

**L'ACTIO IN REM ASSURGE A MODELLO DI "CONFISCA EUROPEA"
NEL RISPETTO DELLE GARANZIE CEDU? –
EMENDAMENTI della COMMISSIONE LIBE alla PROPOSTA DI DIRETTIVA in
materia di CONGELAMENTO E CONFISCA dei PROVENTI DEL REATO**

di Anna Maria Maugeri

SOMMARIO: Premessa. - 1. L'armonizzazione e il mutuo riconoscimento come finalità della direttiva nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo. - 2. Nozione di provento. - 3. Art. 3: la confisca dei profitti e degli strumenti del reato. - 3.1. La confisca degli strumenti: la difficile determinazione del nesso con il reato. - 3.2. segue. La confisca dei beni nella disponibilità dell'organizzazione criminale? - 4. Art. 4, la confisca allargata: il nuovo requisito della sproporzione e la FRA OPINION. - 4.1. L'abrogazione del requisito del carattere "analogo" dell'attività illecita fonte. - 4.2. I profitti provenienti dai reati prescritti diventano confiscabili? - 5. Un cambio di rotta: l'*actio in rem* come modello di confisca europea (art. 5 confisca senza condanna). - 5.1. Misura "di natura penale" cui applicare le garanzie della CEDU? - 5.2. Un rigoroso standard della prova nel rispetto dell'art. 6 CEDU. - 6. La confisca dei profitti presso terzi: gli emendamenti all'art. 6. - 6.1. Articolo 6 bis: *Attribuzione fittizia di beni a terzi*. - 7. Il congelamento dei beni e i diritti della difesa: emendamenti. - 8. I diritti delle parti lese. - 9. La '*hardship clause*'. - 10. Il riutilizzo sociale dei beni.

Premessa.

E' stata depositata la RELAZIONE sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea¹ (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)) da parte della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (nel prosieguo la *Commissione LIBE*)².

Dalla lettura delle proposte di emendamento emergono alcuni chiari orientamenti in termini di politica criminale: la funzionalizzazione della direttiva all'armonizzazione e al mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, in

¹ *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, Bruxelles, 12.3.2012, COM(2012) 85 final, 2012/0036 (COD).

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

particolare ai fini della lotta al crimine organizzato e al terrorismo; la valorizzazione dei poteri estesi di confisca e, soprattutto, l'adozione dell'*actio in rem* come principale modello di confisca europea, con un deciso cambio di rotta rispetto alle indicazioni emergenti dalla versione originaria della Proposta di Direttiva, che ammette la confisca senza condanna solo in alcune ipotesi ben delimitate.

Nel tentativo, però, di trovare un corretto equilibrio tra le esigenze di lotta al crimine organizzato e alla criminalità economica, sottese al potenziamento della disciplina della confisca, e le esigenze di rispetto delle garanzie fondamentali di uno Stato di Diritto, le proposte di emendamento propongono un modello di confisca senza condanna da ricondurre alla qualifica di "*sanzione penale*", in base alla definizione autonoma offerta dalla giurisprudenza della Corte EDU, e da sottoporre alle garanzie della "*materia penale*" ai sensi della CEDU.

Interessante in tale direzione la modifica proposta del 18° considerando che prevede che la direttiva debba rispettare i diritti fondamentali; si propone l'inserimento dell'espresso richiamo ai diritti e ai principi riconosciuti non solo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ma anche "dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo": si riconosce così il ruolo della CEDU e della sua giurisprudenza nel riconoscimento dei diritti fondamentali, ma soprattutto si dà conto del fatto che ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona i diritti fondamentali sono riconosciuti nell'Unione così come previsti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri³ e dalla Convenzioni, tra cui innanzitutto la CEDU. Prima dell'introduzione della Carta di Nizza, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, nella sua opera di elaborazione pretoria dei principi del diritto punitivo comunitario si è ispirata alla CEDU e alla giurisprudenza della sua Corte⁴.

³ Cfr. sulle tradizioni comuni JESCHECK, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea*, in *Ind. pen.* 1998, 226 ss.; BACIGALUPO, *Il Corpus Juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano 1998, 52 ss.; *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, a cura di SILVA SÁNCHEZ - SCHÜNEMANN Y DE FIGUEIREDO DIAS, Barcelona 1995.

⁴ Cfr. tra le tante CGCE, 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Orde van Vlaamse balies, Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel, e Conseil des ministres*, C-305/05, § 29; CGCE, *Silvio Berlusconi – Sergio Adelchi – Marcello Dell'Ultri e a.*, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, § 67; CGCE, *Booker Aquaculture Ltd, Marine Harvest McConnell e Hydro Seafood GSP Ltd e the Scottish Ministers, Schmidberger*, 20 luglio 2003, C-20/00 e C-64/00, 12 giugno 2003, C-112/00, in *Racc.* I-5659, § 71; CGCE, *Lymburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e a.*, 15 ottobre 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P e C-252/99 P e C-254/99 P, § 167; CGCE, *Dubois e figli*, 29 gennaio 1998, C-T-113/96, *ivi*, § 125; CGCE, *Friedrich Kremzow contro Repubblica d'Austria*, 29 maggio 1997, C-299/95, *ivi*, I-2629; CGCE, *Hauer*, 13 dicembre 1979, C-44/79, *ivi*, 1979, 3727; CGCE, *Rutili*, 18 ottobre 1975, Causa 36/75, *ivi* 1219 che per la prima volta cita espressamente la Convenzione europea; CGCE, *Nold*, 14 maggio 1974, C-4/73, *ivi*, 491; CGCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, C-11/70, *ivi*, 1125; invece CGCE, *Stauder*, 12 novembre 1969, C-29/69, *ivi*, 1969, § 419 e *Van Gend & Loos*, 5 febbraio 1963, C-26/62, *ivi*, 1963, 1, limitavano il riconoscimento dei diritti fondamentali a quelli che fanno parte dei "principi generali del diritto comunitario"; Tribunale, 30 marzo 2000, *Miwon Co. Ltd. c. Consiglio dell'Unione europea*, T-51/96, § 19.

Nell'esaminare le proposte di emendamento si terrà conto dell'*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*" (nel prosieguo FRA OPINION)⁵.

1. L'armonizzazione e il mutuo riconoscimento come finalità della direttiva nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo.

Nell'emendamento al primo considerando (emendamento n. 1), come emerge anche dalla motivazione, si vuole evidenziare innanzitutto l'importanza della confisca come strumento per la lotta di tutta la criminalità volta a conseguire profitti, in particolare le "organizzazioni criminali di tipologia Mafiosa" e le organizzazioni terroristiche, non solo la criminalità organizzata transfrontaliera, come definita dalla Convenzione e dai Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale⁶, definizione nella quale comunque le prime due possono essere ricomprese laddove operano in ambito transfrontaliero, rientrando nella definizione dell'art. 3 della Convenzione⁷. Anche nell'emendamento 8 al 12 considerando si evidenzia la finalità di lotta "alla criminalità organizzata" e al "terrorismo", nell'ambito della più generale finalità di contrastare le attività criminali e il reinvestimento di profitti illeciti nell'economia lecita.

La Direttiva, giova ricordarlo, sarà applicabile ai gravi reati elencati nell'art. 2 della Proposta corrispondenti ai settori indicati nell'art. 83, § 1, del TFUE (il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata), e attraverso l'inserimento della sfera di criminalità relativa alla "criminalità organizzata", se ne consentirà l'applicazione ad altri reati purchè realizzati in forma organizzata alla luce della definizione di organizzazione criminale fornita dalla decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata⁸. Si deve evidenziare, però che l'emendamento n. 28 aggiunge nell'Articolo 2, – punto 6 –, la lettera k bis con cui si inserisce nella definizione di reato, cui si applica la direttiva, l'illecito penale previsto "da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati", allargando il possibile ambito di applicazione della futura direttiva anche oltre l'ambito

⁵ THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Opinion – 03/2012, Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 December 2012.

⁶ Adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001; in Italia sono stati ratificati ed eseguiti dalla Legge 16 marzo 2006 n. 146, pubblicata in Suppl. ordinario n. 91 alla *Gazz.Uff.*, 11 aprile 2006, n. 85.

⁷ Art. 3 n. 2. Ai fini del paragrafo 1 del presente articolo, un reato è di natura transnazionale se: (a) è commesso in più di uno Stato; (b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; (c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; o (d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato. Nell'ordinamento italiano tale definizione è ripresa dall'articolo 3 della legge n. 146/2006.

⁸ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 184.

dei reati gravi elencati nell'art. 2 della Proposta e 83, § 1 TFUE, reati oggetto di armonizzazione ai sensi dell'art. 83, § 2 TFUE che assurgerebbe a base giuridica della Direttiva⁹.

Sin dal primo considerando, poi, la proposta di emendamento evidenzia l'esigenza di promuovere il *reciproco riconoscimento* dei provvedimenti di confisca¹⁰ - la proposta di direttiva ha fondamento, infatti, nell'art. 82, § 2¹¹, oltre che nell'art. 83, § 1¹² - (anche senza condanna), già previsto dalla Decisione quadro 2006/783/GAI: si sottolinea in tal modo che l'armonizzazione dei provvedimenti di confisca, cui tende la proposta di direttiva, deve avere come scopo finale il mutuo riconoscimento, in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca pronunciate da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro. Il mutuo riconoscimento è il fondamentale strumento volto a garantire l'effettiva applicazione dei provvedimenti di confisca nell'ambito della lotta contro le organizzazioni transfrontaliere e, in particolare, come evidenzia l'emendamento, le "organizzazioni criminali di tipologia Mafiosa".

Anche la modifica del secondo considerando (emendamento n. 2) sottolinea con rinnovato vigore la finalità della direttiva di garantire *l'armonizzazione* dei regimi in materia attraverso l'adozione di norme minime, che devono promuovere la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera: si dovrà trattare allora di norme che stabiliscono quelle garanzie irrinunciabili il cui rispetto rappresenterà il presupposto imprescindibile della fiducia reciproca, su cui si deve fondare il "reciproco riconoscimento" dei provvedimenti di confisca.

I due emendamenti evidenziano in maniera più decisa che delle diverse opzioni strategiche prese in considerazione dalla Commissione nell'elaborazione della proposta relativa al nuovo strumento è stata prescelta "l'opzione legislativa massima che contempla anche il riconoscimento reciproco"¹³ oltre all'armonizzazione, come evidenziato nella Relazione alla Proposta di Direttiva (*Explanatory memorandum*)¹⁴.

⁹ Cfr. MITSILEGAS, *European criminal law and resistance to communitarisation after Lisbon*, in NJECL 2010, 463.

¹⁰ Cfr. ECBA, *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*, in www.ecba.gov, 2, che lamenta la mancata considerazione del mutuo riconoscimento nella proposta di direttiva.

¹¹ Tale norma prevede la possibilità di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, direttive di armonizzazione minima in alcuni settori di cooperazione penale, ma subordinatamente alla condizione che ciò si riveli necessario al fine di facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. La disposizione rispecchia, traducendola in norma di Trattato, l'indicazione già presente nel punto 37 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999; SALAZAR, *Commento art. 82*, in CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, 906.

¹² Cfr. *Proposta di Direttiva*, cit., § 2.3, 8; sugli artt. 82 e 83 del TFUE, cfr. il commento di SALAZAR, *Commento art. 82*, cit., 896 ss.; ID. *Commento art. 83*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, cit., 914 ss..

¹³ *Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea*, Bruxelles, 12.3.2012, COM(2012) 85 final 2012/0036 (COD), 9, cfr. 5 – 8.

¹⁴ Relazione alla Proposta di Direttiva, § 2.2. Valutazione d'impatto, 8.

La riforma proposta al terzo considerando (emendamento n. 4) accentua l'insoddisfazione per i risultati conseguiti in termini di patrimoni confiscati nell'applicazione della confisca nell'ambito degli Stati membri dell'Unione, valutando non come "insufficienti" ma addirittura "estremamente bassi" gli importi confiscati rispetto ai proventi stimati, pur evidenziando la mancanza di valide statistiche. La causa di tale inefficienza a livello europeo viene individuata proprio nella mancanza di cooperazione, causata dalla *mancanza di armonizzazione*: "le leggi a livello nazionale non sono uniformi e pertanto necessitano di una adeguata armonizzazione, anche al fine di ottenere una piena ed intera esecuzione della confisca stessa". Lo scopo primario della direttiva è allora proprio quello di favorire l'armonizzazione, superando quelle diversità tra legislazioni che ostacolano la cooperazione, che dovrebbe iniziare già nella fase dell'investigazione e individuazione dei patrimoni illeciti, per poi consentire una piena esecuzione dei provvedimenti adottati (la decisione quadro 2007/845/GAI è destinata a promuovere la cooperazione anche nella fase precedente lo stesso provvedimento di sequestro e cioè quella delle indagini ai fini dell'individuazione dei beni da confiscare).

2. Nozione di provento.

Nella definizione della nozione di provento, prevista dall'art. 2 punto 1, l'emendamento n. 25 specifica che vi rientra ogni vantaggio economico derivato "direttamente o indirettamente" da reati (esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti da parte dell'indagato o imputato, e qualsiasi utile valutabile): tale specificazione non cambia sostanzialmente la nozione di provento contenuta nella Proposta di Direttiva, ma conferma che vi rientrano anche gli utili derivanti indirettamente dall'originario profitto¹⁵; non è stata accolta la proposta dell'*European Criminal Bar Association* di restringere solo ai "proceeds" direttamente derivanti dal crimine. La proposta di direttiva, infatti e anche in mancanza di tale specificazione, contiene una definizione di "provento" di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 2005/212 GAI al fine di consentire la confisca non solo dei proventi diretti, ma anche di tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato. Si comprendono, quindi, sia i surrogati (ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti da parte dell'indagato o imputato) in cui gli originari profitti siano stati investiti, sia gli utili valutabili¹⁶; rimane, come esaminato, il problema di delimitare tale nozione di "utili valutabili" laddove i proventi siano investiti in attività lecite¹⁷.

¹⁵ Cfr. ECBA, *op. cit.*, 4.

¹⁶ Orientamento che sembrava già accolto nella sentenza Miragliotta delle S.U., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, in CED, rv. 23870., ma sconfessato dalle stesse S.U. nella sentenza Caruso, che consente l'ablazione dei soli surrogati, S.U. 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, con nota di MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 794 ss.

¹⁷ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 19 per ulteriori approfondimenti.

Nel nono considerando l'emendamento n. 6 introduce un'altra importante modifica che evidenzia come la nozione ampia di provento, come definito dalla direttiva, deve essere applicata anche in relazione ai reati non rientranti nell'ambito di applicazione della futura direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI; quest'ultima ha obbligato gli Stati membri a consentire la confisca di strumenti e proventi di reato a seguito di una condanna definitiva, nonché la confisca di beni di valore equivalente ai proventi stessi. Si ribadisce così una sorta di obbligo di interpretare il concetto di profitto in conformità alla nozione ampia di "provento" che sarà introdotta dalla Direttiva.

3. Art. 3. La confisca dei profitti e degli strumenti del reato.

La *Commissione LIBE* propone di modificare (emendamento n. 29) l'art. 3 che prevede la confisca totale o parziale di proventi e strumenti del reato, precisando che, innanzitutto, si debba procedere alla confisca *cumulativa*, e non alternativa, sia dei proventi sia degli strumenti del reato, trattandosi comunque i primi di beni che non si ha diritto a detenere perché il reato non rappresenta un legittimo titolo di acquisto di profitti, mentre i secondi dovrebbero essere confiscati con finalità interdittiva per prevenire la reiterazione del reato (il macchinario che consente di falsificare la carta moneta, l'arma del delitto), fermo restando il carattere punitivo di tale forma di confisca che sottrae un bene legittimamente posseduto, limitando il diritto di proprietà, tranne che si tratti di merce la cui detenzione sia vietata.

L'emendamento precisa, poi, che non si deve trattare necessariamente di confisca "a seguito di" condanna, ma di una forma di confisca, anche per equivalente (si inserisce nel primo comma la previsione della confisca di valore prevista al secondo comma), pronunciata da un'autorità giudiziaria "con riserva di una condanna penale definitiva": con tale riserva si chiarisce che la confisca può essere pronunciata dall'autorità giudiziaria prima della condanna definitiva, fermo restando, però, che sarà definitiva solo dopo che saranno eventualmente esauriti tutti i gradi di giudizio e in seguito alla definitività della condanna. Nella prassi alcuni ordinamenti consentono di pronunciare la confisca in un momento successivo alla condanna in un separato e connesso procedimento (come prevede l'art. 9 della Proposta di Direttiva), richiedendo spesso la confisca degli accertamenti di carattere patrimoniale che potrebbero ritardare la condanna con il rischio di incorrere nella prescrizione¹⁸, fermo restando che la confisca potrà diventare definitiva solo in seguito alla condanna definitiva¹⁹.

¹⁸ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 196; 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, 84 ss.

¹⁹ Uno schema bifasico è previsto nel sistema inglese, nonché in quello nordamericano, e di fatto ciò avviene in relazione alla confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92 laddove viene pronunciata in sede di esecuzione ex art. 676 c.p.p., cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniale tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 338 ss.; Di Lena, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto non "innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. Pen.* 2005, 1205 ss.

Per il resto è apprezzabile il fatto che si imponga che sia comunque l'autorità giudiziaria a pronunciare il provvedimento e non una diversa autorità, come quella amministrativa ("Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per consentire soltanto alle autorità giudiziarie di procedere").

3.1. La confisca degli strumenti: la difficile determinazione del nesso con il reato.

La confisca degli strumenti del reato presenta alcuni profili problematici connessi alla difficoltà di delimitare il suo ambito di applicazione, che può cambiare in base al modo di intendere, da una parte, il nesso tra lo strumento e il reato, dall'altra, la sua stessa funzione, come emerge dal dibattito giurisprudenziale italiano in relazione alla confisca facoltativa degli strumenti ex art. 240 c.p.²⁰ e dal dibattito che si è acceso negli Stati Uniti in relazione al *civil forfeiture*; tali profili problematici sono accentuati dalla prospettiva che emerge dall'emendamento n. 29 di irrogare la confisca degli strumenti del reato, ai sensi del successivo art. 6, anche presso i terzi cui siano stati trasferiti tali strumenti. Anche nella FRA OPINION si sollecitano chiarimenti della nozione di *strumento* per garantire il rispetto del principio di legalità: "*the definition and the use of the term 'instrumentalities' in the current proposal would require further clarification*"²¹.

In Italia in base ad un primo orientamento la Suprema Corte richiede che le cose soggette a confisca facoltativa siano legate all'esecuzione del reato da un nesso strumentale²², essenziale e non meramente "occasionale"²³, che deve collegare direttamente e immediatamente la cosa al reato²⁴, nel senso che la prima risulti indispensabile per l'esecuzione del secondo²⁵; deve sussistere un rapporto di "asservimento" tra la cosa e il reato, "uno stretto nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di un'attività punibile"²⁶. In quest'ultima direzione il nesso strumentale costituisce, non soltanto un elemento necessario per la determinazione dell'oggetto della confisca, ma un parametro per l'accertamento della pericolosità presupposta dalla confisca facoltativa, pericolosità fondata sul rapporto reo-cosa²⁷. In base ad una certa interpretazione tale rapporto

²⁰ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 117 ss.; TARTAGLIA, *La confisca: disciplina generale*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di TARTAGLIA, Nel Diritto Editore – Roma, 2012, 49 ss.

²¹ FRA OPINION, cit., § 2.2 (32).

²² Cfr. Cass., 21 dicembre 1990, Scuffo, in *Giur. it.* 1992, II, c. 504.

²³ Cass., 7 giugno 1972, in *Cass. pen.* 1973, 1214; Cass., 11 febbraio 1993, Bertelli, in *C.E.D.* n. 193403.

²⁴ Cass., 20 febbraio 1990, Napolitano, in *Cass. pen.* 1991, I, 1769; Cass., 19 ottobre 1978, Giordano, in *Riv. pen.* 1979, c. 161.

²⁵ Cfr. Cass., 6 giugno 1994, Violato, in *Riv. pen.* 1995, 1096; Cass., 21 maggio 1985, Magri, *ivi* 1986, 332, dove si giustifica la confisca del mezzo usato, in quanto indispensabile alla realizzazione del reato in considerazione del numero e del peso degli oggetti rubati; Cass., 7 giugno 1972, Giovannoni, in *Cass. pen.* 1973, 1214; Cass., 29 gennaio 1971, Vocaturi, *ivi* 1972, 494.

²⁶ Cass., 3 maggio 1994, Rilande, in *Riv. pen.* 1995, 681; Cass. 10 marzo 2008, n. 25793, in *Guida al Dir.* 2009, 39, 100 ss.

²⁷ FIORAVANTI, *Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa*, in *Giur. it.* 1992, c. 508; Cfr. Cass., 6 giugno 1994, Violato, in *Riv. pen.* 1995, 1096. La dimostrazione del carattere strumentale della cosa al compimento del

causale tra cosa e reato mancherebbe, ad esempio, rispetto all'auto utilizzata per giungere al luogo del delitto o per allontanarsi con la refurtiva²⁸, rispetto all'auto utilizzata per la prostituzione²⁹ o atti osceni in luogo pubblico³⁰, o in relazione all'auto usata per il trasporto di stupefacenti, che costituisce uno strumento di occasionale agevolazione della condotta criminosa e peraltro ampiamente fungibile³¹. In altri termini la cosa deve essere strutturalmente funzionale alla possibile reiterazione dell'attività criminosa³². In base a tale interpretazione non è allora sufficiente che la cosa sia *condicio sine qua non* del reato così come si è concretamente consumato, giudizio sufficiente per affermare che la cosa è stata strumento del reato nel caso concreto, ma occorre accertare se la cosa è generalmente funzionale alla consumazione di reati di quel tipo, divenendo un pericolo per la futura consumazione di reati.

La Suprema Corte ha, però, talora dato un'interpretazione più soggettivistica di tale nesso strumentale, che non viene accertato in base al suo rapporto di indispensabilità oggettiva con le concrete modalità di realizzazione del reato, ma in relazione alla personalità del soggetto agente: è sufficiente che la cosa abbia in qualche modo facilitato la realizzazione del reato e si ritengano collegate la detenzione della cosa sequestrata e la reiterazione della condotta delittuosa³³. Questa tendenza prevale laddove si afferma una valutazione della pericolosità del reo più prettamente soggettivistica, e cioè non legata al rapporto reo-cosa, ma a una generica prognosi di recidiva, finendo, come rilevato in dottrina, per accentuare la natura repressiva della confisca (se la pericolosità non è legata al rapporto reo-cosa, la sottrazione della cosa non persegue alcuna finalità preventiva). Si ritiene così confiscabile l'auto usata dallo spacciatore di stupefacenti, poiché l'uso del veicolo rende più facile e più insidioso l'esercizio della turpe attività³⁴ o l'auto usata per recarsi sul luogo del delitto e fuggire con la refurtiva³⁵. In tale direzione la Suprema Corte ha affermato che per cose che servirono a commettere il reato "devono intendersi quelle impiegate nell'esplicazione dell'attività punibile, senza che siano richiesti requisiti di *indispensabilità*, ossia che debba sussistere un rapporto causale diretto ed immediato fra la cosa ed il reato nel senso che la prima debba apparire come indispensabile per l'esecuzione del secondo"³⁶. La Suprema Corte finisce così, non richiedendo il requisito dell'indispensabilità oggettiva, per sottoporre al provvedimento di confisca qualunque cosa che sia in

reato costituisce insieme alla formulazione di una prognosi sulla pericolosità sociale, il criterio orientativo della discrezionalità del giudice, Cass., 21 dicembre 1990, Scuffo, in *Giur. it.* 1992, II, c. 504.

²⁸ Cfr. Cass., 6 giugno 1994, Violato, in *Riv. pen.* 1995, 1096.

²⁹ Cass., 19 ottobre 1978, Giordano, in *Riv. pen.* 1979, c. 161; Cass., 29 gennaio 1971, Vocaturi, in *Cass. pen.* 1972, 494; cfr. Cass., 20 febbraio 1990, Napolitano, in *Cass. pen.* 1991, I, 1769, che nega la confiscabilità dell'appartamento utilizzato per l'esercizio del meretricio, il cui favoreggiamento e la cui agevolazione danno luogo a condanna penale; *contra* Cass., 13 giugno 1997, Olmi, in *Cass. pen.* 1999, 148.

³⁰ Cass., 11 febbraio 1993, Bertelli, in *C.E.D.* n. 193403.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Così Cass., 2 marzo 1989, Rivoli e altro, in *Riv. pen.* 1990, 447.

³⁴ *Ibidem*; Cass., 12 gennaio 2001, D'Agostino, Rv. 218425.

³⁵ Cass., 20 giugno 1983, De Ponte e altro, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 1985, 118.

³⁶ Cass., 4 agosto 1993, Raia, in *Giust. pen.* 1993, 186; Cass., 18 settembre 2008, n. 38650.

qualche modo servita alla commissione del reato, scollegando il giudizio sul carattere strumentale della cosa al reato da un giudizio di pericolosità e di possibile reiterazione della condotta criminosa.

Sembra preferibile, allora, la prima interpretazione³⁷; nell'ordinamento italiano, del resto, se, al di là delle polemiche sulla natura giuridica di questa misura, si vuole valorizzare il dato legislativo che, attribuendole la qualifica di misura di sicurezza, le affida una finalità preventiva, bisogna considerare che solo le cose tipicamente strumentali al reato giustificano quel giudizio di pericolosità che viene presupposto dalla confisca facoltativa, in quanto si tratta di cose la cui disponibilità può costituire per il reo uno stimolo alla commissione di ulteriori illeciti. E solo così, del resto, si potrà delimitare l'ambito di applicazione di questa misura, nella quale altrimenti prevarrà la sola finalità repressiva (quale vera e propria pena accessoria). In ogni caso, si rileva la discrezionalità di una simile valutazione rispetto ad una sanzione che può rivelarsi particolarmente afflittiva, come nell'ipotesi in cui vengano confiscati anche dei beni immobili (serviti ad esempio a commettere il reato di sfruttamento della prostituzione³⁸).

Nell'ordinamento nordamericano i maggiori abusi applicativi si sono registrati propri nell'applicazione del *civil forfeiture* agli strumenti del reato. Si può ricordare, infatti, che il *civil forfeiture* dell'ordinamento nordamericano è stato rivalutato nell'ambito della lotta contro il traffico di stupefacenti³⁹ nel 1970 con il *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*⁴⁰ (riformato dal *Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000*⁴¹), per poi essere adottato in moltissimi statuti federali proprio in relazione alle cose connesse al reato. Il procedimento della confisca *in rem*, diretto contro la "*tainted property*" (proprietà contaminata) davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui il bene è situato, colpisce infatti sia i beni che costituiscono il profitto del reato, sia beni che sono stati utilizzati o si aveva l'intenzione di utilizzare in attività illegali⁴². In particolare, si distinguono tre categorie di cose sottoponibili al *civil forfeiture*: *contraband* (qualcosa il cui possesso è in sé antiggiuridico, come la droga o le monete contraffatte) e *derivative contraband* (qualcosa che in sé non è illecita ma che lo diventa perché è

³⁷ Cfr. DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, in *Codice penale parte generale*, III, *Giurisprudenza sistematica*, diretta da BRICOLA e ZAGREBELSKY, Torino 1984, 1559; ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino 1989, 51; cfr. Cass., 19 marzo 1986, Tedeschi, in *Cass. pen.* 1987, 2115; SPIZUOCO, *L'interpretazione dell'art. 240 e la pericolosità*, in *Giust. pen.* 1972, c. 382.

³⁸ Così Cass., 24 marzo 1998, Galantino, in *Cass. pen.* 2000, 371; Cass., 13 giugno 1997, Olmi, *ivi* 1999, 148, in cui si precisa che l'ulteriore disponibilità dei beni costituirebbe ragione incentivante alla reiterazione della condotta, avendo il reo sempre regolarmente ceduto tutti gli appartamenti in sua proprietà per l'esercizio del meretricio; deduce la stabilità del legame res/reato dal costante inserimento della cosa nell'organizzazione esecutiva del reato, Cass. 23 aprile 2008, n. 24878, in *Guida al dir.* 2008, 34, 99. Cfr. sulla confiscabilità dei "luoghi utilizzati per la commissione del reato" TARTAGLIA, *op. cit.*, 54.

³⁹ Tale *Act* disciplina, inoltre, la possibilità di applicare la *civil* confisca nel diritto doganale.

⁴⁰ 21 U.S.C. § 881

⁴¹ Riformato al fine di garantire una "più giusta ed uniforme procedura per *Federal civil forfeitures*", cfr. *Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000*, Public Law 106-185 [H.R. 1658]; April 25, 2000, in *U.S. Code Congressional & Administrative News* 106th Congress 2nd Session, Washington, 2000, 114 Stat. 202 ss.

⁴² Cfr. 18 U.S.C. § 981 (1988 & Supp. V 1993); 21 U.S.C. § 881 (1988 & Supp. V 1993), che autorizza il *civil forfeiture* della proprietà connessa all'attività di traffico di droga.

essenziale per la consumazione di un crimine, come una nave pirata o un'arma utilizzata in una rapina⁴³, anche se talora si fa riferimento a cose genericamente connesse con il reato, ma ad esso non strumentali⁴⁴); le cose che facilitano la consumazione di un reato ("*facilitates a crime*"); i proventi del crimine (*crime proceeds*).

Nella categoria delle cose "*that facilitates a crime*"⁴⁵ si fa rientrare qualsiasi cosa che abbia agevolato la consumazione del reato, che non è in sé una cosa pericolosa come il *contraband* o il *derivative contraband*, né è qualcosa di origine illecita come il profitto del reato; tale categoria, prevista in molti statuti, è stata ampliata a dismisura in quanto le corti hanno attribuito al termine *facilitate* il significato con cui viene utilizzato nel linguaggio comune (rendere più facile o meno difficile, liberare da una difficoltà,...⁴⁶), estendendone l'interpretazione al fine di confiscare qualunque bene anche remotamente connesso con il reato. È stata confiscata un'auto solo perché era stata utilizzata per recarsi in un incontro dove si è discusso di attività illegali⁴⁷; una barca noleggiata da un individuo che portava una piccola quantità di *marijuana*⁴⁸; una casa dove viveva una famiglia, un membro della quale spacciava droga⁴⁹; un'intera impresa nella quale sono state compiute operazioni illegali concernenti, però, solo un aspetto delle attività economiche in essa svolte⁵⁰.

Non sono mancate, in contrasto con tale uso spropositato di questa forma di confisca, delle prese di posizione della giurisprudenza e della dottrina che hanno contestato la legittimità costituzionale del "*civil forfeiture statute*" per la sua "*vagueness*"⁵¹. L'Act 2000 ha cercato di risolvere tale questione imponendo all'accusa di dimostrare la sussistenza di una "connessione sostanziale tra il bene e il reato" (*substantial connection*); in tal modo il legislatore tenta di delimitare l'ambito di

⁴³ Cfr. POLLOCK, *Proportionality in civil forfeiture toward a remedial solution*, in *The George Washington Law Rev.* 1994, vol. 62, 465.

⁴⁴ Cfr. STAHL, *Asset forfeiture, burdens of proof and the war on drugs*, in *Jour. f Crim. Law & Criminology* 1992, vol. 83, 284.

⁴⁵ 21 U.S.C. § 881 (a) (4), (7).

⁴⁶ Cfr. *Patrick Henry v. Castagaro*, 434 N.Y.S. 2d 592, 594 (1980); cfr. POLLOCK, *op. cit.*, 467, e giurisprudenza *ivi* citata.

⁴⁷ *United States v. 1990 Toyota 4Runner*, 9 F. 3d 651 (7th Cir. 1993); CHEH, *Can something this easy, quick, and profitable also be fair? Runaway civil forfeiture stumbles on the Constitution*, in *Atti del Simposio: What price civil Forfeiture? Constitutional Implications and Reform Initiatives?*, in *New York Law School*, 5 marzo 1994, 1.

⁴⁸ *Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 686 - 688 (1974).

⁴⁹ *United States v. 5000 Palmetto Drive*, 928 F. 2d 373 - 374 (11th Cir. 1991); CHEH, *op. cit.*, 1.

⁵⁰ *United States v. 141st St., Corp.*, 911 F. 2d 870, 880 (2d Cir. 1990); cfr. CHEH, *op. cit.*, 1. Sono stati confiscati \$ 9 milioni, 10 appezzamenti di terreno e 31 negozi in seguito alla condanna del proprietario per la vendita di copie di sette riviste oscene, cfr. *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544 (1993); una *Porsche* è stata confiscata per il ritrovamento di soli 226 gr. di *marijuana*, cfr. *United States v. One 1976 Porsche*, 670 F.2d 810 (9th Cir. 1979); sono stati sequestrati complessi di hotel e appartamenti perché gli ospiti o gli inquilini sono stati accusati di usarli per traffico di stupefacenti, cfr. *United States v. 141st Street Corp.*, 911 F. 2d 870 (2nd Cir. 1990); cfr. KRZYSTEK, *The recent Congressional Reform of federal Civil Forfeitures*, in *9 Kansas Journ. Of Law & Public Policy*, Summer 2000, 677; POLLOCK, *op. cit.*, 467; BARCLAY, *Restoring Civility -- The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: Baby Steps Towards a More Civilized Civil Forfeiture System*, in *35 Ind. L. Rev.*, 2002, 1045.

⁵¹ REED, *On the importance of being civil: constitutional limitations on civil forfeiture*, in *Atti del Simposio: What price civil Forfeiture?*, *cit.*, 302 ss.; Goguen, 415 U.S., 574.

applicazione del *civil forfeiture* proprio in quel settore in cui si sono verificati i maggiori abusi applicativi⁵².

Dal sistema italiano e nordamericano emerge, insomma, la problematicità della confisca dello strumento del reato che rischia di assumere un mero carattere punitivo, se non viene interpretato in senso restrittivo il nesso tra il bene e il reato, richiedendo non solo che una cosa sia utile (*condicio sine qua non*) per la commissione di un reato, ma che sia ad essa tipicamente riconnessa, nel senso che deve costituire un mezzo per realizzare un *elemento costitutivo del fatto tipico* (come potrebbe essere un'arma rispetto alla "violenza" nel reato di rapina⁵³) o, comunque, lo *strumento* del reato deve essere immediatamente significativo sul piano lesivo nei confronti del bene tutelato⁵⁴.

3.2. La confisca dei beni nella disponibilità dell'organizzazione criminale?

La Proposta di Direttiva estende, poi, il concetto di strumento di reato anche al bene "destinato a essere usato, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere uno o più reati"; l'estensione del concetto di strumento anche a tale ipotesi dovrebbe ulteriormente indurre ad un'interpretazione restrittiva del nesso strumentale con la consumazione del reato, come richiesto nella FRA OPINION che evidenzia la necessità di chiarire "*that confiscation measures should not rely solely on the fact that property was intended to be used for the commission of crimes*", altrimenti si avrebbe una sorta di misura preventiva che non potrebbe essere oggetto di armonizzazione ai sensi dell'art. 84 TFUE⁵⁵.

In realtà, però, si ritiene che lo scopo di politica criminale perseguito dalla Proposta di Direttiva e in maniera più chiara dalla Commissione LIBE sia proprio quello di estendere l'oggetto della confisca non solo ai proventi del reato, ma utilizzando una simile nozione ampia di strumento del reato come "bene destinato ad essere usato" si vuole consentire di ricomprendere anche il denaro o altri valori, pur di origine lecita, ma destinati all'investimento nell'attività criminale e, in particolare, nella disponibilità dell'organizzazione criminale, acquistando un ambito di applicazione che rischia di essere smisurato; si potrebbe confiscare tutto il patrimonio, anche se di origine lecita, di un soggetto condannato per partecipazione in un'organizzazione criminale in quanto si considera "destinato", strumentale, all'attività dell'organizzazione, come rischia di avvenire con un uso "disinvoltato" della confisca ex art. 416 *bis*, c. 7, c.p. italiano⁵⁶. Anche la dottrina tedesca ha ipotizzato la possibilità di confiscare con l'*Einziehung* i profitti del reato, che non possono essere sottratti con il *Verfall* perché non se ne riesce a dimostrare l'origine delittuosa, purché si dimostri che il denaro è destinato per la realizzazione di ulteriori delitti, e, quindi, che il reo ha

⁵² Sui rapporti con il principio di proporzionalità si veda MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 714.

⁵³ Cass., 14 novembre 1988, Spampinato, in *Riv. pen.* 1990, 771.

⁵⁴ Cfr. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 51.

⁵⁵ 2.2.2.(33).

⁵⁶ Cfr. PICCIRILLO, *Art. 416 bis - Ipotesi speciali di confisca, Titolo XIX Mafia*, in *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, a cura di TARTAGLIA, Roma 2012, 686; PISA, *Art. 416 bis*, in *Commentario breve al codice penale*, aggiornato con la giurisprudenza, a cura di CRESPI-FORTI-ZUCALÀ, Cedam 2011, 1437.

l'intenzione di continuare a delinquere e ha già realizzato concreti atti preparatori (non sarebbero, però, sufficienti delle mere supposizioni in tale direzione, in quanto non potrebbero soddisfare il necessario *standard* della prova)⁵⁷.

Tale obiettivo di politica criminale emerge chiaramente nell'emendamento al primo considerando, inserito dalla Commissione LIBE, in cui si afferma che “una prevenzione e lotta efficaci in materia di criminalità non dovrebbero limitarsi a neutralizzare *i proventi di reato, ma piuttosto essere estese, in altri casi, a qualsiasi proprietà che risulti dalle attività di natura criminale....* Una lotta efficace contro la criminalità economica, la criminalità organizzata e il terrorismo richiederebbe il riconoscimento reciproco delle misure adottate *aventi per oggetto, più in generale, ogni possibile bene o reddito attribuibile ad una organizzazione criminale o ad una persona sospettata o accusata di appartenere ad un'organizzazione criminale*”. Un simile considerando, addirittura, sembra esprimere la volontà della Commissione LIBE di promuovere l'adozione, l'armonizzazione e il reciproco riconoscimento non solo della confisca dei proventi del reato, ma di quelle forme di confisca contro le organizzazioni criminali o terroristiche, fondate sulla presunzione della destinazione illecita dei proventi, conosciute nell'ordinamento svizzero, austriaco, inglese; si tratta della confisca dei beni di cui si presume la disponibilità in capo ad un'organizzazione criminale e quindi destinati a perseguire gli scopi illeciti dell'organizzazione (art. 72 *swStGB* contro le organizzazioni criminali, § 20b *öStGB – ErweiterterVerfall* -⁵⁸, sezione 13 del *British Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989* e successive modifiche)⁵⁹.

Tale forma di confisca si fonda sulla presunzione della destinazione illecita dei beni di un soggetto condannato per partecipazione, o concorso, in un'organizzazione criminale, introducendo una presunzione con relativa inversione dell'onere della prova; l'appartenenza ad un'organizzazione criminale fa sorgere la presunzione che il soggetto abbia ottenuto il suo patrimonio in collegamento con l'attività punibile dell'organizzazione e che quest'ultima possa disporre di quei beni per il futuro. Spetta all'imputato l'onere di confutare tale presunzione dimostrando che i beni non sono sottoposti al controllo dell'organizzazione⁶⁰. Questa forma di confisca si rivela particolarmente efficace perché consente di superare la difficoltà di ricostruire se e in che misura i beni investiti in un'attività legale abbiano origine illecita⁶¹; mentre il classico parametro della sproporzione per individuare i patrimoni di origine illecita si

⁵⁷ Cfr. SCHULTEHINRICHS, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz 1991, 87; DESSECKER, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, 15; cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 79.

⁵⁸ TISCHLER, § 20b *StGB*, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. TRIFFTERER – ROSBAUD – HINTERHOFER, 25 ed. novembre 2011 (Wien 2012), §§ 1 ss.

⁵⁹ 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*). *

⁶⁰ Cfr. *Botschaft des Bundesrates*, del 30 giugno 1993, 318 ss.

⁶¹ Cfr. PIETH, “*Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen*”, *die Überlegungen des Gesetzgebers*, in *ZStrR (RPS)* 1995, 237; PIETH-NATTERER, relazione per la Svizzera, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich - Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 111; SCHMID, *StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht* 1995, 346; ID., *Einziehung (StGB Art. 58 – 60)*, in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich 1998, 158.

rivela particolarmente inidoneo proprio in relazione alle imprese, per la difficoltà di distinguere i beni di origine illecita da quelli di origine lecita, una simile forma di confisca consente di colpire tutto il patrimonio dell'organizzazione che realizza i suoi profitti attraverso un'attività imprenditoriale illecita e non attraverso un singolo specifico reato: è possibile colpire dei complessi patrimoniali come persone giuridiche, imprese, banche⁶². Tale modello di confisca, esaminato in altra sede, stride, però, con le garanzie fondamentali della materia penale⁶³ laddove si fonda normalmente sulla presunzione della destinazione illecita dei beni in contrasto con la presunzione d'innocenza e con il principio di proporzione, comportando il rischio di confiscare un intero patrimonio, magari di origine lecita, in base al mero sospetto della sua destinazione illecita. In questo settore, molto più che negli altri ambiti dell'ordinamento giuridico, la confisca assume dei connotati penalistici, assomigliando ad una vera e propria pena patrimoniale (*Vermögensstrafe*)⁶⁴.

A risultati non dissimili si giunge, del resto, anche laddove nell'ordinamento italiano non si presume la destinazione illecita, ma nell'applicare la confisca allargata dei profitti illeciti, come la confisca misura di prevenzione ex art. 2 *ter* o 3 *quinquies* l. 575/'65 (rispettivamente art. 24 o 34 cod. antimafia), la giurisprudenza confisca tutti i beni mezzo nella disponibilità diretta o indiretta dell'organizzazione criminale, in virtù della nozione di obiettiva commistione tra investimenti leciti e investimenti illeciti che non consentirebbe di distinguere i beni di origine lecita da quelli di origine illecita⁶⁵, in particolare in presenza di complessi aziendali; la giurisprudenza si accontenta di «*elementi sufficienti a fare ritenere l'esistenza di un'obiettiva commistione di interessi tra attività d'impresa e attività mafiosa riferibile ad altri soggetti*» per procedere alla confisca «*non dei singoli beni, quanto ovviamente di quel complesso di beni che rende possibile l'esercizio dell'attività imprenditoriale agevolatrice*»⁶⁶. Simili utilizzi della confisca antimafia, ex artt. 2 *ter* e 3 *quinquies* l. 575/'65, come strumento di aggressione delle attività imprenditoriali in qualche modo contaminate, rischia di trasformarla in una sorta di confisca generale dei beni, in una pena patrimoniale sproporzionata in contrasto con la tutela costituzionale della proprietà privata e con il principio di proporzione⁶⁷. E'

⁶² SCHMID, *Einziehung*, op. cit., 157 - 160.

⁶³ Cfr. MAUGERI, *Relazione introduttiva*, cit., 57 ss.; ID., *The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*, in NJECL 2012, 261 s.; ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 185 ss. - 545 ss.

⁶⁴ Cfr. PIETH, op. cit., 237; PIETH-NATTERER, op. cit., 111; SCHMID, *Einziehung*, op. cit., 158.

⁶⁵ Corte di Appello Palermo, decreto 1 ottobre 1996, Tre Noci s.r.l. ed altri, in *Cass. pen.* 1997, 2257; Corte d'Appello di Catania, 21 novembre 1997, Spampinato, in *Cass. pen.* 1998, n. 1558, 2726; Trib. Palermo, decreto 3 giugno 1999, *Soc. Sicilconcrete S.r.l.*; Corte di Appello Palermo, 16 luglio 2004, dep. 3 marzo 2005; Trib. di Palermo, decr. 14 novembre 2006, Centralgas S.p.a., Vigorgas serbatoi S.r.l., Ital metano S.r.l. e Gas sud S.r.l.; Trib. Palermo, Sezione Misure di Prevenzione, 29 ottobre 2009, Martello, in *www.penalecontemporaneo.it.*, con nota di MAUGERI; cfr. Cass., 21 aprile 2011, n. 27228; Cass., 30 gennaio 2009, n. 17988, Baratta ed altri, Ced rv. 244802; Cass., 8 febbraio 2007, n. 5640, Schimmenti ed altri.

⁶⁶ Corte d'Appello di Catania, 21 novembre 1997, Spampinato, in *Cass. pen.* 1998, n. 1558, 2726. Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Relazione Introduttiva*, cit., 110 ss.; cfr. SCARPINATO, op. cit., 245.

⁶⁷ MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in a cura di CASSANO, "Gli strumenti di contrasto ai patrimoni di mafia", BARI - Neldiritto Editore Srl. 2009, 80 ss.; ID., *Dall' actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., 297 ss.; ID., *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/'65: la*

assolutamente auspicabile che la futura Direttiva eviti di promuovere in alcun modo l'introduzione di simili strumenti confiscatori.

In alcuni ordinamenti, come quello tedesco (§ 74 c) e francese (confiscation spéciale), nonché nella Proposta di direttiva si prevede, inoltre, la possibilità di applicare la confisca del valore equivalente nel caso in cui non è possibile colpire direttamente lo strumento del reato. Tale forma di confisca assume un chiaro contenuto afflittivo, perché se è possibile ammettere una qualche finalità preventiva nella confisca dello strumento del reato, nell'ipotesi in cui il reo non disponga più di tale strumento e si vuole comunque infliggergli una sofferenza patrimoniale di valore corrispondente, quella, se pur debole, finalità preventiva viene meno. Tale pena patrimoniale, però, può porsi in contrasto con il principio di tassatività in quanto il suo ammontare non è predeterminato per legge, ma dipende dalle circostanze del caso concreto, rischiando di comportare delle ingiustificate disparità di trattamento; il diverso valore dello strumento del reato non incide, infatti, o non incide necessariamente sul diverso disvalore del fatto e quindi non giustifica una disparità di trattamento punitivo. Questo risultato in ordinamenti come quello tedesco viene evitato attraverso l'applicazione del principio di proporzione che impone di commisurare la sanzione patrimoniale e la pena complessiva alla colpevolezza, o, comunque, di rinunciare all'applicazione della sanzione patrimoniale (o intervenire con sanzioni meno onerose) laddove si rischia di violare il principio di proporzione (si applica anche la clausola dell'onerosità, § 73 c)⁶⁸.

Nell'ordinamento italiano l'introduzione di una c.d. clausola dell'onerosità, che consenta di non applicare la confisca degli strumenti o di mitigarne gli effetti qualora risulti sproporzionata era prevista dall'art. 114, n. 3, del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso nel 2000⁶⁹.

4. Art. 4, la confisca allargata: il nuovo requisito della sproporzione e la FRA OPINION.

Un nuovo considerando, il 2 bis, introdotto dal terzo emendamento, evidenzia l'importanza dei poteri estesi di confisca tra gli strumenti per la lotta al crimine organizzato⁷⁰. Emerge l'esigenza in risposta alle sollecitazioni espresse nella FRA OPINION di evidenziare lo scopo di politica criminale che può giustificare l'interferenza nel diritto di proprietà – garantito dall'art. 17 ECHR e dall'art. 1 del I Protocollo CEDU - che una simile misura comporta, in conformità con le indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU: "*For any interference to be justified, it needs to pursue a legitimate aim which must be necessary and provided for by law (legality). ... Such legitimate aim should clearly be directed at the seriousness of the threat to justify proposed interference with the right to property*"⁷¹. Nella FRA OPINION si evidenzia che la forma di confisca in

nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca (decreto Tribunale di Palermo, Martello 2009), in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁸ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 80 – 81 ss.

⁶⁹ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 898 s.

⁷⁰ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 186 ss.

⁷¹ FRA OPINION, cit., 11 ss.

questione fondata sulla presunzione del compimento di ulteriori attività criminali oltre quella oggetto di condanna, può comportare una tale limitazione di diritti fondamentali da richiedere, innanzitutto, la delimitazione del suo ambito di operatività solo a determinati *reati gravi, richiedendo un approccio più restrittivo rispetto a quello emergente dall'art. 83 (1) TFUE che ricomprende dei reati considerati in sé non così gravi da giustificare un simile intervento ablatorio, come talune forme minori di corruzione, di riciclaggio, di contraffazione dei mezzi di pagamento o di computer crimes*⁷². Tale approccio restrittivo della FRA OPINION sembra assolutamente condivisibile, anche in considerazione del fatto che si deve trattare, comunque, di reati che possono fondare quella sorta di presunzione di continuità dell'attività criminale, fonte dell'illecito arricchimento, su cui si fondano i poteri estesi di confisca⁷³; tale richiamo ad un approccio restrittivo dovrebbe essere considerato laddove ai sensi della nuova disposizione inserita nell'Articolo 2 – punto 6 –, lettera k bis, si estenderà l'ambito di applicazione della futura direttiva ad altri reati oggetto di armonizzazione. Anche in relazione alla confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92 è sembrato eccessivo l'ampliamento del suo ambito di applicazione da parte del art. 1, comma 220, della legge finanziaria 2007 (n. 296/2006) a taluni reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione come il peculato e il peculato mediante profitto dell'errore altrui, la malversazione a danno dello Stato, l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, l'utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione di ufficio; non si tratta più di reati connessi al crimine organizzato, come può essere la corruzione utilizzata dalle organizzazioni criminali per infiltrarsi nell'economia lecita⁷⁴.

In relazione alla confisca allargata in seguito a condanna si deve precisare che le riforme proposte all'art. 4⁷⁵ dall'emendamento n. 31 evidenziano che il provvedimento

⁷² FRA OPINION, cit., 14, § 2.2.1., (28).

⁷³ Cfr. FRA OPINION, cit., 13, § 2.2.1., (26): "The underlying assumption is that a person, who has once committed an offence, may be suspected to have also committed other offences, on which basis assets in this person's possession can be assumed to result from other offences. These combined assumptions require corroboration by real evidence. The text of the proposal admits this by highlighting the necessity that a court should base its decision "on specific facts". Still, in cases under Article 4 of the proposal, as a rule, the concrete offences from which proceeds presumably derive will not be established".

⁷⁴ MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 501.

⁷⁵ Nella formula originaria della Proposta di Direttiva l'art. 4 recita "1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato laddove, sulla base di fatti specifici, l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti dal condannato mediante attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura. 2. Non può ricorrersi a confisca quando le attività criminali analoghe di cui al paragrafo 1 (a) non hanno potuto essere oggetto di un procedimento penale a motivo della prescrizione ai sensi del diritto nazionale, oppure (b) sono già state oggetto di un procedimento penale il cui esito è stata l'assoluzione definitiva dell'imputato, o in altri casi in cui si applichi il principio del *ne bis in idem*."

Nella formula emendata. 1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per consentire alle autorità giudiziarie di procedere alla confisca totale o parziale dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato laddove, sulla base di fatti specifici, come ad esempio il fatto che il valore di un bene sia sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti mediante attività di natura

di confisca debba essere pronunciato da “un’autorità giudiziaria”, fermo restando che anche nella versione originaria si richiamava l’autorità giudiziaria; anche laddove si ammette, infatti, che i provvedimenti di confisca vengano adottati, pur se in seguito a condanna, anche in un procedimento non penale o comunque non siano considerate pene, e siano pronunciate in un procedimento successivo alla condanna (come avviene per il *confiscation* inglese, o per l’*Erweiterter Verfall* tedesco o per la confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92 e come previsto nell’art. 9 della Proposta di Direttiva) in ogni caso solo l’autorità giudiziaria può pronunciare tale forma di confisca. Questa precisazione sembra, comunque, molto importante per garantire la giurisdizionalità dei procedimenti, anche se non penali, volti all’applicazione di una forma di confisca come quella allargata, che è fondata sulla convinzione del giudice dell’origine criminale degli assetti patrimoniali da sottrarre, in mancanza dell’accertamento del nesso causale tra specifici reati e specifici profitti, e che può essere particolarmente invasiva. Nella FRA OPINION si evidenzia, infatti, l’ineludibile necessità di rafforzare le garanzie procedurali nell’ambito dei procedimenti volti all’applicazione di forme di confisca allargata in adesione alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Un’altra modifica che viene proposta attiene all’indicazione del *carattere sproporzionato del valore di un bene rispetto al reddito legittimo della persona condannata* come esempio di “fatto specifico”, su cui fondare la convinzione del giudice dell’origine criminale dei beni da confiscare. L’inserimento di questo requisito è stato suggerito nella FRA OPINION per fornire alle Corti dei parametri più chiari in relazione al livello di prova richiesto⁷⁶, al fine di rendere la disciplina in questione più compatibile con la garanzia del diritto di proprietà prevista dall’art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea; in tale *Opinion* si evidenzia che le presunzioni su cui si fondano i poteri estesi di confisca (che il reo ha realizzato altri reati, dai quali siano derivati altri proventi) devono essere corroborate da prove concrete, come emerge nella Proposta di Direttiva laddove richiede che la Corte fondi la sua decisione su “fatti specifici” (*These combined assumptions require corroboration by real evidence. The text of the proposal admits this by highlighting the necessity that a court should base its decision “on specific facts”*)⁷⁷.

La previsione del requisito della sproporzione richiama la disciplina della confisca italiana che fonda sulla sproporzione dei singoli beni rispetto al reddito o all’attività economica la confisca allargata, in seguito a condanna, ex art. 12 *sexies* l. 356/92; anche se nell’art. 12 *sexies* la sproporzione è l’unico elemento probatorio a carico dell’accusa su cui si fonda l’ablazione “allargata” dei beni, mentre correttamente

criminale, piuttosto che da attività di altra natura. 2. Non può ricorrersi a confisca quando le attività criminali analoghe di cui al paragrafo 1 siano già state oggetto di un procedimento penale il cui esito è stata l’assoluzione definitiva della persona interessata o in altri casi in cui si applichi il principio del *ne bis in idem*.

⁷⁶ FAR Opinion, 2.2.1. (30) e 2.3 (36) “In addition, more detailed guidance for the courts in relation to the level of proof (that is, “substantially more probable”) required by the proposal could be considered, such as the explicit requirement to establish a marked disparity between the lawful income of an offender and the property at his or her disposal before ordering a confiscation.”

⁷⁷ FAR Opinion, 2.2.1. (26).

nella proposta di direttiva se ne propone l'inserimento solo come esempio di "fatto specifico" su cui fondare l'accertamento dell'origine illecita, seppure in base al discutibile standard civilistico, esaminato e criticato in altra sede⁷⁸. Prima della riforma introdotta dall'art. 3 della L. 24 luglio 1993, n. 256, l'art. 2 *ter* l. 575/65 (nella versione precedente alle riforme del 2008 e del 2009), nel disciplinare la confisca antimafia, richiedeva la "notevole sproporzione" come indizio tra gli altri dell'illecita provenienza; in seguito alla riforma l'indizio della mera sproporzione (la norma non richiede più che sia notevole) è già di per sé indice di illiceità della medesima ricchezza in quanto nella disponibilità del presunto mafioso⁷⁹ (nonostante qualche tentativo della giurisprudenza di richiedere l'accertamento sia della sproporzione sia dei sufficienti indizi di origine illecita, osservando che la novella del '93, n. 256 avrebbe avuto «un'incidenza contenutistica meno marcata di quella suggerita ad una prima lettura»⁸⁰).

Nella Decisione quadro 212/2005 uno dei modelli di confisca allargata proposti si fonda sull'accertamento del carattere sproporzionato del valore dei beni *accanto* alla prova dell'origine illecita (il giudice deve essere pienamente convinto in base a fatti concreti); anche nella decisione quadro, cui evidentemente si ispira la Proposta di Direttiva e l'emendamento in questione, la sproporzione non assurge a unico requisito su cui fondare la confisca allargata, data l'ambiguità che contraddistingue tale elemento⁸¹. In termini garantistici, allora, si deve evidenziare che negli emendamenti all'art. 4 viene proposta l'abolizione del riferimento alla natura analoga dell'attività fonte, come si esaminerà nel prossimo paragrafo, ma tale *deminutio* viene compensata dalla specificazione di tale requisito perché, come si afferma nella motivazione conclusiva al documento in esame, se da una parte si vogliono rafforzare le disposizioni relative ai poteri estesi di confisca, dall'altra parte, non si vuole scendere sotto la soglia stabilita dalla decisione quadro 212/2005 in termini di garanzie ("Le disposizioni relative ai poteri estesi di confisca sono state rafforzate in modo tale che

⁷⁸ MAUGERI, *op. cit.*, 186 ss.

⁷⁹ Cass., C.c., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Cass. pen.* 1999, 3238; Cass., 28 novembre 1996, n. 5218, Brodella, in *Cass. pen.* 1998, n. 373, 628; Cass., 19 dicembre 1996, Di Muro, in *Cass. pen.* 1997, 2576; Cass., 22 aprile 1996, n. 398, Brusca, in *Ced. Cass.*, rv. 205029, e in *Repertorio Foro it.* 1996, voce *Misure di prevenzione reali*, n. 63; Cass., 23 agosto 1994, n. 2860, Moriggi, *ivi* 1995, 837; Cass., 2 giugno 1994, Zanca, in *Riv. pen.* 1995, 526.

⁸⁰ Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, 2704; conforme Cass., 16 dicembre 2005, n. 1014, L.P.T., in <http://www.iuritalia.it/cpenale>.

⁸¹ Cfr. per tutti MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di CASSANO, NelDiritto Editore, 2009, 23: «Nell'ottica dell'attività d'impresa tout court gravitano sovente dinamiche che col decorso del tempo si rivelano non facilmente ricostruibili nel dettaglio ...; dinamiche che si riflettono sull'intelligibilità dei flussi, delle capacità finanziarie e delle relative operazioni, e che spesso si intrecciano in termini non sempre coerenti con le condizioni e gli strumenti di accesso al credito; dinamiche infine che, come ben si sa, non è possibile trasfondere sempre in termini inequivoci (e cioè senza margini di discrezionalità) nei documenti contabili e sociali»; «i limiti, le lacune e le ambiguità che caratterizzano le operazioni peritali di ricostruzione del patrimonio e soprattutto i suoi esiti si riflettono unicamente a detrimento del proposto: spetta infatti alla difesa "superare" limiti e difficoltà sovente insormontabili, pena la confisca dei beni».

prevedono un unico insieme di norme minime che non scende al di sotto della soglia stabilita dalla decisione quadro 2005/212/GAI”), perlomeno si spera che si faccia riferimento alle garanzie, perché in realtà non si specifica se non si debba scendere sotto la soglia stabilita in termini di garanzie o in termini di efficienza.

L’emendamento in esame richiede il carattere sproporzionato del singolo bene evidenziando, come precisato dalla Suprema Corte Italiana in relazione alla confisca antimafia ex art. 2 ter l. 575/’65 (art. 24 del cod. antimafia) e alla confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/’92 che *la sproporzione deve essere accertata rispetto al singolo bene al momento dell’acquisto* e non può, per contro, essere considerata come indizio dell’origine illecita di tutto il patrimonio, con il rischio di trasformare la confisca in questione in una confisca generale dei beni in violazione del principio di proporzione: “non è sufficiente un raffronto globale tra il patrimonio ed il reddito formalmente disponibile, ma è necessario accertare l’illecita provenienza di ogni singolo bene inserito nel patrimonio, comparando, al momento dell’acquisizione, il reddito ufficialmente disponibile con l’incremento patrimoniale determinato con l’acquisto del bene”⁸²; “né è sufficiente affermare che vi sia sproporzione tra reddito e patrimonio per ritenere che tutti i beni del soggetto proposto, vadano sequestrati e confiscati. Infatti, è sempre possibile che una persona tra quelle alle quali è applicabile una misura di prevenzione patrimoniale, possa avere anche beni acquisiti legittimamente”⁸³. La sentenza Montella del 2004 della Suprema Corte a Sezioni Unite⁸⁴, valorizza l’elemento della sproporzione quale parametro di misura dell’ambito di applicazione della confisca ex art. 12 *sexies*, precisando che la sproporzione non deve essere intesa come una qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, ma come un incongruo equilibrio tra questi, da valutarsi secondo le comuni regole di esperienza; “la sproporzione così intesa viene testualmente riferita, non al patrimonio come complesso unitario, ma alla somma dei singoli beni, con la conseguenza che i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti». La confisca deve sottrarre solo i *beni di valore sproporzionato*⁸⁵, solo l’entità di reddito di illecita provenienza che risulta dalla verifica della

⁸² Cass., sez. VI, 13 marzo 1997, n. 1105, Mannolo A., Rv. 208636, in *Cass. pen.* 1998, 1774; 28 marzo 2002, Ferrara e altri, *ivi* 2003, 605; Cass. 23 giugno 2004, Palumbo, *ivi* 2005, 2704.

⁸³ Per tutte Cass. 30 ottobre 2008, n. 44940; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E.; Cass. 16 gennaio 2007, n. 5234, L.e altro, in *Guida al dir.* 2007, 1067; Cass. 13 giugno 2006, Cosoleto e altri, in *C.e.d.*, n. 234733; Cass. 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.* 2005, 2704; Cass. 28 marzo 2002, Ferrara, *ivi* 2003, 605; Cass., Sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 803, Morabito; Cass., Sez. VI, 12 giugno 1997, Mannolo; ampiamente su tale giurisprudenza cfr. MAUGERI, *La lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., 516 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; CONTRAFFATTO, *op. cit.*, 110 ss.. Da ultimo sull’esigenza di rispettare l’art. 42 Cost. cfr. Cass., sez. I, 16 maggio 2012, n. 25464, G.N., in *www.dejure.it*.

⁸⁴ Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.* 2004, 1188.

⁸⁵ Cass., 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.* 1996, 3649.

sproporzione; deve colpire il reo solo nei limiti dello *scompenso* fra la consistenza del patrimonio nell'attuale disponibilità del soggetto e la sua attività economica⁸⁶.

Nell'emendamento in esame, ancora, suscita perplessità il richiamo come parametro di valutazione della sproporzione solo del reddito dichiarato e non anche "dell'attività economica"; sembra che la Commissione LIBE voglia allargare la confisca non consentendo di tenere conto dei redditi non dichiarati, anche se acquisiti lecitamente, nel valutare il carattere proporzionato o meno dell'acquisto di un bene o di assetti patrimoniali in un determinato momento storico, così determinando il rischio di considerare di origine illecita i proventi, pur leciti, ma oggetto di evasione fiscale (la minaccia della confisca non dei proventi dell'evasione fiscale, - ammesso che sia prevista una simile confisca -, ma del reddito di origine lecita sottratto alla dichiarazione fiscale verrebbe usata come deterrente contro la stessa evasione fiscale, ma violando il principio di legalità, perché non si tratterebbe della confisca dei proventi di attività criminali, e del principio di proporzione trattandosi di una pena patrimoniale non commensurabile).

Si deve evidenziare, inoltre, che nella FRA OPINION si richiede anche, per corroborare la presunzione di origine illecita degli assetti economici consolidati, *"the introduction of a relationship between the offence for which the offender is convicted and his or her conduct, which could come under deliberation by a court in the context of Article 4 of the proposal. The scope of the provision could be restricted to situations where such a court has sufficient evidence to assume that the offence was not committed as a singular event but only forms an instance in a series of similar offences, which the offender commits for a living or at least for recurrent gains amounting, over a certain period of time, to significant additional income. Such a specific element could help to substantiate and corroborate the assumption that other assets in the possession of the offender stem from similar offences"*. Nell'OPINION non si specifica in cosa debba consistere tale relazione, che dovrebbe essere ulteriore rispetto al, criticabile, carattere analogo delle ulteriori attività criminali, già richiesto nella Proposta di Direttiva; tale relazione potrebbe consistere nella *correlazione temporale* tra il reato realizzato e l'acquisto dei beni da confiscare o comunque le attività da cui derivano tali beni, richiesta in talune forme di confisca allargata e anche dalla giurisprudenza più garantista in relazione alla confisca misura di prevenzione. Un simile requisito, che rafforzerebbe decisamente la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare o, sarebbe meglio, la prova di tale origine illecita nel rispetto della presunzione d'innocenza (come "regola dell'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in via processuale"), delimiterebbe la forma di confisca in esame rendendola più compatibile al principio di proporzione, come esaminato in altra sede⁸⁷.

⁸⁶ Sull'accertamento della sproporzione cfr. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici - strutture di coordinamento - legislazione vigente*, Milano 2009, 38 ss.; Id., *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco* 1993, 10117; cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova 2001, 287.

⁸⁷ Cfr. MAUGERI, op. cit., 189; Id., *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in (a cura di) CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, NelDiritto Editore - Bari 2009, p. 39 ss.; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in MAZZA-VIGANO', *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2009, 425. Da ultimo

La FRA OPINION, infine, sollecita ulteriormente il rispetto delle garanzie della difesa richiedendo che un ulteriore chiarimento “*of the term “effective possibility to contest the probability” employed by Article 8 of the proposal in relation to the proceedings provided for in Article 4 could be considered, in order to meet the necessary defence rights standards*”⁸⁸. In relazione a una forma di confisca allargata che continua a essere fondata sull’ambiguo e criticato standard della prova civilistico, se pur rafforzato (“sulla base di fatti specifici.....l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile”)⁸⁹, tale richiamo dovrebbe essere interpretato come un monito a rafforzare lo standard probatorio ai fini dell’applicazione della forma di confisca in esame. Anche l’*European Criminal Bar Association* nella sua relazione sulla Proposta di Direttiva critica l’uso di un basso standard della prova e richiede che venga specificato negli artt. 4 e 5 che “*the court has to determine that the proceeds derive from a criminal activity even if the substantive offence does not have to be necessarily determined. Confiscation measures have to follow high constitutional standards in all EU member states in terms of the fundamental right of full enjoyment of property. Dependant on the stage of the criminal proceeding there are different degrees of suspicion necessary, at the end of a trial there must be a clear conviction*”.

In ogni caso si può ricordare che in relazione a una simile forma di confisca “allargata” in seguito a condanna, il *confiscation* britannico, la Corte EDU ha negato la violazione della presunzione d’innocenza ex art. 6, § 2 della Convenzione, sia quando ne ha pienamente riconosciuto il carattere penale applicando le garanzie dell’art. 7⁹⁰, sia laddove ha stabilito che il principio in esame attiene alla dimostrazione della colpevolezza dell’imputato, che nel caso di specie avviene regolarmente, mentre la questione relativa alla misura della sanzione (i beni confiscabili in base alla presunzione dell’origine illecita) non riguarda la presunzione d’innocenza (rientra nel *sentencing process* che consegue la condanna)⁹¹. La Corte allora nega l’applicabilità delle garanzie dell’art. 6, c. 2 della CEDU non solo perchè non comporta “*any new “charge” within the meaning of Article 6 § 2*”, ma perchè anche considerando che le garanzie

continua a richiedere la correlazione temporale Cass., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, C. e altro, in *www.dejure.it*: “In tema di sequestro preventivo di beni di cui è possibile la confisca, la presunzione di illegittima acquisizione degli stessi da parte dell’imputato deve essere circoscritta in un ambito di ragionevolezza temporale, dovendosi dar conto che i beni non siano “*ictu oculi*” estranei al reato perchè acquistati in un periodo di tempo eccessivamente antecedente alla commissione di quest’ultimo”.

⁸⁸ FRA OPINION, cit., § 2.2.2.(34).

⁸⁹ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 186 ss.

⁹⁰ Corte eur. dei dir. dell’uomo, *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 (*Leg. pen.* 1995, 522).

⁹¹ 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 inadempimento -, 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*”, Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n° 41087/98, §§ 36, 32 - 34; Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Grayson & Barnham v. The United Kingdom*, n. 19955/05 e 15085/06, in *www.coe.int*, § 37 ss.

dell'art. 6, c. 2 governano i procedimenti penali interamente e non solamente nell'esame del merito dell'accusa⁹², 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 Convenzione⁹³. Si ammette che nel caso in esame si finisce per applicare una presunzione, ma si richiama la giurisprudenza della stessa Corte circa l'ammissibilità di presunzioni in materia penale, purché siano confutabili e mantenute entro limiti ragionevoli in conformità al principio di proporzionalità; si ribadisce che il rispetto di tale principio in questo settore è determinato dall'apprestazione di opportune garanzie ai diritti della difesa, che si ritengono salvaguardati in quanto si consente all'imputato di confutare la presunzione in esame in base allo *standard* civilistico della prevalenza delle probabilità⁹⁴ (si nega, quindi, anche la violazione del più ampio diritto a un giusto processo previsto dal comma 1 dell'art. 6)⁹⁵.

4.1. segue. L'abrogazione del requisito del carattere "analogo" dell'attività illecita fonte.

Nel disciplinare la confisca allargata ex art. 4 si prevede un'importante riforma che tiene conto di una critica avanzata in dottrina al testo originale della proposta di direttiva⁹⁶: non si richiede più che il giudice accerti, oltre all'origine criminale dei beni, che i proventi provengano da "attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura"; ci si limita correttamente a richiedere che i profitti provengano da "attività di natura criminale". L'espressione "l'autorità giudiziaria ritenga ...che i beni in questione siano stati ottenuti mediante attività di natura criminale, piuttosto che da attività di altra natura" indica chiaramente che si pretende solo l'accertamento (sia molto più probabile) che i beni in questione derivino da "attività criminali", da reati, piuttosto che da attività di "altra natura" rispetto a quella criminale, e quindi *lecita*: si richiede semplicemente la prova della mera origine criminale dei beni da confiscare, in contrasto con una possibile provenienza da altre attività lecite.

Tale modifica appare assolutamente opportuna perché tale requisito, previsto in uno dei modelli di confisca allargata contemplato dalla decisione quadro n. 212/2005,

⁹²) Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, cit., § 35; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Minelli v. Switzerland*, 25 marzo 1983, Series A no. 62, pp. 15-16, § 30; *Sekanina v. Austria*, 25 agosto 1993, Series A no. 266-A; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Allenet de Ribemont v. France*, 10 febbraio 1995, Series A no. 308.

⁹³) Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, cit., §§ 36, 32 – 34; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Grayson & Barnham*, cit., § 37 ss.

⁹⁴) Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, cit.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 luglio 2005, *Van Offeren c. the Netherlands*, n. 19581/04. Cfr. ALLDRIGE, *Smuggling, Confiscation and Forfeiture*, in *The Modern Law Review Limited* 2002, 781.

⁹⁵) Cfr. ASHWORTH, *Article 6 and the Fairness of Trials*, in *Crim.L.R.* 1999, 266 – 267.

⁹⁶) Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 188 ss.

ma sostanzialmente non previsto negli ordinamenti nazionali (prima previsto dal § 20, c. 2 öStGB, è stato abrogato nel § 20b öStGB⁹⁷), porrebbe non pochi problemi di accertamento, a parte la difficoltà di stabilire che cosa si intenda con “medesima natura”. Come esaminato in altra sede, un tale elemento imporrebbe un più preciso sforzo probatorio all'accusa che dovrebbe fornire la prova indiziaria, pur nei limiti civilistici, non di una generica origine illecita dei cespiti patrimoniali accumulati nel tempo, ma del fatto che l'interessato svolga pressochè in materia professionale quel tipo specifico di attività delittuosa, avendo commesso o essendo stato coinvolto in altri reati aventi natura simile, anche se non possono essere provati in giudizio (perlomeno attività rientranti nell'art. 83 TFUE, sui cui poteri si fonda la proposta di Direttiva in esame). Si imporrebbe all'accusa un particolare sforzo probatorio in sé apprezzabile, se non fosse per il fatto che la pretesa legislativa sottesa rischia di essere contraddittoria: da una parte si ammette la confisca allargata presupponendo che l'accusa non riesca a provare i delitti fonte dei proventi illeciti, - ma riesca solo a fornire indizi dell'origine illecita o della mancanza di spiegazioni alternative -, dall'altra si richiederebbe all'accusa di accertare che i delitti fonte abbiano la stessa natura del reato per il quale l'imputato viene condannato. Una simile pretesa potrebbe compromettere l'efficienza del modello di confisca allargata in esame, perché se da una parte si abbassano le garanzie accontentandosi della prova civilistica, più probabile che no, dall'altra si delimiterebbe l'ambito di applicazione della confisca; cosa accadrebbe se il giudice accertasse, anche se in base allo standard civilistico, la provenienza dei beni da reati aventi natura diversa? Non li potrebbe confiscare e si dovrebbe iniziare un altro procedimento per ottenere una condanna e applicare la confisca nei confronti di questi beni.

Il Comitato non ha provveduto, però, a proporre la modifica del paragrafo 2 dell'art. 4 che continua a fare riferimento ad attività criminali analoghe “Non può ricorrersi a confisca quando le attività criminali analoghe di cui al paragrafo 1”:

⁹⁷ Nell'ordinamento austriaco si prevedeva una forma di confisca allargata, la restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 öStGB), che presupponeva la condanna per i più gravi *Verbrechen* (§ 17) e la sussistenza di indizi circa la provenienza dei beni da un'attività criminale di *uguale natura* e anche temporalmente connessa a quella oggetto di condanna (tale regola si applicava anche in relazione ai beni ottenuti dal reo in "connessione temporale" con la sua partecipazione ad un'organizzazione criminale (§ 278a) o terroristica (§ 278b), art. 20, c. 3 öStGB).

Tale disciplina è stata modificata dal BGBl. I Nr. 108/2010: Strafrechtliches Kompetenzpaket (sKp). Oggi si consente la confisca estesa, *Erweiterter Verfall* (dall'art. 20 b öStGB), solo in relazione alle organizzazioni criminali o terroristiche nella forma già prevista nella precedente versione dell'art. 20 b öStGB, nonché in seguito alla consumazione di alcuni specifici delitti, - §§ 165 (riciclaggio), 278 (associazione a delinquere), 278c (delitti con finalità di terrorismo) -, o comunque di un *Verbrechen*; vengono sottratti i profitti conseguiti in connessione temporale con la consumazione di tali delitti, laddove sussista il sospetto della loro origine illecita e non è credibile l'origine legale (“*sind auch jene Vermögenswerte für verfallen zu erklären, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit dieser Tat erlangt wurden, sofern die Annahme naheliegt, dass sie aus einer rechtswidrigen Tat stammen und ihre rechtmäßige Herkunft nicht glaubhaft gemacht werden kann*”). La legge di riforma ha abrogato l'*Abschöpfung der Bereicherung*, ha introdotto la nuova *Konfiscation* § 19a StGB (*instrumenta et producta sceleris*) e ha modificato i paragrafi da 20 a 20c StGB, riformando la disciplina del *Verfall* e introducendo l'*Erweiterten Verfall*. Cfr. EDER, *Schule des österreichischen Rechts, Wroclaw/Salzburg Strafrecht und Strafoverfahrensrecht*, WS 2010/11, in <http://prawo.uni.wroc.pl/pliki/8538>.

un'evidente svista alla quale si dovrà rimediare laddove gli emendamenti siano recepiti.

4.2. I profitti provenienti dai reati prescritti diventano confiscabili?

Già dalla proposta di riforma del considerando n. 11 (emendamento n. 7) emerge un'importante proposta di modifica del testo della direttiva che consiste nella cancellazione della parte relativa al divieto di applicare la confisca estesa ai profitti provenienti da reati prescritti: "La confisca estesa deve essere esclusa qualora le attività criminali analoghe non abbiano potuto essere oggetto di un processo penale a motivo della prescrizione ai sensi del diritto penale nazionale". Tale proposta di emendamento sembra assolutamente apprezzabile in termini di concretezza e di efficienza della confisca allargata in quanto normalmente nelle discipline nazionali non si pone tale limite all'ambito di applicazione di forme di confisca allargata, presupponendo che l'accusa non riesca ad accertare quali siano gli specifici reati a monte dei singoli beni o cespiti patrimoniali, ma piuttosto che riuscirà a fornire solo una prova indiziaria dell'origine criminale dei beni da confiscare, a partire dalla prova della mancanza di giustificazioni lecite, - come avviene in relazione all'*Erweiterter Verfall* tedesco ex art. 73d StGB -, o dalla prova della sproporzione del valore del bene rispetto ai redditi o alle attività economiche al momento dell'acquisto, - come avviene nell'ordinamento italiano ai fini della confisca ex art. 12 *sexies* l. 356/92.

La previsione che l'emendamento vuole eliminare comprometterebbe, infatti, l'efficienza della confisca allargata, rendendo auspicabile che dalle indagini non emergesse la prova dell'origine criminale dei beni da reati ormai prescritti, perché ciò impedirebbe la confisca pur in presenza della prova circa l'origine criminale dei beni (del resto se i reati non fossero prescritti, si potrebbe procedere nei loro confronti); per sottrarre il bene alla confisca, provare l'origine criminale del bene da un reato prescritto converrebbe, per assurdo, alla difesa.

Si mantiene l'esclusione della confiscabilità dei proventi di attività che siano state oggetto di un procedimento penale "il cui esito è stata l'assoluzione definitiva della persona interessata o in altri casi in cui si applichi il principio del *ne bis in idem*"; si mantiene l'ipotesi dell'assoluzione impedendo quella prassi per cui anche in seguito all'assoluzione è possibile procedere all'applicazione di misure di prevenzione antimafia⁹⁸ o di ad altre forme di confisca allargata previste in alcuni ordinamenti stranieri (come quello svizzero o inglese), prassi già messa in discussione dalla Corte europea nella sentenza *Geerings* (relativa ad una forma di confisca allargata prevista

⁹⁸ Da ultimo Cass., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 11979, G.P., in *www.dejure.it*; interessante Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 6588, F.: "In tema di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose, è illegittimo, per essere la motivazione meramente apparente, il decreto con cui il giudice di appello confermi la misura della sorveglianza speciale nei confronti del preposto, sulla scia di una sentenza di condanna di primo grado per il delitto di cui all'art. 416 bis cod. pen., senza tenere in conto alcuno la sentenza di assoluzione intervenuta in appello". Cfr. Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, (29 aprile 2013), n. 18799, che esclude l'applicabilità della confisca per equivalente in seguito alla prescrizione in considerazione della natura sanzionatoria di una tale forma di confisca.

dall'art. 36e § 2 del codice penale olandese)⁹⁹. Si dovrebbe impedire quella prassi in base alla quale le prove insufficienti ai fini della condanna siano considerate come sufficienti indizi ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione personali o patrimoniali, "finendo per trasformarsi non solo in pene di sospetto, ma determinando, laddove vengono inflitte nei confronti del recidivo considerato capace di tornare a delinquere, una sorta di *circuito sanzionatorio senza fine* (con l'aggravante che la selezione delle persone da sottoporre a tali misure avviene da parte del questore o del pubblico ministero in maniera sostanzialmente incontrollabile per il giudice)"¹⁰⁰.

Una delle conseguenze di una simile disposizione volta a prevenire il rischio del *ne bis in idem* sarà, però, quella di impedire la confisca dei profitti dei reati prescritti. Non si impedirà la confisca dei proventi di reati che "non abbiano potuto essere oggetto di un processo penale a motivo della prescrizione ai sensi del diritto penale nazionale", ma laddove la prescrizione comporti una sentenza di non luogo a procedere, però, si dovrebbe escludere l'applicazione della confisca, anche se nel corso del procedimento svolto prima della prescrizione ne sia stata accertata – ancorché non definitivamente – l'origine illecita; lo stesso tipo di problemi si pone laddove il proscioglimento sia dovuto, ad esempio, ad amnistia. Pur rimanendo valido il principio di base per cui una piena assoluzione nel merito dovrebbe impedire un successivo procedimento patrimoniale per confiscare i profitti derivanti dalle medesime condotte "assolte", bisognerebbe distinguere il tipo di sentenza che conclude il procedimento, consentendo in ipotesi limitate il procedimento *in rem*¹⁰¹. In tale direzione, del resto, in Italia la l.n. 34/2008, legge comunitaria non attuata, prevedeva per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro 212/2005, la confisca obbligatoria del prodotto, del prezzo del reato, nonché del profitto, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato¹⁰².

⁹⁹ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 1 marzo 2007, *Geerings v. the Netherlands*, n. 30810/03, § 48: "Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted. 49. In the Asan Rushiti judgment (cited above, § 31), the Court emphasised that Article 6 § 2 embodies a general rule that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible." Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 193; BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione d'innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2007, 3936.

¹⁰⁰ Così MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 367; cfr. LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio*, in *Quest. Giust.* 1999, n. 4, 732; PETRINI, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, in *Nuove forme di prevenzione della criminalità organizzata: gli strumenti di aggressione dei profitti di reato e le misure di prevenzione*, in *Quaderni del C.S.M.* 1998, n. 104, 21.

¹⁰¹ PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 1672 – in particolare 1702 ss..

¹⁰² Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *op. cit.*, 194 per ulteriori considerazioni su tale profilo; cfr. PANZARASA, *op. cit.*, 1710, il quale, partendo dall'idea che venga in considerazione una forma di confisca avente natura punitiva, valuta positivamente la disposizione in questione osservando che essa

5. Un cambio di rotta: l'actio in rem come modello di confisca europea (art. 5 confisca senza condanna).

Nella versione originale della Proposta di Direttiva, come evidenziato in altra sede, si propone una forma di *actio in rem* che può essere svolta solo in limitate situazioni in cui non è possibile procedere *in personam* perché il reo è deceduto, è affetto da malattia permanente o quando la fuga o la malattia non consente di agire in tempi ragionevoli; non si tratta quindi di una vera e propria *actio in rem* che consente di aggredire il patrimonio di origine sospetta indipendentemente dal processo penale *in personam*, come avviene ai fini dell'applicazione del *civil forfeiture* e sostanzialmente in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali antimafia (fermo restando che il proprietario deve essere indiziato), ma si tratta piuttosto di un procedimento "autonomo" che consente di aggredire i profitti illeciti solo in specifiche situazioni in cui non sia possibile procedere *in personam*, un modello in parte recepito anche in ordinamenti fondamentalmente garantisti come quello tedesco, che non conoscono l'*actio in rem*¹⁰³; si richiede, come evidenziato anche nella FRA OPINION, che il proprietario sia sospettato o accusato, escludendo i casi in cui il sospettato non sia identificato, e la Corte deve ritenere che, se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato, il procedimento avrebbe potuto portare ad una condanna penale¹⁰⁴.

Già rispetto a questo modello di confisca "autonoma" nella FRA OPINION si avanzano delle perplessità in relazione al rispetto dei diritti procedurali, laddove tale forma di confisca presuppone questa sorta di "*prediction that the proceedings could have ended with the suspect's or accused's conviction, Article 5 of the proposal suggests that, what can justify non-conviction based confiscation is a court's prognosis*"¹⁰⁵; del resto anche nell'ordinamento italiano è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale nei

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

¹⁰³ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 198 ss.

¹⁰⁴ Cfr. MANGIARACINA, *op. cit.*, 376 la quale evidenzia i problemi che tale normativa pone anche in relazione alla garanzia del diritto di difesa personale dell'imputato, sub specie del diritto di partecipare al processo.

¹⁰⁵ FRA Opinion, cit., § 1.2 (13) e (14), 10.

confronti del sistema della confisca misura di prevenzione laddove consente la confisca nei confronti del morto e, quindi, dei suoi successori¹⁰⁶.

La “Commissione LIBE”, addirittura, propone una scelta di politica criminale fondamentalmente e radicalmente diversa, attraverso l’adozione dell’*actio in rem* pura come modello fondamentale della confisca europea sul quale promuovere il mutuo riconoscimento¹⁰⁷, anche se, come si esaminerà, si vuole imporre un modello giurisdizionalizzato e garantistico, qualificando la confisca senza condanna come “sanzione penale” da sottoporre alle garanzie previste dalla CEDU. Tale proposta di emendamento, allora, accoglie le sollecitazioni della Raccomandazione del 2011 del Parlamento Europeo, in materia di lotta alla criminalità organizzata, all’adozione dell’*actio in rem*, ed è in linea con le Raccomandazioni del GAFI¹⁰⁸ e con la realtà di diversi ordinamenti europei (si pensi al *civil forfeiture* inglese o irlandese, alle misure di prevenzione patrimoniali antimafia il cui procedimento, soprattutto dopo le riforme del 2008 e del 2009, si è molto avvicinato e in alcune ipotesi si identifica con un *actio in rem*).

La decisione quadro 212/2005 sui poteri allargati di confisca, invece, ammette che il legislatore nazionale possa prevedere per l’applicazione del provvedimento di confisca procedure diverse da quella penale, ma presuppone comunque una condanna (si fa riferimento a beni della “persona condannata”), non ricomprendendo quindi quei procedimenti *in rem* che consentono l’applicazione di forme di confisca allargata a prescindere da una pronuncia di condanna. Per contro la Convenzione di Strasburgo del 1990, sul riciclaggio e la confisca dei proventi illeciti, consente di utilizzare ogni tipo di procedimento, indipendentemente dalla sua relazione con procedimenti penali e dalle regole procedurali applicabili, per l’applicazione di un provvedimento di confisca, purché sia condotto dall’autorità giudiziaria e abbia natura penale, nel senso di riguardare strumenti o proventi di reato; anche i procedimenti *in rem*, si specifica nel

¹⁰⁶ Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Dir. Pen. Cont.* 2012, www.penalecontemporano.it; la Corte Costituzionale ha negato l’incompatibilità della disciplina in questione con il diritto di difesa – art. 24 Cost. – e con il diritto al giusto processo – art. 111 Cost., osservando che sono garantiti i diritti di difesa dei successori, che sono le parti processuali, ma soprattutto ribadendo la peculiarità del procedimento patrimoniale rispetto al processo penale e quindi l’impossibilità di riconoscere le medesime garanzie laddove viene in gioco il patrimonio e non la libertà personale; conforme Corte Cost., 30 luglio 2012, n. 216, in *Cass. pen.* 2012, 12, 4075. Cfr. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell’actio in rem*, in *Giur. cost.* 2012, 242 s., che trae dalla prima pronuncia, la n. 21, il sostanziale riconoscimento della costituzionalità dello sganciamento delle misure personali dalle patrimoniali. Timori per la violazione dei diritti di difesa e del contraddittorio derivanti dalla separazione in questione, invece, in D’ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell’ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità «patrimoniale»*, in BARGI-CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino 2011, 125; MANGIONE, *La confisca di prevenzione dopo i «due» pacchetti sicurezza*, in MAZZARESE -AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano 2010, 61.

¹⁰⁷ Cfr. ECBA, *op. cit.*, 5 fortemente critica nei confronti della confisca senza condanna, che viola i principi di presunzione d’innocenza, *ne bis in idem* e il diritto al pacifico godimento del diritto di proprietà.

¹⁰⁸ Art. 4, § 3 FATE, *International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, febbraio 2012.

rapporto esplicativo, rientrano in tale categoria¹⁰⁹ e, quindi, anche il procedimento giurisdizionale volto all'applicazione delle misure di prevenzione¹¹⁰.

Per realizzare la proposta di valorizzare l'*actio in rem*, la Commissione LIBE sottolinea nell'ambito dell'emendamento (n. 1) al primo considerando la necessità di attivare maggiormente, rispetto alle indicazioni provenienti dalla Proposta di direttiva, il reciproco riconoscimento anche delle misure ablativo "adottate in un settore diverso da quello del diritto penale o altrimenti adottate in assenza di una condanna penale nelle circostanze definite all'articolo 5 aventi per oggetto, più in generale, ogni possibile bene o reddito attribuibile ad una organizzazione criminale o ad una persona sospettata o accusata di appartenere ad un'organizzazione criminale".

In questo primo considerando, però, l'adozione più ampia dell'*actio in rem* è espressamente funzionalizzata alla lotta contro la criminalità organizzata, in linea con l'ambito di competenza derivante dall'art. 83, § 1 TFUE. In relazione alla confisca senza condanna tale delimitazione sembra particolarmente opportuna, se si considera l'affievolimento delle garanzie della materia penale che l'adozione di tale strumento comporta. Tale delimitazione dell'ambito di operatività dell'*actio in rem* in relazione a "serious offences" è, infatti, espressamente richiesta nella FRA OPINION nel richiedere un rafforzamento delle garanzie procedurali al fine di garantire il rispetto della presunzione d'innocenza, del diritto di difesa, dei principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, nonché del principio del *ne bis in idem* ai sensi degli articoli da 48 a 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Anche in questo caso si ritiene assolutamente opportuno il richiamo a un approccio restrittivo della FRA OPINION, tanto più laddove si estenderà l'ambito di applicazione della futura direttiva ad altri reati armonizzati ai sensi dell'Art. 2, – punto 6 –, lettera k bis.

In tale ambito assume, ancora, una particolare importanza un nuovo considerando, il 7 *ter*, introdotto dall'emendamento n. 5, con il quale si mette in risalto la libertà degli Stati membri "di adottare le procedure di confisca collegate a una causa

¹⁰⁹ Cfr. *Rapporto esplicativo*, 214, in BROWN, *Proceeds of Crime, Money Laundering, Confiscation & Forfeiture*, Edinburgh 1996, 93.

¹¹⁰ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 597; *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. di dir. pen. econ.* 2007, 569 ss.; MO EGAN, *Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, 19, 172, precisa "The 1990 Convention provides that a Member State can refuse to cooperate if 'the action sought would be contrary to the fundamental principles of the legal system of the requested party. More specifically Member State can refuse to cooperate in the execution of a confiscation order where the request does not relate to a previous conviction. So ultimately, while it can provide a legal basis for cooperation in non-conviction based recoveries parties are not bound to cooperate"; cfr. MELILLO, *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Quest. Giust.* 2004, 777 – 778; BALSAMO – DE AMICIS, *L'art. 12-quinquies della l. n. 356/1992 e la tutela del sistema economico contro le nuove strategie delle organizzazioni criminali: repressione penale "anticipata" e prospettive di collaborazione internazionale*, in *Cass. pen.* 2005, 2085, m. 882; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 109; MANGIARACINA, *op. cit.*, 372; ALFONSO, *Confisca e sequestro*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, 2007, 254.

penale dinanzi a qualsiasi giudice penale, civile o amministrativo” e l’emendamento n. 6 al nono considerando, che ribadisce la possibilità di applicare la confisca anche senza condanna, nel sottolineare che si deve accogliere una nozione ampia di provento anche ai fini della confisca per equivalente. L’emendamento n. 8 al 12 considerando si pone nella stessa direzione, nell’intento di ricomprendere qualunque ipotesi in cui gli Stati membri già prevedono forme di confisca senza condanna, specificando che oltre alle ipotesi già indicate nella proposta di direttiva, “in altri casi alcuni Stati membri permettono la confisca, per esempio, laddove non si possa dar seguito a una condanna penale o non la si possa ottenere, qualora l’autorità giudiziaria sia convinta, dopo aver utilizzato tutti i mezzi di prova disponibili, inclusa la sproporzionalità dei beni rispetto al reddito dichiarato, che i beni derivano da attività di natura criminale”. Si introduce un sorta di palese riferimento alla confisca antimafia che in maniera ampia, indipendentemente dal verificarsi di una situazione di fuga o di incapacità processuale o di decesso, consente la confisca senza condanna in base alla convinzione del giudice dell’origine illecita o all’accertamento della sproporzione del valore di beni rispetto al reddito dichiarato; il modello delle misure di prevenzione sembra assurgere a modello della futura confisca europea.

La *Commissione LIBE* propone, ancora, l’introduzione del considerando “18 bis” (emendamento n. 22) in cui si precisa che non solo “Alcuni Stati membri hanno già adottato con successo sistemi di confisca non basati sulla condanna” ma soprattutto che la “Corte europea dei diritti dell’uomo non ha mai considerato il fatto che una persona possa essere soggetta a una misura di privazione dei suoi beni come una violazione dei diritti fondamentali, sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e dalla CEDU”. Si fa riferimento chiaramente alle ormai numerose sentenze della Corte EDU che riconoscono la conformità alle garanzie della CEDU di talune forme di confisca allargata dei profitti del reato, anche senza condanna, come avvenuto in relazione alla confisca misura di prevenzione antimafia in cui si ritiene che tale forma di regolamentazione del diritto di proprietà, ai sensi del 2° comma dell’art. 1 del I Protocollo CEDU, comporta un sacrificio del diritto di proprietà proporzionato allo scopo perseguito, a partire dalla necessità di garantire l’ordinata e pacifica convivenza sociale¹¹¹, in reazione alla gravità e al dilagare del fenomeno mafioso¹¹² (è stata, però, contestata la violazione dell’art. 6, c. 1 per la mancanza di un’udienza pubblica¹¹³); o a quelle sentenze relative al *civil forfeiture* inglese che riconoscono che il

¹¹¹ Commission Eur., 15 aprile 1991, Marandino, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports* (DR) 70, 78; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1994, Série A vol. 281, 7; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, n°. 55927/00, in *www.coe.it*, 4; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n°. 52024/99, *ivi*, 5; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n°. 52439/99, *ivi*, 6; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Bocellari e Rizza c. Italia, n°. 399/02, *ivi*, 8.

¹¹² Corte eur. dei dir. dell’uomo, Raimondo, *cit.*, 17 e 250; Commission Eur., Marandino, *cit.*, 81. Corte eur. dei dir. dell’uomo, Prisco, *cit.*; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Arcuri, *cit.*, 3 - 4; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Riela, *cit.*, 5; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Bocellari, *cit.*, 6.

¹¹³ Corte eur. dei dir. dell’uomo, Bocellari, *cit.*; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 8 luglio 2008, Perre et autres c. Italie, no 1905/05, *ivi*; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, n. 4514/07; Corte

sacrificio del diritto di proprietà è un mezzo proporzionato allo scopo da perseguire, la lotta contro il traffico di stupefacenti, e garante dei diritti fondamentali¹¹⁴. Anche se, in realtà, non sono mancate delle pronunce della Corte EDU che hanno considerato talune particolari forme di confisca in contrasto con le garanzie della CEDU e sproporzionate rispetto allo scopo perseguito¹¹⁵, a partire dalla sentenza *Welch* che aveva considerato il *confiscation* inglese come una pena applicata in violazione del principio di irretroattività (art. 7 CEDU)¹¹⁶ o le sentenze che hanno contestato l'applicazione di forme di confisca in violazione del principio di legalità¹¹⁷ o di proporzione¹¹⁸, o addirittura nel caso *Paraponiaris*¹¹⁹ dei principi del giusto processo

eur. dei dir. dell'uomo, 2 febbraio 2010, Leone c. Italia, n. 30506/07; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, n. 24920/07; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 luglio 2011, Paleari c. Italia, n. 55772/08; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia, n. 55743/08. Cfr. Corte costituzionale, 12 marzo 2010, n. 93; Corte Cost., 7 marzo 2011, n. 80, in G.U. 13/03/2011 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>), che nega la necessità dell'udienza pubblica nel ricorso in Cassazione; Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13426; Cass. 17 novembre 2011, n. 7800, C. e altro, in www.dejure.giuffre.it.

¹¹⁴ Il controllo del *Magistrates' Court* e in appello del *Crown Court* sono sufficienti; i diritti della difesa sono garantiti; l'uso delle presunzioni è giustificato in materia penale, tanto più in materia civile, cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Butler*, cit., 8.

¹¹⁵ Come nel caso *Sud Fondi* in relazione alla confisca del terreno abusivamente lottizzato (che assume un evidente carattere punitivo), Corte eur. dei dir. dell'uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl*, §§ 114 – 118, in www.coe.int. In questo caso la Corte ritiene che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni delle ricorrenti era arbitrario e che vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 perché nel caso di specie il reato rispetto al quale la confisca è stata inflitta alle ricorrenti non aveva alcuna base legale ai sensi della Convenzione e la sanzione inflitta alle stesse era arbitraria. La Corte ritiene opportuno precisare, “tenuto conto della gravità dei fatti denunciati nella presente causa”, che la sanzione è sproporzionata rispetto all'interesse generale della comunità perseguito, tenendo presente che deve sussistere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (*Air Canada* già cit., § 36) in quanto “la buona fede e l'assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo (a contrario, *Agosi*, già cit., §§ 54-55 e 58-60; *Air Canada*, già cit., §§ 44-46)” e “le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza né, a dir poco, del rapporto tra la condotta delle ricorrenti e il reato controverso” (§§ 138 – 139); la Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche.

¹¹⁶ Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Welch v. United Kingdom*, cit.

¹¹⁷ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 ottobre 2009, *Adzhigovich c. Russia*, n. 23202/05, in www.coe.int; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 23 ottobre 2008, *Khuzhin e a. c. Russia*, n. 13470/02, *ivi*; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 13. Sent. 12 marzo 2009, *Plakhteyev e Plakhteyeva c. Ucraina*, n. 20347/03, *ivi*; cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 gennaio 2009, *Borzhonov c. Russia*, n. 18274/04, *ivi*.

¹¹⁸ Corte eur. dei dir. uomo, sez. I, 6 novembre 2008, *Ismayilov c. Russia*, no. 30352/03, in cui la Corte ha ritenuto che la confisca della somma non dichiarata (condanna per contrabbando) fosse sproporzionata ed eccessiva, non venendo in considerazione l'origine illegale della somma. Per una ricostruzione della giurisprudenza europea cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 530; ID., *La lotta contro l'accumulazione di profitti illeciti: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 541 ss.; ID., *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in *La gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata (le questioni di diritto civile, penale e amministrativo)*, a cura di MAZZARESE-AIELLO, Milano, 2010, 187 ss.; PADELETTI, Art. 1 Prot. add. Conv. eur. dir. uomo, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI (a cura di), Cedam, 2001, 814 ss.; MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte*, in *Diritto Penale*

(art. 6, c. 1 e 3) e della presunzione d'innocenza (art. 6, c. 2) laddove una forma di confisca per equivalente del profitto viene applicata in seguito a proscioglimento per prescrizione¹²⁰.

La nuova scelta di politica criminale della Commissione LIBE, volta ad adottare l'*actio in rem* come modello di confisca europeo, si esprime, quindi, chiaramente nelle proposte di riforma dell'art. 5 (emendamento n. 33) attraverso l'inserimento di un nuovo primo comma che prevede la confisca, anche allargata senza condanna: la "confisca, quale sanzione penale, dei proventi e strumenti di reato in assenza di una condanna penale qualora l'autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale"¹²¹; nel comma successivo si prevedono espressamente quelle ipotesi particolari già contemplate dalla Proposta di direttiva in cui ciascuno Stato membro deve adottare la confisca senza condanna, precisando attraverso l'inserimento dell'avverbio "altresì" che si tratta di ipotesi ulteriori: "Ciascuno Stato membro adotta altresì le misure necessarie".

L'originaria versione dell'art. 5, come osservato in altra sede, sembrava ammettere la confisca senza condanna solo della confisca di proprietà e non della confisca allargata, o perlomeno non era chiara; il nuovo primo comma prevede, invece, espressamente la possibilità di applicare la confisca estesa dei profitti, anche senza condanna.

Per il resto si richiamano le ipotesi già previste nella Proposta di direttiva, con alcuni emendamenti, e cioè l'applicabilità della confisca senza condanna quando l'indagato non può essere processato perché la morte, la malattia permanente e, si aggiunge, "la malattia" – quindi anche non permanente -, "abbia causato l'incapacità del medesimo di essere processato", espressione aggiunta, e impedisca di portare avanti l'azione penale, oppure la malattia o la fuga dell'indagato o imputato prima dell'azione penale o dell'emissione della condanna non consenta di agire penalmente entro tempi

Contemporaneo, 11 luglio 2012, 15 ss.; ABBADESSA-MAZZACUVA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà* (art. 1 Prot. 1 CEDU), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, 323 ss.; BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, 3936; MADHLOM, *Confiscation and Conspiracy: The Timing and Substance of a Conspiracy to Evade Excise Duty*, in *Journ. of Crim. Law*, 2011, 356 ss.

¹¹⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, in *www.coe.int*.

¹²⁰ Si contesta la violazione dei principi del giusto processo, art. 6, §§ 1 e 3 lett. c) CEDU, perché il ricorrente aveva esercitato i propri diritti difensivi solo rispetto agli esiti cui poteva legalmente pervenire il giudice al quale era sottoposto, e non ad altri; si contesta la mancanza di un'udienza pubblica (l'udienza preliminare non è pubblica, ed è caratterizzata da varie limitazioni ai diritti di difesa). La presunzione di innocenza viene violata laddove il giudice aveva esplicitamente affermato, nella sentenza che accertava l'avvenuto decorso della prescrizione, che "l'imputato risulta aver oggettivamente commesso il reato", fondando su tale premessa l'applicazione della confisca: "in assenza di un previo accertamento legale della colpevolezza di un imputato, la decisione giudiziaria che lo riguarda riflette la convinzione che egli sia colpevole". Cfr. PANZARASA, *op. cit.*, 1691 ss.

¹²¹ "Each Member State shall take the necessary measures to enable judicial authorities to confiscate, as a criminal sanction, proceeds and instrumentalities without a criminal conviction where a court is convinced on the basis of specific circumstances and all the available evidence that those assets derive from activities of a criminal nature, while fully respecting the provisions of Article 6 of the ECHR and the European Charter of Fundamental Rights".

ragionevoli e comporti il rischio grave che l'azione penale sia invalidata dalla prescrizione. La "Commissione LIBE" precisa, con le modifiche a quello che ora è diventato il secondo comma dell'art. 5, che la malattia può non essere permanente purchè comunque comporti l'impossibilità di sottoporre il soggetto a un processo e di proseguire l'azione penale ("abbia causato l'incapacità del medesimo di essere processato e impedisca di portare avanti l'azione penale"); *sembra opportuno tale emendamento che non pretende il carattere permanente della malattia, evitando le possibili difficoltà o incertezze di una simile definizione.*

Le proposte di emendamento della Commissione LIBE rigettano, allora, l'originaria opzione di accogliere l'*actio in rem* solo in ipotesi assolutamente delimitate, opzione che esprimeva chiaramente l'intento di fare prevalere le esigenze di rispetto delle garanzie di uno Stato di diritto sulle esigenze dell'efficienza della lotta alla criminalità del profitto: tale opzione di politica criminale sembra evidentemente alla Commissione LIBE non sufficiente al fine di garantire lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che rappresenta l'obiettivo dell'azione dell'Unione. Con le riforme introdotte dall'emendamento n. 33 prevalgono le esigenze della sicurezza su quelle della libertà, - della libertà di iniziativa economica e di tutela del diritto di proprietà, intrinsecamente connesse alla libertà personale, come emerge anche dal dettato dell'art. 1 del I Protocollo alla CEDU -. Con il nuovo primo comma dell'art. 5 si promuove, infatti, l'introduzione negli Stati membri di una vera e propria *actio in rem*, e cioè di un processo contro il patrimonio illecito, indipendentemente dalla sussistenza di esigenze particolari che impediscano l'azione *ad personam*; l'*actio in rem*, destinata all'applicazione anche di forme allargate di confisca, diviene una sostanziale alternativa all'azione penale *in personam*, come esaminato in altra sede, al fine di ostacolare l'infiltrazione criminale nell'economia¹²². In molti ordinamenti, infatti, come quello statunitense, australiano, inglese, irlandese, l'*actio in rem* è preferita in termini di efficienza nell'ambito della lotta al crimine organizzato o alla criminalità economica, perché consente di aggredire i patrimoni illeciti con procedimenti più snelli e con minori garanzie (richiedendo spesso un più basso onere della prova, *probable cause* o *by preponderance of evidence*, o comunque l'accesso a prove non utilizzabili nel processo penale, ad esempio testimonianze *de relato*, o in seguito ad assoluzione laddove gli indizi non siano sufficienti per una condanna)¹²³.

5.1. Misura "di natura penale" cui applicare le garanzie della CEDU?

¹²² Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 196 ss.; ID., *Relazione introduttiva*, cit., 84 ss.

¹²³ Così LUNA GRANT, *Fiction Trumps Innocence: the Bennis Court's Constitutional House of Cards*, in *Stanford L. Rev.* 1997, vol. 49, 410; cfr. ECBA, *op. cit.*, 5 che osserva che la confisca senza condanna induce le autorità investigative a non condurre indagini adeguate. Recentemente sulla necessità di riformare la disciplina del *civil forfeiture* per renderla più "giusta" cfr. MOORES, *Reforming the Civil Asset Forfeiture Reform Act Civil*, in *Arizona Law Review* 2009, Vol. 51, 777 ss.; obiezioni sul rispetto delle garanzie da parte del *civil forfeiture* in CAMPBELL, *From due process to crime control-the decline of liberalism in the Irish criminal justice system*, *ILT* 2007, 25, 281, ss.

Le proposte di riforma della Direttiva esprimono in maniera indiscutibile una precisa scelta di politica criminale e cioè la sussunzione della confisca senza condanna nella categoria della “sanzione penale” con la relativa sottoposizione alle garanzie della materia penale previste dalla CEDU; si tratta di una scelta assolutamente corretta, seppure stridente con talune opzioni legislative nazionali volte a ricomprendere le forme di confisca senza condanna nell’ambito delle misure amministrative e civili proprio per sottrarle alle garanzie penalistiche¹²⁴.

Assume in tale direzione un significato fondamentale l’inserimento del considerando 12 *bis* in cui si precisa che “La presente direttiva copre soltanto i tipi di confisca non basati su una condanna ritenuti di natura penale. Onde stabilire la natura penale di tale misura di confisca, tra l’altro, occorre tenere presenti i seguenti criteri: (i) la classificazione giuridica del reato nel diritto nazionale, (ii) la natura del reato, e (iii) il livello di gravità della sanzione che può essere applicata all’interessato”.

Con l’emendamento 27 si propone la modifica della definizione di confisca contenuta nell’art. 2, punto (4) precisando che per confisca si intende “una sanzione o misura, ordinata *mediante sentenza* da un’autorità *giudiziaria nazionale* competente o a seguito di un procedimento *giudiziario* per un reato, che consiste nel privare definitivamente di un bene *in base a una sentenza*”¹²⁵. Nella *Motivazione* dell’emendamento si chiarisce che anche se la confisca viene definita “confisca civile”, secondo il Servizio giuridico del Parlamento europeo la misura deve essere relativa a un reato e deve essere qualificabile come “sanzione penale” in base ai criteri della Corte EDU¹²⁶. In base a tale definizione la confisca deve essere pronunciata mediante sentenza da un’autorità giudiziaria o a seguito di un procedimento “giudiziario”; la definizione risulta un po’ ridondante e il richiamo alla sentenza pone qualche problema nell’ordinamento italiano in cui la confisca – misura di prevenzione viene pronunciata con “decreto” e non con sentenza.

L’emendamento n. 33, poi, nell’inserire, come esaminato, un nuovo primo comma nell’articolo 5¹²⁷, accoglie tali indicazioni definendo “sanzione penale” la

¹²⁴ Per un quadro di tale modello di confisca MAUGERI, *Relazione introduttiva*, cit., 90 ss.; ID., *The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*, cit., 272 ss. Sulle future questioni che si potranno prospettare in relazione all’eventuale lesione dei diritti fondamentali da parte della legislazione in esame cfr. Mo EGAN, *Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, 19, 167 ss.

¹²⁵ “Means a penalty or a measure ordered by a judgment of the competent national court or following judicial proceedings, in relation to a criminal offence, resulting in the final deprivation of property based upon a judgment”.

¹²⁶ “Nonostante la denominazione di confisca civile, nel diritto nazionale, l’articolo 83, paragrafo 1, del TFUE non esclude tale tipo di confisca purché possa essere qualificata “sanzione penale” conformemente ai criteri stabiliti nella sentenza Engel della Corte europea dei diritti dell’uomo (natura penale, gravità della sanzione). La “natura penale” di questo tipo di confisca costituisce una condizione per l’armonizzazione ai sensi dell’articolo 83, paragrafo 1 del TFUE (par. 37 del Servizio giuridico del Consiglio)”.

¹²⁷ “Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per consentire alle autorità giudiziarie di procedere alla confisca, quale sanzione penale, dei proventi e strumenti di reato in assenza di una condanna penale qualora l’autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell’articolo 6 della CEDU e della Carta europea dei diritti

confisca senza condanna e richiedendo il pieno rispetto (“rispettando, al contempo, pienamente”) delle “disposizioni dell’articolo 6 della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Tale confisca deve essere considerata di natura criminale conformemente, tra l'altro, ai seguenti criteri: (i) la classificazione giuridica del reato nel diritto nazionale, (ii) la natura del reato, e (iii) il livello di gravità della sanzione che può essere applicata all’interessato e che deve anche essere in conformità del diritto costituzionale nazionale”.

In tal modo si chiarisce che quando si parla di “confisca senza condanna” non si ricomprendono tutte le possibili forme di confisca di carattere civile o amministrativo, comprese forme di espropriazione per ragioni di pubblica utilità, ma piuttosto si deve trattare di una misura che, non solo attiene a profitti e proventi di un reato ed è pronunciata dall’autorità giudiziaria, ma che alla luce dei criteri indicati, - quelli introdotti dalla giurisprudenza della Corte EDU a partire dalla sentenza Engel del '77 e Ozturk del '84 -, rientra nella nozione ampia di “materia penale”, nel diritto punitivo (*Sanktionrecht*), ai fini del riconoscimento delle garanzie contemplate dalla CEDU (art. 6 e 7).

A tal proposito va ricordato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fornito un'interpretazione del concetto di "materia penale" autonomo rispetto a quello delle tradizioni giuridiche nazionali e delle scelte legislativo - formali relative al caso di volta in volta esaminato¹²⁸. La Corte precisa che gli Stati contraenti non possono in base alla loro discrezionalità qualificare un illecito come penale o piuttosto come disciplinare, oppure come misto facendo prevalere il piano disciplinare su quello penale, in modo da subordinare l’applicazione dei principi dell’art. 6 alla loro volontà (si afferma, ad esempio, che la Corte dovrà garantire ai sensi dell’art. 6 che «*the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal - see Engel and Others, cited above, p. 34, § 81 -*»¹²⁹). A tal fine la Corte EDU fornisce alcuni criteri per stabilire la natura “penale” dell’illecito: la qualificazione formale ufficiale o la determinazione dell’ordinamento di appartenenza, - che, pur definito come primo criterio, costituisce a partire dal caso *Engel* solo un punto di partenza, una *ratio cognoscendi*¹³⁰; la "natura stessa"

fondamentali. Tale confisca deve essere considerata di natura criminale conformemente, tra l'altro, ai seguenti criteri: (i) la classificazione giuridica del reato nel diritto nazionale, (ii) la natura del reato, e (iii) il livello di gravità della sanzione che può essere applicata all’interessato e che deve anche essere in conformità del diritto costituzionale nazionale”.

¹²⁸ Corte eur. dei dir. dell’uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, in Series A no. 73, p. 18, § 50 e in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1985, 894; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 26 marzo 1982, *Adolf c. Gov. Austria*, in *Riv. dir. intern.* 1984, 121, e in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1982, Série A, vol. 49, 15; tra le altre, cfr. Corte eur. dei dir. dell’uomo, 8 dicembre 1998, *Padin Gestoso c. Espagne*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* 1999, II, 361 ss.; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 3 maggio 2001, *J.B. v. Switzerland*, Application no. 31827/96, in *www.coe.int*, § 44.

¹²⁹ Corte eur. dei dir. dell’uomo, 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, n. 39665/98 e 40086/98, in *www.coe.int*, § 100.

¹³⁰ “Le indicazioni che ne derivano hanno un valore solo formale e relativo”, Corte eur. dei dir. dell’uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1977, Série A, vol. 22, 36; conformi Corte eur. dei dir. dell’uomo, 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* 1996 III, n° 10, 756; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1990, Série A, vol. 177, 17; Corte eur. dei dir.

dell'infrazione con particolare riferimento alle sue forme di tipicizzazione («*the "very nature of the offence is a factor of greater import"*»¹³¹, a tal proposito nel recente caso Scoppola si precisa che «*Le libellé de l'article 7 § 1, seconde phrase, indique que le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction"*»); la natura della sanzione¹³² e il grado di severità della sanzione¹³³, considerati come unico criterio nel caso Engel¹³⁴. Dalla prassi applicativa della Corte EDU emerge, allora, una nozione ampia di "materia penale" ricomprensiva non solo del penale in senso stretto, ma anche dell'amministrativo punitivo e del disciplinare¹³⁵.

Con le riforme proposte che richiedono il "carattere penale" ai sensi della CEDU anche delle forme di confisca senza condanna, che devono essere pronunciate da un'autorità giudiziaria, la Proposta di Direttiva si riconnette alla Decisione quadro sul mutuo riconoscimento, la n. 783/2006, confermando che il suo scopo è quello di implementare proprio tale fondamentale forma di cooperazione giudiziaria. La decisione di confisca viene definita nell'art. 2, lett. c, della Decisione quadro quale sanzione o misura "finale" imposta da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento "per uno o più reati", che consiste nella definitiva ablazione di un bene, giurisdizionalizzando in tal modo il relativo *iter* di accertamento e collegandolo espressamente all'esistenza di una o più fattispecie incriminatrici (escludendo dal suo campo di applicazione le decisioni di confisca che risultino prive di tali essenziali caratteristiche, come i provvedimenti di confisca eventualmente adottati dal p.m., ovvero da autorità non giurisdizionali), per poi precisare che ai sensi dell'art. 2 a) la

dell'uomo, 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors*, cit., § 91. - Anche se non mancano sentenze in cui si attribuisce rilevanza alla qualificazione ufficiale come primo criterio per stabilire la natura giuridica di una sanzione, così Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1996, *Putz. c. Autriche*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* n° 4, 1996 I, p. 324; cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, vol. Série A vol. 210, 1991, 25; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Oztürk*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1985, 894. In dottrina cfr. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo*, Padova 1991, 140 - 141.

¹³¹ Corte eur. dei dir. dell'uomo, 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors*, cit., § 91; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, cit., 34 - 35, § 82.

¹³² Richiamano questi due criteri, Corte eur. dei dir. dell'uomo, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, cit., 25; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, cit., 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, *ivi*, vol. 123, 22; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, *Oztürk*, cit., 894; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, cit., 35 (anche se la natura della sanzione è citata all'interno dei criteri per determinare la severità della sanzione).

¹³³ Così Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, cit., 36; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, cit., 756; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 24 febbraio 1994, *Bendenoun*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A vol. 284, 3; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 febbraio 1993, *Funke*, *ivi*, vol. 256, 30; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, cit., 16; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, 17 - 18; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 10 febbraio 1983, *Albert et le Compte*, *ivi*, vol. 58, 16;

¹³⁴ Così Corte eur. dei dir. dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, cit., 36.

¹³⁵ Da ultimo MAUGERI, *La nozione e i principi della "materia penale" nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in "La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale", a cura di B. MONTANARI, Giappichelli, (in corso di pubblicazione).

confisca deve essere adottata in un procedimento “*penale*”, concetto che non viene specificato¹³⁶.

Tale precisa e apprezzabilissima presa di posizione della Commissione LIBE imporrà di applicare anche alla confisca senza condanna le garanzie della “*materia penale*”, art. 6, - richiamato espressamente in ogni caso come principio che deve presiedere il procedimento di applicazione della confisca dei proventi e degli strumenti del reato in esame -, e dell’art. 7, il principio di irretroattività, nonché il rispetto del diritto di proprietà ex art. 1 del I Protocollo della direttiva?

La Corte europea dei diritti dell’uomo, in realtà, pur accogliendo, come accennato, una nozione ampia di materia penale ai fini del riconoscimento delle garanzie previste dall’art. 6, non ha fatto rientrare nella materia penale la disciplina della confisca misura di prevenzione, né il *forfeiture order* previsto dal DTA 1994, il cui modello sta alla base del *civil recovery* previsto dal POCA 2002 inglese, che ha introdotto dei meccanismi di sottrazione dei profitti illeciti di carattere civile, “*civil recovery*” e “*cash forfeiture*”¹³⁷.

La Corte EDU, a partire dal caso Marandino e dal caso Raimondo ha riconosciuto la natura preventiva e non punitiva della confisca antimafia da cui consegue la mancata violazione del diritto di proprietà (art. 1 del 1° protocollo addizionale della CEDU), della presunzione d’innocenza (art. 6, § 2) e del principio di legalità (art. 7), laddove se ne consente l’applicazione retroattiva¹³⁸. La Corte, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano, riconosce che la confisca antimafia è una misura di prevenzione, e non una sanzione penale, avendo 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 condanna¹³⁹, ma tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi. La confisca antimafia, perciò, non ha funzione repressiva, ma preventiva, volta ad impedire l’uso illecito dei beni colpiti¹⁴⁰

¹³⁶ 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, in *www.csm.it*, 47. Cfr. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., 132, ritiene un’eventuale interpretazione estensiva volta a farvi rientrare la confisca senza condanna non auspicabile.

¹³⁷ ALLDRIDGE, *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering & Taxation of the Proceeds of Crime*, Oxford, Portland, Oregon 2003, 223 ss. – 246 ss.

¹³⁸ Commission eur., Marandino, cit., 78; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Raimondo v. Italy, cit., 7; Corte eur. dir. uomo, Prisco c. Italia, cit.

¹³⁹ Corte eur. dei dir. dell’uomo, Madonia c. Italia, cit., § 4; Corte eur. dei dir. dell’uomo, 20 giugno 2002, Andersson c. Italia, n°. 55504/00, in *www.coe.int*, § 4; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Arcuri, cit., § 5; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Riela c. Italia, cit., § 6; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Bocellari e Rizza c. Italia, cit., § 8.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

e non può essere paragonata ad una sanzione penale secondo i tre criteri individuati dalla stessa Corte nel caso *Engel* e altri¹⁴¹.

Nel caso *Butler c. Royaume – Uni* la Corte europea, ancora, nega la natura penale di quella procedura di carattere civile, prevista dalla Parte II del DTA 1994 (artt. 42 – 43)¹⁴², con notevole attribuzione di poteri alla polizia e alle autorità doganali per procedere alla confisca del denaro proveniente dal traffico di stupefacenti (*drug trafficking cash*); tali poteri si esercitano nei confronti del denaro che viene importato e esportato dal Regno Unito, incluso quello che sia pervenuto nel Regno solo in una fase di transizione¹⁴³ (si tratta di un vero e proprio procedimento *in rem*)¹⁴⁴. Il governo inglese sottolinea che la persona alla quale è confiscato il denaro non è accusata di alcuna “*infraction*” e parimenti la Corte riconosce che “*It did not give rise to the determination of a separate or new charge against the applicant*” che dia luogo alla necessità di applicare l’art. 6 della CEDU; il provvedimento di confisca rappresenta una misura preventiva, volta a ritirare dalla circolazione del denaro che si presume provenire dal traffico di stupefacenti (il legame apparente con un’attività criminale non è sufficiente per determinare il carattere penale della procedura). “*It follows that the proceedings which led to the making of the order did not involve “the determination ... of a criminal charge (see the Raimondi v. Italy judgment of 22 February 1994, Series A no. 281-A, p. 20, § 43; and, more recently, Arcuri and Others v. Italy (no. 54024/99, inadmissibility decision of 5. July 2001 (unreported)); Riela v. Italy (no. 52439/99, inadmissibility decision of 4 September 2001 (unreported))”.* “*It follows that this complaint is incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention*”.

Da ultimo la Corte EDU ha espressamente affermato che “l’articolo 6 si applica alle procedure di applicazione delle misure di prevenzione nella sua parte civile, tenuto conto in particolare del loro oggetto «patrimoniale»¹⁴⁵, negando l’applicabilità *ratione materiae* dell’art. 6, c. 2, presunzione d’innocenza e dell’art. 7, principio di irretroattività, nonché dell’articolo 4 del Protocollo n. 7 « 1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato»¹⁴⁶.

A questo punto sono possibili due opzioni: o ritenere che si dovrebbero escludere dall’ambito di applicazione della Proposta di Direttiva e del principio del reciproco riconoscimento oltre alle misure di prevenzione italiane, tutti i

¹⁴¹ Per un esame approfondito delle argomentazioni della Corte sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 487 ss.; ID., *La lotta contro l’accumulazione di profitti illeciti*, cit., 541 ss.; ID., *La conformità dell’actio in rem*, cit., 187 ss.

¹⁴² Il POCA 2002 (§ 289 ss) ha esteso l’ambito di applicazione di tale disciplina in relazione a qualunque bene confiscabile o che una persona intende usare illegalmente e il cui ammontare superi il minimo previsto.

¹⁴³ Cfr. *Confiscation and Money Laundering: Law and Practise. A Guide for Enforcement Authorities*, London: The Stationery Office, 1997, 61.

¹⁴⁴ Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Butler c. Royaume-Uni*, 26 giugno 2002, n° 41661/98, in *www.coe.int*, § 6.

¹⁴⁵ Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Paleari cit.*, § 34; Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Arcuri c. Italia*, cit.; Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Riela ed altri*, cit.; Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Bocellari e Rizza*, cit..

¹⁴⁶ Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Capitani e Campanella*, cit., §§ 35 ss.

provvedimenti emanati in un procedimento civile o amministrativo, come il *civil forfeiture* inglese o irlandese, in quanto non rientranti, ad avviso della Corte EDU, nella nozione di “materia penale” anche intesa in senso ampio; oppure ritenere che le garanzie della materia penale devono essere applicabili alle forme di confisca senza condanna, purché pronunciate dall’autorità giudiziaria e in relazione a strumenti e proventi di un reato. Con la conseguenza che si dovranno applicare non solo le garanzie dell’art. 6, c. 1, ma anche dell’art. 6, c. 2, presunzione d’innocenza, e dell’art. 7. Dovrebbero rientrare nella nozione di “procedimento penale” ai sensi della decisione quadro n. 783/2006 o nella nozione di “confisca, quale sanzione penale, dei proventi e strumenti di reato” ai sensi dell’art. 5 della Proposta di Direttiva solo i procedimenti che prevedono le garanzie dell’art. 6 e 7 CEDU e le forme di confisca cui vengono riconosciute tali garanzie. Oppure si dovrebbe ritenere, in ogni caso, che un’interpretazione conforme agli strumenti europei imporrà, nell’ordinamento italiano alla luce dell’art. 11 e 117 Cost., il riconoscimento delle piene garanzie della “materia penale” alle forme di confisca senza condanna di proventi di reato e al relativo procedimento giurisdizionale.

In tale direzione, da ultimo, la Suprema Corte, che riconduceva la confisca antimafia “nell’ambito di quel *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza»¹⁴⁷, ha, invece, riconosciuto la natura “sanzionatoria” della confisca misura di prevenzione in quanto, venuto meno il legame, prima inscindibile, tra la pericolosità sociale del proposto e la confisca in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 (non si richiede più l’attualità della pericolosità¹⁴⁸ ai sensi dell’art. 2-bis, c. 6 bis, della l.n. 575/65, così come modificato dall’art. 2, c. 22 della l.n. 94/2009), non si giustifica più la riconduzione di questa forma di confisca alla categoria delle misure di sicurezza (con la relativa applicazione del principio di retroattività della disciplina) alla luce dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte EDU; come si afferma nella pronuncia, “Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull’interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo - afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Cass., S.U., 3 luglio 1996, Simonelli, n. 18, in *Cass. pen.* 1996, 3609; conforme Cass., sez. II, 14 marzo 2012, n. 21894, C. e altro, in *www.dejure.it*; Cass., 11 giugno 2008, n. 25676, *ivi*; Cass., S.U., 8 gennaio 2007, n. 57, Auddino, § 4, *ivi*; Cass., 4 luglio 2007, Richichi M.A. ed altri, n. 33479, *ivi*; Cass., 9 marzo 2006, David ed altri, n. 16721, *ivi*; Cass., 15 giugno 2005, n. 27433, Libri, *CED rv.* 231755; Cass., 10 marzo 2005, Bellino ed altri, n. 12529, in *www.dejure.it*; Cass., 31 gennaio 2005, in *Guida al dir.* 2005, n. 25, 56; Cass., 14 febbraio 1997, in *Cass. pen.* 1997, 3171; Cass., 18 maggio 1992, in *Mass. Cass. pen.* 1992, voce *Misure di Sicurezza*, fasc. 12, 111.

¹⁴⁸ Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., in *www.dejure.giuffrè.it*; cfr. Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, *ivi*, in cui si precisa che, anche se ““il principio di reciproca autonomia tra le misure personali e patrimoniali - ... - consente di applicare la confisca prescindendo dal requisito della pericolosità del proposto al momento dell’adozione della misura”, si “richiede che essa sia comunque accertata con riferimento al momento dell’acquisto del bene, oggetto della richiesta ablatoria”; Cass., sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 1282, V., *ivi*; Cass., 13 gennaio 2011, n. 18327, G., in *www.dejure.giuffrè.it*.

¹⁴⁹ Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O., in *www.dejure.it*: La previsione contenuta nella legge 15/7/2009 n. 94, che modificando l’art. 2 bis della legge 31/5/1965 n. 575, consente al giudice di applicare le

Del resto la giurisprudenza della Corte EDU, che nega che la confisca misura di prevenzione rientra nella nozione di "materia penale", giunge a conclusioni che si pongono in contrasto con le sue stesse elaborazioni sul concetto autonomo di "materia penale"; in contrasto con tale orientamento della Corte, si ritiene, infatti, di poter affermare il carattere punitivo della sanzione in questione, se si considera che il presupposto della confisca antimafia non è il pericolo della futura commissione di delitti, ma il sospetto dell'appartenenza ad un'associazione mafiosa o dello svolgimento di una condotta penalmente rilevante, - anche passata -, quindi, di reati che non si riescono a provare (natura dell'infrazione); che la misura non viene disapplicata con il cessare della presunta pericolosità dell'indiziato, ma è una misura definitiva, applicabile anche in caso di morte del soggetto, - prima in base a certi orientamenti giurisprudenziali, ora in base all'espresso dettato legislativo (art. 2 bis, c. 6 bis, l. 575/65, ora art. 18, c. 2 e 3, cod. antimafia) -, o del venir meno della sua pericolosità (natura della sanzione); che può colpire tutto il patrimonio, anche se formalmente intestato ad altri soggetti, purché nella disponibilità di fatto dell'indiziato (severità della sanzione).

Rimane assolutamente oscuro l'ultimo comma inserito dall'emendamento n. 33 nell'art. 5: "3. Se uno Stato membro dispone già di procedure non penali che coprano le circostanze di cui ai paragrafi 1 e 2, esso non è obbligato a applicare anche tali procedure nel suo sistema penale". Cosa vuol dire che se uno Stato membro dispone già di procedimenti che consentano la confisca senza condanna, sia essa la confisca allargata ex comma 1, sia essa la confisca dei profitti in caso di morte, malattia, o fuga, non è necessario sottoporre simili procedimenti "alle garanzie della materia penale"?

Può continuare ad utilizzarle senza considerarle "sanzioni penali", al di là della possibile frode delle etichette. Non avrebbe senso soprattutto se si leggono le motivazioni alle riforme dell'art. 5: "Nonostante la denominazione di confisca civile, nel diritto nazionale, l'articolo 83, paragrafo 1, del TFUE non esclude tale tipo di confisca purché possa essere qualificata "sanzione penale" conformemente ai criteri stabiliti nella sentenza Engel della Corte europea dei diritti dell'uomo (natura penale, gravità della sanzione). La "natura penale" di questo tipo di confisca costituisce una condizione per l'armonizzazione ai sensi dell'articolo 83, paragrafo 1 del TFUE (par. 37 del Servizio giuridico del Consiglio)".

misure di prevenzione patrimoniali anche prescindendo dalla verifica della pericolosità del proposto, si applica solo alle fattispecie realizzatesi dopo l'entrata in vigore della legge citata, dovendosi escludere che possa trovare applicazione l'art. 200 c.p. che, per le misure di sicurezza e per quelle di prevenzione personali subordinate all'accertamento della pericolosità, pone una deroga all'effetto retroattivo della legge. (Nell'affermare il suindicato principio la Corte ha precisato che il venir meno del presupposto della pericolosità sociale attribuisce natura oggettivamente sanzionatoria alla misura di prevenzione patrimoniale, con la conseguenza che ad essa è applicabile il regime di irretroattività previsto dall'art. 11 delle preleggi). Nella sentenza si ritiene, poi, con un'interpretazione che non è pacifica, di poter desumere tale principio anche "dall'art. 25 Cost., comma 2, che, attesa l'ampiezza della sua formulazione ("nessuno può essere punito...") - può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato".

Da tale motivazione sembrerebbe emergere esattamente l'invito opposto a sottoporre alle garanzie della materia penale le forme di confisca senza condanna conosciute in ciascun ordinamento al fine di perseguire quello che rimane l'obiettivo ultimo della direttiva, l'armonizzazione come *condicio sine qua* non della cooperazione e dell'implementazione del reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca.

Un'ultima considerazione, nella FRA OPINION si sottolinea con enfasi l'esigenza di chiarire lo scopo perseguito e delimitare l'ambito di applicazione della confisca senza condanna nel settore dei crimini gravi, nonché di incrementare le garanzie procedurali, come elaborate nella giurisprudenza della Corte EDU in materia, al fine di promuovere la compatibilità di tale forma di confisca con i diritti fondamentali, richiedendo garanzie dettagliate che forniscano "*a reasonable opportunity for a person concerned to put facts of the case to the responsible authorities*" e, in particolare, garantiscano la possibilità di confutare la presunzione che i beni in gioco derivino da attività criminali. Tali considerazioni sono state elaborate in relazione al modello di confisca "autonoma" previsto nella Proposta di Direttiva, tanto più dovrebbero valere in relazione al modello di *actio in rem* proposto negli emendamenti della Commissione LIBE.

5.2. Un rigoroso standard della prova nel rispetto dell'art. 6 CEDU.

Nella FRA OPINION si richiede, nel rispetto del principio di legalità, un chiarimento circa lo standard della prova da adottare in relazione alla confisca senza condanna ex art. 5 della Proposta di Direttiva¹⁵⁰.

In risposta a tale sollecitazione il nuovo primo paragrafo dell'art. 5, nello stabilire i presupposti che consentono al giudice di pronunciare la confisca allargata senza condanna non si limita a richiedere come nell'art. 4 che "sulla base di fatti specifici", come il valore sproporzionato del bene, "l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti mediante attività di natura criminale, piuttosto che da attività di altra natura", ma richiede che "l'autorità giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivano da attività di natura criminale rispettando, al contempo, pienamente le disposizioni dell'articolo 6 della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali".

Rispetto al dettato dell'art. 4 la norma, da una parte, non adotta lo standard civilistico rafforzato in base al quale il giudice ritiene "molto più probabile", ma piuttosto si pretende correttamente che l'autorità giudiziaria "sia convinta" dell'origine criminale; dall'altra precisa che il convincimento del giudice deve essere fondato oltre che su fatti specifici, sull'esperimento di tutti i mezzi di prova disponibili ("dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili"): l'uso del termine "convinto" piuttosto che l'espressione "ritenga molto più probabile che" induce senza dubbio a ritenere che la Commissione LIBE richieda ai fini di una forma di confisca "senza condanna", non lo standard della prova civilistico, pur rafforzato, richiesto ai fini della confisca allargata

¹⁵⁰ Cfr. FRA OPINION, cit., § 2.2.2 (35).

in seguito a condanna, ma un pieno convincimento in base allo standard penalistico “oltre ogni ragionevole dubbio”, un pieno convincimento fondato oltre che su una pluralità di fatti specifici, anche su tutti i mezzi di prova disponibili.

Il termine *convinto* richiama il principio del libero convincimento del giudice di stampo continentale, ormai interpretato in base allo standard di *common law* dell’oltre ogni ragionevole dubbio; ancora più chiara in tale direzione la decisione quadro GAI n. 212/2005, - che nel prevedere i modelli base di confisca allargata, *in seguito a condanna*, ai fini del mutuo riconoscimento, in virtù della decisione quadro n. 783/2006 -, non solo non prevede l’inversione dell’onere della prova, ma pretende che *il giudice sia “pienamente convinto”* sulla base di *fatti circostanziati* dell’origine illecita del bene; la Proposta di Direttiva emendata si limita a richiedere che il giudice sia “convinto” quasi a voler aprire a uno standard più basso di quello penalistico, oltre ogni ragionevole dubbio, come quello intermedio di *common law*, la prova “chiara ed evidente”.

In ogni caso, come osservato in relazione alla Proposta di direttiva, l’espressione “fatti specifici”, così come “fatti circostanziati” nella decisione quadro 212/2005, sembrerebbe escludere la possibilità di fondare la confisca sulla base di meri sospetti (mera congettura ipotetica), che non assumono per lo meno la dignità di indizi, una pluralità di indizi, che, uniti a tutti i “mezzi di prova disponibili” dovrebbero, perlomeno, fornire una prova indiziaria (indizi gravi, precisi e concordanti, ex art. 197 c.p.p. nell’ordinamento italiano). Per applicare la confisca, anche allargata, senza condanna l’accusa deve riuscire a provare l’origine illecita del bene, anche attraverso una prova indiziaria e non può accontentarsi di mere presunzioni o sospetti¹⁵¹. In tale direzione, del resto, la Corte EDU ha sottolineato che la giurisdizione italiana non può fondarsi su semplici sospetti; essa deve stabilire e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti e documentati¹⁵².

La differenza rispetto all’art. 4 si giustifica in considerazione della mancanza di quella condanna che fonda la presunzione di origine illecita dei cespiti patrimoniali accumulati nel tempo dall’imputato (fondata sulla presunzione della partecipazione a un’organizzazione criminale o dello svolgimento di un’attività criminale di carattere continuativo e /o professionale che rappresenta la fonte dei proventi illeciti); *si richiede un più alto standard probatorio proprio perché la prova della provenienza illecita è l’unico elemento su cui si fonda la confisca*. In mancanza della prova dell’origine illecita dei profitti la loro ablazione in uno Stato di diritto sarebbe assolutamente incostituzionale perché mancherebbe qualunque giustificazione a quel sacrificio al diritto di proprietà, riconosciuto dall’art. 1 del I Protocollo della Convenzione EDU, e alla libertà di iniziativa economica rappresentato dalla confisca.

Lo stesso argomento, - *si richiede un più alto standard probatorio proprio perché la prova della provenienza illecita è l’unico elemento su cui si fonda la confisca* -, viene utilizzato dalla dottrina a sostegno dell’interpretazione del verbo “risultino” (“essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»), mentre prima si richiedevano *sufficienti*

¹⁵¹ MAUGERI, *op. cit.*, 187.

¹⁵² Corte eur. dei dir. dell’uomo, Prisco, *cit.*; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Arcuri, *cit.*, 4 - 5; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Riela, *cit.*, 5; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Bocellari, *cit.*, 7; Corte eur. dei dir. dell’uomo, Licata, *cit.*, 4; cfr. Commissione decision, 21 maggio 1998, Autorino v. Italy, n°. 39704/98.

indizi) contenuto nell'art. 2 *ter* l. 575/65, dopo la riforma introdotta con il decreto legge n. 92 del 2008, e nell'art. 24 del codice antimafia, nel senso di richiedere il rispetto dell'onere della prova penalistico circa l'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare: in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 che hanno sganciato le misure patrimoniali dalle personali, non richiedendo più l'attualità della pericolosità sociale in capo al proposto (indiziato, ma non più socialmente pericoloso)¹⁵³, l'unico elemento su cui si fonda la misura ablatoria è la prova dell'origine illecita dei beni, in mancanza della quale la confisca misura di prevenzione si trasformerebbe in un'arbitraria espropriazione in contrasto con i principi di proporzione e con la presunzione di innocenza¹⁵⁴. Si dovrebbe richiedere fondamentalmente la prova indiziaria di cui all'art. 197 c.p.p. circa l'origine illecita dei beni¹⁵⁵.

In tale direzione il Tribunale di Palermo ha precisato che «in effetti, al di là della ambiguità e relativa indeterminatezza concettuale del termine “risultino”, meno appropriato e definito rispetto ai gravi indizi o alla prova indiziaria previsti dal codice di rito ai fini della emissione di misure cautelari o dell'affermazione della penale responsabilità, è certo che ai fini della confisca di prevenzione non è più bastevole la sufficienza indiziaria in ordine alla derivazione dei beni da attività illecite.L'innalzamento dello standard probatorio richiesto per la confisca trova una ragionevole giustificazione nel contestuale sganciamento della misura patrimoniale da quella personale, nel senso che il legislatore affermata la non decisività della pericolosità sociale attuale del proposto, ha verosimilmente avvertito la necessità di meglio circoscrivere l'effetto ablatorio, onde evitarne una illimitata estensione in mancanza di una più salda piattaforma probatoria sulla origine illecita dei beni sequestrati, e salva comunque l'operatività, pur in difetto del nesso di pertinenzialità, del distinto requisito della sproporzione, che deve a propria volta “risultare”». Tale più

¹⁵³ Si veda *supra* nota 133.

¹⁵⁴ MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 425. Cfr. Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *www.dejure.it*, che considera “l'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniale a prescindere dal requisito della pericolosità attuale del proposto, in relazione agli art. 41 e 42 della Costituzione, in quanto i diritti costituzionalmente tutelati di proprietà ed iniziativa economica possono essere limitati rispettivamente in funzione sociale (art. 42, comma secondo, Cost.) e nell'interesse delle esigenze di sicurezza ed utilità generale (art. 41, comma secondo, Cost.) secondo contenuti le cui concrete modulazioni rientrano nella discrezionalità del legislatore, tenuto conto della necessità di perseguire un'esigenza generalmente condivisa di sottrarre i patrimoni accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza”.

¹⁵⁵ Così MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, cit., 155 ss.; ID., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 463 ss.; conforme GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in (a cura di) CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, cit., 133 ss.; ID., *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di FIANDACA – VISCONTI, Torino 2010, 357. Sugli auspici della dottrina in tale direzione già prima della riforma sia consentito il rimando a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 876 – 834 ss.; cfr. GIALANELLA, *La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli 1998, 119; AMODIO, *Misure di prevenzione nella legge antimafia*, in *Giust. Pen.*, 1985, III, c. 632; SIRACUSANO, *Indagini, indizi e prove nella nuova legge antimafia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 898 ss.

rigorosa interpretazione è stata accolta in diverse pronunce dalla Suprema Corte¹⁵⁶, che afferma che *“l’organo inquirente deve provare.... che il valore dei beni sequestrati sia sproporzionato al reddito dichiarato o all’attività economica svolta dal proposto, ovvero siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego....Orbene, la lettura coordinata delle suddette norme, pone in evidenza che, per la legge, ciò che rileva ai fini della confisca, è solo la prova della pericolosità e della illegittima provenienza dei beni”*¹⁵⁷.

Lo stesso orientamento ha ispirato chi afferma che le perplessità che suscita la confisca nei confronti del morto, introdotta con la riforma del 2008 (art. 2 *bis*, c. 6 *bis*) e oggi prevista dall’art. 18 del cod. antimafia, sarebbero superate solo con l’accertamento dell’origine illecita dei proventi da confiscare: «Con riferimento alla provenienza illecita dei beni occorre tenere conto del fatto che i successori (eventualmente anche estranei alla famiglia del *de cuius*), dopo anni dalla morte della persona ritenuta pericolosa, dovrebbero contrastare l’ipotesi accusatoria fondata sulla sufficienza indiziaria della provenienza illecita del bene, talvolta acquistato decenni prima. Ogni profilo di perplessità sarebbe, però, superato nel caso di prova della provenienza illecita del bene e non solo della sufficienza indiziaria»¹⁵⁸.

Tali considerazioni valgono ampiamente anche nei confronti del modello di confisca senza condanna proposto dalla Commissione LIBE. *La prova indiziaria di origine illecita dei beni da confiscare, in mancanza della condanna, diventa l’unico presupposto che fonda e giustifica l’ablazione patrimoniale anche in termini di politica criminale*, nel senso che lo scopo della misura è costituito dalla sottrazione al circuito criminale, - sia esso organizzato, sia esso terroristicco, o comunque di mera criminalità economica -, dei patrimoni di origine illecita che possono essere reinvestiti in attività illecite o inquinare l’economia lecita, falsando le regole della concorrenza e del mercato, corrompendo la politica e la stessa democrazia¹⁵⁹.

Quest’interpretazione consente il rispetto, previsto dalla norma, delle garanzie della CEDU e in particolare dell’art. 6 che in “materia penale” impone il rispetto della presunzione d’innocenza, dei diritti della difesa e della parità delle armi; fermo restando che la Corte EDU ha sempre riconosciuto la compatibilità con l’art. 6 delle presunzioni su cui si fondano le forme di confisca allargata, purché si garantiscano i

¹⁵⁶ Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio, in *www.penalecontemporaneo.it*; Cass., sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628; Cass., sez. V, 28 marzo 2002, n. 23041; Cass., sez. VI, 19 marzo 1997, n. 1171; Cass., sez. VI, 24 gennaio 1995, n. 249; Cass., sez. I, 21 aprile 1987, n. 1486.

¹⁵⁷ Cass., 22 aprile 2009, Buscema e altri, n. 20906, Ced Rv. 244878. Si conferma così, del resto, un più garantistico orientamento già precedente le riforme in base al quale “il giudice della prevenzione, in sede di confisca, non può più accontentarsi di semplici indizi, come nel sequestro, ma ha l’obbligo di dimostrare, per l’appunto, con argomenti esaurienti, l’illecita provenienza dei beni, così Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, 2704; conforme Cass., 16 gennaio 2007, n. 5234, L.e altro, in *Guida al dir.* 2007, 1067; Cass., 23 giugno 2004, in *Cass. pen.* 2005, 2704; CONTRAFATTO, *L’oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, a cura di BALSAMO-CONTRAFATTO-NICASTRO, Giuffrè 2010, 89 s.

¹⁵⁸ MENDITTO, *Non Liquefatti della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate - Commento a Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21*, in *Dir. Pen. Cont.* 2012, *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁵⁹ Cfr. per simili considerazione in relazione alla confisca misura di prevenzione MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 470.

diritti della difesa¹⁶⁰ (anche quando ha negato l'applicazione *ratione materiae della presunzione d'innocenza*, come avviene in relazione alla confisca misura di prevenzione)¹⁶¹.

Non si deve dimenticare, inoltre, nel diritto europeo che le garanzie fondamentali nell'ambito di un processo volto all'applicazione di sanzioni punitive sono state previste nella Carta dei Diritti dell'Unione all'art. 47 *Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale* e all'art. 48 *Presunzione d'innocenza e diritti della difesa*¹⁶², rappresentando, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un fondamentale riferimento per la giurisprudenza "comunitaria"¹⁶³ e vincolo per la futura legislazione dell'Unione europea.

¹⁶⁰ cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., ; ID., *la lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., 549; ID., *la riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem ?*, cit., 181 ss.

¹⁶¹ La Corte europea ammette che la confisca antimafia, "stabilisce, in presenza di sufficienti indizi, una presunzione che i beni della persona indiziata di appartenere ad un'associazione delittuosa costituiscono il profitto di attività illecite o il suo reimpiego"; ma si ammette la compatibilità con la presunzione d'innocenza e con il sotteso principio di colpevolezza di tale presunzione, in base alla considerazione che presunzioni di fatto o di legge sono presenti in molti Stati e non sono in linea di principio contrarie alla Convenzione. Sebbene gli Stati contraenti hanno l'obbligo di rimanere entro ragionevoli limiti, che tengano conto dell'importanza degli interessi in gioco e che garantiscano i diritti della difesa, la presunzione d'innocenza e il concetto di *fair trial* non sono violati quando l'imputato ha la possibilità di rigettare la presunzione di colpevolezza fornendo la prova evidente del contrario. Alla Corte non spetta, quindi, di valutare la compatibilità astratta di tali presunzioni con l'art. 6, c. 2 Conv. eur. dir., ma solo se nel caso concreto l'applicazione della norma, fondata su una presunzione di prova, avvenga in maniera conforme alla presunzione d'innocenza. A tal proposito la Commissione valuta positivamente la procedura prevista in materia nell'ordinamento italiano, che garantisce il contraddittorio dinanzi a tre gradi di giurisdizione, Tribunale, Corte di Appello e Corte di Cassazione Commission Eur.. La procedura in questione è considerata rispettosa delle garanzie del dibattimento ("*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement*") previste dall'art. 6, 1 c. Conv. eur., che si applicano anche alle sanzioni civili; si considerano civili «*toute action ayant un objet "patrimonial" et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits aux aussi patrimoniaux*». Cfr. Commissione, *Marandino*, cit., 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Andersson*, cit., 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Arcuri*, cit., 4 - 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Riela*, cit., 5 - 6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari*, cit., 8; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Madonia*, cit., 4. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Licata*, cit., 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Andersson*, cit., 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Arcuri*, cit., 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari*, cit., 8; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Riela*, cit., 6..

¹⁶² Cfr. HETZER, *Fight against Fraud and Protection of Fundamental Rights in the European Union*, in *Eur. journ. of crime, crim. law and crim. just.* 2006, 25.

¹⁶³ CGCE, 27 novembre 2001, C-424/99, *Commissione/Austria*, in *Racc. I-9285*, punto 45; CGCE, 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/ Consiglio*, in *Racc. I-6677*, punto 39; Tribunale 5 aprile 2006, *Degussa AG* sostenuta da Consiglio dell'Unione europea, T-279/02, § 421; Tribunale, 5 agosto 2003, *P&O European Ferries (Vizcaya)*, T-118/01 e T-116/01, § 209; Tribunale, 15 gennaio 2003, II sezione ampliata, cause riunite T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01, T-272/01, *Philips Morris International, Inc. (e altri)*; Tribunale, 3 maggio 2002, *Jégo Quère e Cie SA contro Commissione*, T 177/01, §§ 41 - 47; Tribunale, 4 aprile 2002, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, T-198/01, §§ 85 - 110; Tribunale, 3 maggio 2002, *Jégo Quère e Cie SA contro Commissione*, T 177/01, §§ 41 - 47; Tribunale, 30 gennaio 2002, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH*, T-54/99; Tribunale, 11 gennaio 2002, *Diputation foral de Alava e a.*, T-77/01; Tribunale, 20 febbraio 2001, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG*; Conclusioni dell'Avvocato *Verica Trstenjak*, 3 maggio 2007, C-62/06, *Fazenda Pública-Director Geral das Alfândegas c. ZF Zefeser - Importação e Exportação de Produtos Alimentares L^{da}.*, §§ 54 ss.; Conclusioni dell'Avvocato *Colomer*, 17 ottobre 2002, *Volkswagen AG*, § 94; Conclusioni dell'Avvocato *Philippe Léger*, 10 luglio 2001, *Wounters contro Algemene Road van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C 309/99, § 175 e nota 181; Conclusioni dell'Avvocato *Philippe Léger*, 10 luglio 2001,

6. La confisca dei profitti presso i terzi: gli emendamenti all'art. 6.

L'art. 6 disciplina la confisca presso terzi dei profitti del reato o dei beni trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca. Gli emendamenti proposti sono volti a semplificare la disciplina, eliminando alcune precisazioni ridondanti e fonte di equivoci¹⁶⁴, ma soprattutto ad estendere l'ambito di applicazione della confisca presso i terzi.

Nella FRA OPINION si raccomanda una particolare attenzione nel limitare la possibilità di applicare presso i terzi la confisca, qualora manchi la condanna del proprietario dei profitti trasferiti, per i crimini che li hanno generati¹⁶⁵.

Nella formula dell'art. 6 l'emendamento 34 aggiunge gli "strumenti" del reato tra gli oggetti della confisca, a tal proposito si porrà l'esigenza di specificare il tipo di connessione con il reato che consente di qualificarlo come strumento, come esaminato, e non dimenticare che una tale forma di confisca, accanto ad un carattere interdittivo, finisce per assumere un carattere punitivo, rappresentando gli *strumenti* beni legittimamente posseduti dal reo seppure utilizzati per uno scopo criminale; tale carattere punitivo della confisca rende piuttosto discutibile la sua applicazione presso terzi, tranne nell'ipotesi in cui siano stati trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca.

Sembra più rilevante la modifica del considerando 13 (da parte dell'emendamento 12) e dell'art. 6 (da parte dell'emendamento n. 36) che elimina l'inciso che subordinava la confisca dei proventi presso terzi alla condizione che i beni fossero suscettibili di restituzione ("La confisca dei proventi di reato o di beni di cui al paragrafo 1 è possibile qualora i beni siano suscettibili di restituzione, oppure laddove"); inciso che, come osservato in altra sede, avrebbe potuto ingenerare degli equivoci lasciando intendere che se i beni fossero stati suscettibili di restituzione si dovesse procedere sempre nei confronti dei terzi anche in mancanza delle condizioni

Wouters contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, C 309/99, § 175 e nota 181; Conclusioni dell'Avvocato *Jacobs*, 21 marzo 2001, *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00, § 39; Conclusioni dell'avvocato *Colomer*, 4 dicembre 2001, *Uberseering BV contro NCC*, C-208/0; si rinvia per un'ampia panoramica sulla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia sulla presunzione d'innocenza a MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 804 ss.; *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., 217 ss.

¹⁶⁴ L'emendamento 34 all'art. 6 prevede, innanzitutto, l'eliminazione dei riferimenti al destinatario della confisca, definito "condannato" oppure, con riferimento alla confisca senza condanna ex art. 5, "indagato o imputato"; l'eliminazione di ogni specificazione presuppone che le disposizioni relative ai terzi possono essere applicate rispetto a tutte le forme di confisca contemplate dalla direttiva, con condanna o senza condanna.

L'emendamento 34 per la confisca dei profitti e gli strumenti del reato aggiunge gli avverbi (trasferiti) "direttamente o indirettamente", in luogo dell'espressione (trasferiti a terzi) "dal condannato o per suo conto". Si aggiunge, poi, il participio "acquisiti da" accanto a "trasferiti a"; quest'ultima modifica è inserita anche in relazione ai beni trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca di valore: tale emendamento non dovrebbe comportare modifiche sostanziali, sembrerebbe considerare lo stesso atto di trasferimento dal punto di vista del terzo che acquista piuttosto che del reo che trasferisce; per il resto l'acquisizione anche negoziale, non gratuita, da parte di terzi dovrebbe rientrare comunque nelle modalità di trasferimento dei beni al terzo. Si potrebbe fare riferimento anche ad ipotesi in cui l'acquisizione non sia dipesa dalla volontà del precedente proprietario.

¹⁶⁵ FRA OPINION, cit. 1.2 (15) e (17), p. 10.

oggettive e soggettive richieste dai commi seguenti¹⁶⁶. La relazione introduttiva chiariva che “la confisca nei confronti di terzi deve essere possibile solo una volta che si sia giunti alla conclusione, sulla base di fatti specifici, che la confisca dei beni del condannato, imputato o indagato non abbia probabilità di successo o in situazioni in cui determinati oggetti infungibili debbano essere restituiti al loro legittimo proprietario”; la relazione sembrava auspicare la confisca presso terzi anche in mancanza delle altre condizioni, dalle previsioni di insuccesso alle condizioni oggettive e soggettive di cui ai commi seguenti, nell’ipotesi di oggetti infungibili che debbano essere restituiti al legittimo proprietario e quindi al fine di garantire i diritti del legittimo proprietario e non le pretese confiscatorie dello Stato (ad esempio in relazione ad un’opera d’arte che sia stata rubata e venduta a terzi, magari inconsapevoli).

L’eliminazione dell’inciso elimina la possibilità di utilizzare la confisca come sanzione penale al fine di garantire la restituzione del bene al legittimo proprietario, in quanto come correttamente precisato nella motivazione a tale emendamento, il “fatto che i beni siano – in termini civilistici – suscettibili di restituzione non giustifica un diritto di confisca di proventi o di beni nei confronti di terzi. È necessario distinguere rigorosamente tra il diritto dello Stato di confiscare i beni acquisiti in modo illegale e il diritto civilistico della parte lesa ad ottenere la restituzione, che si escludono mutuamente. Occorre in ogni caso evitare di confonderli.”

Si tratta di una modifica fondamentale se si considera che l’esperienza italiana, in particolare in relazione alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti ci insegna come nella prassi non è raro il tentativo, magari arginato dalla Suprema Corte, di utilizzare la confisca per sottrarre profitti che potrebbero essere solo oggetto di pretese civilistiche alla restituzione o al risarcimento. La Suprema Corte ha precisato che non rientra nella nozione di profitto ciò che è oggetto solo di pretese risarcitorie, sottolineando la necessità di non confondere i profili di *danno* cagionati dal delitto, che attengono al problema del risarcimento a favore della parte offesa, da quelli afferenti la determinazione del profitto ricavato, essendo solo quest’ultimo confiscabile¹⁶⁷.

L’emendamento n. 37 estende l’ambito di applicazione della confisca nei confronti dei terzi eliminando, innanzitutto, la lettera a, § 2, dell’ art. 6, in quanto non se ne subordina l’applicazione alla condizione che “da una valutazione, svolta sulla base di fatti specifici attinenti al condannato, all’indagato o all’imputato, risulti che la confisca dei beni del condannato, dell’indagato o dell’imputato nelle circostanze di cui all’articolo 5, non ha probabilità di successo”: tale modifica potrebbe essere valutata positivamente, nel senso che si chiarisce che comunque i terzi non possono detenere i proventi del reato, che non costituisce una legittima fonte di arricchimento in nessun ordinamento giuridico, ferma restando, però, si dovrebbe precisare o ritenere implicito, la tutela dei diritti acquisiti dai terzi in buona fede o comunque che laddove siano confiscati i surrogati (il denaro ricavato dalla vendita), non si rende necessaria l’applicazione della confisca presso i terzi.

¹⁶⁶ MAUGERI, *op. cit.*, 201.

¹⁶⁷ Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35742, in *www.rivista231.it*; Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748.

Tale disposizione si applica anche laddove il profitto sia pervenuto a una persona giuridica perché il nuovo *considerando 13 ter* (emendamento 14) precisa che “Le norme sulla confisca nei confronti di terzi si estendono alle persone fisiche e giuridiche”. Si recepisce nella proposta di direttiva l’orientamento che emerge nella prassi giurisprudenziale italiana laddove si applica la confisca ex art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. anche alle persone giuridiche cui sia pervenuto il profitto, suscitando le reazioni di quella parte della dottrina che ritiene violato il principio di legalità non trattandosi di ipotesi in cui si prevede la responsabilità da reato degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001¹⁶⁸ (da ultimo la questione si è posta in relazione dell’applicazione della confisca per equivalente del profitto dei reati tributari prevista dall’art. 1, c. 143, della l. n. 244/2007)¹⁶⁹.

In tale direzione anche nel considerando n. 13, come riformato, si sottolinea che “La confisca nei confronti di terzi dovrebbe inoltre essere possibile anche quando l’indagato o imputato abbia agito sin dall’inizio per conto di un’altra persona fisica o giuridica”. Sembra assolutamente conforme a tali indicazioni la disciplina tedesca che consente di sottrarre il profitto presso i terzi e anche presso l’ente cui sia pervenuto in virtù della *VertreterKlausel*, § 73, c. 3¹⁷⁰, o del quarto comma del § 73, che si riferisce ai terzi - quasi colpevoli¹⁷¹.

¹⁶⁸ Sembra considerare l’ente cui sia pervenuto il profitto come una sorta di concorrente Cass. 14 giugno 2006, n. 31989, con nota di BONZANO in *Dir. e giust.* 2006, 40, 65. Cfr. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell’accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 1500; LUGHINI, *La manipolazione dei mercati*, in *Corr. Mer.*, 2008, 1, 93 – 94; VALLINI, *La confisca per equivalente nella sistematica sulla responsabilità amministrativa degli enti*, in *Riv. di giur. trib.* 2012, n. 11, 858; GRASSO, *Commento all’art. 240 c.p.*, in ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2011, 620 s.; ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 55; ID., *La confisca*, in *Il nuovo diritto penale delle società: D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di ALESSANDRI, Milano 2002, 108 – 109, in cui l’autore si interroga sulla possibilità di considerare “estranea al reato” la società dopo l’entrata in vigore della nuova disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche (d.lg. 231 del 2001) e ritiene che comunque “sarebbe indispensabile assicurare che nel caso di accertamento del fatto di reato almeno i profitti da illecito siano sempre e comunque sottratti all’autore ed alla persona giuridica”; ID., *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., 2149 ss.

¹⁶⁹ Cass., sez. III, 16 febbraio 2010, n. 6288; Cass., sez. III, 1 dicembre 2010, Cavana, in *Cass. pen.* 2011, 3529; Cass., sez. III, 7 giugno 2011, Soc. Coop. P.R. Burlando S.r.l., n. 28731, *Riv. di giur. trib.* 2011, n. 11, 944, con nota di VALLINI, *Il coinvolgimento dell’ente nell’illecito penale-tributario in assenza del reato presupposto*; Cass., Sez. III, 9 giugno 2011, n. 26389, Occhipinti; Cass., sez. IV, 4 ottobre 2011, Tonelli, in *Arch. Pen.* 2012, 693; Cass., Sez. III, 11 aprile 2012, Maione, n. 17485; Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, n. 38740, Sgarbi; GIP di Foggia, Trib. Foggia, 27 dicembre 2010, decreto di sequestro preventivo, G.i.p. Protano, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di DELLA RAGIONE, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse; contra* Cass., 29 agosto 2012, n. 33371; Cass. 19 febbraio 2012, n. 1693; Cass., sez. III, 14 giugno 2012, PM. in proc. Amoddio e altro, n. 25774, Rv. 253062, in *Riv. giur. trib.* 2012, n. 11, 853 con nota adesiva di VALLINI, *La confisca per equivalente nella sistematica sulla responsabilità amministrativa degli enti*; Cass., Sez. 3, 4 luglio 2012, Falli, n. 33371; cfr. SANTORIELLO, *Confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Il fisco*, n. 7/2011, 1104 ss.; DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁷⁰ In base alla *VertreterKlausel* (§ 73, Abs. 3) il terzo che ha ricevuto la cosa confiscabile può essere una persona fisica o giuridica ed è sufficiente che il partecipante al fatto abbia agito per un altro; a differenza del § 75 *Sondervorift für Organe und Vertreter* (Disposizione speciale per organi e rappresentanti) in relazione all’*Einziehung*, che richiede quanto più possibile un rapporto di imputazione organica o almeno simile a quello, nel caso in esame è sufficiente ogni tipo di comportamento realizzato per colui che riceve il

La Proposta di Direttiva, poi, richiede originariamente - nel consentire la confisca presso i terzi dei beni confiscabili in quanto di origine illecita e degli eventuali beni di origine lecita trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca di valore (cui si dovranno aggiungere, nella versione riformata, gli *strumenti* del reato) -, la soddisfazione di due condizioni: dal punto di vista oggettivo “i proventi di reato o i beni siano stati trasferiti a titolo gratuito o in cambio di un importo inferiore al loro valore di mercato”; dal punto di vista soggettivo, il terzo deve essere consapevole (“era al corrente”) dell’origine illecita dei beni o, se si tratta di altri beni (di origine lecita), del fatto che erano trasferiti per sottrarli alla confisca per equivalente, oppure, in mancanza di tale consapevolezza, si deve trovare in una situazione di incauto affidamento nel senso che “una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti”, dell’origine illecita dei beni oppure, nel caso di altri beni, del fatto che erano trasferiti al fine di evitare la confisca.

I criteri oggettivi, considerati sintomatici della fittizietà dell’instestazione in capo al terzo e previsti in molti ordinamenti, sono mantenuti, anche se per rendere più chiara la seconda ipotesi si propone un emendamento (n. 38 all’articolo 6 – paragrafo 2 – lettera b – alinea): l’inserimento dell’avverbio “*notevolmente*” ((b) “i proventi di reato o i beni siano stati trasferiti .. in cambio di un importo *notevolmente* inferiore al loro valore di mercato”), che dovrebbe fare assurgere il carattere sproporzionato dell’acquisto a chiaro indice sintomatico del carattere sospetto dell’operazione.

Lo stesso emendamento, poi, elimina l’inciso “*nel caso in cui il terzo:*” che cumulava la richiesta dei requisiti oggettivi alla richiesta dei requisiti soggettivi. Gli emendamenti 39 e 40 eliminano, infatti, l’elemento soggettivo all’art. 6, § 2, lett. b, ii, quale condizione che si aggiunge ai criteri oggettivi esaminati, prevedendo, invece, le situazioni soggettive sopra ricordate come situazioni autonome, che consentono la confisca anche in mancanza del verificarsi delle condizioni oggettive, come previsto

vantaggio del fatto; non è necessario un rapporto organico, né un reale rapporto di rappresentanza tra l'autore del fatto e il destinatario del vantaggio, né un particolare incarico alla commissione del fatto profittevole, - purché non si tratti di un mero interesse di fatto del terzo (una differenza di disciplina ragionevole se si riflette sulla circostanza che l'*Einziehung* assume un carattere punitivo colpendo gli strumenti del reato, mentre il *Verfall* un carattere compensativo sottraendo i profitti, anche se la *VertreterKlausel* si applica anche all'*Erweiterten Verfall*, applicabile alle persone giuridiche); BGH, 19 ottobre 1999, 5 StR 336/99 (LG Kiel), in *Wistra* 2000, 55; DREHER-TRÖNDLE, § 73, *op. cit.*, 1994, 631; FISCHER-SCHWARZ-DREHER-TRÖNDLE, § 73, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58 ed., München 2011, 687; HIRSCH, *La criminalisation du comportement collectif – Allemagne*, in *Criminal Liability of Corporations*, *cit.*, 52 – 64.

¹⁷¹ E' possibile applicare il *Verfall* alle persone giuridiche anche ai sensi del quarto comma del § 73, che si riferisce ai terzi — quasi colpevoli. Con tale fattispecie è possibile, in particolare, colpire le imprese che in forma associata, con l'aiuto dei loro organi e rappresentanti hanno realizzato dei profitti di origine delittuosa; sul carattere di “*anderer*” (“altro” - terzo) di una tale impresa si può dubitare, divenendo in tal modo la *Drittklausel* più che uno strumento di sottrazione del profitto del reato, uno strumento sanzionatorio “che colpisce giuridicamente qualunque forma di impresa”, nel senso che le persone giuridiche vengono trattate come se avessero loro colpevolmente realizzato i comportamenti dei loro organi sui quali si fonda l'applicazione della confisca (nell'ordinamento tedesco, ad avviso della dottrina, si va al di là dei limiti e dei criteri della responsabilità penale individuale e si introduce, sotto il velo dell'applicazione di misure, una forma di responsabilità penale delle persone giuridiche laddove si applica nei loro confronti l'*Einziehung* ex § 75 Cfr. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte - Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen 1993, 112 – 113.

dalle nuove disposizioni dell'art. 6, § 2, lett. b bis, inserito con l'emendamento n. 41, e dall'art. 6, § 2, lett. b ter, introdotto dall'emendamento n. 42.

Nella motivazione agli emendamenti 39 – 40 si precisa che l'eliminazione di tale disciplina è stata determinata dalla sua superfluità: "i tre emendamenti succitati sono stati proposti poiché le loro disposizioni sono implicate dal testo introduttivo del paragrafo 2. E' chiaro che se una persona riceve un bene gratuitamente o per un importo inferiore al suo valore di mercato detta persona può avere ragionevoli sospetti circa l'origine del bene". Non si richiede l'accertamento della *malafede*, cioè la consapevolezza dell'origine illecita, oppure, come avviene nell'ordinamento italiano, dell'affidamento colpevole, in quanto, come osservato nella Motivazione, le condizioni oggettive, trasferimento a titolo gratuito o in cambio di un valore inferiore a quello di mercato, rappresentano, ad avviso della "Commissione LIBE" dei sufficienti segnali di allarme; anche se soprattutto la seconda ipotesi può rivelarsi assolutamente ambigua (il terzo può ritenersi particolarmente abile negli affari...) e in tale direzione la richiesta del carattere "notevole" della sproporzione è benvenuta, ferma restando la difficoltà di quantificare un aggettivo "quantitativo" in sede giurisprudenziale e la sua difficile compatibilità con il principio di tassatività.

In presenza degli elementi oggettivi indicati, scatta, quindi, una sorta di presunzione di conoscenza in capo al terzo dell'origine illecita dei beni o dell'intento fraudolento del rivenditore, come sembra ammettersi nella "Motivazione" laddove si afferma che le condizioni oggettive sono tali da fare sorgere i sospetti ("può avere ragionevoli sospetti circa l'origine del bene"): sarebbe possibile dedurre *tout court* l'elemento soggettivo in capo al terzo dall'accertamento dell'elemento oggettivo. O, perlomeno, si darebbe rilievo ad una sorta di colpa per incauto acquisto, così facendo assurgere a regola quella prassi giurisprudenziale italiana che impone ai terzi un onere di diligenza nello svolgimento dell'attività negoziale, punendo con la confisca l'acquirente che non abbia saputo interpretare i segnali di allarme (la gratuità e la sproporzione); o, meglio, poiché in presenza delle condizioni oggettive non rileva l'elemento soggettivo del terzo, si tratterebbe di una forma di responsabilità oggettiva, non potendo il terzo far valere la sua buona fede. Si tratterebbe di una precisa scelta di politica criminale volta a garantire l'applicazione della confisca contro i tentativi del reo di frustrarne l'applicazione; scelta che, soprattutto nella seconda ipotesi – la notevole sproporzione – rischia di violare il principio di colpevolezza, infliggendo la confisca a un terzo innocente, in contrasto con l'obbligo di rispetto della buona fede del terzo proveniente dalle Convenzioni Internazionali (Vienna contro il narcotraffico del '88, Strasburgo del '90, Nazioni Unite contro il crimine organizzato del 2000) e dalle decisioni quadro in materia (212/2005 e 783/2006). Nella prassi, in ogni caso, proprio nell'ipotesi in cui si tenti fraudolentemente di sottrarre il bene alla confisca, come avviene nel contesto della criminalità organizzata, in realtà "si tende a mimetizzare il trasferimento fraudolento di valori, creando l'apparenza di una situazione dotata della più assoluta regolarità, con vendite per prezzi perfettamente corrispondenti ai valori di mercato"¹⁷².

¹⁷² Così BALSAMO, *Il "codice antimafia"*, cit., 28.

In linea con tale disciplina, del resto, nell'ordinamento italiano si prevede una sorta di presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio in virtù del disposto dell'art. 2 *bis* che consente le indagini nei loro confronti, oggi art. 19, c. 3¹⁷³ ma soprattutto il d.lgs. n. 92/2008 ha introdotto le presunzioni di fittizietà delle intestazioni nei commi 13 e 14 dell'art. 2 *ter* l. 575/65, oggi contemplate dall'art. 26 del codice antimafia, in base alle quali si presume, tra l'altro, il carattere fittizio dei trasferimenti e delle intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione¹⁷⁴. Si tratta di presunzioni che invertono in capo al terzo l'onere di provare la sua buona fede; il legislatore persegue un preciso disegno di semplificare gli accertamenti e di fare «terra bruciata» attorno ai «mafiosi» (l'aspetto positivo è che si prevede un limite temporale, che invece la giurisprudenza non prevede in relazione alla presunzione ex art. 2 *bis*, oggi art. 19, c. 3 cod. antimafia). Con tali presunzioni si rischia che gli atti a titolo gratuito saranno considerati *tout court* fittizi e nulli se compiuti nei due anni precedenti il sequestro, perché sarà ben difficile per il terzo dimostrarne il carattere non fittizio; dovrebbe dimostrare l'*animus donandi* del proposto, vale a dire la consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in qualche modo costretti, e, ancor più, i motivi interni psicologici, - normalmente irrilevanti -, che hanno indotto il donante a compiere l'atto (gratitudine, beneficenza)¹⁷⁵. *In termini simili e senza limiti temporali nella proposta di direttiva la gratuità del trasferimento consentirebbe la confisca nei confronti del terzo in quanto indice di fittizietà del trasferimento.*

L'art. 6 della Proposta di Direttiva, nella versione riformata, farebbe prevalere le esigenze di lotta alla criminalità sottese alla confisca sull'esigenze di rispetto del principio di colpevolezza e, talora, anche dell'economia, in quanto la minaccia della spada di Damocle della confisca in capo a terzi può rischiare di compromettere i traffici commerciali.

Gli emendamenti proposti, poi, consentono di applicare la confisca al terzo laddove si accerti la sua malafede o la sua colpa ("una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti"). Nel commentare la direttiva era emersa l'ambiguità e la problematicità del riferimento all'ipotesi dell'affidamento colpevole, prevedendo, come accennato, una sorta di ipotesi colposa di incauto affidamento punita con la confisca dei beni acquisiti da parte di chi avrebbe dovuto rendersi conto del carattere illecito dei proventi oppure del carattere fraudolento del trasferimento volto a sottrarre i beni alla confisca, anche per

¹⁷³ Cass., sez. VI, 14 febbraio 2012, n. 26413, S.R. e altro, in *www.dejure.it*; Cass., 20 ottobre 2010, n. 39799, F. e altro, in *www.dejure.it*; cfr. Cass., 5 novembre 2009, n. 48127, D. M., *ivi*; Cass., 7 dicembre 2005, n. 2960, *ivi*; Cass., 4 giugno 2003, *ivi* 2005, 2066; Cass., 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1108; Cass., 14 febbraio 1997, *ivi* 1997, 3171; Cass. Sez. II, 5 dicembre 1996, Liso, n. 1610, in *Cass. pen.* 1997, 2847.

¹⁷⁴ Si presume, inoltre, la fittizietà dei trasferimenti e delle intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado. Cfr. Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *www.dejure.it*.

¹⁷⁵ CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, in VISCONTI-FIANDACA, *Scenari attuali di mafia*, cit., 420 - 1. Cfr. Cass., 18 ottobre 2012, n. 1442.

equivalente¹⁷⁶; le circostanze e i fatti concreti possono essere a questo punto diversi dalla gratuità e sproporzione, elementi in presenza dei quali si potrebbe non richiedere l'accertamento dell'elemento soggettivo. In ogni caso la seconda ipotesi - "una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti" - deve essere interpretata come un'ipotesi colposa, in cui la persona ragionevole rappresenta il parametro di valutazione della colpa, l'agente modello soggettivizzato in considerazione del bagaglio di conoscenze ed esperienze del soggetto agente, e non come una mera presunzione di conoscenza in presenza di eventuali "circostanze e fatti concreti".

6.1. Articolo 6 bis: *Attribuzione fittizia di beni a terzi.*

Un'ulteriore novità è introdotta dall'emendamento 43 che introduce l'articolo 6 bis, *Attribuzione fittizia di beni a terzi*: "Ciascuno Stato membro adotta misure legislative finalizzate all'introduzione di disposizioni volte a perseguire le persone che attribuiscono in modo fittizio proprietà e disponibilità di beni a terzi, con l'obiettivo di evitare misure di sequestro o confisca". Nel nuovo considerando 13 bis (emendamento n. 13) si precisa che "Al fine di lottare più efficacemente contro le organizzazioni criminali e le forme gravi di crimine, in linea con le esperienze già esistenti, sarebbe opportuno che gli Stati membri introducessero nel proprio sistema penale un reato per punire e perseguire il comportamento volto ad attribuire in modo fittizio proprietà e disponibilità dei beni a terzi, con l'obiettivo di evitare misure di sequestro o confisca. Sarebbe opportuno punire in modo adeguato l'assistenza alla perpetrazione di questo reato".

Anche in questo caso emerge come la "Commissione LIBE" sia evidentemente ispirata dalla disciplina italiana, richiamando con l'art. 6 la fattispecie di trasferimento fraudolento di valori prevista dall'art. 12 *quinquies* D.L. 306/1992 che incrimina autonomamente la condotta del reo volta al sottrarre i beni alla confisca¹⁷⁷. Tale fattispecie nell'ordinamento italiano richiede il dolo specifico (e cioè "il fine di eludere le disposizioni di legge in materia di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli *articoli 648, 648-bis e 648-ter* del codice penale") ed è ricompresa tra le fattispecie previste ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, rientrando addirittura tra le ipotesi di pericolosità qualificata previste dall'art. 1 della l. 575/65 in seguito alla riforma introdotta dalla legge n. 94/2009, e oggi dall'art. 16 del codice antimafia (in combinato disposto con l'art. 4)¹⁷⁸. Da ultimo la Suprema Corte ha precisato che ai fini

¹⁷⁶ Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 202. Da ultimo sulla nozione di affidamento incolpevole del terzo con onere della prova a suo carico Cass., sez. I, 27 aprile 2012, n. 44515, Intesa S. Paolo S.p.a. e altro, in *www-dejure.it*: "Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso avverso il provvedimento emesso dal tribunale in sede di incidente di esecuzione, il quale aveva ritenuto non provata la buona fede del creditore che, in relazione ad un mutuo ipotecario, aveva preso atto della comunicazione del subingresso nel contratto di un nuovo debitore senza svolgere alcun accertamento su solvibilità, affidabilità e personalità di quest'ultimo".

¹⁷⁷ 12-quinquies. Trasferimento fraudolento di valori.

¹⁷⁸ Anche in seguito all'introduzione del c.d. codice antimafia è rimasta nell'ordinamento italiano un'incongruenza introdotta dalla l. n. 94/2009, determinata dal fatto che in virtù dell'art. 1 l. 575/65 sono

della configurabilità del reato previsto da tale disposizione il dolo specifico «richiesto dalla fattispecie incriminatrice, consistente (fra l'altro) nel fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione, può sussistere non solo quando sia già in atto la procedura di prevenzione - che darebbe luogo automaticamente a indisponibilità dei beni attraverso le cautele previste dagli art. 2 *bis* e 2 *ter* l. 31 maggio 1965 n. 575, rendendo il più delle volte impossibile la condotta di fittizia intestazione in cui si sostanzia sotto il profilo oggettivo il reato - ma anche prima che la procedura sia intrapresa, quando l'interessato possa fondatamente presumerne imminente l'inizio»¹⁷⁹.

Il paradosso che una simile disciplina, auspicata dalla Proposta di Direttiva emendata, può determinare, in questa sorta di tentativo affannoso di moltiplicare le forme di confisca e di garantirne l'efficace applicazione anche incriminando l'attribuzione fittizia di beni, è rappresentato dalla possibilità che uno stesso bene possa essere sottoposto a una pluralità di confische; nell'ordinamento italiano, in seguito alla riforma introdotta dalla l. n. 94/2009 gli indiziati del reato di "Trasferimento fraudolento di valori" rientrano, infatti - come accennato -, tra i destinatari della confisca misura di prevenzione con la conseguenza che l'intestatario fittizio potrà subire la confisca avanzata nei confronti del suo dante causa; potrà subire direttamente la confisca avanzata nei suoi confronti e potrà subire la confisca penale

destinatari delle misure di prevenzione, in quanto considerati soggetti a pericolosità qualificata coloro che realizzeranno tale fattispecie residuale di agevolazione delle fattispecie di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, mentre coloro che sono indiziati della consumazione dei delitti in questione non rientrano nella previsione dell'art. 1 l. 575/65 in quanto non espressamente indicati, né ricompresi tra le fattispecie previste dall'art. 51, c. 3 *bis*, e, allora, potranno essere considerati destinatari delle misure di prevenzione solo in quanto comunque rientranti nella categoria dei soggetti a pericolosità generica previsti dall'art. 19 l. 152/75 (dediti a traffici delittuosi) e oggi dall'art. 1 del codice antimafia, richiamato dall'art. 4, a sua volta richiamato dall'art. 16.

Cfr. Cass., sez. I, 16 giugno 2010, n. 1616, Martiradonna, in *Dir. pen. cont.*, [www.penale contemporaneo.it](http://www.penale.contemporaneo.it), che applica il delitto di trasferimento fraudolento di valori a plurime e consecutive operazioni simulate.

¹⁷⁹ Cass., 26 aprile 2007, n. 21250, D.C., in *Guida al diritto* 2007, 28, 72. Le intestazioni fittizie sono, inoltre, indirettamente perseguite nell'ordinamento italiano, come accennato, attraverso le presunzioni di fittizietà delle intestazioni contemplate dai commi 13 e 14 dell'art. 2 *ter* l. 575/65, oggi dall'art. 26 del codice antimafia; in base a tale disciplina il giudice, con il provvedimento che dispone la confisca, può dichiarare la nullità degli atti di disposizione quando accerta che taluni beni siano stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi e nelle ipotesi indicate può presumere l'intestazione fittizia. Tale provvedimento, la dichiarazione di nullità, interviene sulla sfera propriamente civilistica, creando un ibrido che lascia perplessa la dottrina civilistica e che si ritiene giustificato solo dalla necessità di un tempestivo intervento giudiziale al fine di non porre nel nulla l'attività di prevenzione FILIPPI - CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, in *Il Decreto Sicurezza - d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di SCALFATI (con la collaborazione di APRILE e BRICCHETTI), Torino 2008, 283. Il ricorso alla sanzione della nullità degli atti di disposizione fittizia (simulati), infatti, suscita delle perplessità nei civilisti poiché l'istituto della simulazione (artt. 1414 ss. cod. civ.) "è cosa affatto differente da quello della nullità (artt. 1418 e segg. Cod. civ.), come, d'altronde, conferma la legge nel prevedere due distinte discipline", AIELLO, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, in MAZZARESE - AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia - Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano 2010, 229.

allargata ex art. 12 *sexies* l. 356/1992, in seguito alla condanna per la fattispecie in questione. Il tutto con un evidente spreco di risorse ed energie processuali ¹⁸⁰.

7. La disciplina del congelamento dei beni e dei diritti della difesa: emendamenti.

Un'importante proposta di riforma riguarda l'art. 7 che prevede la disciplina del *congelamento* dei beni al fine di garantire l'esecuzione della confisca. Come osservato in altra sede la norma pur prevedendo in generale che simili provvedimenti siano adottati dall'autorità giudiziaria, ne consente l'immediata adozione da parte delle "autorità competenti" quando vi sia un rischio elevato che detti beni siano dispersi, occultati o trasferiti prima della decisione dell'autorità giudiziaria, ferma restando la necessità della successiva e pronta conferma dell'autorità giudiziaria. Tale previsione, che sicuramente tiene conto della prassi di taluni paesi suscita qualche preoccupazione laddove consente ad un'organo non giudiziario di applicare il provvedimento di congelamento, che può avere gravi conseguenze sul valore economico di un bene, e magari *inaudita altera parte*, poiché l'art. 8 impone il dovere di informare l'interessato successivamente all'esecuzione del provvedimento ("dopo la sua esecuzione")¹⁸¹. Sembrano allora opportuni gli emendamenti 44 e 45 che modificano il primo paragrafo dell'art. 7 nel senso di prevedere che sia sempre *l'autorità giudiziaria* ad ordinare "le misure necessarie per poter procedere, in vista di un'eventuale successiva confisca, al congelamento dei beni che rischiano di essere dispersi, occultati o trasferiti al di fuori della giurisdizione" ed eliminano di conseguenza il secondo paragrafo che consentirebbe all'autorità non giudiziaria l'adozione di simili misure. Come evidenziato in altra sede, l'effettiva tutela giurisdizionale dell'interessato e dei terzi è uno dei profili deboli di molte discipline in materia, mentre, per contro, il diritto di difesa è uno degli aspetti fondamentali che la Corte EDU impone al fine di considerare conformi ai principi dell'art. 6 CEDU i provvedimenti in esame. La chiara volontà espressa dalla "Commissione LIBE" nel senso di conformare la disciplina della confisca europea alle garanzie della CEDU, a partire dalla giurisdizionalità del procedimento, impone allora l'adozione dell'emendamento in questione.

In relazione al congelamento l'emendamento n. 15 al *considerando* 15 sollecita una continua verifica delle esigenze che giustificano il congelamento (sequestro), oltreché la delimitazione della sua durata, già prevista in quanto "considerata la limitazione al diritto di proprietà che i provvedimenti di congelamento comportano, non è opportuno che tali misure provvisorie siano mantenute più di quanto non sia necessario a conservare la disponibilità del bene in vista di un'eventuale successiva confisca. *Ne discende l'obbligo per l'autorità giudiziaria di verificare, se del caso, che il loro scopo di prevenire la sparizione dei beni sia sempre attuale*". Anche tale emendamento

¹⁸⁰ Così MANGIONE, *Il volto attuale della confisca di prevenzione: riflessioni a margine dei "pacchetti sicurezza"*, in *Scenari di mafia – Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di FIANDACA – VISCONTI, Torino 2010, 267.

¹⁸¹ MAUGERI, *op. cit.*, 206 ss.

appare assolutamente opportuno esprimendo un'opzione politico criminale di ragionevolezza che dovrebbe consentire di bilanciare correttamente l'esigenza, sottesa ai provvedimenti di congelamento, di garantire l'effettività della confisca e l'esigenza di garantire i diritti dei titolari dei beni di esercitare il loro diritto di proprietà *convenzionalmente riconosciuto* (art. 1 del I Protocollo CEDU) e, laddove si tratti di beni aziendali, di esercitare la loro libertà di iniziativa economica; il congelamento dei beni comunque comporta un notevole sacrificio economico e, talora, finisce per compromettere la capacità e la tenuta economica di un'azienda, a parte la considerazione che anche la gestione dei beni comporta dei costi per lo Stato.

In relazione al diritto di difesa l'emendamento n. 46 propone di modificare il dettato del primo paragrafo dell'art. 8 che riconosce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale nell'ambito dei procedimenti volti all'applicazione della confisca, prevedendo che tale diritto sia garantito alle "persone i cui strumenti e proventi di reato siano confiscati ai sensi della presente direttiva, a prescindere dalla proprietà al momento della confisca", precisando nella Motivazione che "l'emendamento chiarisce che le persone che hanno diritto a un ricorso e ad un processo equo per determinare la legalità della confisca sono quelle che hanno utilizzato strumenti e/o ottenuto proventi di reato a prescindere dalla proprietà di tali beni al momento della confisca". Tale emendamento potrebbe fare sorgere il timore che il diritto di difesa sia garantito solo a coloro che hanno utilizzato i beni e conseguito i profitti, ma non si garantiscano i diritti di difesa di coloro che hanno successivamente acquistato i beni; tale timore è subito confutato dal successivo emendamento n. 47 che introduce un nuovo comma 1 bis dell'art. 8 che stabilisce l'obbligo degli Stati di adottare "le misure necessarie a garantire che, al fine di salvaguardare i propri diritti, le persone colpite dai provvedimenti godano del diritto a un ricorso effettivo prima dell'adozione di una decisione definitiva relativa alla confisca, compresa l'opportunità di ricorso giurisdizionale".

8. I diritti delle parti lese.

L'emendamento n. 50 introduce un nuovo comma, il secondo, all'articolo 8, § 6 (che garantisce il diritto di difesa dei terzi) che prevede che ciascuno Stato membro debba adottare le misure necessarie per garantire i diritti delle parti lese e in particolare che, ove a seguito di un reato sussistano diritti delle parti lese nei confronti dell'imputato, la confisca non comprometta la possibilità di far valere tali diritti, evidenziando nella motivazione a tale disposizione la necessità di una disciplina uniforme a livello europeo e soprattutto di garantire che "il diritto europeo in materia di confisca" salvaguardi tali diritti, in quanto la possibilità che invece "possa vanificare i diritti delle parti lese sarebbe in contraddizione con l'approccio di norma seguito dalla Commissione LIBE in relazione alla "tutela delle vittime"¹⁸².

¹⁸² Richiede l'inserimento di una simile disposizione l'ECBA, *op. cit.*, 4. Sulla tutela delle vittime nell'ambito dell'Unione Europea CGUE, 9 ottobre 2008, Katz, C-404/07, §§ 46-50; CGUE, 28 giugno 2007, Dell'Orto, C-467/05, §§ 53-60; la famosa CGUE, 16 giugno 2005, Pupino, C-105/03, §§ 19-38.

La tutela dei diritti delle parti lese rientra, ad avviso della Commissione LIBE, nella logica della tutela della vittima del reato. Anche nel nuovo *considerando* 12 quater (emendamento n. 11) si sottolinea la necessità che la confisca non pregiudichi o vanifichi i diritti legittimi delle vittime dei reati commessi dalla persona colpita dalla confisca. La tutela delle parti lese è richiesta anche dagli strumenti sovranazionali, dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio e confisca, alla decisione quadro n. 212/2005.

Nella FRA Opinion si richiede non solo la tutela dei diritti delle vittime del reato, in conformità con le disposizione della Convenzione della Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e con la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione¹⁸³, ma anche la tutela del loro diritto a partecipare al procedimento nel rispetto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁸⁴.

In molti ordinamenti sono previste specifiche disposizioni che subordinano l'applicazione della confisca alla tutela dei "danneggiati" del reato, una disciplina assolutamente auspicabile perché lo scopo della confisca deve essere la lotta contro la criminalità e la sua infiltrazione nell'economia lecita, e non l'arricchimento del fisco a scapito dei diritti delle parti lese. Una disciplina della confisca che sacrificasse tali diritti non potrebbe godere di quel consenso sociale che dovrebbe accompagnare l'applicazione di tale importante strumento di lotta alla criminalità organizzata e alla criminalità economica in generale.

Rimane ferma, in ogni caso, l'esigenza di garantire l'efficienza della confisca nel senso che la rinuncia all'applicazione della confisca dovrebbe essere subordinata all'effettivo esercizio dei diritti delle parti lese, come da ultimo riconosciuto anche dalla Suprema Corte italiana rispetto alla confisca ex art. 19 d. lgs. n. 231/2001¹⁸⁵.

In Italia la tutela dei danneggiati dal reato è stata introdotta in alcune forme di confisca speciale, come nel sesto comma dell'art. 644 c.p., che prevede la confisca dei compensi usurari, facendo espressamente salvi "i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni"; la legge n. 45 del 13 febbraio 2001, in tema di collaboratori di giustizia e testimoni, ha introdotto tale clausola nell'art. 12 *sexies*.

Anche nell'ordinamento tedesco, ad esempio, l'applicazione del *Verfall* è subordinata al soddisfacimento delle pretese delle vittime e degli aventi diritto (per lo meno in relazione ai profitti che derivano dal reato - *aus der Tat*; tale limite non vale per i profitti ottenuti *für die Tat*)¹⁸⁶. Il *Verfall* è escluso quando attraverso le contro pretese

¹⁸³ FRA Opinion, cit., § 3.1 (39) e (44).

¹⁸⁴ FRA Opinion, cit., § 3.3 (43) - (45): "To effectively safeguard rights of victims of crimes under Article 47 of the Charter, consideration could be given to include in Article 8 of the proposal a clear reference to the need to safeguard fair trial rights of victims of crimes".

¹⁸⁵ Cass., sez. II, 16 dicembre 2010, n. 6459, M. e altro; cfr. Cass., Sez. N, 28 aprile 2010, n. 16526, in *Le Società*, 2011, 441; Cass., sez. II, 16 novembre 2011, n. 45054, B. e altro; Cass., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 39840.

¹⁸⁶ Cfr. ESER, § 73 (*Voraussetzungen des Verfalls*), in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER, 28 ed., 2010, § 26, 1122; LACKNER - KÜHL, § 73, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27. Ed., 2011, 531, § 6; NK/Herzog, StGB, 3 ed. 2010, § 73, 23; RÜBENSTAHL *Der Umfang der Vermögensabschöpfung beim Unternehmen in Deutschland und Italien*, in *Dir. pen. contemporaneo* 2012, II fasc., www.penalecontemporaneo.it, 11; BGH, JR 2002, 296, 297; OLG Karlsruhe, in *Wistra* 2004, 478; BGH, in *NStZ* 1999, 559, f. 31; BGHSt 30, 46, 47; BGHSt

degli offesi il vantaggio realizzato viene sottratto o diminuito. In tal modo si vuole tutelare il reo da una doppia aggressione del suo patrimonio, ma soprattutto, nel caso di concorrenza dell'interesse dello Stato alla confisca dei profitti del reato e dell'interesse del privato al risarcimento, si vuole dare la prevalenza all'interesse del privato¹⁸⁷.

Disposizioni simili, a tutela dei danneggiati, sono previste anche nell'ordinamento spagnolo, svizzero¹⁸⁸, austriaco¹⁸⁹; e anche il *Civil Asset Forfeiture Reform Act* 2000 prevede la destinazione dei fondi confiscati al risarcimento delle vittime, ricomprese le vittime dei reati presupposti dal reato di riciclaggio (sezione 6)¹⁹⁰.

9. La 'hardship clause'.

Il considerando 12 *ter* (nuovo) (emendamento n. 10) introduce un'altra importante novità, la previsione di una sorta di clausola dell'onerosità, perlomeno ai fini del sequestro. Si prevede, infatti, che "In singoli casi dovrebbe essere possibile astenersi in parte dall'emettere un ordine di congelamento" laddove "la misura rappresenti un onere sproporzionato per l'interessato o ne determini la rovina economica" in considerazione, come si precisa nella motivazione di una situazione "di manifesta iniquità". Nella Motivazione a tale emendamento si precisa che "Al

50, 299, 309 f.; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 4; BGH, NStZ-RR 2002, 366; OLG Hamm, 24 ottobre 1996, 2 Ss 1202/96, in *Wistra* 1997, 108, che conferma l'applicazione di questa regola anche in seguito alla riforma della fattispecie in questione e anche in relazione al *Verfall der Nutzungen und Ersatzgegenstände*; LANGER, *Vermögensstrafe* (§ 43a StGB). *Die neue Rechtsfolge zur Bekämpfung organisierter Kriminalität unter Berücksichtigung des erweiterten Verfalls* (§ 73d StGB), Göttingen 1997, 30; BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg 1996, 35 – 36.

¹⁸⁷ BayObLG, 27 aprile 2000 – 3 ObOWi 16/2000, in *Wistra* 2000 e in *NStZ* 2000, 537; BGH 12 luglio 2000 – 2 StR 43/00 (LG Frankfurt/Main), in *Wistra* 2000, 379.

¹⁸⁸ Nell'ordinamento spagnolo l'art. 128 (Artículo 128. Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente) consente al giudice o al Tribunale di non pronunciare il *comiso* o di pronunziarlo parzialmente quando siano stati adempiuti completamente gli obblighi di responsabilità civile; dato che, infatti, i beni confiscati sono destinati anche al soddisfacimento di tale forma di responsabilità, ne consegue che il provvedimento ablativo può non essere pronunciato se si è già fatto fronte a tali obblighi, cfr. MAPELLI CAFFARENA - TERRADILLOS BASOCO, *Las Consecuencias jurídicas del delito*, terza ed., Madrid 1996, 216; la dottrina interpreta tale norma come un principio limitativo del *comiso* in virtù di considerazioni vittimologiche, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, in *Revista Penal* 1997 n.1, 52. Per l'ordinamento svizzero cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht* 1995, 339; ID., *Einziehung (StGB Art. 58-60)*, in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich 1998, 122 ss.

¹⁸⁹ § 20a öStGB; cfr. FORRENGER, § 20a StGB, in *StGB und ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkommentar*, 7 ed., 104 - 105.

¹⁹⁰ Tale sezione ha riformato la sezione 981(b) del titolo 18 U.S.C. Nell'ordinamento inglese è invece possibile pronunciare contemporaneamente un *confiscation order* e un *compensation order* per risarcire le vittime ai sensi del § 130 del *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* e dalla sez. 73 del POCA 2002 (prima dalla sezione 71(7) del *CJA 1988*), cfr. Court of Appeal, 26 ottobre 2000, R. v. Williams, in *Crim. Law Rev.* 2001, 54.

momento la Commissione LIBE non prevede i casi di onere indebito. Al verificarsi di determinate condizioni, il procedimento di confisca sarebbe inevitabile. Per evitare conseguenze sproporzionate, occorre assolutamente introdurre una disciplina delle cosiddette situazioni "di manifesta iniquità".

Anche nella FRA OPINION si richiede di prevedere che il giudice possa decidere discrezionalmente di rinunciare alla confisca laddove sorga un "serious risk of injustice"¹⁹¹.

Tale previsione ricorda la *Härtefallklausel* dell'ordinamento svizzero e la clausola dell'*Härtevorschrift (Regola dell'onerosità)* (§ 73 c) dell'ordinamento tedesco: "L'acquisizione pubblica non viene disposta qualora rappresenti un provvedimento ingiustamente oneroso per l'interessato. Il provvedimento può non essere applicato se il valore del profitto conseguito non fa più parte del patrimonio dell'interessato al momento del provvedimento o se ha solo una entità modesta"¹⁹². Questa prescrizione prende in considerazione delle ipotesi in cui, considerando il carattere obbligatorio del *Verfall*, la sua inflizione si rivelerebbe eccessivamente afflittiva, consentendo di prendere in considerazione l'*Übermaßverbot* (il divieto di eccessi - il principio di proporzione in senso stretto).

In base a tale norma il giudice deve, quindi, rinunciare all'applicazione del *Verfall* quando e nella misura in cui comporta una sofferenza ingiusta¹⁹³; ad esempio nell'ipotesi in cui i profitti illegali siano stati reinvestiti e la loro sottrazione comporterebbe la messa in pericolo della stessa esistenza di un'impresa¹⁹⁴. Può, non deve, rinunciarvi quando il vantaggio è stato conseguito in seguito a una trasgressione non grave della legge e nel frattempo è stato consumato senza residuo, o ha un valore basso¹⁹⁵, o il profitto è stato ceduto a un terzo senza ricavarne un'utilità e senza l'intenzione di sottrarsi così al *Verfall*¹⁹⁶.

Anche nella prassi italiana la necessità dell'introduzione di una simile clausola emerge soprattutto laddove si applica la confisca nei confronti delle imprese, in

¹⁹¹ FRA OPINION, cit., § 1.3 (18).

¹⁹² Traduzione di DE SIMONE, FOFFANI, FORNASARI, SFORZI, *Il codice penale tedesco*, Padova 1994, 101; cfr. ESER, § 73 c, *Härtevorschrift*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER, cit., 1129 ss. Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 92 e 78.

¹⁹³ ESER, § 73 c, cit., § 2, 1130; BGH, NJW 2009, 2755; BGH, *StraFo* 2009, 295; BGH, *NStZ-RR* 2009, 234; BGH, *Wistra* 2003, 424.

¹⁹⁴ Cfr. DREHER - TRÖNDLE, § 73 c *Härtevorschrift*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47 ed., München 1995, 546; LACKNER - KÜHL, § 73 c, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 1 - 3; ESER, § 73 c, cit., § 2, 1130. Cfr. BGH, 17 giugno 2010 - 4 StR 126/10 (in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>); BGH, 10 giugno 2009, 2 StR 76/09, NJW 2009, 2755 e in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>; BGH, 28 giugno 2000 - 2 StR 213/00 (LG Aachen), in *NStZ* 2000, 590, ha precisato che la scomparsa del profitto conseguito dal patrimonio dell'interessato al momento del provvedimento, e cioè l'ipotesi prevista dal secondo comma e che consente facoltativamente la rinuncia all'applicazione del *Verfall*, non comporta l'ingiusto sacrificio previsto dal primo comma con conseguente rinuncia obbligatoria all'inflizione della confisca. In materia cfr. anche BGH, 5 aprile 2000 - 2 StR 500/99 (LG Kassel), in *NStZ* 2000, 480.

¹⁹⁵ BGH, 21. 8. 2002 - 1 StR 115/02, - BGHSt, 47, 369, 377; BGH, 10 giugno 2009, 2 StR 76/09, cit.; BGH *NStZ* 1995, 495.

¹⁹⁶ LACKNER, § 73 c, cit., § 2 - 3, 535 - 536; BGHSt, 47, 369, 377, cit.; BGH, 10 giugno 2009, 2 StR 76/09, cit.; BGH, *NStZ* 1995, 495.

particolare in seguito all'entrata in vigore del regime della responsabilità da reato degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, e l'applicazione della confisca nel caso concreto rischia di rivelarsi sproporzionata determinando degli effetti afflittivi eccessivi anche per la tenuta economica dell'ente; l'unica perplessità che potrebbe sorgere è legata all'inevitabile discrezionalità giudiziaria cui una simile valutazione di eccessiva onerosità dovrebbe essere rimessa¹⁹⁷.

10. Il riutilizzo sociale dei beni.

Si contestava alla proposta di direttiva la mancata considerazione della tematica della destinazione sociale dei beni, considerata una delle più innovative caratteristiche del sistema italiano della prevenzione patrimoniale, come riconosciuto dalla Risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo¹⁹⁸. L'utilizzo per finalità sociali dei beni confiscati rappresenta un fondamentale strumento di affermazione della legalità e della solidarietà di uno Stato di diritto contro il sopruso e l'ingiustizia del crimine.

La *Commissione LIBE* rimedia richiedendo espressamente l'introduzione da parte degli Stati di un'opportuna legislazione in tale direzione.

L'articolo I (emendamento n. 24) richiama subito l'ulteriore obiettivo che dovrebbe assumere la direttiva ad avviso dei revisori, e cioè l'implementazione ed *armonizzazione dei principi generali per una corretta gestione dei beni sequestrati e successivo riutilizzo dei beni confiscati* ("La presente direttiva ...e raccomanda principi generali per la gestione e il trasferimento dei beni confiscati").

Importante anche la riforma dell'art. 10 (Gestione dei beni sottoposti a congelamento), § 1, proposta dall'emendamento n. 53, al fine di indicare espressamente la "possibilità di utilizzo con finalità sociali dei beni confiscati", possibilità che dovrebbe essere salvaguardata, innanzitutto, attraverso una lungimirante e oculata gestione dei beni sequestrati; nella motivazione a tale emendamento si sottolinea, infatti, l'opportunità che gli Stati membri definiscano "con maggiore dettaglio la gestione dei beni anche dopo il provvedimento di confisca, attraverso un loro utilizzo a finalità sociali".

In tale direzione anche l'emendamento 55 all'articolo 10, § 2 vuole sottolineare l'importanza del riutilizzo sociale dei beni come finalità prioritaria cui devono essere destinati i beni confiscati: si prevede, infatti, che nella fase del "congelamento" "la vendita o il trasferimento dei beni che rischiano di svalutarsi" deve avvenire "solo se necessario", in quanto, come emerge anche dall'emendamento n. 56 che inserisce il nuovo paragrafo 2 bis all'articolo 10 si raccomanda, invece, che nello stabilire la destinazione dei beni confiscati si dia priorità "all'assegnazione di tali beni a progetti di contrasto e di prevenzione della criminalità, nonché ad altri progetti di interesse pubblico e di utilità sociale". In entrambe le fasi, quella del "congelamento" e quella

¹⁹⁷ MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., 493; BGH, 10 ottobre 2002, 4 StR 233/02, NSStZ, 2003, 257.

¹⁹⁸ Cfr. BALSAMO, *Il "codice antimafia"*, cit., 25.

della destinazione dei beni si raccomanda l'impegno dello Stato "per evitare infiltrazioni criminali o illegali".

In tale direzione già l'emendamento n. 16, che riforma il *considerando* 16, elimina il riferimento alla vendita dei beni congelati al fine di prevenirne la perdita di valore economico (i beni congelati e non definitivamente confiscati non dovrebbero essere venduti, salvo che per evitarne il depauperamento) e sottolinea l'opportunità di un'oculata gestione dei beni congelati in modo da incoraggiarne "il riutilizzo sociale" evitando il rischio di "un'ulteriore infiltrazione criminale"; si propone, inoltre, la "creazione di un fondo dell'Unione in cui si raccolga una parte dei beni confiscati dagli Stati membri. Tale fondo dovrebbe essere aperto a progetti pilota di cittadini dell'Unione, ad associazioni, coalizioni di ONG e qualsiasi altra organizzazione della società civile, per incoraggiare un efficace riutilizzo sociale dei beni confiscati ed ampliare le funzioni democratiche dell'Unione".

Il nuovo *considerando* 16 *ter*, introdotto dall'emendamento 18, sottolinea l'importanza del riutilizzo sociale dei beni per affermare la cultura della legalità: "La pratica dell'utilizzo a fini sociali dei beni confiscati promuove e sostiene la diffusione della cultura della legalità, l'assistenza alle vittime di reato e l'azione di contrasto alla criminalità organizzata, attivando così meccanismi virtuosi, da realizzare anche attraverso organizzazioni non governative, a beneficio della collettività e dello sviluppo socio-economico di un territorio, applicando criteri oggettivi".

La disciplina in tema di confisca, in conclusione, diventa l'occasione per promuovere "le funzioni democratiche dell'Unione" evidenziando le potenzialità che un uso avveduto dei beni confiscati potrebbe determinare attraverso il loro investimento in progetti di utilità sociale o, meglio, volti allo sviluppo socio-economico, magari proprio in quelle parti del territorio europeo in cui l'iniziativa economica e la progettualità imprenditoriale, se non addirittura il rispetto della legalità e la stessa partecipazione dei cittadini alla vita democratica, sono stati compromessi dalla presenza incombente e pervasiva del crimine organizzato.