

**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 (*)**

di Anna Maria Maugeri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione. – 3. Il Regolamento: base legale e ambito di applicazione (rinvio). – 4. Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro. – 4.1. Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca. – 5. Procedimenti in materia penale. – 5.1. Procedimento in materia penale alla luce della giurisprudenza della Corte Edu. – 5.2. Forme di confisca oggetto del mutuo riconoscimento. – 6. Le garanzie della materia penale.

1. Premessa.

Il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni delle autorità giudiziarie degli Stati membri dell'UE, codificato all'art. 82, § 1 TFUE rispetto a "qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria" (comma 2 lett. a), è stato innanzitutto adottato nelle conclusioni dello storico Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999, assurgendo a una delle "pietre angolari" (*cornerstones*) dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: "Criminals must find no ways of exploiting differences in the judicial systems of Member States"¹ and "no hiding place for ... the proceeds of crime within the Union"². Il mutuo riconoscimento, e quindi la "circolazione" diretta tra le autorità giudiziarie dei provvedimenti giudiziari, segna l'abbandono del sistema di assistenza di tipo convenzionale, basato sul lento e farraginoso meccanismo delle rogatorie³, e si fonda sulla reciproca fiducia tra gli ordinamenti degli Stati membri, presupponendo, quindi, il rispetto dei principi dello Stato di diritto⁴.

(*) Contributo realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo – Piano per la Ricerca 2016/18 (Università di Catania).

¹ Tampere European Council, October 15-16, 1999, Presidency Conclusions, § 5.

² *Idem*, § 6.

³ Sui meccanismi di cooperazione in tema di sequestri v. E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3894 ss.; G. DIOTALLEVI, *L'impugnabilità con istanza di riesame davanti al giudice italiano di una richiesta di sequestro probatorio all'estero. Spunti di riflessione dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2003, p. 3900 ss.

⁴ See V. MITSILEGAS, *'The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU'*, in *Common Market Law Review*, (2006) 43, pp. 1277-1311; M. BORGERS, *'Mutual recognition and the European*

Tale principio viene esteso già nelle conclusioni di Tampere anche ai provvedimenti destinati al sequestro e alla confisca (“the principle of mutual recognition should also apply..., in particular to those which would enable competent authorities ... to seize assets which are easily movable”⁵).

Proprio per dare attuazione a tale principio il 17 ottobre 2018 il Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione Europea hanno adottato il regolamento per il reciproco riconoscimento di tutti i tipi di provvedimenti di sequestro e confisca emanati nell'ambito di un procedimento *in criminal matters*, inclusi i provvedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti dei terzi e, in particolare, di confisca senza condanna⁶. La proposta era stata presentata il 21 dicembre 2016 e modificata nel dicembre del 2017: nella versione originale si prevedeva il mutuo riconoscimento dei provvedimenti emanati in un processo penale (*criminal proceeding*), nella versione ultima in un “procedimento in materia penale”. Per il resto il Regolamento pubblicato nella Gazzetta dell'Unione Europea del 28 novembre 2018 è sostanzialmente conforme alla proposta originaria e per questo rimane valido il commento citato, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e per quanto non precisato in questa sede.

Gli strumenti precedentemente adottati in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca sono rappresentati dalla Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, e la Decisione quadro 2006/783/GAI (cui è stata data attuazione in Italia con il d.lgs. n. 137/2015) in relazione alla confisca. Sino ad ora, però, come messo in rilievo dai rapporti – rispettivamente del 2008 e del 2010 – sullo stato di attuazione di tali decisioni quadro, e dal rapporto “2012 Impact Assessment”⁷, che ha accompagnato la proposta di direttiva 2014/42/UE, e da Eurojust (Hague Conference 2014; ERA Seminar on Freezing, Confiscation and Recovery of Assets, May 2016), il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca è uno strumento assolutamente ed evidentemente poco utilizzato⁸. Tanto è vero che è emersa l'esigenza di introdurre il

Court of Justice: the meaning of consistent interpretation and autonomous and uniform interpretation of Union law for the development of the principle of mutual recognition in criminal matters, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2010, 18(2) pp. 99-114.

⁵ Tampere European Council, October 15-16, 1999, Presidency Conclusions, § 36. Nel successivo *Programma di misure per l'attuazione di questo principio*, stilato dal Consiglio europeo del 30 novembre 2000, si faceva riferimento all'elaborazione di uno strumento, anche dello stesso tipo, sul riconoscimento delle decisioni in materia sia di blocco degli elementi di prova per impedire la dispersione delle prove che si trovano in altri Stati membri (misura n. 6), sia di sequestro dei beni (misura n. 7), cfr. A. MANGIARACINA, *L'esecuzione nell'U.E. dei provvedimenti di blocco dei beni e di sequestro*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. MONTAGNA, Torino 2017, p. 551.

⁶ In materia A.M. MAUGERI, [*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 *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 231 ss.

⁷ *Commission Staff Working paper accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council of the freezing and confiscation for proceeds of crime in the European Union*, SWD(2012) 31 final.

⁸ Anche se incominciano ad emergere lentamente casi di confisca o sequestro eseguiti all'estero, come evidenziato nella Relazione della Direzione Nazionale Antimafia 2017, anche in riferimento alla confisca di

Regolamento in esame che, in virtù dell'art. 39, sostituisce le decisioni quadro 2003/577 e 2006/783 per gli Stati membri che sono ad esse vincolati a decorrere dal 19 dicembre 2020.

L'adozione di questo Regolamento rappresenta un evento doppiamente significativo, innanzitutto perché si afferma il principio del mutuo riconoscimento in questo delicato settore sulla scia già tracciata dalla decisione quadro n. 783/2006, e inoltre perché il reciproco riconoscimento viene imposto con un provvedimento legislativo direttamente applicabile come un regolamento, adottato con la procedura legislativa ordinaria sulla base dell'art. 82, par. 1, del Trattamento sul funzionamento dell'Unione Europea.

Nella prima direzione, si precisa nel considerando n. 13 il principio cardine del mutuo riconoscimento in base al quale “benché tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato membro interessato dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti emessi da un altro Stato membro”. Nell'approvare la Direttiva n. 42/2014 volta a perseguire l'armonizzazione dei provvedimenti di confisca, il Parlamento e il Consiglio avevano, infatti, invitato la Commissione a un ulteriore sforzo di analisi “to present a legislative proposal on mutual recognition of freezing and confiscation orders at the earliest possible opportunity” (...), nonché al fine di individuare un modello di *actio in rem* condiviso nel rispetto delle tradizioni comuni: “to analyse, at the earliest possible opportunity and taking into account the differences between the legal traditions and the systems of the Member States, the feasibility and possible benefits of introducing further common rules on the confiscation of property deriving from activities of a criminal nature, also in the absence of a conviction of a specific person or persons for these activities”. Con il Regolamento in esame è stata prescelta la via del reciproco riconoscimento, indipendentemente dall'armonizzazione.

Nella seconda direzione, invece, come si afferma nell'art. 41 il “presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli Stati membri conformemente ai trattati”. Come si evidenzia nel considerando n. 11 “Per garantire l'efficacia del riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca è opportuno che le norme in materia di riconoscimento ed esecuzione di tali provvedimenti siano stabilite da un atto dell'Unione giuridicamente vincolante e direttamente applicabile”.

Il Regno Unito ha notificato che desidera partecipare all'adozione e all'applicazione di tale Regolamento a norma degli art. 3 e 4 *bis* del protocollo 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegato al TUE e al TFUE. Per contro a norma dell'art. 1 e 2, 4 *bis* del medesimo protocollo, l'Irlanda non partecipa alla sua adozione, non è ad esso vincolata né soggetta alla sua applicazione (salva la comunicazione di ripensamenti “in qualsiasi

prevenzione, cfr. Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo – Prot. 12720/2017/PNA, *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, nel periodo 1 luglio 2015-30 giugno 2016, 12 aprile 2017.

momento” ai sensi dell’art. 4, prot. 21); la medesima situazione per la Danimarca a norma degli art. 1 e 2 del 22 protocollo.

2. La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione.

In materia di confisca la Direttiva 2014/42/UE⁹ che, come sancito nell’art. 14, sostituisce l’azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212 – e andava recepita entro l’ottobre 2016 (in Italia è stato emanato il d.lgs. n. 202/2016 in sua attuazione) –, prevede norme minime al fine di realizzare l’armonizzazione in materia attraverso l’introduzione di strumenti di confisca diretta e di valore (art. 4), nei confronti dei terzi (art. 6), di confisca estesa (in base ad uno standard della prova “civilistico rinforzato” ex art. 5 e considerando n. 21), mentre prevede la confisca senza condanna solo in caso di fuga e malattia quando, comunque, un procedimento *in personam* sia stato iniziato “e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l’indagato o imputato avesse potuto essere processato”.

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 disciplinato dalla decisione quadro n. 783/2006.

La direttiva n. 42/2014 è intervenuta anche in materia di congelamento. L’art. 7 disciplina il “congelamento” – *termine non usato nel linguaggio giuridico italiano, che deve farsi rientrare nella nozione di sequestro* – come provvedimento provvisorio da assumere in vista dell’eventuale successiva confisca; evidenziando lo stretto legame tra congelamento e confisca (considerando n. 27). Si fa riferimento nello stesso art. 7 alla necessità di introdurre una specifica normativa per la corretta gestione dei beni “congelati” al fine di garantire la loro conservazione, problema che si accentuerà in seguito all’entrata in vigore del Regolamento, soprattutto laddove l’oggetto della confisca sarà rappresentato da un’impresa, rispetto alla quale si dovrebbe garantire la prosecuzione dell’attività economica laddove si tratti di una realtà economica vitale, capace di stare sul mercato in condizioni di legalità. Tale problema è meno avvertito in

⁹ Cfr. A. BALSAMO, [Il “codice antimafia” e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo](#), in questa Rivista, 20 luglio 2012; A.M. MAUGERI, [La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”](#), in Dir. pen. cont. – Riv. Trim., 1/2015, 326; D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, ivi, 1/2013, 215 ss.; A. MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in Dir. pen. proc. 2013, 369; F. MAZZACUVA, [La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato](#), in questa Rivista, 16 luglio 2013.

altri ordinamenti dove difficilmente sono sequestrate e poi confiscate aziende¹⁰, soprattutto per la riluttanza dei pubblici ministeri a confiscare imprese attive e capaci di garantire lavoro e produrre profitto, ma difficili da gestire una volta sequestrate e confiscate¹¹.

In questa sede preme ricordare che la Direttiva – diversamente da quanto previsto nella Proposta (di direttiva) – consente alle “autorità competenti” l’adozione del congelamento *senza pretendere né che sia pronunciato dall’autorità giudiziaria né la conferma dei provvedimenti delle autorità competenti da parte della stessa autorità giudiziaria*. La Direttiva si accontenta in sede di garanzie di contemplare la mera possibilità della conferma da parte dell’autorità giudiziaria, ma non l’obbligo (art. 8, n. 4). Fermo restando che nel considerando n. 31 e nell’art. 8 n. 3 si prevede in termini garantistici una continua verifica delle esigenze che giustificano il congelamento (sequestro), oltretutto la delimitazione della sua durata.

La direttiva è stata recepita da ben 25 paesi: estendendo l’ambito di applicazione della confisca obbligatoria del profitto e degli strumenti del reato, anche alla luce dell’ampia nozione di profitto prevista dalla Direttiva (come avvenuto nell’ordinamento austriaco che ha esteso la confisca *ex* § 19 a StGB anche ai surrogati); o con forme di confisca allargata (già peraltro introdotte in diversi ordinamenti, come il *decomiso ampliado* spagnolo *ex* art. 127 *bis* CP, introdotto dalla *Ley organica* 5/2010, l’art. 12 *sexies* d.l. 306/’92 nell’ordinamento italiano – ora 240 *bis* c.p. in seguito all’introduzione del d.lgs. n. 21/2018 –, o l’*Erweiterter Verfall* tedesco *ex* § 73 d StGB ora *Erweiterter Einziehung* *ex* § 73 StGB, in seguito all’adozione della *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017*, BGBl. I S. 872, proprio in attuazione della Direttiva); oppure, come ad esempio è avvenuto in Francia, estendendo l’ambito di applicazione della confisca generale dei beni, forma di confisca non prevista dalla Direttiva, ma conosciuta in questo ordinamento nell’ambito della lotta a gravi fenomeni criminali come, da ultimo, il traffico di armi (Article 222-66 introdotto dall’art. 26 della LOI n. 2016-731 du 3 juin 2016); o introducendo anche la confisca senza condanna, perlomeno nell’ipotesi di fuga e malattia come avvenuto nell’ordinamento austriaco (§ 445), o al di là delle ipotesi previste nella direttiva – nel caso di morte del reo, di estinzione del reato, di mancanza di responsabilità –, come avvenuto nell’ordinamento spagnolo (*el decomiso sin sentencia*, art. 127 *ter* CP, *Ley organica* 1/2015¹²).

¹⁰ Cfr. A.M. MAUGERI, *Italian Strategies against the infiltration of the criminal organisation in the economy*, in *The Janus-faces of cross-border-crime Europe*, a cura di P. C. VAN DUYN – T. STRÉMY – J.H. HARVEY – G.A. ANTONOPOULOS – K. VON LAMPE, Eleven Publishing 2018 Portland (US).

¹¹ Cfr. Center for the study of Democracy, *‘Disposal of confiscated assets in the EU member States’* (2014), accessibile a questo [link](#); *Transcrime report from illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe* (2015), accessibile a questo [link](#).

¹² Si veda il contributo di T. AGUADO, *Decomiso. Incorporación de la Directiva 2014/42/UE al Derecho Español*, in *materiale esperti Stati Generali della lotta alle Mafie, rapporto tavolo XV, Mafia e Europa*, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*.

L'armonizzazione dovrebbe rappresentare il presupposto del mutuo riconoscimento, anche perché diversi Stati membri nel recepire la direttiva non ne hanno limitato l'applicazione ai c.d. Eurocrimes.

3. Il Regolamento: base legale e ambito di applicazione (rinvio).

L'utilizzo di un regolamento direttamente applicabile negli Stati membri *ex art.* 288 TFUE costituisce una scelta ispirata a esigenze di apprezzabile efficienza rappresentando l'unico strumento che, sottratto all'alea del recepimento da parte degli Stati membri, comporta un'immediata e uniforme applicazione (la base legale è l'art. 82(1) TFUE). Rimandando a quanto esaminato in altra sede circa la base legale in esame¹³, sembra opportuno ricordare che qualche perplessità sorge circa il fatto che si finisce così per attribuire una diretta competenza in materia di procedura penale al legislatore europeo, anche se solo ai fini della cooperazione verticale; una scelta che assume un forte valore politico se si considera l'impatto in termini di politica criminale del Regolamento in esame e l'effetto di trascinamento del mutuo riconoscimento sulle questioni sostanziali¹⁴, a parte i timori in termini di tutela dei diritti fondamentali¹⁵ cui il legislatore europeo cerca di rispondere nella direzione dell'armonizzazione delle garanzie del processo penale negli Stati membri, attraverso numerose direttive recentemente adottate e di cui il considerando n. 18 della Proposta di Regolamento in esame richiede il rispetto¹⁶. In ogni caso le perplessità considerate o comunque l'audacia della scelta compiuta nell'adozione di tale Regolamento sembra ben presente al legislatore europeo se avverte l'esigenza di precisare al considerando n. 53 che "La forma giuridica del presente atto non dovrebbe costituire un precedente per i futuri atti giuridici dell'Unione nel settore del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie in materia penale. La scelta della forma giuridica degli atti giuridici futuri dell'Unione dovrebbe essere valutata con attenzione caso per caso, tenendo conto, tra gli altri fattori, dell'efficacia dell'atto giuridico e dei principi di proporzionalità e sussidiarietà". Tale precisazione viene declinata dopo aver comunque evidenziato che tale Regolamento è adottato nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà europea (comunitaria), nel senso che, come si sottolinea nel

¹³ Per ulteriori considerazioni in relazione alla base legale A.M. MAUGERI, *Prime osservazioni*, cit., 239.

¹⁴ Così S. MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in *Diritto Online* Treccani, accessibile a questo [link](#); G. GIUDICELLI-DELAGE – S. MANACORDA a cura di, *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005.

¹⁵ Ambito che "involves the recognition and execution of court decisions", "enabling the enjoyment of fundamental Community law rights", così V. MTISILEGAS, *The constitutional implication of mutual recognition*, in *Justice and Trust in the European Legal Order*, Napoli 2016, 7.

¹⁶ Cfr. N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. in tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie processuali*, in *Quaderni Europei*, febbraio 2012, n. 38, accessibile a questo [link](#), pp. 12 ss.; V. MTISILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *Justice and Trust in the European Legal Order*, cit., 101 ss.

considerando n. 51, tale intervento è ispirato a tale principio sancito dall'articolo 5 TUE in quanto "l'obiettivo del presente regolamento, vale a dire il riconoscimento reciproco e l'esecuzione dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della sua portata e dei suoi effetti, può essere conseguito meglio a livello di Unione"; fermo restando che "il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo" (considerando n. 51).

Il Regolamento dovrebbe coprire tutti i reati, diversamente, si afferma espressamente nel considerando n. 14, dalla Direttiva 42/2014 che fa riferimento solo ai crimini gravi transnazionali, i c.d. 'Eurocrimes' (i dieci gravi crimini indicati nell'art. 83, c. 1) in quanto basata sull'art. 83 TFUE (anche se la Direttiva si fonda anche sull'art. 82, § 2, oltre che sull'art. 83, § 1, e l'art. 3 estende la definizione di reato all'illecito penale previsto "da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati"). Si precisa nel considerando in questione che "i reati contemplati dal presente regolamento non dovrebbero quindi essere limitati alla criminalità particolarmente grave che presenta una dimensione transnazionale, giacché l'articolo 82 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) non impone tale limitazione per le misure che definiscono norme e procedure per assicurare il riconoscimento reciproco delle sentenze in materia penale". L'art. 3 del Regolamento contiene l'elenco dei gravi reati puniti con pena detentiva della durata massima di almeno tre anni, per i quali non si richiede la verifica della doppia incriminabilità dei fatti, mutuando una scelta per la prima volta adottata dal legislatore europeo con l'art. 2, § 2, della Decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo¹⁷ e tale lista è la stessa prevista in altri strumenti in materia di mutuo riconoscimento (trentadue fattispecie di reato), cui si aggiunge il reato previsto al punto (y) della lista, incluso in seguito all'introduzione di norme minime comuni per la lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento non-cash (decisione quadro 2001/413/GAI). Nel caso di reati non inclusi nella lista, il riconoscimento può essere rifiutato se il crimine presupposto non è un illecito penale nello Stato che deve eseguire il provvedimento (art. 3, c. 2) in base al principio della doppia incriminabilità (mentre la decisione quadro 783/2006 presuppone la c.d. "doppia confiscabilità"¹⁸).

Si registra in materia una differenza rispetto al MAE (l. 22 aprile 2005, n. 69 di attuazione della Decisione quadro 2002/584/GAI), perché mentre quest'ultimo è un provvedimento autonomo da parte dell'autorità procedente (fonte a sé stante del rapporto di cooperazione) rispetto allo schema di un precedente atto, il Regolamento prevede che il provvedimento originario sia accompagnato da un certificato di

¹⁷ Cfr. G. DE AMICIS, *La circolazione probatoria sovranazionale*, relazione tenuta al Convegno del C.S.M. sul tema "Gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata transnazionale nella legislazione comunitaria e nella legislazione interna", Roma, 6-8 ottobre 2008, www.csm.it, p. 51.

¹⁸ E cioè che i fatti che danno luogo alla stessa costituiscano un reato che, ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione, consenta la confisca, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso ai sensi della legislazione dello Stato di emissione (ex art. 6, § 3).

omologazione U.E. che permetta il riconoscimento della confisca nel territorio europeo, differenza che ha delle conseguenze sul piano della disciplina interna¹⁹.

4. Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro.

La Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, è stata recepita tardivamente in Italia con il decreto legislativo n. 35/2016²⁰, ma è stata sostituita per quanto riguarda il sequestro probatorio dalla Direttiva 2014/41/UE a decorrere dal 22 maggio 2017 che ha introdotto l'OEI (ordine europeo di indagine penale). La Direttiva 2014/41 è stata recepita in Italia con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 che, nel suo impianto generale, appare largamente fedele all'impostazione seguita dal legislatore eurounitario²¹.

L'OEI, però, non si applica al sequestro ai fini di confisca che rimane pertanto disciplinato dalla Decisione quadro 2003/577/GAI, che come accennato, ai sensi dell'art. 39 sarà sostituita dal Regolamento in esame per gli Stati membri che sono ad esso vincolati a decorrere dal 19 dicembre 2020.

Il Regolamento, pur ammettendo – come previsto nella direttiva 42/2014 –, che il provvedimento di sequestro (congelamento) possa essere disposto da un'autorità non giudiziaria, e in particolare articolo 8 a) ii) “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”, in ogni caso pretende 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..”. Negli stessi termini si pronuncia il considerando n. 22 del Regolamento²². Non si richiede, però, come sarebbe stato auspicabile in termini di garanzie, che l'eventuale sequestro pronunciato dal pubblico ministero sia convalidato dal giudice.

Il Regolamento riprende le condizioni di emissione e trasmissione di un provvedimento di congelamento previste nell'art. 6 della direttiva 2014/41/UE, così da

¹⁹ Così B. PIATTOLI, *L'esecuzione nell'U.E. delle decisioni di confisca*, in a cura di M. MONTAGNA, *Sequestro e confisca*, cit., op. cit., 576.

²⁰ In materia cfr. A. MANGIARACINA, *L'esecuzione nell'U.E.*, cit., 551 ss.

²¹ L'ordine europeo di indagine penale sostituisce così, nell'ambito applicativo della direttiva, lo strumento delle rogatorie internazionali, ridisegnato da ultimo dal d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, di modifica del libro XI del Codice di procedura penale, nonché la Convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati dell'Unione: quest'ultima resta applicabile nei rapporti con la Danimarca e l'Irlanda, che non hanno aderito alla direttiva.

²² “In alcuni casi, un provvedimento di congelamento può essere emesso da parte di un'autorità, designata dallo Stato di emissione, che abbia competenza in ambito penale ad emettere o applicare il provvedimento di congelamento in conformità del diritto nazionale diversa da un organo giurisdizionale, un tribunale o un pubblico ministero. 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”.

applicare le stesse condizioni sia al congelamento a fini probatori, sia a quello ai fini di confisca. Inoltre, per semplificare la procedura rispetto alla Decisione quadro 2003/577/GAI, l'emissione del provvedimento di congelamento dovrebbe avvenire mediante un modello *standard* e non più un "certificato" che accompagna la decisione nazionale da eseguire.

4.1. Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca.

La Decisione quadro 783/2006 consente il mutuo riconoscimento non solo dei provvedimenti di confisca diretta degli strumenti e dei proventi del reato, ma anche dei provvedimenti di confisca estesa (previsti prima dall'art. 3 della decisione quadro 212/2005, poi sostituito dall'art. 5 della direttiva 42/2014), e ammette, ad avviso di chi scrive, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna, pur non prevedendolo come obbligatorio, in quanto si consente di opporre il rifiuto (art. 8 n. 2, G) qualora la decisione di confisca sia "stata presa in circostanze in cui la confisca del bene è stata ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv)" e cioè "confisca ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri estesi di confisca previste dalla legislazione dello Stato di emissione"; si ammette, insomma, anche se non viene imposto obbligatoriamente, il mutuo riconoscimento di provvedimenti assunti con gli ulteriori poteri di confisca, che potevano essere adottati dagli Stati membri in virtù della decisione quadro 212/2005 e possono essere adottati ai sensi della direttiva 42/2014, ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dai due strumenti (che impongono "perlomeno" l'adozione dei poteri di confisca estesa espressamente indicati, ma non pregiudicano l'adozione di ulteriori poteri). In Italia, ad esempio, l'art. 6 del d.lgs. 137/2015²³ – che ha recepito la decisione quadro in esame – consente sostanzialmente il riconoscimento di un provvedimento fondato su tali poteri estesi, ma solo a condizioni di reciprocità, prevedendo il rifiuto se manca tale condizione: "i) quando la decisione di confisca, ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv), della decisione quadro, provenga da uno Stato di emissione che non preveda, a condizione di reciprocità, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione di confisca dell'autorità italiana ordinata anch'essa ai sensi delle disposizioni sui poteri estesi di confisca".

Nella prassi, però, si è affermata un'interpretazione piuttosto ristretta della Decisione quadro 783/2006 in base alla quale essa non consentirebbe il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca contemplati dalla stessa direttiva 42/2014, come emerge dallo studio di impatto svolto dalla Commissione in preparazione della Proposta in esame (*Inception Impact Assessment*). Tanto è vero che ai fini della cooperazione in materia si è continuato a ricorrere alla Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di

²³ In materia cfr. B. PIATTOLI, *op. cit.*, p. 573.

reato (o ad accordi bilaterali), che 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 consente di applicare all'estero un provvedimento di confisca di prevenzione *ex art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, come è avvenuto e avviene nella prassi.

Il Regolamento sostituirà la decisione quadro 783/2006, come accennato.

Anche in relazione alla confisca (art. 2, n. 8, b) si precisa nel Regolamento che si può considerare "autorità di emissione" una specifica autorità "designata come tale dallo Stato di emissione e che è competente in ambito penale a eseguire un provvedimento di confisca", ma si precisa che il provvedimento deve essere "emesso da un organo giurisdizionale in conformità del diritto nazionale".

In relazione all'oggetto della confisca coperto dal principio del mutuo riconoscimento si deve evidenziare che il Regolamento fa rientrare, purtroppo, non solo i proventi del reato e il loro valore equivalente, in tutto o in parte (art. 2, a)), ma anche gli strumenti e soprattutto anche "il valore di tale bene strumentale", che come evidenziato in altra sede assume una finalità punitiva – e non quel carattere interdittivo che dovrebbe rivestire l'ablazione dello strumento –, e che pone dei problemi di costituzionalità, laddove la relativa confisca viene applicata in violazione del principio di proporzione e di colpevolezza come fondamentale criterio di commisurazione della pena²⁴. Tra l'altro nel concetto di bene strumentale si fa rientrare anche il bene *destinato* ad essere utilizzato, così si potrebbe addirittura ritenere che rientra in tale forma di confisca anche quella fondata sulla presunzione di illecita destinazione prevista nell'ordinamento svizzero o austriaco, in particolare nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata e alla criminalità terroristica (art. 72 swStGB; § 20b öStGB)²⁵.

La definizione della nozione di provento è coincidente con l'ampia definizione fornita dalla Direttiva n. 42/2014, al cui commento si rimanda²⁶ (art. 2, n. 4 «provento»: ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati, consistente in qualsiasi bene e comprendente successivi reinvestimenti o trasformazioni di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile").

Interessante evidenziare che ai sensi dell'art. 18, n. 5 "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" (e cioè le "misure necessarie alla sua esecuzione alla stessa stregua di un provvedimento di confisca nazionale emesso da un'autorità dello Stato di esecuzione") "decidere di congelare i beni interessati di propria iniziativa, conformemente al proprio diritto nazionale, in vista della successiva esecuzione del provvedimento di confisca". Tale

²⁴ A.M. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., p. 306; ID., *Confisca (Diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015, p. 193.

²⁵ A.M. MAUGERI, [L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. trim.* n. 3/2013, p. 259.

²⁶ A.M. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., p. 303.

disposizione si inserisce bene nel dibattito relativo alla possibilità di pronunciare un provvedimento di confisca ex art. 240 bis c.p. o 24 d.lgs. n. 159/2011 in mancanza di un previo provvedimento di sequestro²⁷, sostanzialmente prevedendo che se nello Stato di esecuzione si considera il previo sequestro *condicio sine qua non* della confisca, si potrà procedere al sequestro anche in mancanza di richiesta dello Stato di emissione.

L'autorità di esecuzione riconosce il provvedimento di confisca trasmesso a norma dell'articolo 14 e prende le misure necessarie alla sua esecuzione alla stessa stregua di un provvedimento di confisca nazionale emesso da un'autorità dello Stato di esecuzione, a meno che essa non adduca uno dei motivi di non riconoscimento e di non esecuzione previsti all'articolo 19 o uno dei motivi di rinvio previsti all'articolo 21²⁸.

Particolare attenzione è posta nel Regolamento ad esigenze di semplificazione della procedura e delle certificazioni richieste, proprio perché nella prassi gli operatori lamentano la complessità delle certificazioni richieste dalle decisioni quadro precedenti.

5. Procedimenti in materia penale.

Ai sensi dell'art. 1 dell'originaria Proposta di Regolamento il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca si imponeva solo in relazione a tutti i provvedimenti assunti nell'ambito di un procedimento penale (*"within the framework of criminal proceedings"*), mentre nella versione approvata si richiede solo che si tratti di procedimenti in *"materia penale"*, pur continuando a precisare che non si può trattare di procedimenti di carattere amministrativo o civile.

Si fa sicuramente riferimento – già nella versione originaria – ai provvedimenti di confisca senza condanna che possono essere emanati in un procedimento penale al di là dei limiti previsti dalla direttiva 2014/42/UE (ipotesi di fuga e di malattia), e cioè, come precisato nell'*Explanatory Memorandum*, in seguito alla morte del proprietario, in caso di immunità, prescrizione, e nei casi in cui l'autore del reato non può essere identificato o qualora la corte penale può confiscare dei beni in assenza di condanna quando la corte è convinta che tali beni abbiano origine illecita, in quanto provento di crimini. Già in relazione alla versione originaria più restrittiva della Proposta, nell'*Explanatory Memorandum* si fa sostanzialmente riferimento a ipotesi di *actio in rem pura*, come quando l'autore del reato non può essere identificato, purché però la

²⁷ Cass., S.U., 27 aprile 2017 n° 20215, in cui si afferma che *"Il decreto con cui il giudice rigetta la richiesta del pubblico ministero di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale della confisca, anche qualora non preceduta da sequestro, è appellabile"*; Cass., 16 gennaio 2018, n. 1584 – che ha rinviato la causa alla Corte territoriale – ha affermato che la confisca può essere ordinata anche in assenza di un provvedimento cautelare di sequestro precedente, a patto che sussistano norme che la consentano o la impongano (*"il giudice della cognizione, nei limiti del valore corrispondente al profitto del reato, può emettere il provvedimento ablatorio anche in mancanza di un precedente provvedimento cautelare di sequestro e senza necessità della individuazione specifica dei beni da apprendere, potendo il destinatario ricorrere al giudice dell'esecuzione qualora dovesse ritenersi pregiudicato dai criteri adottati"*).

²⁸ In materia sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *Prime osservazioni*, cit., p. 252.

confisca fosse sempre una “*measure imposed by a court following proceedings in relation to a criminal offence*”; quest’ultima espressione doveva essere interpretata non nel senso restrittivo previsto dalla direttiva, e cioè l’ipotesi in cui un processo penale è iniziato ma non si può pronunciare la condanna, ma appunto come ipotesi di vera e propria *actio in rem*, di un procedimento autonomo nei confronti dei beni connessi a un reato.

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

In seguito all’accordo dell’8 dicembre 2017, il Consiglio ha modificato l’art. 1.1 della proposta della Commissione, ampliando l’ambito di applicazione del principio del mutuo riconoscimento dal mero settore dei provvedimenti di congelamento e confisca disposti “nel quadro di un procedimento penale” (*criminal proceeding*) a quello ben più ampio dei provvedimenti disposti “nel quadro di un procedimento in materia penale” (*proceeding in criminal matter*). Il considerando (13) della Proposta recita che il Regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e confisca emessi nel quadro di un procedimento in materia penale (nella proposta nella versione del 2017 si usa l’espressione “un’azione penale”), con l’avvertenza che “procedimento in materia penale” è un concetto autonomo del diritto dell’Unione europea, anzi si precisa nella versione finale del Regolamento “diritto dell’Unione interpretato dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”; tale richiamo sembra opportuno anche perché l’adozione di un Regolamento in maniera più diretta e immediata chiamerà in causa la Corte di Giustizia in virtù dell’art. 267 TFUE come interprete a titolo originario dello stesso, destinata a risolvere i dubbi interpretativi degli Stati membri nella sua applicazione. In base sempre al considerando n. 13 l’espressione “procedimento in materia penale” “contempla pertanto tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE. Esso contempla inoltre altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva”.

Nelle definizioni di cui all’art. 2 si precisa al numero 2) che si considera «“provvedimento di confisca”: una sanzione o misura definitiva imposta da un organo giurisdizionale a seguito di un procedimento connesso a un reato, che provoca la privazione definitiva di un bene di una persona fisica o giuridica», mentre nella Proposta si faceva riferimento a “un procedimento per un reato”.

Con tale modifica, allora, come emerge nel Considerando (13) e come emerge nel comunicato stampa dell’8 dicembre 2017 sull’orientamento raggiunto dal Consiglio sulla proposta di Regolamento, si propone, tra l’altro, di far sì che il mutuo riconoscimento copra un ampio spettro di confische, tra cui quelle adottate senza

condanna ed inclusi taluni sistemi di *preventive confiscation*, purché vi sia un legame con un delitto.

Si continua, però, ad escludere il mutuo riconoscimento per provvedimenti “emessi nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa”, come stabilito nell’art. 1 del Regolamento; categoria nella quale rientrano sicuramente i provvedimenti di espropriazione di beni non connessi a reati. Anche se si può evidenziare una leggera ma significativa differenza di linguaggio tra la versione del considerando n. 13 nella proposta di regolamento e nella versione finale, appena approvata: nella proposta si afferma “I provvedimenti di congelamento e i provvedimenti di confisca emessi nel quadro di procedimenti in materia civile o amministrativa sono esclusi dall’ambito di applicazione del presente regolamento”; nella versione finale “I provvedimenti di congelamento e i provvedimenti di confisca emessi nel quadro di procedimenti in materia civile o amministrativa dovrebbero essere esclusi dall’ambito di applicazione del presente regolamento”.

In realtà il problema di fondo che rimane è stabilire cosa si intenda con *procedimento in materia penale*, se cioè vi possa rientrare qualunque procedimento volto all’applicazione di forme di confisca di proventi o strumenti del reato, indipendentemente dalla qualificazione interna del procedimento in questione e dalla relativa disciplina impiegata negli Stati membri²⁹. In particolare nell’ambito della categoria dei provvedimenti ibridi che caratterizza l’adozione di forme di confisca allargate e senza condanna, sussistono dei procedimenti definiti dal legislatore interno “civili” o “amministrativi” o destinati all’adozione di forme di confisca incluse “nella materia civile o amministrativa”, ma che rientrano perfettamente nella definizione di “procedimenti connessi ad un reato” in quanto riguardano i profitti o gli strumenti del reato, come ad esempio il procedimento volto ad applicare il *civil recovery* britannico o, anche se l’Irlanda non aderisce al Regolamento, il *civil forfeiture* irlandese.

In ogni caso la manifesta volontà del Regno Unito di aderire al Regolamento induce a ritenere che il governo britannico consideri rientrante nell’ambito di applicazione del Regolamento non solo il *confiscation* ai sensi del Proceeds of Crime Act (POCA) 2002 – la forma di confisca allargata in seguito a condanna pronunciata in base a una presunzione di origine illecita dei beni ottenuti nei sei anni antecedenti la commissione del reato e in base a presunzioni di stile di vita criminale (fondate sulla condanna), e uno standard della prova civilistico circa l’origine illecita dei beni (più basso del civilistico rinforzato preteso dall’art. 5 e considerando n. 21 della Direttiva n. 42/2014) –, ma anche il *civil recovery*, disciplinato sempre dal POCA 2002. Il *civil recovery* non solo non presuppone una condanna, ma è pronunciato dall’autorità giudiziaria civilistica (la High Court, o in Scozia la Court of Session) in un procedimento condotto con regole civilistiche e uno standard della prova civilistico (POCA s. 241 “The court or sheriff must decide on a balance of probabilities whether it is proved a) that any

²⁹ A.M. MAUGERI, *Prime osservazioni*, cit., 248; ID., *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di “processo” al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 591 ss.

matters alleged to constitute unlawful conduct have occurred"); tale procedimento, però, attiene a beni considerati dalla Corte di origine illecita in quanto provento di reato (s. 240 "property which is, or represents, property obtained through unlawful conduct"). Si prevede, inoltre, come avviene in Italia nell'applicazione della confisca di prevenzione, che è possibile iniziare il procedimento civilistico in seguito ad un'assoluzione in sede penale, come recentemente ribadito nel caso *R (Director of Assets Recovery Agency) v. Taher*³⁰, proprio in considerazione del differente standard della prova; la Suprema Corte, come affermato nel caso *Serious Organised Crime Agency v. Hymans*³¹, precisa che un'assoluzione nel processo penale non stabilisce definitivamente che l'imputato non ha commesso il reato imputato, ma dimostra solo che le prove fossero insufficienti a soddisfare il richiesto onere della prova; neanche la morte impedisce il procedimento *in rem* contro i beni di presunta origine illecita, come affermato nel caso *Serious Organised Crime Agency v. Lundon*³², o la conclusione e ingiustizia del processo penale dovuta all'abuso di processo, come sancito nel caso *R (Director of Asset Recovery Agency) v. E*³³. Si tratta di quel tipo di ibrido procedimento in cui si assiste a "the use of public law powers, by the State, in the civil courts"³⁴ e sulla cui conformità ai principi garantistici della materia penale, anche alla luce della CEDU, la dottrina dubita. La Suprema Corte, però ritiene che non si tratta di una sanzione penale, ma avente "*restitutionary nature*"³⁵ in quanto non si ha il diritto di detenere i proventi del crimine, e quindi non si applica il principio di irretroattività; o, soprattutto, come ribadito nel caso *Gale v. Serious Organised Crime Agency*³⁶, riprendendo la sentenza *Walsh v. Director Asset Recovery Agency*³⁷, si ritiene che l'utilizzo dello standard della prova civilistico – *proof of a balance of probabilities* –, nel *civil recovery proceeding* al fine di accertare la condotta illecita non violi la presunzione d'innocenza ex art. 6, c. 2, CEDU.

Per contro l'Irlanda non ha aderito al Regolamento probabilmente temendo di dover adottare delle garanzie penalistiche nel procedimento destinato all'adozione del *civil forfeiture*, introdotto con il *Proceeds of Crime Act 1996* e il *Criminal Assets Bureau Act 1996* ("CAB"), che consentono di avviare un procedimento destinato ad applicare la confisca, senza la necessità di accertare un reato, purché sussistano "*belief evidence*" o ragionevoli motivi per sospettare che una persona sia proprietaria o possieda beni ottenuti direttamente o indirettamente da attività criminali; tale presunzione può essere confutata dal destinatario della misura in quanto si pone a suo carico l'onere di dimostrare la legittimità dei suoi beni, con una sostanziale inversione dell'onere della

³⁰ [2006] EWHC 3406 (Admin).

³¹ [2011] EWHC 3332 (QB).

³² [2010] EWHC 353 (QB).

³³ [2007] EWHC 3245 (Admin).

³⁴ C. KING, *Using Civil Processes in Pursuit of Criminal Law Objectives: A Case Study of Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, in *International Journal of Evidence and Proof* 2012, p. 337.

³⁵ *R (Director of Assets Recovery Agency) v. ASHTON* [2006] EWHC 1064 (Admin).

³⁶ [2011] UKSC 49.

³⁷ [2005] NICA 6.

prova³⁸. La dottrina contesta in tale procedimento non tanto l'uso di prove *de relato* e il maggior uso di prove documentali, ma soprattutto la violazione del rispetto della presunzione d'innocenza a causa dell'inversione dell'onere della prova e dell'adozione dello standard della prova civilistico³⁹. La Suprema Corte irlandese, invece, ritiene che il 1996 Act non viola il divieto costituzionale contro l'applicazione retroattiva della pena (art. 7 CEDU), perché l'acquisizione di beni ottenuti attraverso il crimine era illegale prima dell'entrata in vigore di tale atto e non diventa illegale a causa sua; non ci è stata nessuna ingiusta inversione dell'onere della prova in quanto il destinatario della misura ha la possibilità di confutare la presunzione dell'illegale origine dei beni; l'Act non viola il divieto di *self-incrimination* in quanto le prove ottenute nel procedimento civilistico non potranno essere utilizzate in un successivo processo penale; l'Act non viola il diritto alla proprietà privata avendo lo Stato un legittimo interesse alla sottrazione dei proventi illeciti; i procedimenti per la confisca in base al 1996 Act non sono penali, ma civili⁴⁰.

Ritornando al Regolamento, qualche perplessità suscita il fatto che il considerando n. 13 precisa che "il procedimento in materia penale può comprendere anche indagini penali svolte dalla polizia e da altri servizi di contrasto"; non si ritiene che il Regolamento possa fare riferimento a forme di congelamento e confisca non adottati in un procedimento giudiziario ma nella fase delle indagini, perché ciò non sembra assolutamente accettabile in uno Stato di diritto rappresentando già il sequestro, e tanto più la confisca, una forma di limitazione di un diritto del cittadino, come il diritto di proprietà garantito dall'art. 1 del I Protocollo della Convenzione Edu e dall'art. 17 della Carta Europea dei diritti fondamentali. Tra l'altro la definizione di confisca contenuta nell'art. 2, n. 2 del Regolamento fa riferimento a un provvedimento

³⁸ C. KING, *Civil forfeiture and article 6 of the ECHR*, in *Legal Studies*, 2014, 34 (3), pp. 371-394; si tratta di una disciplina che comunque ha registrato un notevole successo: BOOZ, ALLEN & HAMILTON, 'Comparative Evaluation of Unexplained Wealth Orders' (Washington, DC: Department of Justice, January 2012), pp. 148-134; Addirittura si parla del 100% di successo dei procedimenti per l'applicazione del *civil forfeiture*.

³⁹ *Banco Ambrosiano SPA v Ansbacher & Co. Ltd* [1987] ILRM 669; *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd* [1993] ILRM 145; per il *civil forfeiture* nordamericano *Gale v Serious Organised Crime Agency* [2011] UKSC 49. Cfr. L. BOUCHL, *Civil Asset Forfeiture and the Presumption of innocence under Article 6(2) ECHR*, in *New journal of European Criminal Law*, Val. 5, Issue 2, 2014, p. 221 et seq; M. M. SIMONATO, *Directive 2014/42/EU and Non-Conviction Based Confiscation: A Step Forward on Asset Recovery?*, in *New journal of European criminal law*, 2015, v. 6, n. 2, p. 225. La dottrina (C. KING, *Using Civil Processes*, cit., p. 360 ss.; cfr. in relazione al *civil recovery* britannico J. HENDRY – C. KING, *op. cit.*) che auspica il rispetto della presunzione d'innocenza e l'adozione dello standard della prova penalistico, cita la giurisprudenza della Suprema Corte che ammette che più grave è l'allegazione nel procedimento civile più il giudice deve essere astuto nel pretendere la piena prova *O'Keeffe v Ferris* [1997] 2 ILRM 161-168; nonché i precedenti in cui la giurisprudenza ha sostanzialmente preteso il rispetto dello standard penalistico, laddove si applicano delle sanzioni civili punitive *Bater v Bater* [1951-52] P 35; *Hornal v Neuberger Products Ltd* [1957] 1 QB 247; LJ in *Hornal v Neuberger Products Ltd* [1957] 1 QB 247 at 258; *R v Home Secretary, ex p. Khawaja* [1984] 1 AC 74 at 112-14; CJ in *Georgopoulos v Beaumont Hospital Board* [1998] 3 IR 132. Cf. R. PATTENDEN, *The Risk of Non-persuasion in Civil Trials: The Case Against a Floating Standard of Proof* in *CJQ* 1988, 7, p. 220; M. REDMAYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation* in *MLR* 1996, 62(2), p. 167.

⁴⁰ *Gilligan v. Ireland, Attorney General, Criminal Asset Bureau and others, Murphy v. G.M., PB, PC Ltd*, [2001] IESC 92.

assunto da un'autorità giudiziaria e anche il congelamento in virtù dell'art. 2, n. 8, ii) anche se non adottato dall'autorità giudiziaria, per essere trasmesso, deve essere convalidato da un organo giurisdizionale, un tribunale o un pubblico ministero nello Stato di emissione, come esaminato (rimane il problema che si ritiene sufficiente la convalida del pubblico ministero in mancanza di un controllo di carattere giudiziario).

La definizione dell'oggetto della confisca – per lo meno nella traduzione italiana –, sembra poco coordinata con la modifica nella definizione del procedimento di riferimento adottata con la riforma del 2017 e recepita nella versione finale del Regolamento, laddove si fanno rientrare i proventi e gli strumenti del reato, non solo laddove passibili di confisca in virtù “di uno dei poteri di confisca previsti dalla direttiva 2014/42/UE” (lett. c), ma anche “d) passibile[i] di confisca ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri di confisca in assenza di una condanna definitiva previste dalla legislazione dello Stato di emissione in seguito a un procedimento per un reato”. Tale espressione di “procedimento per un reato” e non “connesso a un reato” risulta piuttosto ambigua, anche se non si parla di processo penale; per non contrastare con l'art. 1 che consente il reciproco riconoscimento di provvedimenti di confisca assunti “in un procedimento in materia penale” e con lo stesso art. 2 laddove nel definire la nozione di confisca fa riferimento a un provvedimento assunto in un “procedimento connesso a un reato”, l'espressione “in seguito a un procedimento per un reato” dovrebbe essere riferita alla condanna definitiva e non al provvedimento di confisca, o semplicemente deve essere interpretato come mero procedimento connesso a un reato e non volto all'accertamento del reato. Del resto nella versione inglese tale problema non si pone perché si usa l'espressione più corretta di “*proceeding in relation to a criminal offence*” sia nella definizione di *confiscation* sia nella definizione dell'oggetto (a parte l'uso oculato delle virgole che mancano sorprendentemente nella versione italiana)⁴¹.

Nella relazione di accompagnamento all'originaria proposta di regolamento si cita come esempio il progetto di legge tedesco – ormai entrato in vigore – volto a dare attuazione alla direttiva 2014/42/EU, che prevede la confisca c.d. “autonoma” che consente di confiscare un bene in assenza di condanna, se, in base a tutte le circostanze del caso, la Corte è convinta che il bene sia provento del crimine e la persona destinataria del provvedimento di confisca non può essere perseguita o condannata per quel crimine⁴². In realtà nell'ordinamento tedesco una forma di confisca autonoma, come quella posta alla base del modello di confisca senza condanna auspicato dal Regolamento, era già in parte prevista. Con la recentissima legge di riforma in materia (prima citata, *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017*, BGBl. I S. 872) – in attuazione della Direttiva 42/2014 –, si prevede un'estensione delle possibilità di applicare autonomamente la confisca, come si

⁴¹ “subject to confiscation under any other provisions relating to powers of confiscation, including confiscation without a final conviction, under the law of the issuing State, following proceedings in relation to a criminal offence”.

⁴² Deutscher Bundestag Drucksache 18/9525 18. Wahlperiode 05.09.2016 – Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung.³³.

esaminerà nel prosieguo, e, inoltre, un'ulteriore disciplina è stata introdotta nel settore del terrorismo e del crimine organizzato, introducendo un meccanismo giuridico che consente di applicare la confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale, indipendentemente dalla prova di un reato specifico, § 76a, c. 4, StGB.

5.1. Procedimento in materia penale alla luce della giurisprudenza della Corte Edu.

La nozione di procedimento in materia penale, in quanto connesso con un reato, accolta nel Regolamento, richiama la nozione di procedimento anche in rem accolta nel Rapporto esplicativo della Convenzione di Strasburgo del 1990 che, come accennato, ricomprende qualunque procedimento svolto da un'autorità giudiziaria e che abbia natura penale, nel senso di riguardare strumenti o proventi di reato.

Non sembra, invece, che si possa fare riferimento in materia alla nozione di materia penale della Corte Edu e ai relativi criteri per stabilire la natura penale di un procedimento e di una misura, perché a parte l'uso non sempre del tutto coerente e univoco di tali criteri nella stessa giurisprudenza della Corte, quest'ultima ha sempre sostanzialmente escluso la riconducibilità alla materia penale dei procedimenti volti all'applicazione di forme di confisca senza condanna – dalla confisca di prevenzione dell'ordinamento italiano al *civil recovery* inglese o altre forme di *civil forfeiture*.

La nozione autonoma di “materia penale”, cui applicare le garanzie previste dalla C.e.d.u., viene fondata dalla Corte europea sui parametri elaborati a partire dalla sentenza Engel⁴³: la qualificazione formale ufficiale o la determinazione dell'ordinamento di appartenenza⁴⁴; la “natura stessa” dell'infrazione con particolare riferimento alle sue forme di tipicizzazione e al procedimento adottato⁴⁵; la natura della sanzione⁴⁶ e il grado di severità della sanzione⁴⁷, considerati come unico criterio nel caso

⁴³ Corte e.d.u., 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, vol. 22, 36; Id., 26 marzo 1982, *Adolf c. Gov. Austria*, in *Riv. dir. internaz.*, 1984, p. 121, e in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1982, Série A, vol. 49, 15; Id., 10 febbraio 1983, *Albert et le Compte*, *ivi*, vol. 58, 16; Id., 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, in Série A, n. 73, 18, § 50 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894; Id., 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, Série A, vol. 123, 22; Id., 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, 17-18; Id., 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *ivi*, vol. 210, 1991, 25; Id., 25 febbraio 1993, *Funke*, *ivi*, vol. 256, 30; Id., 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* 1996 III, n° 10, 756; Id., 8 dicembre 1998, *Padin Gestoso c. Espagne*, *ivi* 1999, II, 361 ss.; Id., 3 maggio 2001, *J.B. v. Switzerland*, Application n. 31827/96, in *www.coe.int*, § 44; Id., 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, n. 39665/98 e 40086/98, *ivi*, § 91.

⁴⁴ «Le indicazioni che ne derivano hanno un valore solo formale e relativo», Corte e.d.u., *Engel e Altri*, cit., 36; in dottrina cfr. M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo*, Cedam, Padova, 1991, pp. 140-141.

⁴⁵ Corte e.d.u., 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors*, cit., § 91; *Engel e Altri*, cit., 34-35, § 82.

⁴⁶ Richiamano questi due criteri, Corte e.d.u., 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, vol. 210, 25; Id., 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, 30; Id., 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, *ivi*, vol. 123, 22; Id., 28 giugno 1984, *Campbell c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, p. 502; Id., 21 febbraio 1984,

Engel⁴⁸. I sotto-criteri adottati per stabilire la natura del procedimento non sono così significativi perché la Corte si limita a pretendere che la procedura venga applicata da una pubblica autorità in base a dei poteri d'esecuzione conferiti dalla legge e in base a un'infrazione (natura dell'infrazione) fondata su un precetto di carattere generale rivolto a tutti i cittadini (più pregnante il riferimento alla circostanza che il magistrato può esercitare il potere di conversione della sanzione pecuniaria in sanzione detentiva solo qualora accerti la colpevolezza, e cioè il volontario rifiuto di pagare o la colpevole negligenza)⁴⁹. In ogni caso si tratta di una nozione ampia di "materia penale" ricomprensiva di tutte le misure aventi carattere afflittivo, che perseguono finalità di prevenzione generale e speciale; vi rientra l'illecito amministrativo punitivo, com'è stato espressamente affermato in relazione alle Ordnungswidrigkeiten dell'ordinamento tedesco⁵⁰ o in relazione ai Verwaltungsstrafverfahren dell'ordinamento austriaco⁵¹, oppure si fa rientrare nella nozione di materia penale il procedimento volto all'imposizione di una multa per il reato di evasione fiscale, – come nel caso A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland e nel caso J.B. v. Switzerland⁵² –, o le sanzioni disciplinari quando tali sanzioni «meritino le garanzie inerenti alla procedura penale»⁵³, o, ancora, i «procedimenti per il recupero di un onere comunitario non pagato» («proceedings for recovery of an unpaid community charge»), considerati dalla legge inglese "civil in nature"⁵⁴ o la misura di sicurezza detentiva tedesca – la Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB)⁵⁵.

Oztürk, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894; Engel e Altri, cit., 35 (anche se la natura della sanzione è citata all'interno dei criteri per determinare la severità della sanzione).

⁴⁷ Così Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel e Altri, cit., 36; Id., 10 giugno 1996, Benham c. Royaume-Uni, cit., 756; Id., 24 febbraio 1994, Bendenoun, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A vol. 284, 3; Id., 25 febbraio 1993, Funke, *ivi*, vol. 256, 30; Id., 27 agosto 1991, Demicoli c. Malte, *ivi*, vol. 210, 16; Id., 22 maggio 1990, Weber v. Switzerland, *ivi*, vol. 177, pp. 17-18; 10 febbraio 1983, Albert et le Compte, *ivi*, vol. 58, p. 16.

⁴⁸ Così Corte e.d.u., Engel e Altri, cit., 36. Cfr. W.A. SHABAS (a cura di), *Art. 1 Protection of Property, The European convention on human rights: a commentary*, Oxford, 2015, nota 90.

⁴⁹ Corte e.d.u., 10 giugno 1996, Benham, cit., 756.

⁵⁰ Corte e.d.u., 21 febbraio 1984, Oztürk, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894.

⁵¹ Cfr. Corte e.d.u., 18 febbraio 1997, Mauer c. Autriche, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1997, I n° 28, 76; Id., 23 ottobre 1995, Palaoro c. Autriche, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1996, Série A, vol. 329, 38-47; Id., 23 ottobre 1995, Pramstaller c. Autriche, *ivi* 1996, vol. 329, 2; Id., 23 ottobre 1995, Pfarrmeier c. Autriche; Id., 23 ottobre 1995, *ivi*, 1996, vol. 329, 63-72; Id., 23 ottobre 1995, Schmautzer c. Autriche, *ivi* 1996, vol. 328, 13; Id., 23 ottobre 1995, Umlauf c. Autriche, *ivi*, 1996, vol. 328, 37; Id., 23 ottobre 1995, Gradinger c. Autriche, *ivi* 1996, vol. 328, 61.

⁵² Corte e.d.u., 3 maggio 2001, J.B. v. Switzerland, n. 31827/96, § 44; Id., 29 agosto 1997, A.P., M.P. and T.P. and E.L., R.L. and J.O.-L. v. Switzerland, in *Reports of Judgments and Decisions* 1997, V, 1487-88 e 1519-20.

⁵³ Corte e.d.u., 28 giugno 1984, Campbell c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, p. 502; Id., Engel e Altri, cit., 36; in dottrina cfr. A. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Ann. Un. Ferr.*, 1988, p. 131 ss.

⁵⁴ Corte e.d.u., 10 giugno 1996, Benham c. Royaume-Uni, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1996, III, n. 10, 756; cfr. ASHWORTH, (2) Article 6 and the Fairness of Trials, in *Crim. Law Review*, 1999, p. 262.

⁵⁵ Cfr. Corte e.d.u., 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3275. Cfr. A.M. MAUGERI, La nozione e i principi della "materia penale" nella giurisprudenza delle Corti Europee, in B. Montanari

Nonostante tale ampia nozione la Corte Edu non fa rientrare nella nozione di materia penale le forme di confisca senza condanna.

In particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo esprime un generale orientamento di particolare favore nei confronti di forme di confisca senza condanna, non solo perché se ne conferma sempre la sostanziale compatibilità con i principi della C.e.d.u. sottraendo tali misure ai principi della materia penale, ma in quanto si evidenzia un più generale orientamento sovranazionale favorevole al riconoscimento della validità dell'utilizzo del *civil forfeiture* come strategia di politica criminale contro gravi fenomeni criminali: «Having regard to such international legal mechanisms as the 2005 United Nations Convention against Corruption, the Financial Action Task Force's (FATF) Recommendations and the two relevant Council of Europe Conventions of 1990 and 2005 concerning confiscation of the proceeds of crime (ETS No. 141 and ETS No. 198) (...), the Court observes that common European and even universal legal standards can be said to exist which encourage, firstly, the confiscation of property linked to serious criminal offences such as corruption, money laundering, drug offences and so on, without the prior existence of a criminal conviction»⁵⁶.

La Corte E.D.U. ha sempre negato, già a partire dal caso Marandino (in questo caso la Commissione) e dal caso Raimondo, la natura sanzionatoria della confisca misura di prevenzione ex art. 2-ter legge n. 575/1965 e, in seguito, art. 24 d.lgs. n. 159/2011, fondandosi, come evidenzia anche la giurisprudenza della Suprema Corte⁵⁷, sul riconoscimento della loro natura preventiva basata sul giudizio di pericolosità sociale.

La Corte, già nel caso Labita⁵⁸, ha riconosciuto la compatibilità con la C.e.d.u. delle misure di prevenzione solo in quanto fondate su una valutazione di pericolosità sociale del destinatario, così ritenendo non in contrasto con i principi della C.e.d.u. il fatto che le misure di prevenzione «siano applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, poiché tendono ad impedire il compimento di atti criminali», in considerazione di un accertamento di «pericolosità del soggetto che ne sia destinatario, quale presupposto giustificativo di un intervento ablatorio – sia pure non di carattere penale – strumentale alla tutela di pubblici interessi»⁵⁹.

Dal riconoscimento della natura preventiva e non punitiva della confisca antimafia, consegue la mancata violazione del diritto di proprietà (art. 1 del 1°

(a cura di), *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 325.

⁵⁶ Corte e.d.u., 12 maggio 2015, *Gogitidze v. Georgia*, n. 36862/05, § 105.

⁵⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo, in www.dejure.it; cfr. Corte cost., 11 (12) luglio 1996, n. 275.

⁵⁸ Corte e.d.u., Grande Camera, 1° marzo-6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, in www.coe.int.

⁵⁹ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O.

Protocollo addizionale della C.e.d.u.), della presunzione d'innocenza (art. 6, § 2) e del principio di legalità (art. 7), laddove se ne consente l'applicazione retroattiva⁶⁰.

La misura di prevenzione, ad avviso della Corte, non può essere paragonata ad una sanzione penale secondo i tre criteri individuati nel caso Engel⁶¹.

In uno dei primi casi in materia la Commissione⁶², nell'applicare questi parametri, cita la sentenza Deweer, nella quale si ribadisce che l'accusa penale potrà definirsi come la notificazione ufficiale emanante dall'autorità competente del rimprovero di aver compiuto un'infrazione penale, e, come affermato nel caso Guzzardi, il confronto dell'art. 5, par. 1 a) con l'art. 6, par. 2 e l'art. 7, comma 1, mostra ai fini della Convenzione, che non si può avere una condanna senza un accertamento legale di un'infrazione penale o, eventualmente, disciplinare; l'utilizzazione, però, di questi termini per le misure preventive e per le misure di sicurezza non è compatibile con il principio dell'interpretazione stretta (con il divieto di analogia), che va osservato in "materia penale". Una misura preventiva, si precisa, non è destinata a reprimere un'infrazione, ma si commina sulla base di indici che denotano la propensione a delinquere.

La Corte, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano, riconosce che la confisca antimafia è una misura di prevenzione, che ha una funzione e una natura ben distinta rispetto a quella della sanzione penale: mentre quest'ultima tende a reprimere la violazione di una norma penale e quindi la sua applicazione è subordinata all'accertamento di un reato e della colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione non presuppone un reato e una condanna⁶³, ma tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi. Accogliendo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, si nega che l'indiziato assumi la qualifica di accusato, si evidenzia che il procedimento preventivo è autonomo rispetto al procedimento penale e non implica un giudizio di colpevolezza, si nega che la confisca costituisca "in sostanza" una sanzione penale, rilevante ai fini della Convenzione. La confisca antimafia presuppone solo una dichiarazione preliminare di pericolosità sociale, fondata sul sospetto dell'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso del soggetto colpito (ed era subordinata all'applicazione di una misura preventiva personale) e, perciò, non ha funzione repressiva, ma preventiva, volta ad impedire l'uso illecito dei beni colpiti⁶⁴.

⁶⁰ Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte e.d.u., 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; Id., 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Id., 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, § 4; Id., 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n. 52024/99, *ivi*, 5; Id., 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99, *ivi*, 6; Id., *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, *ivi*, 8; Id., 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, n. 4514/07, § 45.

⁶¹ Corte e.d.u., *Engel e Altri*, cit., 36.

⁶² Commissione eur., *Marandino*, cit., 78.

⁶³ Corte e.d.u., 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, § 4; Id., 20 giugno 2002, *Andersson c. Italia*, n. 55504/00, § 4; Id., 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n. 52024/99, § 5; Id., 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n. 52439/99, § 6; Id., *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, § 8.

⁶⁴ *Ibidem*.

Si ritiene, poi, che la severità della misura non costituisce un criterio sufficiente per stabilire se si tratti di una sanzione penale, sottolineando che la confisca non è una misura esclusiva del diritto penale, ma ne viene fatto ampio uso, per esempio, nel diritto amministrativo. Il diritto degli Stati membri del Consiglio d'Europa mostra che misure molto severe, ma necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico, sono stabilite anche al di fuori del campo penale⁶⁵.

Anche nel recente caso De Tommaso la Corte Edu non mette in discussione la natura non punitiva della misura di prevenzione personale e rimane ferma nel ritenere che le misure di prevenzione non rientrano nella nozione di materia penale ai sensi degli art. 6 e 7 Cedu, pur condannando l'Italia per la violazione dell'art. 2 del IV Protocollo – che garantisce la libertà di circolazione –, da parte della legge no. 1423/1956, art. 1 e ss. (oggi art. 1 del d.lgs. n. 159/2011), in quanto tale legislazione non rispetta il principio di legalità/tassatività nel determinare le categorie dei destinatari a pericolosità generica e lo stesso contenuto della misura di prevenzione personale (la legge, pur essendo accessibile, non garantisce la prevedibilità della misura, la cui applicazione è rimessa all'eccessiva discrezionalità giurisprudenziale)⁶⁶.

Nel caso *Gogitidze* la Corte europea non qualifica «pena» una forma di confisca senza condanna – *civil forfeiture (civil proceeding in rem)* –, prevista nell'ordinamento della Georgia per consentire la sottrazione dei proventi della corruzione pubblica, senza comportare un'accusa in sede penale; la Corte considera tale forma di confisca una forma di regolamentazione dell'uso della proprietà ex art. 1, Prot. n. 1, C.e.d.u., che assumerebbe natura preventiva o compensatoria («*is not of a punitive but of a preventive and/or compensatory nature*»), citando a sostegno proprio la giurisprudenza della stessa Corte in materia di confisca di prevenzione⁶⁷. L'aspetto compensatorio consiste nel ricostituire la situazione economica della parte offesa (*in the obligation to restore the injured party in civil proceedings*) nella medesima situazione precedente il reato (l'ingiustificato arricchimento del pubblico ufficiale) o comunque, in assenza di un danneggiato del reato, nella restituzione di quanto illecitamente acquisito allo Stato⁶⁸. Si persegue «il generale interesse consistente nell'assicurare che l'uso dei beni in questione non procuri un beneficio al ricorrente a scapito della comunità (*Phillips v. the United Kingdom*, no. 41087/98, § 52, ECHR 2001 VII)».

⁶⁵ Corte e.d.u., *Prisco c. Italia*, cit.; Id., *Raimondo*, cit., 16-17; Id., *Madonia*, cit., § 4; Id., *Bocellari e Rizza*, cit., § 6; Id., *Riela*, cit., §§ 4-5; Id., *Arcuri*, cit., § 3; Commission Eur., *Marandino*, 78.

⁶⁶ Corte EDU, 23 febbraio 2017, Grande Camera, *De Tommaso*, n. 43395/09. In materia F. VIGANÒ, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, p.370 ss.; A.M. MAUGERI, [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera](#), ivi, p. 15 ss.; R. MAGI, [Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale](#), ivi, p. 135 ss.; F. MENDITTO, [La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione](#), ivi, fasc. 4/2017, p. 127 ss.

⁶⁷ Corte e.d.u., 12 maggio 2015, *Gogitidze v. Georgia*, n. 36862/05, § 126 che cita «*Butler*, cited above; AGOSI, cited above, § 65; *Riela*, cited above; and *Arcuri*, ...».

⁶⁸ Corte e.d.u., *Gogitidze*, cit., § 102.

Fermo restando che la Corte europea evidenzia nel caso *Gogitidze* anche uno scopo deterrente, di prevenzione generale, delle misure in esame, che consiste nel prevenire l'ingiustificato arricchimento per mezzo della corruzione come tale, con l'invio di un segnale chiaro ai funzionari pubblici già coinvolti in fatti di corruzione che dovranno tenere conto del fatto che i loro atti criminali, anche se riusciranno a sottrarsi al sistema di giustizia penale, non procureranno né a loro né ai loro familiari alcun beneficio⁶⁹.

D'altronde la Corte Edu solo nel caso *Welch* ha riconosciuto il carattere penale di una forma di confisca allargata, il *confiscation* dell'ordinamento inglese in base ad una serie di aspetti dai quali sarebbe emerso il fondamento punitivo di tale sanzione, accanto a quello preventivo, alla luce della nozione sostanziale di pena espressa dalla giurisprudenza della Corte europea e ai criteri sopra indicati, che consentono di «looking behind appearances at the realities of the situation»⁷⁰. Si osserva, innanzitutto, che il *confiscation* è connesso con un reato e presuppone, infatti, una condanna per traffico di stupefacenti. In relazione alla natura e allo scopo della misura si evidenzia che la sanzione in esame è stata introdotta con l'Act del 1986 per superare l'inadeguatezza dei precedenti strumenti di *forfeiture*, consentendo alle corti di sottrarre i profitti che erano stati convertiti in altri beni patrimoniali; una legislazione che attribuisce così ampi poteri di confisca persegue anche lo scopo di punire il reo. Gli scopi preventivi e riparativi possono coesistere con quello punitivo e possono essere considerati come elementi di una vera e propria pena. In diverse sentenze dei tribunali inglesi si considera tale sanzione come una pena, anche se questo criterio non è considerato decisivo, così come la gravità della sanzione. Aspetti decisivi sono: le presunzioni che tutti i beni acquistati nei sei anni precedenti il procedimento rappresentano il provento del traffico di droga a meno che il reo provi il contrario; il fatto che il provvedimento di confisca sia diretto contro i profitti coinvolti nel traffico di stupefacenti e non è limitato all'attuale arricchimento o profitto; la discrezionalità del giudice di prendere in considerazione il grado di colpevolezza dell'accusato nel fissare l'ammontare da confiscare; e la possibilità di applicare una pena detentiva in caso di insolvenza del condannato. Sono tutti elementi che forniscono un'indicazione forte di un regime punitivo⁷¹.

Nel caso *Phillips c. Royaume-Uni* e in maniera corrispondente nel caso *Grayson & Barnham*, invece, la Corte europea articola il suo ragionamento in maniera più complessa, perché da una parte si riconosce che il *confiscation* previsto dal *Drug Trafficking Act 1994* rappresenta una “penalty” ai fini della Convenzione in relazione al riconoscimento del diritto di proprietà, rappresentando un'ingerenza ai sensi del

⁶⁹ Corte e.d.u., *Raimondo*, cit., § 30; Id., 15 gennaio 2015, *Veits v. Estonia*, n. 12951/11, § 71; Id., 10 aprile 2012, *Silickienė v. Lithuania*, n. 20496/02, § 65.

⁷⁰ Corte e.d.u., *Welch v. United Kingdom*, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1995, Série A, vol. 307, 1 ss., § 27 ss. – 34 (in *Leg. pen.*, 1995, p. 522).

⁷¹ Corte e.d.u., *Welch*, cit., § 29 ss.

secondo comma di tale diritto⁷². Dall'altra si nega, però, per certi profili la natura penale del procedimento volto alla sua applicazione in quanto la Corte ritiene che esso non comporti l'imputazione di un reato ai sensi dell'art. 6, § 2, C.e.d.u., o meglio una "nuova imputazione" (*new charge*) oltre a quella oggetto della condanna presupposta per l'applicazione della confisca in esame. In base al criterio della classificazione del procedimento da parte della legislazione nazionale, si osserva che il procedimento di confisca non comporta una nuova accusa in materia penale a carico dell'imputato, non lo incolpa di una qualche violazione supplementare, ma fa parte del procedimento volto a stabilire la sanzione (*sentencing process*) che consegue la condanna⁷³; in relazione agli ulteriori criteri della natura del procedimento e del tipo e della severità della pena si osserva che anche se è vero che le presunzioni previste dalla legislazione in esame comportano che la corte nazionale presumi che l'imputato sia stato coinvolto in altri crimini, oltre quello oggetto della condanna – con inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato e pena detentiva sostitutiva in caso di inadempimento⁷⁴ –, lo scopo del procedimento non è rappresentato dalla condanna o dall'assoluzione dell'imputato per altri crimini, ma è volto a consentire alla corte di fissare l'ammontare da confiscare, in maniera analoga ad un procedimento volto a stabilire la misura della pena detentiva. Anche se si presume che egli ha beneficiato del traffico di stupefacenti nel passato, ciò non si riflette sul suo "*criminal record*"⁷⁵. La Corte allora nega l'applicabilità delle garanzie dell'art. 6 § 2 C.e.d.u. non solo perché non comporta «*any new "charge" within the meaning of Article 6 § 2*», ma perché anche considerando che le garanzie dell'art. 6 § 2 governano i procedimenti penali interamente e non solamente nell'esame del merito dell'accusa⁷⁶, la presunzione d'innocenza vale solo in connessione con «*the particular offence "charged"*» e non vale in relazione all'imputazione di elementi come il carattere e la condotta nell'ambito e ai fini della determinazione della sanzione, tranne che sia di tale natura e grado da comportare una nuova accusa ai sensi dell'autonomo concetto di materia penale della Convenzione⁷⁷.

In tale direzione nel caso *Butler c. Royaume-Uni* la Corte europea nega la riconducibilità alla nozione di materia penale del *civil recovery* inglese (sequestro e confisca del *drug trafficking cash* contemplate dalla Parte II del DTA 1994) – una forma di confisca senza condanna –, ribadendo che si tratta di una regolamentazione dell'uso della proprietà rispondente all'interesse generale, in questo caso rappresentato dalla

⁷² Corte e.d.u., *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n° 41087/98, §§ 36; Id., *Grayson & Barnham v. The United Kingdom*, n. 19955/05 e 15085/06, § 37 ss.

⁷³ Conforme Corte e.d.u., *Piper v. the United Kingdom*, 21 luglio 2015, n. 44547/10, § 51.

⁷⁴ Cfr. Divisional Court, 8 ottobre 2003, *R. (on the application of Lloyd) v Bow Street Magistrates' Court*, EWHC 2003, Admin 2294, p. 136.

⁷⁵ Corte e.d.u., *Phillips*, cit., §§ 36, 32-34; Id., *Grayson & Barnham*, cit., § 37 ss. Cfr. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights – Commentary*, München, 2014, p. 166.

⁷⁶ Corte e.d.u., *Phillips*, cit., § 35; Id., *Minelli v. Switzerland*, 25 marzo 1983, Series A n. 62, 15-16, § 30; Id., *Sekanina v. Austria*, 25 agosto 1993, Series A n. 266-A; Id., *Alletet de Ribemont v. France*, 10 febbraio 1995, Series A n. 308.

⁷⁷ Corte e.d.u., *Phillips*, cit., §§ 36, 32-34; Id., *Grayson & Barnham*, cit., § 37 ss.

lotta contro il traffico di stupefacenti⁷⁸; e anche in tale ambito si riconosce che l'uso delle presunzioni è giustificato in materia penale, tanto più in materia civile ⁷⁹.

In termini simili viene poi deciso il caso *Van Offeren – the Netherlands*, in relazione a una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36 del Codice penale olandese⁸⁰, precisando anche in questo caso che la procedura volta all'applicazione della confisca attiene solo alla misura della sanzione e non riguarda la colpevolezza, giudicata nel processo principale; non si tratta di materia penale ex art. 6 della Convenzione alla luce dei criteri elaborati dalla Corte europea. La Corte ritiene che la confisca viene applicata in un procedimento separato (al fine di evitare di prolungare la durata del processo), che è direttamente connesso al procedimento principale, in quanto solo in seguito ad una condanna si attiva la procedura volta alla pronuncia del provvedimento di confisca; in tali circostanze si ribadisce che *“the confiscation order procedure”* può essere considerato come una parte del *“sentencing process”* in base alla legislazione nazionale. Ne consegue che, ai sensi del criterio della qualificazione del procedimento in virtù della disciplina nazionale, non si tratta di materia penale. In relazione al secondo e al terzo criterio, la natura del procedimento e il tipo e la severità della pena, la Corte nota che, in un procedimento volto all'applicazione della confisca, l'accusa deve stabilire *“a prima facie case”* che l'accusato ha tratto profitti dal crimine oggetto della condanna e da altri crimini di natura simile; spetta alla persona condannata confutare l'ipotesi dell'accusa dimostrando, in base allo standard civilistico, che i profitti in questione non sono stati ottenuti dai crimini per cui è stato condannato o da altri crimini della stessa natura. *Lo scopo del procedimento non è quello di pronunciare una condanna o l'assoluzione per altri reati, ma determinare l'ammontare dei profitti ottenuti dal condannato da o attraverso il traffico di droga o crimini connessi.* In tal guisa la Corte ritiene che lo scopo del procedimento è simile a quello volto alla determinazione della misura della pena pecuniaria o della durata della pena detentiva, e non comporta una nuova *“accusa”* ai sensi dell'art. 6 § 2 della Convenzione europea.

I procedimenti presi in considerazione dalla Corte Europea rientrano, invece, perfettamente nell'ampia definizione di *“procedimento in materia penale”* del Regolamento in esame, trattandosi sempre di *procedimenti connessi a un reato*; rimane il problema delle *garanzie* che devono presiedere tali procedimenti per rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento, come si esaminerà nel prosieguo. A parte le perplessità, esaminate in altra sede, sulla coerenza della giurisprudenza della Corte Edu in materia, che continua a negare le garanzie della materia penale a forme particolarmente invasive di confisca connesse a reati⁸¹.

⁷⁸ Corte e.d.u., 27 giugno 2002, *Butler c. Regno Unito (dec.)*, n. 41661/98, 8. Si tratta, ad avviso della Corte, di una disciplina proporzionata allo scopo da perseguire e garante dei diritti fondamentali (il controllo del Magistrates' Court e in appello del Crown Court sono sufficienti; i diritti della difesa sono garantiti).

⁷⁹ Corte e.d.u., *Butler*, cit., § 8.

⁸⁰ Corte e.d.u., 5 luglio 2005, *Van Offeren c. the Netherlands*, n. 19581/04.

⁸¹ A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella c.e.d.u. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. MONTAGNA, cit., p. 16 ss.; ID., *Una parola definitiva sulla natura della*

5.2. Forme di confisca oggetto del mutuo riconoscimento.

Nell'ambito di applicazione di questo regolamento rientra sicuramente la confisca diretta *ex art. 240 c.p.* o altre forme di confisca obbligatoria assunte nell'ambito di un processo penale, e anche laddove il provvedimento di confisca sia adottato in caso di prescrizione in seguito a condanna in primo grado, come recentemente ammesso dalla sentenza a S.U. Lucci⁸².

Vi dovrebbe rientrare la confisca allargata *ex art. 240 bis c.p.* (ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92) che rappresenta nell'ordinamento italiano la forma di confisca conforme all'art. 5 della Direttiva 42/2014, anche se come riconosce la Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2018 si fonda su un "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" (corsivo aggiunto)⁸³. 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 (*decomiso ampliado* ai sensi dell'artt. 127 bis, 127 quinquies e 127 *sexies* CP; si pretende la "crassa sproporzione" nel § 437 Absatz 1 Satz 2 StPO – *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16*, 01.07.2017).

La confisca *ex art. 240 bis c.p.* dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento anche laddove venga applicata nel procedimento di esecuzione come previsto prima in via giurisprudenziale (art. 676 c.p.p.⁸⁴, prassi riconosciuta dalle Sezioni Unite con la sentenza Deourach⁸⁵ e da ultimo dalla Corte Costituzionale con la

confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, p. 963 ss.

⁸² Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci.

⁸³ Cfr. A.M. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE*, cit., 319. Anche la decisione quadro 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.

⁸⁴ Cfr. Cass., 26 novembre 1997, Cavallari ed altri, in Mass. Uff. n. 209042, in *Cass. pen.* 1998, 3247. Cfr. Cass., sez. V, 23 giugno 2015, Cannone, n. 26481, in Mass. Uff. n. 264004, che considera, invece, "abnorme, infatti, il provvedimento con cui il Tribunale – dopo la pronuncia della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti – disponga – con provvedimento fuori udienza la confisca di beni patrimoniali del condannato (Sez. 4^a, n. 34152 del 13/06/2012 – dep. 06/09/2012, Fusha, Mass. Uff. n. 253518). 2. Si veda anche Sez. 6^a, n. 49071 del 06/11/2013, Santamaria, Mass. Uff. n. 258359 (conf. Sez. 2^a, Sentenza n. 21420 del 20/04/2011, Mass. Uff. n. 250264); Sez. 6^a, Sentenza n. 10623 del 19/02/2014, Mass. Uff. n. 261886".

⁸⁵ Cass., sez. un., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, in Mass. Uff. n. 219221; conforme Cass., sez. I, 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

sentenza n. 33/2018⁸⁶) e oggi dal comma 1 dell'art. 183-*quater* del decr. Leg. 271/1989 ("Esecuzione della confisca in casi particolari")⁸⁷ introdotto dal d.lgs. n. 21/2018, perché in ogni caso si tratta di un "procedimento in materia penale" in base al significato autonomo adottato dall'Unione Europea e cioè, come specificato nel considerando n. 13, nella nozione di "procedimenti connessi ad un reato". Ciò nonostante le perplessità circa la conformità di tale ibrido procedimento alle garanzie della materia penale laddove i poteri del giudice dell'esecuzione sono poteri residuali e si consente di pronunciare la confisca *inaudita altera parte* (il giudice può decidere *de plano* sulla base della richiesta e degli elementi proposti dal p.m. o d'ufficio⁸⁸; l'udienza camerale potrà avvenire solo in seguito ad opposizione) e contro le decisioni del giudice dell'esecuzione non è possibile l'appello, ma solo il ricorso per cassazione⁸⁹ (prassi considerata costituzionale dal giudice delle leggi nella sentenza n. 106/2015).

Si porrebbe il problema per l'ordinamento italiano di stabilire se vi rientra la confisca di prevenzione; la modifica apportata alla Proposta di Regolamento in base all'accordo dell'8 dicembre 2017, in modo da ricomprendere tutti i "procedimenti in materia penale", sembrerebbe allargare l'ambito di applicazione del Regolamento, al fine di comprendere anche questa tipologia di confisca – oggetto di una recente riforma ad opera della legge n. 161/2017 – in quanto essa viene applicata con un procedimento che rientra sicuramente nei "procedimenti connessi ad un reato" (considerando n. 13), presupponendo una valutazione di pericolosità sociale fondata, innanzitutto, sulla sussistenza di indizi della commissione di reati nella parte cognitiva del giudizio (sia che si tratti di pericolosità qualificata sia che si tratti di pericolosità generica; nonché se la pericolosità è attuale sul giudizio prognostico di futura commissione di reati) e avente come oggetto profitti o prodotti del reato (sia quando si tratti "dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego", sia quando si tratti di beni "in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica" in quanto la sproporzione – come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 33/2018 – viene in rilievo

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

⁸⁶ Corte Cost., 8 novembre 2017 (21 febbraio 2018), n. 33.

⁸⁷ "Competente a emettere i provvedimenti di confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-bis del codice penale o da altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto.

⁸⁸ Cass., sez. VI, 4 luglio 2008, Ciancimino, n. 27343, in Mass. Uff. n. 240585; Cass., sez. V, 3 marzo 2008, Doldo, n. 9576, in Mass. Uff. n. 239117.

⁸⁹ AYMONE, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari 1998, 62-63; cfr. FOSCHINI, *La natura e il procedimento per l'applicazione della "misura" di cui all'art. 12 sexies legge n. 356/92*, in "Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale", Torino 1996, 198.

come sintomo dell'origine illecita). Si dovrebbe arrivare a tale conclusione, anche se la forma di confisca in esame è qualificata come misura di carattere amministrativo da parte delle S.U. nella sentenza Spinelli⁹⁰, dopo una ricca giurisprudenza che la considerava, essendo incompatibile la sua definitività con il carattere preventivo, "tertium genus" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 c.p., comma 2..", rinvenendosi la sua ratio nell'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale⁹¹. In ogni caso tale forma di confisca è applicata in un procedimento parificato a quello esecutivo pur se non fornito di tutte le garanzie della materia penale; il nostro legislatore lo considera *penale* laddove nell'art. 3, lett. d) del d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137 (Attuazione della decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca)⁹² fa rientrare anche la confisca ex art. 24 e 34 d.lgs. n. 159/2011 nell'ambito delle decisioni assunte in un procedimento penale: "d) decisione di confisca: un provvedimento emesso da un'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale, che consiste nel privare definitivamente di un bene un soggetto, inclusi i provvedimenti di confisca disposti ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e quelli disposti ai sensi degli articoli 24 e 34 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni". Il legislatore italiano ritiene, quindi, che il procedimento destinato all'applicazione della confisca di prevenzione rientri nella definizione di "procedimento penale".

In ogni caso la dottrina critica tale procedimento per la mancanza delle garanzie del processo penale: si applicherebbe una garanzia giurisdizionale solo "apparente" e il principio del contraddittorio – il cui rispetto è preteso dalla Corte europea anche in relazione al procedimento di prevenzione in virtù dell'art 6, c. 1⁹³ –, viene violato laddove il procedimento di prevenzione non garantisce l'assunzione della prova in contraddittorio (almeno quando essa è ripetibile) e la prova si è già formata in fase istruttoria senza contraddittorio (nel procedimento di prevenzione non è necessaria l'assunzione delle prove dichiarative in contraddittorio tra le parti, essendo sufficiente che al proposto sia consentito, mediante l'esame degli atti, la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto ed il diritto di controdedurre)⁹⁴. Il contraddittorio, del resto, è imposto dal principio della giurisdizione preteso dalla stessa Corte Costituzionale⁹⁵ e presuppone adeguate regole probatorie e di giudizio inerenti alla

⁹⁰ Cass., Sez. un., Spinelli, 26 giugno 2014, n. 4880, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.

⁹¹ Cass., SU, 3 luglio 1996, Simonelli, n. 18; Cass., 15 giugno 2005, n. 27433.

⁹² (15G00152) GU Serie Generale n.203 del 02-09-2015.

⁹³ La Corte Edu riconosce il diritto al contraddittorio pacificamente anche in materia civile, quale espressione del principio dell'equo processo ex art. 6 CEDU, Corte EDU, 22 settembre 2009, *Cimolino c. Italia*, n. 12532/05, § 43; 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, § 33; 16 febbraio 2006, *Prikyan e Angelova c. Bulgaria*, § 52; 13 ottobre 2005, *Clinique de Acacias e Altri c. Francia*, § 38; 25 ottobre 2013, *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, n. 11082/06 e 13772/05, § 707.

⁹⁴ Cass., sez. VI, 19 luglio 2017, *Maggi e altro*, n. 40552, *Mass. Uff.* n. 271055.

⁹⁵ Corte cost., sentenze n. 2, 10 e 11 del 1956, n. 45 del 1960, n. 23 del 1964.

fase strettamente processuale⁹⁶. La dottrina contesta che il procedimento di prevenzione è troppo piegato a una struttura inquisitoria⁹⁷, a partire dalla mancanza di una reale separazione tra la fase preliminare di investigazione e la fase dedicata al giudizio ed alla valutazione dei temi di prova⁹⁸. Per ulteriori considerazioni sulle recenti riforme introdotte nel procedimento di prevenzione dalla l. 161/2017 e sulle riforme necessarie per garantire il giusto processo *ex art. 6 CEDU* e in conformità alle pretese dell'art. 8 della Direttiva 42/2014, nonché al fine di incrementare la fiducia reciproca alla base della cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento, sia consentito il rinvio all'esame compiuto in altra sede⁹⁹.

Nell'ordinamento spagnolo rientra sicuramente nell'ambito di applicazione del regolamento innanzitutto, oltre alla confisca diretta, la confisca allargata definita *decomiso ampliado* (art. 127 bis CP) che si applica a ben 18 reati e non solo ai 9 eurodelitti, e comunque a tutti i reati realizzati in forma organizzata e ai delitti contro la salute pubblica (359 a 362 quinquies CP) *ex art. 362 sexies CP*, anche sulla base di una serie di presunzioni – considerate discutibili dalla dottrina¹⁰⁰ – e stabilite negli articoli 127 quinquies¹⁰¹ (disciplina che, ad avviso della dottrina, sembra fondata più sul modello previsto dall'art. 3, c. 2, della decisione quadro 212/2005 che sul modello

⁹⁶ Cfr. BARGI, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale*, in Bargi – Cisterna, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino 2011, 93; MONTAGNA, *Procedimento applicativo*, ivi, 453 ss.

⁹⁷ FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova 2002, 69; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, 263; ID., *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo*, in Cassano, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Neldiritto Editore, 2009, 20 ss.; VALENTINI, *Motivazioni della pronuncia*, Padova 2008, 72. Cfr. A. QUATTROCCHI, [Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite](#), in questa Rivista, fasc. 1/2018, 82 ss.; MAZZA, *La decisione di confisca dei beni sequestrati*, in *Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, 2013 Torino, 480.

⁹⁸ MONTAGNA, *Procedimento applicativo*, cit., 457.

⁹⁹ A.M. MAUGERI, *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 *Arch. pen.* 2018, n. 1, 362 ss.

¹⁰⁰ T. AGUADO CORREA, "Comentario s a los arts. 127 quinquies y sexies", en *Comentarios Prácticos al...*, pp. 1041 y 1042.

¹⁰¹ Sulla base delle presunzioni contenute nell'art. 127 quinquies i beni del condannato si presumono ottenuti da una attività criminale precedente i fatti oggetto di condanna, "quando siano soddisfatte cumulativamente una serie di condizioni, e cioè che non solo la condanna attenga a uno dei reati contemplati dall'art. 127 bis.1 CP, ma che il crimine sia stato commesso nel contesto di una precedente attività criminale abituale (che in virtù della stessa norma presuppone una precedente condanna per almeno tre reati o per reato continuato ricomprendente tre reati, o per due reati se compiuti nei sei anni precedenti l'inizio del processo per il reato principale; che sussistano indizi fondati che una parte rilevante dei beni del prigioniero proviene da una precedente attività criminale e tra gli indizi rilevanti si include la già menzionata sproporzione, l'occultamento della titolarità o disponibilità dei beni attraverso persone fisiche o giuridiche o enti senza personalità giuridica, il deposito dei beni in paradisi fiscali o territori di no taxation che nascondono o ostacolano la determinazione della vera proprietà dei beni; il trasferimento dei beni con operazioni volte ad ostacolarne o impedirne l'identificazione o destinazione e che non hanno una valida giustificazione legale o economica.

previsto dall'art. 5 della Direttiva¹⁰²) e *sexies*. Tale forma di confisca, innanzitutto, può colpire i beni, i proventi e gli utili di una persona condannata per i reati elencati quando si ritiene, sulla base di indizi oggettivi e fondati, che provengano da un'attività criminale, e la loro origine lecita non è provata¹⁰³.

Tale forma di confisca rientra nella definizione di confisca prevista dalla Direttiva n. 42/2014, in quanto applicata in seguito a condanna, sulla base di un più basso standard probatorio consentendo l'uso di presunzioni e considerando come criterio rilevante la sproporzione. Il Tribunale Supremo evidenzia che la confisca ha un rapporto diretto con le sanzioni e con il diritto sanzionatorio, ha un carattere personalista e viene applicata in un procedimento penale, tanto è vero che viene imposta su richiesta del pubblico ministero o delle parti del processo penale¹⁰⁴ (SSTS 30.5.97, 17.3.2003), in seguito al dibattimento in un procedimento orale, e con provvedimento che deve essere motivato¹⁰⁵.

Fermo restando che anche tale forma di confisca non viene considerata nell'ordinamento interno come una pena. Mentre la precedente giurisprudenza del Tribunale Supremo definiva "pena" una forma di confisca allargata già introdotta per il settore del narcotraffico nell'art. 374 CP dalla LO 15/2003¹⁰⁶, l'AN nella sua sentenza

¹⁰² T. AGUADO CORREA, "Comentario a los arts. 127 quinquies y sexies", en *Comentarios Prácticos al...*, pp. 1041 y 1042.

¹⁰³ In relazione agli indizi previsti nell'art. 127 bis 2 CP non si tratta di un'elencazione tassativa come emerge, del resto, dall'espressione usata ("se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios"). In virtù inoltre dell'art. 127 *sexies* si applica una presunzione molto simile a quella prevista nell'ordinamento inglese per il confiscation e cioè che tutti i beni acquisiti dalla persona condannata nei sei anni precedenti la data di apertura del procedimento penale, provengano dalla sua attività criminale (e siano stati acquistati liberi da oneri) e che tutte le spese sostenute dal detenuto durante lo stesso periodo siano state pagate con fondi derivanti dalla sua attività criminale; così come previsto nell'ordinamento inglese si prevede che le precedenti presunzioni possono non essere applicate laddove la il giudice o la corte ritiene che nelle circostanze concrete risultino erronee o sproporzionate.

Il Tribunale Supremo pretende che il provvedimento di confisca in rispetto del principio dello stato di diritto e di legalità comporti un'interpretazione restrittiva dell'oggetto della confisca e il provvedimento sia ben motivato, consentendo alla difesa di confutare le presunzioni; anche nel settore della lotta alla criminalità organizzata con finalità di terrorismo, il Tribunale Supremo pur ammettendo la necessità di strumenti più aggressivi, ammette la necessità di garantire la tutela dei terzi in buona fede

Tuttavia, e per quanto riguarda la portata della confisca, nella sezione 4 dell'art. 127 bis CP si consente al giudice o alla corte, al fine di la violazione dei principi di ne bis in idem e di proporzionalità, di tenere conto se successivamente il condannato sia condannato per fatti anteriori di natura simile già considerati in un precedente provvedimento di confisca. Sulla nozione di crimini simili si deve fare riferimento alla giurisprudenza, considerando che la Corte Edu non ha condannato per l'uso di una simile "reato o reati simili" nell'art. 36 e § 2 del codice penale dei Paesi Bassi (causa Geerings contro Paesi Bassi, sentenza del 1 marzo 2007, JUR 66034).

¹⁰⁴ SSTS, 23 maggio 2013, n. 442; 22 dicembre 2014, n. 877; 5 marzo 2014, n. 157; 2 giugno 2015, n. 338.

¹⁰⁵ La Corte Suprema richiede una dichiarazione giudiziaria preliminare in cui si evidenzia la relazione dei prodotti, degli strumenti o dei profitti con il reato su cui si fonda la condanna (STSS 912/2006 del 29 settembre, 77/2007 del 7 febbraio, anche se non è necessario esprimere una motivazione, e ciò può essere parzialmente compensato dalle dichiarazioni contenute nei fatti accertati e dalla valutazione delle prove, sentenza n. 154/2008 dell'8 aprile).

¹⁰⁶ Tribunale Supremo, 18-6-2009 (RJ 2009/328275) o la 552/2008 del 26 settembre (RJ 4395).

6/2015 del 6 febbraio 2015 (RJ 131887) non la definisce pena accessoria. Nel preambolo della LO 1/2015 viene considerata come “un istituto attraverso il quale si pone fine alla situazione patrimoniale illegale a cui ha dato luogo l’attività criminale” (Preambolo, sezione VIII); quindi si ritiene che abbia natura più “civile che patrimoniale”, “prossima all’istituto dell’ingiustificato arricchimento (“próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto”) e si richiama a conferma di tale interpretazione la normativa dell’Unione Europea che consente di applicare una simile forma di confisca sulla base di indizi, specialmente la sproporzione tra redditi leciti e il patrimonio disponibile, e in un procedimento non penale¹⁰⁷. Tale interpretazione non è accolta dalla dottrina che attribuisce natura penale a tale forma di confisca¹⁰⁸.

Il Tribunale Supremo, a sua volta, ha affermato che la confisca non è una conseguenza accessoria della pena applicabile nel processo penale, ma una “sanzione amministrativa suscettibile di essere imposta in casi di violazione della legislazione ... per cui nulla si oppone alla sua considerazione come misura sui generis post-delitto, che colpisce tutto il patrimonio che appartiene direttamente o indirettamente al condannato, dando la possibilità di provare l’origine legale dei beni soprattutto quando i loro titolari sono terze persone”¹⁰⁹. Il Tribunale, però, riconosce che tale sanzione amministrativa svolge una funzione di prevenzione generale e speciale fondata sulla pericolosità oggettiva del bene, nel senso che il legislatore vuole prevenire la commissione di delitti attraverso delle misure espropriative volte a neutralizzare la pericolosità connessa al bene; si tratterebbe, da una parte, di una funzione di prevenzione speciale in quanto incide su persone concrete per evitare la commissione di reati e si impone su beni concreti per evitarne l’impiego, diretto o indiretto, nell’esecuzione di futuri delitti, ma anche, dall’altra parte, di una funzione – seppur in forma secondaria – di prevenzione generale, soprattutto laddove si tratta della confisca del denaro perché si invierebbe un importante messaggio deterrente, incidendo sulla principale motivazione della delinquenza organizzata e imprenditoriale (Sentencia 338/2015 de 2 de junio).

Il Tribunale Costituzionale, inoltre, ritiene che l’imposizione del *comiso ampliado* non compromette il diritto alla presunzione d’innocenza (“La presunzione d’innocenza opera come il diritto dell’accusato a non soffrire una condanna a meno che non si raggiunga la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio”) perché non si pone in discussione l’accertamento della colpevolezza nel rispetto di tale principio: una volta provata la colpevolezza non viene più in gioco la presunzione d’innocenza; piuttosto nell’imporre la confisca si dovrà porre particolare attenzione al resto delle garanzie del processo penale e alla esigenza del diritto a una tutela giudiziaria effettiva

¹⁰⁷ “El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación”.

¹⁰⁸ T. AGUADO CORREA, *Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013*, Indret 1/2014, 29.

¹⁰⁹ Trib. Supr. 2 giugno 2015, n. 338.

(SSTC 219/2006, FJ 9 y 220/2006, FJ 8). Il Tribunale Costituzionale, inoltre, ritiene sufficiente la prova indiziaria dell'origine delittuosa dei beni da confiscare (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ 8); nella medesima direzione si è pronunciato il Tribunale Supremo con la sentenza n. 338/2015, ritenendo che non si può pretendere il medesimo canone di certezza quando si tratta di verificare il rispetto della presunzione d'innocenza e quando si tratta di determinare il presupposto fattuale che consente l'applicazione della confisca¹¹⁰.

Rientrerà, inoltre, nell'ambito di applicazione del Regolamento la confisca senza condanna (art. 127 ter, Ley organica 1/2015)¹¹¹ che, come accennato, è stata introdotta in forma ben più ampia rispetto al modello previsto nella Direttiva n. 42/2014 (che, infatti, prevede solo i poteri di confisca "minimi", consentendo agli Stati membri di adottarne più ampi) e cioè nel caso di morte del reo o di estinzione del reato o di mancanza di responsabilità dell'autore. L'applicazione di tale forma di confisca presuppone l'accertamento di una situazione patrimoniale illegale da parte del tribunale penale in un procedimento in contraddittorio; procedimento contro chi è stato formalmente accusato o contro l'imputato (nozione che ricomprende anche il sottoposto ad indagine, "acusado o contra el imputado"¹¹²) in relazione al quale sussistono indizi ragionevoli di attività criminale, quando le situazioni elencate avrebbero impedito la continuazione del procedimento penale¹¹³.

¹¹⁰ "Ahora bien, ha de tenerse presente que no es exigible el mismo canon de certeza, ... Mientras que en el caso del decomiso, respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada (SSTs 877/2014, de 22 de diciembre; 969/2013, de 18 de diciembre (RJ 2014, 1238) ; 600/2012, de 12 de julio)

¹¹¹ Tale disciplina è stata introdotta dalla Legge Organica 1/2015, del 30 marzo, che ha modificato la LO 10/1995 e ha riformato il codice penale; la Legge 41/2015, del 5 ottobre, ha modificato la legge di procedura penale per accelerare la giustizia penale e rafforzare il processo e, infine, attraverso il regio decreto 948/2015 del 23 ottobre è stato disciplinato l'Ufficio di recupero e gestione beni confiscati (Asset Management). Con tali riforme si vuole "dare all'indagine finanziaria e alla confisca il risalto che meritano nella lotta contro l'aspetto economico del crimine grave, realizzato da organizzazioni e gruppi criminali, garantendo così il loro *strangolamento finanziario*" (Preambolo II).

¹¹² En relación con el término "imputado", debe tenerse presente que a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se ha sustituido el término imputado en la LECr por "investigado o encausado" según la fase procesal (Vid. Preámbulo apartado V y Artículo único, apartado vigésimo). El término "investigado" "servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; en tanto que con el término "encausado" se "designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto" (Preámbulo, apartado V).

¹¹³ "2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal".

Non solo, ma si può applicare senza condanna anche la confisca allargata (tranne nell'ipotesi prevista dall'art. 127 *quinquies* CP, *decomiso ampliado en caso de actividad delictiva previa continuada*¹¹⁴), diversamente da quanto previsto nella Direttiva che ha concepito la confisca senza condanna come ipotesi residuale e avente carattere sussidiario rispetto alla confisca diretta, come emerge dall'art. 4, c. 2 e dal considerando n. 15. Fermo restando che una parte della dottrina nega l'applicazione del *decomiso ampliando* senza condanna, perché non si potrebbero realizzare i presupposti di tale forma di confisca ex art. 127 bis CP, a partire dalla condanna per uno dei delitti elencati; ne consegue che la confisca senza condanna si applicherebbe solo ai proventi che derivano direttamente e in maniera accertata dal delitto¹¹⁵. Si ritiene, inoltre, che tale forma di confisca non si possa applicare in caso di assoluzione per i reati presupposti (TS 17/12/14, EDJ 2014/255414)¹¹⁶.

Nell'ordinamento spagnolo, sempre in attuazione della Direttiva n. 42/2014, per garantire l'efficace applicazione della confisca il legislatore è intervenuto con la L 41/2015 anche in materia procedurale disciplinando l'intervento nel processo penale dei terzi i cui diritti siano compromessi da un provvedimento di confisca e, soprattutto, un nuovo procedimento di confisca autonoma, che consentirà di applicare la confisca senza condanna (arts. 803 ter e) a 803 ter u) LECr). A tal fine è stato introdotto il nuovo Título III ter del Libro IV della LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales – «B.O.E.» 6 octubre), con la rubrica “De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”. Il procedimento autonomo in virtù dell'art. 803 ter e) 2 LECr, potrà essere svolto quando il pubblico ministero si limita nell'accusa solo a richiedere la confisca, riservandone espressamente l'applicazione a tale procedimento autonomo e, quindi, solo in seguito alla condanna definitiva; tale procedimento potrà iniziare su iniziativa del pubblico ministero, inoltre, quando, pur sussistendo un fatto punibile, l'autore del reato sia deceduto o non sia perseguibile perché contumace o non imputabile.

Anche tale procedimento autonomo si presenta come una sorta di ibrido laddove, da una parte, nell'articolo 803 ter g (Procedimiento) si prevede che saranno applicabili le norme che disciplinano il giudizio verbale regolato dal titolo III del Libro II della “Ley de Enjuiciamiento Civil”, che non si pongano in contraddizione con le regole stabilite in questo capitolo. Dall'altra parte, con l'art. 803 ter h (Exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción) si pone in capo al pubblico ministero l'esclusiva competenza all'esercizio dell'azione in materia, nonché in virtù dell'art. 803 ter f ss. si stabilisce la competenza in capo al giudice o tribunale che ha pronunciato la sentenza di condanna, o che ha iniziato la causa sospesa o che, comunque, sarebbe stato competente qualora il processo non sia stato possibile per le circostanze sopra esaminate, contemplate dall'art. 803. In conclusione, si fa riferimento a un giudice

¹¹⁴ Perché l'art. 127 ter richiama le forme di confisca previste negli articoli precedenti e non negli articoli successivi, così T. AGUADO, *Decomiso*, cit.

¹¹⁵ S. BACIGALUPO, *Consecuencias accesorias del delito*, inedito.

¹¹⁶ *Idem*.

penale. In virtù, ancora, dell'art. 803 ter r (Recursos y revisión de la sentencia firme) saranno applicabili al procedimento di *decomiso autónomo* le norme procedurali del ricorso applicabili al processo penale abbreviato, e quindi ritorniamo ad una disciplina procedurale penalistica; per la destinazione dei beni in virtù dell'art. 803 ter p si applica la disciplina della legge e del codice penale. Il procedimento si svolge nei confronti di coloro che sono coinvolti per la loro relazione con i beni da confiscare (con citazione anche nei confronti dei terzi aventi causa, art. 803 ter j Legitimación pasiva y citación a juicio). L'art. 803 ter m (Escrito de contestación a la demanda de decomiso) stabilisce sostanzialmente che il contraddittorio si attiva solo in seguito alla contestazione delle parti interessate alla richiesta di confisca, presentata dal pubblico ministero e loro comunicata, altrimenti in mancanza di contestazione il giudice competente può pronunciare il provvedimento di confisca definitivo. Nell'articolo 803 ter p (Efectos de la sentencia de decomiso) si precisa che il contenuto dell'esito della procedura di confisca autonoma non sarà considerato vincolante nell'eventuale successivo procedimento giudiziario a carico del convenuto, né l'eventuale provvedimento di confisca autonoma sarà sottoposto ad azione giudiziaria nell'eventuale successivo procedimento penale contro il convenuto.

In relazione all'ordinamento tedesco dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento in quanto applicata nel processo penale, innanzitutto, la confisca (Einziehung, § 73), in particolare nella forma allargata, denominata (in seguito alla riforma del 2017 – Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16, in attuazione della direttiva 42/2014/UE) “Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern”, § 73a) e non più Erweiterter Verfall, § 73d¹¹⁷), anche se considerata dalla Corte Costituzionale tedesca misura – *Maßnahme* (ex §§ 11, 1, n. 8, and 61 StGB) e non pena (*Strafe*)¹¹⁸. Dovrebbe rientrarvi anche la confisca – sia essa diretta, di valore o allargata –, pronunciata in un autonomo procedimento ai sensi del § 76 a, I Selbständige Anordnung¹¹⁹ (“si deve o si può ordinare autonomamente l'acquisizione pubblica o la confisca dell'oggetto o del valore equivalente o l'inutilizzabilità”) quando si verificano i presupposti per l'applicazione di tali sanzioni, e cioè innanzitutto la commissione di un reato, ma per ragioni di fatto nessuna persona può essere perseguita o condannata per il reato (fuga, irrintracciabile o non si riesce a determinare l'identità del responsabile) o, in seguito alla riforma citata, anche per ragioni di diritto (prescrizione; ne bis in idem, mancanza di imputabilità, reintroduzione degli articoli § 422 ss. StPO – Abtrennung der

¹¹⁷ Da ultimo interessante BGH, 15.03.2016 – 1 StR 662/15, in <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/15/1-662-15.php>.

¹¹⁸ BVerfG, 14. 1. 2004 – 2 BvR 564/95, § 58 ss., cfr. § 70 – 72. Cfr. Sul dibattito in materia R.ESSER, *A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights*, in RUI-SIEBER, *Non Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin 2015, p. 69.

¹¹⁹ § 76a I StGB, § 440 StPO Selbständiges Einziehungsverfahren, § 441 StPO Verfahren bei Einziehung im Nachverfahren oder selbständigen Einziehungsverfahren. Traduzione tratta da DE SIMONE, FOFFANI, FORNASARI, SFORZI, *Il codice penale tedesco*, Padova 1994, 109. Cfr. FISCHER, SCHWARZ, DREHER, TRONDLE, § 76, *Selbständige Anordnung*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ult. ed., 715. Il n. I e II. Cfr. A. ESER, § 76a, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Schönke-Schröder, op. cit., 25 ed., 905, § 2.

Einziehung, 436 StPO-E)¹²⁰ e la legge non dispone altrimenti¹²¹. In questo procedimento, come esaminato in altra sede, il giudice penale deve accertare tutti i fatti e gli elementi probatori che sono significativi per la decisione finale¹²²; il procedimento rimane penale con il relativo standard della prova. Tale forma di confisca autonoma, quindi, anche laddove allargata non viene applicata in base al mero sospetto (“bloße Verdacht”) dell’origine illecita del patrimonio da confiscare, ma si richiede il convincimento del giudice senza limitazioni (“uneingeschränkte richterliche Überzeugung”) e cioè il positivo convincimento dell’origine illecita dei beni, nel rispetto della regola “*in dubio pro reo*” – non considerando sufficiente un alto grado di verosimiglianza (“*ganz hohe Wahrscheinlichkeit*”) –¹²³, come preteso dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte tedesca in relazione al precedente *Erweiterter Verfall*¹²⁴. Si ritiene possibile applicare tale forma di confisca in mancanza di una condanna proprio perché si ritiene che si tratti della penale sottrazione di profitti volta alla rimozione di una illecita allocazione di beni e a ristabilire l’ordine legale, con funzione preventiva¹²⁵.

Trattandosi pur sempre di una forma di confisca applicata in un procedimento in materia penale (connesso a un reato), sicuramente il Regolamento coprirà anche l’ipotesi di confisca introdotta con la riforma per il settore del terrorismo e del crimine organizzato (reati come il riciclaggio, pornografia minorile, il traffico di essere umani, droga, armi, etc.), e cioè una forma di confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale, *indipendentemente dalla prova di un reato specifico*, § 76a, c. 4, considerata dalla stessa dottrina tedesca una sorta di *actio in rem* (“*Verfahren gegen die Sache*”)¹²⁶, esaminato in altra sede. La corte può procedere alla confisca dei beni della cui origine illecita sia convinta nell’ipotesi in cui i beni sono sequestrati in un processo nei confronti di soggetti indiziati dei reati elencati, ma il soggetto sottoposto a tale provvedimento non può essere perseguito o condannato. Tale procedimento è sicuramente in materia penale in quanto non solo attiene a proventi di reato, ma si svolge dinanzi al giudice procedente ovvero, in caso di mancato esercizio dell’azione penale, il giudice (penale) che sarebbe stato competente ove l’azione fosse stata esercitata (§§ 435 e segg. StPO), e, soprattutto, in virtù del § 437 StPO, il convincimento

¹²⁰ Referentenentwurf, (Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg418/16), p. 2.

¹²¹ La confisca non può essere disposta se manca la querela, l’autorizzazione o la richiesta di pena.

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

¹²³ BGH, 10 febbraio 1998 – 4 StR 4/98 (LG Bochum), in *NStZ* 1998, p. 362; BGH, 22 novembre 1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), in *NStZ* 1995, 125 e 470; O. SCHMIDT, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus* 1995, p. 463; conforme Urt. V. 17 giugno 1997 – StR 187/97; cfr. J. BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg, 1996, p. 26.

¹²⁴ BVerfG, 14. 1. 2004; BGH, 22. November 1994 – 4 StR 516/94 – BGHSt – 62-4, 371-374, Rn. 8; BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 – BVerfGE 110, 1-33, Rn. 86; BGH, *NStZ* RR2013, 207; BGH, *Wistra* 2014, 192 – 193; BGH, 23 maggio 2012 – 4 StR 76/12 (Lexetius.com/2012,2366) in cui si afferma il carattere sussidiario della confisca allargata rispetto alla confisca diretta; conforme BGH 1 StR 662/15 – 15 marzo 2016 (LG Hof) [=HRRS 2016 Nr. 583].

¹²⁵ R. ESSER, *op. cit.*, 79.

¹²⁶ Reg-E, S. 108.

del giudice circa l'origine illecita dei beni da confiscare¹²⁷ comporta il rispetto del principio della libera valutazione delle prove (§ 437 comma 2 StPO-E) e, quindi, si dovrebbe pretendere uno standard della prova penalistico¹²⁸; si tratta di una forma di confisca senza condanna, destinata nella volontà del legislatore a rimuovere le situazioni economiche penalmente illecite al fine di impedire l'utilizzazione dei proventi del reato e il loro reinvestimento in attività criminali, non considerata pena ma misura giurisdizionale di sottrazione dei proventi illeciti, e quindi non sottoposta al principio di colpevolezza¹²⁹. Nonostante la pretesa, per lo meno in giurisprudenza, di uno standard penalistico della prova dell'origine illecita, anche in questo caso emergono le perplessità della dottrina e del *Bundesrechtsanwaltskammer* che temono una violazione del principio del libero convincimento del giudice (§ 261 StPO) comportando di fatto, in particolare in virtù del § 437 StPO, una concreta inversione dell'onere della prova, in contrasto con la presunzione di innocenza prevista dall'art. 6, c. 2 CEDU¹³⁰.

Qualche dubbio sorge circa la possibilità di ricomprendere nell'ambito di applicazione della Direttiva una forma particolare di confisca allargata prevista nell'ordinamento austriaco (§ 20b öStGB ¹³¹ *Erweiterter Verfall*), che si fonda sulla presunzione della destinazione illecita dei beni o, meglio, della disponibilità degli stessi da parte dell'organizzazione criminale – e non sulla prova dell'origine illecita –; tale forma di confisca è direttamente applicabile contro i beni dell'organizzazione criminale (§ 278a) o terroristica (§ 278b) o contro i beni destinati al finanziamento al terrorismo (§ 278d)¹³² (molto simile alla forma di confisca prevista dall'art. 72 swStGB¹³³ o alla confisca contro l'organizzazione terroristica ai sensi della sezione 13 del

¹²⁷ Convincimento che potrà basarsi su una pluralità di indicatori, come le condizioni personali ed economiche del proprietario e, in particolare, la “crassa sproporzione tra il valore del bene e i redditi legali dell'interessato” (§ 437 Absatz 1 Satz 2 StPO-E).

¹²⁸ T. BETTELS, [Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in Deutschland?](#), in questa Rivista, 16 dicembre 2016, p. 4.

¹²⁹ Così T. BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., p. 10.

¹³⁰ *Idem*.

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

¹³² Tale forma di *Verfall* colpisce tutti i valori patrimoniali che si trovano nel potere di disposizione di un'organizzazione criminale (§ 278a, c. 1 öStGB) o terroristica (§ 278b) (o che costituiscono un mezzo di finanziamento del terrorismo, § 278d), o che, pur traendo origine da un fatto punibile all'estero, si trovano in Austria, anche se il reo non sottostà alla giurisdizione austriaca, cfr. P. SCHICK, *Landesbericht Österreich*, in *Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in Granz – Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung* “Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht”, in ZStW 1998, p. 475.

¹³³ Beschluss vom 30. November 2012 Beschwerdekammer Besetzung Bundesstrafrichter Stephan Blättler, Vorsitz, Andreas J. Keller und Tito Ponti, Gerichtsschreiber Stefan Graf Parteien A., vertreten durch Rechtsanwalt Patrick Lafranchi, Beschwerdeführer gegen Bundesanwaltschaft, Beschwerdegegnerin Vorinstanz Bundesstrafgericht, Strafkammer Gegenstand Beschlagnahme (Art. 263 ff. StPO).

Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989 inglese¹³⁴). Tale forma di confisca può essere applicata in un procedimento autonomo (*in rem*), indipendentemente da una sentenza di condanna, direttamente nei confronti dell'organizzazione. In relazione alla simile forma di confisca prevista nell'ordinamento svizzero il *Bundesstrafgericht* (Tribunal pénal fédéral) ha precisato che in virtù del § 72 StGB "il giudice ordina la confisca di tutti i beni soggetti al potere di disposizione di un'organizzazione criminale, indipendentemente dalla loro origine, dall'uso precedente e dallo scopo futuro. Pertanto, è irrilevante che si tratti di beni acquisiti illecitamente o lecitamente o se siano destinati a fini legali (cfr. Tribunale federale 1S.16 / 2005 del 7 giugno 2005, E. 2.2). Un bene di una persona sospettata di coinvolgimento o assistenza in un'organizzazione criminale può essere confiscato se la persona interessata non confuta, dimostrando chiaramente che il bene non è né direttamente né indirettamente soggetto al potere di disposizione dell'organizzazione criminale"¹³⁵. Tale forma di confisca pur non rientrando nei modelli di confisca previsti dalla Direttiva n. 42/2014 (tranne a voler fare riferimento alla confisca dei beni destinati alla realizzazione del reato), può rientrare, tuttavia, nell'ambito di applicazione del Regolamento che pretende solo che si tratti di un provvedimento di confisca pronunciato in un procedimento in materia penale – come nel caso in questione riguardante beni connessi a un'organizzazione criminale o terroristica –, e soprattutto nel definire i beni che possono rientrare nell'oggetto della confisca l'art. 2 del Regolamento fa riferimento – oltre che ai proventi o agli strumenti del reato, o ai beni passibili "di confisca mediante l'applicazione nello Stato di emissione di uno dei poteri di confisca previsti nella Direttiva 2014/42" –, anche ai beni passibili "di confisca ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri di confisca, compresa la confisca in assenza di una condanna definitiva, previste dal diritto dello Stato di emissione in seguito a un procedimento per un reato".

Rientra, invece, sicuramente nel modello previsto dall'art. 5 della Direttiva, la confisca allargata prevista nell'ordinamento austriaco¹³⁶ (§ 20b, c. 2, *öStGB*), laddove presuppone la condanna per i più gravi reati (o per riciclaggio, associazione a delinquere o delitti con finalità di terrorismo), la connessione temporale tra la consumazione dei reati e l'acquisto dei beni, e l'accertamento affievolito dell'origine illecita in conformità alle prescrizioni dell'art. 5 della Direttiva ("se è ragionevole presumere che derivino da un atto illecito e la loro origine legittima non può essere giustificata").

¹³⁴ Nel 2000 è stato riformato nel *Terrorism Act 2000*, e successivamente è stato emanato il *Prevention of Terrorism Act 2005* e il *Terrorism Act 2006* (oltre al *Terrorism (Northern Ireland) Act 2006*).

¹³⁵ Cfr. TPF BB.2006.11 del 10 maggio 2006, E. 5.1, TPF BB.2006.5, 28. Giugno 2006 E. 4.1, BK_B 077/04 del 25 agosto 2004 E. 4, Sentenza del Tribunale federale 1S.16 / 2005 del 7 giugno 2005 E. 2.2; Bundesstrafgericht, 19 gennaio 2007, I. Beschwerdekammer, A. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft Zweigstelle Zürich - Eidgenössisches Untersuchungsrichteramt.

¹³⁶ FORRENGER, § 20 StGB, *Abschöpfung der Bereicherung*, in *StGB und ausgewählte Nebengesetze. Manz'sche Kurzkommentar*, 7 ed., p. 102; E. FABRIZY, § 20b StGB, in *StGB Strafgesetzbuch: und ausgewählte Nebengesetze (Manz Kurzkommentare) Gebundenes Buch* – 10.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 542, nota 14.

In linea con le indicazioni emergenti dalla Direttiva la *confiscation générale* dell'ordinamento francese, concepita come pena contro il patrimonio, si rivolge contro gravi reati connessi al crimine organizzato (come le più gravi fattispecie di traffico di droga art. 222-49, § 2 code pénal¹³⁷ e di riciclaggio¹³⁸) e in particolare colpisce l'“*association de malfaiteurs*”¹³⁹, presuppone una condanna, ma consente la confisca di tutto o parte del patrimonio senza i limiti previsti dalla Direttiva, non richiedendo alcuna prova dell'origine illecita¹⁴⁰, né tanto meno della sproporzione o della correlazione temporale¹⁴¹. Tale modello di confisca, del resto, anche se potenzialmente efficace, sembra difficilmente compatibile con i principi di tassatività della pena, non essendo predeterminati i parametri di commisurazione della stessa – l'unico limite è rappresentato dall'entità del patrimonio da confiscare –, e con il principio di colpevolezza inteso come parametro di commisurazione della stessa pena. La pena patrimoniale, *Vermögensstrafe* dell'ordinamento tedesco, è stata infatti dichiarata incostituzionale dalla sentenza del BVerfGE 105, 135 per violazione del principio di tassatività (art. 103, c. 2 GG)¹⁴². Tuttavia anche tale forma di confisca generale dei beni può rientrare nell'ampio ambito di applicazione del Regolamento rientrando in una

¹³⁷ Article 222-49 Version en vigueur au 31 janvier 2012, depuis le 11 juillet 2010. Per la disamina di tali sanzioni cfr. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., pp. 167 ss., 194 ss., 247 ss.; ID., *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in (a cura di) ID., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, pp. 38 ss. e dottrina ivi citata.

¹³⁸ La pena complementare della confisca di tutti o parte dei beni, di qualunque natura, mobili o immobili, divisibili o indivisibili è prevista dall'art. 222-49 per il traffico di stupefacenti; dall'art. 222-49 c. 2 per il reato di riciclaggio (di fondi provenienti dal traffico di stupefacenti) (art. 222-38), dall'art. 324-7, n. 12 C.P. (L. n° 20001-420 del 15 maggio 2001, modificata dalla LOI n°2012-409 du 27 mars 2012 – art. 13 (V)) per il riciclaggio previsto dall'art. 324-1, sia per le persone fisiche sia per le persone giuridiche; dall'art. 213-1, c. 4, per le persone fisiche e dall'art. 213-3, c. 2, per le persone giuridiche per il reato di genocidio e crimini contro l'umanità; dall'art. 462-6 per i crimini di guerra; dall'art. 215-1 per il crimine di eugenetica; dall'art. 225-25 (Modifié par LOI n°2012-409 du 27 mars 2012 – art. 13 (V)) per la tratta di esseri umani e sfruttamento della prostituzione (« proxénétisme et des infractions qui en résultent »); dall'art. 422-6 code pénal per il terrorismo e finanziamento del terrorismo (articolo 422-6 CC); dagli art. articoli 442-16 CC per contraffazione di denaro; dall'art. 227-33 CC per il reato di corruzione di minori e pornografia infantile; dall'art. 321-6 CP per possesso ingiustificato di valori).

¹³⁹ L. n° 2001-420, 15 May 2001 – Art. 450-5 CP.

¹⁴⁰ In Francia si è preferito, in prima battuta, adottare tale soluzione con la *confiscation général*, invece di introdurre l'inversione dell'onere della prova, circa l'origine dei beni, a carico dell'imputato, proprio per evitare che quest'ultimo riuscisse, in ogni caso, a sottrarsi alla confisca adempiendo fraudolentemente al proprio onere.

¹⁴¹ A.M. MAUGERI, *op. cit.*, 194.

¹⁴² Cfr. BGH, 15 novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), in *NStZ* 2003, 198; A. DESSECKER, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, pp. 350-351; V. KREY – A. DIERLAMM, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR* 1992, p. 357; E. DREHER – H. TRÖNDLE, § 43a, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 1995, p. 492; T.PARK, *Vermögensstrafe und "modernes" Strafrecht. Eine verfassungsrechtliche, strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Untersuchung zur § 43 a StGB*, Berlin 1997, p. 64. Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, 170 ss., pp. 664-725; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, pp. 465 ss.

forma di confisca pronunciata in materia penale e che colpisce dei beni passibili di confisca “ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri di confisca, previste dal diritto dello Stato di emissione in seguito a un procedimento per un reato” (art. 2, c. 2, n. 3 Regolamento); anche se si potrebbe ritenere che tale disciplina non rispetti i principi della materia penale cui fa riferimento il considerando n. 16 e n. 18 del Regolamento, a partire dal principio di proporzionalità della pena sancito dall’art. 49, c. 3, della Carta Europea dei diritti fondamentali, espressamente richiamata nell’art. 1, c. 2 laddove si richiama l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici enunciati all’art. 6 TUE (il principio di proporzionalità è, inoltre, espressamente richiamato nel considerando n. 15).

Un’altra forma di confisca allargata è prevista nell’ordinamento francese per i reati puniti con pena pari o superiore ai cinque anni capaci di produrre un profitto diretto o indiretto¹⁴³; in seguito alla condanna è possibile confiscare tutti i beni in relazione ai quali il proprietario non riesca a giustificare l’origine lecita in virtù dell’Article 131-21, c. 5, come modificato dalla Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 – art. 66 JORF 7 mars 2007¹⁴⁴. Si tratta di una forma di confisca allargata che rientra in parte nella definizione di cui all’art. 5 della Direttiva n. 42/2014, essendo applicata in seguito a condanna e sulla base di una vera e propria inversione dell’onere della prova a carico del condannato (possiamo ricordare, del resto, che in Francia è prevista non solo la confisca dei beni di valore ingiustificato, ma addirittura la mancata giustificazione dell’origine dei beni posseduti viene autonomamente incriminata con il delitto di “non-justification de ressources ou de l’origine d’un bien”¹⁴⁵ da parte della legge n. 2006-64)¹⁴⁶.

¹⁴³ S’il s’agit d’un crime ou d’un délit puni d’au moins cinq ans d’emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu’en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné lorsque celui-ci, mis en mesure de s’expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n’a pu en justifier l’origine

¹⁴⁴ Ph. CONTE, «La loi sur la prévention de la délinquance – loi n°2007-297 du 5 mars 2007 – «Présentation des dispositions de droit pénal», in Dr. pén. N°5, mai 2007, étude 7; J.F. THONY – É. CAMOUS, *Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels: les nouveaux outils de la loi française*, in *Revue internationale de droit pénal* 2013/1-2 (Vol. 84), pp. 205 ss.

¹⁴⁵ Pena di tre anni di reclusione e 75.000 euro di multa (Articolo 321-6), che diventano 5 anni e 150.000 quando il reato è commesso tramite un minore rispetto al quale l’imputato non può giustificare le basi della sua autorità (Article 321-6-1), e 7 e 200.000 di multa, quando i reati in questione sono traffico di esseri umani, estorsione o associazione a delinquere, o traffico di stupefacenti, anche nei casi di normali relazioni con uno o più persone che fanno uso di sostanze stupefacenti. Essi sono aumentati a dieci anni di reclusione e una multa di 300.000 euro nel caso in un reato di cui al comma precedente, è commesso da uno o più minori.

¹⁴⁶ Cfr. sull’incriminazione del possesso ingiustificato di valori A.M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, pp. 1214.

6. Le garanzie della materia penale (rinvio).

Il Regolamento non solo ribadisce che devono essere rispettati “i diritti fondamentali e i principi giuridici enunciati all'articolo 6 del trattato sull'Unione europea (TUE)” (art. 1, c. 2 e considerando n. 16), nonché “i diritti fondamentali e ... i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“Carta”) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (“CEDU”)” (considerando n. 17); ma richiama anche nel considerando n. 18 l’obbligo di rispettare nei procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento “i diritti procedurali di cui alle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, (UE) 2016/343, (UE) 2016/800 e (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, ...nei limiti dell'ambito di applicazione di tali direttive, per quanto riguarda gli Stati membri vincolati da tali direttive” e comunque l’obbligo di rispettare “le garanzie previste dalla Carta” (in materia sia consentito il rinvio a quanto esaminato nell’analisi della proposta di regolamento)¹⁴⁷.

Si pretende, quindi, anche nell’ultima versione che il provvedimento di confisca sia assunto con le garanzie della materia penale. Il considerando n. 18 precisa, infatti, che “In particolare, le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta dovrebbero applicarsi ai procedimenti in materia penale ma che sono contemplati dal presente regolamento”. Il Regolamento, insomma, richiede, ai fini del reciproco riconoscimento, che il provvedimento di confisca sia assunto nel rispetto del diritto al giusto processo previsto nell’art. 6 Cedu e negli artt. 47 e 48 della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché il rispetto della *legislazione rilevante prevista a livello europeo – a partire dalla Carta – sulle garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali*. La Corte deve stabilire che si tratti di provento (o strumento) del crimine e in un procedimento in cui si applichino tutte le garanzie della materia penale previste nello Stato membro.

Non solo, ma fermo restando, che nell’*Explanatory Memorandum* della proposta di regolamento si ricorda che la Corte Edu ha ripetutamente considerato conforme all’art. 6 Cedu e al diritto di proprietà *ex art. 1 del PA Cedu*, forme di confisca senza condanna fondate su presunzioni, purché siano confutabili e “*if effective procedural safeguards are respected*”¹⁴⁸ – in linea con la direttiva 2016/343 sulla presunzione d’innocenza (che nel considerando n. 22 ammette l’uso di presunzioni) –, *per contro* la stessa direttiva 2016/242 pretende il rispetto del diritto al silenzio, quale aspetto importante della presunzione d’innocenza (considerando n. 24). E, allora, non si può fondare la prova dell’origine illecita del patrimonio sul silenzio dell’imputato o prevenuto o attribuire ad esso dignità probatoria, come invece avviene normalmente nell’applicazione di forme di confisca allargata, compresa la confisca *ex art. 240 bis c.p.* o misura di prevenzione in relazione alle quali la giurisprudenza pretende la

¹⁴⁷ Per ulteriori approfondimenti cfr. A.M. MAUGERI, *Prime osservazioni*, cit., pp. 251 ss.

¹⁴⁸ *Explanatory Memorandum*, cit., p. 10.

spiegazione esauriente di come si sia economicamente formato il patrimonio¹⁴⁹. In tal guisa l'adozione del Regolamento dovrebbe rappresentare un incentivo all'adozione di un modello di processo al patrimonio conforme alle garanzie penalistiche, a partire dallo standard della prova penalistico circa l'origine illecita dei beni, se si vorrà garantire il mutuo riconoscimento delle forme di confisca allargata previste nell'ordinamento italiano, sia essa la confisca ex art. 240 bis c.p. sia essa la confisca di prevenzione.

¹⁴⁹ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Montella, n. 920, in Mass. Uff. n. 226490; conforme Cass, 17 giugno 1994, Malasisi, n. 2761, in Mass. Uff. n. 198159, in *Cass. pen.* 1995, 907; Cass., Sez. II, 14 giugno (19 agosto) 2011, n. 32563, De Castro.