVA, (2013), p. 104; PELISSERO (2017), p. 459 s.; AMARELLI (2019), § 3 che ritiene che l'applicabilità di una misura di prevenzione nei confronti del concorrente esterno potrebbe essere, al più, ricavata, in via residuale, da una delle ipotesi di pericolosità generica di cui all'art. 1 d.lgs. n. 159/2011 laddove ne ricorrano i presupposti. Tale orientamento sembra troppo restrittivo in quanto sembra accettabile un allargamento della nozione di appartenenza capace di ricomprendere le condotte riconducibili alla nozione di concorso esterno, tanto più quanto più si accoglie una nozione rigorosa di partecipazione in chiave causale-condizionalista o meglio organicistica funzionale; per quanto si possa non condividere il sistema delle misure preventive, non si può negare adottando un'interpretazione teleologica della disciplina in esame che proprio quella fascia di contributi compiacenti riconducibili al concorso esterno rappresentano il terreno privilegiato della logica della prevenzione, tanto più della prevenzione patrimoniale. D'altronde, salvo a voler negare l'applicazione della disciplina del concorso di persone all'art. 416-bis, la condotta del concorrente diventa tipica ai sensi del combinato disposto dell'art. 110 c.p. e 416-bis; tanto è vero che anche la giurisprudenza che si fonda «sulla ... premessa circa l'identità tra la fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. e quella di cui alla l. n. 575 del 1965, art. 1», ritiene «alla luce del principio generale del diritto penale relativo al concorso di persone» che «nessuna distinzione può essere adottata fra intraneo, partecipe non intraneo e concorrente esterno neppure in materia di prevenzione; infatti anche il concorrente esterno concorre nella partecipazione e quindi rientra fra gli appartenenti alle associazioni indicate nella l. n. 575 del 1965, art. 1» (Cass., Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16783; Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, L.C., in CED, 256769), cfr. MAUGERI, (2017), pp. 60 ss.

²⁰⁶ Cass., sez. un., 4 gennaio 2018, n. 111.

²⁰⁷ Cass., sez. I, 23 ottobre 2017, n. 48441; Cass., sez. VI, 29 gennaio 2016, *Gaglianò ed altri*, n. 3941, *Mass. Uff.* n. 266541.

ampia e sfuggente nozione di “appartenenza” o sembra ricadere nelle mere “frequenzazioni” sufficienti, come sopra ricordato, per applicare una misura interdittiva antimafia (art. 84 d.lgs. 159/2011); si può solo auspicare che ai fini della confisca *ex art.* 16 questo requisito, qualora preso in considerazione dall’accusa come indizio dell’origine illecita degli assetti patrimoniali, sia interpretato in maniera restrittiva.

Rispetto a un simile modello di confisca, secondo una parte della dottrina nell’ordinamento tedesco lo standard probatorio dell’origine criminale dei beni per l’applicazione della “confisca indipendente” (§ 76a, § 4) è sempre quello penale, ossia la “piena convinzione” del giudice ai sensi del § 261 StPO, e la disciplina in esame non avrebbe introdotto alcuna forma di inversione del livello di prova ai sensi dell’art. 437 StPO, 437 CCP; pur trattandosi di *actio in rem* e non *in personam*, si tratta di un procedimento penale dinanzi al giudice penale²⁰⁸. Nell’ordinamento italiano, come bene noto, anche in seguito alla “novellazione” introdotta dal D.L. n. 92 del 2008, art. 10, le Sezioni Unite continuano a negare che sia in alcun modo cambiata *l’intensità dell’apporto probatorio richiesto all’accusa* in relazione all’origine illecita dei beni, in seguito alla differente formulazione introdotta dal d.l. n. 92/2008 – “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) –. La dottrina, all’indomani della riforma, ha proposto di interpretare il “risultino” nel senso di pretendere lo standard della prova penalistico attraverso la prova indiziaria *ex art.* 192 c.p.p. dell’origine illecita, come, del resto, è pacificamente interpretato il “risultino nella disponibilità”; tanto più in seguito alla separazione delle misure personali dalle patrimoniali e quindi alla mancanza di attualità della pericolosità sociale, l’unico elemento che può giustificare la confisca in uno Stato di diritto è rappresentato dalla prova dell’origine illecita dei beni da confiscare²⁰⁹. Dall’altra parte, però, le Sezioni Unite ammettono l’uso di presunzioni in materia «affidate ad elementi indiziari purché connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza»; emerge 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 concordanti²¹⁰, al punto che in dottrina si arriva a dedurre da tali affermazioni delle S.U. l’accoglimento dello standard penalistico della prova nel procedimento in questione²¹¹. Tale standard penalistico, del resto, è stato accolto da un orientamento più garantista (e minoritario)

²⁰⁸ HEGER, (2016).

²⁰⁹ MAUGERI, (2008), p. 155 ss.; ID., (2009), p. 463 ss..

²¹⁰ Cfr. MAUGERI, (2015b), p. 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».

²¹¹ CAPRIOLI, (2016), p. 51 ss.

della giurisprudenza²¹² ed è espressamente previsto in un recente progetto di riforma n. 2234, presentato nel dicembre del 2022 al Senato.

In conclusione, anche in relazione a questo modello di NCBC sarebbe meglio esigere uno standard più elevato di prova della provenienza illecita dei beni da confiscare, penalistico anche se in forma indiziaria, utilizzando il verbo “convinto” – come nella proposta della commissione LIBE – anziché “soddisfatto”, anche perché – come evidenziato per la confisca senza condanna *ex art. 15* – non è certo che uno standard inferiore a quello penale sia compatibile con le prescrizioni del Regolamento in termini di garanzie (considerando 18). Sarebbe necessario uno sforzo più deciso da parte del legislatore europeo per armonizzare le garanzie e, quindi, per alimentare la fiducia reciproca e il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca.

Il rispetto del diritto di difesa è evidenziato nell’ultimo comma in cui si precisa che «4. Prima che l’autorità giudiziaria emetta un provvedimento di confisca ai sensi dei paragrafi 1 e 2, gli Stati membri garantiscono il rispetto del diritto di difesa dell’interessato, anche accordando l’accesso al fascicolo e il diritto ad essere ascoltato su questioni di diritto e di fatto» e anche nel considerando 28 si sottolinea che «Gli Stati membri dovrebbero allora richiedere e concedere al proprietario del bene l’effettiva possibilità di dimostrare che il bene in questione deriva da attività lecite».

Nella sua opinione l’*European Economic and Social Committee* del 14 dicembre 2022 non ritiene sufficienti le garanzie previste in relazione a questa modalità di confisca ed esige più garanzie «per escludere tutti i possibili abusi durante il procedimento», anzi richiede delle «norme relative ai diritti e garanzie processuali degli accusati» e per assicurarsi che «i giudici e i tribunali abbiano una formazione adeguata»²¹³. In questa direzione nella versione del Consiglio nel considerando 28(a) si precisa che «Gli Stati membri dovrebbero garantire il rispetto degli adeguati diritti procedurali dell’interessato».

In ogni caso il diritto di difesa è espressamente garantito anche in relazione a tale forma di confisca dall’art. 23.

12. Il diritto di difesa.

L’estrema importanza della garanzia dei diritti della difesa nel settore in esame emerge soprattutto laddove l’accertamento dell’origine illecita dei beni è demandata a procedimenti separati nell’ambito dello stesso processo penale, come per la confisca *ex art. 240-bis c.p.* che consente tale accertamento anche in fase esecutiva²¹⁴, come accennato,

²¹² Trib. di Palermo, Sez. Mis. di Prev., 25 ottobre 2010, Zummo; 25 settembre 2013, Sapienza, inedita. Cfr. Cass., 22 aprile 2009, Buscema e altri, n. 20906, Rv. 244878; Cass., sez. 5, 21 aprile 2011, n. 27228; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio.

²¹³ Cfr. AGUADO (2023), p. 41.

²¹⁴ La prassi di rinviare l’applicazione della confisca obbligatoria *ex art. 12-sexies* in sede di esecuzione (art. 676 c.p.p.) (Cass., sez. I, 18 maggio 2015, Caponera, n. 20507, in Mass. Uff. n. 263479) è stata dapprima prassi riconosciuta dalle S.U. con la sentenza Deourach (Cass. S.U., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221) e poi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 33/2018; tale soluzione è stata

o laddove si tratta di ibridi procedimenti in rem. Si ammettono spesso, in tutti gli ordinamenti, delle deroghe alle garanzie penalistiche, anche dal punto di vista procedurale, perché comunque non è in gioco la libertà personale, ma solo il patrimonio.

Ad esempio, nell'ordinamento italiano lo slittamento nella fase esecutiva dell'applicazione della confisca *ex art. 240-bis* comporta che i poteri del giudice dell'esecuzione sono poteri residuali e contro le decisioni del giudice dell'esecuzione non è possibile l'appello, ma solo il ricorso per cassazione e, soprattutto, il giudice di esecuzione può decidere *de plano* sulla base della richiesta e degli elementi proposti dal p.m. (o d'ufficio)²¹⁵; solo dopo l'opposizione verrà fissata udienza camerale a contraddittorio pieno *ex art. 666 c.p.p.*²¹⁶, anche se il mancato contraddittorio comporta una violazione del principio di legalità, in quanto consente di applicare la confisca in esame in mancanza di uno dei presupposti espressamente previsti dalla legge, la mancata giustificazione da parte del condannato.

O, ancora, sempre nell'ordinamento italiano il riconoscimento nell'ambito del procedimento di prevenzione del diritto all'imparzialità del giudice è solo il frutto di un recente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite²¹⁷. La dottrina, in ogni caso, critica tale procedimento per la mancanza di garanzie del processo penale: vi sarebbe una garanzia giurisdizionale solo "apparente" e il principio del contraddittorio – il cui rispetto è richiesto anche dalla Corte EDU in virtù dell'art. 6, c. 1 – sarebbe violato laddove tale procedimento non garantisce l'assunzione della prova nel contraddittorio (almeno quando sia ripetibile) e la prova sia già stata formata nella fase istruttoria senza contraddittorio²¹⁸; tale procedura è troppo piegata ad un assetto inquisitorio, a partire dalla mancanza di una reale separazione tra la fase preliminare dell'indagine e la fase dedicata al giudizio e alla valutazione dei temi della prova. Anche l'Unione delle Camere Penali contesta delle limitazioni procedurali inaccettabili come le udienze a distanza, o

normativizzata nel c. 4-*sexies* dell'art. 12-*sexies* dalla l. 161/2017, comma abrogato dal D.lg. n. 21/2018 e trasposto nel c. 1 dell'art. 183-*quater* del D.l. 271/1989.

²¹⁵ Cass., sez. I, 5 marzo 2018, n. 9984; Cass. S.U., 17.7.2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; Cass., sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585; Cass., sez. I, 11 giugno 2007, Billeci, n. 22752, in Mass. Uff. n. 236876.

²¹⁶ Il giudice potrà direttamente fissare l'udienza camerale, come si ritiene preferibile laddove gli elementi avanzati dal p.m. siano complessi e si ritenga opportuno acquisire da subito le ragioni del condannato in ordine a eventuali giustificazioni. Nella materia in esame la procedura camerale dovrebbe essere la regola, altrimenti si pronuncerebbe la confisca *ex art. 240-bis* in assenza del presupposto della "mancanza di giustificazioni" circa il carattere proporzionato dei beni da parte del condannato, che presuppone un contraddittorio in cui fare valere le proprie ragioni (C 17/40855);

²¹⁷ Cass. sez. un., c.c. 24 febbraio 2022, Lapelosa, n. 25951 hanno riconosciuto l'applicabilità del *motivo di riconsiderazione previsto dall'art. 37, comma 1, cod. proc. pen.*, «nel caso in cui il giudice abbia, in precedenza, espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale». In materia ampiamente MAUGERI (2017 a), 53 ss.

²¹⁸ Nella procedura preventiva non è necessaria l'assunzione della prova dichiarativa tra le parti, essendo sufficiente che il proposto abbia, attraverso l'esame degli atti, la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto e il diritto di controbattere. Il contraddittorio, peraltro, è imposto dal principio di giurisdizione rivendicato dalla stessa Corte Costituzionale e presuppone adeguate regole probatorie e di giudizio inerenti alla fase strettamente processuale.

la mancanza di adeguamenti procedurali minimi idonei a rendere efficace la difesa, come, tanto per citarne alcuni, la concessione di termini per apparire congrui e rispettosi delle norme costituzionali e l'eliminazione del limite della sola violazione di legge tra i vizi denunciabili davanti alla Suprema Corte²¹⁹. Per il resto la Corte costituzionale, nel confermare la legittimità costituzionale del procedimento di prevenzione, ha sottolineato, come già stabilito nelle sue precedenti sentenze nn. 21 e 216 del 2012, che «le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento»²²⁰; ciò pur riconoscendo espressamente nella famosa sentenza n. 24/2019 – in risposta alla sentenza della Corte Edu De Tommaso²²¹ – che nell'ambito dello statuto delle garanzie da riconoscere alle misure di prevenzione patrimoniali, in considerazione della loro afflittività nonostante il carattere non punitivo²²², rientrano il principio del giusto processo (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost.), previsto dall'art. 6 CEDU anche in materia civile, nonché il diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta²²³.

Assume, allora, una particolare importanza la previsione nell'art. 23 della proposta, sotto la rubrica “Mezzi di ricorso”, dell'obbligo degli Stati di garantire ai destinatari della confisca nei procedimenti in materia il «diritto alla *difesa*, a un *ricorso effettivo* e a un *giudice imparziale* al fine di salvaguardare i propri diritti» (corsivo agg.), diritti oggi previsti dall'art. 8 della Direttiva 42/2014, intitolato «Garanzie». La Corte di Giustizia ha evidenziato che tale norma «impone agli Stati membri, al paragrafo 1, di prevedere che le persone colpite dai provvedimenti previsti in detta direttiva godano del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale al fine di salvaguardare i loro

²¹⁹ Come evidenziato nei lavori degli Stati generali della lotta alla mafia (Relazione del Tavolo XV, Mafie e Europa, a cura di Maugeri, [8056-tavolo-xv-mafie-europa.pdf \(dirittopenaleuomo.org\)](https://www.dirittopenaleuomo.org/8056-tavolo-xv-mafie-europa.pdf)), infatti, «il testo di riforma non affronta alcune questioni - come quelle relative all'esercizio del diritto alla messa alla prova, alle modalità di svolgimento delle indagini preliminari, il sistema di conoscibilità degli atti formato dalla pubblica accusa - che appaiono maggiormente rilevanti per la compiuta realizzazione di un 'giusto processo di prevenzione'». Altra importante proposta è che il quadro normativo della proposta di applicazione della misura sia riempito di contenuti: solo definendo i contorni dell'atto introduttivo del soggetto pubblico, sarà possibile consentire una compiuta illustrazione del diritto di difesa anche nel procedimento di prevenzione, in conformità all'art. 22 della Direttiva.

²²⁰ E, in particolare, ha evidenziato come anche in relazione alla confisca *ex art. 12-sexies* (ora 240-bis) si pongono delle limitazioni del diritto di difesa in quanto «mentre nel procedimento di prevenzione è previsto il “ricorso alla Corte d'appello, anche per il merito” [...] in quello di esecuzione è previsto solo il ricorso per cassazione», Corte cost. 15/106. Tale limitazione è considerata conforme all'art. 24 Cost.; nella medesima direzione Cass., sez. I, 15 dicembre 2014, Bimbola, n. 52058, in Mass. Uff. n. 261604; Cass. S.U., 17.7.2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; Cass., sez. IV, 11 febbraio 2002, D'Amelio, n. 5397, in Mass. Uff. n. 221336; Cass., sez. I, 11 giugno 2007, Billeci, n. 22752, in Mass. Uff. n. 236876.

²²¹ Corte EDU, 23 febbraio 2017, Grande Camera, De Tommaso c. Italia, n. 43395/09.

²²² «Restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU)».

²²³ Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1994, Série A, vol. 281, 7 ss. e in *European Human Rights Reports*, 1994, vol. 18, III, 237, § 30; Corte EDU, sez. I, 15 gennaio 2015, *Veits v. Estonia*, n. 12951/11, § 71; Corte EDU, *Silickienė v. Lithuania*, 10 aprile 2012, no. 20496/02, § 65. In tale direzione conforme CONSULICH, (2019), p. 30 «il diritto della prevenzione è una disciplina in sé conclusa, in cui le garanzie non possono essere asetticamente importate dal diritto penale, ma devono venire automaticamente forgiate a partire dai diritti che vengono incisi».

diritti. Tale disposizione riafferma quindi, nel settore considerato dalla medesima direttiva, i diritti fondamentali contemplati all'articolo 47 della Carta, il quale stabilisce, in particolare, che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste da questo stesso articolo, e segnatamente a che la sua causa sia esaminata equamente»²²⁴.

In tale direzione, come esaminato, nel considerando 33 della proposta, oltre al rispetto della presunzione d'innocenza, si ribadisce il rispetto del "diritto a un giudice imparziale" e "del diritto a un ricorso effettivo" ai sensi dell'art. 47 della Carta²²⁵, dopo aver sottolineato, oltre al carattere invasivo dei provvedimenti di sequestro e di confisca, la necessità che la direttiva preveda specifiche garanzie e mezzi di ricorso per salvaguardare i diritti fondamentali («La direttiva dovrebbe prevedere specifiche garanzie e mezzi di ricorso al fine di salvaguardare i loro diritti fondamentali nell'attuazione delle sue disposizioni»). L'importanza di tali diritti emerge dal dettato degli articoli 8 (1) (f) e 19(1)(h) del Regolamento n. 1805/2018 che nel prevedere per la prima volta che «una palese violazione di un diritto fondamentale della Carta» possa rappresentare una ragione di rifiuto del mutuo riconoscimento, specifica come diritti fondamentali proprio «il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa»²²⁶.

L'obbligo, previsto dall'art. 22, di informare prontamente l'interessato dell'emissione dei provvedimenti (di congelamento, di confisca e di vendita dei beni) e che tali provvedimenti siano motivati è funzionale, allora, proprio alla garanzia del diritto di difesa ai sensi dell'art. 23.

In relazione alla garanzia del diritto di difesa rispetto al congelamento l'art. 23 (2) impone agli Stati membri di garantire «l'effettiva possibilità di contestare tale provvedimento in sede giurisdizionale in conformità delle procedure del diritto nazionale». In materia, in realtà, sembra che le esigenze dell'efficienza, e cioè di evitare la sottrazione dei beni alla confisca, prevalgono sulla tutela del diritto di difesa; un provvedimento di congelamento, infatti, può essere assunto non solo da un organo non giudiziario, come esaminato, ma anche *inaudita altera parte*, poiché l'art. 8 dell'attuale Direttiva impone il dovere di informare l'interessato successivamente all'esecuzione del provvedimento ("dopo la sua esecuzione") e l'art. 22 della proposta fa riferimento all'esigenza di comunicare all'interessato direttamente il provvedimento. In ogni caso, la necessità di garantire il diritto di difesa anche nei confronti dei provvedimenti di sequestro è stato più volte ribadito dalla Corte EDU in virtù dell'art. 6 CEDU. A tal proposito si può ricordare la recente condanna della Romania perché non garantiva

²²⁴ CGUE, RR, JG, C-505/20, cit., § 24; CGUE, Okrazhna prokuratura – Varna, C-845/19 e C-863/19, cit., § 75.

²²⁵ In materia con riferimento alla decisione quadro 212/2005 cfr. CGUE del 14.1.2021, C-393/19 (*Okrazhna prokuratura – Haskovo e Apelativna prokuratura*).

²²⁶ Art. 8 «in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di congelamento comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa»; in termini corrispondenti per la confisca all'art. 19 h).

adeguatamente il diritto di difesa contro un sequestro (e in particolare contro la durata sproporzionata, 10 anni, come sopra esaminato): «*It is a violation of Article 6(1) ECHR not to provide a remedy to challenge the excessive duration of the criminal attachment, including by awarding compensation in separate civil proceedings*»²²⁷. E, in termini corrispondenti, anche la Corte di Giustizia pretende la garanzia del diritto di difesa nei confronti di un provvedimento di congelamento (anche in questo caso sproporzionato per la sua durata), richiedendo che si garantisca all'interessato di «far esaminare dal giudice competente se le condizioni poste per il congelamento di tale bene restino soddisfatte. Di conseguenza, una normativa nazionale che non preveda una siffatta possibilità è contraria all'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2014/42»²²⁸.

L'art. 23(4) garantisce, poi, in particolare il diritto di difesa in relazione ai provvedimenti di confisca precisando che «le persone i cui beni sono oggetto di un provvedimento di confisca abbiano l'effettiva possibilità di contestare tale provvedimento e le circostanze rilevanti del caso in sede giurisdizionale in conformità delle procedure del diritto nazionale»; questa disposizione vale per ciascuna forma di confisca e dovrebbe riguardare non soltanto il diritto di difesa in sede di ricorso (“possibilità di contestare tale provvedimento”), ma più a monte – come previsto in alcune delle specifiche disposizioni e come esaminato, ad es. nell'art. 16, n. 4 – il diritto di difendersi nell'ambito di un *corretto contraddittorio* nel procedimento destinato all'adozione del provvedimento di confisca, sia esso il processo penale o il procedimento in materia penale (*in rem*). Si ricordi che, come evidenziato dalla Suprema Corte italiana, chiarito che non si tratta di un'inversione dell'onere della prova, l'impossibilità colpevole da parte del proposto di allegazione sui punti pertinenti alle indagini assume, a sua volta, valore indiziario a carico, consolidandosi l'effetto confermativo del complessivo quadro emerso e che aveva già indotto e sorretto il sequestro²²⁹. Come spesso evidenziato, rimangono sempre delle perplessità in materia circa il rispetto del diritto al silenzio, espressamente riconosciuto dalla Direttiva 2016/343 sulla presunzione d'innocenza (che pur ammettendo l'uso di presunzioni, pretende 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» (considerando n. 24)), tanto più che da ultimo – come evidenziato in dottrina²³⁰ – con un'importante pronuncia la Corte di Giustizia nel caso *Consob c./Italia*²³¹ non solo ha riconosciuto che il diritto al silenzio, precipitato delle garanzie dell'equo processo di cui agli artt. 47-48 C.D.F.U.E. e 6 C.E.D.U., è riconosciuto anche nei procedimenti destinati ad applicare sanzioni amministrative punitive – come del resto riconosciuto già da epoca risalente dalla Corte

²²⁷ Corte EDU, Sec. IV, 5 April 2022, Pres. Y. Grozev - CĂlin v. Romania, n. 54491/14.

²²⁸ CGUE, RR, JG, C-505/20, cit., § 37.

²²⁹ Cass., sez. VI, 3 aprile 1995, n. 1265, Annunziata, in *CED Cass.*, 202310 o in *Cass. pen.*, 1996, p. 2358.

²³⁰ PINCELLI (2024), p. 31 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

²³¹ Corte giust. UE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, C-481/19, *Consob c./Italia*; Corte cost., 30 aprile 2021, n.

EDU²³² –, ma anche che tale diritto si oppone a che «gli elementi di prova ottenuti nell’ambito di tale procedura sono utilizzabili, nell’ambito di un procedimento penale intentato nei confronti di questa stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di un illecito penale». Ciò assume rilievo rispetto alla prassi, ampiamente riconosciuta nell’ordinamento italiano, di osmosi probatoria tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, non solo dal primo verso il secondo (ritenendo sufficienti elementi emergenti da procedimenti penali pendenti²³³) ma anche dal procedimento di prevenzione al processo penale²³⁴; la medesima questione è stata ampiamente affrontata nell’ordinamento nordamericano, comportando il riconoscimento del quinto emendamento – divieto di *self-incrimination* – in un “*civil proceeding*” destinato all’applicazione del civil forfeiture e nell’ordinamento britannico²³⁵.

La norma precisa in relazione a ciascuna forma di confisca gli elementi che possono essere oggetto di contestazione da parte della difesa.

«In caso di provvedimenti di confisca ai sensi dell’articolo 13, tali circostanze comprendono i fatti e le circostanze su cui si basa la conclusione che il terzo sapeva o avrebbe dovuto sapere che il trasferimento o l’acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca». Tale disposizione è già stata esaminata precedentemente²³⁶.

«In caso di provvedimenti di confisca ai sensi degli articoli 14 e 16, tali circostanze comprendono i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili sulla base dei quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose». Questa disposizione conferma come innanzitutto spetta *all’accusa* dimostrare l’origine illecita dei beni adducendo fatti specifici ed elementi di prova, che poi potranno essere contestati dalla difesa; la proposta di direttiva non prevede forme di inversione dell’onere della prova sia per la confisca allargata dei proventi del reato in seguito a condanna, sia per la confisca dei proventi senza condanna. La difesa non deve provare *tout court* l’origine lecita dei beni, ma deve piuttosto contestare eventualmente «i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili sulla base dei quali i beni in questione sono considerati come derivanti da condotte criminose».

«In caso di provvedimenti di confisca ai sensi dell’articolo 15, tali circostanze comprendono gli atti e gli elementi di prova sulla base dei quali l’autorità giudiziaria nazionale ha concluso che si configurano tutti gli elementi del reato». Nell’ipotesi prevista dall’art. 15, come esaminato, anche se il procedimento non prosegue ai fini della condanna, l’accusa deve accertare *tutti gli elementi del fatto* – come minimo la tipicità –, oltre che i presupposti necessari per le diverse forme di confisca e, allora, la difesa per sottrarsi alla confisca, può, innanzitutto, contestare che si sia realizzato il reato; nell’ordinamento italiano ai fini dell’applicazione della confisca nel caso di estinzione

che ha conseguentemente dichiarato l’incostituzionalità dell’illecito amministrativo previsto dall’art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58/1998.

²³² Cfr. MAUGERI (2021), p. 807 ss. e giurisprudenza e dottrina ivi citata.

²³³ Cass., sez. VI, 13 luglio 2017, n. 36216; Cass., sez. VI, 25 giugno 2020, n. 21060.

²³⁴ MARAFIOTI (2016), p. 8.

²³⁵ Cfr. MAUGERI (2021), p. 843 ss. e giurisprudenza e dottrina ivi citata.

²³⁶ Si veda § 8.1.

del reato *ex art. 578-bis c.p.p.* si richiede, in maniera più garantistica, che «il giudice di appello o la corte di cassazione, devono previamente accertare la “responsabilità dell'imputato»». Laddove si tratti di forme di confisca che assumono carattere punitivo si dovrebbe pretendere l'accertamento della colpevolezza del reo, come previsto nell'*art. 578-bis c.p.* e come sancito dalla Corte EDU nella sentenza G.I.E.M.²³⁷ laddove, ammettendo la prassi giurisprudenziale italiana che consente di applicare la confisca urbanistica – una forma di confisca considerata punitiva da parte della stessa Corte EDU nelle precedenti sentenze Sud Fondi e Varvara²³⁸ – anche in caso di prescrizione, pretende l'accertamento della colpevolezza, anche in mancanza della condanna definitiva, in accoglimento dell'orientamento affermato dalla Corte Costituzionale italiana²³⁹ e dalle Sezioni Unite²⁴⁰.

L'*art. 23*, poi, oltre a garantire anche a livello procedurale il diritto dei terzi di fare valere i loro diritti, come esaminato, stabilisce, infine, il diritto all'avvocato, che dovrebbe implicare il diritto al gratuito patrocinio, altrimenti si tradurrebbe in vuota dichiarazione di intenti (8. «Le persone i cui beni sono oggetto delle misure previste dalla presente direttiva hanno diritto a un avvocato durante l'intero procedimento di congelamento e confisca. Le persone interessate sono informate di tale diritto»).

La proposta di direttiva, quindi, vuole garantire il diritto alla difesa in linea con il riconoscimento dei principi del giusto processo *ex art. 6* della CEDU, che si applica anche i procedimenti civili. La Corte EDU riconosce il principio della parità delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti che «vale di regola in civile come in penale»²⁴¹ e si traduce nell'esigenza di garantire a ciascuna parte una possibilità ragionevole di presentare le proprie prove in condizioni di eguaglianza, nonché l'obbligo per il giudicante di procedere all'esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle offerte di prova delle parti, salvo verificarne la pertinenza ai fini della decisione²⁴².

Il diritto alla difesa e al giusto processo è violato, come riconosce la Corte EDU laddove il provvedimento di confisca pronunciato non tiene conto di prove determinanti

²³⁷ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. c. Italia*, 301: conforme Corte EDU, 26 novembre 2019, *Yasar v. Romania*, § 50-51.

²³⁸ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl e Altre 2 c. Italia*, n. 75909/01, §125-129; Corte EDU, II sez., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

²³⁹ Corte Cost. 14 gennaio 2015 (26 marzo) n. 49/2015 che non accoglie le indicazioni della sentenza Varvara della Corte EDU in relazione alla necessità di una condanna per applicare la confisca avente natura punitiva, ritenendo sul punto che si debba avere riguardo non tanto alla forma del pronunciamento del giudice, ma alla sostanza, vale a dire l'accertamento della responsabilità, regola già impostasi nell'ordinamento giuridico nazionale (Corte cost. 09/239).

²⁴⁰ Le Sezioni Unite (30 gennaio 2020 (dep. 30 aprile 2020), n. 13539, ric. Perroni), da una parte, ritengono applicabile l'*art. 578-bis c.p.p.* a tale forma di confisca con una discutibile applicazione analogica in palese violazione del principio di legalità; dall'altra, in maniera assolutamente apprezzabile, pongono un freno alla pronuncia di tale forma di confisca in seguito a prescrizione pretendendo una condanna in primo grado e riaffermando l'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'*art. 129 c.p.p.*, c. 1; conforme Cass., 21 ottobre 2022, n. 39832.

²⁴¹ Corte EDU, 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, Serie A n. 274, § 32-33.

²⁴² Corte EDU, 19 aprile 1994, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, Serie A n. 288, § 59; Corte EDU, *Kraska c. Svizzera*, 19 aprile 1993, § 30; *Dombo Beheer B.V.*, cit., § 35.

fornite dalla difesa, realizzando un diniego di giustizia²⁴³, una violazione del diritto di difendersi provando²⁴⁴. Si realizza una violazione del diritto al giusto processo quando «*the courts had arbitrarily refused to admit important evidence collected and submitted by the defence*»²⁴⁵.

Anche laddove la Corte EDU, come esaminato, ammette l'uso di presunzioni in materia penale e, in particolare, ai fini dell'applicazione di un provvedimento di confisca anche in procedimenti *in rem*, richiede che siano confutabili e che siano garantiti i diritti della difesa, a partire dal contraddittorio²⁴⁶; ciò implica che laddove la difesa sia riuscita a confutare le presunzioni e a dimostrare che i fatti alla base delle stesse presunzioni non siano veri o non abbiano efficacia probatoria nel caso in esame, l'accusa deve riuscire a sua volta a rigettare le deduzioni difensive o comunque a fornire ulteriori indizi che possano fondare il provvedimento da assumere.

Si ricordi a tal proposito anche la significativa giurisprudenza della Corte EDU circa il diritto per ogni accusato di poter esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico²⁴⁷.

In materia si deve anche ricordare il rischio di violare i principi dell'equo processo laddove in procedimenti *in rem* si attribuisce rilievo a fatti oggetto di piena assoluzione o meglio a una sentenza di condanna in primo grado, pienamente ribaltata in appello; nell'ordinamento italiano per fondare la pericolosità sociale, e quindi gli indizi di attività criminale, quale presupposto della confisca, se non la stessa prova dell'origine illecita dei beni da confiscare, la giurisprudenza continua a richiamare provvedimenti in cui il prevenuto è stato assolto non solo *ex art. 530, comma 2, c.p.p.*²⁴⁸

²⁴³ Corte EDU, 29 gennaio 2009, *Lenskaya c. Russia*, § 39; Corte EDU, 12 luglio 2007, *Vedernikova c. Russia*, n. 25580/02, § 25.

²⁴⁴ Corte EDU, 11 dicembre 2008, *Mirilashvili v. Russia*, n. 6293/04, §§ 222-227.

²⁴⁵ Corte EDU, *Khodorkovskiy and Lebedev*, cit., § 697.

²⁴⁶ Cfr. Corte EDU, *Gogitide v. Georgia*, 12 maggio 2015, no. 36862/05; Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, cit., 7; Corte EDU, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte EDU, 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, § 4; Corte EDU, 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n. 52024/99, *ivi*, 5; Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99, *ivi*, 6; Corte EDU, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, *ivi*, 8; Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, n. 4514/07, § 45. Nella FRA OPINION (*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*), consultabile a <https://fra.europa.eu/it/publication/2012/fra-opinion-confiscation-proceeds-crime>, si richiede di prevedere che il giudice possa decidere discrezionalmente di rinunciare alla confisca laddove sorga un “*serious risk of injustice*”.

²⁴⁷ Sia consentito il rinvio a MAUGERI (2017), 60 ss.

²⁴⁸ Cass., sez. II, 25 gennaio 2023, n.15704: «In tema di misure di prevenzione, il giudice, attesa l'autonomia tra processo penale e procedimento di prevenzione, può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale, al fine di giungere ad un'affermazione di pericolosità generica del proposto *ex art. 1, comma 1, lett. b)*, D. lg. 6 settembre 2011, n. 159, non solo in caso di intervenuta declaratoria di estinzione del reato o di pronuncia di non doversi procedere, ma anche a seguito di sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p., ove risultino delineati, con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività, quei fatti che, pur ritenuti insufficienti – nel merito o per preclusioni processuali – per una condanna penale, possono, comunque, essere posti alla base di un giudizio di pericolosità. (In motivazione, la Corte ha affermato che,

ma perché il “fatto non sussiste”²⁴⁹, nonché i provvedimenti di archiviazione o proscioglimento, del quale il prevenuto ha beneficiato nel tempo, magari in base alla considerazione che tali provvedimenti «lasciavano “ombre di dubbio e di sospetto”», considerando irrilevante il fatto che il prevenuto «sia stato, precedentemente, assolto da tutti i procedimenti che lo hanno visto imputato con l’accusa di ingerenze illecite in pubblici appalti, trattandosi di vicende giudiziarie diverse dall’odierno procedimento, fondate evidentemente su un materiale probatorio differente e ridotto rispetto a quello costituente la piattaforma probatoria dell’odierno procedimento»²⁵⁰. La Suprema Corte continua a sancire che pur a fronte di una sentenza di assoluzione dell’imputato in sede penale, il giudice della prevenzione può mantenere la confisca dei beni²⁵¹, e ciò in base al principio dell’autonomia del procedimento di prevenzione²⁵².

alla luce della giurisprudenza costituzionale, l’esigenza di un elevato standard di legalità si riflette, non tanto sulle modalità di accertamento, quanto sull’oggetto della verifica di pericolosità generica, che deve appuntarsi sull’esistenza di elementi di fatto individuabili con adeguata precisione e puntualità»; Cass., sez. II, 11 gennaio 2022, n. 4191; Cass., sez. II, 25 giugno 2021, n. 33533; Cass., sez. II, 6 giugno 2019, n. 31549; Cass., sez. II, 29 marzo 2019, n. 19880; Cass., sez. I, 7 gennaio 2016, n. 6636.

²⁴⁹ Corte app. Roma, Sez. I, 1° aprile 2008, n. 2350.

²⁵⁰ Corte app. Caltanissetta, Sez. I, 18 ottobre 2012, dep. 23 ottobre 2012 (procedimento n. 50/08 M.P.). Cassazione penale sez. II, 11/01/2022, n.4191: «Misure di prevenzione: il giudice può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale per affermare la pericolosità generica del proposto. In tema di misure di prevenzione, il giudice, attesa l’autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale, al fine di giungere ad un’affermazione di pericolosità generica del proposto ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lg. 6 settembre 2011, n. 159, non solo in caso di intervenuta declaratoria di estinzione del reato o di pronuncia di non doversi procedere, ma anche a seguito di sentenza di assoluzione ai sensi dell’art. 530, comma 2, c.p.p., ove risultino delineati con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività quei fatti che, pur ritenuti insufficienti - nel merito o per preclusioni processuali - per una condanna penale, ben possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità. (Fattispecie in tema di confisca)»; conforme Cass., sez. II, 25 gennaio 2023, n.15704; Cass., sez. II, 25 giugno 2021, n. 33533; Cass., sez. V, 30 novembre 2020, n.182.

²⁵¹ Cass. Pen., Sez. I, 17 maggio (dep. 6.9) 2023 n. 36878.

²⁵² «Il procedimento di prevenzione è autonomo rispetto a quello penale, perché nel primo si giudicano condotte complessive, ma significative della pericolosità sociale, nel secondo si giudicano singoli fatti da rapportare a tipici modelli di anti giuridicità» (Cass. Pen. Sez. II, 25.1.2023 n. 15704)». O, come minimo, si ritiene che è possibile mantenere la misura di prevenzione laddove «il segmento fattuale azzerato dal diverso esito del giudizio penale si inserisca come ingrediente fattuale solo concorrente o minusvalente rispetto ad altri episodi storici rimasti confermati (o non presi in esame in sede penale, o dove il giudizio di prevenzione si basi su elementi cognitivi realmente autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale» (Cass., Sez. I, 1.2.2018 n. 24707). È espressione di tale esigenza una pronuncia che, argomentando in ordine alla maggiore affidabilità della decisione del giudice penale, richiede al giudice della prevenzione di confrontarsi adeguatamente anche con il provvedimento di archiviazione (Cass. Pen., Sez. I, 26 ottobre 2022, n. 4489). Si inserisce sempre nella medesima prospettiva, una pronuncia la quale ha precisato che, a fronte di una sentenza di condanna a pena sospesa, il giudizio di pericolosità generica deve essere desunto da «dati fattuali concreti» (Cass., sez. VI, 5 aprile 2023 n. 19997). *Contra* Cass., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 11979, G.P. «In tema di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose, è illegittimo, per essere la motivazione meramente apparente, il decreto con cui il giudice di appello confermi la misura della sorveglianza speciale nei confronti del preposto, sulla scia di una sentenza di condanna di primo grado per il delitto di cui all’art. 416-bis cod. pen., senza tenere in conto alcuno la sentenza di assoluzione intervenuta in appello»; interessante Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 6588, F.; O, ancora, si afferma che «senza una

Fondare la misura sulle risultanze di un processo conclusosi con piena assoluzione si pone in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU nel caso *Geerings*, relativo ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36 e § 2 del Codice penale olandese, in cui si precisa che non è possibile considerare di origine illecita dei beni derivanti dal reato per il quale il soggetto è stato assolto²⁵³ e, comunque, pretende – si afferma in dottrina –, pena l'inosservanza della presunzione d'innocenza, che la verifica giurisdizionale sull'origine criminale non si fondi sulla semplice ricezione di risultanze investigative contrastanti con l'esito del giudizio dibattimentale²⁵⁴. La Corte EDU sottolinea che l'applicazione della confisca in relazione ai crimini per i quali l'imputato è stato assolto «equivarrebbe al riconoscimento della colpevolezza dell'imputato senza che ne sia stata "accertata la colpevolezza in conformità alla legge"»²⁵⁵; anche il continuare a dedurre sospetti da fatti oggetto di un'assoluzione rappresenta la violazione della presunzione d'innocenza ai sensi dell'art. 6, § 2, CEDU²⁵⁶. Da ultimo nell'ammettere il ricorso promosso da soggetti i quali, pur assolti nel merito in sede penale dal reato di associazione mafiosa, sono stati successivamente destinatari di un provvedimento di confisca dei patrimoni personali, la Corte EDU ha posto all'Italia una serie di quesiti attinenti a vari profili problematici della confisca di prevenzione antimafia con provvedimento interlocutorio del 10 luglio 2023 (Richiesta n. 29614/16 Cavallotti contro Italia), tra cui in particolare, al punto 2, la Corte EDU osserva che qualora alla confisca di prevenzione dovesse essere riconosciuta natura sostanzialmente punitiva secondo il parametro convenzionale di cui all'art. 7, l'applicazione della misura nonostante l'assoluzione in sede penale dall'accusa di partecipazione all'associazione mafiosa, oltre a porsi in conflitto con il principio della presunzione di innocenza, violerebbe il predetto art. 7. In tale direzione un recente progetto di legge n. 2234, presentato nel dicembre del 2022 al Senato, introduce un nuovo motivo di revoca *ex art.* 28 d.lgs. 159/2011: «*c-bis*) quando, successivamente al decreto di confisca, intervenga sentenza penale di proscioglimento perché il fatto non sussiste o la persona non lo ha commesso o decreto penale di archiviazione, quando gli elementi di fatto valutato ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione sono correlati all'imputazione nel processo penale».

Tale questione è emersa nell'applicazione del Regolamento n. 1805/2018 laddove è stato sollevato un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia per sapere «se la nozione di "procedimento per un reato che può dar luogo alla confisca di beni anche in

specificata motivazione, l'uso del tutto apodittico, come fa il decreto impugnato, della condanna in primo grado comporta che la motivazione fonda su di un elemento inesistente» (Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 6588). Sul principio di autonomia del procedimento di prevenzione si veda sentenza citate in nota 147.

²⁵³ Corte EDU, 1 marzo 2007, *Geerings v. the Netherlands*, n. 30810/03, § 48.

²⁵⁴ Così BALSAMO, (2007), p. 3936, in commento a Corte EDU, *Geerings v. the Netherlands*, cit.

²⁵⁵ «*It amounts to a determination of the applicant's guilt without the applicant having been "found guilty according to law"*», Corte EDU, *Geerings v. the Netherlands*, cit., § 48 ss.-50; cfr. Corte EDU, 28 ottobre 2003, *Baars v. the Netherlands*, n. 44320/98, § 31.

²⁵⁶ Corte EDU, 21 marzo 2000, *Asan Rushiti v. Austria*, n. 28389/95, § 31; Corte EDU, 1° marzo 2007, *Geerings v. the Netherlands*, n. 30810/03, § 49.

assenza di una condanna”, ai sensi dell’articolo 2, punto 3, del regolamento 2018/1805, comprenda altresì un procedimento penale conclusosi con sentenza di assoluzione»²⁵⁷.

Per concludere, da ultimo, possiamo ricordare che dopo la sentenza 24/2019, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 5/2023, pur rispetto a una forma di confisca di strumenti pericolosi sottoposti a una particolare disciplina come le armi, ha stabilito in termini generali che «Tuttavia, la valutazione di proporzionalità e ragionevolezza di una misura che incide in maniera potenzialmente assai gravosa sul diritto di proprietà non può non dipendere anche dalla presenza di un adeguato meccanismo di tutela giurisdizionale, che garantisca all’interessato la possibilità di contestare in maniera effettiva la sussistenza dei presupposti della misura. Ciò risulta, tra l’altro, dalla costante giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale, pur non contenendo il testo dell’art. 1 Prot. addiz. CEDU alcun esplicito requisito procedurale, la legittimità di qualsiasi misura che incida sul diritto di proprietà – a prescindere dalla sua natura penale o non – dipende, per l’appunto, dalla presenza di procedimenti in contraddittorio coerenti con il principio di parità delle armi, nei quali l’interessato sia posto in condizione di contestare in maniera effettiva la misura stessa (Corte EDU, sentenza GIEM, paragrafo 302, e ivi numerosi precedenti citati), tale requisito discendendo dallo stesso principio di legalità che presiede a ciascuna misura limitativa del diritto di proprietà (Corte EDU, grande camera, sentenza 11 dicembre 2018, Lekić contro Slovenia, paragrafo 95). Ne consegue che, onde mantenersi entro i limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la violazione sulla quale si fonda la presunzione che sta alla base della disposizione censurata – dopo essere stata contestata all’imputato dal pubblico ministero, sulla base degli accertamenti svolti dalla polizia giudiziaria – deve essere altresì accertata dal giudice che applica la confisca, in un procedimento nel quale le ragioni dell’imputato siano ascoltate e valutate nel contraddittorio con il pubblico ministero»²⁵⁸.

Correttamente si osserva in dottrina, infine, che anche se la natura transnazionale della criminalità organizzata e il fatto che i membri risiedono in Stati membri diversi può rendere difficile la notifica delle decisioni di congelamento, la disposizione secondo cui la notifica può essere effettuata mediante annuncio pubblico quando la notifica individuale può sopporre “un onere sproporzionato”, non è rispettoso delle garanzie della difesa²⁵⁹.

²⁵⁷ Domanda di pronuncia pregiudiziale, Causa C-8/24, 9 gennaio 2024, D. d.o.o. v. Županijsko državno odvjetništvo u Zagrebu (Croazia): «II. Se la nozione di “procedimento per un reato che può dar luogo alla confisca di beni anche in assenza di una condanna”, ai sensi dell’articolo 2, punto 3, del regolamento 2018/1805, comprenda altresì un procedimento penale conclusosi con una sentenza di assoluzione accompagnata da un provvedimento di confisca di beni quali proventi illeciti derivanti da un reato diverso da quello per il quale è stata pronunciata l’assoluzione, e al quale non hanno preso parte gli imputati, bensì persone contro cui non è stato formulato alcun atto d’accusa».

²⁵⁸ Corte Cost., 20 dicembre 2022 (24 gennaio 2023), n. 5.

²⁵⁹ AGUADO, (2023), p. 46.

13. Il principio di proporzione.

La proposta di direttiva prevede nell'art. 23 (5) in maniera espressa che la disciplina in materia di confisca trovi un limite nel rispetto del principio di proporzione in senso stretto, stabilendo che «Nell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri prevedono che la confisca non sia ordinata qualora sia sproporzionata rispetto al reato commesso o all'accusa nei confronti della persona interessata da tale misura. Nell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri prevedono che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per il soggetto interessato».

Nell'attuale Direttiva il rispetto del principio di proporzione è previsto nei consideranda n. 17 e 18, e non in una precisa e vincolante disposizione; ne consegue che la proposta fa un passo in avanti verso il rispetto del principio di proporzione, imponendo in maniera espressa l'obbligo di rispettare tale principio nell'applicazione della confisca, consentendo di evitarne l'applicazione laddove sia sproporzionata o rappresenti una privazione eccessiva per il soggetto interessato. Anche se, come evidenziato in dottrina, il principio avrebbe meritato una norma espressa, piuttosto che il suo inserimento nell'ambito del diritto di difesa, art. 23²⁶⁰. Nell'attuale direttiva, come si esaminerà, emerge meglio la differenza tra la confisca dei proventi e quella degli strumenti in relazione al principio di proporzione.

Fermo restando che il principio di proporzione dovrebbe presiedere qualunque intervento dell'autorità che limita interessi/diritti dei cittadini, in termini generali l'imposizione del suo rispetto in relazione alla confisca è, innanzitutto, fondamentale come direttiva nei confronti del legislatore circa l'opportunità di limitare l'uso di simili misure nel rispetto del diritto di proprietà (art. 1, I Protocollo CEDU), anche in considerazione della limitazione della libertà d'iniziativa economica e degli effetti stigmatizzanti che assumono in particolare le forme di confisca estesa e senza condanna, che presumono un'attività criminale di carattere continuativo/professionale. In tale direzione, ad esempio le sollecitazioni della Corte Costituzionale italiana nella sentenza 33/2018, come esaminato, di limitare l'ambito di applicazione della confisca estesa, nata originariamente per combattere il fenomeno della criminalità organizzata (anche se poi il suo ambito di applicazione è stato esteso in maniera "alluvionale")²⁶¹; e in tale direzione, come esaminato, il legislatore europeo pone delle restrizioni all'ambito di applicazione delle forme di confisca estesa o senza condanna.

Ma la norma richiamata sembra pretendere qualcosa di più; richiedendo che la misura non sia sproporzionata al reato o all'accusa sembra pretendere che la singola confisca sia in qualche modo commisurata «al reato commesso o all'accusa nei confronti della persona interessata da tale misura». Tale disposizione sembra presupporre un carattere punitivo della confisca che ne consenta la graduabilità e la commisurazione alla gravità del reato o dell'accusa.

²⁶⁰ AGUADO, (2023), p. 42-

²⁶¹ MAUGERI, (2019 a), p. 1611 ss.

Non è chiaro cosa si intenda con la proporzione “all’accusa” piuttosto che al reato; in realtà la norma sembra richiamare l’art. 74f StGB *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* dell’ordinamento tedesco, che impone il rispetto del principio di proporzione della confisca facoltativa dei prodotti, degli strumenti e dell’oggetto al reato o all’accusa, *Vorwurf*. La nozione di accusa - *Vorwurf* – è interpretata come *rimprovero*, richiamando la nozione di rimproverabilità/colpevolezza; chiaramente la graduazione è consentita in quanto misura facoltativa.

13. 1. Il principio di proporzione e la confisca dei proventi del reato.

Il principio di proporzionalità in senso stretto non dovrebbe applicarsi alla confisca dei proventi, che non dovrebbe assumere carattere punitivo e la cui misura dipende dall’ammontare dei profitti del reato; i proventi in quanto di origine illecita vanno confiscati perché il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni e ciò indipendentemente dalla loro misura, come evidenziato in altra sede²⁶². Chiaramente ciò vale laddove si interpreti correttamente anche il significato di provento e non si ammettano interpretazioni *analogiche* della nozione di provento o comunque interpretazioni arbitrarie che finiscano per fare assumere un puro carattere punitivo anche a questa forma di confisca, facendo emergere una più pregnante esigenza di rispetto del principio di proporzione alla gravità del fatto; in quest’ultima ipotesi, comunque, emergerebbe a monte una violazione del principio di legalità, perché si finirebbe per applicare la confisca laddove non prevista dall’ordinamento.

Le medesime considerazioni valgono per la confisca per equivalente del profitto accertato, nella misura in cui si limita a sottrarre, anche se nella forma equivalente, il profitto del reato che il reo non ha diritto a detenere e non infligge una limitazione del diritto di proprietà; in questo caso la confisca di valore dovrebbe assumere la medesima natura della confisca diretta del profitto, e cioè un mero carattere di riequilibrio economico/riparatorio. Il discorso dovrebbe essere diverso nell’ottica di chi ne sostiene il carattere punitivo, come sopra esaminato, perché dovrebbe applicare il principio di proporzionalità in senso stretto; ma ciò, come evidenziato in una rara sentenza della Suprema Corte, non è previsto dalla disciplina in materia²⁶³.

Per la confisca dei proventi potrebbe assumere un maggiore significato la seconda parte della disposizione che richiede che «gli Stati membri prevedono che, in

²⁶² MAUGERI, (2020), p. 1 ss.; ID. (2020 a), p. 425 ss.; cfr. VIGANÒ (2021), p. 203: “La proporzionalità di una simile ablazione è *in re ipsa*, limitandosi qui l’ordinamento a ripristinare in capo all’agente la situazione patrimoniale preesistente rispetto al reato”; FINOCCHIARO (2018), p. 362; TRINCHERA (2020), p. 419 s.; MONGILLO (2019), p. 3350; AMATI (2013), p. 151.

²⁶³ “Si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla res, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell’autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa”, Cass. sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, su *Guida al Dir.* 2013, n. 22, 67, con nota di AMATO; Cass. sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Baldecchi, in *Guida al dir.* 2013, 7, 6.

circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per il soggetto interessato»; si potrebbe trattare di ipotesi in cui per la situazione concreta la confisca finisca per comportare delle conseguenze non tollerabili per il soggetto anche se si tratta di sottrarre solo il provento di origine illecita, ad esempio laddove il soggetto ha già utilizzato i proventi del reato nell'esercizio di un'attività economica e la sottrazione di beni in misura equivalente all'originario provento rischi di mettere a rischio la tenuta economica dell'azienda (a parte la discussione sulla natura punitiva o meno della confisca per equivalente). La Corte EDU considera la confisca sproporzionata in termini di rispetto del diritto di proprietà «se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo ed esagerato»²⁶⁴.

Ciò non toglie che rispetto alle forme di confisca estesa, magari applicabili senza condanna e anche *sine die*, che finiscono per assumere un significativo impatto stigmatizzante e limitativo della libertà di iniziativa economica, l'esigenza di rispetto del principio di proporzionalità emerge in termini ampi e dovrebbe sempre presiedere la scelta politica criminale del legislatore di introdurre simili forme di confisca e la scelta del modello di confisca da adottare. Tale principio dovrebbe, poi, anche rappresentare un canone interpretativo della disciplina di tali forme di confisca; in tale direzione, ad esempio, la delimitazione temporale della presunzione di origine illecita del patrimonio o la richiesta della c.d. ragionevolezza temporale consente in conformità al principio di proporzionalità in senso ampio di delimitare la misura della confisca, da una parte, e, dall'altra parte, di rendere più stringente l'onere della prova dell'accusa e più contenuto l'onere della prova della difesa, così delimitando indirettamente la misura della confisca e garantendone maggiormente il carattere meramente riparativo (di riequilibrio economico, invece che punitivo; tanto più si prova che i beni sono di origine illecita tanto più si garantisce una mera natura riparatoria).

In tale direzione, come accennato, nel considerando 28 a) si richiama il principio di proporzionalità come limite all'applicazione della confisca del patrimonio ingiustificato *ex art. 16*, come accennato, richiedendo che «Il meccanismo di confisca di patrimonio ingiustificato non è destinato a essere utilizzato quando, nel singolo caso, l'applicazione delle norme stabilite nella direttiva sarebbe manifestamente irragionevole o sproporzionata».

L'attuale direttiva al considerando n. 18 richiama ampiamente al rispetto del principio di proporzionalità, anche in relazione alla confisca del provento dei reati, prevedendo l'introduzione della clausola dell'onerosità, già sollecitata dall'emendamento n. 10 proposto dalla Commissione LIBE, laddove «la misura rappresenti un onere sproporzionato per l'interessato o ne determini la rovina economica» in considerazione, come si precisa nella motivazione, di una situazione «di manifesta iniquità». Anche nell'*Opinion of the European Union Agency for Fundamental*

²⁶⁴ Cfr. MAUGERI, (2017b), p. 45 ss. e giurisprudenza ivi citata; sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di proporzionalità Lucas, *op. cit.*, 804 ss.; cfr. Corte EDU, 11 aprile 2007, Mamidakis c. Grecia, n. 35533/04.

Rights on the Confiscation of proceeds of crime” (nel prosieguo FRA OPINION)²⁶⁵ si richiede di prevedere che il giudice possa decidere discrezionalmente di rinunciare alla confisca laddove sorga un “*serious risk of injustice*”²⁶⁶.

Tale clausola dovrebbe essere applicata in termini piuttosto stringenti, in circostanze eccezionali «qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l’interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l’interessato una situazione critica di sussistenza». In questa ipotesi si potrebbe fare rientrare la confisca dei profitti laddove, nonostante di per sé i profitti debbano essere confiscati per il loro carattere illecito, e non per limitare il diritto di proprietà, tuttavia nella singola situazione la loro confisca possa comportare delle conseguenze eccessivamente onerose per il destinatario, ad esempio per la sopravvivenza di un’azienda, come accennato, anche in considerazione comunque degli effetti della confisca per la libertà d’iniziativa economica del soggetto.

Parte della dottrina tedesca evidenziava l’esigenza di applicare l’*Härtevorschrift* (Regola dell’onerosità) (§ 73 c) proprio per evitare l’effetto strangolamento, alla luce dell’*Übermaßverbot* (il divieto di eccessi – il principio di proporzione in senso stretto), ad esempio nell’ipotesi in cui i profitti illegali siano stati reinvestiti e la loro sottrazione comporterebbe la messa in pericolo della stessa esistenza di un’impresa²⁶⁷. Tale disposizione è stata abrogata anche in seguito all’introduzione con la riforma del 2017 del principio del lordo moderato (il § 73 d) nel calcolo del valore del profitto che, come esaminato, consente di decurtare dal profitto lordo le spese lecite e di applicare il Bruttoprinzip nel rispetto del principio di proporzione²⁶⁸. Non solo, ma la protezione contro l’ingerenza sproporzionata nella nuova disciplina è garantita dalla disposizione della Sezione 459g (5) StPO nella versione modificata con la l. 25 giugno 2021: «nei casi di cui ..., l’esecuzione deve essere omessa per ordine del tribunale se risulti sproporzionata. L’esecuzione riprende per disposizione del tribunale laddove emergano o sopravvengono delle circostanze che contrastino con l’ordinanza di cui al primo comma»²⁶⁹.

²⁶⁵ THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), Opinion – 03/2012, *Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 December 2012.

²⁶⁶ FRA OPINION, cit., § 1.3 (18).

²⁶⁷ Per ulteriori considerazioni sia consentito il rinvio a MAUGERI, (2013), p. 292. Cfr. DREHER – TRÖNDLE, (1995), p. 546; FISCHER-SCHWARZ-DREHER-TRÖNDLE, (2011); LACKNER – KÜHL, (2011), § 1 - 3; ESER, (2010), § 2, p. 1130. Cfr. BGH, 17 giugno 2010 - 4 StR 126/10 (in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>); BGH, 10 giugno 2009, 2 StR 76/09, NJW 2009, 2755 e in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>; BGH, 28 giugno 2000 – 2 StR 213/00 (LG Aachen), in NSfZ 2000, p. 590. In materia cfr. anche BGH, 5 aprile 2000 – 2 StR 500/99 (LG Kassel), in NSfZ 2000, p. 480.

²⁶⁸ RÖNNAU-BEGEMEIER, (2017), p. 6 ss.

²⁶⁹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a MAUGERI, (2023), p. 38 ss.

13.2. Il principio di proporzione e la confisca degli strumenti.

Anche la confisca degli strumenti dovrebbe avere una mera finalità preventiva/interdittiva in quanto dovrebbe sottrarre solo i beni strettamente funzionali alla commissione del reato e, quindi, si potrebbe porre un problema di proporzionalità prospettica, più che retroattiva²⁷⁰. La confisca degli strumenti, però, come sopra ricordato, assume anche un carattere punitivo, limitando il diritto di proprietà, laddove sottrae comunque dei beni legittimamente posseduti, e, allora, in relazione a questa forma di confisca, indipendentemente dalla finalità preventiva perseguita, emerge maggiormente l'esigenza di tenere conto del principio di proporzionalità in senso stretto, che impone di limitare o evitare l'applicazione della confisca che possa risultare sproporzionata alla gravità dei fatti, anche tenendo conto della pena complessivamente inflitta. Tanto è vero che la giurisprudenza della Corte Suprema americana circa il rispetto dell'ottavo emendamento – divieto di pene inusuali e crudeli e l'"*excessive fine clause*" – si è sviluppata non solo in relazione al *criminal forfeiture*, che assume un carattere punitivo, ma anche in relazione al *civil forfeiture* applicato in relazione ai beni connessi al reato, assumendo un carattere punitivo, e non laddove applicato ai proventi del reato²⁷¹.

Tale carattere afflittivo, poi, emerge tout court rispetto alla confisca di valore degli strumenti, come analizzato, che non assume alcun carattere preventivo, e allora il principio di proporzionalità in senso stretto dovrebbe essere assolutamente rispettato nell'applicazione di questa forma di confisca.

Nel considerando 23 a nella versione del Consiglio, come esaminato, il legislatore europeo rivela la consapevolezza del carattere afflittivo della confisca del valore degli strumenti, pretendendo che tale misura sia «proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati», sembrando considerare come *parametro* di valutazione del carattere proporzionato della misura una sorta di *responsabilità* del condannato per l'impossibilità di applicare la confisca degli strumenti del reato.

Nel considerando n. 17 dell'attuale Direttiva si precisa che la confisca degli strumenti del reato²⁷² può essere applicata «se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati»; tale disposizione presuppone che la Direttiva riconosca l'approccio punitivo che può assumere la confisca degli strumenti del reato, al punto da imporre opportunamente il rispetto del principio di proporzione in conformità all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale direzione rappresenta un interessante modello il § 74 f *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* – dell'ordinamento tedesco, che, come accennato, impone l'applicazione del principio di proporzione nei confronti della confisca facoltativa degli strumenti (dei prodotti e dell'oggetto del reato), anche per equivalente, richiedendo di

²⁷⁰ Cfr. VIGANÒ, (2021), p. 116 ss..

²⁷¹ Ampiamente MAUGERI, (2001), p. 710 ss.

²⁷² Per le problematiche connesse alla delimitazione di tale nozione sia consentito il rinvio a MAUGERI, (2013), p. 256 ss.

commisurare la sanzione patrimoniale e la pena complessiva al reato e all'accusa (interpretata come rimproverabilità/colpevolezza), o, comunque, di rinunciare alla sua applicazione (o intervenire con sanzioni meno onerose) laddove si rischia di violare il principio di proporzione²⁷³. Si dovrà compiere, insomma, un'opera di bilanciamento tra la pena principale e la confisca, in maniera tale che la pena complessiva sia commisurata alla gravità del fatto e alla colpevolezza; tali valutazioni devono risultare espressamente nella sentenza²⁷⁴. Questa norma è considerata un'espressione positiva non solo del principio di proporzione²⁷⁵, ma anche del principio di colpevolezza, quale criterio di commisurazione della pena²⁷⁶.

In termini simili § 19a StGB²⁷⁷ dell'ordinamento austriaco prevede che il *Konfiskation* non si applica se si ritenga sproporzionato rispetto alla gravità del fatto o alla colpevolezza del reo.

Emblematica del carattere punitivo che assume la confisca degli strumenti e della necessità di garantire il rispetto del principio di proporzionalità in senso stretto è la giurisprudenza della Corte EDU in relazione alla confisca urbanistica dell'ordinamento italiano, in materia di lottizzazione abusiva, cui si riconosce carattere punitivo da parte della Corte EDU nei casi Sud Fondi, Varvara e G.I.E.M.²⁷⁸, condannando l'applicazione sproporzionata della misura e richiamando al rispetto del principio di proporzione. La

²⁷³ Cfr. MAUGERI, (2001), pp. 80 – 81 ss.; LACKNER, (2014), Rn. 1 - 5.

²⁷⁴ Cfr. HERZOG, (2023), p. 2615, § 13; ID., (2023 a), p. 2631, § 3. Nel caso in cui manca la proporzione il giudice può decidere di diminuire la pena principale se non è possibile intervenire sulla confisca, oppure di diminuire la quantità dei beni da confiscare o di applicare la misura solo a una parte del bene; nei casi limite in cui non è possibile tale intervento, anche per la difficoltà di bilanciare delle grandezze diverse come la pena detentiva e quella patrimoniale, non si applicherà la confisca. Il giudice deve però dimostrare nel suo giudizio di aver compiuto gli sforzi necessari, anche se vani, per applicare la confisca. Nel compiere tale valutazione il giudice deve tenere conto delle conseguenze dell'applicazione della confisca sulla vita futura del reo (criterio di commisurazione sancito dal § 46, par. 1, comma 2, StGB); si possono verificare, infatti, delle ipotesi in cui la confisca potrebbe produrre maggiori effetti desocializzanti della pena detentiva, Cfr. Horn, (2007), pp. 37 – 38; Schultehinrichs, (1991), p. 97. Da ultimo GH, Beschluss vom 24.10.2023 - 2 StR 321/23, openJur 2023, 12145: "Secondo il principio di proporzionalità (articolo 74f paragrafo 1 frase 1 StGB), la confisca non obbligatoria non può essere ordinata se è sproporzionata rispetto al reato commesso e all'accusa contro la persona interessata dalla confisca (cfr. BGH, risoluzione del gennaio 11, 2022 - 3 StR 415/21, juris paragrafo 6). In particolare devono essere prese in considerazione le conseguenze economiche e di altro tipo della confisca, da un lato, l'ingiustizia dell'atto e il rimprovero di colpevolezza nei confronti delle persone coinvolte (cfr. NK-StGB/Saliger, 6a ed., § 74f Rn. 4), senza che il giudice si limiti a queste circostanze nel valutare la proporzionalità (vedi BGH, sentenza del 10 novembre 2021 - 2 StR 185/20, NZWiSt 2022, pp. 482, 488). Se la confisca riguarda oggetti di più reati con diversi gradi di colpa, il principio di proporzionalità può fornire motivo per considerare una confisca parziale (vedi sulla confisca di valore nel caso di più oggetti coinvolti: Eser/Schuster (2019)).

²⁷⁵ Tale norma costituisce una delle ipotesi di concretizzazione del divieto di abuso (Übermaßverbot - BVerfGE 16, 194, 202), cfr. ESER, (2010a), p. 816.

²⁷⁶ Cfr. HORN (2007), p. 38; SCHULTEHINRICH, (1991), p. 97.

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

²⁷⁸ Si veda MAUGERI (2020).

Corte EDU, Grande Camera, nel caso G.I.E.M., riprendendo le sentenze Sud Fondi e Varvara, ribadisce che la confisca in esame rappresenta un'interferenza con il pacifico godimento del diritto di proprietà (§ 288) *ex art. 1 Prot. Add.*²⁷⁹, che deve essere prevista dalla legge e proporzionata rispetto allo scopo perseguito, nel senso che deve sussistere un "interesse pubblico" che giustifica l'intervento punitivo, rispetto al perseguimento del quale la misura deve risultare proporzionata; la Grande Camera evidenzia che «l'articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede, per qualsiasi ingerenza, un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» che si "rompe" «se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo ed esagerato». Il giudizio di proporzionalità, poi, deve essere declinato valutando i seguenti tre elementi: «[1] la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; [2] la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; [3] il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione» (§ 301). Non solo ma la Corte pretende, come spesso ribadito, la tutela di garanzie procedurali in virtù dell'art. 1 prot. I, anche se non espressamente richieste, e in particolare un procedimento in contraddittorio che rispetti il principio di parità delle armi (§ 302). Il rispetto di tali limiti sostanziali e procedurali non è stato possibile nei casi in esame a causa della natura obbligatoria della confisca in questione, che non consente all'autorità giudiziaria di valutare l'opportunità dell'inflizione della misura, né – eventualmente – di modularla in modo da renderla meno invasiva; oltre alla mancata partecipazione degli enti destinatari del provvedimento ablatorio al procedimento penale, e quindi l'assenza di contraddittorio. Tutto ciò nonostante il carattere punitivo.

Come evidenziato in altra sede, dall'esame degli argomenti della Corte EDU deriva, allora, la difficile compatibilità con il principio di proporzionalità della sanzione della confisca utilizzata come strumento punitivo, trattandosi di uno strumento rigido la cui applicazione è obbligatoria e non commisurabile alla colpevolezza e alla gravità della condotta, come evidenziato dalla Corte EDU (§ 301); si tratta di un meccanismo punitivo con i caratteri dell'obbligatorietà e automaticità che non consente al giudice né di escluderne l'applicazione a favore di altre sanzioni che meglio possono incarnare una logica rieducativa-riparatoria alla luce del principio di sussidiarietà/*extrema ratio*, né di commisurare la misura da applicare.

Nell'ordinamento italiano la Corte costituzionale ha richiamato recentemente più volte al rispetto del principio di proporzione con riferimento alla confisca degli strumenti o comunque a confische che assumono un carattere punitivo. Emblematica la decisione n. 112/2019 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58/1998²⁸⁰, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, c, 2, lett. a), della legge n.

²⁷⁹ Non ritenendo necessario specificare se si concretizzi l'ipotesi del primo o del secondo comma della disposizione in esame, § 291.

²⁸⁰ Cfr. SEMINARA, (2006), p. 12; FONDAROLI, (2007), 131; MUCCIARELLI, (2012), p. 2421; FRATINI, (2013), 2, 151 ss.

62/2005, nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto (Corte Cost. n. 112/2019)²⁸¹; mentre la confisca del profitto e cioè delle plusvalenze realizzate con la condotta illecita mantiene un carattere di riequilibrio economico, *la confisca del prodotto* consisteva, invece, nella sottrazione degli strumenti finanziari acquistati (ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione) comportando la confisca sia del profitto sia della parte di patrimonio investita nell'acquisto, che a sua volta era oggetto di confisca, anche per equivalente, in qualità di *beni utilizzati per commettere il reato* (che possono anche consistere negli strumenti finanziari alienati dall'autore): in entrambi i casi la confisca assumeva un carattere assolutamente *punitivo*, – come dice la Corte costituzionale «hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore» –, infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito. Si trattava di vere e proprie pene patrimoniali. Si configuravano, precisa la Corte Costituzionale, degli automatismi sanzionatori in contrasto con la necessaria proporzionalità che deve caratterizzare la sanzione punitiva che incide sul diritto di proprietà (la rigidità del meccanismo sanzionatorio impedisce una risposta “graduata” alla gravità del fatto, “la modulazione quantitativa”), a parte l'irragionevole sproporzione determinata dal concorso tra la sanzione pecuniaria («la cui cornice edittale è essa pure di eccezionale severità») e, per l'appunto, la confisca²⁸².

Nell'ordinamento italiano l'introduzione di una c.d. clausola dell'onerosità, che consenta di non applicare la confisca degli strumenti o di mitigarne gli effetti qualora risulti sproporzionata è stata prevista dall'art. 114, n. 3, del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso nel 2000, nello “Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio”, redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Professore Palazzo²⁸³ e anche nelle proposte in materia di confisca della Commissione Marasca²⁸⁴.

²⁸¹ E ha dichiarato l'incostituzionalità, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 L. 87/1953, della stessa norma nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, co. 14 del d.lgs. n. 107/2018, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto; ACQUAROLI, (2020), p. 197.

²⁸² ACQUAROLI, (2020), p. 202; MANES, (2019), p. 374 ss.

²⁸³ In *Dir. Pen. Cont.* 2014, 10 febbraio 2014.

²⁸⁴ Istituita con decreto del 3 maggio 2016 dal Ministro della Giustizia on. Andrea Orlando, per la elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale, in attuazione della previsione di legge delega sul principio c.d. “della tendenziale riserva di codice in materia penale”, contenuto nel disegno di legge delega approvato dalla Camera dei deputati il 23 settembre 2015 e all'esame del Senato (A.S. n. 2067) all'epoca della costituzione della Commissione.

14. L'esecuzione differita (considerando 28 c).

Il legislatore europeo sollecita nel considerando 28 c), nella versione del Consiglio, anche la previsione di regole che consentano ("dovrebbero essere possibili") «il reperimento e l'identificazione dei beni da congelare e confiscare ...anche dopo una condanna penale definitiva o in seguito a un procedimento in applicazione della confisca non basata sulla condanna»; il considerando non risulta chiarissimo perché non precisa se la confisca sia già stata pronunciata nel processo concluso con la condanna o nel procedimento volto all'applicazione della confisca, anche se sembra questa l'interpretazione corretta perché poi, sempre nello stesso considerando, il legislatore europeo chiarisce che «tale obbligo non impedisce agli Stati membri di stabilire termini ragionevoli in seguito alla condanna definitiva o alla decisione definitiva adottata nel quadro del procedimento in applicazione della confisca non basata sulla condanna, alla scadenza dei quali non sarebbero più possibili il reperimento e l'identificazione». Se viene interpretata in questa direzione, in linea con la previsione dell'attuale art. 9 della Direttiva 42/2014, si terrebbe conto dell'ipotesi in cui pur arrivando all'accertamento della sussistenza di proventi o strumenti del reato da confiscare non sia stato possibile sottrarli, neanche per equivalente, e si consenta quindi di proseguire le indagini per il loro reperimento e identificazione.

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

In tale direzione mentre in alcuni ordinamenti si consente solo di posticipare rispetto alla condanna la pronuncia del provvedimento di confisca, anche allargata, al fine di procedere ad ulteriori accertamenti in una sorta di procedimento accessorio al processo penale, come avviene per il *confiscation* inglese, o per l'*Erweiterter Einziehung* tedesco o anche per la confisca *ex art. 240-bis c.p.* laddove viene applicata in sede di esecuzione *ex art. 676 c.p.p.*, prima in base ad una mera prassi giurisprudenziale, riconosciuta dalle Sezioni Unite²⁸⁵ e dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.

²⁸⁵ Cass. S.U., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; conforme Cass., 18 maggio 2015, Caponera, n. 20507, in Mass. Uff. n. 263479, che precisa che non si viola l'art. 24 co. 2 della Costituzione, perché il diritto di difesa non va inteso in senso assoluto ma va modulato secondo l'oggetto (altro è in

33/2018²⁸⁶, poi in base alla disciplina introdotta nell'art. 183-*quater*, c. 1 Decr. leg. 271/1989²⁸⁷. Al di fuori dell'Unione Europea si arriva al medesimo risultato in qualche modo nel Regno Unito dove la Sez. 22 del POCA 2002 consente di ricalcolare l'ammontare del *confiscation order* successivamente alla conclusione del procedimento, in quanto tale order viene stabilito originariamente in base ai proventi nell'effettiva disponibilità del condannato (sez. 7), che possono essere inferiori a quelli ottenuti dal crimine perché già consumati, dispersi, nascosti. Interessanti, però, le questioni sorte nel caso *R v Padda (Gurpreet Singh)*²⁸⁸ circa il rischio che il ricalcolo possa comportare la confisca di beni conseguiti successivamente con il lavoro onesto pregiudicando la rieducazione del condannato, considerazioni che potrebbero rendere inopportuna un'applicazione successiva della confisca dei profitti anche se nei limiti dell'effettivo profitto conseguito e originariamente stabilito nel provvedimento di confisca. In quest'ultima ipotesi potrebbe il giudice prendere in considerazione il rispetto del principio di proporzione, come esaminato.

Da ultimo nell'ordinamento italiano è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione concernente la possibilità che la statuizione ablatoria concernente la confisca estesa *ex art. 240-bis Cp*, emessa in fase esecutiva, si estenda a tutti i beni ottenuti fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna o se invece debba limitarsi a quelli esistenti nel patrimonio al momento dell'emissione della sentenza in questione²⁸⁹; le Sezioni Unite hanno preferito quest'ultima opzione, precisando che «il giudice dell'esecuzione, ...esercitando gli stessi poteri che, in ordine alla detta misura di sicurezza atipica, sono propri del giudice della cognizione, può disporla, fermo restando il criterio di "ragionevolezza temporale", in ordine ai beni che sono entrati nella disponibilità del condannato fino al momento della pronuncia della sentenza per il c.d. reato "spia", salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima»²⁹⁰.

Ritornando al considerando n. 28, l'ipotesi in cui non si sia giunti alla pronuncia

relazione all'accertamento della colpevolezza, altro è in rapporto all'applicazione di una misura di sicurezza patrimoniale). Il fenomeno del contraddittorio differito, poi, è presente nel sistema (v. in materia di applicazione di misure cautelari, di procedimento per decreto), senza che il doppio grado di merito sia un postulato generale (arg. *ex artt.* 111 della Costituzione, 593 co. 3 e, appunto, 666 co. 6 Cpp, nonché v. sentenze n. 236/84 e n. 116/74 della Corte Cost.).

²⁸⁶ Corte Cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

²⁸⁷ Prima comma 4-*sexies* dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992, introdotto dalla legge n. 161, /2017, comma abrogato dal d.lgs. n. 21/2018 e il suo contenuto trasposto nel comma 1 dell'art. 183-*quater*, c. 1 decr. leg. 271/1989.

²⁸⁸ [2013] EWCA Crim 2330, in *JCrim.Law* 2014, 2, 110; cfr. DOIG, (2014), p. 110 ss.

²⁸⁹ Cass., 18 settembre 2020, ordinanza n. 31209, Rel. Magi. Nella prima direzione Cass., 17 maggio 2019, Iannò, n. 35856, Rv. 276717; Cass., sez. 1, 6 giugno 2018, Quattrone ed altro, n. 36499, Rv. 273612; Cass., sez. 1, 19 dicembre 2016, (dep. 2017) n. 51, Cecere, Rv. 269293; nella seconda direzione Cass., sez. 1, 12 aprile 2019, Panfili, n. 22820, Rv. 276192; Cass., sez. 1, 23 gennaio 2018, Ousmane, n. 9984; Cass., sez. 1, 28 marzo 2017, Barresi, n. 36592; Cass., sez. 1, 21 ottobre 2016 (dep. 2017), Consiglio, n. 17539, Rv. 269866. Cfr. GATTO, (2021), 2, p. 99 ss.

²⁹⁰ Cass., S.U., 25 febbraio 2021, n. 27421.

della confisca, in realtà, non dovrebbe essere stata presa in considerazione perché in seguito alla condanna, nulla impedirebbe l'eventuale attivazione del procedimento in rem destinato a sottrarre proventi o strumenti illeciti, come nell'ordinamento italiano con la confisca di prevenzione o nell'ordinamento spagnolo con il *comiso sin condena* o con le varie forme di *civil recovery* o *forfeiture*, e, anche se al di fuori dell'Unione europea, in Svizzera con la confisca *ex art. 72 swStGB* nei confronti dei beni nella disponibilità dell'organizzazione criminale.

14.1. *Un termine ragionevole per il reperimento o identificazione successivi. Confisca senza prescrizione, spada di Damocle sine die.*

Il considerando 28 c) prevede anche, come accennato, che «tale obbligo non impedisce agli Stati membri di stabilire termini ragionevoli in seguito alla condanna definitiva o alla decisione definitiva adottata nel quadro del procedimento in applicazione della confisca non basata sulla condanna, alla scadenza dei quali non sarebbero più possibili il reperimento e l'identificazione»; l'imposizione di un *termine ragionevole* risponde all'esigenza di evitare che la continua ricerca di altri beni da confiscare incomba come una spada di Damocle sine die sulla libertà di iniziativa economica dei destinatari della confisca.

In tale direzione, la Corte Europea ha condannato il Regno Unito per la violazione del diritto alla ragionevole durata del procedimento come espressione del diritto al giusto processo, art. 6, § 1, CEDU.²⁹¹, con riferimento a un procedimento destinato ad applicare una forma di confisca allargata — il *confiscation britannico* —, in seguito a condanna, precisando che il periodo da prendere in considerazione incomincia a decorrere dalla pronuncia della sentenza di condanna²⁹².

Un altro effetto, infatti, della possibilità di pronunciare la confisca *ex art. 240-bis* nel procedimento di esecuzione è data dalla prassi per cui si inizia tale procedimento a distanza di anni dalla conclusione del processo di cognizione e, quindi, della condanna, e si consente la confisca di beni entrati nella disponibilità del condannato anni dopo la commissione del reato presupposto²⁹³, finendo per trasformare anche questa forma di confisca, così come la confisca di prevenzione, in una sorta di spada di Damocle che non conosce prescrizione (chiaramente fermo restando che la giurisprudenza richiede — come esaminato — la ragionevolezza temporale e che, comunque, i beni devono avere un valore sproporzionato, anche se il reperimento successivo potrebbe essere anche funzionale alla confisca di valore della confisca allargata). Tale effetto è poi esasperato dal fatto che la l. 161/2017 ha consentito di applicare la confisca estesa anche in seguito alla prescrizione successiva a una condanna in primo grado (art. 578-*bis* c.p.p.) o in seguito alla morte

²⁹¹ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Piper v. the United Kingdom*, n. 44547/10, § 51

²⁹² Corte EDU, 8 gennaio 2009, *Bullen and Soneji v. the United Kingdom*, n. 3383/06, § 48; Corte EDU, *Piper*, cit., § 52.

²⁹³ Tribunale di Roma, 17 aprile 2008.

successiva alla condanna definitiva (art. 183-*quater*, c. 2, d.lgs. 271/1989), come esaminato.

Il considerando n. 28 c) fa riferimento anche alla necessità di stabilire termini ragionevoli in seguito «alla decisione definitiva adottata nel quadro del procedimento in applicazione della confisca non basata sulla condanna, alla scadenza dei quali non sarebbero più possibili il reperimento e l'identificazione dei beni».

In realtà rispetto ai procedimenti *in rem*, come la confisca di prevenzione, il problema di stabilire un termine ragionevole per la successiva identificazione e reperimento dei beni, emerge a monte, perché in questo caso indipendentemente dal momento della consumazione del reato fonte sarà possibile successivamente e senza alcun limite temporale iniziare il procedimento *in rem* volto a dimostrare l'origine illecita dei beni e, quindi, a confiscarli. Questo profilo è emerso con maggiore evidenza nell'ordinamento italiano in seguito alla separazione delle misure di prevenzione personali dalle patrimoniali e, in particolare, della riforma che ha consentito di applicare le misure patrimoniali indipendentemente dall'attualità della pericolosità sociale – è sufficiente che vi fosse in passato, al momento dell'acquisizione dei beni –, così consentendo di applicare la confisca di prevenzione anche in tempi assolutamente lontani dall'originaria attività illecita (cui si riferiscono gli indizi di pericolosità sociale non più attuale). Così non solo sarà possibile confiscare oltre al diretto reimpiego dell'originario illecito profitto (la casa o i terreni acquistati con i proventi), anche gli ulteriori proventi derivanti dall'investimento dell'originario profitto in attività lecite, ma soprattutto si è trasformata la confisca in una sorta di spada di Damocle che incombe *sine die* sulla libertà d'iniziativa economica. La possibilità di perseguire l'illecito arricchimento *sine die* sembra rappresentare proprio la *ratio* politico-criminale sottesa alla separazione delle misure di prevenzione patrimoniale dalle personali; si è perseguito l'obiettivo di sottrarre l'illecito arricchimento alla prescrizione, obiettivo che i procedimenti *in rem* normalmente perseguono *tout court* non richiedendo né la condanna né l'accertamento della pericolosità sociale, ma solo la prova dell'origine illecita dei beni. Per quanto lontano sia il reato fonte e indipendentemente dall'eventuale utilizzo lecito dei proventi illeciti, o dalla stessa rieducazione del reo, il sistema della prevenzione nell'ordinamento italiano e i procedimenti *in rem* negli altri ordinamenti consentiranno sempre di sottrarre i proventi di presunta origine illecita: emerge un indubbio *Nebeneffekt* di carattere afflittivo.

La questione si è posta in giurisprudenza. La Suprema Corte ha recentemente escluso la questione di legittimità costituzionale degli artt. 18, 29, 34-ter d.lg. 6 settembre 2011, n. 159, per contrasto con gli artt. 3, 24, comma 2, 27, comma 2, 111, commi 1 e 2, Cost. e 6, § 1, CEDU, nella parte in cui «non è previsto, rispetto al momento della cessazione della pericolosità del proposto, un termine di decadenza dell'azione propositiva o di prescrizione della misura di prevenzione, posto che costituisce presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale la sussistenza della pericolosità al momento dell'acquisto del bene, che a quest'ultimo si trasferisce in via permanente e tendenzialmente indissolubile, poiché frutto dell'illecita

acquisizione da parte del soggetto pericoloso»²⁹⁴. Nella medesima direzione la Suprema Corte aveva già rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata per l'assenza di termine per inoltrare l'istanza di applicazione del provvedimento in violazione degli artt. 3, 27 e 42 Cost.: «I principi costituzionali e quelli contenuti nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo non impongono che sia imposto un limite temporale alla possibilità di chiedere la confisca, né l'assenza di un tale limite appare irragionevole (considerata la particolare natura e finalità del procedimento di prevenzione) e tale da determinare una compromissione del diritto di difesa, nel fornire la prova di legittima provenienza dei beni. Invero, la difesa può ricorrere a qualsiasi mezzo di prova, non solo documentale, di cui a distanza di molti anni potrebbe essere non agevole il reperimento, ma anche a prove orali ed il giudice, nel valutare le stesse, deve tener conto delle difficoltà di fornire una prova precisa in relazione a redditi percepiti o a spese sostenute in anni assai risalenti»²⁹⁵.

In realtà, per contro e in contrasto con quanto afferma la Suprema Corte, si deve evidenziare che la Corte Europea già nel caso *Dimitrovi c. Bulgaria* ha contestato in relazione a una forma di confisca allargata, senza condanna, la possibilità di applicare la confisca anche con riferimento a fatti assolutamente risalenti (senza prescrizione e senza giudicato), evidenziando che la misura in questione è sostanzialmente sottratta alla prescrizione con la conseguenza che «*that individuals being investigated under it could be required to provide evidence of the income they had received and their expenditure many years earlier and without any reasonable limitation in time*»; «*the prosecution authorities were free to "open, suspend, close and open again proceedings at will at any time"*». Il tutto comporta che tale disciplina non consente di garantire la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni ²⁹⁶.

Nella medesima direzione, di recente, nel caso *Todorov v. Bulgaria* la Corte EDU ha evidenziato l'ampio arco temporale in cui la legislazione in materia viene applicata e, in particolare, sottolinea che «Si terrà comunque in considerazione le difficoltà che i ricorrenti potrebbero aver incontrato nel far fronte al proprio onere della prova a causa dei lunghi periodi di tempo coperti dalla procedura di confisca e gli altri fattori sopra descritti». Tra l'altro in questo caso la Corte si occupa di un'ipotesi di applicazione retroattiva della legge del 2005 sulla confisca, normativa che si applica anche a beni acquisiti sino ai 25 anni precedenti l'apertura della procedura di confisca, imponendo un gravoso onere alla difesa che devono fornire la prova del reddito legale o della provenienza legale dei loro beni²⁹⁷. In termini simili anche nel caso *Xhoxhaj v. Albania*²⁹⁸, la Corte evidenzia come possa diventare sproporzionato l'onere della difesa rispetto a una forma di confisca che sostanzialmente non conosce prescrizione, come avviene con la confisca di prevenzione o le altre forme di *actio in rem*; le autorità hanno esaminato «transazioni avvenute in un passato molto lontano, portando ad un irragionevole

²⁹⁴ Cass. sez. II, 25 febbraio 2022, n. 11351.

²⁹⁵ Cass., sez. V, 25 novembre 2015, n. 155.

²⁹⁶ Corte EDU, 3 giugno 2015, *Dimitrovi v. Bulgaria*, n. 12655/09, § 46

²⁹⁷ Corte EDU, 13 ottobre 2021, *Todorov and others v. Bulgaria*, n. 50705/11, 201.

²⁹⁸ Corte EDU, *Xhoxhaj v. Albania*, 31 maggio 2021, no. 15227/19, § 345.

spostamento dell'onere della prova...L'ampia portata temporale del processo di valutazione aveva messo il ricorrente in una posizione impossibile per ragioni oggettive». La Corte evidenzia, infatti, l'importanza in termini garantistici di termini di prescrizione, pur evidenziando la peculiarità del procedimento in rem volto a sottrarre proventi che sono accumulati in tutta la vita²⁹⁹.

L'imprescrittibilità della confisca di prevenzione si accompagna, inoltre, nella prassi al mancato riconoscimento dell'applicabilità del principio del *ne bis in idem* in materia o, perlomeno anche laddove si afferma l'applicazione di tale principio, si evidenzia che esso si applica *rebus sic stantibus*; ne consegue una maggiore efficienza del sistema di persecuzione dell'illecito arricchimento, ma con il rischio di effetti di *overcriminalisation* o di instaurare una sorta di circuito sanzionatorio senza fine. In realtà, come accennato e come evidenzia anche la dottrina straniera in relazione alle forme di *actio in rem*³⁰⁰, le stesse persone e per gli stessi fatti possono essere sottoposte al procedimento in rem dopo o contemporaneamente al processo penale, magari in seguito all'assoluzione, come pacificamente riconosciuto. Del resto il legislatore per evitare che il possibile cumulo di sanzioni penali e preventive oltre a risultare fortemente afflittivo, potesse risultare anche alquanto discriminatorio, ha sancito, come accennato, l'obbligo di attivare il procedimento preventivo nei confronti dei soggetti sottoposti a procedimento penale (l'art. 23-bis della legge 646/82) e l'art. 29 del cod. mis. di prev. ha sancito l'indipendenza dal processo penale³⁰¹.

15. Rintracciamento e gestione dei beni.

La Direttiva, come accennato, ricomprende anche le disposizioni relative alla fase del tracciamento e dell'identificazione dei beni, da una parte, e alla fase della gestione e disposizione dei beni, dall'altra.

In particolare, l'articolo 4 impone agli Stati membri di assicurare le indagini sul reperimento dei beni, al fine di facilitare la cooperazione transfrontaliera. Si deve evidenziare che la norma al secondo comma prevede che tali indagini per il reperimento dei beni «sono effettuate *immediatamente* dalle autorità competenti quando ...è avviata un'indagine in relazione a un reato da cui è probabile che scaturisca un considerevole

²⁹⁹ Tuttavia, la Corte ritiene che debbano essere prese in considerazione anche le peculiarità dei processi di revisione patrimoniale ampiamente utilizzati. Secondo la Corte, dato che i beni personali o familiari vengono normalmente accumulati nel corso della vita lavorativa, porre limiti temporali rigorosi alla valutazione del patrimonio limiterebbe notevolmente e pregiudicherebbe la capacità delle autorità di valutare la legittimità dell'intero patrimonio acquisito dalla persona sottoposta a controllo nel corso della sua carriera professionale.

³⁰⁰ HENDRY-KING, (2016), § 4.1.: «*under such proceedings the parties are the same (i.e. the State against the individual), the allegations will often concern the same conduct, and the evidence can even be the same as that relied upon the unsuccessful criminal prosecution*».

³⁰¹ Si rinvia all'esame compiuto in altra sede di tali questioni cfr. MAUGERI, (2017), pp. 60-68 ss.. Cfr. CASSANO, (2013), p. 173 ss.

vantaggio economico» (corsivo aggiunto). Nel considerando n. 14 si precisa «Onde agevolare la cooperazione transfrontaliera, l'attività di reperimento e di identificazione in una fase precoce di un'indagine penale è essenziale per garantire la pronta identificazione dei beni strumentali, dei proventi o dei beni che potrebbero essere successivamente confiscati, compresi beni collegati ad attività criminali in altre giurisdizioni. Per garantire che, ai fini di contrasto dei reati di natura transnazionale, in tutti gli Stati membri sia data sufficiente priorità alle indagini finanziarie, è necessario che le autorità competenti avviino il lavoro di reperimento dei beni dal momento in cui vi è il sospetto di attività criminali che possono generare considerevoli vantaggi economici». La norma, quindi, pretende che, ancor prima di eventuali richieste di cooperazione transnazionale, in ogni caso, un'efficace strategia di lotta all'illecito arricchimento e alla sua infiltrazione nell'economia esige immediate indagini di carattere finanziario e patrimoniale ogni qual volta inizi un'indagine su reati lucrogenetici; tali indagini si potrebbero avviare in prospettiva del processo penale ai fini dell'applicazione delle confische penali, compresa la confisca estesa, oppure nella prospettiva dell'autonomo procedimento *in rem* volto all'applicazione della confisca senza condanna sul modello dell'art. 16. Il Consiglio inserisce un'importante precisazione: «a meno che non sia considerato appropriato alla luce del tipo di reato e delle circostanze relative al singolo caso»; considerando che è già richiesto nella versione della Commissione che le indagini patrimoniali presuppongono reati lucrogenetici e, addirittura, si richiede la valutazione della probabilità del carattere "considerevole" del vantaggio, evitando altrimenti di sprecare risorse investigative in base ad una sorta di analisi costi-benefici – salva sempre la sottrazione del diretto profitto del reato –, l'ulteriore precisazione del Consiglio sembra richiamare in maniera più stringente al rispetto del principio di proporzionalità – che deve guidare qualunque forma di intervento dell'autorità che incide sui diritti dei cittadini – limitando le indagini laddove in base alla tipologia del reato e alle circostanze del caso concreto emerga, come evidenziato dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 33/2018 e sopra ricordato, «un programma criminoso dilatato nel tempo», la commissione «in un ambito di criminalità organizzata» o comunque la abitualità e professionalità al crimine, evitando uno spreco di energie investigative laddove la vicenda criminosa appaia del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento; chiaramente tutto nei limiti in cui una simile valutazione sarà possibile in fase di indagine.

L'art. 5 ribadisce l'obbligo per gli Stati membri di istituire almeno un Ufficio per il recupero dei beni (cd. AROs) e, per la prima volta, ne stabilisce i compiti specifici, consistenti nel reperimento e nell'identificazione dei beni «ogniqualevolta necessario per coadiuvare altre autorità nazionali competenti responsabili delle indagini per il reperimento dei beni ai sensi dell'articolo 4», nonché lo scambio di informazioni con altri analoghi uffici dislocati in altri Stati membri. Il ruolo degli AROs è, quindi, quello di agevolare la cooperazione transfrontaliera in relazione alle indagini per il reperimento di beni.

Nella versione della Commissione questa norma prevede che gli AROs abbiano anche il compito di rintracciare e identificare i beni di persone ed entità soggette alle misure restrittive dell'Unione e, in tale contesto, tali uffici avranno il potere di

intraprendere azioni immediate per congelare temporaneamente i beni di cui trattasi. Nella versione del Consiglio tali specifiche competenze non sono previste, fermo restando che nell'ambito di applicazione della proposta di Direttiva rientrano anche *ex art. 2, lett. p*) i reati previsti «dalla direttiva [x] del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione». Nell'ambito di una ricerca europea in materia emergono una serie di argomenti a favore della competenza degli AROs circa l'adozione di misure immediate³⁰².

Il Parlamento europeo inserisce l'art. 4(2*bis*), con il quale vengono comprese le restituzioni alle e il risarcimento delle vittime di reato fra le finalità che permettono di attivare le indagini patrimoniali. Inoltre, viene inserito anche l'EPPO fra i soggetti che (ai sensi degli artt. 5(2) lett. *a* e 9(1)) è necessario gli AROs coadiuvino tramite l'esercizio dei compiti affidati loro.

L'articolo 6 stabilisce le informazioni a cui gli AROs dovrebbero avere diretto accesso per lo svolgimento dei compiti affidati loro (si tratta di informazioni di carattere fiscale, mobiliare e immobiliare, anagrafico, commerciale, previdenziale e, in ultimo, la lettera *g* prevede un'ipotesi residuale che rende accessibile all'ufficio qualsiasi altro tipo di informazione necessaria), al fine di garantire una reazione rapida alle richieste di informazioni provenienti da altri Stati membri; «tale articolo presuppone la realizzazione della tanto auspicata cooperazione tra le competenti autorità a livello nazionale (*inter-agency cooperation*), un aspetto non disciplinato nella decisione del Consiglio relativa agli AROs»³⁰³.

L'art. 7 stabilisce determinate condizioni per l'accesso a tali informazioni al fine di garantire la tutela dei dati personali e il rispetto della sicurezza e della riservatezza dei consociati; e, comunque, l'accesso alle informazioni deve avvenire nel rispetto del principio di necessità. L'articolo 8 stabilisce un quadro di monitoraggio per l'accesso alle informazioni da parte delle competenti autorità nazionali, richiamando l'articolo 25

³⁰² RECOVER, www.recover.lex.unict.it, database, WP3, GUIDELINES on the practical implementation of the REG. «Reform proposal in order to improve the role of ARO to introduce in the new Directive have been presented by Romania: “The three major elements that would significantly contribute to the strengthening of criminal policy, and which have been significantly modified by successive compromises, concern the following articles of the proposal for a Directive on asset recovery and confiscation:

Art. 11 para. 4: Freezing – immediate measures

Arguments in favour of conferring jurisdiction on the ARO for immediate measures: ARO has access to the national registers containing the assets and the freezing of these assets for a short period could be carried out immediately, precisely as a result of a single procedure carried out by a single institution. In terms of international cooperation, it would eliminate administrative obstacles caused by the lack of communication between the competent authorities of different Member States. The ARO structures have, over time, developed secure and constant channels of communication, which are a real advantage in terms of providing the fastest possible support. Furthermore, in terms of international cooperation, if the financial information is provided by the ARO structures on the basis of Art. 6 and art. 9, taking immediate action on the assets just identified during the cooperation is the option that ensures the greatest coherence of the entire architecture underlying the financial investigation. Although the negotiations were close, in the end the Member States will not be obliged to recognise this competence of the ARO. Instead, they will only have this option».

³⁰³ LETIZI, (2022).

della direttiva (UE) 2016/680 e si pone l'obiettivo di prevenire eventuali comportamenti scorretti o un accesso inadeguato alle informazioni. Nel considerando 37 si sottolinea l'importanza della protezione dei dati personali, conformemente al diritto dell'Unione, e che a tal fine, le disposizioni della presente direttiva devono essere allineate a quelle della direttiva (UE) 2016/680³⁰⁴; nel considerando 38 si precisa che tale garanzia deve essere osservata in relazione «a tutti gli scambi di informazioni ai sensi della presente direttiva» e anche nella fase della gestione dei beni si applicano le norme in materia di protezione dei dati di cui al regolamento (UE) 2016/679.

Circa l'accesso alle informazioni (artt. 6, 7 e 8), il Parlamento, in particolare, specifica ulteriori banche dati a cui consentire l'accesso da parte degli AROs e, in merito ai parametri che ne giustificano l'accesso, aggiunge alla necessità dell'informazione richiesta, anche i criteri di adeguatezza, pertinenza e proporzione rispetto al fine (7(1)); il Consiglio, invece, specifica come tali registri debbano essere *gestiti da autorità pubbliche*.

Gli artt. 9 e 10 regolano in maniera dettagliata lo scambio di informazioni tra AROs. All'art. 9 si dettaglia maggiormente rispetto alla vigente normativa il contenuto che le richieste dirette a un omologo straniero debbano avere. In particolare, l'ufficio richiedente dovrà specificare i *motivi* della sua richiesta, individuandone la *pertinenza* con l'attività da svolgere. Inoltre, si prevede come, nel caso in cui un'autorità nazionale si avveda di essere in possesso di un'informazione che possa risultare *necessaria* a un omologo straniero, lo scambio di informazioni debba avvenire anche d'ufficio, senza un'apposita richiesta; sembra una precisazione importante in una logica di proficua collaborazione.

La Commissione, all'art. 9(4), specifica come gli Stati membri debbano garantire che le informazioni fornite dai loro uffici per il recupero dei beni possano essere utilizzate come *prova* davanti all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro; anche questa precisazione sembra molto importante in una logica di efficienza del sistema. Con l'art. 9(5), la Commissione dispone che lo scambio di informazioni debba avvenire attraverso l'applicazione di rete denominata SIENA (*Europol's Secure Information Exchange Network Application*), in grado di garantire la sicurezza dello scambio (si tratta, infatti, di un sistema gestito direttamente da Europol, conformemente al Capo V del Regolamento 2016/794/UE). Il Parlamento, laddove sia necessario ed eccezionalmente, prevede la possibilità di utilizzare altri sistemi oltre a SIENA³⁰⁵; dalle ricerche in materia emerge, ad esempio, l'opportunità di incrementare i contatti con e tra i c.d. FIUs (Financial Intelligence Units) degli Stati membri o i networks di tali uffici di intelligenza finanziaria³⁰⁶.

³⁰⁴ “In particolare, dovrebbe essere specificato che ogni dato personale scambiato dagli uffici per il recupero dei beni deve rimanere limitato alle categorie di dati elencati all'allegato II, sezione B, punto 2, del regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio”.

³⁰⁵ Nel progetto RECOVER, Database, WP3 Guidelines, cit., è stata messa in evidenza la necessità di «*Avoiding “simultaneous transmission of EIOs/LoRs for banking and financial information through parallel channels”, because this has occasionally hindered, rather than expedited, the initiation of the process of execution by creating duplicities, overlapping and internal confusion as to its reception (Spain)*».

³⁰⁶ RECOVER, Database, WP3 Guidelines, cit.

All'art. 9(6) viene regolato il rifiuto di fornire le informazioni richieste, che deve essere motivato in base alle ragioni espressamente previste: l'informazione da fornire possa pregiudicare gli interessi fondamentali per la *sicurezza* dello Stato membro richiesto oppure mettere a repentaglio un'*indagine* o un'attività di *intelligence* in corso, ovvero ancora rappresentare una *minaccia imminente* per la vita o l'integrità fisica di una persona. In ogni caso, il rifiuto dovrebbe essere motivato e può essere parziale (9(7)). Il Parlamento inserisce un ulteriore caso che giustificerebbe il rifiuto alla richiesta di informazioni: l'ipotesi in cui la stessa possa non ritenersi conforme ai principi della legislazione nazionale, della Carta dei Diritti Fondamentali ovvero dell'art. 6 del TUE (9(6)); mentre il Consiglio prevede l'ipotesi in cui «sia palesemente sproporzionata o irrilevante per lo scopo per cui è stata richiesta» (lett. c).

Si ricorda che la presente direttiva stabilisce norme minime e che gli Stati membri, a livello nazionale, hanno la possibilità di concedere agli uffici per il recupero dei beni l'accesso a maggiori informazioni, come dati sull'occupazione o informazioni sui conti bancari, ad esempio dati relativi al saldo e alle operazioni.

L'articolo 10 stabilisce i termini per rispondere alle richieste di informazioni, senza modificare i generali termini stabiliti nella decisione del Consiglio sugli AROs, che, a sua volta, rimanda alla decisione quadro 2006/960/GAI relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge³⁰⁷; in aggiunta alla vigente normativa, distingue fra richieste non urgenti, da evadersi entro *sette* giorni, e richieste urgenti, da evadersi in *otto* ore, prorogabili fino a un massimo di *tre* giorni. Questi termini – che, si precisa, decorrono dal ricevimento della richiesta – nella versione del Consiglio diventano rispettivamente *14* giorni per le richieste non urgenti, rimangono *otto* ore per le richieste urgenti, con la precisazione che si tratti di informazioni «a cui hanno accesso diretto» e, invece, direttamente «*tre* giorni calendario, per le richieste urgenti relative a informazioni a cui non hanno accesso diretto».

L'articolo 17 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie a garantire il reperimento e l'identificazione dei beni, anche dopo una condanna penale definitiva, o in seguito a un procedimento in applicazione degli articoli 15 e 16; si dovrebbe trattare di indagini successive volte all'individuazione dei beni da confiscare perché profitto o strumento del reato, o comunque di valore equivalente. Nel considerando 46 si precisa che «onde garantire un'intesa comune e standard minimi per quanto riguarda il reperimento e l'identificazione, il congelamento e la gestione dei beni, la presente direttiva dovrebbe stabilire norme minime per le misure pertinenti come pure le relative garanzie». Ribadendo l'importanza di coniugare l'efficienza con le garanzie.

Il Capo IV (articoli da 19 a 21) disciplina la fase della gestione dei beni (*asset management*). Le disposizioni introdotte impongono agli Stati membri di garantire che i beni congelati o confiscati siano gestiti in modo efficiente fino alla loro destinazione finale, nell'ottica di *preservare* il valore dei beni e ridurre al minimo i costi di gestione. L'armonizzazione della disciplina in materia faciliterebbe la cooperazione ai fini del

³⁰⁷ LETIZI (2022).

mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca ai sensi del Regolamento n. 1805/2018³⁰⁸. Per raggiungere questo obiettivo, gli Stati membri sono tenuti a effettuare una valutazione preliminare dei costi che saranno sostenuti per la gestione dei beni ("pianificazione pre-sequestro") (art. 19)³⁰⁹. Nel d.lgs. 159/2011 in maniera ben più dettagliata e complessa si prevede l'obbligo dell'amministratore giudiziario di fornire *ex art. 36*, entro trenta giorni dalla nomina, una relazione particolareggiata dei beni sequestrati e *ex art. 41* una relazione dettagliata sullo stato economico dell'azienda in sequestro e sulle «concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività».

In tale direzione anche l'art. 28 del Regolamento (Gestione e destinazione dei beni sottoposti a congelamento e a confisca) prevede che «lo Stato di esecuzione gestisce i beni congelati o confiscati per evitarne la diminuzione di valore»; come affermato nell'*Inception Impact Assessment 2021* esiste un problema di «gestione inefficiente dei beni congelati e confiscati. Una volta congelati e/o confiscati, i beni si svalutano rapidamente con diverse esigenze gestionali per affrontare le quali le forze dell'ordine e le autorità giudiziarie non sempre sono attrezzate. La difficile gestione dei beni e il loro deprezzamento rendono difficile il risarcimento delle vittime quando esistono disposizioni in tale direzione e la riconversione dei beni a fini sociali». Tale problema è accentuato quando l'oggetto della confisca è rappresentato da un'impresa, rispetto alla quale dovrebbe essere garantita la prosecuzione dell'attività economica se si tratta di una realtà vitale e capace di stare sul mercato in condizioni di legalità. La legislazione e la prassi sono molto diverse negli Stati membri in questo settore, anche in considerazione della riluttanza dei pubblici ministeri a confiscare aziende attive, in grado di garantire lavoro e produrre profitto, ma difficili da gestire una volta sequestrate e confiscate (Progetto-ARIEL_Final- rapporto, 2015).

L'articolo 21, in particolare, impone agli Stati membri di istituire almeno un "Ufficio per la gestione dei beni" incaricato di gestire *direttamente* i beni congelati e confiscati fino alla loro destinazione sulla base di un provvedimento definitivo di confisca, o di fornire *sostegno e competenze* alle altre autorità responsabili della gestione dei beni e della pianificazione ai sensi dell'art. 19, di cooperare con le altre autorità responsabili del reperimento e dell'identificazione, del congelamento e della confisca di beni, nonché di cooperare con le altre autorità competenti per la gestione dei beni congelati e confiscati nei casi transfrontalieri. Nel nostro ordinamento si dovrebbe trattare dell'Agenzia Nazionale dei beni confiscati.

L'articolo 20 impone agli Stati membri di prevedere la possibilità di trasferire o vendere i beni congelati prima dell'emissione del provvedimento di confisca ("vendita

³⁰⁸ Progetto RECOVER, Database, WP3 Guidelines, cit.

³⁰⁹ Nel considerando 29 a, versione del Consiglio, si precisa che «l'obiettivo della valutazione è fornire alle autorità competenti le considerazioni pertinenti di cui tenere conto prima, durante o dopo l'adozione o l'esecuzione del provvedimento di congelamento. Gli Stati membri possono adottare orientamenti su come debba essere effettuata tale valutazione, tenendo conto delle circostanze relative ai beni da congelare e garantendo che la valutazione non comprometta la tempestiva esecuzione del provvedimento di congelamento».

provvisoria”). I requisiti che potrebbero portare, alternativamente, a tale vendita sono i seguenti: i beni congelati sono deteriorabili o perdono rapidamente valore; la sproporzione tra il costo di conservazione e manutenzione del bene rispetto al suo valore; l’eccessiva difficoltà di amministrazione del bene o il fatto che la stessa richieda «condizioni particolari e competenze non facilmente disponibili». Sono previste una serie di garanzie per proteggere gli interessi del soggetto destinatario della misura ablatoria; nel decidere sulla vendita si devono tenere in considerazione gli interessi dei proprietari dei beni (anche nel senso della fungibilità degli stessi), deve essere comunicata loro tale intenzione e gli deve essere garantito il diritto di essere ascoltati prima che venga presa la decisione di vendita provvisoria³¹⁰. Tale possibilità di prevendita rischia di rappresentare una palese violazione del diritto di proprietà laddove il legittimo proprietario in caso di mancata conferma del provvedimento di confisca si veda restituito il mero *tantundem*³¹¹; è prevista dal d.lgs. 159/2011 all’art. 40, c. 5-ter, innanzitutto per i beni mobili se i beni «non possono essere amministrati senza pericolo di deterioramento o di rilevanti diseconomie».

Nel considerando 30 si precisa, infatti, che, intanto «la decisione sulla vendita di un bene di natura specifica può essere soggetta all’approvazione preventiva di un’autorità nazionale competente», ma soprattutto che «gli Stati membri dovrebbero prevedere la possibilità di impugnare un provvedimento di vendita pre-confisca» e che «tale impugnazione abbia effetto sospensivo, ad esempio ove ciò sia necessario per salvaguardare i legittimi interessi dell’interessato, in particolare quando sussiste il rischio di danno irreparabile. Gli Stati membri possono farlo, ad esempio, attribuendo all’impugnazione effetto sospensivo per legge o consentendo all’autorità giudiziaria competente di sospendere il provvedimento in attesa della sua decisione sull’impugnazione». Inoltre, l’articolo 20 prevede la possibilità di addebitare al titolare effettivo i costi di gestione dei beni congelati, disposizione non prevista nella versione del Consiglio; nel considerando 30 tale possibilità rappresenta una sorta di alternativa alla prevendita dei beni («Gli Stati membri [...] possono valutare la possibilità di porre i costi di gestione dei beni congelati a carico del proprietario o del titolare effettivo, ad esempio in alternativa all’emissione di un provvedimento di vendita pre-confisca, e in caso di condanna definitiva»).

³¹⁰ L’esigenza di una chiara normativa in materia, insieme alla necessità della dovuta formazione è sottolineata nel progetto RECOVER, www.recover.lex.unict.it, Database, WP3 Guidelines, cit.: “Introducing at European level clear rules about the management of the assets and competent authorities (Germany: “There are difficulties in the management of the assets when they need special treatment to maintain their value, in the establishment of AMOs and official channels for their cooperation at international and EU level, and often the prosecution offices in charge of asset management and disposal do not have relevant specialization”; Netherlands: Bulgaria: “a procedure, uniform for all countries, for the management of property subject to confiscation or confiscation”). Nell’ordinamento italiano non è prevista alcuna interlocuzione con il terzo intestatario, pur se è consentita l’opposizione, Cass., sez. I, 28 ottobre (dep. 30 dicembre) 2014, n. 53763.

³¹¹ In merito alla vendita pre-confisca (art. 20), il Parlamento ne modifica i presupposti nel senso di escludere la necessaria rapidità del deprezzamento del bene e il criterio della “eccessiva difficoltà”.

In relazione alla fase della destinazione dei beni l'art. 18, Risarcimento delle vittime, impone che siano rispettati i «diritti di risarcimento delle vittime o delle persone giuridiche, quali definite nel diritto nazionale, che hanno subito un danno in conseguenza di uno dei reati contemplati dalla presente direttiva» e, comunque, «gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il provvedimento di confisca non incida sul loro diritto [...] di ottenere tale risarcimento» (versione del Consiglio). A sua volta nel considerando 22 si prevede la possibilità del congelamento dei beni «anche in vista di una loro possibile conseguente restituzione o al fine di garantire il risarcimento dei danni causati da un reato» e, infine, nel considerando 29 (versione del Consiglio) si precisa che «gli Stati membri possono prevedere norme relative ai meccanismi applicabili mediante i quali i beni, o il relativo valore, confiscati per il bilancio dello Stato o un altro bilancio pubblico, possono essere utilizzati per il risarcimento delle vittime, per scopi di interesse pubblico o sociali, o per altri fini definiti dal diritto nazionale».

Manca, poi, una disposizione vincolante sulla destinazione dei beni; l'art. 17 si limita a stabilire che «Gli Stati membri valutano se adottare misure che permettano di utilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale» e, anzi, nel considerando n. 29 si precisa che «La presente direttiva non armonizza i meccanismi successivi alla destinazione dei beni sulla base di un provvedimento di confisca definitivo»³¹². Anche l'attuale Direttiva 42/2014 invita gli Stati membri a riutilizzare i beni confiscati per l'interesse pubblico o per scopi sociali, senza introdurre un obbligo (articolo 10, paragrafo 3) e l'art. 30, n. 6 d) del Regolamento 1805/2018, sul mutuo riconoscimento, afferma che «i beni possono essere utilizzati nell'interesse pubblico o a fini sociali nello Stato di esecuzione conformemente alla sua legislazione, previo consenso dello Stato di emissione» (considerando 47: «I beni congelati e confiscati potrebbero essere destinati, in via prioritaria, a progetti di contrasto e di prevenzione della criminalità organizzata e ad altri progetti di interesse pubblico e di utilità sociale»). Nonostante l'introduzione di una legislazione specifica sull'uso dei beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale in 19 Stati membri (Belgio, Bulgaria, Repubblica ceca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Cipro, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Ungheria, Austria, Polonia, Portogallo, Romania, Slovenia) (Rapporto della Commissione 2020), come affermato nell'*Inception Impact Assessment 2021* «i beni confiscati non sono attualmente utilizzati regolarmente per risarcire le vittime di reati o per restituire i profitti alla società attraverso il loro impiego per fini sociali». «Il riutilizzo sociale dei proventi e degli strumenti di reato spetta esclusivamente agli Stati membri e non è un obbligo giuridico». Il legislatore europeo non ha ritenuto opportuno introdurre

³¹² Nel parere del CESE, cit., si afferma a tal proposito: «3.16. La destinazione dei beni o la loro restituzione nel quadro di procedimenti transfrontalieri dovrebbe essere stabilita da accordi sulla ripartizione dei beni confiscati che devono essere sottoscritti dagli Stati membri pertinenti. I sistemi nazionali possono variare notevolmente in rapporto alle autorità competenti e alle procedure necessarie per concludere accordi di questo tipo. Poiché la direttiva proposta non contiene disposizioni specifiche a questo proposito, bisognerebbe esplicitamente conferire agli uffici per il recupero e la gestione dei beni opportune competenze al riguardo».

obblighi stringenti che imponessero il riutilizzo sociale dei proventi e degli strumenti di reato, ritenendo correttamente che una simile disposizione non potesse essere giustificata in termini di sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento UE.

Tuttavia è sicuramente auspicabile che i beni definitivamente confiscati siano riutilizzati per scopi sociali (come finanziamenti nei settori dell'istruzione, della protezione sociale e dell'inclusione sociale) con un impatto sociale positivo diffuso e a lungo termine, che crea anche consenso sociale circa l'utilizzo di strumenti di sequestro e confisca che talora hanno anche un impatto negativo sulla tenuta economica di determinati contesti sociali (basti pensare ai casi frequenti in cui l'impresa sequestrata va in liquidazione con conseguente perdita di posti di lavoro).

Come evidenziato nel considerando n. 39, ancora, il legislatore europeo è consapevole del fatto che «un sistema efficace di recupero dei beni richiede una concertazione di sforzi da parte di un ampio numero di autorità, a partire dalle autorità di contrasto, comprese le autorità doganali, le autorità fiscali e le autorità preposte al recupero delle imposte, nella misura in cui siano competenti per il recupero dei beni, gli uffici per il recupero dei beni, le autorità giudiziarie e le autorità per la gestione dei beni, inclusi gli uffici per la gestione dei beni»; e, allora, il capitolo VI (articoli da 24 a 27) contiene le disposizioni sul *quadro strategico* per il recupero dei beni, al fine di «garantire un'azione coordinata da parte di tutte le autorità competenti» e perseguire una maggiore efficacia del processo complessivo di recupero e confisca dei beni. L'articolo 24 impone agli Stati membri di adottare una *strategia nazionale* sul recupero dei beni e di aggiornarla ogni *cinque* anni; tale strategia dovrebbe consentire agli Stati membri di definire le misure per potenziare gli sforzi delle autorità nazionali coinvolte nel processo di asset recovery, assicurare e facilitare la cooperazione e il coordinamento e misurare i progressi compiuti. L'articolo 25 impone agli Stati membri di garantire che, in particolare, gli AROs e gli uffici per la gestione dei beni (*asset management offices*) dispongano delle risorse necessarie per svolgere i loro compiti.

L'articolo 26 prevede che gli Stati membri istituiscano un *registro centralizzato* contenente le informazioni pertinenti sui beni congelati, gestiti e confiscati; questo registro può essere importante anche per identificare i beni che sono stati sequestrati o confiscati nell'ambito di una procedura di mutuo riconoscimento ai sensi del Regolamento n. 1805/2018 e può essere la base per raccogliere automaticamente dati statistici, come richiesto dall'art. 35 del Regolamento³¹³. Gli *Asset Recovery Offices*, gli *Asset Management Offices* e le altre competenti autorità devono poter accedere a questo registro centralizzato.

L'articolo 27 prevede che gli Stati membri raccolgano dati statistici sulle misure adottate in base alla presente direttiva e li comunichino alla Commissione su base annuale, atteso che la disponibilità di dati statistici affidabili e completi sono essenziali per una corretta valutazione dell'efficacia delle misure adottate in base alla presente proposta di direttiva. L'articolo conferisce alla Commissione il potere di adottare, se necessario, atti delegati sulle informazioni da raccogliere e sulla metodologia. La raccolta

³¹³ Progetto RECOVER, www.recover.lex.unict.it, Database, WP3 Guidelines, cit.

e la divulgazione di tali dati empirici sul recupero dei beni erano già state richieste nella Direttiva 42/2014 e la loro importanza è ripetutamente menzionata come un fattore chiave per dimostrare l'efficacia della confisca come una delle misure più appropriate per contrastare l'illecito arricchimento di fonte criminale, ma nella prassi non tutti i paesi riescono ancora ad apprestare un sistema efficiente di una simile raccolta dati, come emerge da ricerche in materia³¹⁴.

Nel capitolo VII (articoli 28 e 29) si trovano, infine, le disposizioni sulla cooperazione tra gli uffici per il recupero dei beni e gli organi dell'UE, le agenzie e i Paesi terzi, con l'obiettivo di fornire un quadro giuridico completo che copra tutti gli aspetti rilevanti del processo di asset recovery. L'articolo 28 prevede, innanzitutto, che gli Asset Recovery Offices dei paesi membri UE devono «cooperano *strettamente* con la Procura europea»³¹⁵ (EPPO) «per agevolare l'identificazione di beni strumentali e proventi, o beni che possono diventare o che sono oggetto di un provvedimento di congelamento o confisca in procedimenti in materia penale relativi a reati di sua competenza», così come devono cooperare con «Europol ed Eurojust» allo stesso scopo ma in relazione a provvedimenti emessi «da un'autorità competente nell'ambito di un procedimento penale»; la ragione della diversa espressione usata, nel primo caso “procedimenti in materia penale” e nel secondo caso “procedimento penale”, non è assolutamente comprensibile. Nella versione della Commissione si precisa che gli AROs debbano cooperare con Europol ed Eurojust ove necessario per prevenire, individuare o indagare su reati connessi alla violazione delle misure restrittive dell'Unione; precisazione eliminata nella versione del Consiglio. L'articolo 29 è volto a garantire la cooperazione tra gli AROs e gli AMOs e gli uffici per la gestione dei beni e le loro controparti nei Paesi terzi.

16. Conclusioni.

La nuova proposta di Direttiva ha sicuramente il merito di apprestare uno apparato completo di armonizzazione degli strumenti destinati alla confisca dei proventi o degli strumenti del reato dalla fase delle indagini a quella della confisca definitiva.

Da più parti emerge oggi una forte esigenza di cooperazione sin dalla fase dell'individuazione dei beni da confiscare e una forte esigenza di armonizzazione e rafforzamento delle competenze degli AROs; nell'ambito di una ricerca europea in corso emerge da parte dei rappresentanti di diversi paesi l'esigenza di «*improving the role, tools and staff of ARO*»³¹⁶. Taluni importanti aspetti sono disciplinati dalla Direttiva, a partire dalla necessità di garantire a tali organi l'accesso alle informazioni ai fini delle indagini e della cooperazione, nonché la garanzia che le informazioni ottenute dagli AROs, anche

³¹⁴ Progetto RECOVER, www.recover.lex.unict.it.

³¹⁵ Corsivo aggiunto.

³¹⁶ In particolare da parte dei rappresentanti di Spagna, Germania, Olanda, Romania, lamentando anche “the “AROs lack a central register and staff””.

attraverso l'accesso diretto a talune banche dati ufficiali, possano essere usate come prove; tale esigenza emerge in sede di cooperazione a favore delle autorità giudiziarie degli Stati richiedenti al fine di velocizzare la procedura di sequestro e confisca, evitare duplicazioni di procedimenti volti ad assicurare le prove e così velocizzare anche i procedimenti penali o in materia penale³¹⁷.

Ci sono degli aspetti che potrebbero essere migliorati nel testo della Direttiva, come ad esempio una maggiore armonizzazione nella determinazione della nozione di *vittima* ai fini dell'applicazione della disciplina in materia, introducendo delle regole per garantire una compensazione proporzionata a tutte le vittime laddove i beni non siano sufficienti per garantire pienamente il diritto alle restituzioni dovute³¹⁸.

La nuova proposta di Direttiva, in particolare, decide di affrontare l'illecito arricchimento da parte della criminalità organizzata con lo strumento del NCBC, non

³¹⁷ In tale direzione cfr. gli argomenti a sostegno di tale opzione da parte della Romania nell'ambito del progetto RECOVER, WP3, National report: «*Firstly, the information provided by the AROs can be directly used as evidence if it is of an objective nature and the interference determined by the access to the databases is proportionate to the purpose pursued, namely the speedy conduct of the criminal investigation and the obtaining of as much evidence as possible in the shortest possible time. Secondly, it's a question of efficiency. To illustrate how Articles 6, 9 and 11 will operate simultaneously in practice, the following example may be relevant: a prosecutor in Romania requests, via the ARO, information and immediate measures concerning the assets of a person under investigation in Member State X. The ARO in Romania will contact the ARO in Member State X and request, on the basis of the prosecutor's request, the following 3 elements: identification of assets that could be seized (Art. 6), communication of information on the identified assets to the ARO in Romania (Art. 9) and immediate measures in relation to those assets (Art. 11). If the ARO in Member State X identifies a vehicle, it will communicate the vehicle's data to the ARO in Romania. At the same time, the ARO of Member State X will take immediate action against the vehicle. After receiving the information, ARO Romania will send it to the Public Prosecutor for issuing a freezing order. Once the order is issued, it must be recognised in Member State X in accordance with Regulation 2018/1805. If the information on the vehicle is not submitted with the possibility for the prosecutor to use it as evidence, the prosecutor will not have the necessary evidence to issue the freezing order and go through the recognition procedure under Regulation 2018/1805. In this case, after obtaining information that cannot be used as evidence, the prosecutor should use other cooperation tools (EIO) to eventually obtain the same information as evidence, i.e. vehicle identification data. However, the execution of the EIO may take a considerable period of time, which may be longer than the period during which the ARO in Member State X ordered the immediate measures. And this will have an impact on the freezing procedure. In conclusion, it is appropriate for the ARO in Member State X to provide the information so that it can in any event be used as evidence by the competent authorities in their freezing or confiscation proceedings. On the other hand, judicial authorities may wonder why they should contact an ARO if the information used cannot later be used as evidence. It can therefore be seen that it would be extremely useful to be able to use information obtained as a result of cooperation between AROs directly as evidence in criminal proceedings, thus avoiding duplication of proceedings and ensuring the speed of criminal proceedings. Thirdly, mutual legal assistance in criminal matters between EU countries usually involves direct cooperation between criminal justice authorities, which can sometimes be problematic because it requires a good knowledge of international law aspects. Without eliminating this form of cooperation, the support that the ARO would bring to the judicial authorities by facilitating the gathering of evidence would be important in a context in which the close links that already exist between the ARO structures in the Member States will help greatly in the timely transmission of information, thus avoiding the situation in which judicial authorities would have to specialise in European judicial cooperation in cases with extraneous elements*».

³¹⁸ Si propone, ad esempio da parte di Eurojust di precisare nel Regolamento 1805/2018 «*In the REG Advance restitution of frozen property to the victim when the title to the property is not contested (Art. 29 REG); preferent and direct compensation of victims before the disposal between issuing/executing States. (Arts. 29 & 30 REG recognize the victims rights as provided in Arts. 15 & 16 Directive 2012/19)*». Cfr. Progetto RECOVER, www.recover.lex.unict.it, Database, WP3 Guidelines, cit.

accontentandosi dell'orientamento assunto con il Regolamento 1805/2018 di prediligere in materia il mutuo riconoscimento sull'armonizzazione e prendendo coscienza del fatto che il mutuo riconoscimento presuppone l'armonizzazione. Considerando che il successo del Regolamento nel migliorare l'efficacia del congelamento e della confisca dei beni «dipende non solo dalla sua diretta applicabilità, ma anche dal modo in cui viene applicato nella prassi da parte delle autorità nazionali competenti»³¹⁹, si deve ricordare che il rafforzamento dell'armonizzazione sarà importante anche perché gli stessi giudici lussemburghesi hanno riconosciuto, in linea con la Corte costituzionale tedesca, che le norme nazionali sui diritti fondamentali riacquistano importanza come ostacolo agli obblighi di riconoscimento reciproco in ambiti in cui il livello di armonizzazione raggiunto a livello europeo è limitato³²⁰. Per incrementare l'applicazione del Regolamento (UE) 2018/1805 sarà importante, allora, la crescita dell'armonizzazione attraverso la nuova proposta di Direttiva.

D'altronde l'emergere di sempre nuove forme di confisca senza condanna risulta anche dalle questioni che sempre più spesso la Corte di Giustizia è chiamata ad affrontare; ad esempio se rientri nel modello di confisca senza condanna previsto dall'art. 4, c. 2 della Direttiva 42/2014 – solo in caso di fuga e di malattia –, «una normativa nazionale in base alla quale un giudice nazionale si pronuncia sulla confisca dei proventi da reato in un distinto procedimento vertente sui beni acquisiti illecitamente, che viene separato dal procedimento penale principale prima che sia stata accertata la commissione di un reato e che una persona ne sia stata dichiarata responsabile, e che prevede altresì la confisca sulla base di documentazione estratta dal fascicolo d'indagine del procedimento penale»³²¹. La diffusione di tale modello di confisca era già attestato dalle pronunce della Corte di Giustizia che hanno riconosciuto che gli strumenti volti a perseguire l'armonizzazione funzionale al mutuo riconoscimento in materia, sono solo norme minime che non ostano «a una normativa di uno Stato membro che prevede che la confisca di beni acquisiti illecitamente sia disposta da un giudice nazionale al termine di un procedimento che non è subordinato alla constatazione di un reato, né, a fortiori, alla condanna dei presunti autori di tale reato»³²².

Sicuramente sarebbe necessaria, allora, anche alla luce delle questioni interpretative che stanno emergendo nell'applicazione del Regolamento n. 1805/2018,

³¹⁹ OCHNIO, *op. cit.*, 444.

³²⁰ GRANDI, (2023), p. 306 che cita Case C-168/13 PPU, *Jeremy* (30.5.2013); LENAERTS-GUTIÉRREZ-FONS, (2016), p. 7 ss.; MITSILEGAS, (2021), p. 97.

³²¹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Satversmes tiesa (Lettonia) il 1° febbraio 2023 – AZ, 1Dream OÜ, Produktech Engineering AG, BBP, Polaris Consulting Ltd / Latvijas Republikas Saeima, Causa C-49/23, 1Dream e a., Giudice del rinvio Satversmes tiesa, *Ricorrenti*: AZ, 1Dream OÜ, Produktech Engineering AG, BBP, Polaris Consulting Ltd *Resistente*: Latvijas Republikas Saeima; negli stessi termini Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale, 16 marzo 2023, VL ZS LIREVA INVESTMENTS LIMITED VI FORTRESS FINANCE Inc. v. Latvijas Republikas Saeima (Parlamento della Repubblica di Lettonia), § 1.1.

³²² CGUE, 19 marzo 2020, C-234/18, Komisia c. BP e altri, in relazione alla Decisione quadro 212/2005 (caso di appropriazione indebita), connessa alla decisione 783/2006 sul mutuo riconoscimento; Corte di giustizia del 19 marzo 2020, «Agro In 2001», C-234/18, EU:C:2020:221, § 62.

una chiara presa di posizione sulla nozione di “procedimento in materia penale” ai sensi dell’art. 1 della proposta nel definire l’ambito di applicazione della nuova direttiva, quale nozione autonoma dell’Unione Europea; in tale direzione l’ampia nozione adottata nel Regolamento (“procedimento connesso a un reato”) – accolta nella versione della Direttiva della Commissione, ma non ripresa in quella emendata dal Consiglio – può rappresentare un modello, coniugando all’ampia nozione l’imposizione delle garanzie essenziali della materia penale previste nella Carta Europea dei Diritti fondamentali, nonché tutte le garanzie previste nelle Direttive in materia richiamate dal considerando n. 18 del Regolamento e nel considerando n. 39 della proposta.

In relazione ai diversi modelli di confisca sarebbe auspicabile, invece, una più chiara e non ambigua presa di posizione verso un più alto standard probatorio circa l’origine illecita dei proventi anche alla luce della presunzione d’innocenza *ex art. 48* della Carta dei diritti fondamentali UE, richiamata nei consideranda 33 e 36; ciò, innanzitutto, in relazione al modello di confisca allargata delineato dall’art. 14, anche se probabilmente prevalgono ragioni di opportunità nella direzione di lasciare all’interpretazione dei singoli Stati dei margini di manovra tra uno standard civilistico rinforzato e lo standard penalistico. Sicuramente, però, non sono previste forme di inversione dell’onere della prova, come emerge anche dalla disciplina sul diritto di difesa *ex art. 23* – come esaminato –, e, anzi, laddove nella versione del Consiglio si pretende l’applicazione di questo strumento almeno nei confronti di reati puniti con pena superiore nel massimo a quattro anni, con l’ammettere tale limite si impone all’accusa un preciso e stringente onere della prova circa la provenienza dei beni da specifici reati, non essendo sufficiente la prova dell’origine illecita in negativo (per la mancanza di una valida giustificazione in positivo dell’origine lecita).

Una più stringente e chiara presa di posizione circa lo standard della prova sarebbe richiesto anche in relazione all’*actio in rem* prevista dall’art. 16, che rappresenta il vero modello di confisca senza condanna in un autonomo procedimento “in materia penale”, che deve consentire di sottrarre i proventi del reato anche laddove manca una condanna in sede penale; in uno Stato di diritto, infatti, la sottrazione di interi patrimoni, anche in mancanza della condanna per specifici reati fonte, si dovrebbe fondare su una prova indiziaria di stampo penalistico, sul modello dell’art. 192 c.p.p. (indizi gravi, precisi e concordanti), e si deve garantire pienamente il diritto di difesa, come indicato nell’art. 23, consentendo alla difesa di confutare gli argomenti dell’accusa e di dimostrare l’origine lecita dei propri beni in un procedimento rispettoso del contraddittorio.

Rispetto a questo modello di confisca era sicuramente più coraggiosa la presa di posizione della Commissione LIBE, in occasione dell’elaborazione della Direttiva 42/2014, che faceva rientrare questo modello di confisca, definito sanzione, nella nozione di “materia penale” ai fini dell’applicazione delle garanzie previste dalla CEDU, a partire dal principio di irretroattività, alla presunzione di innocenza, al principio di proporzionalità e al *ne bis in idem*. Da ultimo è stata posta la questione dinanzi alla Corte di Giustizia circa la compatibilità con la presunzione di innocenza di una forma di confisca senza condanna (in Lettonia) che anche se non pretende la condanna in sede penale, si fonda sulla presunzione del coinvolgimento in attività criminale del proprietario dei

beni e, quindi, finisce per esprimere la convinzione di colpevolezza³²³: «Sussistono pertanto dubbi sul fatto che, nel caso in cui le disposizioni controverse rientrino nell'ambito di applicazione degli strumenti normativi dell'Unione europea, una normativa nazionale che, nel procedimento vertente sui beni acquisiti illecitamente, stabilisce una presunzione legale sul fatto in merito all'origine criminosa dei beni e pone l'onere di provare la liceità dell'origine dei beni a carico della persona collegata ai beni stessi, è conforme al diritto a un ricorso effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta, al principio della presunzione d'innocenza sancito dall'articolo 48 della Carta e alle garanzie di cui all'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2014/42». Nel caso di specie si tratta di una forma di confisca che si fonda sull'accertamento dell'origine criminale dei beni sullo base dello standard della colpa civilistico («l'art. 124, § 6, del codice di procedura penale introduce un livello di prova ridotto in relazione ai beni acquisiti illecitamente – la “preponderanza delle probabilità”»)»³²⁴.

In tale direzione, come esaminato in altra sede, si può solo ricordare come, pur riconoscendo che la confisca allargata senza condanna non persegue tout court una finalità punitiva della condotta criminosa che non può essere accertata, ma persegue piuttosto l'obiettivo di sottrarre le ricchezze di provenienza illecita alla criminalità – soprattutto organizzata –, che rappresentano un fattore di inquinamento del mercato e dell'economia legale, tuttavia, in considerazione dell'impatto stigmatizzante per il proprietario che simili modelli di confisca assumono (i beni sono confiscati in quanto illeciti e, quindi, in quanto il proprietario è ritenuto responsabile di reati da cui provengono i beni accumulati nel tempo) e delle limitazioni di diritti ad esse connesse (innanzitutto in termini di libertà di iniziativa economica, basti pensare nell'ordinamento italiano alle prescrizioni imposte dagli artt. 66 e 67 d.lgs. 159/2011), si dovrebbe fare rientrare nella nozione ampia di “materia penale” prevista dalla Corte EDU e, in ogni caso, si dovrebbe pretendere che in assenza di condanna, in uno Stato di diritto, l'ablazione dei profitti possa essere giustificata solo nella misura in cui ne sia accertata l'origine delittuosa con uno standard della prova penalistico. Solo così,

³²³ VL ZS LIREVA INVESTMENTS LIMITED VI FORTRESS FINANCE Inc. v. Latvijas Republikas Saeima, cit., § 21: «Sebbene sia vero che, secondo la normativa lettone, lo scopo del procedimento vertente sui beni acquisiti illecitamente non è quello di accertare la colpevolezza di una persona, è altrettanto vero che presunzione d'innocenza è violata non solo da una dichiarazione specifica circa la colpevolezza della persona, ma anche da una valutazione che permetta di accertare la colpevolezza della persona in relazione a un reato. La valutazione della possibile origine criminosa dei beni è quindi strettamente connessa alla questione se con i beni di cui trattasi siano state effettuate operazioni di riciclaggio. È probabile che la conclusione raggiunta dal pubblico ministero o dal giudice sia considerata come una valutazione della colpevolezza della persona per quanto riguarda la commissione di un reato. Si potrebbe quindi concludere che le disposizioni controverse impongono alla persona collegata ai beni l'obbligo di confutare la presunzione di coinvolgimento in attività di riciclaggio. Tale situazione sarebbe contraria al principio della presunzione d'innocenza».

³²⁴ *Idem*, § 19: «in modo che, nei procedimenti vertenti sui beni acquisiti illecitamente, il pubblico ministero non è tenuto a provare l'origine criminosa dei beni al di là di ogni ragionevole dubbio. Dal momento in cui il pubblico ministero informa la persona collegata ai beni che si presume che i beni siano stati acquisiti illecitamente, spetta a quest'ultima, se ritiene che non vi sia motivo di ritenere che tali beni siano stati acquisiti illecitamente, dimostrare l'origine lecita dei beni».

paradossalmente, sarà possibile far emergere, nonostante l'effetto punitivo stigmatizzante di tale sanzione, la funzione di bilanciamento economico/risarcitorio a cui fa riferimento la Corte Edu (per tutte la sentenza Gogitdize325) e la Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 24/2019.

Si auspica, allora, una maggiore specificazione della lista delle garanzie riconosciute ai destinatari di ordini di congelamento e confisca; gli art. 22 e 23 della proposta, che prevedono il diritto a informare l'interessato, a un rimedio effettivo, alla difesa e a un giudice imparziale, riprendono grosso modo l'art. 8 dell'attuale Direttiva – con le dovute precisazioni legate ai nuovi modelli di confisca disciplinati –, con la novità di imporre nel testo dell'articolato il rispetto del principio di proporzione che, come esaminato, assume un particolare rilievo innanzitutto come principio che dovrebbe presiedere le scelte legislative in materia e poi, pur con le difficoltà legate alla rigidità dello strumento, la fase applicativa (perlomeno nel senso di consentire di limitare o rinunciare all'applicazione della confisca laddove comporti un onere eccessivo). Sarebbe necessaria una più ricca previsione delle garanzie procedurali in materia, a partire dal principio di non incriminazione e al diritto al silenzio, fermo restando che il considerando n. 36, sul modello del considerando n. 18 del Regolamento 1805/2018, richiama al rispetto delle direttive: 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, 2013/48/UE³²⁶, 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; e, inoltre, come esaminato si pretende la tutela dei dati personali in conformità alla direttiva (UE) 2016/680.

Ricordiamo che ai sensi dell'art. 8 (1)(f) per il provvedimento di congelamento e ai sensi dell'art. 19 (1) (h) per il provvedimento di confisca, la violazione di un diritto fondamentale rappresenta una ragione di rifiuto del mutuo riconoscimento in base al Regolamento 1805/2018 e che il considerando 18 del Regolamento, come appena ricordato, pretende ai fini del mutuo riconoscimento che «le garanzie previste dalla Carta si applichino a tutti i procedimenti disciplinati dal presente regolamento. In particolare, le garanzie essenziali per i procedimenti penali previste dalla Carta dovrebbero applicarsi ai procedimenti in materia penale che non sono procedimenti

³²⁵ Corte Cost. 24 gennaio 2023, n. 5, § 6.3.1 che precisa che «6.3. Tutto ciò posto, va tuttavia osservato che, allorché – come nel caso che ha dato origine al procedimento *a quo* – la confisca sia imposta dal giudice con la sentenza che dichiara l'estinzione per intervenuta oblazione della contravvenzione di cui al combinato disposto degli artt. 17 e 38, settimo comma, TULPS, una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina censurata esige che tale provvedimento possa essere pronunciato soltanto in esito all'accertamento dei presupposti di legge che giustificano l'applicazione della misura».

³²⁶ Relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

penali ma che sono disciplinati dal presente regolamento». («*More clarity should be given to what is mentioned under the same Recital 18 as “the essential safeguards for criminal proceedings set out in the Charter”, which “should apply also to proceedings on criminal matters which are not criminal proceedings”, namely proceedings covered by this Regulation*»³²⁷).

L’auspicio è che la Direttiva possa essere lo strumento per la costruzione di un “giusto processo al patrimonio”, inducendo le necessarie riforme legislative in tutti gli Stati membri, chiamati a implementare in modo efficace «tutte le garanzie processuali previste dall’art. 6, § 3, della CEDU in rapporto alla materia penale: si tratta di un passaggio che assume una valenza decisiva sia per assicurare il rispetto dei principi costituzionali e convenzionali, sia per internazionalizzare le strategie di contrasto alle basi economiche delle organizzazioni criminali». In tale direzione, come auspicato in dottrina, nell’ordinamento italiano si devono riempire i vastissimi “spazi interstiziali” lasciati vuoti dalla lacunosa disciplina attualmente contenuta nel Codice antimafia³²⁸.

Bibliografia

ACQUAROLI, Roberto (2020): La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale, in *Diritto penale e processo*, pp. 197 – 204.

AGUADO CORREA, TERESA (2015): “Comentarios a los arts. 127 a 128”, en Gómez Tomillo, Manuel (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal* (Cizur Menor - Navarra, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 1001- 1055.

AGUADO CORREA, TERESA (2024): Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 25-34 (2023) – <http://criminet.ugr.es/recpc> -, pp. 1 – 49.

AMARELLI, Giuseppe, (2018): Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri “reati-matrice”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, pp. 307 – 319.

Amarelli, Giuseppe, (2019): Misure di prevenzione e principio di determinatezza, in *Treccani - Libro dell’anno*, p. 104 – 108.

³²⁷ Report Germany, in Progetto RECOVER, www.recover.lex.unict.it, Database, WP3, National Reports.

³²⁸ Così BALSAMO-FUSCO, (2023), § 2, che evidenziano anche come a fronte di un obbligo alla tassatività processuale, legato al principio di certezza del diritto e richiamato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2019, «la disciplina contenuta nel Codice antimafia appare ancora assai carente, risolvendosi in una regolamentazione vistosamente sommaria e antiquata di una materia di estrema rilevanza e attualità. Le norme dedicate dal Codice antimafia al procedimento di prevenzione patrimoniale sono, per molti aspetti, così scarse da rendere possibili prassi applicative del tutto diverse tra loro, e per nulla prevedibili dai soggetti interessati»; cfr. BALSAMO, (2020).

AMATI, Enrico, (2013): La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 2, 151 – 160.

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

BALSAMO, Antonio (2007): Il rapporto tra forme “moderne” di confisca e presunzione d’innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell’uomo, in *Cassazione penale*, f. 10, pp. 3931 – 3961.

BALSAMO, Antonio (2020): *Le misure di prevenzione patrimoniali. Profili processuali*, in *La legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti - Luparia, Zanichelli.

Balsamo, Antonio-CONTRAFATTO, Vania-NICASTRO, Guglielmo (eds.) (2010), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, (Milano, Giuffrè).

BALSAMO, Antonio-FUSCO, Alessia (2023): Fairness procedimentale e prevenzione patrimoniale: verso un "giusto procedimento di prevenzione"?, in *Giustizia insieme* 27 ottobre 2023, www.giustiziainsieme.it

BONTEMPELLI, Manfredi (2012), L’accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa, in *Diritto penale contemporaneo*, pp. 143 – 155-

BOUCHT, Johan (2013): Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty, in *European Journal of Crime* 21, pp. 127 – 162.

BOUCHT, Johan (2014): “Civil/Asset Forfeiture and the Presumption of innocence under Article 6(2) ECHR”, in *New journal of European Criminal Law*, 5 (2), pp. 221-255

CANTONE, Raffaele, (2015): La confisca per sproporzione, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di MAIELLO, Vincenzo (Torino, Giappichelli).

CAPRIOLI, Francesco (2016): *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie* (Milano, Giuffrè), pp. 51 – 62.

CASSANO, Margherita (2013): I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione, in *Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, Sandro (Torino, Utet), pp. 173 – 196.

CONSULICH, Federico (2019), Le misure di prevenzione personali tra costituzione e convenzione, in *Legislazionepenale.it*, 18.3.2019, pp. 1 – 42.

CONTRAFFATTO, Vania (2010), L’oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova, in

D’ARCANGELO, Fabrizio (2024), *La Corte EDU si pronuncia sul principio di proporzionalità delle misure cautelari*, in *Cass. pen.*, pp. 3234-3246.

D’ASCOLA, V. Nicola (2012): Un codice non soltanto antimafia, prove generali di trasformazione del sistema penale, in *Archivio Penale*, 3, 1-15.

D’ASCOLA, V. Nicola (2013): Un codice non soltanto antimafia. prove generali di trasformazione del sistema penale, in *Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, Sandro (Torino, Utet), pp. 51 – 64.

DE LIGUORI, Luigi (1990): Fattispecie preventiva ed associazione mafiosa: realtà e

simbolismo della nuova emergenza, in *Cassazione penale*, pp. 691 – 694.

DIVA FRANCESCA SERRA CRUZ-XIMENA LUZ MARCAZZOLO AWAD (2023), *El comiso sin condena previa en la ley n°21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso*, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 254 (Julio - Diciembre), pp. 155-187.

DOIG, Gavin A. (2014): Revisiting the Available Amount—Confiscation of Post-Acquired Legitimate Assets: R v Padda (Gurpreet Singh) [2013] EWCA Crim 2330, in *The Journal of Criminal Law*, 78(2), 110-113.

DREHER, Eduard e TRÖNDLE, Herbert (1995): § 73 c Härtervorschrift, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47 ed., (München, Beck).

ESER, Albin (2010): § 73 c, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010.

ESER, ALBIN (2010a): § 74 b, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010.

ESER, ALBIN/SCHUSTER, Fabian (2019): StGB § 73c Einziehung des Wertes von Taterträgen, in *Strafgesetzbuch*, a cura di SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST 30a ed. (München, C.H.BECK).

FARTO PIAY, Tomás (2023) “El decomiso autónomo en el Proyecto de Directiva de 2022 sobre recuperación y decomiso de activos: los nuevos supuestos y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno”, in *Revista General de Derecho Procesal* 60 (2023), pp. 1-42.

FINOCCHIARO, Stefano (2018), La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?, in *Diritto penale contemporaneo* 2, pp. 131 – 144.

FINOCCHIARO, Stefano (2020): Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell’art. 44 T.U. edilizia, in *Sistema Penale* 22 giugno 2020.

FINOCCHIARO, Stefano (2023), La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l’Italia è sotto esame nel ricorso “cavallotti”, in *Sistema penale*, f. 11, pp. 77 – 92.

FISCHER, Jonathan -SCHWARZ, OTTO- DREHER, Eduard -TRÖNDLE, Herbert (2011): § 73c, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58 ed., (München, Verlag C. H. Beck).

FONDAROLI, Desiree (2007): *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, (Bologna, Zanichelli), 2007.

FRATINI, Marco (2012): Art. 187-sexies, in Fratini-Gasparri, *Il testo unico della finanza*, III, Torino, 2012, pp. 2421-2533.

FROVA, Guillem (2024): La proposta della commissione europea di direttiva in tema di recupero e confisca dei beni. Un’analisi della proposta di Direttiva alla luce degli indirizzi espressi sino a ora dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell’Unione europea, in *Riv. di studi e ricerche della criminalità organizzata*, gennaio 2024.

FURFARO Sandro (editor) (2013): *Misure di prevenzione* (Torino, Utet).

GARRIDO CARRILLO, Francisco J. (2023), “Cuestiones pendientes sobre el decomiso
ocho años

después. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos”, *Revista de Estudios Europeos*, n° extraordinario monográfico 1, pp. 311-348.

GATTO, Antonio (2021): Alle sezioni unite i “limiti temporali” della confisca “allargata” ex art. 240-bis c.p. disposta in fase esecutiva, in www.sistemapenale.it 18.2.2021 e in *Sistema Penale* 2021, 2, pp. 99 – 130.

GIALANELLA, Antonio (1994): Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia, in *Questione giustizia*, n. 4, p. 787 ss.

GIOVANNIELLO, Valentina (2011): Confisca (e sequestro) per equivalente: recenti sviluppi giurisprudenziali e problematiche applicative, in *Giurisprudenza di merito*, p. 2505 ss.

GRANDI, Ciro (2023): *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische* (Giappichelli, Torino 2023),

GUARNERI, (1959): voce Confisca (Diritto penale), in *Noviss. Digesto I.*, IV.

GULLO, Domenico (1981): La confisca, in *Giustizia penale*, II, p. 38 ss.

HEGER, Martin (2016): Stellungnahme. Zur Vorlage an den Rechtsausschuss, 22.11.2016, non pubblicato.

HENDRY, Jennifer-KING, Colin (2016): Expediency, Legitimacy, and the Rule of Law: A Systems Perspective on Civil/Criminal Procedural Hybrids, in *Criminal Law, Philosophy* 2 settembre 2016.

HERZOG, Felix (2023): § 74, in *Nomos Kommentar*, a cura di Urs Kindhäuser- Ulfrid Neumann-Hans-Ullrich Paeffgen- Frank Saliger, (Nomos Verlagsges), IV ed..

HERZOG, (2023 a): § 74 b Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in *Nomos Kommentar*, a cura di Urs Kindhäuser- Ulfrid Neumann-Hans-Ullrich Paeffgen- Frank Saliger, (Nomos Verlagsges), IV ed..

HORN (2007): 74 b, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in RUDOLPHI - HORN - SAMSON - GÜNTHER - WOLTER, *StGB Systematischer Kommentar* (Köln: Carl Heymanns Verlag).

LACKNER, Karl – KÜHL, Kristian (2011): § 73 C, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27 ed.

LACKNER, Karl (2014): § 74 b Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 28 ed..

LENAERTS, KOEN- GUTIÉRREZ-FONS, José A. (2016): ‘The European Court of Justice and Fundamental Rights in the Field of Criminal Law’, in V. Mitsilegas - M. Bergström - T.Konstadinides, *Research Handbook on European Criminal Law* (The Editors and Contributors Severally), p. 7 ss.

LETIZI, Marco (2022), La nuova proposta di direttiva europea sul recupero e la confisca dei beni. Qual è lo stato dell’arte dell’asset recovery in Europa?, in *NTDiritto, Norme & Tributi*, 23 giugno 2022.

LICATA, FABIO (2012): *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 242 ss.

LORENZETTO, Elisa (2008): Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2008, pp. 1788 – 1799.

LUCAS, Tomiak (2018): *Die Verhältnismäßigkeit der Strafen in der Rechtsprechung des EGMR*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 130, n. 3, pp. 804-827, <https://doi.org/10.1515/zstw-2018-0031>.

LUMINO, Flavia (2016): La confisca del prezzo o del profitto del reato prescritto, in *Cassazione penale*, pp. 1362 – 1395.

MAIELLO, Vincenzo (2015): Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. n. 6, pp. 1523 - 1528.

MAIELLO, Vincenzo (2017): De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione, in *Diritto penale e processo*, pp. 1039 – 1046.

MANES, Vittorio (2019): *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, Vittorio - NAPOLEONI, Valerio (2019) *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale* (Torino, Giappichelli).

MANGIONE, Angelo (2001): *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale* (Padova, Cedam).

MANGIONE, Angelo (2009): “Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo”, in Cassano, Francesco (editor): *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”* (NelDiritto Editore), pp. 3-37.

MANGIONE, Angelo (2017): *La ‘situazione spirituale’ della confisca di prevenzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 614 – 636.

MANZINI, Vincenzo (1950): *Trattato di diritto penale italiano*, III, (Torino).

MAUGERI, Anna Maria (2001): Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo (Milano, Giuffrè)

MAUGERI, Anna Maria (2007): La lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, n. 3, pp. 487 – 593.

MAUGERI, Anna Maria (2008): La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?, in O.Mazza-F.Viganò. *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, (Torino, Giappichelli), pp. 129 – 185.

MAUGERI, Anna Maria (2009), Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo, in O.Mazza-F.Viganò, *Il “Pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, (Torino, Giappichelli), pp. 423 – 506.

MAUGERI, Anna Maria (2011): La confisca per equivalente - *ex art. 322 ter* - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 791 - 837.

MAUGERI, Anna Maria (2012): Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato, in *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale* 2012, II, pp. 180 – 224.

MAUGERI, Anna Maria, (2013): “L’actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie Cedu?”, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 259-293.

MAUGERI, Anna Maria (2015): 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 *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, pp. 300-336.

MAUGERI, Anna Maria (2015a): *Confisca (Diritto penale)*, in *ED, Annali VIII*, pp. 185 – 225.

MAUGERI, Anna Maria, (2015b): “Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 942-1006.

MAUGERI, Anna Maria (2017): I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione, in *Indice penale*, pp. 37-130.

MAUGERI, Anna Maria, (2017a): La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 559-599.

MAUGERI, Anna Maria, (2017b): La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte Europea in materia di confisca, in MONTAGNA, Mariangela (eds.), *Sequestro e confisca* (Torino, Giappichelli), pp. 4-82.

MAUGERI, Anna Maria, (2017c): Prime osservazioni sulla nuova “Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 231-256.

MAUGERI, Anna Maria (2018): “La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders”, in Paliero, Carlo Enrico, Viganò, Francesco e Basile, Francesco (eds.): *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffrè), pp. 919-954

MAUGERI, Anna Maria (2018a): “La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione”, in *Archivio Penale, Speciale Riforme* (Web) e cartaceo pp. 325-381.

MAUGERI, Anna Maria, (2019): Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l’efficienza, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 1, pp. 34-64.

MAUGERI, Anna Maria, (2019 a): Art. 240 *bis* c.p., in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, I, VII ed., Milano, pp. 1611 – 1678.

MAUGERI, Anna Maria (2020): La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell’efficienza e i principi della materia penale, in *Archivio Penale*, pp. 1 – 60.

MAUGERI, Anna Maria (2020a): Il principio di proporzionalità e la confisca, in *Liber Amicorum*, Adelmo Manna, a cura di Plantamura, Vito-Salcuni, Giandomenico_ (Pisa University Press) pp. 425 – 439.

MAUGERI, Anna Maria (2021): La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato, in *Legislazione penale*, 15.7.2021, fasc. 3, pp. 1 – 49.

MAUGERI, Anna Maria (2023): La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni, in *Legislazione Penale 2023*, pp. 1 – 91.

MAUGERI, Anna Maria (2024): Regulation (eu) 2018/1805: mutual recognition of freezing and confiscation orders between efficiency and safeguards. “Proceedings in criminal matters” and NCBC, in *New Journal of European Criminal Law* 2024 (in corso di stampa).

MARAFIOTI, Luca (2016): Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione, in www.penalecontemporaneo.it, 22 aprile 2016, pp. 1 - 23.

MAZZACUVA, Francesco, (2013): Le persone pericolose e le classi pericolose, in *Misure di prevenzione*, a cura di S.Furfaro, (Torino, Utet).

FAZEKAS, Mihaly - NANOPOULOS, Eva (2016): The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal, Framework on Asset Confiscation, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, pp. 39 – 64.

MILONE, Sofia, (2018): La confisca allargata al banco di prova della ragionevolezza e della presunzione di innocenza, in *Legislazione Penale*, pp. 1-23.

MITILEGAS, Valsamis (2010), *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in *New Journal of European Criminal Law*, pp. 458 - 480.

MITILEGAS, Valsamis (2022): *EU Criminal Law² (Modern Studies in European Law)* (Hart Publishing, Oxford).

MONGILLO, Vincenzo (2018): voce Profitto confiscabile, in *EG Treccani*, 2018.

MONGILLO, Vincenzo (2019): Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza. Il banco di prova degli abusi di mercato, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, pp. 3343 – 3359.

MONTAGNA, Mariangela (2019): Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini, in *Archivio penale* 2019, f. 3, web, pp. 1 – 18.

MUCCIARELLI, Francesco (2012): Art. 187 - Confisca, in Fratini, Gasparri, *Il testo unico della finanza*, III, (Torino Utet), pp. 2417-2425.

NANULA, Gaetano, (2009): *La lotta alla mafia* (Milano, Giuffrè).

PADOVANI, Tullio (2004): *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, a cura di G. DE FRANCESCO, 13 ss..

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

PARODI, Cesare (2014): In tema di *bis in idem* tra processo penale e procedimento di prevenzione, in *Archivio penale*, pp. 1-10.

PELISSERO, Marco (2017): I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, pp. 439 – 469.

PINCELLI, Linda (2024): La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni 2022/0167 (COD): quali prospettive per la confisca di prevenzione italiana?, in *Archivio penale*, pp. 1 – 36.

PERINI, Andrea (2008): voce Reati tributari, in *Dig. Disc. Pen.* (Torino, Utet), pp. 611 – 662.

PICCARDI, Margherita, (2018): Legittima la confisca allargata nel caso di “condanna” per ricettazione, in *Cassazione penale*, n. 9, pp. 2816 – 2850.

PICCIRILLO, Raffaele (2012): *Titolo VII – Confisca per sproporzione*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di TARTAGLIA, Roma.

POTETTI, Domenico (2013): Sulla compatibilità della confisca tributaria (per equivalente) dei beni sociali con l'art. 27, comma a, Cost. – nota a Sez. III, 14 giugno 2012 (dep. 4 luglio 2012), n. 25774, in *Cassazione penale*, pp. 307 – 318.

RÖNNAU, Thomas-BEGEMEIER, Moritz (2017): Grund und grenzen der Bruttoeinzahlung, in *Goltdammer's Archiv fur Strafrecht*, f. 1, pp. 1 – 19.

SAKELLARAKI, Anna (2022): EU Asset Recovery and Confiscation Regime – Quo Vadis? A First Assessment of the Commission's Proposal to Further Harmonise the EU Asset Recovery and Confiscation Laws. A Step in the Right Direction?, in *New Journal of European Criminal Law*, 13(4), pp. 478-501.

SALCUNI, Giandomenico, I Reati tributari. La Parte Generale, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, (Padova, Cedam), 2010, pp. 451 – 499.

SCARCELLA, Alessio, *Il profitto sequestrabile all'Ente nei reati a prestazioni corrispettive* (commento a Cass. pen., n. 23013, 31 maggio 2016), in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La), 2016, v. 11, n. 4, pp. 253 – 265.

SCHULTEHINRICHS, Friedrich (1991), *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, (Mainz).

SEMINARA, Sergio (2006): Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, in *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 9 ss..

STELLA, Federico (2003): *Giustizia e modernità*, (Milano, Giuffrè).

TRINCHERA, Tommaso (2016): Introdotte nuove ipotesi speciali di confisca per dare attuazione alla direttiva 2014/42/ue, D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1° dicembre.

TRINCHERA, Tommaso (2020): *Confiscare senza punire*, (Torino, Giappichelli).

VARRASO, Gianluca (2019): La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. la legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina "a termine", in *Diritto penale contemporaneo* 4 febbraio 2019, pp. 1 – 12.

VARRASO, Gianluca (2020): Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019, in *Sistema penale* 8 settembre 2020. 1 – 43.

VIGANÒ, Francesco (2021): *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli.

WILLEMS, Auke (2021): *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law* (Hart Publishing, Oxford).