

IL MUTUO RICONOSCIMENTO DEI PROVVEDIMENTI DI CONFISCA ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO (UE) 2018/1805

di **Ciro Grandi**

(*Professore associato di diritto penale presso l'Università degli studi di Ferrara*)

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Premesse e obiettivi dell'adozione del Regolamento 2018/1805. – 2.1. Il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di confisca nelle fonti di terzo pilastro. – 2.2. Digressione: i tormenti della *non-conviction-based confiscation* nelle fonti sovranazionali. – 2.3. La Direttiva 2014/42/UE e il “nulla di fatto” sulla confisca senza condanna. – 3. Il cuore oltre l'ostacolo: il mutuo riconoscimento (pur) senza previa armonizzazione ai sensi del Regolamento (UE) 2018/1805. – 3.1. Osservazioni sulla base giuridica e sull'ambito applicativo del Regolamento. – 4. Panoramica sulla procedura di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca e sui relativi motivi di rifiuto. – 4.1. Le origini dell'introduzione del motivo di non riconoscimento connesso al rischio di violazione dei diritti fondamentali. 5. – L'obbligo di mutuo riconoscimento alla prova dello statuto garantistico delle confische: una questione aperta... – 5.1 ... e vieppiù complicata in relazione alla confisca di prevenzione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019. – 6. Epilogo.

1. Nell'ambito della vasta operazione denominata “Crocì del Silario”, diretta a contrastare le infiltrazioni criminali nel settore del trasporto degli infermi e delle onoranze funebri, il Tribunale di Salerno, sezione misure di prevenzione, su proposta congiunta della Procura della Repubblica e del Questore del capoluogo campano, ha di recente disposto il sequestro preventivo, ai sensi della normativa antimafia, di beni e denaro per un valore complessivo di svariati milioni di euro¹. Tra i cespiti immobiliari bersaglio della misura compare anche un terreno situato all'estero, presso la città di Zimbor (Romania), rispetto al quale è stata attivata la procedura di (richiesta di) riconoscimento del provvedimento di sequestro disciplinata dal Regolamento (UE)

¹ La notizia, diffusa dalla stampa https://www.ansa.it/campania/notizie/2021/01/20/onoranze-funebri-e-trasporto-infermi-blitz-ps-nel-salernitano_oedebc2a-3bb1-4412-86ce-bfa12d41b404.html, è confermata dai siti istituzionali della Polizia di stato (<https://questure.poliziadistato.it/it/Salerno/articolo/183160086b34bb510105470937>) e del Ministero dell'interno (<https://www.interno.gov.it/it/notizie/sequestro-prevenzione-immobile-romania-appartenente-ad-organizzazione-camorristica>).

2018/1805 «relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca» (d'ora in avanti, *Regolamento*).

Non si è dunque fatto attendere l'esordio applicativo della fonte eurounitaria nel nostro paese, ove si consideri che, sebbene la stessa fosse stata varata nel 2018, l'effettiva entrata in vigore del nuovo meccanismo di cooperazione era stata posticipata allo scorso 19 dicembre 2020².

Oltre al carattere innovativo, l'ulteriore profilo di interesse del provvedimento adottato dal Tribunale di Salerno risiede nell'impiego dello strumento di nuovo conio nell'ambito di un procedimento di prevenzione, in linea del resto con le indicazioni formulate dalla Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato in una circolare diffusa pochi giorni addietro³: in tale documento i Questori vengono infatti sollecitati ad impartire le opportune disposizioni alle «dipendenti Divisioni Anticrimine, affinché, in collaborazione con la competente Autorità giudiziaria» queste attivino la procedura prevista dal Regolamento (anche) «nel caso di esecuzione in territorio estero di provvedimenti di sequestro e confisca, adottati ai sensi della normativa antimafia»⁴.

La riconducibilità delle misure di prevenzione patrimoniale nell'ambito applicativo dello strumento di mutuo riconoscimento di cui si discute è soluzione senza dubbio auspicabile. Nondimeno, a dispetto delle certezze esibite nella circolare appena richiamata, questa soluzione appare tutt'altro che incontrovertibile: su di essa anzi si addensano diverse incognite⁵, suscettibili di ripercussioni negative sulla fluidità operativa del meccanismo appena entrato in vigore. In via propedeutica all'inquadramento di tali incognite, conviene illustrare le premesse storiche (par. 2) e gli obiettivi (par. 3) dell'adozione del Regolamento eurounitario, nonché le fasi essenziali della procedura per il mutuo riconoscimento (par. 4).

² Ai sensi degli artt. 39-41 del Regolamento; sul punto v., *infra*, par. 4.

³ Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato, circolare del 12.1.2021, Relativa al regolamento (UE) 2018/1805, reperibile in www.sistemapenale.it, 14.1.2021, con scheda di S. Finocchiaro.

⁴ Più precisamente, se l'ambito applicativo del nuovo meccanismo si estende a «tutti i provvedimenti di congelamento [...] e di confisca emessi nel quadro di un *procedimento in materia penale*» (considerando n. 13 del Regolamento), nella circolare in esame tale locuzione viene ritenuta «idonea a ricomprendere anche i provvedimenti di sequestro e confisca emessi nell'ambito dei procedimenti di prevenzione disciplinati dal Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (D. lgs. n. 159/2011), presupponendo essi una valutazione di pericolosità sociale, fondata sulla sussistenza di indizi della commissione di reati, e un accertamento della provenienza illecita dei beni»; su tali profili si avrà modo di tornare in seguito (cfr., *infra*, par. 5).

⁵ Già segnalate, sia consentito il richiamo, da C. Grandi *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *DPP* 2019, 1619; e, più di recente, da V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, in www.filodiritto.it, 27.1.2021.

2. La galassia degli atti normativi dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca dei proventi da reato si compone essenzialmente di tre sistemi di fonti, volti a perseguire altrettante esigenze complementari⁶: l'armonizzazione delle opzioni legislative degli Stati membri in ordine ai presupposti e all'oggetto dei provvedimenti di sequestro e confisca⁷; l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti medesimi⁸; il rafforzamento della cooperazione orizzontale tra le autorità nazionali coinvolte nelle procedure di recupero dei beni di provenienza illecita⁹.

Inequivocabilmente, il Regolamento 2018/1805, «relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca»¹⁰, persegue la seconda delle esigenze segnalate, sostituendo le fonti di terzo pilastro all'uopo adottate in precedenza¹¹.

⁶ In questo senso cfr. M. Simonato, *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step forward on asset recovery?*, in *New Journal of European Criminal Law* 2015, vol. 2, 216 s. Per un panorama a spettro ancor più ampio sull'intera gamma delle fonti sovranazionali in materia, v. R. Virzo, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, Napoli 2020, *passim*.

⁷ Con riferimento agli strumenti varati nell'ambito del c.d. "terzo pilastro" dell'Unione, vanno ricordate l'Azione comune 98/699/GAI, del 3.12.1998, sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, nonché la DQ 2001/500/GAI, del 26.6.2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, prime fonti UE volte ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia di confisca diretta e per equivalente; inoltre, la DQ 2005/212/GAI, del 24.2.2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, la quale ha dettato una disciplina assai dettagliata in materia di confisca estesa e ha esperito il primo tentativo di armonizzazione in materia di confisca nei confronti dei terzi (art. 3). Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stata infine varata la Dir. 2014/42/UE, del 3.4. 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea (che ha parzialmente sostituito gli atti in precedenza menzionati), volta ad armonizzare le legislazioni degli stati membri in relazione a tutte le forme di confisca (diretta, per equivalente, estesa, nei confronti dei terzi e anche senza condanna), sebbene con risultati non sempre soddisfacenti, come verrà precisato in seguito (*infra*, par. 2.3).

⁸ Tra le fonti di terzo pilastro, si tratta della DQ 2003/577/GAI, del 22.7.2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio e della DQ 2006/783/GAI, del 6.10.2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca.

⁹ Si veda al riguardo la Decisione del Consiglio 2007/845/GAI, del 6.12.2007, concernente la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi.

¹⁰ Adottato il 17.10.2018, in GU L 303, 28.11.2018, entrato in vigore il successivo 18 dicembre. Oltre alle indicazioni di cui, *supra*, nota 5, per un commento assai approfondito si rinvia ad A. M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2019, n. 1, 34 ss. V. anche A. Rosanò, *Congelamento e confisca di beni. Le novità del diritto dell'Unione europea nel quadro della cooperazione internazionale*, in *www.eurojus.it*, 7.1.2019.

¹¹ Più in particolare, ai sensi dell'art. 39, il Regolamento sostituisce le succitate Decisioni quadro 2003/577 e 2006/783 (cfr., *supra*, nota 8) solo nella disciplina dei rapporti tra Stati membri vincolati dal Regolamento stesso (ovvero tutti gli Stati membri dell'Unione ad eccezione di Irlanda e Danimarca, che hanno esercitato la facoltà di *opting-out* prevista rispettivamente dal Protocollo 21 e dal Protocollo 22 al Trattato di Lisbona sulla

L'approvazione del Regolamento in esame risponde essenzialmente a una duplice esigenza, dalla quale l'analisi che segue – incentrata sui profili riguardanti *la confisca* – prenderà le mosse: in primo luogo, superare i punti deboli della disciplina del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca dettata dalle Decisioni quadro 2003/577 e 2006/783¹²; in secondo luogo, aggiornare tale disciplina rispetto alle novità introdotte dalla Direttiva 2014/42/UE sul fronte dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di confisca¹³.

2.1. Le relazioni della Commissione UE sullo stato di esecuzione delle succitate Decisioni quadro¹⁴ avevano segnalato molteplici criticità, derivanti dalla trasposizione tardiva o disarmonica delle fonti medesime all'interno degli Stati membri¹⁵. Si tratta, del resto, di esiti in parte connessi al regime giuridico proprio delle Decisioni quadro

partecipazione di tali Stati allo spazio di libertà sicurezza e giustizia ; sul punto v. i considerando 55-57 del Regolamento). Di conseguenza, le Decisioni quadro medesime continuano a regolare, residualmente, i rapporti tra gli Stati vincolati al Regolamento e gli Stati ad esso non vincolati, nonché i rapporti tra questi ultimi. Per quanto attiene al mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro, materia che esula da questa analisi, va segnalato che le disposizioni sul sequestro probatorio della DQ 2003/577 erano già state sostituite dalla Dir. 2014/41/UE, del 3.4.2014, sull'ordine europeo di indagine penale.

Va inoltre segnalato che nel Capo VI del Regolamento, rubricato «Disposizioni generali», si rinvencono anche regole sulla gestione e destinazione dei beni sottoposti a congelamento e confisca, comprensive di alcune previsioni volte a disciplinare la cooperazione transnazionale in materia, dunque in vista della terza esigenza segnalata in apertura; su tali profili v. T. Slingeneyer, *Management of frozen assets in Improving Confiscation Procedures in the European Union*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2019, 547 ss. e S. Bolis, *The destination and administration of confiscated assets*, *ivi*, 565 ss.

¹² Cfr. il quadro critico tratteggiato nella Relazione illustrativa della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, COM(2016) 819def. del 21.12.2016, sulla quale v. A. M. Maugeri, *Prime osservazioni sulla nuova "proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2017, n. 2, 231 ss. e A. H. Ochnio, *Between the medium and the minimum options to regulate mutual recognition of confiscation orders*, in *New Journal of European Criminal Law* 2018, n. 4, 432 ss.

¹³ Sulle quali v. A. Marandola, *Considerazioni minime sulla Dir. 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca di beni strumentali a dei proventi da reato fra gli Stati dell'UE*, in *DPP* 2016, 121 ss. ; *Id.*, *Congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato dell'Unione europea: la « nuova » direttiva 2014/42/UE*, in www.archiviopenale.it, 1.5.2016, 79 ss.; A. M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un 'work in progress'*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2015, n. 1, 300 ss.; nonché, con i più recenti aggiornamenti relativi all'attuazione negli ordinamenti dei Paesi UE, *Id.*, *La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo, C. Grandi, Napoli 2021 (in corso di pubblicazione).

¹⁴ Cfr. le due relazioni della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, rispettivamente, sulla Decisione quadro 2003/577, COM(2008) 885def. del 22.12.2008, e sulla Decisione quadro 2006/783, COM(2010) 428def. del 23.8.2010.

¹⁵ Sul punto v. anche i considerando 5 ss. del Regolamento.

di terzo pilastro: come noto, da un lato tali fonti erano prive di effetti diretti, necessitando di misure nazionali attuative¹⁶; dall'altro lato, la mancata (o tardiva) adozione di queste ultime non poteva dare luogo a procedura d'infrazione nei confronti dei Paesi inadempienti¹⁷. Non è parsa dunque casuale la tempistica di trasposizione delle fonti in questione in Italia, avvenuta rispettivamente con i d.lgs. n. 35/2016¹⁸ e n. 137/2015¹⁹, varati molti anni dopo lo spirare dei termini in esse sanciti²⁰ e invece, tutto sommato, a breve distanza dalla scadenza della disciplina transitoria degli atti di terzo pilastro prevista dagli articoli 9 e 10 del Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona (30 novembre 2014), trascorsa la quale la procedura d'infrazione (ora disciplinata agli artt. 258 ss. TrFUE) è divenuta attivabile anche in caso di mancata o infedele trasposizione delle decisioni quadro tutt'ora vigenti²¹.

Al di là delle questioni connesse alla (debole) forza cogente del *tipo* di fonte, anche i *contenuti* del sistema delineato dalla Decisione quadro 2006/783 presentano difetti molteplici. In particolare, l'atto in questione sancisce l'obbligo generale del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca adottati nei casi previsti dalla precedente Decisione quadro 2005/212, la quale aveva promosso l'armonizzazione dei poteri di confisca diretta ed estesa²²; con riferimento a quest'ultima forma di confisca, tuttavia, l'art. 3.2 lasciava agli Stati membri la scelta fra tre modelli alternativi, realizzando dunque un'armonizzazione su scala europea solamente parziale.

Ebbene, tra i numerosi motivi di rifiuto del riconoscimento dei provvedimenti di confisca, la Decisione quadro 2006/783 contemplava – poco razionalmente – anche l'ipotesi in cui lo Stato membro di esecuzione avesse prescelto un modello di confisca estesa differente da quello sulla base del quale il provvedimento trasmesso era stato adottato dall'autorità richiedente (art. 8 par. 3). Ora, se si tiene conto del fatto che «data la varietà delle misure prese dagli Stati membri, definite in funzione dei rispettivi ordinamenti giuridici e caratterizzate da costruzioni giuridiche che non sempre

¹⁶ Ai sensi dell'art. 34 TrUE, base giuridica delle Decisioni quadro nel Trattato di Amsterdam.

¹⁷ Su questi aspetti v., in generale, A. Bernardi, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *RIPC* 2007, 1157 ss., e spec. 1171, nota 49 per ulteriori indicazioni bibliografiche sui poteri della Corte di Giustizia in relazione alle fonti in esame.

¹⁸ D.lgs. 15.2.2016, n. 35, «Attuazione della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22.7.2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio».

¹⁹ D.lgs. 7.8.2015, n. 137, «Attuazione della decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca».

²⁰ Rispettivamente, il 2.8.2005 per la DQ 2003/577 e il 24.11.2008 per la DQ 2006/783.

²¹ In argomento cfr. C. Amalfitano, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *www.eurojus.it*, 1.12.2014; M. Tebaldi, *Competenza penale europea: prospettive dinamiche all'esito del periodo transitorio*, in *DpenCont* 2018, n. 5, 97 ss.

²² La già citata DQ 2005/212/GAI, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, prefigurava altresì la *facoltà* – non l'obbligo – per gli Stati membri di adottare norme in materia di confisca nei confronti dei terzi (art. 3 par. 3).

corrispondono alla stessa architettura, è spesso difficile stabilire a quale di questi casi [di confisca estesa] si sia conformato ogni Stato membro»²³, ben si comprende come il motivo di rifiuto in esame abbia nei fatti severamente compromesso l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di confisca in questione²⁴.

Inoltre, la Decisione quadro 2006/783 non detta alcuna previsione vincolante sul riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna²⁵, materia che, del resto, non era stata oggetto di alcun obbligo di armonizzazione ad opera della Decisione quadro 2005/212²⁶. Anche rispetto ai provvedimenti di *non-conviction based confiscation*, contemplati in un numero crescente di legislazioni nazionali e ivi assoggettate a regimi giuridici assai differenziati²⁷, la disciplina sul mutuo riconoscimento dettata dalle fonti di terzo pilastro risultava dunque del tutto insoddisfacente. Il combinato disposto di questi fattori ha reso la cooperazione interstatale nel recupero dei proventi illeciti incapace di decollare²⁸, come del resto comprovato da svariate rilevazioni statistiche, concordi nel segnalare un flusso piuttosto modesto di trasmissione transfrontaliera di ordini di confisca, nonché percentuali insoddisfacenti di effettiva esecuzione²⁹.

Tale situazione, del resto, non è che il riflesso nell'ordinamento eurounitario dell'inveterata difficoltà di individuare soluzioni condivise ad appaganti a livello sovranazionale in materia di *non-conviction-based confiscation*, nella duplice prospettiva dell'armonizzazione dei regimi giuridici nazionali e del mutuo

²³ Così denunciava, con tono quasi sconfortato, la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di esecuzione della Decisione quadro 2005/212, COM(2007) 805 def. del 17.12.2007.

²⁴ Proprio la regolamentazione bizantina del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca estesa, scaturente dal combinato disposto delle Decisioni quadro 2005/212 e 2006/783, è stata ritenuta il *principale difetto* della disciplina europea in materia di *asset recovery* – v. D. Nitu, *Extended and third party confiscation in the EU*, in *Improving Confiscation*, a cura di A. Bernardi, cit., 69 – al quale ha in parte posto rimedio la Dir. 2014/42/UE, promuovendo un modello unitario di tale tipologia di confisca (art. 5); su tali aspetti si rinvia alla bibliografia segnalata, *supra*, sub nota 13.

²⁵ In argomento v., *amplius*, A. M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 9, ove si ritiene che la Decisione quadro «ammette [...] il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna, pur non prevedendolo come obbligatorio, in quanto consente di opporre il rifiuto» ai sensi dell'art. 8 n. 2 lett. g.

²⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a C. Grandi, *Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework*, in, *Improving Confiscation*, a cura di A. Bernardi, cit., 37 ss.

²⁷ Cfr. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, a cura di J. P. Rui, U. Sieber, Berlino 2015; *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, a cura di A. Bernardi, cit., sezione II.

²⁸ In questi termini A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 254; sul punto v. anche il considerando 6 del Regolamento.

²⁹ Sul punto cfr. *Inception Impact Assessment* della Commissione UE, denominato *Strengthening the mutual recognition of criminal assets' freezing and confiscation orders*, del 7.11.2016, studio propedeutico all'adozione della proposta di Regolamento.

riconoscimento ed esecuzione transnazionale dei provvedimenti giurisdizionali domestici.

2.2. L'attenzione rivolta dalle istituzioni sovranazionali ai provvedimenti di *asset recovery* quali indispensabili strumenti di contrasto alla criminalità di profitto è davvero assai risalente³⁰. Sebbene in tempi più recenti, appare oramai essersi consolidata pure la convinzione circa l'insufficienza delle forme "tradizionali" di confisca, fondate sulla sentenza di condanna dell'autore del reato da cui i proventi illeciti derivano. In altre parole, gli attori internazionali hanno da tempo maturato la consapevolezza della necessità di affrancare le *chances* di recupero della ricchezza illecita dai tempi e dagli esiti incerti del procedimento penale, promuovendo l'adozione di modelli di confisca caratterizzati da legami più flessibili con l'accertamento del reato condensatosi nella condanna: vuoi perché i beni da recuperare non derivano dal reato in relazione al quale quest'ultima è stata pronunciata (confisca allargata); vuoi perché tali beni appartengono a un soggetto diverso dal condannato (confisca nei confronti dei terzi); vuoi perché l'ablazione patrimoniale non presuppone alcuna sentenza di condanna (confisca senza condanna). Mentre in relazione alle prime due ipotesi il legame tra il provvedimento ablativo e il binomio reato/condanna risulta dunque solamente *allentato*³¹, tale legame viene invece radicalmente spezzato nel caso delle confische *non-conviction based*, le quali operano talvolta a prescindere (non solo dalla condanna, ma anche) dall'*inizio* di un procedimento penale³².

Non sorprende dunque come tutte le iniziative volte a promuovere, attraverso fonti di diritto sovranazionale, l'introduzione di forme armonizzate di confische *autenticamente* senza condanna, con l'obiettivo di garantire efficienza al recupero transnazionale dei patrimoni illeciti, si siano dovuti confrontare – e non di rado scontrare – con due ordini di ostacoli, strettamente correlati: in primo luogo, con le ragioni connesse alla tutela dei diritti fondamentali, specie – ma non solo – in relazione alla presunzione di non colpevolezza e alla salvaguardia diritto di proprietà, pure essi

³⁰ Oltre a R. Virzo, *La confisca nell'azione internazionale*, cit., cfr., più in sintesi, R. Ivory, *Asset Recovery in Four Dimensions: Returning Wealth to Victim Countries as a Challenge for Global Governance*, in *Chasing Criminal Money*, a cura di K. Ligeti, M. Simonato, Oxford-Portland 2017, 175 ss.; nonché, in prospettiva storica, M. Fernandez-Bertier, *The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime*, ivi, 53 ss.

³¹ Giacché una condanna è stata pur sempre pronunciata, sebbene in relazione a un fatto diverso rispetto a quello da cui i beni confiscati derivano, ovvero nei confronti di un soggetto diverso da quello che subisce il provvedimento ablativo.

³² Come sottolineano J.P. Rui, U. Sieber, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Bringing the picture together*, in *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, a cura di J. P. Rui, U. Sieber, cit., 245.

del resto sanciti nelle convenzioni internazionali³³. In secondo luogo, con le notevoli differenze riscontrabili tra le legislazioni nazionali in ordine all'ammissibilità e ai limiti delle confische senza condanna, nonché ai procedimenti propedeutici alla loro applicazione: un caleidoscopio di soluzioni frutto della protezione a geometria variabile assicurata ai medesimi diritti fondamentali nel panorama del diritto processualpenale e costituzionale comparato³⁴.

Qualche esempio di queste *impasse*.

Tra i primi impulsi a svincolare il provvedimento di confisca dalla sentenza di condanna figura quello impresso dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione³⁵, il cui art. 54 disciplina i «Meccanismi di recupero di beni mediante la cooperazione internazionale ai fini della confisca». Più in particolare, tale articolo (let. c) dispone che ciascuno «Stato Parte [...] *considererà la possibilità di adottare* le misure necessarie per consentire la confisca [...] in assenza di condanna penale nei casi in cui l'autore del reato non possa essere penalmente perseguito per morte, fuga o assenza ovvero in altri casi opportuni» (corsivo aggiunto). Questa formulazione tipicamente di *soft-law* evita dunque di sancire veri e propri *obblighi* in capo ai paesi contraenti in relazione alla confisca senza condanna; contrariamente a quanto accade per le misure necessarie a consentire il riconoscimento e l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti "tradizionali" di confisca *conviction-based*, in relazione ai beni acquistati mediante uno dei reati previsti dalla Convenzione medesima³⁶.

Analoghe cautele lessicali in relazione alla confisca senza condanna sono riscontrabili, più di recente, nel quadro delle Raccomandazioni FATF-GAFI³⁷ che

³³ In questo senso, già T.S. Greenberg, L. Samuel, W. Grant, L. Gray, *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-conviction Based Asset Forfeiture*, Washington DC 2009, 19 ss.

³⁴ All'esito di una vasta indagine comparatistica (aggiornata al 2015), J.P. Rui, U. Sieber, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Bringing the picture together*, cit., identificavano *almeno quattro* differenti approcci alla confisca senza condanna nel panorama dell'Unione europea. Per un'analisi più recente relativa agli ordinamenti del Belgio, della Francia, della Germania e della Romania – oltre che di quello nostrano – v. i contributi raccolti in *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, a cura di A. Bernardi, cit., sezione II, 95 ss., nonché, per un quadro sintetico, D. Morosan, F. Streteanu, D. Nitu, *Substantive aspects of confiscation*, *ivi*, 473 ss. Con riferimento all'ordinamento tedesco v. l'ancor più aggiornata indagine di T. Trinchera, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino 2020, 217 ss. Per ulteriori spunti di diritto comparato v. altresì A. M. Maugeri., *La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione*, cit., par. 6.

³⁵ United Nations Convention Against Corruption, adottata dall'Assemblea Generale del 31.10.2003.

³⁶ L'adozione di tali misure risulta infatti *obbligatoria* ai sensi della let. a dello stesso art. 54 (« Ciascuno Stato parte [...] *adotterà le misure necessarie* per consentire alle proprie autorità competenti di dare efficacia a un'ordinanza di confisca emessa da un tribunale di un altro Stato Parte»). Per ulteriori dettagli sia consentito il rinvio a C. Grandi, *Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework*, cit., 35 s.

³⁷ Come noto, il *Financial Action Task Force* (Gruppo d'Azione Finanziaria) è un organismo intergovernativo indipendente, istituito nel 1989 con l'obiettivo di formulare e promuovere l'attuazione di strategie coordinate a livello globale per il contrasto al crimine organizzato, al terrorismo, al riciclaggio e alla corruzione

definiscono gli «Standard internazionali per il contrasto del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzioni di massa»³⁸.

La Raccomandazione n. 4 – riguardante le misure legislative volte a consentire il congelamento e la confisca dei beni (strumenti e proventi) correlati ai reati di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo – prevede testualmente: «*Countries should consider adopting measures that allow such proceeds or instrumentalities to be confiscated without requiring a criminal conviction (non-conviction based confiscation)[...] to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law*»³⁹. Parallelamente, la Raccomandazione n. 38, che estende il dovere di assistenza reciproca nei procedimenti di congelamento e confisca anche alle richieste inoltrate in relazione a confische *non conviction-based*, precisa tuttavia che tale assistenza debba essere prestata «*unless this is inconsistent with fundamental principles of their domestic law*».

In altre parole, persino nell'ambito di fonti per loro natura di *soft law*, quali le Raccomandazioni FATF, l'adozione di forme di confische senza condanna è meramente caldeggiata⁴⁰; per di più, la disposizioni in materia, sul duplice versante dell'armonizzazione e della cooperazione, vengono espressamente subordinate alla compatibilità con gli standard garantistici operanti a livello domestico⁴¹.

L'assenza di previsioni vincolanti in materia di confisca senza condanna contraddistingue anche le fonti del Consiglio d'Europa. Né la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990⁴², né la più recente Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo del 2005⁴³ contemplano infatti obblighi di armonizzazione in materia. Anzi, la circostanza per cui l'ordine di confisca non risulti fondato su previa condanna è annoverata da entrambi gli strumenti pattizi

(<http://www.fatf-gafi.org/>). Sul significativo impatto delle *FATF Recommendations* sul *policy-making* dell'Unione europea, v. R. Borlini, F. Montanaro, *The evolution of the EU law against criminal finance: the "hardening" of FATF standards within the EU*, in *Georgetown Journal of International Law* 2017, vol. 48, 1011 ss.

³⁸ FATF (2012-2020), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Parigi.

³⁹ Di nuovo, dunque, «*shall consider adopting*» anziché «*shall adopt*».

⁴⁰ Mediante la già richiamata formula «*Countries shall consider adopting...*» (Raccomandazione n. 4, par. 3), in luogo della formula – consueta per gli obblighi di fonte sovranazionale – «*Countries shall adopt ...*», impiegata con riferimento alle confische tradizionali (*ivi*, par 1).

⁴¹ «*... to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law*» (Raccomandazione 4, cit.); «*...unless this is inconsistent with fundamental principles of their domestic law*» (Raccomandazione 38, cit.).

⁴² Convenzione di Strasburgo, del 8.11.1990.

⁴³ Convenzione di Varsavia, del 16.5.2005.

tra i *motivi di rifiuto* opponibili alla richiesta di cooperazione nell'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di ablazione patrimoniale⁴⁴.

Cosicché, pure in seno al Consiglio d'Europa le indicazioni in materia di confisca senza condanna restano relegate nei confini della *soft-law*. In particolare, nella Risoluzione 2218(2018), l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa «*strongly supports non-conviction-based confiscation or similar measures as the most realistic way for States to tackle the enormous and inexorably growing financial power of organised crime, in order to defend democracy and the rule of law*»⁴⁵. Nondimeno, in ragione della sua natura *soft*, la fonte in questione non può che limitarsi ad “invitare” gli Stati del Consiglio d'Europa a introdurre forme di confisca siffatte⁴⁶.

2.3. In questo scenario, non stupisce quindi che le fonti di terzo pilastro in precedenza menzionate abbiano semplicemente glissato sulla confisca senza condanna⁴⁷, specie ove si consideri che la procedura di approvazione delle decisioni quadro richiedeva il voto unanime in seno al Consiglio UE Giustizia e Affari Interni; sicché, la contrarietà di un solo Stato rispetto ad obblighi di armonizzazione aventi ad oggetto forme di confisca ritenute poco conformi alle garanzie domestiche avrebbe in automatico affossato ogni proposta.

Ci si poteva allora attendere risultati più appaganti, una volta superato lo scoglio della *unanimity rule* tipica del terzo pilastro, grazie alla regola di approvazione a maggioranza delle direttive di armonizzazione penale *post-Lisbona* sancita negli artt. 82-83 TRFUE⁴⁸.

Al contrario, proprio il varo della già rievocata Direttiva 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, ha definitivamente confermato la natura complessa e divisiva della disciplina di armonizzazione in materia di confisca senza previa condanna.

Tale Direttiva, giova ripeterlo, superando le aporie che caratterizzavano la Decisione quadro 2005/212, ha introdotto puntuali obblighi di armonizzazione in relazione non solo alla confisca diretta e per equivalente (art. 4), ma anche alla confisca

⁴⁴ Rispettivamente, art. 18, par. 4, let. *d* della Convenzione di Strasburgo e art. 28 par. 4 let. *d* della Convenzione di Varsavia.

⁴⁵ Resolution on «Fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets», del 26.4. 2018 (punto 6).

⁴⁶ «*the Assembly [...] invites all member States of the Council of Europe and other States having a special status with the Council of Europe to [...] provide for non-conviction-based confiscation in their national laws*» (punto 9).

⁴⁷ V., *supra*, par. 2.1.

⁴⁸ I quali assoggettano – in linea generale – le direttive di armonizzazione penale alla procedura legislativa ordinaria messa a punto all'art. 294TrFUE.

allargata (art. 5) e nei confronti dei terzi (art. 6)⁴⁹; e – per la prima volta – ha effettivamente delineato ipotesi obbligatorie di confisca senza condanna (art. 4 par. 2), sebbene con risultati assai deludenti rispetto alle attese.

Da un lato, si rendeva dunque necessario un aggiornamento della normativa europea sul fronte complementare del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, posto che gli obblighi sanciti al riguardo dalla Decisione quadro 2006/783 non “coprivano” l’intero catalogo delle ipotesi ora contemplate dalla Direttiva⁵⁰: come viene sottolineato nel Preambolo del Regolamento (considerando 7), il quadro giuridico dell’UE sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca «non ha tenuto il passo con i recenti sviluppi legislativi» a livello europeo e nazionale, con particolare riferimento a progressi conseguiti, sul fronte dell’armonizzazione, proprio a seguito dell’adozione della Direttiva stessa.

Dall’altro lato, si trattava di ovviare all’esito davvero inappagante di quest’ultima fonte proprio sul versante della confisca senza condanna. Merita infatti di essere ricordato che fin dalla proposta elaborata dalla Commissione la confisca in assenza di condanna era prevista solamente in ipotesi assai limitate (e statisticamente non certo le più rilevanti), ossia la morte o l’impedimento permanente dell’imputato, nonché la fuga e l’impedimento temporaneo del medesimo che comportassero il rischio di prescrizione⁵¹. Nel corso della procedura legislativa ordinaria (art. 294 TrFUE), il testo scaturito dalla Commissione LIBE del Parlamento UE si caratterizzava per modifiche così profonde sul punto da comportare, sostanzialmente, uno stravolgimento della proposta della Commissione: in breve, si proponeva di adottare una vera e propria *actio in rem* quale modello *generalizzato* di confisca europea senza condanna, corredandola al contempo di una serie di garanzie propriamente penalistiche⁵².

⁴⁹ In argomento cfr. A. M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE*, cit., 303 ss.

⁵⁰ Nella dichiarazione congiunta del 31.3.2014, (doc. n. 7329/1/14 REV 1 ADD 1), Parlamento e Consiglio invitavano in effetti la Commissione ad «esaminare le eventuali difficoltà nell’attuazione degli strumenti sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca che potrebbero derivare dalla sostituzione di talune disposizioni della decisione quadro 2005/512/GAI con le corrispondenti disposizioni della» Dir. 2014/42/UE. Sul punto v. altresì il citato (*supra*, nota 29) *Inception Impact Assessment* della Commissione UE, 4.

⁵¹ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell’Unione europea, COM(2012) 85def. del 12.3.2012 (art. 5); in argomento v. A. M. Maugeri, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2012, n. 2, 193 ss.

⁵² Nell’impossibilità di ulteriori approfondimenti, ci si limita a rinviare all’analisi di A. M. Maugeri, *L’actio in rem assurge a modello di ‘confisca europea’ nel rispetto delle garanzie Cedu? – Emendamenti della Commissione Libe alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2013, n. 3, 252 ss.; più in sintesi, e con rilievi critici, v. F. Mazzacuva, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.7.2013.

Sennonché, in mancanza di *endorsement* sufficiente in seno al Consiglio – merita ribadirlo, *nonostante* la possibilità di approvazione a maggioranza – tale proposta radicalmente innovativa è stata abbandonata e il testo in discussione si è riallineato a quello originario: anzi, rispetto a quest'ultimo nella versione definitiva è stato pure espunto il caso della morte dell'imputato, di talché l'obbligo di consentire la confisca in assenza di condanna è ora limitato ai soli casi di fuga e di impedimento permanente del medesimo, sempre che sia «stato avviato un procedimento penale [che] avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato» (art. 4 par. 2). Non potendo dilungarsi sulle molteplici critiche formulate in dottrina, sia sufficiente segnalare la natura condivisa dell'opinione secondo cui tale disciplina, in sostanza, non ha “nulla a che fare” con i modelli autentici di *non-conviction based confiscation*⁵³.

3. Nell'impossibilità di conseguire risultati più penetranti sul fronte dell'armonizzazione, e nella consapevolezza di quanto sia determinante, per l'efficienza complessiva del sistema di *asset recovery*, l'esecuzione transfrontaliera *anche* dei provvedimenti di confisca senza condanna, si profilava quale unica alternativa l'estensione dell'obbligo di mutuo riconoscimento, per l'appunto, anche *in mancanza di previa adeguata armonizzazione*⁵⁴.

Sul punto è opportuno soffermarsi.

Per un verso, il principio del mutuo riconoscimento – eretto a fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale fin dalle conclusioni dello storico Consiglio europeo di Tampere⁵⁵ e ora sancito nel diritto primario dall'art. 82 TRFUE⁵⁶ – *presume*

⁵³ Così, ad esempio, J.P. Rui, *Non-conviction based confiscation in the European Union – an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European parliament and the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*, in *ERA Forum* 2012, 354 (con riferimento all'originaria versione proposta dalla Commissione, ma con osservazioni che conservano pertinenza rispetto al testo definitivo); concordemente M. Fernandez-Bertier, *The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art*, in *ERA Forum* 2016, 336. Accenti critici anche da parte di A. M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato*, cit. 325 s.

⁵⁴ Sul punto v. A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, 254 s.

⁵⁵ Cfr. Consiglio europeo di Tampere, 15-16.10.1999, Conclusioni della Presidenza, § 33 ss. (sulle quali v., per tutti, L. Salazar, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *CP*, 2000, 1114 ss.).

⁵⁶ A mente del quale «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie». Sulla centralità del mutuo riconoscimento quale perno degli ultimi sviluppi della cooperazione giudiziaria in ambito eurounitario v., da ultimo, G. De Amicis, *I soggetti della cooperazione giudiziaria nell'esercizio delle competenze punitive dell'unione europea*, in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 67 ss.; *amplius* - nell'ambito di una bibliografia sterminata e per limitarsi agli studi monografici - W. Van Ballegooij, *The Nature of Mutual Recognition in European Law*, Antwerp 2015, 57 ss.; V. Mitsilegas, *EU*

una certa disomogeneità tra regole nazionali: è noto infatti che tale principio si basa sulla *fiducia reciproca* tra i Paesi membri nei rispettivi ordinamenti, la quale consente che ciascuno Stato, nel riconoscere i provvedimenti adottati dalle autorità giudiziarie dei partner europei, accetti «l'applicazione del diritto vigente negli altri Stati contraenti, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»⁵⁷. Proprio per questa ragione, il principio del mutuo riconoscimento è chiamato ad operare *proprio* laddove l'armonizzazione sia imperfetta, lubrificando i meccanismi della cooperazione transnazionale che rischiano di incepparsi dinanzi alle incongruenze tra le regole nazionali; sempreché, beninteso, al netto delle incongruenze sulle *regole*, tra i partner vi sia condivisione di *principi* e *valori* di fondo in misura sufficiente da giustificare la fiducia reciproca.

Per altro verso, quindi, il mutuo riconoscimento *richiede* e *presuppone* una certa quota di armonizzazione⁵⁸, con il minimo comune denominatore del rispetto dei diritti fondamentali quale nutriente indispensabile per la *mutual trust*⁵⁹.

Ora, traducendo queste premesse generali al settore in esame, occorre osservare come, da un lato, la scarsa armonizzazione in materia di confisca (in particolare, senza condanna) abbia sempre ostacolato il riconoscimento e l'esecuzione transnazionale dei relativi provvedimenti⁶⁰. Dall'altro lato, la versione a dir poco esangue – se non

Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe, Oxford 2016, 124 ss.; J. Ouwerkerk, *Quid pro quo. A Comparative Law Perspective on the Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters*, Antwerp 2011, 17 ss.; A. Willems, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford 2021, *passim* (spec. cap. II).

Il principio in questione ha assunto pari centralità anche a livello domestico, in virtù della sua “codificazione” nel Titolo Ibis Cpp (rubricato «Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea»), introdotto dal d.lgs. 3.10.2017, n. 149 ; in argomento cfr. G. De Amicis, *Lineamenti della riforma del Libro XI del codice di procedura penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.4.2019.

⁵⁷ Corsivo aggiunto. Si tratta di enunciato frequente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: cfr., *ex multis*, la decisione 11.2.2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*.

⁵⁸ Sugli stretti, e al contempo controversi, rapporti tra armonizzazione e mutuo riconoscimento cfr., in sintesi, S. Manacorda, *Diritto penale europeo*, in *Enciclopedia Treccani on-line*, 2014 ; A. Bernardi, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *RIDPP* 2008, 76 ss.; *amplius*, A. Weyembergh, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles 2004 ; più di recente, A. Willems, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, cit., cap. 6.

⁵⁹ In argomento v. V. Mitsilegas, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU* e Id., *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, entrambi in *Justice and Trust in the European Legal Order*, a cura di C. Grandi, Napoli 2016, rispettivamente 3 ss., 101 ss.; R. Sicurella, *Fostering a European Criminal Law Culture: in trust we trust*, in *New European Journal of Criminal Law*, 2018, 308 ss.

⁶⁰ «It is difficult for requested countries to execute foreign confiscation orders if such orders are based on schemes that are completely at odds with their own national approach», come osservano K. Ligeti, M. Simonato, *Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction*, in *Chasing Criminal Money*, a cura di K. Ligeti, M. Simonato, cit., 5. Per esemplificazioni delle difficoltà di esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di confisca non basati su condanna definitiva – difficoltà connesse

addirittura *fake* – di *non-conviction based confiscation* adottata nella Direttiva 2014/42/UE altro non è se non la cartina tornasole dell'ardua conciliabilità degli approcci nazionali in questa materia (specie nel panorama antecedente l'adozione della Direttiva)⁶¹, in quanto espressivi di differenti tradizioni giuridiche e delle relative specificità costituzionali⁶².

Ad ogni buon conto, in una nota congiunta⁶³ pressoché coeva all'approvazione della Direttiva, Parlamento europeo e Consiglio – consci dell'inadeguatezza del risultato appena conseguito – hanno rivolto alla Commissione un duplice invito: in primo luogo, a condurre un'indagine sulla «fattibilità [...] dell'introduzione di ulteriori norme comuni in materia di confisca di beni derivanti da attività di natura criminale, anche in assenza di condanna»; in secondo luogo, «a presentare, quanto prima possibile, una proposta legislativa sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca».

Abbozzando una risposta al *primo* invito, nel 2015 la Commissione aveva preannunciato la pubblicazione di «uno studio di fattibilità relativo a norme comuni sulla confisca non basata sulla condanna di beni derivati da attività criminali»⁶⁴. Ma le buone intenzioni erano destinate a smarrirsi, ancora una volta, nello spazio incolmabile che separa le scelte nazionali in materia, il quale incarna al contempo il *bersaglio* delle misure di armonizzazione e l'*ostacolo* che ne impedisce l'adozione.

«Rompendo gli indugi»⁶⁵, la Commissione ha pertanto accolto il *secondo* invito formulato da Parlamento e Consiglio, imboccando con decisione la strada alternativa del mutuo riconoscimento *senza* previa armonizzazione: già nel testo della proposta di regolamento, infatti, si manifestava a chiare lettere l'intenzione di estendere l'obbligo di esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di confisca *ben oltre* il territorio armonizzato dalla Direttiva 2014/42/UE⁶⁶. Una strada senz'altro audace e proprio per questo, come si vedrà, non priva di insidie.

sia all'assenza di obblighi puntuali di riconoscimento reciproco, sia all'insufficiente livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia – v. F. Alagna, *Non-conviction based confiscation: why the EU directive is a missed opportunity*, in *European Journal on Criminal Policy and Research* 2015, n. 4, 453 s.

⁶¹ In argomento v. la bibliografia segnalata, *supra*, nota 34. Sulle ipotesi di confisca senza condanna apparse nel panorama comparatistico a seguito della Dir. 2014/42/UE v. A. M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 5 s.

⁶² In questo senso v. M. Fernandez-Bertier, *The confiscation and recovery of criminal property*, cit., 338; per ulteriori spunti, volendo, v. C. Grandi, *Non-conviction-based confiscation*, cit.

⁶³ V., *supra*, nota 50.

⁶⁴ Cfr. la *Agenda europea sulla sicurezza*, COM(2015) 185def. del 28.4. 2015.

⁶⁵ Per usare un'espressione di A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 255.

⁶⁶ Fino a comprendere il «riconoscimento reciproco di tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca contemplati dalla direttiva, nonché ai provvedimenti di confisca non basata sulla condanna emessi nell'ambito di un procedimento penale: in caso di morte, immunità, prescrizione, impossibilità di identificare l'autore del reato o altri casi in cui l'autorità giudiziaria penale può confiscare beni senza condanna qualora abbia deciso che

3.1. Le inefficienze del sistema di *asset recovery* dell'Unione congeniato dalle decisioni quadro di terzo pilastro sono in parte dipese – come si è detto – dalla loro tardiva, inesatta o comunque disarmonica trasposizione da parte degli Stati membri. L'adozione di un *regolamento*, le cui norme godono di applicazione uniforme e immediata, senza necessità trasposizione, intendeva proprio evitare il ripetersi di tali inconvenienti⁶⁷.

La base giuridica del Regolamento 1805/2018 è rappresentata dall'art. 82, par. 1 let. a TrFUE, a mente del quale Parlamento e Consiglio adottano le *misure* volte a «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria». Proprio il termine generico “*misure*” – che distingue il lessico dell'art. 82 par. 1 rispetto a quello degli artt. 82 par. 2 e 83 TrFUE, i quali impiegano il termine “*direttive*” – rende senza dubbio legittima, al metro del principio di attribuzione (art. 5TrUE), la scelta della fonte regolamentare.

La dottrina non ha tuttavia mancato di esprimere qualche preoccupazione sul notevolissimo impatto, anche in termini di politica criminale, esplicito dalla fonte in oggetto, specie negli Stati membri che non contemplan forme di *asset recovery* senza previa condanna⁶⁸. Consapevole del carattere potenzialmente dirompente di una simile opzione, è lo stesso legislatore europeo a temperarne la portata, precisando che «la forma giuridica del presente atto non dovrebbe costituire un precedente per i futuri atti giuridici dell'Unione nel settore del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie in materia penale»⁶⁹.

Quanto all'ambito applicativo, come recita il considerando 13, il Regolamento è destinato a trovare applicazione in relazione a «tutti i provvedimenti di congelamento [...] e di confisca emessi nel quadro di un *procedimento in materia penale* [...] e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE»⁷⁰, inclusi i «provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva»; e nonostante «tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro», quest'ultimo «dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti emessi da un altro Stato membro».

tali beni sono proventi da reato » (così la Relazione illustrativa della Proposta - cit., *supra*, nota 12 - 6).

⁶⁷ Sul punto v. il considerando 11.

⁶⁸ A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 253 s., cui si rinvia per ulteriori considerazioni sulla base giuridica.

⁶⁹ Considerando n. 53, che così prosegue: «La scelta della forma giuridica degli atti giuridici futuri dell'Unione dovrebbe essere valutata con attenzione caso per caso, tenendo conto, tra gli altri fattori, dell'efficacia dell'atto giuridico e dei principi di proporzionalità e sussidiarietà». Sul punto v. anche V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, cit., par. 2 e A. Rosanò, *Congelamento e confisca di beni*, cit., 6.

⁷⁰ Corsivo aggiunto.

Corrispettivamente, l'art. 2 del Regolamento considera *bene confiscabile* quello che secondo l'autorità di emissione è passibile di ablazione non solo «mediante l'applicazione nello Stato di emissione di uno dei poteri di confisca previsti dalla direttiva 2014/42/UE» (let. c), ma anche «ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri di confisca, compresa la confisca in assenza di condanna definitiva, previste dal diritto dello Stato di emissione in seguito a un procedimento per un reato» (let. d, corsivi aggiunti); nessun rilievo assume invece la legislazione dello Stato di esecuzione⁷¹.

Tre osservazioni al riguardo.

In primo luogo, non si poteva essere più chiari sul fatto che l'obbligo di riconoscimento *non è in alcun modo pregiudicato* dall'assenza nella legislazione dello Stato di esecuzione di poteri di confisca analoghi a quelli in base al quale il provvedimento di confisca è stato adottato in altro Stato membro.

In secondo luogo, l'autonomia dei confini applicativi del Regolamento rispetto allo spazio armonizzato dalla Direttiva si apprezza in duplice prospettiva. Sia – come già rilevato – per quanto concerne le tipologie di ordini di confisca rientranti nell'obbligo di riconoscimento, il quale copre la confisca senza condanna oltre le ipotesi contemplate nell'art. 4 par. 2 della Direttiva. Sia per quanto concerne la gamma di reati in relazione ai quali il provvedimento di confisca è adottato: mentre la Direttiva si applica solo ai gravi reati con dimensione transnazionale⁷², il Regolamento non soffre alcuna delimitazione applicativa legata al tipo illecito⁷³. Piuttosto, ai sensi dell'art. 3, se il reato sul quale la confisca si radica, oltre ad essere punito nello Stato di emissione con pena detentiva non inferiore nel massimo a tre anni, rientra in una delle 32 macro-categorie di illeciti ivi contemplati⁷⁴, l'esecuzione del provvedimento ablativo *non* può essere subordinata alla verifica del requisito della *doppia incriminazione*.

⁷¹ Quanto invece all'*oggetto* dei provvedimenti di confisca suscettibili di mutuo riconoscimento, in linea con quanto previsto nella Direttiva, l'art. 2 n. 3 del Regolamento annovera non solamente «i proventi di un reato, o l'equivalente, in tutto o in parte, del valore di tale provento» (lett. a), ma anche «un bene strumentale rispetto a tale reato, o il valore di tale bene strumentale» (lett. b), laddove la nozione di "bene strumentale" risulta particolarmente lata, fino a ricomprendere anche il bene «destinato ad essere utilizzato, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere un reato» (art. 2 n. 5). In dottrina si è rammentata la finalità propriamente punitiva della confisca *per equivalente* dei beni strumentali, con conseguente potenziale attrito con i principi «di proporzione e di colpevolezza come fondamentale criterio di commisurazione della pena» (A. M. Maugeri, *Il Regolamento 1805/2018*, cit., 10, con ulteriori rinvii)

⁷² Compresi nell'elenco di cui all'art. 3 della Direttiva stessa.

⁷³ Cfr. l'art. 2 n. 2, che, nel fornire la definizione di « provvedimento di confisca » allude – genericamente e senza ulteriori specificazioni – alla misura adottata in un« procedimento connesso a un reato » (corsivo aggiunto; cfr. anche il considerando 14).

⁷⁴ Elenco nella sostanza coincidente con quello formulato per la prima volta dal legislatore europeo nella DQ 2002/584 sul mandato d'arresto europeo (art. 2 par. 2).

In terzo luogo, e di conseguenza, l'unica delimitazione sostanziale dell'obbligo di mutuo riconoscimento è segnata dalla necessità che il provvedimento di confisca sia emesso "nel quadro di un procedimento in materia penale"⁷⁵. Su questa espressione ellittica, che lascia parecchie incognite sull'ambito applicativo della nuova disciplina, si dovrà tornare in seguito.

4. La procedura di trasmissione, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti di *confisca*⁷⁶, che poggia sulla cooperazione diretta tra le autorità di emissione e le autorità di esecuzione preventivamente designate dai singoli Stati membri⁷⁷, si snoda attraverso i seguenti passaggi essenziali.

Gli artt. 14-17 regolano la fase di *trasmissione* del provvedimento di confisca.

L'autorità di emissione è tenuta a compilare e trasmettere il *certificato* di confisca di cui all'allegato II del Regolamento, che deve contenere, tra l'altro, le informazioni riguardanti l'autorità di emissione e gli estremi del provvedimento di confisca, le generalità del soggetto destinatario, le caratteristiche del bene (somma di danaro, o beni specifici, mobili o immobili) e il tipo di confisca cui il provvedimento si riferisce (diretta, per equivalente, estesa o senza condanna), nonché una descrizione sintetica dei fatti che hanno dato origine all'adozione del provvedimento stesso, con l'indicazione dell'eventuale loro riconducibilità alle categorie di illeciti per le quali è esclusa la verifica della doppia incriminazione, ai sensi dell'art. 3.

Solo qualora lo Stato membro di esecuzione ne abbia fatto espressa richiesta⁷⁸, l'autorità di emissione sarà tenuta a trasmettere, oltre al certificato, anche il *provvedimento* di confisca vero e proprio. In ogni caso, solamente il certificato – e non anche il provvedimento – deve essere tradotto in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione⁷⁹.

Il certificato (se del caso, unitamente al provvedimento) di confisca viene trasmesso all'autorità di esecuzione dello Stato membro nel quale si abbia fondato

⁷⁵ Così recita l'art. 1 par. 1 ; il successivo par. 4 precisa che il regolamento non si applica ai provvedimenti «emessi nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa». Parallelamente, l'art. 2 n. 8 definisce l'autorità di emissione quella «designata dallo Stato di emissione e che è competente *in ambito penale* a eseguire un provvedimento di confisca» (corsivo aggiunto).

⁷⁶ Disciplinata dal Capo III del Regolamento in esame. Il Capo II detta l'analoga disciplina relativa ai provvedimenti di congelamento.

⁷⁷ L'art. 24 prevede che ogni Stato membro debba notificare le informazioni circa le autorità designate, sia per l'emissione sia per l'esecuzione, alla Commissione, che ne curerà la messa a disposizione a vantaggio di tutti gli Stati membri. L'articolo stesso prevede la facoltà per ciascuno Stato di «di designare una o più autorità centrali quali responsabili della trasmissione e della ricezione amministrativa dei certificati di congelamento e di confisca e dell'assistenza da fornire alle sue autorità competenti».

⁷⁸ Non in relazione alla singola procedura di riconoscimento, bensì con dichiarazione di portata generale resa nel rispetto delle modalità descritte dall'art. 14 par. 2-3.

⁷⁹ O in altra lingua da tale Stato accettata, secondo quanto dispone l'art. 17 par. 2-3.

motivo di ritenere che il soggetto destinatario disponga di beni o di redditi⁸⁰. Occorre segnalare che, ai sensi degli artt. 40-41, il Regolamento sarà applicabile ai certificati di confisca *trasmessi* a partire dal 19 dicembre 2020, data fino alla quale continueranno invece ad applicarsi le Decisioni quadro 2003/577 e 2006/783. Deve quindi ritenersi che i *provvedimenti* di confisca cui i certificati si riferiscono potranno ricardere nell'ambito applicativo della disciplina in esame anche se adottati in data precedente, purché dopo l'entrata in vigore del Regolamento (18 dicembre 2018).

Gli articoli 18-22 disciplinano invece le fasi di *riconoscimento* ed *esecuzione* del provvedimento di confisca.

Il pilastro dell'intera procedura è eretto nell'art. 18, il quale sancisce – in capo all'autorità di esecuzione – *l'obbligo di riconoscere* il provvedimento di confisca ritualmente trasmesso e di prendere «le misure necessarie alla sua esecuzione alla stregua di un provvedimento di confisca nazionale»⁸¹.

I tempi della procedura sono scanditi in ossequio all'esigenza di massima celerità: ai sensi dell'art. 20, l'autorità di esecuzione adotta la decisione sulla richiesta di riconoscimento *senza indugio* e comunque entro 45 giorni dal ricevimento del certificato di confisca (par. 1) e ne dà comunicazione *senza indugio* all'autorità di emissione (par. 2); pure *senza indugio* – e in ogni caso «almeno con la stessa velocità e la stessa priorità usate per un simile caso nazionale» – occorre provvedere alla esecuzione della confisca (par. 3).

Tutto ciò, beninteso, a meno che non ricorra uno dei motivi di rifiuto del riconoscimento previsti dall'art. 19⁸².

Proprio in relazione a questo aspetto si registra una delle novità più rilevanti della nuova disciplina. In particolare, sono stati soppressi i due motivi di rifiuto più significativi tra quelli elencati dall'art. 9 della Decisione quadro 2006/783: quello connesso al *tipo* di provvedimento di confisca, che, come più volte ricordato, può esulare dalle ipotesi ricomprese negli obblighi di armonizzazione dettati dalla Direttiva 2014/42/UE; e quello connesso all'incongruenza del provvedimento da riconoscere con i presupposti dei poteri di confisca sanciti nello Stato di esecuzione⁸³.

⁸⁰ Art. 14 par. 4-5, che riguardano rispettivamente la confisca di danaro e di beni specifici.

⁸¹ L'art. 24 precisa che le modalità esecutive del provvedimento di confisca sono disciplinate esclusivamente dalla legge dello Stato di esecuzione. Quanto ai *rimedi*, l'art. 33 fa salvo il diritto dei soggetti colpiti di avvalersi dei mezzi di impugnazione contro la decisione sul riconoscimento e sull'esecuzione previsti dalla legge dello Stato medesimo (par. 1); tuttavia, i motivi di *merito* sui cui si basa il provvedimento «non possono essere contestati dinanzi a un organo giurisdizionale dello Stato di esecuzione» (par. 2).

⁸² L'art. 21 disciplina invece i motivi di mero *rinvio* dell'esecuzione del provvedimento di confisca.

⁸³ Mentre, come è stato ricordato *supra*, par. 2.1, la DQ 2006/783 consentiva di *non* riconoscere, rispettivamente, i provvedimenti di confisca adottati al di fuori del campo armonizzato dalla DQ 2005/212 (es. confisca senza condanna), e quelli adottati al di fuori delle ipotesi di confisca (in particolare, estesa) ammesse nello Stato di esecuzione.

Per il resto, i motivi di rifiuto contemplati dal Regolamento, in larga misura coincidenti con quelli previsti dalla Decisione quadro e già presenti nella Proposta della Commissione, riguardano in particolare: a) la contrarietà del provvedimento al principio del *ne bis in idem*; b) la sussistenza di immunità o privilegi nello Stato di esecuzione che impedirebbero la confisca dei beni interessati⁸⁴; c) l'inesattezza o l'incompletezza del certificato; d) l'ipotesi in cui i fatti da cui trae origine il provvedimento sono stato commessi in tutto o in parte nello Stato di esecuzione, ove non costituiscono reato; e) l'ipotesi – per vero assai criptica – in cui «i diritti *dei soggetti colpiti* renderebbero impossibile, a norma del diritto dello Stato di esecuzione», l'esecuzione del provvedimento di confisca⁸⁵; f) l'ipotesi in cui il fatto da cui il provvedimento trae origine esuli dalle categorie di illeciti elencate all'art. 3 par. 2 e non costituisca reato nello Stato di esecuzione (difetto della doppia incriminazione); g) il caso in cui il provvedimento di confisca sia legato a una condanna definitiva adottata all'esito di un processo nel quale il soggetto destinatario non è comparso personalmente, a meno che – in base a quanto riportato nel certificato di confisca – non sia rispettata una fra tre condizioni alternative, corrispondenti a quelle già previste dall'art. 4bis della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁸⁶.

La novità più rilevante rispetto al testo della Proposta consiste invece nella comparsa di un nuovo motivo di rifiuto alla lettera h dell'art. 19, opponibile allorquando «in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di confisca comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa».

⁸⁴ Rispetto al testo della Proposta, nella versione definitiva il motivo di rifiuto in esame è stato allargato alle ipotesi in cui il provvedimento confligga con le norme che tutelano la libertà di stampa o di espressione nello Stato di esecuzione (sul punto v. anche il considerando 33).

⁸⁵ Corsivo aggiunto. Il testo della proposta alludeva, con maggiore semplicità, ai «diritti dei terzi in buona fede». La difficile interpretazione della disposizione in esame può forse essere agevolata dal considerando 15, a mente del quale «[t]ra i soggetti colpiti, che possono essere persone fisiche o giuridiche, dovrebbero essere annoverati il soggetto contro il quale è stato emesso il provvedimento di congelamento o il provvedimento di confisca, o il soggetto che è proprietario dei beni oggetto di tale provvedimento, nonché i terzi i cui diritti relativi a questi beni sono direttamente lesi da detto provvedimento, ivi compresi i terzi in buona fede». Un'interpretazione plausibile appare dunque quella per cui il motivo di rifiuto riguardi le ipotesi in cui uno di tali soggetti abbia esperito con successo un mezzo di impugnazione ai sensi dell'art. 33 del Regolamento stesso.

⁸⁶ Introdotto dalla DQ 2009/299/GAI, art. 2. Ovvero: i) risulta inequivocabilmente che il soggetto destinatario del provvedimento fosse a conoscenza (in virtù di citazione tempestiva o altro mezzo informativo idoneo) dell'esistenza del processo e del provvedimento di confisca quale esito possibile di quest'ultimo; ii) essendo al corrente del processo, il soggetto medesimo sia stato effettivamente patrocinato da un difensore; iii) essendo stato informato della facoltà di richiedere un nuovo processo che consenta un riesame del merito, il condannato vi abbia rinunciato o non se ne sia avvalso entro i termini stabiliti.

Tale disposizione rappresenta la seconda grande incognita che grava sul Regolamento in esame, insieme a quella, già segnalata, connessa all'ambiguità della previsione per cui l'obbligo di mutuo riconoscimento grava (solamente) sui provvedimenti di confisca emessi «nel quadro di un procedimento in materia penale» (art. 1).

Si tratta, peraltro, di due profili strettamente interconnessi, come alcuni passaggi della procedura di approvazione del Regolamento stesso contribuiscono a chiarire.

4.1. Nella Proposta di Regolamento avanzata dalla Commissione⁸⁷ si precisava che l'obbligo di mutuo riconoscimento avrebbe riguardato tutti i provvedimenti di confisca emessi «nel quadro di un *procedimento penale*» (art. 1, corsivo aggiunto).

Tuttavia, in fase di negoziazione, proprio la delegazione italiana aveva suggerito la modifica di quest'ultima espressione, che non avrebbe verosimilmente intercettato la confisca di prevenzione c.d. "antimafia", in quanto non adottata, per l'appunto, nell'ambito di un procedimento *stricto sensu* penale⁸⁸. Per scongiurare tale esito, l'Italia aveva suggerito l'adozione del concetto più elastico – mutuato dal lessico dell'art. 82 par. 1 let. d TrFUE – di *azione penale*⁸⁹.

Le reazioni dei partner europei si sono rivelate tutt'altro che uniformi. Alcune delegazioni hanno dichiarato di «poter sostenere o almeno accettare la modifica richiesta dall'Italia»⁹⁰, volta peraltro a favorire l'operatività transfrontaliera di «uno dei sistemi di confisca più efficaci dell'Unione europea»⁹¹. Altre delegazioni hanno invece manifestato un atteggiamento assai meno conciliante: da un lato, posto che il sistema italiano di confisca di prevenzione presenta natura ibrida penale/amministrativa, ci si è interrogati sulla pertinenza della base giuridica di cui all'art. 82 par. 1 TrFUE, che menziona la cooperazione giudiziaria (solo) "in materia penale"; dall'altro lato, e soprattutto, ci si è chiesti «se nel sistema italiano vi sia un chiaro legame tra provvedimento di confisca e reato e se i diritti procedurali delle persone interessate siano adeguatamente rispettati»⁹².

⁸⁷ Cfr. *supra*, nota 15.

⁸⁸ Di questo passaggio della fase di negoziazione – già segnalato da A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 255) – vi è traccia, ad esempio, in Consiglio dell'Unione europea, Fascicolo interistituzionale 2016/0412 (COD), doc. n. 12685/17 del 2.10.2017. Sul punto v. anche A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 11 ss., nonché V. Weyer, *Mutual recognition of confiscation orders and national differences*, in *Improving Confiscation*, a cura di A. Bernardi, cit. 92 s.

⁸⁹ O, nella versione inglese, "proceeding in criminal matters", anziché "criminal proceedings".

⁹⁰ Si veda ancora il già citato documento del Consiglio n. 12685/17, 3.

⁹¹ *Ivi*, 3.

⁹² *Ivi*, 4.

La portata di tali perplessità ha finito per conferire alla questione implicazioni di natura – non meramente tecnica, bensì – *politica*. Sicché la decisione sull’inclusione nell’orbita dell’obbligo di mutuo riconoscimento anche di «sistemi di confisca di prevenzione come quello italiano» è stata devoluta al Consiglio dei Ministri UE⁹³, che, in data 8 dicembre 2017, ha annunciato il raggiungimento di un accordo sul fatto che il Regolamento *in fieri* dovesse trovare applicazione anche a tipologie di ablazione patrimoniale senza previa condanna, «tra cui taluni sistemi di confisca preventiva, a condizione che vi sia un nesso con un reato»⁹⁴.

Ebbene, all’esito della medesima riunione del Consiglio, la Germania ha presentato una dichiarazione dal cui tenore verbale si evince come tale accordo fosse tutt’altro che incontrovertito⁹⁵: pur riconoscendo che l’instaurazione di un meccanismo ad ampio raggio per il recupero transfrontaliero dei beni è «coerente con il principio della fiducia reciproca», si puntualizza che «la cooperazione raggiunge i suoi limiti quando, in casi del tutto eccezionali, non vengono più garantiti i diritti fondamentali». E con particolare riferimento al caso di specie, si evidenzia come «i diversi suggerimenti di compromesso» formulati dalla delegazione tedesca, volti a conciliare l’efficienza della cooperazione con il “rispetto dei diritti fondamentali”, intendessero «tener conto della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea». Questo richiamo allude evidentemente all’evoluzione dell’approccio della Corte di Lussemburgo sul ruolo dei diritti fondamentali nell’ambito degli strumenti di mutuo riconoscimento⁹⁶; più in particolare, del rischio di lesione di tali diritti quali (possibile) causa di rifiuto di esecuzione del mandato d’arresto europeo⁹⁷ o, in

⁹³ Ovvero all’apice del livello decisionale. La fase di negoziazione finora descritta si era infatti svolta nell’ambito del Gruppo “Cooperazione in materia penale” (COPEN), facente parte degli “organi preparatori del Consiglio”, in seno ai quali si snoda in larga parte la fase del *decision making* di competenza dell’organo medesimo (<https://www.consilium.europa.eu/it/council-eu/decision-making/>).

⁹⁴ Cfr. il Comunicato stampa del Consiglio n. 758/17 dell’8.12.2017 (corsivo aggiunto).

⁹⁵ Cfr. il documento del Consiglio n. 15104/17 ADD 1, dell’8.12.2017.

⁹⁶ Per una visione d’insieme sui rapporti tra fiducia reciproca e garanzie individuali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia v., fundamentalmente, V. Mistilegas, *Resetting Parameters of Mutual Trust: From Aranyosi to LM*, in *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading cases in a contextual analysis*, a cura di V. Mistilegas, A. Di Martino, L. Mancano, Oxford 2019, 421 ss.; nonché, con ulteriori e aggiornati riferimenti, giurisprudenziali e bibliografici, l’ampia analisi di V. Scalia, *Il principio del rule of law nella giurisprudenza delle corti europee. Umanità della pena e indipendenza del sistema giudiziario: presupposti necessari della fiducia reciproca e dell’esecuzione del mandato d’arresto europeo nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *IP* 2020, n. 2, 376 ss.

⁹⁷ V. in particolare C.G. UE, Grande Sezione, 5.4. 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Caldaru* (in *DPP* 2016, 1240 ss., con commento di A. Martufi, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d’arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*) ove si ammette (v. in particolare i paragrafi 78, 82, 88, 98) che il principio di mutuo riconoscimento, basato sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, possa subire limitazioni «in circostanze eccezionali», qualora vi sia motivo di ritenere sussistente un serio rischio di violazione dei diritti fondamentali, all’esito di un *test* volto ad accertare l’esistenza di tale rischio in duplice prospettiva: sia sul piano

sistemico-generale nel paese di emissione di un mandato d'arresto europeo, sia in relazione al caso concreto della persona destinataria del mandato stesso. Nel caso di specie, era paventato il pericolo di lesione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, sancito nell'art. 3 CEDU e nell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel caso i destinatari dei mandati d'arresto fossero stati consegnati, per l'esecuzione di pene detentive, alle autorità degli Stati membri di emissione, ovvero Ungheria e Romania, i cui sistemi carcerari, *in primis* per ragioni di sovraffollamento, non risultavano rispettosi degli standard minimi stabiliti dal diritto internazionale. Su tale *leading case* v. anche F. Cancellaro, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.4.2016; M. Bargis, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2017, n. 2, 177 ss. Nella dottrina straniera, *ex multis*, G. Anagnostaras, *Mutual Confidence is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Caldaru*, in *Common Market Law Review* 2016, vol. 53, 1675 ss.; F. Korenica, D. Doli, *No more Unconditional 'Mutual Trust' Between the Member States: An analysis of the Landmark Decision of the ECJ in Aranyosi and Caldaru*, in *European Human Rights Law Review* 2016, 542.

Il test in questione è poi stato messo a punto – sempre nella prospettiva della verifica delle condizioni di detenzione esistenti nel paese di emissione del mandato d'arresto e specialmente in relazione alla seconda fase del test, tesa ad accertare i rischi riguardanti *in concreto* la persona destinataria del provvedimento – in C.G. UE, 25.7.2018, C-220/18 PPU, *ML* e in C.G. UE, Grande Sezione, 15.10.2019, C-128/18, PPU, *Dorobantu*, su cui v. E. Celoria, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in www.lalegislazionepenale.eu (2.6.2020); M. Gialuz, E. Grisonich, *Crisi dell'Unione europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo*, in *CP* 2020, 2650 ss.; L. Lionello, *Nuovi sviluppi per il test "Aranyosi" e "Caldaru" ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso "Dorobantu"*, in www.eurojus.it 10.3.2020, 107 ss. Nella dottrina straniera v. T. Marguery, *Towards the end of Mutual Trust? Prison conditions in the Context of the European Arrest Warrant and the Transfer of Prisoners Framework Decisions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, vol. 25, 704 ss.; M. Plachta, *Economic Integration, Criminal Cooperation, and Criminal Justice Harmonization*, in *International Enforcement Law Reporter* 2019, vol. 35, 411 ss.

Per una nitida panoramica sul rapporto tra cooperazione giudiziaria, eseguibilità del mandato d'arresto e diritti fondamentali connessi alle condizioni detentive, con ulteriori copiosi riferimenti dottrinali, v. da ultimo A. Martufi, *Prison conditions and judicial cooperation in the EU. What future for the European Arrest Warrant?*, in corso di pubblicazione in *European Criminal Law Review* 2021.

Il medesimo test è inoltre stato impiegato – in parte ricalibrato – in diversa prospettiva, ovvero con riferimento ad altri diritti fondamentali minacciati dall'eventuale esecuzione del mandato d'arresto. V. anzitutto Corte di Giustizia, Grande Sezione, 25.7.2018, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality v. LM*, in relazione alle garanzie del giusto processo (con riferimento particolare al diritto a un giudice indipendente e imparziale, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti UE), messe a repentaglio nell'ordinamento polacco da riforme compressive dell'autonomia della magistratura; su tale pronuncia v. A. Rosanò, *Crisi dello Stato di diritto nell'Unione europea e occasioni perdute. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle carenze del sistema giudiziario*, in www.eurojus.it, 6.9.2018; P. Bárd, W. van Ballegooij, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law* 2018, 353 ss.; M. Wendel, *Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM*, in *European Constitutional Law Review* 2019, 17 ss.

V. altresì, in prospettiva ancora diversa, C.G. UE, 19.9.2018, C-327/18, *RO*, caso nel quale il rinvio pregiudiziale, nell'incertezza degli accordi che sarebbero intervenuti per disciplinare le relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito dopo il *Brexit*, si incentrava sulla sorte del complesso delle garanzie di cui il destinatario del mandato d'arresto è titolare in base ai Trattati, alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e al diritto derivato, qualora venga consegnato al Regno Unito e resti in carcere dopo il suddetto recesso; su tale pronuncia v. M. Bargis, *Il mandato di arresto europeo ai tempi della Brexit*, in *DPenCont* 2019, n. 5, 31 ss.

generale, di limitazione dell'operatività dei meccanismi di cooperazione interstatale fondati sulla *mutual trust*⁹⁸. Per tale ragione, nella dichiarazione in esame ci si rammarica del fatto che «sfortunatamente non è stato possibile raggiungere una maggioranza per ancorare nel testo i diritti fondamentali»; e si conclude annunciando, senza mezzi termini, che «la Germania [...] alla luce di quanto sopra non è in grado di approvare l'orientamento generale adottato nell'attuale testo del regolamento».

La sensazione per cui la Proposta di Regolamento non avesse individuato il giusto equilibrio tra le esigenze del mutuo riconoscimento e le istanze di tutela dei diritti⁹⁹ è parsa condivisa dalla Commissione LIBE del Parlamento europeo¹⁰⁰, dal cui esame è scaturita una pioggia di emendamenti di impronta garantistica¹⁰¹.

Particolare attenzione merita l'emendamento n. 27, il cui testo, parzialmente riformulato, è stato nella sostanza recepito nel considerando 34 del Regolamento, a mente del quale la «creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità, da parte degli altri Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, in situazioni eccezionali in cui sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione di un provvedimento di congelamento o di un provvedimento di confisca comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, l'autorità di esecuzione *dovrebbe poter decidere di non riconoscere e non eseguire il provvedimento interessato*»¹⁰² (corsivo aggiunto).

⁹⁸ Sull'ulteriore capacità espansiva del *test* elaborato dalla Corte di Giustizia v. A. Rosanò, "Once Aranyosi, Always Aranyosi?". Considerazioni sulla riproponibilità del test "Aranyosi" e "Caldararu" nell'ambito di alcuni strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal mandato d'arresto europeo, in *Studi sull'integrazione europea* 2020, n. 1, 163 ss.; F. G. Ruiz Yamuza, *LM case, a new horizon in shielding fundamental rights within cooperation based on mutual recognition. Flying in the coffin corner*, in *ERA Forum* 2020, vol. 20, 371 ss.

⁹⁹ Nell'articolato della Proposta l'unico, striminzito, riferimento testuale ai diritti dell'individuo si rinveniva nella clausola di stile secondo cui il Regolamento «non ha come effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici enunciati nell'articolo 6 TRUE».

¹⁰⁰ Cfr. la Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, del 12.1.2018 [COM(2016)0819 –C8-0002/2017 –2016/0412(COD)].

¹⁰¹ In special modo v., ad esempio, i proposti considerando 7bis e 26quinquies (sui limiti della confisca estesa e nei confronti dei terzi), 12bis (sulla nozione "sostanziale" di materia penale) e 26bis (sul principio del *ne bis in idem*), poi non recepiti nel testo definitivo; nonché il proposto considerando 26quater (contenente la clausola di non discriminazione poi recepita – con modifiche testuali – nel vigente considerando 17). Da segnalare inoltre l'emendamento n. 46, recepito nel vigente art. 1 par. 3, il quale prevede che « [n]ell'emettere un provvedimento di congelamento o un provvedimento di confisca, le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità».

¹⁰² Chiaro il riferimento al lessico della sentenza della Corte di Giustizia *Aranyosi e Caldararu* (cit. *supra* nota 97), tra l'altro espressamente richiamata dalla Commissione LIBE nella motivazione all'emendamento n. 27.

Importanza ancor maggiore assume l'emendamento n. 71, cui si deve l'introduzione del già rievocato *motivo di non riconoscimento* fondato sul rischio di violazione dei diritti fondamentali. Nella formulazione suggerita dalla Commissione LIBE il rifiuto risultava opponibile qualora ricorressero «seri motivi per ritenere che l'esecuzione del provvedimento di confisca sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta». Tale formulazione è stata rimaneggiata prima di confluire nel testo vigente dell'art. 19 let. h, ove – con interpolazioni speculari al testo del considerando 34 – l'assai ampio enunciato proposto dalla Commissione LIBE è stato lavorato ai fianchi: la facoltà dell'autorità di esecuzione di non riconoscere o non dare esecuzione al provvedimento di confisca è limitata a «situazioni eccezionali»; i «seri motivi» devono risultare da «elementi» specifici e oggettivi», connessi alle «particolari circostanze del caso»¹⁰³; la violazione della Carta deve essere «palese»; tra i diritti potenzialmente compromessi, si richiamano in particolare quelli «a un ricorso effettivo», «a un giudice imparziale» e ai «diritti della difesa».

Al di là degli accorgimenti testuali volti a ridurre – senza peraltro eliminare in radice – la discrezionalità dell'autorità di esecuzione, resta il fatto che, all'esito della proposta emendativa della Commissione LIBE¹⁰⁴, debuta nelle fonti in materia di mutuo riconoscimento (anche) di provvedimenti sanzionatori¹⁰⁵ un vero e proprio *motivo di rifiuto* incentrato sulla violazione delle garanzie individuali; e non sembra affatto casuale che ciò sia accaduto a stretto giro delle perplessità manifestate da alcuni Paesi membri – Germania *in primis* – sull'estensione dell'ambito applicativo del Regolamento a tutti i provvedimenti di confisca adottati “nel quadro di un procedimento *in materia penale*”, formula suscettibile di includere ipotesi di ablazione patrimoniale (percepita) dall'incerto statuto garantistico.

¹⁰³ Anche in tale formulazione continuano ad echeggiare i passaggi in cui si snoda il doppio *test* scandito dalla Corte di Giustizia nel filone decisionale appena rievocato (cfr., *supra*, note 97-98).

¹⁰⁴ Appaiono dunque confermati il ruolo tutt'altro che marginale del Parlamento europeo nella definizione dei contenuti degli atti UE in materia penale e la sensibilità dell'organo rappresentativo dell'Unione rispetto all'esigenza che lo sviluppo del “diritto penale europeo” non avvenga a discapito dei diritti fondamentali. In argomento sia consentito il rinvio a C. Grandi, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *RIDPP* 2015, 678 ss.

¹⁰⁵ L'unico precedente è infatti rappresentato dall'art. 11 par. 1 lett. f della Dir. 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine, sulla quale v., in generale *L'ordine europeo d'indagine*, a cura di T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti, Torino 2016; più in sintesi, *ex multis*, M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG* 2015, n. 3, 11 ss.; G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *CP* 2018, 22 ss.; M. R. Marchetti, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in www.archiviopenale.it, 12.6.2018, 827 ss.; S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *CP* 2019, 3370 ss.

5. Quali sono, in concreto, i tipi di confisca assoggettati all'obbligo di mutuo riconoscimento di cui all'art. 18 del Regolamento, in quanto adottati «nel quadro di un procedimento in materia penale» (art. 1)?

Non pare fornire risposte esaustive il considerando 13, il quale, dopo aver precisato che il Regolamento si applicherà a tutti i tipi di confisca emessi a seguito di procedimenti *connessi ad un reato*¹⁰⁶, si limita a rilevare che «'Procedimento in materia penale' è un concetto autonomo del diritto dell'Unione interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», senza aggiungere alcunché in ordine ai *contenuti* di tale concetto autonomo.

Per giunta, anche la locuzione “ferma restando la giurisprudenza” della Corte di Strasburgo rimane di incerta lettura; del resto, l'utilizzo della nozione di “materia penale” ivi elaborata non sembra praticabile¹⁰⁷, se non al prezzo di un evidente paradosso: come noto, infatti, la compatibilità convenzionale di molte delle cangianti ipotesi di confisca senza condanna presenti nel panorama comparatistico – inclusa la confisca di prevenzione¹⁰⁸ – è stata ribadita sul presupposto della loro qualificazione *non penale*, e dunque al metro dell'equità processuale di cui al *primo* paragrafo dell'art. 6 della Convenzione – oltre che dell'art. 1 Prot. 1 – anziché del *secondo* paragrafo, il c.d. “*criminal limb*”, che include la presunzione di innocenza¹⁰⁹. Se si dovesse dunque tracciare *sic et simpliciter* il cerchio applicativo del Regolamento in esame con il goniometro utilizzato a Strasburgo nel definire la *matière pénale*, la natura “non penale” di tali forme di confisca ne escluderebbe l'obbligo di mutuo riconoscimento, in quanto sancito da una fonte avente base giuridica nell'art. 82 par. 1 TRFUE: quest'ultimo – giova ricordarlo – legittima infatti l'adozione di misure volte ad assicurare il riconoscimento reciproco dei provvedimenti giudiziari precipuamente nel quadro della cooperazione “in materia penale”. Un risultato evidentemente

¹⁰⁶ Locuzione impiegata – come già rilevato – anche nella definizione di “provvedimento di confisca” di cui all'art. 2.

¹⁰⁷ In questo senso anche A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 17.

¹⁰⁸ Per una rassegna della giurisprudenza di Strasburgo sul punto v. S. Finocchiaro, *La confisca “civile” dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Milano 2018, 273 ss. e, ancor più di recente, A. Trinchera, *Confiscare senza punire?*, cit., 355 ss. Più in sintesi F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, Milano 2018, 885 ss.; S. Finocchiaro, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.2.2019, 18 ss.

¹⁰⁹ Sulla legittimità convenzionale delle confische senza condanna presenti nel panorama comparatistico S. Finocchiaro, *La confisca “civile” dei proventi da reato*, cit., 279 ss.; A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 250 s. e Ead., *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 19 ss., con ulteriori riferimenti alla confisca di prevenzione prevista dal codice antimafia.

incompatibile con la volontà resa manifesta dal legislatore europeo, durante i negoziati che hanno condotto alla riformulazione dell'art. 1¹¹⁰.

In mancanza di precise indicazioni normative, la dottrina che più ha sviscerato la materia ha – del tutto condivisibilmente – prefigurato la probabile repentina chiamata in causa della Corte di Giustizia quale unica strada per diradare le incognite sull'ambito applicativo del Regolamento in esame¹¹¹.

Con specifico riferimento alle ipotesi di confisca previste nell'ordinamento italiano, la dottrina medesima ha pronosticato l'inclusione sia della confisca diretta ex art. 240 Cp e di ogni altra confisca obbligatoria adottata nell'ambito di un *processo penale*¹¹²; sia della confisca allargata ex art. 240bis Cp, comprese le ipotesi in cui essa venga applicata nel procedimento di esecuzione e nonostante le perplessità connesse al ridotto coefficiente garantistico di quest'ultimo¹¹³.

Maggiori incertezze continuano a gravare sulle sorti della confisca di prevenzione ex art. 24 d.lgs. 159/2011.

Da un lato, si è appena ricordato che la riformulazione dell'art. 1 del Regolamento è stata operata *al fine precipuo* di intercettare tale forma di confisca nell'orbita del mutuo riconoscimento: sembrerebbe dunque coerente ammetterne l'inclusione, almeno in linea di principio¹¹⁴. A sostegno di questa tesi milita del resto l'osservazione per cui la confisca di prevenzione è adottata nell'ambito in un procedimento senz'altro *connesso ad un reato* (considerando 13), dato che la sua applicazione presuppone una valutazione di pericolosità fondata su indizi di commissione di un illecito penale e riguarda cose di origine illecita¹¹⁵.

¹¹⁰ Cfr., *supra*, par. 4.1.

¹¹¹ A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 12.

¹¹² Compresi i provvedimenti adottati in caso di prescrizione a seguito di condanna in primo grado – come già ammesso sin da Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, in www.archiviopenale.it, con nota di G. Civello *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"* – v. A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 25 s.

¹¹³ *Ivi*, 25, con riferimento all'art. 183 *quater* disp. att. Cpp.

¹¹⁴ In questo senso si è espresso altresì, seppur senza approfondire certezze, il Desk Italiano di Eurojust nella *Relazione del Membro Nazionale. Anno 2018*, a cura di F. Spiezia, in www.penalecontemporaneo.it, 11.4.2019, ove si afferma che la formulazione adottata nella versione finale del Regolamento «dovrebbe ragionevolmente comprendere anche i provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento di prevenzione» (66; similmente nell'analoga *Relazione* per l'anno 2019 – reperibile in www.sistemapenale.it, 23.3.2020 – 42).

¹¹⁵ Sul punto v. ancora A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit. 26 s., ove si aggiunge che tale forma di confisca – nonostante la sua ritenuta natura *non penale* anche da parte della giurisprudenza domestica di legittimità (v. spec. Cass. S.U. 2.2.2015 n. 4880, in *CP* 2015, 3520 e in www.penalecontemporaneo.it, 15.7.2015, con commento di F. Mazzacava, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in seguito in *DPenCont – Riv. trim.* 2015, n. 4, 231 ss.) – è stata però considerata come *adottata* nell'ambito di un procedimento in *materia penale* anche dal legislatore interno, in sede di attuazione della DQ 2006/783 (v. d.lgs. n. 137/2015, art. 3, let. d).

Dall'altro lato, taluni invece osservano che la già richiamata, sibillina, locuzione «ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» utilizzata nel considerando 13 del Regolamento, varrebbe ad allineare agli indirizzi interpretativi di Strasburgo il significato di “procedimento in materia penale” su cui si impernia il meccanismo di mutuo riconoscimento; col risultato, appunto, di escludere dall'ambito applicativo di quest'ultimo proprio la confisca di cui all'art. 16 d.lgs. 159/2011¹⁶, in quanto sistematicamente esclusa dalla *matière pénale* dal giudice europeo dei diritti¹⁷.

5.1 In questo scenario, già di per sé nebuloso, irrompe la sentenza C. cost., 27.2.2019 n. 24, del cui articolato apparato motivazionale¹⁸ in questa sede, *ratione materiae*, ci si

¹⁶ In questo senso concludono V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, cit., par. 3.

¹⁷ Nonostante assai accorate e autorevoli opinioni dissenzienti: cfr. la *dissenting opinion* del giudice P. Pinto de Albuquerque nell'ambito della pronuncia C. eur. GC, 23.2.2017, *De Tomaso c. Italia*, (sulla quale v., per tutti, in sintesi F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *DpenCont* 2017, n. 3, 370 ss.; *amplius*, V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *DPP* 2017,1039 ss.).

¹⁸ Si ricorderà come la Consulta fosse in quella sede chiamata a giudicare della compatibilità costituzionale delle figure soggettive di « pericolosità generica » previste dall'art. 1 lett. a e b del d.lgs. n. 159/2011 - riguardanti, nell'ordine, «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi», e «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» - rilevanti ai fini dell'applicazione sia della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale sia delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca (rispettivamente, artt. 6 e 16 d.lgs. 159/2011). Tra i plurimi parametri di legittimità reclutati dalle ordinanze di rimessione, quello di cui all'art 117, comma 1, Cost., veniva evocato in relazione all'art 2 Prot. 4 CEDU (Libertà di circolazione, con la quale interferisce la sorveglianza speciale) e all'art. 1 Prot. 1 CEDU (Diritto di proprietà, con il quale interferiscono le misure di prevenzione patrimoniali), alla luce della già ricordata pronuncia *De Tomaso*, ove la Corte EDU aveva ritenuto le disposizioni domestiche impugnate non conformi ai succitati parametri convenzionali (in particolare, poiché l'insufficiente chiarezza e precisione delle formulazioni testuali ne precludeva la *prevedibilità* delle applicazioni giurisprudenziali).

Per ogni approfondimento - dopo l'efficace sintesi “a caldo” di S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.3.2019 - cfr. F. Basile, E. Mariani, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti “abitualmente dediti a traffici delittuosi”: questioni aperte in tema di pericolosità*, in www.discrimen.it, 10.6.2019; A. De Lia, *Misure di prevenzione e pericolosità generica: morte e trasfigurazione di un microsistema. Brevi note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019*, in www.legislazionepenale.eu (15.7.2019); G. P. Dolso, *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *GCos* 2019, 1867 ss.; G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 14.2.2020 ; A. M. Maugeri , P. Pinto De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. Cost. 24/2019)*, in *DpenCont - Riv. trim.* 2019, n. 3, 90 ss.; V. Maiello, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante (Osservazione a Corte cost., 27 febbraio 2019 n. 24)*, in *GCos* 2019, 332 ss.; Id., *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *DPP* 2020, 107 ss.; F. Mazzacava., *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *RIDPP* 2019, 987 ss.; F. Menditto, *Lo Statuto*

limita a richiamare l'*obiter* ove si affronta di petto l'annosa questione della natura giuridica della confisca di prevenzione: una volta sgombrato «il campo dall'insostenibile tesi della natura meramente preventiva della confisca in parola»¹¹⁹, a quest'ultima, come noto, vengono riconosciuti funzione e carattere (non già punitivi, bensì) *ripristinatori*.

A tale conclusione la Consulta perviene, in estrema sintesi¹²⁰, rammentando in primo luogo come l'obiettivo perseguito con l'introduzione di tale forma di confisca fosse quello di «sottrarre alla criminalità organizzata beni e denaro di origine illecita (dimostrata attraverso un classico schema presuntivo), evitando al tempo stesso di subordinare l'ablazione patrimoniale alla necessità di dimostrare, nell'ambito di un processo penale, la precisa derivazione di ogni singolo bene o somma di denaro da un particolare delitto» (§ 10.1)¹²¹. E, in secondo luogo, valorizzando la *ratio* così ricostruita della confisca in esame per disconoscerne la « natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva », giacché l'ablazione dei beni colpiti altro non rappresenta se non «la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione»: in altre parole, «il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico» (§ 10.4.1).

All'esito di tale percorso argomentativo, la Corte evidenzia come «[i]n assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene» (*ivi*).

Ora, esula dagli obiettivi di questa indagine una presa di posizione nell'ambito del ricco dibattito suscitato da tale inquadramento teorico in seno dottrina italiana, ove non sono mancate posizioni anche vivacemente critiche¹²².

convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24, in www.giurispriudenzapenale.com, 14.10.2019, n. 10; M. Pelissero, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris* 2019, 1148 ss.; N. Pisani, *Misure di prevenzione e pericolosità generica, tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *GCos* 2019, 322 ss.

¹¹⁹ Così F. Mazzacuva, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione*, cit., 990.

¹²⁰ Per analisi dettagliate si rinvia alla bibliografia segnalata, *supra*, alla nota 118.

¹²¹ Essendo invece sufficiente quale presupposto giustificativo la «ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita» (§ 10.3).

¹²² V. specialmente V. Maiello, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione*, cit., 342 ss.; A. M. Maugeri, P. Pinto De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello*, cit., 129 ss. Più sfumata la posizione di F. Mazzacuva, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione*, cit. 990 s. (con rinvio a Id., *Le pene nascoste*, Torino 2017, 194 ss., per argomentazioni più diffuse sulla mancata riconducibilità di tale forma di confisca al novero delle misure puramente ripristinatorie, spendibili anche in relazione alla pronuncia della Consulta).

Preme invece formulare qualche ipotesi sulle potenziali conseguenze della pronuncia in questione sulle sorti della confisca di prevenzione nel meccanismo del mutuo riconoscimento disciplinato dal Regolamento.

A questo proposito, la tesi che già dubitava dell'applicabilità di tale meccanismo alla confisca in esame, alla luce della sua classificazione tra le misure *non penali* nella giurisprudenza CEDU¹²³, non può che trarre dalla decisione della Consulta ulteriore linfa: l'allineamento tra Roma e Strasburgo sulla natura non sanzionatoria della confisca di prevenzione non potrebbe dunque che ripercuotersi sul terreno eurounitario, determinando l'espunzione della misura in parola dal novero dei provvedimenti rientranti nell'obbligo di mutuo riconoscimento operante nel quadro della cooperazione giudiziaria nel settore penale¹²⁴.

Ora, l'esclusione in termini così espliciti del carattere sanzionatorio di tale forma di confisca da parte del giudice delle leggi¹²⁵ di certo non rafforza la tesi opposta, sostenuta in dottrina e dagli agenti istituzionali nazionali¹²⁶. Nondimeno, va osservato che non è tanto la qualificazione della *natura giuridica* della confisca di prevenzione – in termini di misura ripristinatoria – a complicare il quadro, quanto piuttosto i riflessi, del resto consequenziali, sul piano delle garanzie applicabili.

A tal riguardo, con piena coerenza rispetto alle premesse, la Corte Costituzionale nella decisione n. 24/2019 disegna lo statuto garantistico della confisca di prevenzione al di fuori della cornice tipicamente penalistica, perimetrandolo invece attraverso il combinato disposto dei presidi costituzionali e convenzionali dedicati ai diritti di proprietà e di iniziativa economica – i soli attinti, nella logica della Corte, dalla misura ablatoria in esame – vale a dire: *a*) la legalità e i rispettivi corollari così come calibrati negli artt. 41 e 42 Cost. e nell'art. 1 Prot. add. CEDU; *b*) la proporzione (art. 3 Cost. e art. 1 Prot. add. CEDU); *c*) il giusto processo, nei limiti dei (soli) primi due commi dell'art. 111 Cost. e del (solo) par. 1 dell'art. 6 CEDU (ovvero il “volet civil”), nonché il diritto di difesa (art. 24 Cost.), non dovendo il procedimento di applicazione

Per impostazioni adesive v., invece, S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione*, cit.; F. Menditto, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali*, cit., 38 ss., spec. 46; A. Trincherà, *Confiscare senza punire?*, cit., spec. 412 ss.

¹²³ V. *supra*, nota 116 e relativo testo.

¹²⁴ «L'attuale convergenza di visione tra la Corte costituzionale e la Corte EDU priva di credibilità ed effettività qualsiasi posizione che pretenda di trarre effetti giuridici dalla presunta natura penale sostanziale dei provvedimenti preventivi di tipo patrimoniale» (V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, cit., par. 3); con la conseguenza per cui l'opposta «conclusione avallata dalla Direzione centrale anticrimine» (cfr., *supra*, nota 3) viene ritenuta «spericolata».

¹²⁵ Peraltro in linea, in questa specifica prospettiva, con quanto ritenuto pure dal giudice *della legge* (ovvero la già citata Cass. S. U. n. 4880/2015, richiamata puntualmente dalla Consulta al § 10.3).

¹²⁶ Cfr., *supra*, note 3, 114-115.

«necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale» (§ 10.4.3).

Tornando all'interrogativo di partenza – relativo alla sorte della confisca di prevenzione nell'ambito del meccanismo di mutuo riconoscimento disciplinato dal Regolamento - la situazione potrebbe allora davvero complicarsi.

Come anticipato, nell'ottica di tale meccanismo rileva non tanto la *qualificazione* (o la *natura*) penale del *provvedimento* di confisca, quanto piuttosto lo *statuto garantistico* del *procedimento* all'esito del quale tale provvedimento viene adottato: breve, serve che il provvedimento di confisca – comunque qualificato – sia «assunto con le garanzie della materia penale»¹²⁷.

A questo proposito, va ulteriormente evidenziato che il preambolo del Regolamento non si limita ad asserire – genericamente – la compatibilità della nuova disciplina con i diritti sanciti nella Convenzione e nella Carta dei diritti UE (considerando 17); ma, con formulazione ben più penetrante rispetto a quella abbozzata nella Proposta¹²⁸, afferma che «dovrebbero applicarsi [...] ai procedimenti penali rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento» sia i diritti procedurali sanciti dalle Direttive di armonizzazione adottate sulla base dell'art. 82TrFUE; sia «le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta» dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tra questi ultimi figura notoriamente anche la presunzione di innocenza (art. 48); corrispettivamente, tra le prime¹²⁹ particolare menzione merita proprio la Direttiva 2016/343/UE, in materia di presunzione di innocenza, la quale, sebbene ammetta entro certi limiti l'uso di presunzioni (considerando 22)¹³⁰, al contempo considera il diritto al silenzio «un aspetto importante della presunzione di innocenza» medesima (considerando 24)¹³¹.

Ora, come può “ambientarsi” in tale contesto un provvedimento ablatorio non solo ritenuto all'unisono “non penale” dalla Corte EDU, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹³² e, ora, dalla Corte Costituzionale; ma anche, per esplicita statuizione di quest'ultima, adottabile all'esito di un procedimento non presidiato dalle garanzie

¹²⁷ Così A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 39.

¹²⁸ Ove ci si limitava a dichiarare «opportuno applicare il presente regolamento tenendo conto delle direttive» sui diritti procedurali.

¹²⁹ Si tratta, in particolare, delle Direttive nn. 2010/64 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione, 2012/13 sul diritto all'informazione, 2013/48 sul diritto di avvalersi di un difensore e sui diritti di comunicazione con terzi dei soggetti privati della libertà personale, 2016/800 sulle garanzie dei minori indagati o imputati in un procedimento penale e 2016/919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

¹³⁰ Sulla legittimità convenzionale dell'uso delle presunzioni v. A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 250.

¹³¹ In argomento v., in generale, R. Parizot, *Presumption of innocence*, in *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A Guide for Legal Practitioners*, a cura di in R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora, Milano 2017, 151 ss.

¹³² Cfr., *supra*, nota 125.

penalistiche, e in special modo la presunzione di innocenza? Più in particolare, come può conciliarsi il profilo di tale ultimo principio corrispondente al dittico esclusione delle presunzioni/diritto al silenzio con la consuetudine a fondare la prova dell'origine illecita del patrimonio sul silenzio del prevenuto in sede di applicazione della confisca di prevenzione¹³³?

6. Quella da ultima segnalata, peraltro, è solamente una delle molteplici incognite che aleggiavano sullo statuto garantistico della confisca di prevenzione, da tempo denunciate in dottrina¹³⁴; incognite dalle quali, oltretutto, altre forme di confisca non restano immuni, a causa della “contaminazione” operata dal modello prevenzionale oramai sull'intero campo dell'ablazione patrimoniale¹³⁵.

Non può che condividersi l'auspicio, formulato all'indomani dell'adozione del Regolamento, per cui tale fonte operi da catalizzatore delle ulteriori riforme necessarie a rendere ogni modello di “processo al patrimonio” conforme alle garanzie penalistiche, per lo meno quelle sancite a livello europeo, il rispetto delle quali condiziona l'esecuzione transfrontaliera degli ordini di confisca domestici¹³⁶; esigenza ancor più impellente oggi, a seguito dell'effettiva entrata in vigore del meccanismo di mutuo riconoscimento.

In mancanza, si staglia all'orizzonte un rischio piuttosto concreto. Da un lato, come più volte rilevato, la confisca di prevenzione pareva destinata a rientrare in linea di principio nell'ambito applicativo del Regolamento, ove si consideri che le modifiche

¹³³ Sul punto A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit. 39 s., ove si rileva la medesima criticità in relazione alla confisca allargata ex art. 240bis Cp.

¹³⁴ Dinanzi all'arduo compito di selezionare riferimenti anche solo parzialmente esaustivi sul tema, oggetto di letteratura sterminata, ci si limita a rinviare alle osservazioni e alla rassegna bibliografica del recente contributo di F. Morelli, *La prova dei presupposti della confisca preventiva: la violazione della presunzione di innocenza assume le forme di una programmata fuga dall'accertamento*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo, C. Grandi, cit. (in corso di pubblicazione).

¹³⁵ V. da ultimo, con copiosi riferimenti bibliografici, E. Bandiera, *Osservazioni in ordine all'accertamento probatorio nelle ipotesi di confisca*, in *DPenCont 2018*, n. 1, 48 ss., ove, per quanto attiene al rispetto dei principi in materia di prova, si fotografa un «mare di illegalità» (49). Sul tema v. anche F. Nicolichia, *Dalla confisca “senza condanna” alla confisca “senza tempo”: rilievi critici dalla prospettiva processuale*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo, C. Grandi, cit. (in corso di pubblicazione) e bibliografia ivi segnalata.

¹³⁶ Non sembrano infatti sufficienti a rispettare lo “statuto garantistico” dei provvedimenti coinvolti nel meccanismo di mutuo riconoscimento, così come prospettato dal Preambolo del Regolamento, né il definitivo chiarimento fornito dalla Consulta sui parametri costituzionali e convenzionali di legittimità dei provvedimenti di confisca, i quali, come detto, non includono in alcun modo la presunzione di innocenza (cfr., *supra*, par. 5.1); né la valorizzazione degli sforzi c.d. “tassativizzanti” operati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. b dell'art. 1 d.lgs. 159/2011 – il cui apprezzamento ha condotto, come noto, al «salvataggio» della relativa ipotesi (v. § 12 ss. della sentenza n. 24/2019) – giacché essi attengono al coefficiente (minimo indispensabile) di determinatezza della fattispecie medesima e di prevedibilità dell'applicazione giurisprudenziale, senza coinvolgere invece le garanzie propriamente procedurali.

testuali propugnatte – e ottenute – dalla delegazione italiana fossero preordinate esattamente a questo risultato¹³⁷. Dall'altro lato, tuttavia, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione “prenda sul serio” le indicazioni reperibili nel Preambolo del Regolamento in ordine alla cornice garantistica che dovrebbe caratterizzare ogni provvedimento coinvolto nel meccanismo di riconoscimento reciproco, allora la confisca di prevenzione – non solo e non tanto per l'“etichetta” ripristinatoria, quanto soprattutto per il correlato statuto di garanzie, così come ricostruito dalla Consulta – potrebbe restarne esclusa; in particolare, a seguito dell'applicazione del motivo di rifiuto fondato sul mancato rispetto dei diritti fondamentali, la cui introduzione, come è stato parimenti evidenziato, ha seguito le preoccupazioni sollevate da alcuni partner europei proprio in ordine all'ambiguo coefficiente garantistico della misura nostrana.

ILP

¹³⁷ Cfr., *supra*, par. 4.1.