

**Un nodo irrisolto: l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di sequestro e confisca ed il ruolo di Eurojust**di Filippo Spiezia<sup>1</sup>**Sommario**

**1) La criminalità odierna come soggetto economico globale; 2) Dai modelli nazionali al sistema normativo internazionale in materia di sequestro e confisca: cenni; 3) L'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di sequestro e confisca prima del Regolamento UE 1805/2018; 4) L'innesto del nuovo Regolamento; 5) I perduranti tentativi di armonizzazione della confisca in ambito europeo; 6) Segue: i profili della confisca nella Direttiva n. 42 del 2014; 7) I dati di Eurojust per una prima analisi sul funzionamento degli strumenti di sequestro e confisca; 8) I principali elementi di criticità; 9) Il sequestro e la gestione all'estero dei compendi societari; 10) Le schede del Desk Italiano di Eurojust: alcuni suggerimenti per migliorare le procedure di sequestro e confisca all'estero; 11) La nuova proposta di Direttiva in materia di confisca**

**1) La criminalità odierna come soggetto economico globale**

I frequenti cambiamenti del quadro legale internazionale sono spesso correlati alla necessità di aggiornare le risposte alle evoluzioni della minaccia criminale, che si presenta oggi con caratteristiche di chiara discontinuità rispetto al passato. Osservando le dinamiche attuali della cybercriminalità, del terrorismo internazionale, della criminalità organizzata transfrontaliera, possiamo forse dire di essere giunti a un punto di non ritorno: siamo già in “un altro mondo”, di cui ancora non conosciamo bene geografia, abitanti, regole e caratteristiche. La criminalità organizzata ha dimostrato di essere una delle minacce più gravi per la sicurezza dell'Unione europea. La sua portata transnazionale, il ricorso sistematico alla corruzione e il suo grado di infiltrazione economica senza precedenti sono stati messi in luce nell'ambito delle note operazioni di *law enforcement* EncroChat, Sky ECC e ANOM1, attuate nel periodo 2020-2021<sup>2</sup>.

In sintesi, la *globalizzazione ha contribuito al processo di internazionalizzazione del crimine organizzato, reso ancor più allarmante da un progressivo affinamento delle tecniche di occultamento della ricchezza da parte della criminalità*, da una sua straordinaria capacità di adattamento ai cambiamenti normativi e dalla messa in campo di strumenti, anche tecnologici, sempre più elaborati.

Globalizzazione dell'economia e globalizzazione della criminalità vanno dunque di pari passo ed è per questo che sono essenziali regolamentazioni uniformi a livello internazionale. La crescente minaccia criminale è alimentata dagli ingenti introiti generati, calcolati in *139 miliardi di euro ogni anno*, pari all'1 % del prodotto interno lordo dell'Unione europea, sempre più spesso riciclati attraverso un sistema finanziario parallelo, sotterraneo, che mina l'integrità dell'economia e della società dei Paesi. In tale contesto, gli sforzi individuali degli Stati membri per contrastare la criminalità organizzata non sono sufficienti per far fronte alla natura transfrontaliera dei vari gruppi operanti, considerato che il 70 % di quelli che operano nell'Unione europea risulta attivo in più di tre Stati membri, occulta e reinveste

1 <https://www.sicurezzaegiustizia.com/filippo-spiezia/>

2 Si vedano i rapporti di Europol, *"Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe"*, 2 luglio 2020; *"New major interventions to block encrypted communications of criminal networks"*, 10 marzo 2021; *"800 criminal arrested in biggest ever law enforcement operation against encrypted communication"*, 8 giugno 2021.

beni derivanti da attività criminose in tutto il mercato interno ed utilizza complesse reti finanziarie e societarie che ostacolano l'individuazione della provenienza illecita.

La cooperazione e il coordinamento internazionale restano dunque imprescindibili per il buon esito di tante indagini. Il numero delle procedure trattate da Eurojust nel 2022 (oltre 6000 casi operativi), restituiscono una eloquente conferma della natura transnazionale del crimine organizzato e della sua odierna vocazione globale, come del resto confermano i dati raccolti dalla Direzione Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo. Tale tendenza è accompagnata dal ricorso a sofisticate tecnologie digitali, che potenziano le capacità operative delle organizzazioni criminali.

L'ultimo decennio ha registrato anche una forte accentuazione dei profili di delocalizzazione degli investimenti criminali, indirizzati in giurisdizioni straniere verso le attività di maggior profitto e minor rischio (investimenti in beni immobili, attività di ristorazione, noleggi, società di servizi). Dal monitoraggio della *Direzione centrale della polizia criminale sui beni sequestrati e confiscati all'estero* dalle Autorità giudiziarie italiane, emerge un quadro netto della *progressiva estensione degli interessi criminali al di fuori dei confini nazionali e della natura globale degli investimenti esteri, attuata attraverso una capillare infiltrazione nel sistema economico, mutuando i sistemi di inquinamento degli apparati statali ed economici tipici delle organizzazioni di stampo mafioso*.

Tuttavia, all'aumento degli investimenti all'estero della criminalità non corrisponde un altrettanto numero di beni (e del loro valore) definitivamente confiscati. Vari gli indicatori da cui si può evincere tale criticità: i dati di Eurojust, che verranno di seguito esposti e quelli della ANBSC (Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), evidenziano un *impatto modesto che le procedure di confisca hanno in termini di acquisizione finale di asset, patrimoniali e finanziari disponibili all'estero*. La tabella di seguito esposta, aggiornata ai primi mesi del 2023, è eloquente:

ESTERO	Confisca Definitiva	Confisca Secondo Grado	Confisca Primo Grado	in corso di aggiornamento	TOTALE
<b>BRASILE</b>				<b>1</b>	<b>1</b>
in gestione				1	1
<b>CINA</b>	<b>9</b>				<b>9</b>
in gestione	1				1
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	8				8
<b>COSTA RICA</b>	<b>1</b>				<b>1</b>
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	1				1
<b>FRANCIA</b>	<b>1</b>				<b>1</b>
in gestione	1				1
<b>GERMANIA</b>	<b>1</b>				<b>1</b>
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	1				1
<b>GRAN BRETAGNA</b>	<b>6</b>	<b>1</b>	<b>1</b>		<b>8</b>
in gestione	2	1	1		4
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	4				4
<b>LIBERIA</b>	<b>1</b>				<b>1</b>
in gestione	1				1
<b>LUSSEMBURGO</b>	<b>3</b>			<b>1</b>	<b>4</b>
in gestione				1	1
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	3				3
<b>MALTA</b>	<b>1</b>				<b>1</b>
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	1				1
<b>PANAMA</b>	<b>1</b>				<b>1</b>
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	1				1
<b>REPUBBLICA CECA</b>		<b>1</b>			<b>1</b>
in gestione		1			1
<b>SAN MARINO</b>			<b>2</b>		<b>2</b>
in gestione			2		2
<b>SPAGNA</b>	<b>2</b>			<b>3</b>	<b>5</b>
in gestione	2			3	5
<b>STATI UNITI D'AMERICA</b>	<b>1</b>				<b>1</b>
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	1				1
<b>SVIZZERA</b>	<b>3</b>				<b>3</b>
Deliberata Liquidazione Consiglio Direttivo 23/07/ 2019	3				3
<b>TOTALE</b>	<b>30</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>5</b>	<b>40</b>

Si tratta di dati coerenti con quelli emergenti dalla casistica di Eurojust. Emerge, pertanto, una discrasia tra l'entità degli esiti ablatori ottenuti dalle autorità giudiziarie e la quantità di documenti di indirizzo politico - strategico ovvero di strumenti per il contrasto patrimoniale al crimine organizzato transnazionale, *perché "il crimine non paghi"*.

Vari i documenti in cui tale esigenza è stata sottolineata: la comunicazione della *Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 20 novembre 2008, intitolata "Proventi della criminalità organizzata. Garantire che il crimine non paghi"*, la cui narrativa è ripresa successivamente, nel 2010, nel Programma di Stoccolma, con specifico riguardo alla lotta alla criminalità economica, in cui venne sottolineato l'importanza di una più efficace identificazione, confisca e riutilizzo dei beni criminali.

Ancora, l'Agenda strategica dell'UE 2019-2024, le conclusioni del Consiglio europeo del giugno 2016 e le conclusioni in tema di antiriciclaggio e finanziamento del terrorismo adottate dal Consiglio europeo nel dicembre 2019, dopo la più recente modifica della direttiva antiriciclaggio - la direttiva (UE) 2018/843 - esortano tutti gli Stati membri a completare rapidamente il recepimento di tutta la pertinente

legislazione dell'Unione in questo settore - in particolare con l'attuazione della citata direttiva (UE) 2018/843 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 (la quarta direttiva antiriciclaggio) e la direttiva (UE) 2019/1153. Più di recente, nella strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata (adottata ad aprile 2021), al punto 3.1. *Rafforzare il recupero dei beni e le misure antiriciclaggio, promuovere le indagini finanziarie*, la Commissione ha ricordato che la criminalità organizzata nell'UE dipende fondamentalmente dalla capacità di riciclare grandi quantità di profitti illeciti. Mentre tre quarti delle organizzazioni criminali utilizzano ancora metodi elementari per nascondere i guadagni illeciti, come gli investimenti in immobili o in altri beni di alto valore, altre organizzazioni si affidano a metodi sempre più sofisticati con l'aiuto di riciclatori di denaro dei colletti bianchi.

Che il crimine non paghi, in realtà, costituisce obiettivo sottolineato anche in atti internazionali meno recenti: si vedano, ad esempio, le conclusioni adottate dal Consiglio europeo di Vienna del 1998, con cui si propose il miglioramento e il ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia di sequestro e confisca dei proventi di reato, tenendo conto dei diritti dei terzi in buona fede. L'anno successivo, al Consiglio europeo di Tampere del 1999, venne deciso di adottare misure concrete per rintracciare, sequestrare e confiscare i proventi di reato. Anche il Piano d'azione del 2000 "*Prevenzione e controllo della criminalità organizzata: Una strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio*" chiedeva di valutare la necessità di attenuare l'onere della prova riguardo all'origine dei beni detenuti da una persona condannata per un reato connesso alla criminalità organizzata.

Nonostante la pluralità di richiami, reperibili in tempi diversi nelle fonti internazionali, il campo delle procedure in materia di sequestro e della confisca dei proventi di reato è caratterizzato ancora da forti criticità.

Inoltre, come vedremo, il quadro legale di riferimento è abbastanza recente nel diritto internazionale di *hard law*, poiché i trattati di collaborazione sono stati concepiti, in origine, soprattutto con riguardo alle esigenze di cooperazione probatoria.

## **2. Dai modelli nazionali al sistema normativo internazionale in materia di sequestro e confisca: cenni**

Lo sviluppo dei fenomeni criminali su scala transnazionale e la progressiva delocalizzazione all'estero degli investimenti illeciti hanno fatto sì che, in molti casi, i provvedimenti di confisca adottati dalle competenti autorità penali all'interno dello Stato nel quale sono stati commessi e perseguiti i reati "fine", ovvero ha operato l'organizzazione criminale, debbano essere eseguiti in giurisdizioni straniere, in cui risultano nascosti e/o reinvestiti i proventi delle attività criminose. Di qui la rilevanza degli ordinamenti giuridici nazionali e delle misure di contrasto patrimoniale in essi previste, che viene in rilievo quando le autorità penali si confrontano in complesse procedure di cooperazione giudiziaria, in cui emerge evidente la diversità dei modelli di confisca (e di sequestro) adottati sul piano nazionale. Non è obiettivo del presente contributo analizzare tutti i sistemi giuridici domestici vigenti, ma è possibile, tuttavia, tracciare le coordinate di fondo del sistema e le sue linee evolutive. Da questo punto di vista le legislazioni nazionali differiscono:

- a seconda del tipo di procedimento in cui le misure di ( sequestro) e confisca possono essere applicate (penale, civile o amministrativo) e quindi della natura del procedimento stesso;
- in base alla natura del procedimento (azione *in rem* - azione *in personam*);
- a seconda dell'oggetto della pretesa ablatoria (solo gli strumenti o i proventi del reato, i beni che ne costituiscono il valore equivalente, ovvero posseduti in misura sproporzionata rispetto alle sostanze lecite o anche l'intero patrimonio);
- sulla base della necessità di presupporre una condanna in sede penale o di poter agire indipendentemente da essa.

Come linea di tendenza si registra il ricorso a forme di "confisca allargata" per superare i limiti e le difficoltà connesse all'applicazione della confisca penale classica intesa, come misura patrimoniale strettamente ancorata all'accertamento del fatto criminoso e alla dimostrazione del nesso eziologico e temporale tra il bene sequestrato e il reato. La sua *ratio* è da ricercarsi nella insufficienza della confisca penale classica rispetto ai proventi di attività criminali reiterate nel tempo o utilizzate per finanziare operazioni di investimento nell'economia legale.

I processi di mimetizzazione dei beni gestiti dalle organizzazioni criminali rendono poi difficile, se non impossibile, individuare il legame diretto tra beni e reati. A loro volta, queste forme di confisca allargata hanno trovato varie forme e concretizzazioni nei paesi membri come la *Vermogensterafe tedesca*, poi dichiarata incostituzionale dalla stessa Corte Costituzionale Federale, la confisca di beni con finalità illecite (come nel caso delle varie ipotesi contemplate dalla legislazione svizzera e austriaca, che hanno come bersaglio i beni in possesso di un'impresa); la confisca di beni con finalità illecite; la confisca di beni di sospetta origine illecita, che non richiede la prova dell'attinenza del bene al reato e garantisce una riduzione dell'onere della prova, come, ad esempio, la nostra confisca penale allargata ai sensi dell'art. 12 sexies della legge 356/92 e l'istituto spagnolo della *Decomiso ampliado* ai sensi dell'art. 127 bis del codice penale spagnolo, o l'ordine di confisca introdotto nell'ordinamento inglese dai *Proceedes of Crime* del 2002.

*Una sintetica analisi del panorama europeo dimostra che, sebbene la maggior parte degli Stati si sia dotata di diversi e sempre più incisivi strumenti di aggressione dei beni, per perseguire un'azione sempre più efficace contro la criminalità organizzata, spesso gli istituti presentano significative differenze e i modelli di confisca sono differenziati.* L'effetto di tali asimmetrie normative è che il tasso di confisca dei beni criminali nell'UE si aggira ancora intorno all'1,1%. rispetto all'importo stimato dei profitti illeciti. Il quadro è poi aggravato dal crescente utilizzo di circuiti finanziari alimentati dalle valute virtuali.

In considerazione dell'eterogeneità delle legislazioni nazionali, alcune organizzazioni internazionali, come il Gruppo di azione finanziaria dell'OCSE (GAFI), la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo e la Banca mondiale, hanno prodotto guide e raccomandazioni sulle buone prassi. Le raccomandazioni del GAFI, intitolate *"International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation"* (aggiornate a ottobre 2016) includono la raccomandazione n. 4, che afferma che i Paesi dovrebbero prendere in considerazione l'adozione di misure che consentano la confisca senza condanna *"nella misura in cui tale requisito sia coerente con i principi del loro diritto interno"*. Nella stessa direzione la raccomandazione n. 38, che invita gli Stati ad assicurarsi di avere l'autorità di rispondere alle richieste presentate sulla base di procedimenti di confisca non basati sulla condanna e alle relative misure provvisorie, a meno che ciò non sia incompatibile con i principi fondamentali del loro diritto interno.

L'esistenza di diversi modelli di sequestro e confisca dei beni illeciti ha oggettivamente posto l'esigenza di una progressiva armonizzazione delle normative attraverso iniziative adottate in ambito internazionale. Tradizionalmente, i trattati di assistenza giudiziaria hanno riguardato principalmente l'acquisizione di prove (le cosiddette rogatorie) e alcune attività "minori" nei procedimenti penali (ad esempio, notifiche, comunicazione di casellari giudiziari, trasferimento di persone detenute, ecc.). Le misure con finalità preventive o conservative, invece, non rientrano in questo ambito. Si è quindi verificata una limitazione, per così dire storica, dell'assistenza giudiziaria, particolarmente significativa per la cooperazione in materia di sequestri<sup>3</sup>. Sono dunque reperibili sul piano internazionale, - e si sono succedute nel tempo -

3 Tale approccio si ritrova, ad esempio, nella Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 (CEAG), che, dopo aver espressamente escluso all'articolo 1 qualsiasi cooperazione finalizzata all'esecuzione di "condanne", all'articolo 3, paragrafo 1, definisce le rogatorie come richieste "relative a procedimenti penali che hanno per oggetto il compimento di atti di indagine o la trasmissione, tenuto conto del testo inglese o francese della Convenzione,

differenziate procedure di confisca per garantire una maggiore efficienza nella lotta contro la criminalità transfrontaliera, la criminalità organizzata e altri reati gravi.

Di seguito una rassegna delle principali disposizioni rilevanti in materia di sequestro e confisca reperibili in vari trattati internazionali, per rafforzare la risposta penale con riguardo a determinate forme di reato. Vengono in rilievo:

- l'articolo 5 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 1988, che per la prima volta introduceva il sequestro dei proventi di reato e del sequestro per equivalente;
- gli articoli 77 § 2 (b), 93 § 1 (k) e 109 § 1 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, istituito nel 1998;
- l'articolo 8 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999;
- l'articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000, che al paragrafo 7 prevede anche la possibilità che gli Stati parte possano considerare la possibilità di richiedere che un reo dimostri l'origine lecita dei beni che possono essere oggetto di confisca;
- l'articolo 31 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003;
- l'articolo 16 della Convenzione dell'Unione Africana sulla prevenzione e la lotta alla corruzione del 2003.

Uno studio di tali accordi internazionali rivela un'accettazione generale del principio della confisca dell'oggetto fisico di un reato (*objectum sceleris*), degli strumenti utilizzati per commettere un reato (*instrumentum sceleris*), dei proventi di reato (*productum sceleris*), o di altri beni di valore equivalente ("confisca di valore"), ossia dei proventi che sono stati trasformati o mescolati con altri beni e di qualsiasi reddito o altro beneficio derivato indirettamente dai proventi. Tutte le misure di confisca dipendono da una precedente condanna. Le misure di confisca non possono essere imposte a persone giuridiche o fisiche che non sono parti del procedimento, tranne nel caso di terzi senza una difesa in buona fede. *La confisca non basata sulla condanna rimane relativamente eccezionale nel diritto internazionale.* Infatti, tra gli strumenti summenzionati, solo l'articolo 54 § 1 (c) della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003 raccomanda che le parti, ai fini dell'assistenza giudiziaria reciproca, prendano in considerazione l'adozione di misure necessarie per consentire la confisca dei beni senza condanna penale, nei casi in cui l'autore del reato non possa essere perseguito "a causa di morte, fuga o assenza o in altri casi appropriati".

Occorre segnalare che in materia si è fatto ampio ricorso alla Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del crimine, aperta alla firma l'8 novembre 1990 a Strasburgo ed entrata in vigore il 1° settembre 1993 (la "Convenzione di Strasburgo"), che ha definito la confisca come "una sanzione o una misura che può essere applicata in un momento successivo". Le parti della Convenzione di Strasburgo si impegnano in particolare a rendere il riciclaggio dei proventi di reato un reato penale e a confiscare gli strumenti e i proventi, o beni di valore equivalente. L'allargamento della prospettiva della confisca – nella citata Convenzione - anche a quella non basata su condanna si desume non solo dalla definizione appena

---

di "articoli da produrre come prova" o "*des pièces à conviction*". Con riferimento alla misura del sequestro, è vero che essa è contemplata anche dalla Convenzione del 1959, in quanto l'articolo 5 del CEAG vi fa riferimento senza fornire una definizione, ma la finalità probatoria di questa misura può essere desunta da più parti. Lo dimostra innanzitutto il successivo articolo 6, che prevede che se "gli oggetti, nonché gli originali dei fascicoli e dei documenti" sono consegnati alla Parte richiedente, essi "sono restituiti dalla Parte richiedente alla Parte richiesta non appena ne faccia richiesta.

ricordata, ma anche dalla previsione delle cause di rifiuto previste nel testo convenzionale<sup>4</sup>. Non è un caso che proprio tale Trattato sia stato azionato in una delle prime esperienze di applicazione delle procedure di cooperazione giudiziaria finalizzate alla esecuzione di misure di prevenzione all'estero. Si tratta del noto caso Crisafulli, di cui alla sentenza del 13 novembre del 2003 della Corte di Cassazione francese.

Tali obblighi sono stati mantenuti nella Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, aperta alla firma il 16 maggio 2005 a Varsavia ed entrata in vigore il 1° maggio 2008 (la "Convenzione di Varsavia"). Destinata a sostituire la Convenzione di Strasburgo, è stata ratificata da ventotto Stati, tra cui quindici Stati membri dell'Unione Europea. *Per quanto riguarda la confisca non basata sulla condanna, l'articolo 23 § 5 richiede agli Stati di "cooperare nella misura più ampia possibile" per l'esecuzione di misure equivalenti alla confisca che non sono sanzioni penali, nella misura in cui tali misure sono ordinate da un'autorità giudiziaria in relazione a un reato.* Si tratta di una formula che ben compendia, a mio avviso, lo Stato della legislazione internazionale circa la possibilità di accedere a forme di confisca senza condanna.

Un'analisi complessiva del quadro internazionale dimostra che la disciplina in materia di sequestro e di indagini patrimoniali ha ricevuto una accelerazione rispetto al tema della confisca. Per quest'ultima, i trattati hanno sempre fatto riferimento al diritto interno di ciascuna parte, anche dal punto di vista degli standard probatori richiesti ai fini ablativi, al di là delle formule che hanno invitato ad avvicinare la soglia probatoria. Ad es., nel Trattato del 1990 del Consiglio d'Europa sul riciclaggio e sulla mutua collaborazione in materia di sequestro e confisca, venne adottato un criterio privo di reale significato innovativo *"quello per cui le misure di confisca sono determinate ed eseguite in conformità al diritto interno di ciascuna parte e secondo le disposizioni di detta legislazione"*.

### **L'esecuzione transfrontaliera delle misure di sequestro e confisca nell'UE prima del Regolamento UE 1805/ 2018**

La complessità riscontrata sul piano normativo internazionale trova conferma anche nel quadro legale dell'UE, ove il processo di elaborazione di strumenti normativi è stato lungo e complesso prima di approdare all'attuazione del Regolamento UE 2018/1805 adottato il 6.11.2018 dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'UE, per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e di confisca emanati nell'ambito di un procedimento in *criminal matters* (questioni criminali), inclusi i procedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti dei terzi e di confisca senza condanna.

L'adozione del Regolamento è stata definita "una svolta epocale" nel settore delle misure patrimoniale e tuttavia, sin dalle prime applicazioni, ha già evidenziato alcune criticità come di seguito sarà approfondito. Per comprenderne la portata è utile richiamare la pregressa legislazione unionale la quale, nei limiti appresso indicati, è in parte ancora vigente. Essa è stata articolata in una serie di provvedimenti volti a perseguire due esigenze fondamentali: a) l'armonizzazione delle legislazioni negli Stati membri in ordine ai presupposti e all'oggetto dei provvedimenti di sequestro e confisca; b) l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti

---

<sup>4</sup> La Convenzione di Strasburgo prevede infatti motivi specifici per il rifiuto di riconoscere le decisioni degli altri Stati firmatari in materia di confisca reale o di confisca non basata sulla condanna, ad esempio: "l'azione richiesta sarebbe contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico della Parte richiesta"; "il reato a cui si riferisce la richiesta non sarebbe un reato ai sensi della legge della Parte richiesta"; "la richiesta non si riferisce a una precedente condanna, o a una decisione di natura giudiziaria o a una dichiarazione in tale decisione che uno o più reati sono stati commessi, sulla base della quale la confisca è stata ordinata o è richiesta" (ART. 18 LETTER. D).

emessi dai Stati membri nel rafforzamento della cooperazione orizzontale tra le autorità nazionali coinvolte nelle procedure di recupero dei beni di provenienza illecita.

Prima di tale Regolamento, il quadro giuridico originario dell'Unione sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca era costituito dalle Decisioni Quadro 2003/577/GAI e 2006/783/GAI del Consiglio. La prima, poi, per l'*esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio*, è stata sostituita per il sequestro probatorio dalla Direttiva 2014/41 OIE. La prima Decisione Quadro è stata trasposta nell'ordinamento nazionale con ritardo, con il Decreto Legislativo n. 35 del 15 febbraio 2016, mentre la Decisione Quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 sul *reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca* è stata trasposta nell'ordinamento italiano con il Decreto legislativo n. 137 del 7 agosto 2015. Tali strumenti, come già accennato, sono superati dal Regolamento 1805/2018, ma i certificati di congelamento e i certificati di confisca trasmessi prima del 19 dicembre 2020 (data di entrata in vigore del Regolamento) continuano a essere disciplinati dalle decisioni quadro 2003/577/GAI e 2006/783/GAI, tra gli Stati membri vincolati dal Regolamento fino all'esecuzione definitiva del provvedimento di congelamento o del provvedimento di confisca.

La Decisione Quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'*esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio*, si è rivelata scarsamente efficiente perché, come si evidenzia nel considerando n. 3, si applicava solo in fase di blocco o di sequestro, rendendo necessaria una distinta richiesta di trasferimento della fonte di prova nello Stato di emissione», in conformità alle norme di assistenza giudiziaria in materia penale; tale regime, inoltre, coesisteva con gli strumenti tradizionali di cooperazione e pertanto le autorità competenti se ne avvalevano raramente nella prassi. Tale Decisione Quadro è ormai superata dalla Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, basata sul principio del reciproco riconoscimento ai sensi dell'art. 82, § 1 TFUE, relativamente ai beni con finalità probatoria. Con la Decisione Quadro 2006/783/GAI (cui è stata data attuazione in Italia con il d.lgs. n. 137/2015) si è introdotto il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, superando la reciproca diffidenza; l'obiettivo di tale decisione è quello di facilitare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca dei proventi, in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca pronunciate da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro. Il funzionamento del meccanismo previsto da tale Decisione è legato alla nozione di diritto penale sostanziale di confisca di cui alla Decisione 2005/212/GAI, in cui è posto alla base un modello di confisca diverso rispetto a quello ricostruibile nella legislazione europea con la precedente Decisione Quadro del 2002.

#### **4. L'innesto del nuovo Regolamento**

Tutta la materia sin qui descritta è stata ridisegnata dal Regolamento UE 1805/2018 che nelle intenzioni del legislatore europeo doveva determinare "una svolta epocale" in materia. L'accertata sproporzione tra la complessità dell'apparato normativo utilizzabile per il contrasto patrimoniale alla criminalità e i risultati raggiunti, sul piano della prevenzione e repressione delle illecite accumulazioni di ricchezza, ha reso evidente l'esigenza di rimuovere gli ostacoli che ne impedivano l'effettiva e rapida attuazione. La frammentazione del quadro normativo e l'implementazione non uniforme, da parte dei singoli Stati membri, dei contenuti della Decisione Quadro 2003/577/GAI (implementata in Italia dal d.l.vo n. 35/2016) e della Decisione Quadro 2006/783/GAI (implementata in Italia dal d.l.vo n. 137/2015), hanno comportato criticità applicative, come pure la non puntuale individuazione della base normativa e dello strumento cui ricorrere per

eseguire all'estero un provvedimento, si da segnarne un utilizzo limitato. Inoltre, la tardiva, inesatta o comunque disarmonica trasposizione da parte degli Stati membri ha rappresentato una delle principali cause dei deludenti risultati del sistema di asset recovery dell'Unione europea fondato sulle citate decisioni quadro. Già nell'adottare la direttiva 2014/42/UE, i co-legislatori avevano rilevato la necessità di istituire un sistema globale per il congelamento e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato nell'UE e hanno invitato la Commissione a presentare, quanto prima, una proposta legislativa sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca. Su questa proposta, l'8 dicembre 2017, il Consiglio dell'Unione europea ha raggiunto un accordo culminato nel Regolamento 1805 del 2018. Mentre la Direttiva 2014/42/UE migliora le possibilità nazionali di congelare e confiscare i beni, armonizzando la nozione di confisca, il Regolamento mira a migliorare l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di congelamento e confisca. Va subito chiarito che il suddetto Regolamento riguarda le misure di sequestro di natura preventiva (sequestro diretto dei proventi di reato, sequestro per equivalente, sequestro per sproporzione e sequestro come misura adottata nei procedimenti di prevenzione come specificato di seguito). Il Regolamento, infatti, non si applica al sequestro probatorio, che è invece disciplinato dalla Direttiva 2014/41 sull'Ordine di indagine europeo (art. 26 DL.vo 108/2017 della normativa di recepimento). Occorre tuttavia fare un'importante precisazione: il Regolamento si applica a tutti i Paesi dell'UE, con l'esclusione di Danimarca e Irlanda, per i quali vige ancora la precedente normativa citata (le citate Decisioni quadro).

Inoltre, nel corso dei negoziati, l'Italia ha ottenuto che il Regolamento 1805 si applichi a qualsiasi provvedimento di congelamento e confisca emesso "nell'ambito di un procedimento penale" (e non solo ai procedimenti finalizzati all'accertamento giudiziale della responsabilità penale per specifici fatti di reato). Di conseguenza, anche le misure adottate nell'ambito dei procedimenti di prevenzione possono teoricamente trovare una base normativa di riferimento nel suddetto Regolamento: esso infatti si applica a qualsiasi provvedimento di congelamento e confisca emesso "nell'ambito di un procedimento penale" - art. 1, par. 1 - e non solo ai procedimenti finalizzati all'accertamento giudiziale della responsabilità penale per specifici fatti di reato. Ciò dovrebbe ragionevolmente includere anche le misure adottate nei procedimenti di prevenzione. Ciò è chiarito nel Considerando 13 del Regolamento secondo cui: "Il presente Regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e a tutti i provvedimenti di confisca emessi nell'ambito di procedimenti in materia penale". *Il termine "procedimento penale" è una nozione autonoma del diritto dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale nozione comprende pertanto tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca emessi a seguito di un procedimento relativo a un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE. Comprende anche altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva. Sebbene 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. I provvedimenti di congelamento e di confisca emessi nell'ambito di procedimenti civili o amministrativi dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento".*

Una indiretta conferma si ricava dall'art. 2 del Regolamento, che 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", 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". La concreta estensione di tale Regolamento alle fattispecie di confisca senza

condanna dipenderà molto dall'applicazione dell'art. 19 (H). 19 (H) secondo cui "L'autorità di esecuzione può decidere di non riconoscere o di non eseguire un provvedimento di confisca solo se: omissis (h) in situazioni eccezionali vi sono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di confisca costituirebbe, nelle particolari circostanze del caso, una violazione manifesta di un diritto fondamentale pertinente ai sensi della Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa". L'introduzione di questa norma di salvaguardia è stata ispirata proprio dalla resistenza all'inclusione della confisca preventiva nel regolamento.

Occorre ricordare che l'Italia, in data 17.12.20 ha effettuato una propria dichiarazione ai sensi dell'art. articolo 24 paragrafo 2 del Regolamento, designando il Ministero della Giustizia -Direzione Generale degli Affari Internazionali e della Cooperazione Giudiziaria-Ufficio I (Cooperazione Giudiziaria Internazionale) quale autorità centrale in materia. Tale dichiarazione è stata anche richiamata nella Circolare del Ministero della Giustizia, sicché è al nostro Ministero che le autorità emittenti degli altri Stati membri trasmettono i certificati per il successivo inoltrare alle competenti autorità giudiziarie italiane. Nelle procedure attive le nostre autorità giudiziarie competenti per l'emissione, a loro volta, trasmettono il certificato attraverso il Ministero della Giustizia che svolgerà, nelle procedure di cooperazione disciplinate dal Regolamento, il medesimo ruolo amministrativo e di assistenza che svolge per l'esecuzione dei mandati di arresto europei ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI". Lo scrivente membro nazionale di Eurojust, alla luce dei considerando 24 e 27 del Regolamento 1805/2018 che individuano uno specifico ruolo di Eurojust in fase applicativa del Regolamento 1805/2018 - in particolare il considerando 28, secondo cui Eurojust può esercitare un ruolo di coordinamento nei limiti del suo mandato al fine di evitare una confisca eccessiva – e tenendo conto delle precipue competenze assegnate all'agenzia dal Regolamento 1727/2018 in materia di cooperazione giudiziaria, è giunto a definire apposita intesa tecnica con i colleghi della Direzione Generale degli Affari Internazionali e della Cooperazione Giudiziaria. In virtù di tale intesa e per rispondere alle esigenze della pratica, Eurojust è destinataria, per opportuna conoscenza, delle richieste di sequestro delle nostre autorità giudiziarie. Questo consente al Desk italiano di raccordarsi direttamente con l'autorità emittente per ogni attività di facilitazione. Eurojust, invece, svolge un ruolo propulsivo e di coordinamento - ed è quindi destinataria diretta di tali certificati- ogni qual volta la loro emissione si inserisce in una procedura di coordinamento gestita dal Desk, fermi restando gli obblighi comunicativi verso il Ministero della Giustizia.

#### **5. I tentativi di armonizzazione della confisca in ambito europeo**

In aggiunta alla definizione di strumenti di tipo procedurale per ottenere l'esecuzione all'estero dei provvedimenti di sequestro (e confisca), occorre considerare l'evoluzione normativa che si è avuta nell'UE al fine di armonizzare il concetto di confisca, istituto di diritto penale sostanziale, i cui lineamenti non possono non influenzare i meccanismi di cooperazione giudiziaria, pur essendo diversi le basi giuridiche e le finalità delle normative. La prima base al riguardo si rinviene nella Decisione quadro del Consiglio del 26 giugno 2001 (n.2001/500/GAI), relativa al riciclaggio di denaro, all'individuazione, al rintracciamento, al congelamento o al sequestro e alla confisca degli strumenti e dei proventi di reato, con cui è stato imposto per la prima volta agli Stati membri l'obbligo di non limitare l'applicazione della Convenzione di Strasburgo. Successiva tappa del percorso di armonizzazione è segnata dalla a Decisione Quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005 (2005/212/GAI) *relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato*, 2005/212.

Con essa, oltre ad imporre la confisca obbligatoria dei proventi e degli strumenti del reato (art. 2), è stata prevista l'introduzione negli Stati membri di "poteri estesi di confisca" (art. 3) nel

settore della lotta contro il crimine organizzato (in relazione a reati gravi, puniti con pena massima compresa almeno tra 5 e 10 anni - almeno 4 anni per il reato di riciclaggio -, e di natura tale da produrre profitto economico). La disposizione di cui all'art. 3, n. 2, nel prevedere i poteri estesi di confisca che gli Stati membri devono introdurre al loro interno, *esordisce con l'espressione "perlomeno"*: la decisione sembrerebbe, quindi, voler stabilire i *poteri minimi* che devono essere introdotti, salva la possibilità per ciascun Stato membro di introdurre dei poteri più estesi.

Nello stabilire tali poteri minimi, il legislatore europeo ha sancito le garanzie "massime" che devono essere riconosciute prevedendo tre diversi modelli in fase attuativa nazionale: il primo è basato su una sentenza di condanna; *prova dell'origine illecita sulla base di fatti circostanziati e limitazione dell'ambito di operatività a beni* acquisiti in un periodo anteriore ragionevole (elemento temporale); è poi possibile *addirittura in relazione ad attività analoghe svolte in un periodo anteriore ragionevole ( elemento fattuale/criminale)*; infine, forme di confisca estesa sono possibili *in relazione a beni di valore sproporzionato e di origine illecita sulla base di fatti circostanziati ( elemento della sproporzione)*. Si consente, però, agli Stati membri la possibilità di prevedere poteri più estesi corrispondenti a minori garanzie. Nel recepire la Decisione Quadro, gli Stati membri hanno avuto scelto opzioni diverse, dando così vita a meccanismi di confisca estesa di contenuto variabile a seconda del sistema nazionale.

A fronte dell'accertata inadeguatezza delle disposizioni delle decisioni quadro 2001/500/GAI e 2005/212/GAI per il contrasto alle forme più evolute del crimine organizzato, la Direttiva 2014/42, superando le criticità che caratterizzavano la Decisione quadro 2005/212, ha introdotto puntuali obblighi di armonizzazione in relazione non solo alla confisca diretta e per equivalente, ma anche alla confisca allargata e nei confronti dei terzi e, per la prima volta, ha delineato ipotesi obbligatorie di confisca senza condanna, limitandole ai casi di malattia o fuga. Lo scopo ultimo della direttiva – che si fonda, infatti, sull'art. 82, § 2, oltre che sull'art. 83, § 1 TFUE -, è quello di perseguire «l'adozione di norme minime» per ravvicinare «i regimi degli Stati membri in materia di congelamento e confisca dei beni, favorendo così la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera» (considerando n. 5): nelle intenzioni della direttiva *attraverso l'armonizzazione si dovrebbe promuovere il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca*, che era già disciplinato dalla decisione quadro n. 783/2006. Essa, come sancito nell'art. 14, sostituisce, allora, l'azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212; *si mantengono in vigore gli articoli 2, 4 e 5 della decisione quadro 2005/212/GAI per i reati non coperti dalla Direttiva, che prevedono una pena detentiva superiore all'anno*. L'ambito di applicazione della direttiva sarà delimitato ai sensi dell'art. 3 ai gravi reati previsti in una serie di direttive, molti già elencati nell'art. 83, § 1, del TFUE, fermo restando che attraverso la previsione dei reati contemplati dalla decisione quadro 2008/841/GAI, relativa alla lotta contro la "criminalità organizzata", si consentirà l'applicazione della direttiva ad altri reati non espressamente contemplati, purché realizzati in forma organizzata alla luce della definizione di organizzazione criminale fornita da tale decisione quadro (definizione piuttosto ampia)<sup>5</sup>.

5 La Direttiva UE n. 2014/42 del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca degli strumenti e dei proventi di reato nell'Unione europea, si applica, come recita l'articolo 3, ai reati contemplati da: "a) Convenzione elaborata sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c), del trattato sull'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea ("Convenzione sulla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari"); (b) la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro; (c) la decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti; (d) la decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato;

## 6. Segue: i vari profili della confisca nella Direttiva n. 41 del 2014

Diversi i profili normativi delineati nella Direttiva n. 41, tutti utili per delineare e ricostruire il modello di confisca attualmente preso in considerazione dal legislatore europeo. Esaminiamoli partitamente.

*La definizione della confisca conseguente alla condanna.* Essa di regola ha ad oggetto i proventi oltre che gli strumenti del reato ovvero il loro valore equivalente (art. 4). La Direttiva lascia liberi gli Stati membri di stabilire la natura dei provvedimenti di confisca e dei relativi procedimenti come emerge dal considerando n. 13, secondo cui «*Il congelamento e la confisca ai sensi della presente direttiva sono concetti autonomi, che non dovrebbero impedire agli Stati membri di attuare la presente direttiva utilizzando strumenti che, in base al diritto nazionale, sarebbero considerati sanzioni o altri tipi di misure*».

*Il concetto di provento.* La Direttiva contiene una definizione di “provento” (art. 2) di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 212/2005, al fine di includere, come emerge anche dal considerando n. 11, non solo i proventi diretti, - ogni vantaggio economico derivato da reati -, e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti (surrogati), ma anche tutti gli utili (vantaggi) economicamente valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato, con tutti i connessi problemi di delimitazione di tale concetto<sup>6</sup>;

*La definizione della confisca per equivalente.* Quest’ultima era già richiesta da tempo in una molteplicità di strumenti legislativi sovranazionali, a partire dalla Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988. Nel considerando n. 14 della Direttiva si precisa che la confisca per equivalente può essere concepita come *sanzione sussidiaria* alla confisca diretta, e quindi applicabile solo laddove, pur avendo accertato la sussistenza del profitto e il suo ammontare, non è più possibile sottrarlo direttamente; oppure essa è da intendersi come *misura alternativa*.

Tale duplice natura emerge nella prassi di tale forma di confisca e nel dibattito in materia. Nell’ordinamento italiano, in base all’orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza, la confisca di valore assume natura punitiva con la conseguente applicazione dei principi penalistici e sembra più avvicinarsi al modello della confisca autonoma, anche se la giurisprudenza maggioritaria fa rientrare anche il profitto-risparmio nella nozione di provento diretto del reato, direttamente confiscabile, restringendone

(e) Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta al terrorismo;

(f) Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato;

(g) decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti;

(h) Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata;

(i) la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio;

(k) la direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio ( 8 ), nonché altri strumenti giuridici se tali strumenti prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati penali ivi armonizzati."

6 In attuazione della Direttiva in esame, nell’ordinamento austriaco è stato esteso l’ambito di applicazione della confisca obbligatoria del profitto *ex* § 19 a StGB anche ai surrogati, che sono pacificamente considerati confiscabili in altri ordinamenti, come, ad esempio, quello tedesco (*Surrogaten* 25) o svedese (cap. 36 sez. 1-1c del codice penale svedese), e anche in quello italiano anche se non normativamente, ma in base all’orientamento giurisprudenziale consolidato (S.U. Caruso del 2009). Nell’ordinamento italiano, poi, si dovrebbe accogliere la più ampia nozione di provento diretto, come chiarito anche dalla Sentenza Sezioni Unite **Cassazione Penale, Sezioni Unite, 18 novembre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 42415, relativamente alle somme di danaro rinvenute sul conto corrente del soggetto colpito dalla misura, a prescindere dalla dimostrazione della origine lecita di tale somma.**

l'ambito di applicazione della confisca per equivalente a favore della confisca diretta, applicabile anche agli enti laddove siano i beneficiari del reato (in quanto non estraneo al reato in base all'insegnamento del giudice delle leggi); mentre la confisca di valore come pena potrà essere applicata agli enti solo laddove responsabili *ex d.lgs. 231/2001* (art. 19 per la confisca)<sup>7</sup>.

La Direttiva, nel definire il concetto di provento del reato nel considerando n. 11, precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare "fino al valore stimato dei proventi confusi"<sup>8</sup>.

Nonostante la molteplicità di tali sollecitazioni sovranazionali, come è ben noto, nell'ordinamento italiano manca una disciplina generale di tale forma di confisca, la cui introduzione era prevista dall'art. 31 della legge comunitaria 2007 (l.n. 34/2008), una legge delega cui non è stata data attuazione. Anche il d.lgs. n. 202/2016 non ha introdotto una disciplina generale in materia, ma si è limitato a introdurre la confisca di valore per i reati informatici, inserendone irrazionalmente la regolamentazione nell'ambito dell'art. 240 Cp, la norma che prevede la disciplina base della confisca nell'ordinamento penale italiano, e per i delitti di cui agli articoli 453, 454, 455, 460, 461 con l'art. 466-*bis* Cp. Ed ha aggiunto, inoltre, il seguente comma all'art. 2635 Cc che disciplina la corruzione tra privati: «Fermo quanto previsto dall'art. 2641, la misura della confisca per equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date o promesse...».

*La confisca in executivis.* La Direttiva, al considerando n. 30 e all'art. 9 stabilisce la necessità di garantire l'esecuzione dei provvedimenti di confisca anche in epoca successiva alla condanna definitiva o al procedimento *ex art. 4, c. 2*, laddove durante il processo non sia stato possibile individuare i proventi del reato o non siano stati individuati in misura sufficiente e l'ordine di confisca non sia stato eseguito; a tal fine il provvedimento di confisca deve stabilire la misura dei beni da confiscare («È pertanto necessario consentire la definizione dell'esatta portata dei beni da confiscare»).

*La confisca presso terzi.* L'art. 6 della Direttiva (considerando n. 24) disciplina la confisca dei profitti del reato o di beni di valore equivalente *presso terzi*, nell'ipotesi in cui tali beni siano stati trasferiti o alienati a terzi per eludere la confisca, ferma restando la garanzia della tutela dei diritti dei terzi in buona fede. La versione approvata dell'art. 6 ha opportunamente accolto molte delle proposte di emendamento della Commissione LIBE (emendamento n. 37), volte a semplificare la norma originaria inutilmente ridondante. Nel considerando n. 24 si precisa, innanzitutto, la necessità di consentire la confisca presso i terzi, sia persone fisiche sia persone giuridiche, cui il profitto sia pervenuto, ivi compreso quando il reato è stato commesso per loro conto o a loro vantaggio. Per consentire la confisca presso terzi si richiede, ferma restando la tutela dei terzi in buona fede (art. 6, c. 2), l'accertamento dell'elemento soggettivo in

---

7

Fermo restando che la stessa giurisprudenza della Suprema Corte attribuisce spesso "natura surrogatoria" alla confisca per equivalente rispetto alla confisca di proprietà, essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell'indagata laddove non sia stato "rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza".

Questa precisazione è molto importante contro le tentazioni della giurisprudenza italiana di applicare la confisca *ex art. 240 bis Cp* (prima *12 sexies d.l. 306/1992*) (dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica) o la confisca misura di prevenzione (24 d.lgs. 159/2011) nei confronti di interi compendi aziendali, laddove i proventi illeciti siano stati investiti in un'impresa, perché non sarebbe più possibile distinguere lecito dall'illecito, trasformando la confisca allargata in una forma di confisca generale dei beni, una sorta di pena patrimoniale sproporzionata *in palese violazione del principio di legalità e della tutela costituzionale della proprietà privata*, nonché dello stesso principio di proporzione.

8

capo al terzo, e cioè la consapevolezza o la colpa (l'incauto affidamento): "almeno se tali terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca".

Si richiede, inoltre, l'accertamento di talune circostanze oggettive, - il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato -, indicate solo come esempi di circostanze e fatti concreti dai quali desumere, in base alle normali regole sulla prova dell'elemento soggettivo, tale consapevolezza o colpa del terzo ("sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso").

In tale direzione nell'ordinamento italiano il concetto di estraneità al reato (ai fini della confisca del profitto ex art. 240 Cp, 322 ter, 19 d.lgs. n. 231/2001) non è limitato all'assenza di concorso nella commissione del reato, ma si estende anche all'assenza di benefici derivanti dallo stesso, sicché non può ritenersi "estraneo" il soggetto che ne abbia comunque tratto vantaggio.

La confisca estesa. Per combattere la criminalità economica e/o organizzata è emersa la consapevolezza del legislatore sovranazionale circa l'esigenza di introdurre uno strumento di confisca che consenta di sottrarre i patrimoni illeciti accumulati nel tempo senza la necessità di dimostrare il nesso tra specifici beni e specifici reati e comunque facilitando l'onere della prova dell'origine illecita dei beni.

Per rispondere a tale esigenza la Direttiva all'art. 5 prevede una forma di confisca c.d. estesa, nel senso che non si richiede l'accertamento del nesso causale tra i beni da confiscare e specifici reati, ma il provvedimento di confisca si estende a tutti i beni che il giudice ritenga di origine criminale; la sua applicazione presuppone, innanzitutto, la condanna definitiva per uno dei reati ai quali si applica la direttiva. La Direttiva 2014/42 ha armonizzato le disposizioni sui poteri estesi di confisca stabilendo una regola minima comune. L'articolo 5 recita così:

*"Gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire la confisca, totale o parziale, dei beni appartenenti a una persona condannata per un reato che possono dare origine, direttamente o indirettamente, a un vantaggio economico, qualora un'autorità giudiziaria, sulla base delle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come ad esempio il fatto che il valore del bene sia sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che il bene in questione derivi da una condotta criminale."*

Tale modello è ormai accolto nei 25 Stati membri che hanno dato attuazione alla Direttiva, fermo restando che in molti ordinamenti tale forma di confisca era già stata introdotta, magari in attuazione della decisione quadro 212/2005 come il decomiso ampliato spagnolo ex art. 127 bis CP, introdotto dalla Ley organica 5/2010, e la confisca estesa norvegese ex art. 68 codice penale.

Nonostante, quindi, la direttiva sottolinei, innanzitutto, l'opportunità, come evidenziato nel considerando n. 19, di applicare la confisca estesa nel settore della lotta alla criminalità organizzata, in realtà essa non limita la sua applicazione a tale settore, sia perché comunque le disposizioni in essa previste si possono applicare a tutti i reati contemplati nelle direttive elencate all'art. 3, non necessariamente consumati in forma organizzata, sia perché si potrà applicare a tutti i reati che saranno soggetti all'armonizzazione in base all'art. 83, § 2 TFUE (come sancito nell'art. 3, ultimo comma).

Non viene sostanzialmente accolta la scelta di politica criminale più garantista, espressa nella decisione quadro 212/2005, di delimitare l'ambito di applicazione della confisca al settore della lotta al crimine organizzato; si dovrebbe comunque trattare di una sorta di criminalità professionale, dedita a reati capaci di produrre profitto e quindi quell'accumulazione patrimoniale presupposta da tale forma di confisca.

Il potere di confiscare in questione è regolato da una sorta di c.d. standard civilistico rinforzato, come emerge dal dettato dell'art. 5 e del considerando n. 21 che precisa che è sufficiente che "l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente

presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività”.

Si accoglie espressamente lo standard civilistico: “in base ad una ponderazione delle probabilità” “che sia molto più probabile” o, comunque, si ritiene sufficiente il “ragionevolmente presumere”.<sup>9</sup>

L’art. 5 in esame stabilisce, poi, che l’accertamento deve essere fondato sulle “circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili”, il riferimento a “fatti specifici ed elementi di prova” sembrerebbe escludere la possibilità di fondare la confisca sulla base di meri sospetti (mera congettura ipotetica) che non assumano per lo meno la dignità di indizi, se non di una vera e propria prova; l’uso del plurale, “fatti specifici ed elementi di prova” indica che sono necessari una pluralità di indizi, e non un unico indizio per quanto significativo come la sproporzione.

In tale direzione la Corte europea dei diritti dell’uomo, pur ammettendo forme di confisca allargata, ha sancito che non possono essere fondate su “meri sospetti. Si legittima, poi, nel considerando n. 21, l’adozione di presunzioni purché ragionevoli; presunzioni su cui le confische allargate sono spesso fondate, ritenute dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo conformi all’art. 6 CEDU purché confutabili, nel senso che siano garantiti i diritti della difesa. In tale direzione, del resto, la Corte EDU non solo ha sempre riconosciuto l’ammissibilità di presunzioni di fatto e di diritto ai fini dell’applicazione di forme di confisca allargata, come la confisca misura di prevenzione italiana o il confiscation inglese, ma considera simili presunzioni conformi ai principi del giusto processo, come ricorda del resto la stessa relazione alla proposta di direttiva<sup>10</sup>. In ogni caso si dovrebbe escludere la possibilità

9 Nell’art. 5, inoltre, nella versione inglese si usa l’ambigua espressione “*where a court ...is satisfied*”, termine che esprime sicuramente un più basso standard probatorio rispetto al “*fully convinced*” («*where a national court based on specific facts is fully convinced*»), utilizzato nell’art. 3 della Decisione quadro n. 212/2005, che prevedeva i poteri di confisca allargata; quest’ultimo, con la nozione di piena convinzione, richiamava lo standard penalistico dei sistemi di *civil law*, equiparabile allo standard penalistico dei sistemi di *common law* “al di sopra di ogni ragionevole dubbio”. La traduzione italiana di tale espressione dell’art. 5 della Direttiva, “*where a court ...is satisfied*”, non consente di cogliere tale abbassamento dello standard probatorio perché si usa l’espressione “laddove l’autorità giudiziaria, *sia convinta* che i beni in questione derivino da condotte criminose”, espressione utilizzata anche per tradurre il ben più pregnante “*is ...convinced*”, utilizzato per esprimere lo standard penalistico nella decisione quadro n. 212/2005 (anche se in quest’ultima si aggiunge “*fully*”). In ogni caso il considerando n. 21, con il suo contenuto esplicativo, non consente dubbi laddove si accontenta che l’autorità giudiziaria ritenga molto più probabile in base ad una *ponderazione delle probabilità*. Nel considerando n. 21, però, l’aggettivo “molto” (più probabile; “*substantially more probable*”; “*nettement plus probable*”) dovrebbe esprimere un rafforzamento dello standard probatorio richiesto, nel senso di pretendere qualcosa di più del 51% proprio del mero standard civilistico, e cioè si potrebbe trattare dello standard della prova *intermedio* conosciuto negli ordinamenti di *common law*, la “prova chiara ed evidente”. Fermo restando che non è possibile pretendere lo standard penalistico, allora, si potrebbe parlare di uno standard civilistico *rafforzato*: un “sicuro più probabile che no” in relazione all’origine criminale. La dottrina parla di “70-80 per cent probability” che richiede alla Corte, “based on a complete picture of the circumstances of the case, to find it clearly more probable that the property in question constitutes or represents the benefit of unlawful conduct”. Questa sembra l’interpretazione preferibile in chiave garantista. Rimangono, in ogni caso, valide le perplessità relative all’adozione dello standard civilistico, espresse in relazione alla proposta di direttiva.

10 Basti pensare alle presunzioni di stile di vita criminale e, quindi, di origine illecita di tutti i beni ottenuti o, addirittura, regalati dal reo nei sei anni precedenti l’inizio del procedimento, previste dall’ordinamento inglese ai fini dell’applicazione del *confiscation* in seguito alla condanna per taluni reati ai sensi del POCA. Una simile presunzione si trova anche nell’ordinamento penale macedone rispetto alla confisca allargata (art. 98a codice penale) in relazione ai beni acquisiti nei cinque anni precedenti; o simili presunzioni sono previste nei commi secondo e terzo dell’art. 45 del codice penale polacco, che, nel disciplinare la confisca allargata, pone a carico del condannato o interessato (anche terzo) l’onere di dimostrare l’origine lecita dei beni acquisiti in concomitanza al reato o successivamente. Basti pensare, ancora, alla presunzione su cui si fonda nell’ordinamento italiano la confisca *ex art. 240 bis Cp* che, come precisato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza Montella e confermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 33/2018, è basata su «una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l’individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, iuris tantum, di origine illecita del patrimonio sproporzionato” a disposizione del condannato per tali delitti» (la Corte Costituzionale ha precisato che il legislatore ha non

di introdurre delle mere inversioni dell'onere della prova, perché, come evidenziato, la Corte deve essere convinta (*satisfied*) dell'origine illecita in base alle circostanze del caso, compresi fatti specifici e prove disponibili (*including the specific facts and available evidence*). Nella versione definitiva della Direttiva è stata accolta la proposta di emendamento della Commissione LIBE circa l'esigenza di inserire il requisito del "carattere sproporzionato del valore di un bene rispetto al reddito legittimo della persona condannata" come esempio di "fatto specifico" su cui fondare la convinzione del giudice in relazione all'origine criminale dei beni da confiscare. Anche nella Decisione Quadro n. 212/2005 si propone un modello di confisca allargata in cui la sproporzione non assurge a unico requisito su cui fondare la confisca, ma ne viene richiesta la prova accanto all'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare<sup>11</sup>.

Nel considerando n. 21 della Direttiva, ancora, si indica l'opportunità di richiedere l'inserimento di un elemento di delimitazione temporale della presunzione di origine illecita dei beni da confiscare: "Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose" (anche la decisione quadro n. 212/2005 prevedeva all'art. 3 tale requisito).

In tale direzione in alcuni ordinamenti stranieri la presunzione dell'origine illecita dei profitti - alla base delle forme di confisca allargata - viene *temporalmente delimitata*, considerando di origine illecita tutto ciò che è stato ottenuto dal reo in un determinato lasso di tempo precedente la commissione del reato o l'inizio del procedimento volto all'applicazione della confisca. Tale delimitazione rende la presunzione di origine illecita dei beni maggiormente conforme ai principi di proporzione e di tassatività, rendendo non eccessivamente onerosa per il proprietario la prova dell'origine lecita del suo patrimonio<sup>12</sup>.

*Tale requisito consente di rendere tali forme di confisca, da una parte, maggiormente conformi al principio di proporzione delimitandone l'ambito di applicazione, dall'altra, maggiormente aderenti alle esigenze della presunzione d'innocenza perché rende maggiormente ragionevole e fondata la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, supportando sotto un profilo indiziario la presunzione in questione (come si afferma nella sentenza della Corte Cost. 24/2019 e delle Sezioni Unite Spinelli) e rendendo meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita del suo*

---

irragionevolmente ritenuto di "presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza"). Nell'ordinamento italiano, da una parte in chiave garantista, la Suprema Corte e la Corte Costituzionale (n. 33/2018) pretendono che tale requisito venga accertato *rispetto al singolo bene al momento dell'acquisto* (sia per la confisca allargata sia per la confisca di prevenzione), nel rispetto del principio di proporzione, e non si ammette che esso sia considerato come indizio dell'origine illecita di tutto il patrimonio (giustificando la trasformazione della confisca estesa in una confisca generale dei beni); in tal modo si impone all'accusa un pregnante onere probatorio che renderà la confisca estesa maggiormente conforme alla presunzione d'innocenza, sia come regola dell'onere della prova (che dovrebbe incombere sull'accusa) sia come regola della dignità della prova. Dall'altra parte, l'art. 240 *bis* cp. fonda la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale solo su tale indizio.

11

12 Nell'ordinamento italiano, ai fini dell'applicazione della confisca misura di prevenzione e della confisca allargata, prima la giurisprudenza più garantista, - sia di merito sia della Suprema Corte -, e da ultimo anche la Corte Costituzionale (n. 33/2018 e 24/2019) pretendono: per le misure di prevenzione, la *correlazione temporale* tra il momento dell'acquisto dei beni da confiscare e la pericolosità sociale, - intesa innanzitutto in senso cognitivo (rivolta al passato) e cioè come sussistenza di indizi di appartenenza all'associazione criminale o di svolgimento delle attività criminali presupposte; per la confisca allargata, la *ragionevolezza temporale* ( la confisca "deve necessariamente essere circoscritta in un ambito di *ragionevolezza temporale* che consenta di operare un collegamento tra i beni e il fatto criminoso"; « il momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare, cioè, talmente lontano dall'epoca di realizzazione del "reato spia" da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna»).

*patrimonio.*

In un sistema come quello proposto dalla Direttiva, in cui ci si accontenta della prova civilistica dell'origine illecita dei beni da confiscare, la delimitazione (ragionevolezza) temporale o, ancora meglio, la "correlazione temporale" rappresenta un importante indizio dell'origine illecita del bene.

L'accertamento della correlazione temporale o della ragionevolezza temporale rende, inoltre, la confisca estesa o di prevenzione maggiormente conforme alla *presunzione d'innocenza* anche quando richiede l'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in sede processuale, nel senso che il condannato può subire solo le conseguenze di fatti provati in giudizio nell'ambito di un regolare processo<sup>11</sup>; il fatto di colpire solo gli ingiustificati arricchimenti temporalmente connessi con l'attività criminale accertata consente, infatti, di alleggerire il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati<sup>13</sup>.

*Il modello di confisca senza condanna accolto nella Direttiva.*

L'articolo 4 § 2 contiene una disposizione relativa alla confisca non basata sulla condanna: "Qualora la confisca sulla base del paragrafo 1 non sia possibile, almeno nel caso in cui tale *impossibilità sia dovuta alla malattia o alla latitanza dell'indagato o dell'imputato*, gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire la confisca degli strumenti e dei proventi nei casi in cui sia stato avviato un procedimento penale relativo a un reato che può dare origine, direttamente o indirettamente, a un vantaggio economico, e tale procedimento avrebbe potuto portare a una condanna penale se l'indagato o l'imputato fosse stato in grado di sostenere un processo.

Dunque, l'art. 4 prevede l'applicazione di tale forma di confisca solo nell'ipotesi in cui il sospettato

---

13 In attuazione della Direttiva n. 41, nell'ordinamento italiano l'art. 5 del d.lgs. 202/2016 ha esteso l'ambito di applicazione della confisca estesa (art. 12 *sexies* d.l. 306/92, oggi art. 240 *bis* Cp) alla fattispecie di associazione a delinquere volta a realizzare reati di falso, all'autoriciclaggio, alla corruzione tra privati, nonché ai reati di terrorismo anche internazionale, e ai reati informatici. Per il resto, come esaminato, la confisca estesa ex art. 240 *bis* c.p. può sicuramente rientrare nel modello dell'art. 5. Anche se contempla una disciplina meno garantistica prevedendo più ampi poteri, sia laddove il suo ambito di applicazione si estende anche a taluni reati contro la p.a. non contemplati dalla direttiva (come peculato, rivelazione di segreti di ufficio), sia laddove si accontenta della mera prova della sproporzione ai fini dell'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare. La stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2018 ha evidenziato che si tratta di un'estensione alluvionale al di fuori della sua originale ratio – individuata «nel contrasto all'accumulazione dei patrimoni della criminalità organizzata, e mafiosa in specie, e alla loro infiltrazione massiccia nel circuito economico» - , a parte la considerazione che «la scelta dei "reati matrice" è risultata fin dal principio non rigorosamente sintonica rispetto a tale obiettivo, al punto che la Corte mette in discussione la ragionevolezza della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale laddove tale forma di confisca si applica in seguito alla condanna per una categoria di reati che risulta «priva di diretta attinenza con la criminalità organizzata, e che neppure denota, nell'autore del singolo fatto, una necessaria "professionalità" o dedizione all'illecito», richiamando il legislatore ad una maggiore cautela nella selezione dei reati spia. Nell'ordinamento italiano, inoltre, tale forma di confisca sembra conforme alla Direttiva laddove pone a carico dell'accusa un onere della prova affievolito (deve provare solo la disponibilità/titolarità e la sproporzione) e pone a carico della difesa l'onere di allegazione dell'origine lecita dei suoi beni, costituendo la mancata giustificazione di tale origine da parte del condannato un presupposto di tale misura; in dottrina non mancano dubbi circa la compatibilità di tale onere, considerato da molti autori una vera e propria inversione dell'onere della prova, con la presunzione d'innocenza e il diritto al silenzio, nonostante le prese di posizione della Suprema Corte e della Corte Costituzionale circa la compatibilità di tale meccanismo probatorio con i principi costituzionali. Da ultimo la Corte Costituzionale (sentenza n. 24/2019) attribuisce a tale forma di confisca, fondata sulla presunzione di illecito arricchimento e inglobata insieme alla confisca di prevenzione (art. 24 d.lgs. 159/2011) nell'unico *genus* della «confisca dei profitti sospetti», natura meramente ripristinatoria «della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene» (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, o comunque di far sì - eventualmente attraverso la confisca per equivalente - che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere); si cita a sostegno la giurisprudenza della Corte Edu (in particolare il caso "Gogitidze"). Posizione contestata in dottrina in virtù proprio della nozione autonoma della materia penale della Corte Edu con i relativi criteri Engel, nonostante, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, la stessa giurisprudenza della Corte Europea sottragga alle garanzie penalistiche le forme di confisca estesa e magari senza condanna.

o imputato sia malato o latitante, e, comunque, solo in relazione alla confisca degli strumenti del reato o dei profitti accertati, perché non si prevede tale possibilità in relazione alla confisca estesa ex art. 5; si richiede, inoltre, che un procedimento *in personam* sia stato iniziato “e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l’indagato o imputato avesse potuto essere processato”.

Non è stato accolto il modello di confisca senza condanna elaborato dalla “Commissione LIBE”, che, come ampiamente esaminato in altra sede, aveva proposto una scelta di politica criminale fondamentalmente e radicalmente diversa rispetto a quella recepita nella versione finale della Direttiva, attraverso l’adozione dell’*actio in rem* pura come modello fondamentale della confisca europea, sul quale promuovere il mutuo riconoscimento. Tale proposta accoglieva le sollecitazioni della Raccomandazione del 2011 del Parlamento Europeo ed era in linea con le Raccomandazioni del GAFI, e con la realtà di diversi ordinamenti europei. La Commissione proponeva, però, un modello giurisdizionalizzato e garantistico, qualificando la confisca senza condanna come “sanzione penale” da sottoporre alle garanzie previste dalla CEDU (in particolare dagli artt. 6 e 7).

Il legislatore europeo sembra non aver creduto nella possibilità di realizzare questa sorta di magica quadratura del cerchio cui aspirava la Commissione LIBE, consistente nella previsione di una vera e propria *actio in rem*, capace di conciliare le esigenze dell’efficienza con le garanzie della materia penale.

La possibilità di confiscare i profitti di accertata origine illecita nel caso di morte del reo era originariamente prevista nella Proposta di Direttiva<sup>14</sup> ma poi è scomparso dal testo finale.

Ancora, la disposizione in esame, art. 4, c. 2, sembra troppo garantista laddove presuppone non solo l’avvio di un procedimento penale *in personam* ma anche che “detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l’indagato o imputato avesse potuto essere processato”; in tal modo si ammette l’applicazione della confisca solo in quelle limitatissime ipotesi in cui non sia stato possibile svolgere fisicamente il processo per l’assenza fisica dell’imputato, ma non si fa riferimento ad altre ipotesi in cui, pur non potendo pervenire ad una sentenza di condanna, si accerti la consumazione di un fatto tipico e antiggiuridico, fonte di proventi illeciti che andrebbero sottratti in quanto il crimine non può essere una legittima fonte di arricchimento. Si fa riferimento, ad esempio, all’ipotesi di mancanza di imputabilità che non rappresenta necessariamente, come stabilito nel considerando n. 16, un impedimento a partecipare al processo e che impedirebbe, comunque, una sentenza di condanna anche se “l’indagato o imputato avesse potuto essere processato”; o nell’ipotesi in cui la sopravvenuta prescrizione comporti una sentenza di non luogo a procedere,

14 Tale ipotesi risponde in realtà ad esigenze di efficienza del sistema emerse nella prassi applicativa della lotta contro il crimine organizzato, in particolare in Italia, e che meriterebbero di essere considerate, perlomeno in due ipotesi:

-laddove la morte sopravvenga nel corso del procedimento in seguito all’accertamento, ancorché non definitivo, dell’origine criminale dei beni da confiscare, come era già previsto dalla Suprema Corte italiana in relazione alla confisca di prevenzione, al fine di impedire la restituzione dei beni di origine illecita all’organizzazione criminale, prima delle recenti riforme che ne consentono l’applicazione anche se il prevenuto è morto entro i cinque anni precedenti (art. 18 d.lgs. 159/2011);

-nell’ipotesi in cui il proprietario sia morto dopo la condanna definitiva, come previsto dalla disciplina della confisca allargata ex art. 240 bis c.p. dopo la riforma introdotta dalla l. 161/2017 (c. 4-*octies* dell’art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992, abrogato dal d.lg. n. 21/2018 e il suo contenuto trasfuso nel c. 2 dell’art. 183-*quater* d.lg. n. 271/1989). Ferma restando la problematicità dell’applicazione della confisca di prevenzione e della confisca allargata nei confronti dei successori in termini di rispetto del principio del contraddittorio (per la confisca estesa, in particolare, laddove si proceda con incidente di esecuzione nei confronti dei successori), essendo di difficile assolvimento per costoro l’onere di allegazione sull’origine dei beni, che normalmente incombe sul condannato o sul prevenuto (nonostante le affermazioni della Corte Costituzionale che con le sentenze n. 21 e 216 del 2012 ha ritenuto conforme ai principi costituzionali, artt. 24 e 111 Cost., il procedimento di prevenzione patrimoniale anche laddove coinvolge i successori del soggetto defunto prima dell’inizio del procedimento, ritenendo che “le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento”).

quando nel corso del procedimento, svolto prima della prescrizione, sia stata accertata – ancorché non definitivamente – l’origine illecita dei profitti; o nell’ipotesi di proscioglimento dovuto ad amnistia.

La Direttiva non contempla, quindi, l’actio in rem quale procedimento che, indipendentemente dal processo penale in personam, consente di aggredire direttamente la proprietà contaminata (tainted) in quanto provento o strumento di reato, come previsto ai fini del civil recovery (britannico) o del civil forfeiture irlandese, o come consentito in un procedimento di carattere amministrativo nei confronti dei pubblici funzionari indiziati di corruzione (e altri gravi reati) nell’ordinamento della Georgia e della Bulgaria, o come previsto, in parte, dalla disciplina della confisca di prevenzione (che richiede, comunque, che il proprietario sia pericoloso, perlomeno nel passato, nel senso di indiziato di attività criminale).

La Direttiva, però, non esclude la possibilità che uno Stato membro possa introdurre forme di confisca senza condanna anche in altre situazioni, come emerge dall’art. 4, c. 2, nonché dal considerando n. 15; si precisa, infatti, che la confisca senza condanna deve essere garantita “almeno” nel caso della malattia o contumacia e, come accennato, nel considerando n. 22 si precisa che «La ... direttiva stabilisce norme minime” e “non impedisce agli Stati membri di attribuire poteri più estesi nel proprio diritto nazionale, anche, per esempio, in relazione alle norme sulle prove»: si ritorna anche in questo caso all’approccio minimalista in base al quale la direttiva non prende posizione sulle garanzie imprescindibili che devono accompagnare la disciplina della confisca. Del resto, come esaminato, la Direttiva lascia liberi gli Stati membri di stabilire la natura dei provvedimenti di confisca e dei relativi procedimenti come emerge dal considerando n. 13 e n. 10.<sup>15</sup>

In materia si è pronunciata, da ultimo, la Corte di Giustizia per escludere innanzitutto l’applicabilità della direttiva rispetto alla fattispecie di appropriazione indebita non rientrante negli *eurocrimes*, né oggetto di direttiva volta all’armonizzazione; si applica, tuttavia, la decisione quadro 212/2005 i cui articoli 2, 4 e 5 restano in vigore dopo l’adozione della direttiva 2014/42. In particolare l’articolo 2, c. 1, impone agli Stati membri di adottare le misure per consentire la confisca totale o parziale degli strumenti e dei proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno. Il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la decisione quadro 2005/212 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa di uno Stato membro, – nel caso di specie la Bulgaria -, che prevede che la confisca di beni acquisiti illecitamente sia disposta da un giudice nazionale al termine di un procedimento non subordinato alla constatazione di un reato, né, a fortiori, alla condanna dei presunti

15 In attuazione della Direttiva, sempre nell’ordinamento tedesco, con la riforma del 2017 è stata introdotta una forma di confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale, *indipendentemente dalla prova di un reato specifico*, § 76a, c. 4, per il settore del terrorismo e del crimine organizzato (reati come il riciclaggio, pornografia minorile, il traffico di essere umani, droga, armi, etc.); è stata così introdotta, nell’opinione della stessa dottrina tedesca, una sorta di *actio in rem* (“*Verfahren gegen die Sache*”). La corte può procedere alla confisca dei beni della cui origine illecita sia convinta, nell’ipotesi in cui i beni siano stati sequestrati in un procedimento nei confronti di soggetti indiziati dei reati elencati, ma il destinatario del provvedimento non può essere perseguito o condannato. Tale procedimento è sicuramente in materia penale in quanto non solo attiene a proventi di reato, ma si svolge dinanzi al giudice procedente ovvero, in caso di mancato esercizio dell’azione penale, il giudice (penale) che sarebbe stato competente ove l’azione fosse stata esercitata (§§ 435 e segg. StPO), e, soprattutto, in virtù del § 437 StPO, il convincimento del giudice circa l’origine illecita dei beni da confiscare comporta il rispetto del principio della libera valutazione delle prove (§ 437 comma 2 StPO-E) e, quindi, si dovrebbe pretendere uno standard della prova penalistico. Si tratta di una forma di confisca senza condanna, destinata nella volontà del legislatore a rimuovere le situazioni economiche penalmente illecite, l’utilizzazione dei proventi del reato e il loro reinvestimento in attività criminali; non viene considerata pena, ma misura giurisdizionale di sottrazione dei proventi illeciti, e quindi non è sottoposta al principio di colpevolezza. Nonostante la pretesa, per lo meno in giurisprudenza, di uno standard penalistico della prova dell’origine illecita, anche in questo caso emergono le perplessità della dottrina e del *Bundesrechtsanwaltskammer* che temono una violazione del principio del libero convincimento del giudice (§ 261 StPO), in quanto di fatto il § 437 StPO comporta una concreta inversione dell’onere della prova, in contrasto con la presunzione di innocenza prevista dall’art. 6, c. 2 CEDU.

autori di tale reato. La Corte<sup>16</sup> sancisce, innanzitutto, che l'obiettivo della decisione quadro, – connessa alla decisione 783/2006 sul mutuo riconoscimento –, è che tutti gli Stati membri dispongano di norme efficaci volte alla confisca dei proventi di reato e, quindi, di facilitare la cooperazione in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca dei beni; per poi stabilire che, come emerge dal considerando n. 10, la decisione si limita a prevedere norme minime (§ 63 Conclusioni dell'Avvocato Generale) in materia e, quindi, “la Decisione quadro 2005/212 deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa di uno Stato membro che prevede che la confisca di beni acquisiti illecitamente sia disposta da un giudice nazionale al termine di un procedimento che non è subordinato alla constatazione di un reato né, a fortiori, alla condanna dei presunti autori di tale reato”.

Nel caso di specie si tratta di un procedimento di natura civile che coesiste, nel diritto interno, con un regime di confisca di diritto penale, e viene attivato dalla commissione incaricata della confisca dei beni quando viene informata che una persona è accusata di aver commesso taluni reati (una volta avviato, tale procedimento si incentra esclusivamente sui beni di cui si presume l'acquisizione illecita, ed è condotto in maniera indipendente da un eventuale procedimento penale).

L'assunzione della confisca a strumento strategico della lotta alla criminalità del profitto è stata avallata anche dalla giurisprudenza della Corte Europea che esprime un orientamento di generale favore in relazione a forme di confisca del profitto sia in forma estesa sia senza condanna, come emerge dal fatto che ne conferma sempre la sostanziale compatibilità con i principi della C.e.d.u. sottraendo tali misure ai principi della materia penale. La Corte Edu richiama l'orientamento sovranazionale che riconosce l'importanza della confisca senza condanna (civil forfeiture) come strategia di politica criminale contro gravi fenomeni criminali: «*Having regard to such international legal mechanisms as the 2005 United Nations Convention against Corruption, the Financial Action Task Force's (FATF) Recommendations and the two relevant Council of Europe Conventions of 1990 and 2005 concerning confiscation of the proceeds of crime (ETS No. 141 and ETS No. 198) (...), the Court observes that common European and even universal legal standards can be said to exist which encourage, firstly, the confiscation of property linked to serious criminal offences such as corruption, money laundering, drug offences and so on, without the prior existence of a criminal conviction*»

## **7. I dati di Eurojust per una prima analisi sul funzionamento degli strumenti di sequestro e confisca**

Sono trascorsi oltre vent'anni dalla istituzione di Eurojust, avvenuta in virtù della Decisione n. 187 del 28 febbraio 2002 del Consiglio. Dato il tempo trascorso dalla sua istituzione, l'organismo e la sua funzionalità dovrebbero essere noti. Sin'ora Eurojust ha svolto un ruolo fondamentale a sostegno delle esigenze di cooperazione giudiziaria e del coordinamento delle autorità giudiziarie dei vari paesi dell'UE. I dati statistici segnalano un aumento costante e progressivo del volume del lavoro svolto. Limitandoci all'ultimo quinquennio, si è passati dai 2698 casi del 2017 agli oltre 6000 casi nuovi registrati nel 2022. Analogo trend crescente si registra nel lavoro svolto dall'ufficio italiano di Eurojust. Il nuovo Regolamento n. 1727 del 2018, applicabile dal dicembre 2019, ha rilanciato la centralità dell'organismo, rinvigorendone la dimensione europea, non solo sul piano formale per la sua espressa definizione come Agenzia (contenuta nell'articolo 1 del Regolamento), ma anche per la riconosciuta capacità della stessa di intraprendere iniziative operative indipendentemente dalle richieste nazionali. Possiamo dunque affermare che Eurojust ha trasformato la transnazionalità, da *ostacolo* per le autorità nazionali, a *nuova opportunità*, facilitando gli scambi informativi, migliorando le procedure di cooperazione e rafforzando la risposta giudiziaria alle forme diffuse di criminalità organizzata transfrontaliera ed al terrorismo

16 Cfr. C.G.U.E, 19 .3. 2020, C-234/18, *Komisija za protivodeystvie na koruptsiyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushtestvo* c. BP e altri.

internazionale. Vi è tuttavia la consapevolezza che lo spazio giudiziario europeo resta caratterizzato, nel campo del diritto penale, da norme armonizzate piuttosto che da norme comuni e che permangono fattori rilevanti di complessità giuridica, che incidono sui meccanismi di cooperazione giudiziaria e di coordinamento, non sempre efficaci e forieri dei risultati attesi, specie nel settore dei sequestri e confisci all'estero. Ed è per questo che nonostante il ventennio trascorso l'*Agenzia può ancora giocare ancora un ruolo importante nello spazio giudiziario europeo di libertà, sicurezza e giustizia nonostante questo sia stato* contrassegnato dall'avvento di un nuovo soggetto con diretti compiti giudiziari, il procuratore europeo. Nel frattempo, ulteriori innovazioni si affacciano su tale scenario: l'implementazione del *progetto sulla Digital Justice* portato avanti dalla Commissione europea, avrà un impatto sia sul funzionamento dell'Agenzia che su quello degli strumenti di cooperazione giudiziaria.

Lo stesso Regolamento del n. 1727 del 2018 è stato già oggetto di modifiche, alcune in corso di elaborazione, altre già approvate: per le prime, ci si riferisce alla formale istituzione del registro giudiziario antiterrorismo, nella pratica già operante; per le seconde, alle modifiche introdotte per autorizzare la conservazione e l'analisi delle prove sui crimini internazionali derivanti dall'aggressione della Federazione Russa contro l'Ucraina. E' questa la modifica normativa introdotta con il recente Regolamento UE 2022/838, su cui si basa l'attuale impegno dell'Agenzia verso l'istituzione della nuova banca dati operativa (C.I.C.E.D.) per la raccolta delle prove concernenti i crimini internazionali derivanti dall'aggressione della Federazione Russa contro l'Ucraina. La guerra in Ucraina ha dato, dunque, una ulteriore occasione alle istituzioni europee per compiere passi in avanti verso il processo di integrazione tra gli Stati membri nel campo della giustizia penale.

Tale importante novità non può far passare in secondo piano l'accresciuto impegno operativo di Eurojust verso le forme gravi di criminalità organizzata di tipo transnazionale. I dati operativi esposti nel rapporto del 2022 di Eurojust che danno conto di un aumento ulteriore delle procedure trattate, pari al 14%, che si inserisce in un trend crescente ormai costante.

Poste tali premesse, è utile verificare sul piano della pratica operativa che cosa è accaduto nel settore delle misure di sequestro e confisca eseguite all'estero con l'intervento di Eurojust. L'Agenzia ha registrato, *dal 1° gennaio 2016 al 31 dicembre 2022, un totale di 223 casi in materia di sequestro e confisca*. Tale range temporale è stato scelto in coincidenza con l'avvento delle nuove normative con cui, a partire dal 2016, sono state implementate in Italia, sia pure con ritardo, le due Decisioni Quadro 2003/577/GAI e 2006/783/GAI del Consiglio, introducenti strumenti di cooperazione giudiziaria in materia di sequestro e confisca basati sul principio del mutuo riconoscimento.

Si tratta di un numero rilevante di casi di particolare interesse, perché gestiti in un arco temporale nel quale si è anche avuto l'innesto del Regolamento 1805/2018 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca ("il Regolamento"), che ha cercato di superare la frammentazione normativa preesistente ed è diventato applicabile a partire dal 19 dicembre 2020.

Focalizzando l'analisi sul dato qualitativo, per tener conto anche degli esiti delle procedure attivate, si sono specificamente esaminate le procedure trattate nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2021 e il 31 dicembre 2022. Dai dati raccolti possiamo ricavare elementi aggiornati, tratti dalla esperienza operativa, utili a comporre un primo quadro di analisi strutturata circa il funzionamento, a livello europeo, degli strumenti per il contrasto patrimoniale al crimine organizzato.

Dal sistema operativo dell'Agenzia (CMS), ricaviamo che nel suddetto biennio di riferimento Eurojust ha registrato 113 casi coinvolgenti le autorità giudiziarie italiane. In particolare, nel 2021 sono stati registrati 58 casi di sequestro, di cui 45 aperti dall'Italia verso altri Paesi, mentre 13 sono stati aperti dai seguenti Paesi verso l'Italia (da soli o anche verso altri Paesi): Repubblica Ceca (1), Francia (2), Finlandia (2) Lituania (2), Ungheria (1), Germania (3), Polonia (1), Svezia (1). Nel solo 2022 sono stati registrati 63 casi complessivi di sequestro, di cui 39 scaturiti da richieste italiane verso altri Paesi. I rimanenti 24 sono stati originati dai dai seguenti Paesi con richieste di esecuzione in l'Italia: Cipro

(4), Repubblica Ceca (3), Germania (3), Francia (4), Ungheria (2), Grecia (1), Lituania (2), Paesi Bassi (1), Romania (1), Slovenia (3).

Nel 2021 emerge il seguente quadro relativo alla esecuzione dei certificati di congelamento o confisca: in 21 casi è stata ottenuta l'esecuzione dei certificati di congelamento, per un ammontare complessivo che corrisponde a poco più di 1/3 delle procedure pervenute, di cui 4 hanno riguardato decisioni non basate su condanna: 2 (Spagna), 1 (Austria), 1 (Ungheria, Romania, Malta, Regno Unito); Una procedura ha comportato l'esecuzione di tutti i provvedimenti di sequestro in sei Paesi (Romania, Ungheria, Bulgaria, Germania, Malta, Croazia); un altro caso ha riguardato la conferma della validità del certificato di congelamento e 2 procedure sono culminate nella restituzione di denaro o beni. Solo in due casi certificati di confisca sono stati eseguiti, uno dei quali con una decisione non basata su condanna.

In ben 21 procedure i certificati di congelamento non sono stati eseguiti, oppure la loro esecuzione non è stata possibile, ad esempio per i seguenti motivi:

- erano necessarie ulteriori informazioni, che non sono state fornite;
- per il ritiro del certificato di congelamento (ad esempio, a causa di fondi insufficienti o assenti sul conto bancario);
- per l'incompletezza dei dati forniti in casi di decisione non basata sulla condanna (Slovenia), (Malta),
- per incertezze sulla titolarità del conto bancario appartenente a una persona diversa dall'indagato (decisione non basata su condanna) (Germania);

In 2 casi non sono stati eseguiti certificati di confisca nell'ambito di un'indagine sul traffico illecito di beni culturali. In un caso non è stata ricevuta alcuna risposta dalle autorità di esecuzione (Germania) dopo la trasmissione delle informazioni supplementari richieste. Il caso è ancora aperto. In un altro, le autorità di esecuzione (Germania) sono ancora in attesa di informazioni dalle autorità di emissione (Italia).

In 7 procedure i provvedimenti di congelamento o confisca riguardavano la restituzione di beni culturali all'Italia. Un caso verso la Francia ha riguardato il sequestro di valute virtuali.

Nel 2022 la situazione non è migliorata perché solo in 16 casi sono stati eseguiti certificati di congelamento (analoga alla percentuale del 2021) e solo in 3 casi sono stati eseguiti ordini di confisca. In 26 procedure, i certificati di congelamento non sono stati eseguiti, oppure la loro esecuzione non è stata possibile o è stata difficile, ad esempio per i seguenti motivi:

- non sono state fornite informazioni supplementari;
- insufficienza o assenza di fondi sul conto bancario;
- l'ordine di congelamento non è stato emesso.

I dati di Eurojust, sinteticamente esposti, sono coerenti con quelli che si evincono da fonti aperte, ove risulta che, nel 2021-2022, le autorità giudiziarie italiane hanno presentato 77 richieste di esecuzione ai sensi del Regolamento n. 1805 (dati aggiornati al 27 settembre 2022): 7 sono state eseguite (9,1%); 6 sono state restituite (7,8%); 2 non sono state eseguite (2,6%); 62 non sono ancora state eseguite (80,5%) e tra queste 12 riguardano misure finanziarie preventive.

In definitiva, dai dati riportati emerge che l'area dei sequestri e della confische all'estero rimane altamente problematica e conosce le sue maggiori criticità sia nei casi in cui la misura ha ad oggetto compendi societari (capitale sociale, patrimoni), sia nei casi nei quali il provvedimento non è basato su sentenza di condanna (misure di prevenzione).

Ancora più a monte, si rileva una difficoltà nel rintracciare all'estero gli asset criminali: la Decisione del Consiglio del 2007 relativa agli uffici per il recupero dei beni impone agli Stati membri di istituire tali uffici per agevolare il reperimento e l'identificazione dei proventi di reato e stabilisce requisiti minimi per favorirne la cooperazione transfrontaliera. La Direttiva del 2014 relativa alla confisca, che sostituisce

in parte precedenti strumenti legislativi, ha stabilito norme minime per il congelamento, la gestione e la confisca dei beni di origine criminosa. Ciononostante, i sistemi di recupero dei beni degli Stati membri non sono adeguatamente attrezzati per contrastare in modo efficace il complesso modus operandi delle organizzazioni criminali. In definitiva, le autorità nazionali dispongono di capacità limitate per reperire i beni suscettibili di aggressione patrimoniale transfrontaliera e spesso le misure adottate non vengono riconosciute dalle autorità straniere<sup>17</sup>.

## 8. I principali elementi di criticità

Varie le cause delle disfunzioni registrate nelle procedure di esecuzione di misure di sequestro e confisca in giurisdizioni straniere. In primo luogo, i c.d. disallineamenti normativi a livello sovranazionale: si è già detto che lo strumento della Decisione Quadro 577/2003 per l'esecuzione all'estero delle misure di sequestro faceva riferimento ad una nozione di bene passibile di confisca (rinvenibile nella Decisione del 2001), diversa da quella recepita dalla Decisione quadro del 2005, che evidentemente è stata la base giuridica di riferimento per le procedure di cooperazione in materia di confisca attivate ai sensi della Decisione Quadro 783/2006. In altri termini, le procedure per l'esecuzione in materia di sequestro e confisca, sino alla adozione del Regolamento 1805 del 2018, hanno fatto riferimento a due nozioni di beni sequestrabili e confiscabili non perfettamente sovrapponibili. A sua volta, la Direttiva 42 del 2014 richiama una nozione di confisca con prevede uno spazio applicativo molto limitato per l'ipotesi di confisca senza condanna, che collide con gli allargamenti che ha voluto introdurre il legislatore europeo con il Regolamento 1805/2018. Questo disallineamento si aggiunge agli problemi già insiti nel quadro europeo, relativamente alla confisca allargata, in cui, mentre l'articolo 5 della Direttiva n. 42 impone agli Stati membri di consentire forme di confisca allargata alle condizioni ivi delineate, il sistema delle Decisioni quadro basate sul riconoscimento reciproco aumentava notevolmente la discrezionalità degli

17 Informazioni molto utili anche ai fini del sequestro e della confisca all'estero (e quindi anche oltre i confini dell'Unione Europea dove opera la rete ARO) possono essere preliminarmente acquisite attraverso l'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF) istituita presso la Banca d'Italia, in conformità alla normativa internazionale che prevede la presenza in ogni Stato di un'Unità di Informazione Finanziaria (UIF), dotata di piena autonomia operativa e gestionale, con funzioni di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo. La UIF, nel sistema di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo disciplinato dal D.Lgs. 231/2007, è l'autorità preposta al contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, principalmente attraverso le segnalazioni di operazioni sospette trasmesse da intermediari bancari e finanziari, professionisti e altri operatori; effettua l'analisi finanziaria di tali informazioni, utilizzando tutte le fonti e i poteri a sua disposizione, e ne valuta la rilevanza ai fini della trasmissione agli organi investigativi (Nucleo Speciale di Polizia Valutaria - NSPV e Direzione Investigativa Antimafia - DIA) e della collaborazione con l'autorità giudiziaria, per l'eventuale sviluppo di azioni di contrasto. Le richieste di collaborazione rivolte alla UIF possono essere dirette all'acquisizione della documentazione disponibile negli archivi dell'Unità (es. segnalazioni di operazioni sospette, informazioni provenienti da FIU estere) o alla richiesta di forme più ampie di collaborazione per la ricostruzione dei flussi finanziari ai sensi dell'art. 12 del citato D.Lgs. 231/2007, anche attraverso l'attivazione del canale di cooperazione con FIU estere. Per quanto riguarda i profili operativi delle richieste da rivolgere alla UIF, l'autorità giudiziaria o le forze di polizia da essa delegate possono attivare l'Unità formulando richieste da trasmettere all'indirizzo pec uif@pec.bancaditalia.it o utilizzando l'apposito portale telematico denominato SAFE, previa registrazione da parte del Magistrato o per il tramite del Comando Generale della Guardia di Finanza, che già utilizza il medesimo portale negli scambi con la UIF. Qualora non vi siano ragioni ostative dal punto di vista investigativo, l'autorizzazione del Magistrato a condividere le informazioni fornite sul caso con gli organi investigativi del Paese da indagare, nonché l'autorizzazione a contattare gli intermediari bancari e finanziari locali presso i quali sono incardinati i rapporti da sottoporre a eventuale sequestro/confisca, in modo da agevolare la ricerca dei beni nel Paese stesso. In conclusione, il contatto con la UIF è raccomandato per l'acquisizione di informazioni finanziarie nell'ambito di indagini per reati di riciclaggio e terrorismo e in Paesi terzi, mentre l'utilizzo della rete ARO è consigliato per l'acquisizione di informazioni preliminari all'interno dell'Unione Europea. Il canale di cooperazione con l'UIF può essere utilizzato anche all'interno dell'Unione Europea, con l'avvertenza però che l'attivazione parallela della rete ARO potrebbe indurre quest'ultima a rifiutare la collaborazione con l'UIF per evitare duplicazioni di attività; nel caso in cui l'UIF debba comunque essere coinvolta, è necessario un coordinamento preventivo e una comunicazione reciproca tra le autorità coinvolte per garantire l'efficienza e l'efficacia della ricerca dei beni da sequestrare/confiscare. Tuttavia, nulla vieta di utilizzare entrambi i canali di ricerca, nei casi consentiti, con comunicazione reciproca di tali attivazioni, al fine di garantire il necessario coordinamento ed evitare inutili duplicazioni.

Stati membri nel procedere a questa forma di confisca, prevedendo modelli diversi, tuttora applicabili rispetto ai reati non “coperti” dalla Direttiva n. 42 del 2014 che, come è noto, riguarda solo gli *eurocrimes*. A ciò vanno aggiunte non poche criticità rilevate sul piano nazionale. In primo luogo a livello normativo: va ricordato, infatti, che i decreti legislativi italiani sono stati adottati con discutibile tempestività. I primi due decreti, il D.Lgs. n. 137 del 2015 (sulla confisca) e il D.Lgs. n. 35 del 2016 ( sui sequestri), sono stati adottati più di un decennio dopo gli atti europei di cui dovevano recepire le norme. Inoltre, hanno delineato una procedura di esecuzione dei provvedimenti di sequestro e confisca fondati sul principio del mutuo riconoscimento, recependo un modello sostanziale di confisca già superato dalla Direttiva n. 42 del 2014, che ha poi trovato il suo recepimento solo con il Decreto Legislativo n. 202 del 29 ottobre 2016.

Vari, poi i problemi rilevati nella pratica operativa: dall'esperienza del Desk italiano sono emerse alcune criticità in relazione alle procedure di riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca all'estero (siano stati, essi, sequestri preventivi o cautelari o a seguito di misure di sicurezza o per misure di prevenzione). In alcune occasioni non era chiara la procedura prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 35 del 2016 e, in particolare, la necessità di predisporre il certificato previsto, con le esigenze di una sua traduzione e con l'allegazione del provvedimento di sequestro del giudice. Un ulteriore problema è stata la difficoltà da parte delle autorità straniere di eseguire i provvedimenti di sequestro per equivalente, senza l'indicazione dei beni da sequestrare all'estero, indicando solo il valore massimo (in termini monetari) da sequestrare. Il rischio che tali richieste rimangano inevase e inefficaci ha spinto il Desk nazionale ad usare tutti gli strumenti internazionali disponibili per la cooperazione al fine di giungere a una preliminare identificazione dei beni da sequestrare. Altro problema riscontrato è la caratteristica formale dei provvedimenti del giudice da allegare al certificato. Spesso si è trattato di provvedimenti molto ampi o, addirittura, secondo una prassi discutibile, redatti in un unico documento includente anche le misure cautelari personali. In linea di principio, il provvedimento allegato al certificato non deve essere tradotto, ma solo a condizione che il contenuto del certificato sia esaustivo. Alcuni Paesi, infatti, nel recepire la normativa europea, hanno previsto la possibilità di richiedere la traduzione dell'ordinanza del giudice, che è alla base del certificato, qualora quest'ultimo non sia sufficientemente chiaro e preciso sulle ragioni dell'emissione della misura cautelare.

La necessità, poi, di eseguire misure ablativo aventi ad oggetto non somme di denaro o beni immobili, ma attività produttive o aziende ha richiesto molti chiarimenti ed integrazioni sulle modalità e sulle caratteristiche della misura da adottare a fronte di sequestro senza precisazione del suo oggetto ossia se il sequestro sia il capitale sociale ovvero il patrimonio aziendale o entrambi. In alcuni casi è stato chiesto il sequestro della ditta (ex art. 2563 c.c). Talora i provvedimenti di sequestro hanno confuso l'intera partecipazione azionaria con la persona giuridica, altre volte ancora “fanno di tuttata l'erba un fascio” aggiungendo al sequestro dell'azienda, quello delle quote, quello dei conti correnti e persino del “patrimonio sociale”. Il patrimonio è un complesso unitario di entità suscettibili di costituire oggetto di posizioni giuridiche attive, come tali espropriabili al cospetto dell'inadempimento delle obbligazioni gravanti sulla società e, dunque, finalizzate ad assicurare il soddisfacimento degli altrui diritti di credito. A differenza però dei singoli elementi che lo costituiscono, esso non può circolare mediante un singolo atto, così come avveniva nel diritto romano classico mediante la *bonorum venditio* e l'aggiudicazione ad un singolo acquirente. Ciò trova conferma nella distinzione tra capitale sociale e patrimonio: è possibile trasferire l'intera partecipazione azionaria od elementi del patrimonio aventi valore oggettivo, ma non il patrimonio stesso, riferito necessariamente ad un soggetto di diritto. La citata confusione solleva non pochi problemi in quanto viene accompagnata spesso dalla nomina di un soggetto “spurio” collegato all'insieme e che gli operatori hanno difficoltà ad individuare nelle specifiche attribuzioni ed identità. Ed in alcuni casi la confusione è persino voluta, in modo da evitare la nomina di amministratori “volontari” ad opera dei custodi giudiziari delle partecipazioni, in quanto non dotati di “copertura giurisdizionale”

e come tali più esposti ad eventuali azioni risarcitorie dei prevenuti. La giurisprudenza di merito ha talora ritenuto sequestrabile la società, sulla base anche della formulazione (non propriamente rispettosa dell'ordinamento societario) dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.21, il quale statuisce la necessaria nomina di un amministratore giudiziario da parte dell'autorità giudiziaria «nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto [...] società». Peraltro, si deve ritenere che l'atecnica previsione del “sequestro di società” sia idonea, al più, a descrivere, da un punto di vista fenomenologico, il sequestro della totalità delle partecipazioni sociali congiuntamente all'azienda societaria. Infine, è stata spesso trascurata l'indicazione dei requisiti formali e di garanzia da rispettare nell'esecuzione del provvedimento di sequestro.

#### 10. Le criticità nella gestione nei beni sequestrati all'estero

Altro settore nel quale si sono registrate pesanti criticità attiene alla gestione dei beni sequestrati e confiscati con particolare riguardo ai casi in cui si riesce a sottoporre a sequestro il capitale sociale ovvero i beni di cui si compone l'azienda. Invero, nonostante la previsione di specifiche indicazioni in tal senso, sin dalla Direttiva 42/2014 UE, non è stata adeguatamente valutata l'incidenza negativa dell'assenza di una politica di gestione ispirata alla valorizzazione economica e sociale dei beni. Spesso, dunque, gli amministratori giudiziari nominati dalle autorità giudiziarie italiane, si trovano con le armi spuntate e non riescono mai a prendere visione dei beni caduti in sequestro all'estero. L'esigenza di una politica di gestione dei beni sottoposti a sequestro e/o a confisca è stata ribadita anche nel Regolamento 2018/1805 UE che affronta alcuni aspetti della questione. Negli artt. 28-30 sono affrontate le delicate questioni della gestione dei beni sottoposti a congelamento e a confisca, della restituzione dei beni congelati alla vittima e, più in generale, della destinazione dei beni sottoposti a congelamento e a confisca ovvero della somma di denaro ottenuta dalla vendita dei beni confiscati.

Innanzitutto, merita di essere evidenziato che, nel Preambolo, al *considerando n. 47*, gli Stati membri sono invitati a valutare la possibilità di istituire un ufficio nazionale centralizzato responsabile della gestione dei beni sottoposti a congelamento in vista di un'eventuale successiva confisca, nonché della gestione dei beni confiscati; al riguardo, si prevede, quale opzione preferibile, l'assegnazione dei beni *de quibus* a progetti di contrasto e di prevenzione della criminalità organizzata, nonché ad altri progetti di interesse pubblico e di utilità sociale. A tale riguardo, ovviamente, non si può fare a meno di rilevare che in Italia opera l'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, istituita con d.l. n. 4/2010, convertito, con modificazioni, in l. n. 50/2010, successivamente recepita nel d.l.vo n. 159/2011 (cosiddetto Codice Antimafia). L'Agenzia è un ente con personalità giuridica di diritto pubblico, dotato di autonomia organizzativa e contabile, ed è posta sotto la vigilanza del Ministro dell'Interno. La struttura ha sede principale a Roma e sedi secondarie a Reggio Calabria, Palermo, Milano e Napoli. Scopo principale dell'Agenzia è quello di provvedere all'amministrazione e alla destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, a seguito della confisca definitiva, nonché quello di coadiuvare l'amministratore giudiziario, sotto la direzione dell'autorità giudiziaria, in fase di sequestro fino alla confisca di secondo grado (sia nei procedimenti di prevenzione che nei procedimenti penali ai sensi dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p. e degli artt. 38 e 110 d.l.vo n. 159/2011 dopo la quale essa assume la gestione diretta degli stessi beni.

L'Agenzia è in grado di assicurare un'amministrazione dinamica dei patrimoni confiscati atta a snellire e velocizzare la fase di destinazione degli stessi, superando le carenze e le inefficienze della precedente metodologia di gestione. Invero, attraverso una stretta collaborazione con l'autorità giudiziaria, l'Agenzia fornisce un valido supporto alla programmazione della destinazione dei beni, già durante la fase giudiziaria; vengono, infatti, acquisite tutte quelle informazioni potenzialmente utili al procedimento e, nel contempo, vengono indicate le attività necessarie al superamento delle criticità che spesso ostacolano o rallentano la restituzione alla collettività dei patrimoni mafiosi e, quindi, il loro riutilizzo a fini sociali.

Naturalmente, all'attività di amministrazione e destinazione dei beni, si affianca il costante monitoraggio posto a garanzia del loro effettivo riutilizzo sociale. Ciò detto, va rilevato che l'art. 28 del Regolamento, dopo aver rimesso la disciplina della gestione dei beni sottoposti a congelamento e a confisca alla legge dello Stato di esecuzione, fornisce alcune regole generali a cui gli Stati membri devono attenersi. Invero, a seguito dell'affermazione del principio secondo cui lo Stato di esecuzione deve gestire i beni congelati o confiscati per evitarne la diminuzione di valore, viene espressamente specificato che, all'uopo, lo Stato di esecuzione – anche in conformità all'art. 10 della direttiva 2014/42/UE – può vendere o trasferire i beni congelati e che i beni congelati e le somme di denaro derivanti dalla eventuale vendita di tali beni rimangono nello Stato di esecuzione fino alla presentazione di un certificato di confisca e alla sua esecuzione, fatta salva la possibilità di restituzione alla vittima dei beni congelati prevista all'art. 29. Peraltro, in deroga a quanto sopra esposto, il par. 4 dell'art. 28 detta alcune regole specifiche in relazione ai beni culturali quali definiti all'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/60/UE; invero, da un lato, lo Stato di esecuzione viene esonerato dall'obbligo di vendere o restituire beni culturali specifici che costituiscano oggetto di un provvedimento di confisca e, dall'altro lato, viene fatto salvo l'obbligo di restituire beni culturali in virtù della menzionata direttiva.

Una disciplina speciale è dettata, poi, dall'art. 29 con specifico riferimento alla restituzione alla vittima dei beni congelati, per il caso in cui l'autorità di emissione o un'altra autorità competente dello Stato di emissione abbia emesso, in conformità al proprio diritto nazionale, una decisione di restituzione alla vittima dei beni medesimi. Invero, in tale caso, l'autorità di emissione inserisce informazioni su tale decisione nel certificato di congelamento ovvero comunica informazioni su tale decisione all'autorità di esecuzione in una fase successiva. Corrispondentemente, l'autorità di esecuzione, una volta informata in merito a siffatta decisione, adotta le misure necessarie per garantire che, nel caso in cui siano congelati, i beni interessati siano restituiti al più presto alla vittima, conformemente alle norme procedurali del proprio Stato (anche, ove necessario, tramite lo Stato di emissione), sempreché ricorrano le seguenti condizioni:

a) il titolo della vittima sui beni non sia contestato; b) i beni non costituiscano elementi di prova in un procedimento penale nello Stato di esecuzione; c) non siano pregiudicati i diritti dei soggetti colpiti. In caso di trasferimento diretto di beni alla vittima, l'autorità di esecuzione informa l'autorità di emissione; qualora, invece, non sia convinta che le condizioni sopra elencate siano soddisfatte, l'autorità di esecuzione consulta l'autorità di emissione senza indugio e con qualsiasi mezzo appropriato al fine di trovare una soluzione; se non si trova una soluzione, però, l'autorità di esecuzione può decidere di non restituire i beni congelati alla vittima. Infine, l'art. 30 contiene un'articolata e minuziosa disciplina – complessivamente ispirata alla salvaguardia degli interessi delle vittime dei reati – relativa alla destinazione dei beni confiscati o della somma di denaro ottenuta dalla vendita di tali beni. In primo luogo – analogamente a quanto previsto all'art. 29 – viene regolato il caso in cui l'autorità di emissione o un'altra autorità competente dello Stato di emissione abbia emesso, in conformità al proprio diritto nazionale, una decisione di restituzione alla vittima dei beni confiscati o una decisione di risarcimento della vittima. In tal caso, l'autorità di emissione inserisce informazioni su tale decisione nel certificato di confisca oppure comunica tali informazioni all'autorità di esecuzione in una fase successiva. Corrispondentemente, da un lato, ove trattasi di una decisione di restituzione alla vittima dei beni confiscati, l'autorità di esecuzione, una volta che abbia ricevuto informazioni su siffatta decisione, adotta le misure necessarie per garantire che, nel caso in cui siano confiscati, i beni interessati siano restituiti al più presto alla vittima, se necessario tramite lo Stato di emissione; in caso di trasferimento diretto di beni alla vittima, l'autorità di esecuzione informa l'autorità di emissione.

Inoltre, vengono dettate alcune regole aggiuntive con riferimento alla destinazione di un bene diverso da una somma di denaro, ottenuto in conseguenza dell'esecuzione del provvedimento di confisca; invero, tale destinazione viene stabilita secondo le seguenti regole: a) il bene può essere venduto, nel qual caso

la destinazione dei proventi della vendita è stabilita alla stregua dei criteri indicati nel citato par. 7; b) il bene può essere trasferito allo Stato di emissione, a condizione che, se il provvedimento di confisca riguarda una somma di denaro, l'autorità di emissione abbia acconsentito al trasferimento del bene allo Stato di emissione; c) fatta salva la lettera d), qualora non sia possibile applicare le lettere a) o b), il bene può avere altra destinazione conformemente al diritto dello Stato di esecuzione; d) il bene può essere usato per scopi di interesse pubblico o sociali nello Stato di esecuzione conformemente al diritto di tale Stato, previo consenso dello Stato di emissione.

Da ultimo, è previsto che – salvo se il provvedimento di confisca è accompagnato dalle sopra richiamate decisioni di restituzione di beni alla vittima o di risarcimento di quest'ultima ovvero salvo se diversamente concordato dagli Stati membri interessati – lo Stato di esecuzione stabilisce la destinazione della somma di denaro ottenuta in conseguenza dell'esecuzione del provvedimento di confisca come segue: a) se l'importo ottenuto con l'esecuzione del provvedimento di confisca è pari o inferiore a 10.000 EURO, esso spetta allo Stato di esecuzione; b) se l'importo ottenuto con l'esecuzione del provvedimento di confisca è superiore a 10.000 EURO, il 50 % di tale importo deve essere trasferito dallo Stato di esecuzione allo Stato di emissione. L'assenza in molti Paesi di un ufficio centralizzato analogo alla Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata ANBSC, operativa sin dal 2010, unitamente ad una legislazione che spesso non disciplina le modalità di gestione e/o di destinazione del bene sequestrato o confiscato, soprattutto nei casi di compendi aziendali, penalizzazione notevolmente l'Italia nella fase di effettiva esecuzione dei provvedimenti ablativi.

#### **10) Le schede del Desk Italiano di Eurojust: i suggerimenti pratici per le procedure di sequestro e confisca all'estero**

Dunque, nonostante gli sforzi compiuti, a vari livelli, in ambito normativo e di indirizzo politico-strategico, il crimine ancora oggi paga. Si tratta di un'amara verità, di cui occorre acquisire consapevolezza per cercare di fare uno sforzo che possa invertire la rotta.

A mio avviso due strade vanno percorse: una a livello normativo europeo, l'altro a livello applicativo e giurisprudenziale. Quanto alla prima, l'occasione è data dal negoziato in corso sulla nuova proposta di direttiva sulla confisca sui cui contenuti ci si soffermerà nel presente lavoro. Si tratta di un'opportunità d'oro. A patto che si modernizzi la prospettiva e si affrontino il delicato tema del sequestro dei compendi societari, che tuttora risente nella pratica di grandi divergenze normative negli Stati membri, ed il sequestro e la confisca delle ricchezze ingiustificate, come effetto di provvedimenti non basati sulla condanna penale.

Ma il tema, come vedremo, richiede uno sforzo anche da parte delle nostre autorità giudiziarie ed investigative, che, allorché mirano ad aggredire patrimoni all'estero quali proventi di reato, dovrebbero porsi subito in una prospettiva parzialmente diversa da quella nazionale, specie nella costruzione dei provvedimenti di sequestro e confisca di prevenzione, non privilegiando le motivazioni presuntive ed ancorando l'accertamento della pericolosità sociale e della sproporzione patrimoniale a ricostruzioni rigorose, basate su elementi di fatto oggettivamente verificati e suscettibili di apprezzamento da parte delle autorità straniere.

Infine, la molteplicità degli attori coinvolti, ARO, FIU, autorità investigative e giudiziarie, DNA, Ministero della Giustizia, INTERPOL, Eurojust, Europol, richiederebbe la individuazione ed adozione di un protocollo condiviso di azione che consenta di assicurare coerenza, tempestività ed efficacia alla macchina complessiva a partire dalla individuazione degli asset da sottoporre a sequestro. Da questo punto di vista sarebbe auspicabile la costituzione di un tavolo tecnico per la elaborazione di un protocollo operativo condiviso tra tutti gli attori coinvolti nelle procedure di cooperazione aventi ad oggetto provvedimenti di sequestro e confisca, nel rispetto delle competenze di ciascuno, per mettere a fattor

comune esperienze e *know how*.

Al fine di fornire un supporto alle autorità italiane, il Desk italiano di Eurojust ha elaborato una serie di suggerimenti pratici che sono stati compendati nelle note *factsheet del Desk, presentate in occasione del corso di formazione della magistratura a Bari nel mese di ottobre del 2022 per il ventennale di Eurojust*<sup>18</sup>. Si è partiti dalla premessa che il ricorso a tali misure è ancora insufficiente nelle indagini italiane con proiezioni transnazionali e nel concreto recupero di tali proventi. Il problema, ovviamente, non è solo italiano. Questo stato di cose deriva non solo dall'oggettiva complessità della materia, che talvolta scoraggia le autorità nazionali, ma anche da alcune lacune del sistema normativo. Inoltre, da parte italiana, sono state rilevate criticità nella tecnica di redazione dei provvedimenti, non sempre in linea con gli standard richiesti dalla normativa europea e dalle buone pratiche internazionali. Da qui la possibile utilità di una serie di suggerimenti che di seguito si sintetizzano: in primo luogo la richiesta di sequestro deve essere effettuata utilizzando il certificato indicato nell'art. 4 (art. 14 per la confisca), il cui modulo in italiano (e nelle altre lingue dell'Unione) in word è disponibile sul sito della Rete giudiziaria europea (<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/EN/163/-1/-1/-1>), accedendo dalla schermata iniziale agli Strumenti giuridici dell'UE per la cooperazione giudiziaria. Per l'Irlanda e la Danimarca, come detto, resta in vigore la Decisione quadro 2003/577, recepita nell'ordinamento italiano dal D.Lgs. 35/2016 (per la confisca, la Decisione quadro 2006/783, recepita nell'ordinamento italiano dal D.Lgs. 137/2015)<sup>19</sup>. Competente a redigere il certificato è l'autorità che ha emesso il provvedimento nazionale (il giudice in caso di sequestro e il pubblico ministero in caso di esecuzione della confisca a seguito di una decisione definitiva).

A questo proposito è stato suggerito ai magistrati che predispongono la richiesta di misura, e ai giudici che la accolgono, di tenere separate le richieste (e le ordinanze) di misure cautelari reali e personali, evitando anche di redigere i provvedimenti secondo la tecnica "*per relationem*". Ciò ha infatti intuibili conseguenze negative, quando i colleghi stranieri ricevono un certificato con allegato un provvedimento nazionale di centinaia di pagine, per il quale non è prevista nemmeno la traduzione (ai sensi dell'art. 4 comma 2 Reg.). Il certificato, sia esso di sequestro o di confisca, deve essere compilato in originale nella versione italiana, mentre dovrà essere tradotto utilizzando il modulo nella lingua accettata dal Paese di esecuzione (verificare le dichiarazioni e le notifiche dello Stato richiesto sul sito sopra citato). Pertanto, la traduzione riguarderà le parti variabili compilate nell'originale italiano che dovranno essere assemblate nel modulo in lingua. Il certificato in forma ibrida (modulo in lingua straniera e parti variabili in italiano) non è assolutamente accettato.

Al certificato deve essere allegato anche il provvedimento dell'autorità che ha disposto il sequestro o la confisca e la sua traduzione; non è necessario che sia tradotto, ma una sintesi delle motivazioni deve essere ben inserita nel certificato (sezione F), tenendo presente la necessità che l'autorità di esecuzione abbia una chiara comprensione delle ragioni (seppur sinteticamente espresse) del provvedimento. Particolare attenzione deve essere posta nel certificato nel fornire anche i recapiti dell'autorità italiana, evitando assolutamente di fornire indirizzi di posta elettronica certificata che rendano impossibile il contatto con l'estero. La posta elettronica certificata non è leggibile al di fuori dell'Italia e qualsiasi risposta dall'estero con tale indirizzo non sarà mai ricevuta.

Particolare attenzione va poi posta rispetto agli standard probatori da raggiungere nella motivazione del provvedimento di sequestro, *con particolare riguardo alle misure di sequestro e confisca in sede di misure di prevenzione*. Gli elementi probatori dovranno riguardare concrete circostanze fattuali idonee a comprovare le situazioni di pericolosità generica di cui al Decreto legislativo del 6 settembre 2011 n.

18 I documenti sono tutti reperibili sui siti istituzionali Scuola Superiore della Magistratura e Consiglio Superiore della Magistratura.

19 Per questi moduli si veda, rispettivamente: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/EN/276/-1/-1/-1> e <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/EN/276/-1/-1/-1>.

159 (art. 1), ossia di coloro che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; o di pericolosità qualificata, perché si tratta di misure riferibili a indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p. (associazione di tipo mafioso); indiziati di uno dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale o del delitto di cui all'art. 512 bis c.p. o del delitto di assistenza agli associati di cui all'art. 418 c.p.; indiziati appartenenti alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p. (associazione di tipo mafioso). 418 del codice penale; indiziati di uno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-quater, del codice di procedura penale e a coloro che, operando in gruppo o individualmente, compiono atti preparatori o esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato; indagati per il delitto di cui all'articolo 640-bis o per il delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice; altre categorie (cfr. articolo 4, comma 1, lettere e, f, g, h, i, i-ter) di cui al "codice antimafia".<sup>20</sup>

In tutti tali casi dovrebbe essere dimostrabile il coinvolgimento in attività criminose del preposto, lucrogeneriche, con elementi di prova, anche indiziari, ma precisi, rigorosi e gravi, che suffragano le nostre affermazioni ed i rapporti con il bene, sia in chiave di effettivo controllo (signoria di fatto sul bene, nei compendi societari) sia in termini temporali.

In definitiva, l'applicazione piena dei principi e della grammatica della Suprema Corte di Cassazione e della stessa Corte Costituzionale, può condurci alla costruzione di un provvedimento accettabile e che ha della chance per essere riconosciuto all'estero. La pietra angolare deve essere costituita dalla pretesa che la misura di prevenzione (personale e patrimoniale) poggi su elementi di fatto e circostanze storiche, oggettivamente verificabili e tali da garantire il senso più genuino della giurisdizione. Il principio dell'autonomia valutativa non può dunque essere assoluto per cui: a) l'indizio o la circostanza fattualmente smentiti in sede penale non possono di certo essere utilizzati – come se continuassero ad essere veri – in sede di prevenzione; b) nel caso di sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 416 bis c.p., ove risulti provato il ruolo di partecipe o concorrente assunto dal proposto, il giudice della prevenzione ben può porre a fondamento della ritenuta appartenenza tale fatto (se passata in giudicato, è sufficiente la sola sentenza; in caso contrario occorre pur sempre l'esame dei singoli elementi probatori versati nel processo penale), purché espliciti in motivazione le ragioni del proprio autonomo apprezzamento del fatto accertato dal giudice penale. Al contrario, qualora il proposto sia stato assolto dall'imputazione di mafia oppure là dove non sia mai stato avviato nei suoi confronti un procedimento penale per tali fatti, il giudice della prevenzione deve attenersi a un rigoroso principio sia nell'interpretazione dell'art. 4 lett. a), d.lgs. n. 159/11 sia nella valutazione probatoria degli indizi di pericolosità. Anche l'elemento del ragionevole raccordo temporale di cui si è fatto più volte riferimento, deve risultare ampiamente soddisfatto nel percorso motivazionale. Infatti, allorché gli acquisti si realizzino in un periodo immediatamente successivo a quello per cui è stata asseverata la pericolosità qualificata ed il giudice del merito dia conto dell'esistenza di una pluralità di indici fattuali altamente dimostrativi che dette acquisizioni patrimoniali siano la diretta derivazione causale proprio della provvista formatasi nel periodo di illecita attività, legittimamente può applicarsi la misura ablatoria, in quanto esistente un collegamento di tipo logico tra il fatto presupposto, la pericolosità del proposto e l'incremento patrimoniale "ingiustificato" che ha generato i beni oggetto di confisca ( Cfr. Cass. Pen. 13/3/2018 n. 659).

20 Occorre ricordare che quanto ai concetti di "appartenenza" e di "partecipazione" all'associazione di tipo mafioso la Corte di Cassazione italiana (cfr. Cass. Pen. 21524 del 2020) distingue tra "appartenenza" alla criminalità organizzata e "partecipazione" ad essa. L'"appartenenza", a differenza della "partecipazione", non integra la condotta tipica del reato di associazione di tipo mafioso e, pertanto, si applica anche a coloro che aiutano l'organizzazione dall'esterno (i cosiddetti "concorrenti esterni" all'organizzazione di tipo mafioso).

Quindi il concetto di derivazione causale e l'onere probatorio a esso sotteso mutano contenuti a seconda dello iato temporale che la corre tra la data dell'acquisizione e la data finale del periodo in cui si è manifestata la pericolosità sociale del proposto in ragione dell'accertata "appartenenza" all'associazione mafiosa. Diversamente, la confiscabilità di un bene acquistato a distanza di tempo – anche considerevole – dal momento della cessazione della manifestazione della pericolosità sociale è subordinata alla presenza di elementi specifici che riconducano comunque in maniera rigorosa ed univoca l'acquisito in questione al reimpiego diretto di capitali illecitamente accumulati in precedenza, cioè nel periodo in cui il soggetto è appartenuto al sodalizio mafioso. **In definitivi il meccanismo di ablazione patrimoniale non può essere fondato su accertamenti empirici, fondati su una sorta di effetto di trascinamento inerte, derivante dalla presunzione di illecita accumulazione pregressa: la pericolosità sociale cesserebbe, infatti, di fungere da recinto temporale della confisca laddove, in presenza di acquisti distanti dal periodo di manifestazione del requisito soggettivo, l'unica verifica operata a supporto si risolve nella incapienza reddituale e finanziaria del proposto.**

## 12. La nuova proposta di Direttiva in materia di confisca

La necessità di rafforzare il meccanismo di recupero dei beni dell'UE è da tempo riconosciuta dalle istituzioni dell'Unione. Nel giugno 2020 il Consiglio ha invitato la Commissione a valutare l'opportunità di rafforzare il quadro giuridico in materia di gestione dei beni sottoposti a congelamento, di attribuire agli uffici per il recupero dei beni ulteriori poteri, ad esempio poteri di congelamento d'urgenza, e di consentire loro di accedere a una serie di registri pubblici.

Anche il Parlamento europeo ha sollecitato l'adozione di norme rafforzate in materia di recupero dei beni. Tali inviti integrano la precedente richiesta, avanzata da entrambi i colegislatori, di analizzare la possibilità di introdurre ulteriori norme comuni sulla confisca dei beni derivanti da attività criminose, anche in assenza di condanna.

La capacità di privare i criminali dei loro beni acquisiti illegalmente è ulteriormente ostacolata dal fatto che il quadro giuridico in materia di confisca ha un ambito di applicazione circoscritto in termini di beni e attività criminali contemplate. Per di più, non sempre i beni recuperati sono gestiti sempre in modo efficiente e utilizzati in misura sufficiente per risarcire le vittime o per arrecare beneficio alla società.

La proposta di nuova direttiva in materia è diretta pertanto a promuovere un approccio più strategico al recupero dei beni attraverso un maggiore impegno delle autorità competenti per l'identificazione, il congelamento e la gestione dei beni e l'introduzione di misure volte al consolidamento e ampliamento delle possibilità di confisca, a favore del conseguimento dell'obiettivo comune di sottrarre i proventi di tutte le attività comunque riferibili alla criminalità organizzata. La proposta introduce una serie di obblighi di carattere generale in un'ottica di armonizzazione al fine di ridurre le differenze anche normative e operative tra gli Stati membri che possono ostacolare la cooperazione transfrontaliera in tale ambito.

Essa tende a un deciso rafforzamento del sistema, dalle fasi di rintraccio, identificazione, congelamento, gestione fino alla confisca. Si tratta di un tentativo molto serio di razionalizzare l'attuale legislazione dell'UE, con la sostituzione di tre strumenti legislativi (decisione ARO, Direttiva 2014/42 sulla confisca e Decisione del Consiglio del 2005 sulla confisca) in un'unica direttiva, il cui ambito di applicazione appare più ampio: in primo luogo per il suo campo di applicazione, che comprende i cosiddetti eurocrimini, i reati euro-armonizzati, quelli non armonizzati e le violazioni delle sanzioni (riferimento alla proposta parallela della COM); inoltre, essa tende a dare una risposta al problema ricorrente della mancanza di indagini adeguate per il rintracciamento dei beni, aumentando la capacità operativa degli Uffici per il recupero dei beni (ARO), incaricati di rintracciare i beni di persone ed entità sanzionate, con la previsione di poteri di congelamento temporanei e urgenti per gli ARO quando c'è il rischio che possano scomparire. Inoltre, la proposta tende alla "costruzione del sistema", stabilendo che gli ARO

devono cooperare con Eurojust ed Europol.

Ciò include nuovi poteri e strumenti per una migliore tracciabilità e identificazione dei beni e l'avvio automatico di indagini finanziarie per reati ad alto profitto. Lo scambio di informazioni e la cooperazione transfrontaliera dovranno avvenire entro termini rigorosi, così come i poteri di congelamento temporaneo e urgente (7 giorni). Viene inoltre regolamentato l'accesso degli ARO alle banche dati o ai dati fiscali, ai beni immobili, alla popolazione, agli aeromobili e ai natanti, ai veicoli, alle banche dati commerciali (compresi i registri delle società e delle imprese), alla sicurezza sociale. Vengono stabilite nuove regole per una maggiore efficacia dei reati di gestione patrimoniale (AMO): gestione dei beni congelati o assistenza ad altre autorità; o cooperazione transfrontaliera. Infine, viene definito il quadro giuridico della confisca, con un ampliamento delle possibilità di confisca. Avremo quindi: la confisca standard, con confisca di valore, e la confisca nei confronti di terzi (tutte mantenute); la confisca estesa, applicabile a una gamma più ampia di reati; l'estensione della confisca non basata sulla condanna ai casi di immunità, amnistia, morte, scadenza dei termini di prescrizione. L'articolo 13 impone agli Stati membri di consentire la confisca di beni trasferiti dall'imputato o dall'indagato a terzi al fine di evitare la confisca "*confisca nei confronti di terzi*". Tale confisca è giustificata solo se il soggetto terzo sapeva o avrebbe dovuto sapere che il trasferimento di beni era effettuato a tal fine. L'articolo 14 impone agli Stati membri di consentire la confisca di beni di una persona condannata quando l'autorità giurisdizionale nazionale di uno Stato membro è convinta che i beni derivino da una condotta criminosa "*confisca estesa*". Nella sua valutazione, l'autorità giurisdizionale nazionale dovrebbe prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, compresa l'eventualità che *il valore dei beni sia sproporzionato rispetto al reddito legittimo* della persona condannata.

La proposta di direttiva contiene anche l'indicazione di prescrizioni specifiche in materia di gestione dei beni, ad esempio per quanto riguarda la pianificazione precedente il sequestro, le vendite pre-confisca e l'istituzione di uffici specializzati per la gestione dei beni al fine di migliorare in misura significativa l'efficacia del sistema di recupero dei beni. Un sistema efficace di recupero dei beni richiede una gestione efficiente dei beni congelati e confiscati per mantenerne il valore, per lo Stato o ai fini della restituzione alle vittime. Si introducono disposizioni che impongono agli Stati membri una gestione efficiente dei beni congelati o confiscati fino alla loro destinazione finale, nell'ottica di preservare il valore dei beni e ridurre al minimo i costi di gestione. Gli Stati sono tenuti ad effettuare una valutazione preliminare dei costi che saranno sostenuti per la gestione dei beni ("pianificazione pre-sequestro") e dovrebbero avere la possibilità di vendere o trasferire i beni congelati prima dell'emissione del provvedimento di confisca ("vendita provvisoria"), per evitare la perdita di valore dei beni o che i costi di gestione diventino sproporzionati. La destinazione a fini istituzionali o sociali gli Stati dovrebbero garantire indagini di tracciamento e identificazione dei beni a seguito della condanna per assicurare l'effettiva esecuzione di un provvedimento di confisca, inoltre dovrebbero considerare l'uso dei beni confiscati per scopi istituzionali o sociali. Già il Regolamento prevede la possibilità di dare priorità all'assegnazione dei beni sottoposti a congelamento e dei beni confiscati a progetti di contrasto e di prevenzione della criminalità organizzata nonché ad altri progetti di interesse pubblico e di utilità sociale.

La Direttiva mira anche al rafforzamento della cooperazione. L'articolo 5, infatti, stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di istituire almeno un ufficio per il recupero dei beni, in linea con l'attuale decisione del Consiglio relativa agli uffici per il recupero dei beni. In aggiunta alle norme vigenti, tale disposizione stabilisce i compiti specifici degli uffici per il recupero dei beni, compreso lo scambio di informazioni con altri uffici per il recupero dei beni in altri Stati membri.

Si sottolinea nel testo della nuova direttiva che "la cooperazione tra le autorità di contrasto anche al di fuori dell'Unione è necessaria per smantellare le reti criminali e le rotte di trasporto globali. È essenziale intensificare la cooperazione internazionale anche attraverso le attività delle agenzie del settore "Giustizia e affari interni" competenti, in particolare in relazione ai paesi del vicinato e

dell'allargamento.

È urgente sviluppare ulteriormente l'intelligence sulla criminalità organizzata e sulle forme gravi di criminalità presso Europol e rafforzare lo scambio di informazioni e le indagini con i paesi terzi e le regioni che costituiscono i principali centri della criminalità organizzata ad alto rischio che interessa gli Stati membri dell'UE, anche attraverso i funzionari di collegamento bilaterali degli Stati membri distaccati in tali aree critiche.

Ma la vera novità contenuta nella proposta della nuova direttiva in materia di confisca è data dalle previsioni dell'art. 16 sulla confisca di ricchezze legate ad attività criminali sulla confisca di ricchezze non dichiarate, legate ad attività criminali. Infatti gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per pervenire alla confisca di ricchezze non dichiarate legate ad attività criminali<sup>21</sup>. Un'indagine penale sembrerebbe essere il punto di partenza necessario, data la base giuridica e la necessità che le decisioni di confisca siano soggette al riconoscimento reciproco ai sensi del regolamento 2018/1805. Il negoziato in seno al Consiglio si è dunque concluso ed il testo è stato inviato al Parlamento europeo per il suo esame nelle forma del trilogico. I lavori sono ancora in corso e si attendono ulteriori cambiamenti, si spera migliorativi, per dirimere i tanti nodi che la pratica ha evidenziato e che ancora oggi compromettono l'efficacia del sistema.

---

21 Secondo la proposta di Direttiva “Gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire la confisca dei beni individuati nell'ambito di un'indagine relativa a un reato, qualora la confisca non sia possibile ai sensi degli articoli da 12 a 15, il giudice nazionale abbia accertato che i beni derivano da una condotta criminale [suscettibile di procurare, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico (sostanziale)]<sup>4</sup> [e commessa nell'ambito di un'organizzazione criminale] e siano soddisfatte le seguenti condizioni:(a) il bene è congelato nell'ambito di un'indagine su un reato penale commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale; (b) il reato di cui alla lettera a) è suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico sostanziale; (c) il giudice nazionale è convinto che i beni congelati derivino da reati commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale.