

**ANDREANA ESPOSITO, CATERINA SCIALLA,
FRANCESCA MELE, GIACINTO CIRIOLI,
GIOVANNI SODANO**

Alla ricerca della nozione perduta: il valore ermeneutico della materia penale nella definizione dell'ambito applicativo del mutuo riconoscimento dei sequestri e delle confische in Europa*

L'articolo esamina la nozione di *materia penale* e il suo valore ermeneutico nella definizione dell'ambito applicativo del Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca in Europa. L'assenza di una definizione univoca del concetto ha generato profonde incertezze interpretative, con implicazioni significative sia per la tutela dei diritti fondamentali sia per l'efficacia della cooperazione giudiziaria in Europa. L'analisi si sviluppa attraverso un confronto tra diverse e autonome letture della *materia penale* nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. In particolare, si esamina il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha elaborato una nozione finalizzata a garantire l'applicazione delle garanzie convenzionali al di là della qualificazione formale adottata dagli Stati, e l'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale utilizza la nozione con una finalità differente, funzionale all'armonizzazione normativa tra gli Stati membri. Si approfondisce, altresì, la giurisprudenza italiana che ha affrontato il problema dell'inquadramento delle confische di prevenzione e senza condanna. Sebbene tali misure siano tradizionalmente considerate estranee alla *materia penale* in senso convenzionale, la loro inclusione nel sistema del mutuo riconoscimento europeo ha sollevato interrogativi sulla compatibilità con le garanzie fondamentali previste dagli articoli 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In chiusura, lo studio mostra come la *materia penale* si configuri come un concetto polimorfo e adattabile, il cui significato varia a seconda del contesto giuridico di riferimento.

In search of the lost notion: the role of 'criminal matters' in shaping the scope of mutual recognition of freezing and confiscations orders in Europe.

The paper examines the notion of 'criminal matters' and its role in defining the scope of Regulation (EU) 2018/1805 on the mutual recognition of freezing and confiscation orders in the European Union. The absence of a clear and unified definition of the concept of 'criminal matters' has generated significant interpretative uncertainties, with profound implications both for the protection of fundamental rights and for the effectiveness of judicial cooperation within Europe. The analysis unfolds through a comparison of various and autonomous interpretations of 'criminal matters' in European and national case law. In particular, it examines the contribution of the European Court of Human Rights, which has developed a concept aimed at ensuring the application of conventional guarantees beyond the formal qualification adopted by States, and the interpretation of the Court of Justice of the European Union, which employs the concept for a different purpose, namely the legislative harmonisation between Member States. The study further delves into Italian case law, addressing the issue of the classification

of preventive confiscation and non-conviction-based confiscation. Although such measures have traditionally been considered outside the scope of 'criminal matters' in the conventional sense, their inclusion within the European mutual recognition system has raised questions about their compatibility with the fundamental guarantees set forth in articles 6 and 7 of the European Convention on Human Rights. In conclusion, the study illustrates how 'criminal matters' is configured as a manifold and adaptable concept, the meaning of which varies according to the specific legal context.

SOMMARIO: 0. Le ragioni della ricerca. - 1. L'ambiguità della nozione materia penale nel Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca in Unione europea. Il contesto. - 2. La nozione di materia di penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. - 2.1. Le criticità del sistema. Il pendolo delle garanzie. - 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia tra nozione autonoma di materia penale e garanzie. - 4. La progressiva compenetrazione nell'ordinamento interno del concetto di materia penale tra illusioni e falsi miti di progresso. - 4.1. Non è sempre tutto oro quel che luccica. Limiti e incongruenze nell'esegesi della Corte costituzionale. - 4.2. Limiti e paradossi della percezione interna della materia penale. L'applicabilità della confisca di valore in caso di estinzione del reato per prescrizione. - 5. Ritorno al Regolamento: un tentativo di interpretazione sistematica di «*proceedings in criminal matters*». - 6. Quale approdo.

0. *Le ragioni della ricerca.* Il concetto di *materia penale*, elaborato inizialmente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, è sfuggente, affidato a criteri plurivoci. Circoscrivere questo concetto comporta seguire un sentiero che si snoda tra il diritto (e la giurisprudenza) sovranazionale e quello nazionale: tutto inizia con la decisione *Engel* della Corte EDU, si continua con *Bonda e Fransson* della Corte UE, si ritorna alla Corte EDU con le sue tante sfaccettature dalla sentenza *Welch*¹ alla *Bendenoun*². E il tutto si intreccia con la giurisprudenza nazionale di legittimità e costituzionale e con la letteratura che non riesce a portare ordine in questo caos³.

Eppure, la perimetrazione è necessaria. E non solo perché si sta *discettando*

* Il contributo è il risultato del comune lavoro di studio e approfondimento degli autori svolto nell'ambito del progetto di ricerca RINSE - *Research and INformation Sharing on freezing and confiscation orders in the European Union*, project 101046613, cofinanziato dalla Commissione europea. Ai fini dell'attribuzione, si precisa che i parr. 0 e 6 sono stati scritti da Andreana Esposito; i parr. 1 e 5 da Caterina Scialla; i parr. 2 e 2.1 da Giacinto Cirioli; il par. 3 da Francesca Mele; i parr. 4, 4.1 e 4.2 da Giovanni Sodano.

¹ Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9-02-1992.

² Corte EDU, *Bendenoun c. Francia*, 24-02-1994.

³ Si veda, senza pretesa di esaustività, PROCACCINO, *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Bologna, 2019, 1073 ss.; MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.; PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e corti europee. Che cosa è sostanzialmente penale?*, in *Cass. pen.*, 2018, 461.

di qualcosa di formidabile come “l’essenza del diritto penale”⁴. Provare a determinare i confini della *materia penale* è, altresì, indispensabile per individuare le garanzie e la disciplina con cui regolamentare sanzioni, procedimenti, illeciti. Vi è una esigenza pratica al fondo, che spinge a interrogarsi su questi confini, su ciò che va considerato sostanzialmente penale, quale che sia la qualificazione formale, quale che sia l’etichetta assegnata dal diritto nazionale. Rientrare o meno nella categoria *materia penale*, avere la *sostanza* del penale, comporta, infatti, la necessità, per il legislatore, nazionale, di rispettare un nocciolo duro di garanzie quali quelli di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU. È una esigenza di ampliamento delle garanzie, di espansione dei diritti a guidare la giurisprudenza europea nella costruzione dei concetti autonomi attraverso la rigenerazione di alcuni termini così da superare la nomenclatura nazionale ed evitare l’elusione da parte degli Stati del riconoscimento, tra le altre, delle garanzie penalistiche.

Anche per il legislatore europeo la *materia penale* è nozione autonoma, necessaria per superare, e quindi armonizzare, le differenze nazionali. Tuttavia, poi, il suo uso ha dato luogo alla creazione di nodi gordiani di difficile soluzione. In tema di provvedimenti ablatori, e non solo, la storia è nota. Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca⁵, come indica il considerando n. 13, trova applicazione in relazione a «tutti i provvedimenti di congelamento (...) e di confisca emessi nel quadro di un *procedimento in materia penale* (...) e non solo i provvedimenti che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE», inclusi «i provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva». Le decisioni nazionali, possibili oggetto di riconoscimento, richiamate dall’atto normativo europeo sono quelle emesse nell’ambito di un «*procedimento in materia penale*» (considerando 13 e art. 1). La *materia penale* funge, quindi, da limite all’ambito di applicazione del Regolamento, è l’etichetta che ci con-

⁴ Così, DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzionalità delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 2284 ss., in particolare 2294.

⁵ Adottato il 17 ottobre 2018 in G.U. L. 303, 28 novembre 2018, entrato in vigore il 18 dicembre 2018. Tra i commenti, per tutti, MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l’efficienza*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 34 ss.

sente, o dovrebbe consentirci, di contraddistinguere i provvedimenti ablatori assoggettati all'obbligo di mutuo riconoscimento. Tuttavia, alcuno sforzo di spiegazione del concetto è effettuato, limitandosi il testo regolamentare a rilevare che *procedimento in materia penale* è un concetto autonomo del diritto dell'Unione europea interpretato dalla Corte di giustizia «ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo». Senza nulla aggiungere in merito al contenuto di tale nozione. Il Regolamento europeo lega, in definitiva, la colorazione “penale” di una sanzione (confisca) dai confini incerti a una nozione (*materia penale*) della cui *ambiguità* non si smette di discutere⁶. La funzione rigeneratrice del concetto autonomo è, in questo caso, teso alla massima espansione dell'applicazione del Regolamento; è una esigenza *latu sensu* repressiva a spingere verso un allargamento delle ipotesi di confisca mutuabili. Le garanzie hanno un ruolo secondario in questa prospettiva.

La *materia penale* diventa allora una nozione autonoma *relativizzata*, la cui funzione dipende dal contesto in cui è inserita. Il *senso* della nozione è ora quello convenzionale di espansione dei diritti, ora quello eurounitario di efficienza della risposta repressiva. E questa diversità di senso non stupisce; le nozioni autonome sono necessariamente *elastiche*, in grado di adattarsi alle esigenze sottese al quadro di riferimento. E l'elasticità dipende dalla molteplicità dei criteri, e dalla loro diversa combinazione, individuati per definire tale nozione⁷. La giurisprudenza della Corte EDU ne ha dato dimostrazione non esemplare nella sua incapacità – voluta o meno che sia – di riportare a unità i criteri e le finalità dell'illecito, finendo per perdersi in un discorso intriso di frammenti, espressione di una complessità di cui non si riesce a operare una sintesi.

Portata alle sue logiche conseguenze, questa propensione determina che i contenuti della *materia penale* siano variabili. Ciò che non dovrebbe accadere, tuttavia, è che questa variabilità porti a identificare una misura – per ipotesi ablatoria – al di fuori della nozione *materia penale* nel senso convenzionale

⁶ MANES, *Profili e confini*, cit. 988, definisce, icasticamente, la *materia penale* come il volto di Medusa “una maschera amorfa e ambigua dove gli statuti e le categorie tradizionali appaiono alterati e in parte congedati, e che dunque può prestarsi e piegarsi a ogni interpretazione”.

⁷ Sia consentito un rinvio a ESPOSITO, *La confisca urbanistica. Una storia a più voci*, Torino, 2020, 183 ss.

- e quindi per i diritti - ma poi ricompresa per le finalità del regolamento.

Il *relativismo* funzionale non è scevro da rischi. Certo salva dalla tentazione degli Stati di sottrarre alle garanzie previste per la *materia penale* procedimenti tesi a sanzionare illeciti e a irrogare misure afflittive/punitive. Ma nello stesso momento in cui svolge questa azione salvifica, e per lo stesso motivo per cui è in grado di realizzarla, può comportare il rischio di una ricostruzione semantica incontrollata e incontrollabile.

In questo lavoro, si valuta la possibilità di mettere a sistema la nozione di *materia penale* usando come canovaccio il regolamento europeo sul mutuo riconoscimento. È da lì che si parte alla ricerca del significato di una nozione cui è affidato il ruolo di fissare i confini di applicazione della legislazione con l'intento, mai nascosto, di includervi anche - e direi, soprattutto - la confisca di prevenzione. A tal fine si passa in rassegna la giurisprudenza sia delle corti sovranazionali che delle corti supreme nazionali con l'intento di fissare i confini di una nozione che, per origine e carattere, non si lascia *imbrigliare* e che presenta sfumature diverse a seconda del contesto in cui è destinata a operare. Pertanto, dopo aver tracciato quale sia il contesto entro cui si muove il Regolamento europeo, si procederà a delineare il quadro concettuale delineato dalle corti sovranazionali e nazionali. La comprensione dell'evoluzione della giurisprudenziale della nozione di materia penale costituisce infatti un passaggio preliminare obbligato per poter valutare adeguatamente non solo il come del suo recepimento nell'ordinamento dell'Unione europea ma anche la sua possibilità di coerente finalizzazione.

1. *L'ambiguità della nozione materia penale nel Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca in Unione europea. Il contesto.* Definire la *materia penale* significa confrontarsi con la sua capacità evocativa che rende il concetto complicato da intendersi ma attraente per la sua polisemia. Dalle molteplici possibilità semantiche deriva, infatti, l'efficacia di questa nozione elaborata dalle giurisprudenze sovranazionali⁸ per distinguere il diritto penale da qualcosa di somigliante, in

⁸ PROCACCINO, *Oltre la matière pénale*, cit., 1074-1076 cita tra gli antecedenti giurisprudenziali della questione sulla perimetrazione della *materia penale*: Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 08-06-

relazione di solo parziale corrispondenza col primo.

La grammatica comune⁹ del diritto europeo prende in prestito molti dei suoi termini tecnici dai contesti nazionali e internazionali¹⁰ che tra loro naturalmente differiscono. Per far ordine tra le divergenze, la Corte di giustizia interpreta i concetti in modo da superare lo scopo e l'uso d'origine e raggiungere l'eguaglianza linguistica tra gli Stati membri. Come fare ordine non è mero esercizio compilativo; il linguaggio, oltre ad avere una funzione comunicativa, è uno strumento di esercizio del potere e se questo è vero, lo è ancor di più nel campo del diritto¹¹. Attraverso le parole, il diritto costruisce una realtà che uniforma i fatti sociali e, nel nostro contesto, impone un obbligo di adeguamento agli Stati membri più o meno esteso.

Ai fini dell'armonizzazione del diritto europeo e per rendere accettabile negli ordinamenti nazionali una nuova definizione di un concetto giuridico preesistente, sarebbe necessario un certo grado di trasparenza dell'interpretazione¹² che talvolta non emerge dagli atti normativi europei né, tantomeno, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, come nel caso della *materia penale*.

Essa costituisce da sempre il nucleo centrale della sovranità statale. Il lessico penalistico è eminentemente nazionale perché traduce in principi e regole le eredità costituzionali delle singole nazioni. La competenza in *materia penale* nell'ambito delle istituzioni europee è un fatto relativamente nuovo, paragonato alle lunghe tradizioni giuridiche degli Stati europei, e solo dopo il Trattato di Lisbona del 2009 l'Unione è stata dotata degli strumenti normativi sufficienti e necessari a imporre un potere di controllo sulle legislazioni degli Stati membri, anche in *materia penale*¹³. Accrescere i poteri dell'Unione significa

1976; *Zolothukin v. Russia*, 10-02-2009; *Grande Stevens c. Italia*, 14-03-2014; C. giust. EU, *Bonda*, 05-06-2012; *Akeberg Fransson*, 26-02-2013; *Carlsson Real Estate S.A.*, 20-03-2018; *Ricucci e a. v. Consob*, 20-03-2018; *Menci*, 20-03-2018; *Di Puma v. Consob e Zecca*, cause riunite, 20-03-2018. Si v. anche, ANDENAS, BJORGE, *National Implementation and ECHR Rights' in Føllesdal, Peters, Ulfstein, Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, 181-262.

⁹ DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism*, Portland, 2009, 72.

¹⁰ MITSILEGAS, *Autonomous Concepts, Diversity Management and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, 1, 3.

¹¹ PAUNIO-LINDROOS-HOVINHEIMO, *Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, 4, 396 ss.

¹² PAUNIO-LINDROOS-HOVINHEIMO, *Taking Language Seriously*, cit., 412-416.

¹³ BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir.*

ridurre corrispondentemente l'autonomia degli Stati membri; questo talvolta conduce a un accrescimento delle tutele per i cittadini europei ma può anche comportare una restrizione delle libertà personali¹⁴.

La base giuridica della competenza penale dell'Unione europea è innanzitutto l'art. 83 T.F.U.E. che consente a Parlamento e Consiglio di stabilire norme minime relative a reati e sanzioni riguardo le forme più gravi di criminalità transfrontaliera. È su questa norma che si fonda il processo di armonizzazione penale affidato allo strumento delle direttive che obbligano gli Stati membri a dare puntuale attuazione a quanto deciso a livello europolitano. L'armonizzazione delle discipline nazionali è, insieme alla cooperazione interstatale, la strategia per ottenere un buon livello di integrazione dei sistemi penali degli Stati membri¹⁵ e l'europeizzazione della giustizia criminale, quest'ultima diretta non solo a una più efficace lotta alla criminalità transnazionale ma anche a dare vita a un comune sentimento di giustizia tra i cittadini europei¹⁶.

L'obiettivo è ambizioso ma affatto agevole da raggiungere, considerate sia le ampie differenze tra i diversi sistemi giuridici sia la resistenza degli Stati membri ad accettare un'imposizione in *materia penale* dagli ineliminabili risvolti politici.

Sulla scorta del principio di libera circolazione delle merci¹⁷, nel Consiglio eu-

pen. cont., 2012, 1, 43 ss. L'A. identifica nell'art. 82.1 TFUE l'inizio di un'evoluzione autonoma della competenza penale europea, segnata da un progressivo affrancamento sia dalla necessità di cooperazione con le singole autorità nazionali competenti nella lotta contro i reati, sia dalla dipendenza dalla volontà degli Stati membri nell'attuare le norme europee. Può cominciare a parlarsi di competenza in *materia penale* dell'Unione con il Trattato di Lisbona che consente al Parlamento e al Consiglio di stabilire norme minime relative a reati e sanzioni concernenti le gravi forme di criminalità transazionale. Attraverso lo strumento delle direttive, infatti, lo Stato membro è obbligato a dare puntuale attuazione alle disposizioni stabilite in ambito europolitano. Espressione della nuova competenza in *materia penale*, autonoma seppur indiretta, è la possibilità che la Commissione europea ha guadagnato, a partire da dicembre 2009, di avviare le procedure di infrazione nei confronti degli Stati che non attuano o attuano in modo insufficiente, le direttive europee. Sul punto si v. anche TEBALDI, *Competenza penale europea, prospettive dinamiche all'esito del periodo transitorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4.

¹⁴ Sul punto si v. il saggio di WIECZOREK, *The emerging role of the EU as a primary normative actor in the EU Area of Criminal Justice* in *European Law Journal*, 2021, 378-407.

¹⁵ GRANDI, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Torino, 2023, 3.

¹⁶ GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 375.

¹⁷ Il principio del mutuo riconoscimento, inteso come meccanismo per rimuovere gli ostacoli al com-

ropeo di Tampere del 1999¹⁸ il mutuo riconoscimento viene trasposto nell'ambito della cooperazione giudiziaria con lo scopo di favorire la circolazione dei provvedimenti giudiziari¹⁹. Esso diventa, quindi, la base per costituire un'area di Libertà, Sicurezza e Giustizia e assume una valenza fondamentale contribuendo a realizzare e mantenere uno spazio di comunicazione e collaborazione tra le autorità dei diversi Paesi non alterato da confini interni.

In questo contesto, il principio in parola – codificato nell'art. 82.1 T.F.U.E. – si impone come strumento di cooperazione interstatuale alternativo e più agevole dell'armonizzazione per superare le resistenze dei Paesi membri²⁰. Difatti, mentre quest'ultima richiede la modifica del proprio diritto interno per dare applicazione al diritto eurolunitario previamente negoziato, il primo consente di estendere la giurisdizione di uno Stato oltre i propri confini nazionali, realizzando un tipo di cooperazione interstatuale che non richiede una previa omologazione degli ordinamenti, ma anzi riconosce le differenze esistenti e si impegna a eseguirle²¹.

Il sistema si basa sul riconoscimento delle decisioni giudiziarie adottate in uno Stato membro richiedente, da parte delle autorità di un diverso ordinamento d'esecuzione, in maniera pressoché automatica, sulla base di formalità minime, brevi tempi di risposta, motivi tassativi e molto limitati di rifiuto, superando anche il requisito della doppia incriminazione. Per poter funzionare,

mercio intercomunitario, è stato per la prima volta definito dalla giurisprudenza nella sentenza della Corte di Giustizia, *Cassis de Dijon* del 20 febbraio 1979, causa 120/78. In questa decisione il principio è stato ampliato rispetto alla sua applicazione originaria – prevista nel Trattato Istitutivo della Comunità Economica europea solo per le società, le decisioni giudiziali e le sentenze arbitrali –, anche al libero mercato comunitario, per vietare le restrizioni alle importazioni di merci tra i paesi membri. Solo successivamente è stato esportato alla materia della cooperazione giudiziaria, civile e penale (Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968).

¹⁸ Nel Consiglio europeo di Tampere, dell'ottobre 1999, il principio del mutuo riconoscimento viene descritto come *cornerstone* della cooperazione in *materia penale*. Questa data fa da spartiacque nella successiva evoluzione del principio ad opera di misure di implementazione (*Hague Programme* 2004; *Stockholm Programme* 2009; *European Council Guidelines* 2014). Il principio viene incorporato nelle fonti primarie del diritto UE con il Trattato di Lisbona del 2009 (art. 67, par. 3 e 82 TFUE).

¹⁹ Sulle prime affermazioni del principio del mutuo riconoscimento si rinvia all'opera monografica di GRANDI, *Mutuo riconoscimento*, cit., *passim*.

²⁰ Il mutuo riconoscimento non è una alternativa all'armonizzazione; eppure, esso è stato utilizzato in questo modo, come sostiene GRANDI, *Mutuo riconoscimento*, cit., 24.

²¹ Sulle sfide costituzionali che il meccanismo del mutuo riconoscimento comporta, si rimanda a MITSI-LEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 43, 5, 2006, 1278 ss.

tutto questo necessita di una solida fiducia reciproca²² tra gli Stati coinvolti, radicata nella presunzione che tutti gli ordinamenti nazionali in Europa rispettino i canoni fondamentali dello Stato di diritto²³.

Mutuo riconoscimento e armonizzazione²⁴ si sono col tempo evoluti come concetti collegati e interdipendenti²⁵: collegati perché il primo è stato talvolta utilizzato impropriamente come alternativa per superare le difficoltà dell'armonizzazione²⁶; interdipendenti perché senza previa armonizzazione il

²² Sulla fiducia reciproca si rimanda per approfondimenti a MITSILEGAS, *The Constitutional implication*, cit., *passim*; Id., *The Symbiotic Relationship between mutual trust and Fundamental rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(4), 457-480; SICURELLA, *Fostering a European Criminal Law Culture: In trust we trust*, in *New European Journal of Criminal Law*, 2018, 308 ss.

²³ La fiducia reciproca è più volte stata definita come «*the principle behind the principle*» in WILLEMS, *Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law: Revealing its Hybrid Character*, in *European Journal of Legal Studies*, 2016, 9, 213 ss. Si v. anche ZIMMERMANN, *Concerns Regarding the Rule of Law as a Ground for Non-execution of the European Arrest Warrant: Suggestions for a Reform* in *European Criminal Law review*, 2022, 1, che sottolinea come in materia di Mandato di arresto europeo, attraverso l'interpretazione evolutiva delle Corti nazionali e di giustizia, il mancato rispetto da parte di uno Stato membro della *Rule of Law* costituisca un motivo di non esecuzione; così anche MITSILEGAS, *The constitutional implication*, cit., *passim*. Che il principio in parola possa funzionare solamente in presenza della certezza che tutti gli Stati membri rispettino il diritto europeo e soprattutto i principi fondamentali riconosciuti dalla legge europea è stato più volte affermato anche nelle sentenze della Corte di giustizia, si v. i giudizi relativi ai casi *N. S. e altri*, C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:86ü, par. 78-80; *Melloni*, EU:C:2013:107, par. 37 e 63.

²⁴ MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship*, cit., 457; Id. *Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon*, in «*Research Handbook on EU Criminal Law*», a cura di Mitsilegas, Bergström, Konstantinides, Cheltenham e Northampton, 2016, 160; JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013, 55; BORGERS, *Mutual recognition and the European Court of Justice: the meaning of consistent interpretation and autonomous and uniform interpretation of Union law for the development of the principle of mutual recognition in criminal matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, 2010, 18(2) 99-114; MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 231 ss.; PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. in tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie processuali*, in *Quaderni Europei*, 2012, 38; MITSILEGAS, *The symbiotic relationship*, cit., *passim*; MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in *Enciclopedia Treccani on-line*, 2014; BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss; WEYEMBERGH, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004; WILLEMS, *The principles of Mutual Trust in EU Criminal Law*, 6; GRANDI, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (UE) 2018/1805*, in *Leg. pen.*, Bologna, 2021, 13.

²⁵ Il collegamento tra riconoscimento reciproco e armonizzazione è, invero, riconosciuto anche all'art. 82 TFUE che esplicitamente subordina l'approssimazione del diritto procedurale al miglioramento della cooperazione giudiziaria fondata sul mutuo riconoscimento.

²⁶ L'armonizzazione delle legislazioni rappresenta un elemento fondamentale per il buon funzionamento della cooperazione giudiziaria. Il principio del riconoscimento reciproco è talvolta impiegato come

mutuo riconoscimento fatica a essere applicato²⁷. Difatti, un basso livello di armonizzazione può indebolire la fiducia reciproca, fondamentale per il mutuo riconoscimento e la Corte di giustizia ha rilevato questa antinomia nel noto caso *Aranyosi e Căldăraru*²⁸ in tema di mandato di arresto europeo, il primo e più significativo banco di prova per questo principio. Nel caso in esame, la Corte del Lussemburgo è stata chiamata a valutare se l'autorità dello Stato di esecuzione debba eseguire l'ordine di arresto emesso da un altro Stato semplicemente sulla base della cieca fiducia che nell'ordinamento richiedente siano rispettati i diritti fondamentali o se debba effettuare un previo controllo di conformità ove ci sia il rischio che alcuni principi non siano rispettati e, in questo caso, se può opporre il rifiuto al riconoscimento²⁹. Questo arresto ha

strumento per superare le difficoltà legate all'armonizzazione normativa o per preparare il terreno a un avvicinamento legislativo, reso possibile da una cooperazione più stretta tra le autorità in un determinato settore. Questo processo contribuisce, inoltre, al rafforzamento della fiducia reciproca. Le Direttive sui diritti procedurali, applicabili anche ai procedimenti domestici, sono state adottate proprio con l'obiettivo di promuovere la creazione di un clima di fiducia reciproca tra gli Stati membri. Tuttavia, in questo contesto, pur perseguendo l'obiettivo meritevole di potenziare i meccanismi di cooperazione, l'UE tende ad assumere un ruolo centrale nella sfera del diritto penale, spesso spingendosi oltre i confini delle sovranità nazionali. Su quest'ultimo punto, WIECZOREK, *The emerging role of the EU*, cit., 385.

²⁷ Per favorire un clima di fiducia reciproca, è necessario adottare misure che assicurino un livello uniforme di garanzie tra gli Stati membri. Tuttavia, nonostante i numerosi tentativi di definire *standard* minimi comuni, il progetto complessivo rimane ancora lontano dal consolidarsi. Di conseguenza, la fiducia reciproca continua a essere invocata come fondamento degli strumenti di cooperazione, pur restando più una presunzione teorica che una realtà effettiva. Si v. GRANDI, *Mutuo riconoscimento*, cit., 26.

²⁸ *Joined Cases C-404/15 e C-659/15 PPU, Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

²⁹ Nel caso specifico, a rischio era la compatibilità delle condizioni di detenzione dello Stato richiedente con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti». Il Tribunale di Brema sollevava questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia per chiedere se in presenza di elementi seri attestanti l'incompatibilità con i diritti fondamentali, lo Stato d'esecuzione possa o debba rifiutare il procedimento di riconoscimento del mandato d'arresto o se debba solamente sospenderlo chiedendo all'autorità di emissione informazioni integrative sul rispetto dei principi. Interessante in questo giudizio, tra le altre cose, è che la Corte di giustizia prende in considerazione come «indizi seri» del mancato rispetto dei principi fondamentali da parte dello Stato d'esecuzione le sentenze di condanna emesse a Strasburgo per violazione dell'art. 3 della Convenzione e il parere e i report del Comitato per la prevenzione della tortura, organo del Consiglio d'Europa. Benché, quindi, il non rispetto dei principi fondamentali non sia un motivo di rifiuto tassativamente previsto nella Decisione Quadro sul Mandato d'Arresto, la Corte avalla la ricostruzione della magistratura tedesca concludendo che, qualora sussista un rischio reale e concreto, supportato da elementi obiettivi, affidabili, precisi e aggiornati che rendano probabile che la persona ricercata possa essere sottoposta a trattamenti inumani e degradanti, lo Stato di esecuzione è obbligato a valutarlo. In tal caso, l'esecuzione del mandato d'arresto dovrà essere sospesa, ma non annullata. Spetta poi all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione decidere, qualora le informazioni fornite dallo Stato richiedente non permettano di ritenere tale rischio superato entro un termine ragionevole, se interrompere la pro-

segnato un punto di evoluzione importante del rapporto tra fiducia reciproca e rispetto dei diritti fondamentali.

Guadagnato il campo del diritto penale, il principio del mutuo riconoscimento come metodo di cooperazione tra gli Stati è stato posto a fondamento di altri atti legislativi europei come per l'ordine di indagine europeo³⁰, per le sanzioni finanziarie³¹ e per i sequestri e le confische³². Soprattutto riguardo alle misure di ablazione patrimoniale, il legislatore europeo, ma non solo³³, ha

cedura di consegna. Per approfondimenti si rimanda a MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2018, 4, 633; MAIANI-MIGLIORINI, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Common Market Law Review*, Leiden, 2020, 7 ss; CANESTRINI, *Rispetto dei diritti fondamentali in ambito europeo tra presunzioni ed effettività. Il decalogo italiano per rilevare nel procedimento MAE il rischio di trattamento carcerario inumano o degradante*, in *Giurisprudenza penale web*, 2016, 10 ss.; ROSANÒ, *Staatsanwaltschaft Aachen, ovvero la tutela dei diritti fondamentali sulla base del test LM nelle procedure di trasferimento interstatale di detenuti*, in *www.europeanpapers.eu*, 2023, 8, 1105-1120.

³⁰ Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali; nonché alla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale. Sul punto, MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive* a cura di Bene-Luparia-Marafioti, Torino, 2016, 10; ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Ralaraci, Milano, 2007, 693; HELENIUS, *Mutual Recognition in Criminal Matters and the Principle of Proportionality. Effective Proportionality or Proportionate effectiveness?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 3, 5, 350; SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.* 2017, 2, 675 ss.

³¹ Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in G.U.U.E. L. 76, del 22 marzo 2005, p. 16 ss.

³² Per le misure di ablazione patrimoniale, numerosi sono stati gli strumenti adottati per dare attuazione al principio del mutuo riconoscimento come la Decisione quadro 2003/577/GAI, la Decisione quadro 2006/783/GAI; la Direttiva 2014/42/UE e, recentemente, la Direttiva (UE) 2024/1260. Prima del Regolamento (UE) 2018/1805 il principio è stato scarsamente applicato come riporta MAUGERI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare*, cit., 3 ss.

³³ Diverse e numerose sono le convenzioni internazionali che hanno preceduto la scelta del legislatore europeo di puntare sulle misure di ablazione patrimoniale come mezzo d'elezione per colpire la criminalità economica privandola delle ricchezze illecitamente acquisite. Si ricordano infatti la Convenzione ONU di Vienna contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope (20 dicembre 1988); la Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (8 novembre 1990); la Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale (15 novembre 2000) in cui gli Stati firmatari si impegnano a rafforzare le misure interne di sequestro e confisca dei proventi dei reati; la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC, 2003); Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo (Convenzione di Varsavia, 2005).

scelto di rendere questo strumento un mezzo prioritario per contrastare i fenomeni criminali economici di portata transnazionale.

Come sottolineato nella strategia dell'Unione europea per la lotta alla criminalità organizzata (2021-2025), per fermare le attività dei gruppi criminali e prevenirne l'infiltrazione nell'economia lecita è necessario rafforzare le norme in materia di recupero e confisca dei beni criminali³⁴. Già la Direttiva 2014/42/UE³⁵ relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, stabilendo *standard* minimi per le misure ablative dei proventi dei reati, ha tentato di armonizzare la confisca estesa, la confisca presso terzi e ha introdotto limitate forme di confisca senza condanna nei casi in cui l'indagato e l'imputato sia malato o in fuga. La Direttiva, tuttavia, limitava il proprio ambito di applicazione ai c.d. *eurocrimes*, ma l'intenzione del legislatore europeo era già allora di non limitare ai crimini elencati all'art. 83 del T.F.U.E. l'applicazione delle confische. E infatti, nel 2022 la Commissione europea ha adottato una Proposta di Direttiva per revisionare il sistema di *asset recovery*, con lo scopo di garantire l'applicazione delle norme in materia di confisca a una serie più ampia di reati (cfr. art. 2 della Proposta) e di estendere ulteriormente le competenze degli *Asset Recovery e Management Offices* nazionali (artt. 5 e ss. della Proposta) e i poteri di

³⁴ Numerosi sono i documenti e i report elaborati in sede europea e dalle agenzie europee che individuano nella confisca dei profitti illeciti il principale mezzo per privare le organizzazioni criminali dei propri fondi ed evitare il finanziamento di attività di terrorismo, tra i tanti si v. l'Agenda europea sulla sicurezza del 28 aprile 2015; Strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata 2021-2025 (COM (2021) 170 del 14.4.2021), Europol, EU SOCTA 2021, 12 aprile 2021. La Commissione europea, nel 2020, ha pubblicato un rapporto in cui è stata sottolineata l'importanza di rinnovare la politica legislativa europea in materia di confisca della ricchezza illecita generata dai reati economici per introdurre norme comuni ulteriori e superare i limiti della precedente Direttiva 2014/42/UE. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime does not pay*, COM (2020)217 final. L'esito di questi studi è stata l'adozione della nuova Direttiva sull'*asset recovery* (UE) 2024/1260.

³⁵ Si rinvia a MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Dir. en. cont.*, 2012, 2, 193 ss.; Id., *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 300 ss.; MARANDOLA, *Congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea: la "nuova" direttiva 2014/42/UE*, in questa *Rivista*, 2016, 1, 79-98; BALSAMO, *Il "codice antimafia" e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2012; PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 215 ss.; MANGIARACINA, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *Dir. pen. proc.* 2013, 369.

confisca degli Stati membri (artt. 11 e ss., soprattutto riguardo alla confisca senza condanna, art. 15, e alla confisca della ricchezza ingiustificata di sospetta origine criminosa, art. 16 della Proposta). Lo scorso 24 aprile 2024, Parlamento europeo e Consiglio hanno adottato la nuova Direttiva (UE) 2024/1260 in materia di recupero e confisca dei beni, alla quale i Paesi Membri devono conformarsi entro il 23 novembre 2026. Le principali novità della direttiva riguardano la definizione di bene confiscabile, significativamente più ampia rispetto a qualsiasi normativa precedente, incluso il Regolamento del 2018, (art. 3), che ora comprende anche i *crypto-asset*. La nuova Direttiva dedica ampio spazio a misure pratiche di identificazione e tracciamento dei beni e di collaborazione tra le varie forze coinvolte nel processo per evitare che, pure a fronte di un sequestro e una confisca riconosciuti, il bene non venga effettivamente acquisito³⁶.

Queste misure ablative reali sono istituti della cui natura giuridica si discute. Nel dibattito domestico, la dottrina ha attribuito alla confisca una fisionomia poliedrica³⁷ tanto da inquadrare le sue diverse espressioni in una sorta di *tertium genus* in cui l'espropriazione del bene è l'unico requisito comune, mentre variano i presupposti applicativi, le finalità e la struttura.

Analogamente, risulta difficile individuare la cornice di garanzie in cui inscrivere il *genus* confische, poiché essa viene determinata non tanto dalla natura del provvedimento, quanto dal contesto normativo di riferimento, di volta in volta diverso³⁸. Proiettando questo sistema disorganico in ambito europeo, le forme di confisca ulteriormente si moltiplicano, rendendo particolarmente complesso il tentativo di approssimazione delle legislazioni degli Stati membri.

Per queste ragioni, il quadro normativo attuale non è riuscito a garantire un'efficace e uniforme cooperazione transfrontaliera, spingendo il legislatore europeo a intervenire con un atto direttamente applicabile, mirato a facilitare

³⁶ È interessante osservare che, tra la proposta di direttiva e la direttiva, all'art. 4 è stata operata una modifica familiare per chi ha dimestichezza con il Regolamento (UE) 2018/1805: il passaggio da «*criminal proceedings*» a «*proceedings in criminal matters*». Tuttavia, anche in questo caso, non viene fornita alcuna definizione che chiarisca il significato sostanziale di tale modifica.

³⁷ Tra i vari contributi, si v. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2.

³⁸ Così, FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, cit., 3.

e velocizzare la circolazione dei provvedimenti nell'Unione.

Il Regolamento (UE) 2018/1805³⁹ impone agli Stati di riconoscere effetti nel proprio ordinamento alle decisioni di congelamento e confisca emanate da un'autorità giudiziaria di un diverso Stato, in maniera immediata e con la possibilità di opporre solo un limitato numero di ragioni di non esecuzione⁴⁰ individuate a monte dall'atto normativo stesso. Dare esecuzione a una decisione giudiziaria penale in uno Stato diverso da quello in cui essa è stata adottata significa consentire una applicazione extraterritoriale della decisione, ampliare il suo ambito d'applicazione e quindi restringere i diritti individuali dei singoli destinatari⁴¹. Inoltre, la maggior parte dei controlli di legalità sull'atto sono esercitati solamente dallo Stato di emissione, al fine di evitare, ove possibile, un doppio controllo e, quindi, accelerare e semplificare le procedure.

La Proposta di Regolamento sul mutuo riconoscimento degli ordini di congelamento e confisca è stata adottata nel 2016 allo scopo di superare le aporie

³⁹ In materia di mutuo riconoscimento, il legislatore europeo ha adottato una serie di *Framework Decisions* già prima del Trattato di Lisbona: sul mandato di arresto europeo (*Framework Decision* 2002/584/JHA del 13 giugno 2002), sull'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (*Framework Decision* 2003/577/JHA del 22 luglio 2003), sulla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (*Framework Decision* 2005/212/JHA del 24 febbraio 2005), sull'applicazione del mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie (*Framework Decision* 2005/214/JHA del 24 febbraio 2005), sull'applicazione del mutuo riconoscimento agli ordini di confisca (*Framework Decision* 2006/783/JHA del 6 ottobre 2006), sulle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale (*Framework Decision* 2008/947/JHA del 27 novembre 2008), sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (*Framework Decision* 2008/909/JHA del 27 novembre 2008), sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (*Framework Decision* 2009/829/JHA del 23 ottobre 2009). Successivamente all'adozione del Trattato di Lisbona, la materia del mutuo riconoscimento è stata regolata da due Direttive, la 2011/99/EU sull'Ordine di protezione europeo e la 2014/41/EU sull'Ordine di indagine europeo. A far seguito, il Regolamento (UE) 1805/2018 è stato il primo strumento legislativo regolamentare a disciplinare la materia e attualmente sono in discussione nuove Proposte di regolamento per l'applicazione del riconoscimento reciproco in area penale (relativi agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in *materia penale* e sul trasferimento dei procedimenti in *materia penale*). L'elenco segna la tendenza delle scelte legislative in sede europea che incidono, sempre con maggior rigore, le politiche criminali degli Stati membri attraverso strumenti legislativi vincolanti che non lasciano margine di manovra ai destinatari allo scopo di rafforzare la cooperazione giudiziaria.

⁴⁰ Una delle caratteristiche innovative del principio del riconoscimento reciproco è proprio il limitato numero di ipotesi di non riconoscimento. È eliminato, ad esempio, il requisito della doppia incriminazione, richiesto precedentemente dagli strumenti normativi esistenti.

⁴¹ MITSILEGAS, *The constitutional implication of mutual recognition*, cit., 8.

della precedente disciplina⁴² oramai frammentaria, lacunosa e largamente inapplicata. Adottato da Consiglio e Parlamento nel 2018, il Regolamento è espressione di due esigenze: da un lato perseguire, quasi a ogni costo, la criminalità economica transfrontaliera in modo da colpire le organizzazioni criminali nel punto dove sono più sensibili privandole dei proventi delle proprie attività illecite; dall'altro assicurare le ragioni di garanzia degli individui attinti dai provvedimenti ablativi. La ricerca del giusto temperamento tra efficienza e garanzie caratterizza il testo che presenta taluni tratti di ambiguità, già a livello definitorio.

Il Regolamento, strumento giuridico direttamente applicabile negli Stati membri, avrebbe dovuto apportare chiarezza ed eliminare i problemi di recepimento nei sistemi giuridici nazionali⁴³. Esso avrebbe dovuto altresì estendere l'ambito di applicazione del riconoscimento reciproco anche ad altri tipi di confisca non contemplati nel precedente *framework* normativo (confisca nei confronti di terzi, confisca senza condanna); infine, avrebbe dovuto semplificare le procedure attraverso lo scambio di un certificato *standard* di semplice interpretazione e mediante l'identificazione di termini brevi per il riconoscimento delle decisioni da parte dello Stato di esecuzione.

La scelta del tipo di atto legislativo, insolita per la materia, è stata giustificata dalla maggiore certezza che il Regolamento assicura, poiché non lascia margine agli Stati membri circa la modalità di recepimento delle norme. Tuttavia, al considerando 53, è specificato che la scelta del Regolamento per disciplinare questa materia non deve costituire un precedente per i futuri atti dell'Unione in tema di mutuo riconoscimento in *materia penale*.

Tocca allora fermarsi, e volgere lo sguardo ai contesti giurisprudenziali, sovranazionali e nazionali, per provare a fissare la nozione di *materia penale*,

⁴² 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; la Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca; la Decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato; la Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

⁴³ In questi termini nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, 21.12.2016.

così poi da provare a ricondurla nel contesto della cooperazione giudiziaria.

2. *La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.* È necessario tornare alle origini della nozione di materia. E iniziare il percorso di comprensione e conoscenza ricostruendo il paesaggio, non lineare e in movimento, disegnato dalla Corte europea dei diritti umani. Chiunque voglia oggi avventurarsi nella disamina del concetto di *materia penale* deve necessariamente svestire gli abiti del pittore realista per indossare quelli del viaggiatore.

Non si tratta più dell'osservazione di un'immagine immobile, ben determinata, della quale possa riportarsi minuziosamente ogni dettaglio, in un quadro che rispecchi la nuda realtà delle cose. Diversamente, occorre intraprendere un itinerario composto di tracce lasciate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in un lungo e tortuoso percorso che ha consentito alla *materia penale* di liberarsi dalla crisalide delle rigidità formali e astratte per assumere fattezze flessibili e sostanziali. L'interprete prende allora consapevolezza del realizzarsi di una *metamorfosi*: da una *materia penale* intesa quale *concetto* a una *materia penale* intesa quale *idea*⁴⁴.

Il concetto di *materia penale* per l'ordinamento interno trova la sua ragion d'essere in un criterio formale e astratto, riconducibile alla definizione del legislatore. In particolare, l'illecito penale si riconosce dal tipo di sanzione che la legge ricollega alla commissione del fatto. Le sanzioni, tipiche e tassative, sono indicate nell'art. 17 del codice penale: ergastolo, reclusione, multa, per i delitti; arresto e ammenda, per le contravvenzioni. Tutto ciò che esula da tale

⁴⁴ ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit.; CONFORTI, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1994; MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in www.federalismi.it, *Focus Human Rights*, 2018, 1; CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2; MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.; MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 6 ss.; GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.

criterio non ha consistenza o dignità penalistica⁴⁵.

Diversamente, la Corte di Strasburgo adotta un approccio puramente sostanziale. Si vuole infatti evitare che la qualificazione formale funga da maschera pirandelliana, nascondendo ciò che si cela *oltre* l'apparenza. A Strasburgo ci si è spinti, appunto, *oltre* la maschera, elaborando una “nozione” autonoma di *materia penale*, elastica e sostanziale. Non più un concetto ma un'*idea* di *materia penale*. L'idea è questa: non è penale soltanto ciò che il legislatore definisce esser tale; è penale ciò che è, sostanzialmente, penale. Per poter assicurare infatti un adeguato livello di garanzie, la *materia penale* deve essere individuata non dalle etichette formali ma dalla sua sostanza. Ciò affinché l'irrogazione di una qualsiasi sanzione naturalmente penalistica possa essere resa legittima dal passaggio attraverso il filtro delle relative garanzie.

L'approccio sostanzialistico è stato inaugurato nella nota sentenza *Engel* e altri c. Paesi Bassi⁴⁶, in occasione della quale la Corte EDU ha elaborato tre criteri mediante i quali è possibile riconoscere l'illecito sostanzialmente penale. Essi, di regola, operano in maniera alternativa; solo in caso di incertezza si procede a una valutazione cumulativa. Pertanto, di regola, al ricorrere di uno soltanto di essi, la fattispecie, seppur mascherata dall'etichetta non penale (amministrativa, civile, tributaria, contabile, disciplinare, ecc.) può ascrivere alla cate-

⁴⁵ CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale”*, cit., 2 ss. Ampliando l'orizzonte dello sguardo, si noti che la dottrina accoglie una definizione formale-sostanziale di reato. Seppur si rinvenzano in letteratura numerosi tentativi di individuare un minimo comun denominatore tra le fattispecie penalmente rilevanti, il massimo grado sostanziale cui la definizione di reato riesce ad elevarsi coincide con una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di illecito penale. In particolare, se inteso in senso sostanziale, il reato «è un fatto umano che aggredisce un bene giuridico ritenuto meritevole di protezione da un legislatore che si muove nel quadro dei valori costituzionali, sempreché la misura dell'aggressione sia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla pena e sanzioni di tipo non penale non siano sufficienti a garantire un'efficace tutela». Per questa definizione c. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 160. Tuttavia, il tentativo di individuare il reato nei suoi tratti sostanziali si esaurisce in un controllo di legittimità costituzionale sull'uso che il legislatore fa della sanzione penale. In altri termini, la definizione formale-sostanziale compendia i limiti del decisore nelle scelte politico-criminali, imponendogli di fare “buon uso” della sanzione penale, da adoperarsi solo entro i ranghi dettati dalla Costituzione. Pur ponendosi in quest'ottica, la visione della sostanza del reato rimane parziale. Essa, infatti, non consente di individuare ciò che *deve* essere reato; o, per meglio dire, ciò che *deve* essere assistito dalle garanzie tipiche del diritto penale. Una qualsiasi fattispecie, esposta al fuoco della concezione formale-sostanziale, pur rivelando la trama del reato (sostanziale) potrebbe essere formalmente qualificata dal legislatore quale illecito non penale. Di qui il problema della c.d. frode delle etichette e l'affiorare della necessità di un rovesciamento di prospettiva.

⁴⁶ Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, in www.hudoc.echr.coe.int.

goria della *materia penale*.

I criteri possono essere così delineati: a) qualificazione giuridica interna dell'illecito e della sanzione; b) natura dell'illecito; c) natura e gravità della sanzione¹⁷.

Il primo funge da mero indicatore. Se la forma è già penale, *dovrà* dirsi penale anche la sostanza. Trova infatti applicazione il c.d. principio del *one way autonomy*. In altre parole, qualora la fattispecie abbia già le caratteristiche formalmente penali devono necessariamente applicarsi i livelli penalistici delle garanzie convenzionali. I criteri sostanziali della natura dell'illecito e della natura e gravità della sanzione non possono essere adoperati per sottrarre campo di applicazione alle garanzie penalistiche, poiché la Convenzione europea non può produrre effetti in *malam partem*¹⁸.

Lo scenario problematico si rivela solo nel caso in cui la fattispecie abbia ricevuto nell'ordinamento interno una qualificazione formale diversa da quella penalistica. Ciò consente, tra l'altro, di mettere a sistema i tre criteri di *Engel* secondo un rapporto di sussidiarietà: gli indici della natura dell'illecito e della natura e gravità della sanzione operano infatti solo nel caso in cui non abbia già trovato applicazione il primo criterio¹⁹.

Perciò, se la forma non è penale, occorre vagliare la sostanza, utilizzando gli altri due criteri quali strumenti rivelatori. Per determinare la natura dell'illecito l'accento deve porsi, da un lato, sulla gravità della trasgressione e, dall'altro, sulla struttura della norma violata. Il primo aspetto può essere valutato sulla base del danno prodotto o della riprovazione sociale suscitata. Il secondo, invece, guarda all'ampiezza del precetto punitivo rispetto alla generalità dei suoi destinatari. La giurisprudenza convenzionale ha fatto ampio uso di tale criterio – seppur in decisioni non troppo recenti – soprattutto in materia di sanzioni disciplinari ove si è giunti ad affermare che la portata non generale del divieto e la tipologia degli interessi tutelati consentono di escludere tali fat-

¹⁷ ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 188 ss.

¹⁸ GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto*, cit., 345 ss.; sul punto, da ultimo, cfr. Corte EDU, *Garofalo e altri c. Italia*, 13 febbraio 2025, in www.Hudoc.echr.coe.int, § 95.

¹⁹ CONFORTI, *Principio di sussidiarietà*, cit., 42; Corte EDU, *Garofalo e altri c. Italia*, 13 febbraio 2025, in www.Hudoc.echr.coe.int, § 95.

tispecie dall'alveo della *materia penale*⁵⁰. La portata settoriale e il progressivo abbandono da parte della giurisprudenza più recente quale criterio risolutivo determina un utilizzo *ad abundantiam* di tale indice da parte della Corte di Strasburgo, spesso valorizzato in coppia con la severità della sanzione⁵¹.

Decisamente di maggior frequente applicazione è il terzo criterio di Engel⁵². Esso può essere valorizzato sotto una duplice luce: da un lato, la natura della sanzione; dall'altro, la sua gravità. Le due componenti non si pongono però sullo stesso piano qualora si consideri la loro portata applicativa. In alcuni casi, dirimente è il grado di severità della sanzione in cui la persona coinvolta rischia di incorrere⁵³. In altri casi, il riconoscimento della natura penale dell'illecito avviene sulla scorta della natura della sanzione, anche in caso di una gravità non rilevante⁵⁴.

Una netta prevalenza di quest'ultimo indice, sia sull'elemento della gravità che sui restanti criteri, è andata via via consolidandosi nella giurisprudenza convenzionale nella forma del criterio teleologico⁵⁵. A partire dalla sentenza *Öztürk*⁵⁶ si è ritenuto che l'eventuale carattere penale di una certa fattispecie fosse da scrutinare, in via prioritaria, sulla scorta della funzione della restrizione. Si ritiene che il grado di severità della sanzione sia eccessivamente esposto a derive arbitrarie dell'interprete e pertanto non decisivo in tal senso⁵⁷. Tale approccio è stato poi confermato nelle pronunce successive⁵⁸.

La Corte concentra la valutazione circa la penalità dell'istituto su tre criteri

⁵⁰ MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea*, cit., 1901.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Tale criterio opera nella sua pienezza nei casi *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995; *Jamil c. Francia*, 8 giugno 1996, § 29; *Malige c. Francia*, 23 settembre 1998, §§ 38 s.; *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 30 agosto 2007; e *Gurguchiani c. Spagna*, 15 dicembre 2009, §§ 40 ss. Sul punto v. ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 184 ss.

⁵³ Basti pensare proprio a quanto affermato dalla Corte nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Un approccio quantitativo emerge anche nella sentenza *Morel c. Francia*, 3 giugno 2003.

⁵⁴ Corte EDU, *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, 21 febbraio 1984, in www.hudoc.echr.coe.int; Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2016, in www.hudoc.echr.coe.int.

⁵⁵ ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 185 ss.

⁵⁶ Corte EDU, *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, 21 febbraio 1984, in www.hudoc.echr.coe.int. Sul punto v. PALIERO, "Materia penale", e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.

⁵⁷ MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 8; PALIERO, "Materia penale", e *illecito amministrativo*, cit., 919.

⁵⁸ Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2016.

che contrassegnano altrettante eterogenee finalità: riparativa, preventiva o punitiva. Qualora si rilevi un carattere esclusivamente riparativo, la fattispecie non può essere ascritta al novero della *materia penale*. Lo stesso dicasi per la finalità preventiva⁵⁹. Di converso, dovrà dirsi sostanzialmente penale quell'afflizione caratterizzata da una funzione punitiva. È per questa via che la Corte europea ha affermato la natura non penale di alcuni istituti che, pur avendo carattere afflittivo, sono stati ricondotti nell'alveo delle finalità riparative o preventive e, di conseguenza, sottratti allo statuto tipico delle garanzie penalistiche convenzionali, beneficiando quindi di uno standard meno elevato. Basti pensare alla recente sentenza resa dalla Grande camera nel caso *De Tommaso c. Italia*⁶⁰ sulle misure di prevenzione personali, il cui principio di diritto può estendersi (ed è stato esteso) anche alle misure di prevenzione di carattere patrimoniale; prima fra tutte, la confisca di prevenzione (Corte EDU, *Garofalo c. Italia*)⁶¹.

Peraltro, è necessario specificare che i due termini del rapporto (funzione preventiva-risarcitoria-ripristinativa, da un lato, e funzione sanzionatoria, dall'altro) non si trovano in una relazione di opposizione reale. In altre parole, essi non si autoescludono. Come è stato rilevato dalla giurisprudenza della Corte convenzionale, tali finalità possono fra loro coesistere poiché «*gli scopi di prevenzione e di riparazione si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati elementi costitutivi della nozione di pena*». Ne deriva che il confine della *materia penale* si contrassegna a seconda della prevalenza della componente punitiva, preventiva o ripristinatoria⁶².

⁵⁹ ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 190 ss.

⁶⁰ Corte EDU, *Grande Chambre, De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, in www.hudoc.echr.coe.int.

⁶¹ Corte EDU, *Garofalo e altri c. Italia*, 13 febbraio 2025, in www.hudoc.echr.coe.int, § 134 ss. In proposito, la Corte conferma il proprio orientamento per il quale la confisca di prevenzione «*ensure that crime does not pay and [...] prevent unjust enrichment, by depriving the individual concerned and third parties not having a valid claim over the property to be confiscated of the profits of criminal activities, and was, accordingly, essentially of a restorative and not punitive nature (see, for example, Ulenek, cited above, § 50)*».

⁶² ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 188 ss.; GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto*, cit., 348 ss. Sul punto si veda Corte EDU *Menarini Diagnostics c. Italia*, 27 settembre 2011, §§ 30 ss., in www.hudoc.echr.coe.int; Corte EDU, *Garofalo e altri c. Italia*, 13 febbraio 2025, in www.hudoc.echr.coe.int, §§ 122 ss.

2.1. *Le criticità del sistema. Il pendolo delle garanzie.* Il quadro delineato dalla giurisprudenza di Strasburgo se, per un verso, riesce a ridurre il tasso di soluzioni ingiuste generate dal sistema giuridico, per l'altro, aumenta la componente dell'incertezza e della imprevedibilità dei confini della *materia penale*⁶³. Dal combinato disposto del criterio teleologico con quello della gravità discende un generale *oscillare* del livello delle garanzie convenzionali. Gli scenari ipotizzabili sono essenzialmente tre.

Il primo si dà nell'ipotesi in cui a un elevato tasso di gravità della sanzione corrisponda una finalità di tipo ripristinatorio o preventivo. In tal caso, il criterio teologico determina un generale depotenziamento del livello delle garanzie. Nonostante la gravità della misura irrogata, considerata la finalità non punitiva della sanzione, l'applicazione delle garanzie penalistiche entrerebbe potenzialmente in conflitto con il perseguimento della finalità ripristinatoria o preventiva. Si palesa perciò il rischio di una nuova frode delle etichette daché la massimizzazione del livello di garanzie dovrebbe congiungersi con l'elevato grado di afflittività⁶⁴.

A soluzioni diametralmente opposte si addivene nel secondo scenario, caso in cui l'afflizione si riveli di più blanda gravità e abbia però una finalità punitiva. Qui si applicherebbero ugualmente le garanzie penalistiche nonostante il modesto tasso di afflizione. Tale soluzione riceve apprezzamenti di favore da parte della scuola più garantista poiché capace di realizzare un ampliamento dell'area applicativa delle garanzie convenzionali. Al contempo, secondo alcuni autori, essa appare incoerente a livello dogmatico. Il giudice di Strasburgo avrebbe sostanzialmente chiuso ogni spazio alla previsione di illeciti e san-

⁶³ ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 188 ss.

⁶⁴ Per questa tesi v. anche CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale"*, cit., 33. Si noti che tale *modus operandi* è proprio quello che, in occasione della pronuncia resa sul caso *Garofalo* c. Italia, ha consentito nuovamente alla Corte convenzionale di negare il carattere penale della confisca di prevenzione. In questa decisione, da un lato, si rileva che la confisca di prevenzione interferisce seriamente col diritto di proprietà, tanto da poter essere considerata una misura di relativa gravità, anche alla luce della mancata previsione di qualsiasi limite massimo di valore; il che rende questa forma di ablazione uno strumento capace di colpire beni di valore considerevole (§ 135). Dall'altro lato, la Corte ritiene che la misura in esame non abbia carattere penale nell'accezione accolta dalla giurisprudenza convenzionale, tenuto conto del suo scopo ripristinatorio: evitare l'arricchimento ingiustificato derivante dai reati, privando gli interessati dei profitti illeciti (Corte EDU, *Garofalo* c. Italia, 13 febbraio 2025, in www.hudoc.echr.coe.int, §§ 126 ss.).

zioni amministrative (c.d. sanzioni proprie). A prescindere dalla gravità, qualsiasi sanzione amministrativa, anche di lieve entità, che sia propriamente “punitiva”, avrebbe sempre natura penalistica. In altri termini, l’esigenza di assicurare il rispetto del c.d. nocciolo duro delle garanzie fondamentali anche nell’ambito dell’illecito amministrativo, spinge la Corte a ridisegnare il perimetro della *materia penale*⁶⁵. Lo “strumento” appare dogmaticamente “scordato”.

Inoltre, anche lo scenario “intermedio” (il terzo) appare non in sintonia con la lettura più garantista del sistema. Infatti, l’eventuale prevalenza della finalità preventiva o ripristinatoria non elimina la componente repressiva che, seppur sub-valente, è comunque presente. In ogni caso, ciò permetterebbe comunque un’elusione dello standard penalistico di garanzie.

È agevole osservare che in tal modo il sistema non è prevedibile nei suoi risultati. La *materia penale* convenzionale sembra riconducibile a un assemblaggio di pezzi secondo diverse combinazioni nell’adozione di una logica *fuzzy*⁶⁶. Peraltro, se osservati alla luce del *quantum* afflittivo, gli scenari prospettabili rivelano una incoerenza di fondo: una modesta afflizione assistita dalle garanzie penalistiche, un’elevata afflizione e/o una afflizione avente carattere punitivo, seppur sub-valente, non assistite dalle garanzie penalistiche.

3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia tra nozione autonoma di materia penale e garanzie.* Le considerazioni svolte in precedenza in merito all’indefinito rapporto di genere a specie tra *criminal proceedings* e *proceedings in criminal matters* rendono inevitabile un’analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia per apprezzare lo sforzo definitivo imposto dal legislatore europeo.

Dalla lettura delle pronunce dei giudici di Lussemburgo nella perimetrazione del concetto di *materia penale* emerge una duplice prospettiva. Da una parte, a dare contenuto al concetto è il costante e ineliminabile dialogo tra le Corti europee - della piccola e grande Europa - e quelle nazionali incentrato sul

⁶⁵ CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale”*, cit., 33.

⁶⁶ ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 189.

principio del *ne bis in idem*⁶⁷. Dall'altra affiora una tendenza della giurisprudenza europea a rivendicare autonomia definitoria mediante l'elaborazione di «concetti autonomi» necessari ad armonizzare le differenze lessicali, le tradizioni giuridiche degli Stati membri e ad attuare il principio della c.d. «equivalenza linguistica».

Nel tracciare il confine della *materia penale*, la Corte di giustizia sembra, inizialmente, allinearsi con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo accogliendo, senza riserve, la nozione elaborata mediante gli *Engel criteria*⁶⁸. Tut-

⁶⁷ Per un'attenta analisi AMALFITANO-D'AMBROSIO, *Articolo 50*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Mastroianni-Pollicino-Allegrezza-Pappalardo-Razzolini, Milano, 2016, 1016; BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU law*, Amsterdam, 2010, 57 ss. 217 ss.; DE AMICIS, *Il principio del "ne bis in idem" europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, 49, 3162 ss.; DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1413 ss.; GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2011; RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti europolitane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1374; TIZZANO, *Il ne bis in idem nel dialogo tra le Corti europee*, in *Regards croisés sur la protection nationale et internationales des droits de l'homme/Intersecting views on National and International Human Rights Protection*, Chicago, 2019, 935 ss; TOMKIN, *Article 50 - The Right not be Tried or Punished Twice in Criminal Proceedings for the same Criminal Offence, in the EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di Peers-Hervey-Kenner-Ward, Oxford, 2014, 1380 ss; WEYEMBERGH, *Le ne bis in idem en matière pénale dans l'UE: de quelques développements récents et de quelques perspectives*, in *Existe-t-il un seul NON BIS IN IDEM aujourd'hui?*, Parigi, 2017, 195 ss. Sul punto vale la pena ricordare le conclusioni dell'Avv. Generale Ruiz-Arabo Colomer nella causa *Gözütok e Brügger*, C-187/01, par.49: «alla base di questo principio si trovano due pilastri fondamentali di ogni sistema giuridico. Il primo è la certezza del diritto, l'altro, il principio di equità. Una volta che l'autore dell'infrazione sia stato giudicato e punito, egli deve poter essere certo che con l'esecuzione della pena ha definitivamente espiato la sua colpa, e non deve quindi temere di andare incontro ad una nuova sanzione. Nel caso in cui venga assolto, egli deve essere altrettanto certo che non verrà aperto un altro procedimento allo scopo di giudicarlo di nuovo». Peraltro, lo stesso Parlamento europeo, già nel 1984, nella risoluzione sull'applicazione nella Comunità europea del principio "non bis in idem" in *materia penale* (GU C 104 del 16.4.1984, 133 ss.) rilevava che esso «trae motivo dall'interesse tanto per la società quanto per l'individuo, a che venga pienamente riconosciuta l'autorità della cosa giudicata, e ciò a garanzia del rispetto delle sentenze giudiziarie e della tutela del singolo».

⁶⁸ Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, cfr. §§ 82-83, in www.echr.coe.int. Tra le altre fonti, per una approfondita analisi BERNARDI, *Art. 7. "Nessuna pena senza legge"*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, 249 ss.; DELMAS-MARTY, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rév. sci. crim.*, 1987, 820 ss.; ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 307 ss.; MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes-Zagrebel'sky, Milano, 2011, 38 ss.; MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione europea*, cit., 413 ss.; PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo*, cit., 894 ss.

tavia, analizzando il percorso ermeneutico della corte di Lussemburgo, attenta dottrina ha sottolineato come in virtù del potere discrezionale affidato al giudice nazionale sembra delinearsi un concetto di *materia penale* orientato secondo una «geometria variabile»⁶⁹, a seconda del tipo di rinvio pregiudiziale sollevato, dal parametro normativo oggetto di interpretazione, dal contesto normativo di riferimento e dall'interpretazione operata⁷⁰.

Pur costituendo una delle questioni più dibattute nella prassi giudiziaria eu-rounitaria e nazionale, tale analisi non aiuta a decodificare l'enigmatica espressione utilizzata dal legislatore europeo al considerando n. 13. L'esplicito riferito del considerando menzionato all'autonomia definitiva suggerisce di mutare angolo prospettico e guardare al ruolo assunto dalla Corte di giustizia nel processo interpretativo dei concetti autonomi necessario per l'attuazione e il rispetto del diritto dell'Unione negli ordinamenti giuridici degli Stati membri⁷¹.

È noto: l'elaborazione di tali concetti è volta a garantire l'effettività e l'autonomia in un sistema caratterizzato dalla compresenza di una moltitudine di ordinamenti giuridici, ciascuno contraddistinto da regole proprie e da peculiarità lessicali espressive di tradizioni giuridico-culturali⁷².

⁶⁹ SOTIS, *Il diritto senza Codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 18 ss.; VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3.

⁷⁰ Per un approfondito commento CALVANO, *Un caso di frode fiscale, occasione per riflessioni di rilievo costituzionale nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU*, in *Giuri. cost.*, 2013, 3615; CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto europolitano e convenzionale*, in *Giurisprudenza penale* 2018, 4; CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in www.diritticomparati.it, 2013; DONINI, *Septies in idem*, cit., 2296; FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione. Note a margine di Corte di Giustizia, cause 20 marzo 2018, Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3; MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte. Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 247; MIRANDA-LASAGNI, *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law*, in *Eurcrim*, 2019, 2, 126; NASCIBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 98.

⁷¹ Più diffusamente sul ruolo assunto dalla Corte di giustizia come "fonte di riavvicinamento mediato degli ordinamenti nazionali" MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, 42 ss.; TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 141.

⁷² DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational*

Il raggiungimento dell'uguaglianza linguistica è particolarmente complesso per le divergenze nella portata e nell'uso dei concetti giuridici degli Stati membri. Ed è proprio nel campo del diritto penale che la teoria dei concetti autonomi sconta le maggiori difficoltà. Il diritto penale, infatti, riflette scelte sociali, politiche e legislative profondamente radicate negli Stati membri, ancorati alle specificità costituzionali dei concetti chiave, del lessico del proprio ordinamento e dalla mancanza di categorie dommatiche⁷³. La teoria dei concetti autonomi, se da un lato presenta il vantaggio di consentire l'interpretazione comune di concetti che provengono da tradizioni giuridiche diverse, dall'altro mostra i suoi limiti quando c'è da intendersi su chi definisce e su come circoscrive la nozione autonoma.

In questo senso si può leggere la vicenda in cui la Corte di giustizia, sollecitata con rinvio pregiudiziale dal tribunale distrettuale polacco, chiarisce, appunto, cosa debba intendersi con il termine "custodia" contenuto nell'art. 26 della decisione quadro 2002/584/GAI⁷⁴.

In tale occasione i giudici di Lussemburgo, richiamando un proprio precedente⁷⁵, affermano che «le norme dell'Unione devono essere interpretate e

Legal World, Oxford, 2009, 72 ss.; MISTILEGAS, *Autonomous Concepts, Diversity Management and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, 57, 45 ss.; TIZZANO, *Problemi "linguistici" nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2017, 861 ss.

⁷³ Si veda BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 104 ss.; DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 8.; GRANDI, *Mutuo riconoscimento*, cit., 204.

⁷⁴ Corte giust., 28 luglio 2016, C- 294/16 PPU, in www.eur-lex.europa.eu. La controversia tra JZ e la Prokuratura Rejonowa Łódź - Śródmieście (procura del distretto di Łódź, Polonia) attiene alla richiesta dell'interessato di dedurre dalla durata complessiva della pena detentiva a cui egli era stato condannato in Polonia il periodo nel corso del quale lo Stato di esecuzione del mandato d'arresto europeo, ossia il Regno Unito e Irlanda del Nord, lo ha sottoposto a sorveglianza elettronica del luogo di soggiorno, associata ad arresti domiciliari.

⁷⁵ Corte giust., 29 aprile 2015, C-528/13, Léger, in www.eur-lex.europa.eu, § 35. In tale contesto i giudici europei, richiamando una costante giurisprudenza (sentenze *Cricket St Thomas*, C-372/88, EU:C:1990:140, punti 18 e 19; *Kurcumis Metal*, C-558/11, EU:C:2012:721, punto 48, nonché *Ivansson e a.*, C-307/13, EU:C:2014:2058, punto 40), ribadiscono che «la formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di una disposizione del diritto dell'Unione non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di questa disposizione, né si può attribuire ad essa un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Le norme del diritto dell'Unione devono essere infatti interpretate ed applicate in modo uniforme, alla luce delle versioni vigenti in tutte le lingue dell'Unione europea. In caso di divergenza tra le varie versioni linguistiche di un testo del diritto dell'Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata in funzione dell'economia generale e della finalità della

applicate in modo uniforme alla luce delle versioni vigenti in tutte le lingue dell'Unione. I termini custodia e privazione della libertà sono da considerarsi espressioni simili, entrambe richiamanti una situazione in cui una persona è rinchiusa o incarcerata, e non una mera restrizione della libertà di movimento»⁷⁶.

Successivamente, con tre decisioni⁷⁷, i giudici di Lussemburgo tornano a interpretare la Decisione Quadro 2002/584/GAI chiarendo cosa si debba intendere per “autorità giudiziaria” ai fini dell'emissione di un mandato d'arresto.

In proposito si precisa che il richiamo fatto dall'art. 6 par. 1 della suddetta decisione al diritto interno nell'individuazione dell'autorità giudiziaria emittente si riferisce solo all'identificazione dell'autorità competente a emettere il mandato di arresto europeo, ma non riguarda la definizione della nozione di “autorità giudiziaria”.

«Il senso e la portata della nozione di autorità giudiziaria non possono infatti essere lasciati alla discrezionalità dei singoli Stati membri, ma richiedono un'interpretazione autonoma e uniforme»⁷⁸.

normativa di cui fa parte».

⁷⁶ Corte giust. C- 294/16 PPU, §§ 38- 40.

⁷⁷ Corte giust., 10 novembre 2016, C-477/16 PPU, *Kovalkovas*; Corte giust., 10 novembre 2016, C-453/16 PPU, *Özçelik*; Corte giust., 10 novembre 2016, C-452/16 PPU, *Poltorak*, in eur-lex.europa.eu. Nel primo caso, a seguito di una condanna inflitta al sig. Kovalkovas dal tribunale distrettuale di Jovana (Lituania), il Ministero della Giustizia lituano emette un mandato d'arresto europeo nei suoi confronti per l'esecuzione di una parte di pena ancora da scontare. Il tribunale di Amsterdam, in qualità di autorità giudiziaria di esecuzione, solleva dubbi sulla possibilità di considerare il Ministero della giustizia lituano come un'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro, e, di conseguenza, se il mandato emesso possa essere qualificato come una decisione giudiziaria ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della medesima decisione quadro. Nel secondo caso, a seguito dell'emissione del mandato d'arresto europeo emesso dal Tribunale distrettuale di *Veszprém* (Ungheria) nei confronti del sig. *Özçelik*, il Tribunale di Amsterdam, in qualità di autorità di esecuzione, solleva questione di pregiudizialità dinanzi alla Cgue in quanto la decisione giudiziaria su cui si fonda il mandato, come emerge dal certificato trasmesso, è stata emessa dal Dipartimento di polizia di *Ajka* e confermato con decisione del procuratore. Nel terzo caso, a seguito della condanna del sig. *Poltorak* da parte del Tribunale di *Göteborg* (Svezia), la polizia svedese ha emesso un mandato d'arresto europeo per consentire l'esecuzione della pena. Il Tribunale di Amsterdam, incaricato di eseguire il mandato, ha sollevato dubbi sulla qualificazione della polizia svedese come “autorità giudiziaria”, interrogandosi se tale mandato possa essere considerato una “decisione giudiziaria” valida ai sensi della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

⁷⁸ Corte giust., C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, cit. § 32. Cfr. Corte giust., 17 luglio 2008, *Kozłowski*, C-66/08, § 43; Corte giust., 16 novembre 2010, Mantello, C-261/09, § 38.

La Corte, richiamando il principio della separazione dei poteri, afferma che l'espressione "autorità giudiziaria" impiegata dalla Decisione Quadro non si riferisce ai soli giudici o organi giurisdizionali di uno Stato membro, ma consente di ricomprendere anche «le autorità chiamate a partecipare all'amministrazione della giustizia nell'ordinamento giuridico in questione»⁷⁹, come ad esempio il pubblico ministero.

«Allo stesso tempo, essa non può essere interpretata nel senso di ricomprendervi anche un organo del potere esecutivo di uno Stato membro, quale un Ministero»⁸⁰ o «i servizi di Polizia»⁸¹.

Le certezze ermeneutiche raggiunte con riferimento alle questioni sopra esposte non si riscontrano, però, nella perimetrazione del concetto autonomo di "procedimento in *materia penale*" che si ritrova nel testo del Regolamento 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca.

Una chiave ermeneutica, debole perché indiretta, per dare consistenza al concetto, sembra provenire dal caso *Balaz* della Corte di giustizia.

In tale occasione, la Corte – seppur sollecitata a esprimersi sul concetto di "autorità giudiziaria competente, in particolare, in *materia penale* – afferma che si tratta di una «nozione autonoma del diritto dell'Unione europea e deve essere interpretata nel senso che rientra in tale nozione ogni organo giurisdizionale che applichi un procedimento che presenta le caratteristiche essenziali di un procedimento penale»⁸².

La dottrina sottolinea, però, come i giudici di Lussemburgo, anche in successive pronunce, e lo stesso fanno altri organi dell'Unione, non forniscano alcuna indicazione su quali siano le caratteristiche essenziali di un procedimento in *materia penale*⁸³.

⁷⁹ Corte giust., *Poltorak*, cit., § 33.

⁸⁰ Corte giust., *Kovalkovas*, cit., § 35.

⁸¹ Corte giust., *Poltorak*, cit., §34.

⁸² Corte giust., 14 novembre 2013, C-60/12, *Balaz*, cit, § 42, in www.eur-lex.europa.eu.

⁸³ Fra tutti GRANDI, *Mutuo riconoscimento*, cit., 205 ss. Lo stesso Autore sottolinea che la Commissione europea, in riferimento alla confisca senza condanna, ai fini del Regolamento 1805/2018, ha affermato che «il provvedimento può considerarsi adottato nell'ambito di un procedimento in *materia penale* nella misura in cui sia stabilito un collegamento con un reato» senza, tuttavia, approfondire le caratteristiche insiste in tale tipo di collegamento.

La mancanza di una nozione formale e certa di procedimento in *materia penale* rende necessaria un'inversione di rotta nel tentativo di cercare di delineare il significato del concetto partendo non dalle pronunce giurisprudenziali, peraltro assenti, ma dalle caratteristiche che un tale procedimento deve presentare, in altre parole indagando quali sono le garanzie applicabili.

A questo punto i dubbi si moltiplicano.

Procedimento in *materia penale* sarebbe quel procedimento che presenta le caratteristiche essenziali di un procedimento penale e quindi anche un diverso tipo di procedimento che presenta un più flebile collegamento a un reato ma che comunque vede l'attuazione di tutte le garanzie previste dalla Carta di Nizza o solo alcune di esse?

Cercando di analizzare le garanzie che secondo la giurisprudenza europea sono necessarie per questo procedimento, un livello minimo sembra essere riconosciuto dalla Corte di giustizia in materia di confisca nei confronti dei terzi.

Il caso trae origine da due domande di pronuncia pregiudiziale presentate dalla Corte d'appello di Varna nell'ambito di due distinti procedimenti penali avviati nei confronti di due cittadini bulgari per il reato di detenzione non autorizzata, a scopo di spaccio, di sostanze stupefacenti altamente pericolose, fattispecie prevista dall'art. 354a del Codice penale bulgaro.

In tale occasione, la Corte è chiamata a interpretare anche la portata applicativa del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale nei confronti di una persona diversa dall'autore del reato e per cui è stato emesso un provvedimento di confisca⁸⁴.

I giudici di Lussemburgo sul punto hanno affermato che l'art. 47 della C.D.F.U.E. osta a una normativa nazionale che preclude la partecipazione all'interno del processo penale al terzo che ha subito il provvedimento ablativo.

⁸⁴ Corte giust., 21 ottobre 2021, C-845/19, in www.eur-lex.europa.eu. Per un approfondimento TRINCHERA, *Una pronuncia della Corte di giustizia UE in tema di confisca nei confronti del terzo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 580, l'Autore evidenzia, altresì, le ricadute sull'ordinamento italiano di tale pronuncia e l'esigenza di un intervento del legislatore che conferisca al terzo colpito dalla misura ablativa gli strumenti adeguati a tutelare la sua posizione giuridica prima dell'adozione della decisione sulla confisca, quantomeno riconoscendo le medesime garanzie previste nel procedimento di prevenzione.

rio⁸⁵.

A destare maggiori perplessità è l'ambito di applicazione dell'art. 48 della Carta di Nizza. Seppur il Regolamento, come più approfonditamente esposto al paragrafo precedente, contenga al considerando n. 18 un elenco di direttive aventi ad oggetto diritti procedurali, tra cui la presunzione d'innocenza⁸⁶, numerosi dubbi sorgono sulla sua corretta applicazione in quei procedimenti caratterizzati dalla connessione ad un reato. Il riferimento è alle *non conviction-based confiscation*, e, in particolare, alle misure di prevenzione.

Nell'ordinamento interno, continuano a emergere, soprattutto in letteratura, dubbi sulla natura di tali misure, e sulle conseguenti ripercussioni in tema processuale, nonostante il lavoro di ammorbidimento della Corte cost. in linea con la giurisprudenza della Corte EDU⁸⁷.

Eppure, l'Unione europea, in maniera ostinata, sembra andare in direzione contraria. Mossa dalla volontà di contrastare la criminalità organizzata e recuperare patrimoni illeciti affinché il crimine "non paghi", ha ormai da tempo introdotto una serie di iniziative volte a perseguire tale obiettivo. Da ultimo, con la direttiva (UE) 2024/1260 ha introdotto all'art. 16 un nuovo modello di confisca ovrerosia *confiscation of unexplained wealth linked to criminal activities*. Si tratta di una confisca senza condanna, residuale rispetto alle misure previste agli articoli precedenti, avente ad oggetto «beni identificati nel contesto di un'indagine connessa a un reato purché l'organo giurisdizionale nazionale sia convinto che i beni identificati derivino da condotte criminose commesse nel quadro di un'organizzazione criminale e tali condotte possano

⁸⁵ Corte giust., *Okrazhna prokuratura - Varna*, § 82-85.

⁸⁶ Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in www.eur-lex.europa.eu.

⁸⁷ Sul dialogo tra la Corte EDU e la Corte costituzionale e di cassazione, *ex multis* BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, 2018, 455 ss.; FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 marzo 2019; MENDITTO, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n.24*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, 10; VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 marzo 2017; ID., *Le sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, 146 ss.

produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole»⁸⁸.

D'altro lato, i giudici di Strasburgo sembrano aver escluso, definitivamente, la natura giuridica di sanzione penale della confisca di prevenzione, sottolineandone la funzione ripristinatoria volta a garantire che il crimine non paghi e a prevenire l'ingiusto arricchimento⁸⁹.

Anziché confidare in un'improbabile "folgorazione sulla via di Damasco" dei giudici della Corte EDU, che, attraverso un orientamento ormai granitico, hanno escluso le misure di prevenzione, attinenti, prima, a criminalità organizzata, poi, anche "ordinaria", dal concetto di *materia penale*, si auspica un chiaro intervento da parte dei giudici di Lussemburgo. Potrebbe essere questa l'occasione per la Corte di giustizia di interpretare il concetto autonomo di "*proceeding in criminal matters*" elaborato dal legislatore europeo e chiarire, finalmente, le garanzie essenziali, necessarie affinché una misura ablatoria possa considerarsi compresa nel novero di tutti quei procedimenti che si caratterizzano per la connessione ad un reato.

4. *La progressiva compenetrazione nell'ordinamento interno del concetto di materia penale tra illusioni e falsi miti di progresso.* L'impressione che si trae dalle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti è che in definitiva quella di *materia penale*⁹⁰ si risolve in una nozione estremamente elastica, suscettibile di essere modellata e adattata in funzione delle caratteristiche specifiche del caso concreto. Nella fluidità della narrazione convenzionale, lo si è visto, la sua duttilità risponde essenzialmente all'esigenza, a più riprese rivendicata dal-

⁸⁸ Direttiva (UE) 2024/1260 del Parlamento e del Consiglio del 24 aprile 2024, in www.eur-lex.europa.eu Per un'analitica analisi MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, in www.sistemapenale.it, 30 dicembre 2024.

⁸⁹ Corte EDU, *Garofalo c. Italia*, 13 febbraio 2025, in www.hudoc.echr.coe.int. Per un approfondimento FINOCCHIARO, "*Garofalo e altri c. Italia*": la Corte EDU afferma la legittimità della confisca di prevenzione e ne riconosce, per la prima volta, la natura ripristinatoria, in www.sistemapenale.it, 24 febbraio 2025.

⁹⁰ Sulla nozione di *materia penale* nell'ordinamento interno, cfr. *ex multis* MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini-Foffani, Torino, 2018.

la Corte di Strasburgo, di dilatare i confini del recinto delle garanzie convenzionali al di là delle categorie di genere cristallizzatesi nel diritto interno.

Seppur con talune incongruenze di fondo, un'applicazione in termini analoghi della *materia penale* si registra anche nella prassi della Corte di giustizia dell'Unione europea. Indicazioni significative in proposito, come osservato, emergono in particolar modo dal cospicuo numero di pronunce rese in materia di "*ne bis in idem*", laddove tra le due Corti europee si manifesta una sostanziale consonanza di intenti e procedure⁹¹.

Restia a divincolarsi dal formalismo che ne permea la tradizione giuridica, la giurisprudenza interna, dal suo canto, ha manifestato in prima battuta scarso interesse rispetto all'insegnamento del giudice europeo⁹². La possibilità di estendere il catalogo di garanzie riservate all'area del penalmente rilevante sulla scorta di una serie di indici di natura sostanziale, quali quelli proposti dalla giurisprudenza di Strasburgo, è stata salutata con tangibile scetticismo dai giudici nazionali che vi hanno innalzato contro un autentico muro di contenimento, rivendicando con orgoglio il loro esclusivo assoggettamento alla legge, a maggior ragione se e quando chiamati a qualificare un fatto come reato o come sanzione penale (art. 25, co. 2 Cost.)⁹³.

⁹¹ In argomento, ex multis BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.federalismi.it, 2018; LO SCHIAVO, *The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope and restrictions*, in *Eur. Const. Law Review*, 2018, 644 ss.; VARESANO, *Il diritto al ne bis in idem e il doppio binario sanzionatorio: alcune riflessioni a margine della sentenza Garlsson Real Estate*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2018, 711; BASILE, *Il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. com.*, 2019, 129 ss.; CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurolunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 955 ss. DONINI, *Septies in idem*, cit., 2296.

⁹² Senza pretesa di completezza, sul "dialogo" tra le Corti interne e sovranazionali, cfr. CAROZZA, *Tradizioni costituzionali comuni, margine di apprezzamento e rapporti tra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo. Quale Europa dei diritti?*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di Falzea-Spadaro-Ventura, Torino, 2003, 567 e ss.; CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1999; CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 303 ss.; CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la "giustizia del caso singolo"*, in *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, a cura di Romboli-Ruggeri, Torino, 2019, 83 ss.; DI BIASE, *Convenzione sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014.

⁹³ Come osserva CAVALIERE, in realtà, una nozione "sostanziale" di reato è stata già formulata dal Bricola che nella sua celebre "Teoria generale del reato" - richiama, in aggiunta al concetto formale e non in sostituzione di esso, un concetto sostanziale di reato e, dunque, necessariamente anche di sanzione penale, in chiave critica della legislazione vigente. 'Sostanziale' non nel senso di metagiuridico, ma di costituzionalmente orientato. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale*, cit., 2.

Come spesso verificatosi nella storia repubblicana, ci ha pensato la Corte costituzionale a imprimere una spinta decisiva verso il graduale superamento di questo atteggiamento di radicale chiusura, rendendosi portavoce delle istanze di cambiamento formulate dalla giurisprudenza d’Oltralpe. Attraverso la sua opera mediatrice, la Consulta è riuscita faticosamente a dissipare la fitta rete di ombre creatasi attorno all’impiego della categoria della *materia penale*, ingaggiando un costante, per quanto non sempre agevole, confronto con i giudici europei.

In un primo frangente, il giudice delle leggi si è limitato a mettere in luce come l’attrazione di una sanzione amministrativa nella *materia penale* in virtù dei “criteri Engel” implichi l’assoggettamento delle stesse solamente alle garanzie riservate dalla C.E.D.U. alle sanzioni penali, le quali vengono, in sostanza, a coincidere con il nucleo essenziale dell’art. 25, co. 2 Cost., ovvero con il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole⁹⁴ e con i principi di determinatezza/tassatività dell’illecito e delle sanzioni⁹⁵.

Anche in questa fase, ad ogni modo, la Corte fa salva la possibilità per il legislatore nazionale di apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle previste dalla Convenzione, riservandole alle sole sanzioni qualificate come penali nell’ordinamento interno.

In un secondo frangente, dovendo fare i conti con la consueta perdurante inerzia del Parlamento, il giudice delle leggi ha provveduto, *sua sponte*, a estendere alle sanzioni amministrative a carattere punitivo, in quanto tali, ovvero, indipendentemente dalla rilevanza degli interessi coinvolti, larga parte dell’intero “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali.

In questo contesto, un’autentica svolta si è avuta con la sentenza n. 63 del 2019⁹⁶, con la quale la Corte ha esteso alle sanzioni amministrative “punitive” il principio di retroattività *della lex mitior*, ritenendo tale operazione «conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla

⁹⁴ Si richiamano, in particolare, le argomentazioni svolte nelle sentenze n. 68 del 2017, n. 223 del 2018 e n. 96 del 2020.

⁹⁵ V. sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018.

⁹⁶ Corte cost. n. 63/2019, *con nota ex multis di SCOLETTA, Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2019. Cfr. pure LAVARINI, *Illegittimità costituzionale di sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” e rimodulazione del giudicato*, in www.laegislazionepenale.eu, 15 luglio 2021, 1-16.

base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali», la quale «[...] impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006)⁹⁷.

4.1. *Non è sempre tutto oro quel che luccica. Limiti e incongruenze nell'esegesi della Corte costituzionale.* Per quanto indubbiamente apprezzabili sul versante delle garanzie, gli sforzi profusi dalla Corte costituzionale non hanno permesso di superare alcune aporie sistematiche, impedendo di fatto una piena applicazione delle coordinate ermeneutiche elaborate dalla giurisprudenza europea. Talvolta, faglie e incongruenze si rilevano persino anche in seno alla stessa giurisprudenza costituzionale, le quali appaiono sintomatiche delle tensioni che hanno attraversato il processo di importazione della categoria della *materia penale* nell'ordinamento interno.

Ancora in parte irrisolto permane, ad esempio, il problema della sorte delle sanzioni amministrative applicate con sentenza irrevocabile sulla base di disposizioni dichiarate successivamente incostituzionali⁹⁸, laddove nel giro di meno di quattro anni la Corte ha finito per smentire sé stessa: la sentenza n. 68 del 2021 ribalta il precedente del 2017 in merito alla possibilità di promuovere l'incidente di esecuzione a fronte della declaratoria di incostituzionalità di una norma relativa a una sanzione sostanzialmente penale⁹⁹.

La questione sottoposta all'attenzione della Corte attiene alle ricadute dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale del meccanismo di applicazione

⁹⁷ *Sul punto*, v. VIGANÒ, Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 10, il quale osserva come «anche la retroattività in mitius ha fatto così ingresso nello statuto garantistico della sanzione amministrativa di carattere 'punitivo', con conseguente illegittimità costituzionale di eventuali discipline transitorie che mirino, senza adeguata giustificazione, a escludere l'applicazione retroattiva di modifiche sanzionatorie più favorevoli».

⁹⁸ In argomento, v. Corte cost. 223/2018, con note di GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 dicembre 2018 e MAZZACUVA, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, 2575 ss.

⁹⁹ Corte cost. n. 68/2021, con nota di SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *www.sistemapenale.it*, 20 marzo 2021.

automatica della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, nei casi di condanna o di patteggiamento della pena per i reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime previsto dall'art. 222, co. 2, quarto periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dall'art. 1, co. 6, lett. b), n. 1) della L. 23 marzo 2016, n. 41 (Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274)¹⁰⁰.

Come già ricordato, nella sentenza n. 43 del 2017¹⁰¹ la Consulta ha ritenuto che l'inapplicabilità della norma censurata alle sanzioni amministrative "convenzionalmente penali" non violasse nemmeno tale parametro, attesa la facoltà del legislatore nazionale di apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle prefigurate dalla C.E.D.U., come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, giurisprudenza nella quale non si rinviene l'affermazione di un principio analogo a quello affermato dalla norma censurata (che impedisca, cioè, l'esecuzione di una sanzione sostanzialmente penale inflitta con sentenza irrevocabile sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale). E benché la giurisprudenza costituzionale avesse «occasionalmente» esteso alle sanzioni amministrative l'art. 25, co. 2 Cost., la Corte, come accennato, aveva avuto cura di circoscrivere il suo approdo, da un lato, al nucleo essenziale del precetto costituzionale (il divieto di retroattività in *malam partem*), dall'altro, alle sole misure incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino. Per le sanzioni amministrative, a dispetto di quanto accade per quelle penali - non è, d'altra parte, prevista una fase esecutiva che attribuisca al giudice dell'esecuzione il ruolo di garante della legalità della misura.

¹⁰⁰ Cfr. sul punto ANIELLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 88/2019: ma la revoca della patente è sempre identica?* in www.giustiziainsieme.it, 14 giugno 2019. In argomento, v. pure MARINO, *Manca il rilascio della patente per insussistenza dei requisiti morali: norma incostituzionale?* in *Diritto & Giustizia*, 10 aprile 2019.

¹⁰¹ Corte cost., 24.2.2017 n. 43, in www.giurcost.org. La precedente questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, co. 4 L. 87/1953 veniva di conseguenza sollevata dal giudice civile, investito ex art. 615 c.p.c. di un ricorso in opposizione all'esecuzione delle cartelle di pagamento emesse a seguito dell'accertamento della violazione amministrativa.

Successivamente alla sentenza n. 43 del 2017, il processo di assimilazione delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, ha però conosciuto nuovi e rilevanti sviluppi, tali da rendere non più attuali le affermazioni contenute in tale pronuncia.

La sentenza n. 68 del 2021 esordisce ribadendo che il principio di legalità costituzionale della pena è da considerarsi «più forte» di quello di retroattività in *mitius*, il quale, nel caso di successione di leggi modificative, soffre, secondo quanto previsto dal codice vigente, del limite dell’irrevocabilità della pronuncia di condanna (art. 2, co 4 c.p.). Limite, quest’ultimo, che non a caso, secondo il diritto vivente consolidatosi in sede di interpretazione dell’art. 30, co. 4 della L. n. 87 del 1953, non trova applicazione nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di una disposizione cui consegua la necessaria rimodulazione del trattamento sanzionatorio della fattispecie. L’esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, a cui presidio è posto l’istituto del giudicato soccombe rispetto alla necessità che la pena risulti conforme a Costituzione lungo tutto il corso della sua esecuzione prevale.

In questi termini, osserva la Corte, è «a maggior ragione del tutto irragionevole che - come per le sanzioni penali - taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa “punitiva” inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima: dunque, non già oggetto di semplice “ripensamento” da parte del legislatore, ma affetta addirittura da un vizio genetico, il cui accertamento impone, senza possibili eccezioni, di lasciare immune da sanzione, o di sanzionare in modo più lieve, chiunque dopo di esso commetta il medesimo fatto».

Si tratta, tuttavia, di confutare l’argomento addotto dalla sentenza n. 43 del 2017, afferente all’assenza, per le sanzioni amministrative, di una fase esecutiva che veda il relativo giudice garante della legalità della pena¹⁰². Con riferi-

¹⁰² Sotto questo profilo il giudice a quo afferma - con argomentazione che sarà condivisa dalla Corte costituzionale nel vaglio di ammissibilità della questione (cfr. § 3.1 del Considerato in diritto) - che, seppure l’esecuzione della revoca della patente inflitta col giudicato di condanna richieda, ex art. 224 Cds, un provvedimento prefettizio, quest’ultimo, come riconosciuto dallo stesso Giudice delle leggi nella sentenza n. 88/2019, è «un mero atto amministrativo consequenziale di esecuzione dell’ordine giudiziale»: proprio «lo stretto nesso di dipendenza» del provvedimento prefettizio dal giudicato penale «non consentirebbe la revoca del primo senza la parziale caducazione del secondo», implicando di conseguenza l’intervento del giudice penale dell’esecuzione. Si tratta di orientamento coerente con quello seguito, ad

mento alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione, la Corte riesce agevolmente nel compito affidatole, giacché, essendo l'applicazione della sanzione accessoria rimessa al giudice penale, dinanzi a quest'ultimo potrà essere attivato l'apposito rimedio in sede di esecuzione per conseguire la revoca della pena illegittima.

Permane, tuttavia, il problema laddove, come di regola accade, non si rinvenga un giudice dinanzi al quale promuovere l'incidente di esecuzione.

Per quanto indubbiamente apprezzabile e condivisibile negli esiti, il *revirement* cui approda la Corte rischia, dunque, di dar luogo a una disparità di trattamento tra situazioni analoghe priva di ogni ragionevolezza.

Volutamente la sentenza non affronta il tema dell'individuazione del rimedio *post-judicatum* cui ricorrere qualora ci si dolga dell'avvenuta irrogazione di una sanzione amministrativa "sostanzialmente penale" applicata direttamente dall'Autorità amministrativa¹⁰³. Al di là del vincolo costituito dal *petitum* dell'ordinanza di rimessione, si tratta evidentemente di un esito inesorabile. Non si vede, d'altronde, come la Corte possa colmare il vuoto di tutela venutosi a creare in materia in assenza di una disciplina processuale di riferimento. In tal senso, come opportunamente osservato, un'ulteriore espansione dell'ambito di applicazione dell'art. 30 co. 4 L. 87/1953 non pare possa prescindere da un intervento del legislatore, chiamato a dar seguito alle indicazioni rese dal giudice delle leggi attraverso la predisposizione di un opportuno schema rimediale¹⁰⁴.

4.2. Limiti e paradossi della percezione interna della materia penale. L'applicabilità della confisca di valore in caso di estinzione del reato per prescrizione. La rocambolesca parabola giudiziaria che ha vissuto in questi anni

esempio, in materia di ordine di demolizione adottato con la condanna penale per reati urbanistici (a norma, ora, degli artt. 31, cc. 9 e 44 d.P.R. 6.6.2001, n. 380), che secondo la giurisprudenza, al pari delle altre statuizioni della sentenza definitiva, è soggetto all'esecuzione nelle forme previste dal codice di procedura penale, e al relativo "controllo" giurisdizionale: cfr., recentemente, Cass., Sez. III, 7 giugno 2016, n. 41498, M.M. e altri, in *Leggi d'Italia*; ma v. già Cass., Sez. un., 19 giugno 1996, n. 15, Monterisi, Rv. 205336.

¹⁰³ LAVARINI, *Illegittimità costituzionale di sanzioni amministrative*, cit., 14.

¹⁰⁴ PELLIZZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa punitiva dichiarata incostituzionale e legalità costituzionale della pena: prime prove per un'applicazione costituzionale della "frode delle etichette"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 697.

l'istituto della confisca nelle sue molteplici e proteiformi forme di manifestazione delinea un fulgido esempio dell'opera di rielaborazione interna della criteriologia elaborata dalla giurisprudenza convenzionale.

Oltre che sulla confisca urbanistica, protagonista suo malgrado di una logorante e travagliata saga giudiziaria¹⁰⁵, l'interesse degli addetti ai lavori si è concentrato, in ultimo, intorno alla confisca per equivalente¹⁰⁶ sulla quale, in ultimo, si sono pronunciate le Sezioni unite della Suprema corte con riferimento alla tribolata questione relativa alla possibilità che alla stessa trovi applicazione l'art. 578 *bis* c.p.p.¹⁰⁷. Con l'introduzione della disposizione in esame, facendo luogo a quanto in passato già statuito dalla giurisprudenza di legittimità nella sua massima espressione¹⁰⁸, il legislatore ha definitivamente consacrato la *regula iuris* in base alla quale il giudice d'Appello o di Cassazione, in caso di estinzione del reato per prescrizione o amnistia, può applicare le ipotesi di confisca dalla stessa menzionate, previo accertamento della responsabilità dell'imputato per il fatto addebitatogli¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Sconfinata la letteratura in materia. Per una ricognizione complessiva delle principali tappe della "saga" della confisca urbanistica, cfr. ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit.; DELLO RUSSO-ADDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, in *Arch. pen. web*, 2018, 2; GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7-8, 221 ss.; DE MARZO, *Legalità convenzionale e confisca urbanistica senza condanna: la Corte di Strasburgo fissa le regole*, in *Cass. pen.*, 2018, 3926 ss.; BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in www.questionegiustizia.it, 10 luglio 2018.

¹⁰⁶ Per un inquadramento di più ampio respiro sull'istituto, cfr. *ex multis* VERGINE, *Il "contrasto all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012; BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 2, 230-236; ZOCCALI, *La confisca per equivalente: estensione ai reati tributari, responsabilità amministrativa degli enti e abusi di mercato fra garanzie CEDU, retroattività e proporzionalità*, in *Ordines - Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 2019, 2, 211 ss.

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 31 gennaio, n. 4145. Per una più ampia ricognizione del contrasto giurisprudenziale che ha portato alla remissione della questione alle Sezioni unite, FLORIO, *Sui profili intertemporali dell'art. 578-bis c.p.p. in relazione alla confisca per equivalente ex art. 322-ter c.p.*, in *Giurisprudenza penale web*, 2022, 5.

¹⁰⁸ Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci.

¹⁰⁹ Inserito dall'art. 6 del d.lgs. 1/03/2018, n. 21 concernente "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella *materia penale* a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103", con decorrenza dal 6/04/2018, tale disposizione è stata successivamente modificata dall'art. 1 co. 4 lett. f) della L. 9 gennaio 2019 n. 3. Nella sua formulazione vigente essa dispone che: "Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240 bis del Codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322 ter del Codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento

La sentenza viene all'attenzione in questa sede in ragione del peculiare impiego della *criteriologia Engel* che emerge tra le argomentazioni formulate dal Supremo consesso a sostegno della soluzione fornita al quesito sottoposto alla sua attenzione.

La necessità di definire i confini del recinto applicativo dell'art. 578 bis c.p.p. impone ai giudici di legittimità a soffermarsi preliminarmente sulla natura giuridica della confisca per equivalente.

Il Collegio chiarisce sin da subito l'intenzione di non voler smentire l'orientamento oramai consolidatosi nel diritto vivente a favore della connotazione sostanzialmente punitiva dell'istituto¹¹⁰.

In proposito, è noto del resto come la Corte costituzionale abbia già da tempo chiarito che «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole così una natura "eminentemente sanzionatoria", che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'articolo 200 c.p.¹¹¹». Egesi, quest'ultima, conseguibile sulla base del duplice rilievo in forza del quale «il secondo comma dell'articolo 25 Cost. vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente, e che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con l'articolo 7 della Convenzione l'applicazione di una sanzione riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente (il riferimento è alla sentenza del 9 febbraio 2004, nella causa n. 307-A/1995, *Welch contro Regno Unito*¹¹²)»¹¹³.

della responsabilità dell'imputato».

¹¹⁰ In ultimo, si veda Corte cost., 4 febbraio 2025, sentenza n. 7, Pres. Amoroso, Rel. Viganò sulla confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere i reati societari.

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 97 del 2009. La Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare di Trento, in riferimento all'art. 117 della Costituzione, degli artt. 200, 322-ter del Codice penale e 1, co. 143, della L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008), nella parte in cui prevedono «la confisca obbligatoria [...] di beni di cui il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente a quello del profitto, per i reati tributari commessi precedentemente alla loro entrata in vigore».

¹¹² Corte EDU, *Welch c. Regno Unito* del 9 febbraio 1995, § 30; sentenza puntualmente richiamata da

Questi principi sono stati ribaditi dalla Consulta con l'ordinanza n. 301 del 2009 (sempre in materia di confisca di valore prevista per i reati tributari) ed estesi, in seguito, sulla base del ritenuto carattere sanzionatorio della misura, sia ad altre tipologie di confisca (come, con la sentenza n. 196 del 2010, in materia di confisca di veicoli prevista dall'art. 186 del codice della strada) sia ad analoghe fattispecie di confisca per equivalente previste addirittura in materia di sanzioni amministrative¹¹⁴.

In questo contesto, assume particolare rilievo la sentenza n. 68 del 2017 con la quale la Corte costituzionale ha ribadito la natura sostanzialmente penale, ai sensi dell'art. 7 della C.E.D.U., della confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria). D'altra parte, con l'espressione "confisca per equivalente" il legislatore suole indicare una particolare misura di carattere ablativo prevista per il caso in cui, dopo una condanna emessa in sede penale, non sia dato eseguire la confisca diretta dei beni che abbiano un «rapporto di pertinenzialità» con il reato.

In questi termini, mentre la confisca diretta, reagendo alla pericolosità indotta nel reo dalla disponibilità di determinati beni, assolve a una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che raggiunge beni che non hanno alcun rapporto con il reato, «palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura "eminente sanzionatoria"¹¹⁵».

In questa prospettiva, la confisca di valore, oltre ad assolvere anche una fun-

GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sis. Pen.*, 2020, 15.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 97 del 2009, cit.

¹¹⁴ Anche laddove non sia considerata una sanzione sostanzialmente penale, in quanto tale ricompresa nell'ambito di applicazione degli articoli 25 Cost., art. 7 C.E.D.U. e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la confisca prefigura, in ogni caso, un'ingerenza nel diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del I Protocollo C.E.D.U., la quale deve, pertanto, trovare un fondamento esplicito nella legge e deve essere concepita in maniera proporzionale allo scopo a essa sotteso. In questi termini, MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca nel sistema penale*, a cura di Montagna, Torino 2017, 4 ss.

¹¹⁵ Corte cost., ord. n. 301 del 2009. La Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 200 e 322-ter del codice penale, dell'art. 321, co. 2 del codice di procedura penale, nonché dell'art. 1, co. 143 della L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008), sollevata, in riferimento agli artt. 3, comma 1, e 117, co. 1 della Costituzione, dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli.

zione ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, risulta dunque parametrata «al profitto od al prezzo dell'illecito solo da un punto di vista “quantitativo”», poiché «l'oggetto della ablazione finisce per essere rappresentato direttamente da una porzione del patrimonio, il quale, in sé, non presenta alcun elemento di collegamento col reato; il che consente di declinare la funzione della misura in chiave marcatamente sanzionatoria¹¹⁶».

Va aggiunto, per quanto la Corte trascuri questo profilo, che la tesi favorevole al riconoscimento della natura eminentemente sanzionatoria della confisca per equivalente sembra trovare conferma anche nelle recenti novità introdotte dalla c.d. “Riforma Cartabia” in materia di esecuzione del provvedimento ablativo. Invero, in attuazione della delega legislativa¹¹⁷, l'art. 41, lett. i) n. 2 del d.lgs. n. 150 del 2022 introduce all'art. 86 disp. att. c.p.p. il co. 1-bis, secondo cui «Qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o, comunque, non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l'esecuzione si svolge con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie, ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente al provvedimento di confisca». Per evitare incertezze la disposizione precisa che la regolamentazione riguarda ogni caso in cui i beni non siano «specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca». Come è stato osservato dai primi commentatori della riforma, l'aggiunta normativa tradisce «una chiara presa di posizione del legislatore a favore della natura punitiva di tale forma di confisca, perché le sanzioni sostitutive sono compatibili solo con una simile natura¹¹⁸».

¹¹⁶ Sez. un., n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, in motivazione, cit. Sul punto, cfr. per un commento critico CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, in *Arch. pen.*, 2015, 2; TREGLIA, *Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese con una inversa logica triadica ferma all'“antitesi”: la confisca senza condanna*, in *Arch. pen.*, 2016, 2.

¹¹⁷ Delega conferita dall'art. 1, co. 14 lett. a) prima parte L. 134/2021 prevede, nell'esercizio della delega prevista dal co. 1, modifiche al codice di procedura penale e alle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, al fine di disciplinare la «esecuzione della confisca per equivalente, quando non ha a oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro... con le modalità di esecuzione delle pene pecuniarie»

¹¹⁸ MAUGERI, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre ir-*

La conclamata matrice “sostanzialmente penale” della confisca per equivalente ha indotto nel tempo dottrina e giurisprudenza prevalenti a escludere in maniera piuttosto ferma la possibilità che il giudice penale potesse darvi seguito anche a fronte dell’intervenuta estinzione del reato per prescrizione.

L’ampia gittata dell’art. 578 bis c.p.p. ha rimesso in discussione tale approdo innescando il contrasto giurisprudenziale da cui ha trae origine l’intervento delle Sezioni unite.

Un primo orientamento giurisprudenziale¹¹⁹, passato in rassegna dall’ordinanza di rimessione, asserisce il carattere indubbiamente afflittivo dell’istituto. Ciò non esclude, si osserva, che lo stesso possa svolgere anche un’apprezzabile funzione ripristinatoria attraverso la comminatoria di un sacrificio patrimoniale di valore pari a quello del pregiudizio cagionato a carico del reo. Tuttalpiù si tratterebbe di riconoscere alla confisca per equivalente una natura poliedrica o multiforme in quanto, accanto al carattere sanzionatorio, la stessa presenta una finalità di ripristino dello *status quo* ante, trovando essa applicazione nelle ipotesi in cui è impossibile confiscare in modo diretto, ai sensi dell’art. 240 c.p., il profitto, il prodotto o il prezzo del reato¹²⁰.

La necessità di valorizzare l’oggetto e la finalità dell’istituto ai fini del suo inquadramento o meno come sostanzialmente penale è stata, d’altronde, di recente ribadita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 20 del 2023 relativa alla presunta illegittimità costituzionale della disciplina della confisca prevista nell’ambito della legislazione sulle armi¹²¹.

Ritenendo, dunque, prevalente la funzione afflittiva associata all’istituto, è gioco facile ritenere la stessa beneficiaria degli statuti di garanzia approntanti dall’ordinamento interno (art. 25, co. 2 Cost.) e da quello convenzionale (art. 7 C.E.D.U.).

In questi termini, malgrado la sua collocazione topografica, attesa la palpabile incidenza che la sua l’introduzione ha prodotto sull’ambito applicativo della

risolte questioni, in *Leg. pen.*, 2023, 1, 19 ss.

¹¹⁹ In questo senso, Cass., Sez. III, 4 marzo 2022, n. 7882.

¹²⁰ Su tutte v. Cass., Sez. II, 18 maggio 2021, n. 19645.

¹²¹ Corte cost. 20 dicembre 2022 (dep. 24 gennaio 2023), n. 5, Pres. Sciarra, Rel Viganò. Sul punto, v. CHIARELLI, *Corte costituzionale n. 5/2023: un’occasione per ribadire il ruolo preventivo della confisca senza condanna e del diritto penale moderno*, in *Sist. pen.*, 2023, 6, 157 ss.

confisca di valore, la disposizione contenuta nell'art. 578-bis c.p.p. non si ritiene possa essere applicata retroattivamente, viceversa profilandosi una manifesta violazione del divieto di retroattività in *malam partem*.

Altra impostazione propende, viceversa, per la natura processuale della disposizione, ritenendola, in quanto tale, sottoposta al principio del *tempus regit actum e, pertanto*, applicabile anche ai procedimenti avviati prima della sua entrata in vigore¹²². Nel tentativo di smentire il principale argomento su cui si fonda la tesi opposta, si sottolinea come, malgrado la confisca per equivalente abbia una non disconoscibile componente sanzionatoria, essa resta non equiparabile né a una pena, né a una sanzione accessoria. La sua resterebbe, invero, una funzione eminentemente di tipo ripristinatorio, essendo finalizzata a sottrarre all'autore del reato il valore corrispondente al profitto o al prezzo dell'illecito in un'ottica di riallineamento complessivo «degli squilibri patrimoniali generati da comportamenti illeciti».

Le Sezioni unite aderiscono al primo dei due orientamenti esposti.

Orbene, affermano le Sezioni unite, il fatto che una norma, collocata topograficamente nel codice di rito, non disciplini i requisiti tipici di una incriminazione non vale ad escludere per ciò solo la natura sostanziale di essa e la sua sussunzione nell'area regolata dal principio di legalità in *materia penale* e di tutti i suoi corollari esplicitamente o implicitamente enunciati da norme costituzionali poste a presidio dei diritti fondamentali della persona (principalmente gli artt. 2, 3, 13, 25, 27, 101, 111 Cost.), tra cui il divieto di retroattività in *peius* delle norme penali. Dunque, conclude la Corte, l'art. 578-bis c.p.p. ha natura mista, sostanziale e processuale, trattandosi di norma non meramente ricognitiva di un principio esistente nell'ordinamento, sebbene non codificato, ma che ha natura costitutiva "*in parte qua*", perché attributiva del potere, in precedenza precluso al giudice, di mantenere in vita una pena (la confisca per equivalente) che, anteriormente all'introduzione dell'articolo 578-bis c.p.p., non poteva, secondo il diritto vivente, in alcun modo essere applicata nel caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. Il che

¹²² In effetti, si osserva che l'art. 578-bis c.p.p. non introduce nuovi casi di confisca ma si limita a definire «l'arco del procedimento entro il quale la stessa può essere applicata, agendo su un profilo processuale e temporale, ma lasciando inalterati i presupposti sostanziali del vincolo».

esclude che la confisca di valore possa essere retroattivamente applicata a fatti-reato commessi quando tale misura non era in alcun modo adottabile (come in caso di sentenza di proscioglimento per prescrizione ancorché pronunciata a seguito di pieno accertamento della responsabilità penale dell'imputato).

La soluzione cui approdano le Sezioni unite si pone come precipitato inevitabile della più volte rimarcata natura sostanzialmente punitiva della confisca di valore. La dilatazione del perimetro operativo del principio di irretroattività anche a quelle disposizioni che, malgrado la connotazione processuale, incidano in maniera rilevante sul *quomodo* della pena costituisce, d'altra parte, un postulato a più riprese ribadito dalla giurisprudenza costituzionale, anche in tempi non remoti¹²³.

Restano non poche perplessità rispetto alla possibilità che il giudice dell'impugnazione possa disporre l'applicazione di una sanzione penale o equipollente a fronte della intervenuta declaratoria di estinzione per amnistia o prescrizione del reato. Prima dell'introduzione dell'art. 578 bis c.p.p., come ricordato dalle stesse Sezioni unite, giammai la giurisprudenza di legittimità si era spinta sino a estendere l'ambito di applicazione del *dictum* della sentenza "Lucci" alla confisca per equivalente. Né, va detto, nei lavori preparatori che hanno preceduto l'introduzione della disposizione in esame, emerge una *voluntas legis* in questa direzione¹²⁴.

La Corte, dunque, si rende portavoce di una soluzione fortemente innovativa per il sistema, la quale potrebbe rivelarsi di dubbia compatibilità come il canone di tassatività della fattispecie penale, soprattutto se letto nella lente convenzionale della necessaria prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie della norma penale.

¹²³ Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, Presidente Cartabia, Relatore Viganò, ha dichiarato incostituzionale l'applicazione retroattiva della L. n. 3/2019 (cosiddetta Spazzacorrotti) nella parte in cui estende alla maggior parte dei reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni alle misure alternative alla detenzione, già previste dall'articolo 4 bis dell'Ordinamento penitenziario per i reati di criminalità organizzata, "in quanto interpretata" nel senso che le modificazioni da essa introdotte si applichino anche ai condannati per fatti commessi prima della sua entrata in vigore, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena.

¹²⁴ Sul punto, LONGARI, *Mutamento dell'oggetto di confisca e applicabilità retroattiva dell'art. 578-bis c.p.p.*, in *Pro. pen. giust.*, 2023, 6, 1429 ss.

Attesa la potenziale ambiguità del dato normativo, meglio avrebbero fatto le Sezioni unite a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 578 bis c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 25, co. 2 Cost., nonché dell'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 6, par. 2, e 7 C.E.D.U. o l'art. 1 Prot. addiz. C.E.D.U.

A difesa della soluzione cui approdano le Sezioni unite ci si potrebbe riportare agli sviluppi della saga della confisca urbanistica, ma non può sottacersi la parziale eterogeneità delle fattispecie, tenuto conto che solo di rado la giurisprudenza interna si è spinta a qualificare quest'ultima come sanzione "sostanzialmente penale". Sta di fatto, che, analogamente a quanto verificatosi con riferimento alla misura ablativa di cui all' 44, co. 2, d.P.R. n. 380/01 (Testo Unico in materia edilizia), l'impiego della criteriologia Engel non consente di far breccia nella cinta muraria innalzata dalla giurisprudenza nazionale attorno al paradosso di una misura dalla conclamata afflittività nei confronti dell'autore di un reato che lo Stato non reputa più meritevole di pena giacché prescrittosi o amnistiato. Ciò giustifica la delusione per il parziale ripensamento cui è approdato il giudice convenzionale con la sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia¹²⁵.

La pronuncia in commento suscita ulteriore preoccupazione se si tiene conto che, sulla scorta delle argomentazioni addotte dalle Sezioni unite a sostegno della loro tesi, anche l'art. 578 ter c.p.p.¹²⁶ dovrebbe in astratto ritenersi applicabile alla confisca per equivalente. Una sanzione sostanzialmente penale potrebbe così essere applicata finanche a fronte della sopravvenuta declaratoria di improcedibilità del reato.

5. Ritorno al Regolamento: un tentativo di interpretazione sistematica di «proceedings in criminal matters». Il Regolamento si applica al riconoscimento

¹²⁵ Di questo avviso, ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit.; cfr. sul punto anche PULVIRENTI, *Il difficile connubio dell'art. 578-bis c.p.p. con la "sentenza Giem" della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d'innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *Arch. pen.*, 2019, 2; RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in *Arch. pen.*, 2018, 3; GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo*, cit., 251 ss.

¹²⁶ Sul punto, cfr. MENDITTO, *La riforma penale (l. n. 134/2021): le disposizioni in materia di sequestro e confisca dello schema di decreto delegato presentato dal Governo*, in *Sis. pen.*, 2022, 9, 65 ss.; BRICCHETTI, *Il punto sull'improcedibilità nei giudizi di impugnazione*, in *www.sistemapenale.it*, 5 luglio 2023.

to reciproco delle decisioni di sequestro e confisca emesse nell'ambito di un «procedimento in *materia penale*» (considerando 13 e art. 1), nozione nella quale rientrano la confisca estesa, la confisca nei confronti dei terzi e le ipotesi di confisca senza condanna, quantomeno nelle forme armonizzate dalla precedente Direttiva 2014/42/UE e dalla nuova Direttiva (UE) 2024/1260¹²⁷.

A marcare l'ambito applicativo del Regolamento è l'espressione «*within the framework of proceedings in criminal matters*» che si risolve in una nozione equivoca poiché non è chiaro cosa sia «*proceedings in criminal matters*». L'espressione è richiamata all'art. 82 par. 1 T.F.U.E., base legale del Regolamento; tuttavia, è una nozione che non trova definizione nei trattati e che può essere identificata solo in negativo, ossia solo sulla base delle differenze con la materia civile regolata dall'art. 81 T.F.U.E. e ulteriormente interpretata dalla giurisprudenza¹²⁸. Questa ambiguità definitoria rischia di compromettere la fiducia reciproca, fondamentale presupposto per il mutuo riconoscimento che, per sua vocazione, dovrebbe implicare un rafforzamento delle garanzie dei singoli. Questo aspetto è stato evidenziato a chiare lettere dal Consiglio europeo già nel Programma di Stoccolma¹²⁹ in cui si legge che «la tutela dei diritti degli indagati e imputati nei procedimenti penali è un valore fondante dell'Unione, essenziale per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia dei cittadini nei riguardi dell'Unione».

Tornando alla definizione, la nozione di «*criminal matters*» viene, come è no-

¹²⁷ Per quanto concerne la confisca senza condanna, la precedente Direttiva 2014/42/UE armonizzava solamente i casi in cui la misura veniva disposta sui beni strumentali e i proventi di reato in caso di malattia o fuga dell'indagato o imputato laddove fosse stato avviato un procedimento penale per un reato che poteva aver prodotto, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e se detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale nel caso in cui l'indagato o imputato avesse potuto essere processato (cfr. art. 4.2). Con la nuova Direttiva UE 2024/1260, l'armonizzazione delle forme di confisca senza condanna viene estesa oltre ai casi di malattia e fuga dell'indagato o imputato anche al suo decesso o quando i termini di prescrizione per il reato per cui si procede stabiliti dal diritto nazionale sono inferiori a 15 anni e sono scaduti dopo l'avvio del procedimento penale (cfr. art. 15).

¹²⁸ Si può ricavare, dalla definizione che la Corte di giustizia dà della materia civile, il confine negativo della *materia penale*. Corte giust. UE, caso *Brussels I Regulation, C-814/79 Netherlands State v. Ruffer*, par. 8. Per quanto riguarda il rapporto tra *materia penale* e il diritto amministrativo, quest'ultimo non viene mai richiamato nei trattati o nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo. Per approfondimenti, MIRANDOLA, *Borderless enforcement of freezing and confiscation orders in the EU*, in *ERA Forum* (2020), 412.

¹²⁹ Il programma di Stoccolma stabilisce l'agenda per l'Unione europea in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo 2010-2014, GU C 115 del 4.5.2010, 5.

to, elaborata in seno al Consiglio d'Europa, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per evitare la c.d. «truffa delle etichette», ovvero la prassi di alcuni Stati di aggirare surrettiziamente l'applicazione delle garanzie del diritto penale - in particolare gli artt. 6 e 7 della C.E.D.U. -, attraverso una diversa classificazione giuridico-legale, nel diritto interno, della natura di illeciti e sanzioni¹³⁰. In ambito europeo, il legislatore adotta la dottrina dei «concetti autonomi» per poter realizzare quel principio di equivalenza linguistica che intende uniformare il lessico europeo e svincolarlo dalle tradizioni squisitamente nazionali. Ciò consente di superare la varietà delle impostazioni culturali dei sistemi legali locali, a prescindere dalle qualificazioni formali del diritto nazionale, e di potenziare l'effettività del diritto europeo¹³¹. In questo modo, l'uso di concetti autonomi favorisce l'indipendenza semantica delle nozioni giuridiche europee che si emancipano dalle preesistenti omologhe nozioni elaborate dalle tradizioni giuridiche domestiche.

Come ripetutamente dichiarato dalla Corte di giustizia, «dall'esigenza dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea e dal principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto dell'Unione europea, devono essere oggetto, nell'intera Unione europea, di un'interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi»¹³².

Per questo motivo, per comprendere il senso che «*criminal matters*» ha nel Regolamento¹³³, diverse sono le disposizioni che possono essere utilizzate co-

¹³⁰ L'elaborazione del concetto autonomo di *materia penale* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è risalente, come si può osservare dal prosieguo di questo saggio. La dottrina è quindi da tempo che si confronta con l'impatto che questa nozione ha nell'ordinamento interno, v., tra gli altri, PALIERO, «*Materia penale*», e *illecito amministrativo*, cit., 894 ss. La Corte ha poi elaborato ulteriormente il concetto autonomo di *materia penale*, applicando i c.d. *Engel criteria* alle varie ipotesi in cui veniva in rilievo la c.d. truffa delle etichette.

¹³¹ Sul punto si v. ancora MITSILEGAS, *Autonomous Concepts*, cit., *passim*; MAUGERI, *The Concept of Criminal Matters in the European Courts' Case Law - The Protection of Fundamental Principles v. Political Compromise*, in *EuCLR*, vol. 9, 1/2019.

¹³² Conclusioni dell'avvocato generale *Jääskinen* presentate il 25 ottobre 2012 Causa C-360/11 Commissione europea contro Regno di Spagna, punto 21.

¹³³ Rimane estranea a questa indagine l'intenzione di attribuire un significato universalmente valido alla *materia penale* anche ad altri fini applicativi, essendo ormai evidente l'impossibilità di definirne un contenuto universale.

me chiavi di decodifica sistematiche, specificamente i considerando 13, 17 e 18 e gli artt. 1, 2 e 19.

Innanzitutto, il considerando n. 13 del Regolamento fa applicazione della dottrina dei concetti autonomi dove afferma che: «*Proceedings in criminal matters*» is an autonomous concept of Union law interpreted by the Court of Justice of the European Union, notwithstanding the case law of the European Court of Human Rights». Tuttavia, come già osservato, al momento non è rintracciabile una definizione univoca di cosa si intenda per «*proceedings criminal matters*» nel diritto penale europeo, né a ciò soccorre la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Le incertezze sul piano interpretativo riflettono la natura compromissoria della disposizione. Difatti, essa è stata oggetto di dibattito in sede di negoziazione tra Parlamento e Consiglio prima dell'adozione del testo definitivo.

Nell'originaria Proposta di Regolamento¹³⁴, il mutuo riconoscimento si imponeva solo ai provvedimenti assunti nell'ambito di un «*criminal proceeding*». È stata la delegazione italiana a sollecitare un ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento anche ai provvedimenti pronunciati in procedimenti non strettamente penali ma che riguardassero la *materia penale*. L'intenzione della delegazione italiana era consentire il mutuo riconoscimento dei provvedimenti che non sono propriamente penali, emanati in assenza di condanna, come nel caso di intervenuta prescrizione del reato presupposto, o nel caso di confisca di prevenzione quando il giudice è convinto che il bene abbia origine illecita in quanto provento di un reato. La modifica è stata accolta dal legislatore europeo, nonostante l'opposizione di taluni Stati membri, tra cui la Germania, che aveva obiettato come imporre il mutuo riconoscimento di misure che possono comportare una violazione delle garanzie procedurali fondamentali significava non rendere giustizia alla consolidata tradizione dei diritti fondamentali nel sistema europeo¹³⁵.

¹³⁴ Nella versione finale del *Proposal* della Commissione europea del 21.12.2016 «*This Regulation should apply to all confiscation orders imposed by a court following proceedings in relation to a criminal offence*». Il documento è consultabile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52016PC0819>.

¹³⁵ Nella dichiarazione resa l'8 dicembre 2017, la Delegazione tedesca, pur riconoscendo la necessità di adottare strumenti efficaci per il recupero transfrontaliero dei beni proventi da reato, ha dichiarato che la cooperazione raggiunge i suoi limiti quando, in casi del tutto eccezionali, non vengono più garantiti i

Questa estensione dello scopo del Regolamento al fine di includere nel suo ambito applicativo anche provvedimenti non strettamente penali, solleva alcuni dubbi rispetto al prosieguo della definizione di *materia penale* del considerando 13 «*notwithstanding the case law of the European Court of Human Rights*», che nella versione italiana viene resa come «fermo restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani».

Richiamare la giurisprudenza della Corte EDU nella definizione della *materia penale*, attraverso la locuzione «fermo restando» appare, nel dato contesto, un rinvio senza alcun valore ermeneutico.

Intanto, perché il concetto di *materia penale* elaborato dalla Corte europea ha una funzione diversa rispetto al concetto richiamato dal Regolamento. Nell'elaborazione convenzionale, *materia penale* serve a stabilire la natura sostanziale di un procedimento o di una sanzione riqualficando l'etichetta giuridico-formale nazionale secondo una serie di criteri elaborati a partire dalla nota sentenza *Engel*. La nozione così riletta ricomprende, in estrema sintesi, tutte le misure aventi carattere afflittivo e che perseguono finalità di prevenzione generale e speciale, in cui, tuttavia, non rientrano le forme di confisca senza condanna, alcune delle quali sono espressamente ricomprese nel Regolamento e nelle Direttive¹³⁶.

diritti fondamentali: «non renderemo giustizia alla grande importanza dei diritti fondamentali se non evidenziamo in modo chiaro e inequivocabile la loro importanza, così come abbiamo fatto nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale». Bruxelles, 8 dicembre 2017, 14590/1/17 REV 1, Dichiarazione resa dalla Germania da iscriversi nel verbale del Consiglio (GAI) del 7-8 dicembre 2017. Il legislatore europeo ha accettato la modifica della disposizione proposta dalla Delegazione italiana ma, in accoglimento della obiezione avanzata dalla Delegazione tedesca, ha inserito all'art. 19 un motivo di rifiuto del reciproco riconoscimento che si sostanzia nella violazione dei diritti fondamentali.

¹³⁶ La Corte EDU ha, per ora, sempre negato la natura punitiva delle misure ablativo antimafia italiane disciplinate all'art. 24 del d.lgs. 159/2011 riconoscendo, piuttosto, la loro natura preventiva sulla base della dichiarazione di pericolosità sociale della *res*. In questo modo, le confische di prevenzione sono compatibili con i principi convenzionali a tutela del diritto di proprietà (art. 1, 1° prot. add. C.E.D.U.), della presunzione di innocenza (art. 6 par. 2 C.E.D.U.), del principio di legalità e del divieto di retroattività delle disposizioni penali (art. 7 C.E.D.U.), non dovendo rispettare i più stringenti parametri imposti alle sanzioni punitive e non dovendo, soprattutto, essere precedute da una condanna in sede penale. Si v. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1039. Stessa sorte per la confisca estesa ex art. 240 *bis* c.p. che rientra nell'ambito applicativo dell'art. 5 della Direttiva 2014/42/EU pur contemplando un sistema di garanzie meno ampio rispetto a quello previsto per le misure di natura penale, soprattutto riguardo alla presunzione di innocenza e all'onere della prova, come pure affermato dalla recente Corte cost. n. 24/2019 e dalla giurisprudenza della Corte EDU che pure sottrae alle garanzie penalistiche queste forme di confisca. Sul

Far coincidere le due nozioni, convenzionale ed europea, di *materia penale* darebbe quindi luogo a una contraddizione che può essere superata solamente interpretando l'espressione «*criminal matters*» indipendentemente dagli arresti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quindi traducendo il termine inglese «*notwithstanding*» con l'italiano «nonostante» al posto di «fermo restante». Il risultato cui si giunge è che il concetto di *materia penale* europea prescinde sia dalle definizioni nazionali sia dalle elaborazioni di Strasburgo.

Il considerando 13 prosegue poi specificando che il concetto di «*criminal matters*» contempla tutti i tipi di provvedimento di congelamento e di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi a un reato («*proceedings in relation to a criminal offence*»), inclusi, per esplicita menzione, non solo quelli che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive 2014/42/UE (ai quali ora aggiungiamo anche quelli menzionati nella Direttiva (UE) 2024/1260 che ha sostituito la precedente), ma anche i provvedimenti emessi in assenza di condanna e i provvedimenti che non trovano corrispondenza nello Stato di esecuzione. L'unica esclusione esplicita all'applicazione del mutuo riconoscimento riguarda i procedimenti in materia civile o amministrativa¹³⁷. Da questa ampia definizione si evince chiaramente l'*intentio legis*: ampliare quanto più possibile l'ambito applicativo del principio, rafforzando così l'efficacia della cooperazione giudiziaria in questa materia.

Per definire, quindi, in positivo, le caratteristiche della «*criminal matters*», il criterio della connessione al reato «*proceedings in relation to a criminal offence*» è l'unica chiave esegetica che il Regolamento fornisce. Il medesimo criterio della connessione al reato «*proceedings in relation to a criminal of-*

punto MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*, in *Leg. pen.*, 2021, 3; cfr. MAUGERI-PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 129 ss.

¹³⁷ Nella formulazione originaria «*The term therefore covers all types of freezing orders and confiscation orders issued following proceedings in relation to a criminal offence, not only orders covered by Directive 2014/42/EU. It also covers other types of order issued without a final conviction. While such orders might not exist in the legal system of a Member State, the Member State concerned should be able to recognise and execute such an order issued by another Member State. Proceedings in criminal matters could also encompass criminal investigations by the police and other law enforcement authorities. Freezing orders and confiscation orders that are issued within the framework of proceedings in civil or administrative matters should be excluded from the scope of this Regulation*».

fence» è ripetuto all'art. 2 dedicato alle definizioni, tra le altre cose, dei beni oggetto di sequestro e confisca.

Interpretando in ottica sistematica le due disposizioni, attraverso la lettura dell'art. 2 si ricava che presentano sicuramente una connessione a un illecito penale quei beni che sono il provento di un reato o il suo valore equivalente¹³⁸; lo strumento di un reato o il suo valore equivalente¹³⁹, anche se il bene è solamente destinato a essere utilizzato al fine di commettere il reato¹⁴⁰, seppure in assenza di una previa condanna¹⁴¹ e oltre i poteri di confisca armonizzati attraverso la Direttiva 2014/42/UE¹⁴².

In altre parole, collegando le due disposizioni, il testo sembra suggerire che qualsiasi provvedimento abbia a oggetto un bene che rientra nelle tipologie elencate all'art. 2 possa essere considerato connesso al reato. Di conseguenza, il relativo provvedimento ablativo risulterebbe mutualmente riconoscibile in ambito europeo, rientrando nel concetto di «*proceedings in criminal matters*». Si delineerebbe così una formulazione autonoma estesa ed elastica di *materia penale* fondata sul nesso tra il bene oggetto di ablazione e il relativo provvedimento ablativo: la *materia penale* coinciderebbe, in sostanza, con la connessione al reato.

Se l'elemento che definisce in positivo la *materia penale* è il criterio della connessione del bene al reato e se la mancanza di esso caratterizza i procedimenti civili e amministrativi, esclusi *expressis verbis* dall'ambito applicativo del Regolamento, significa che procedimenti non mutualmente riconoscibili sono, ad esempio, i provvedimenti espropriativi emessi dalle autorità statali per ragioni di pubblico interesse.

Su di un piano astratto, dunque, l'ambito applicativo del Regolamento è molto ampio. Tuttavia, l'incremento del novero di misure ablativo reciprocamente

¹³⁸ «*the proceeds of a criminal offence, or its equivalent, whether the full amount of the value or only part of the value of such proceeds*».

¹³⁹ «*the instrumentalities of a criminal offence, or the value of such instrumentalities*».

¹⁴⁰ «*instrumentalities' means any property used or intended to be used, in any manner, wholly or partially, to commit a criminal offence*».

¹⁴¹ «*including confiscation without a final conviction*».

¹⁴² «*[property] subject to confiscation through the application in the issuing State of any of the powers of confiscation provided for in Directive 2014/42/EU; or subject to confiscation under any other provisions relating to powers of confiscation*».

te riconoscibili comporta un maggiore rischio di compromissione delle posizioni individuali, generando, di conseguenza, una crescente pressione sugli Stati affinché tutelino i diritti e le libertà dei propri cittadini avverso la costante espansione della legislazione europea nel campo penale. Per contemperare entrambe le esigenze – facilitare l’esecuzione transfrontaliera delle misure di confisca per preservare l’area di libertà, sicurezza e giustizia dalla criminalità organizzata e, al contempo, proteggere i diritti individuali¹⁴³ – l’applicazione del Regolamento si restringe, come un imbuto, nel suo momento applicativo attraverso il motivo di rifiuto contemplato dall’art. 19, lett. h).

L’art. 19 contempla tra i motivi di non riconoscimento e di non esecuzione dei provvedimenti di confisca, il caso in cui sussistono serie ragioni per ritenere che l’esecuzione del provvedimento ablativo possa comportare, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un «pertinente» diritto fondamentale sancito dalla Carta di Nizza: *«a manifest breach of a relevant fundamental right as set out in the Charter»*¹⁴⁴.

Come già menzionato, il motivo di rifiuto è stato introdotto nel testo finale del Regolamento in bilanciamento all’ampliamento dell’ambito applicativo del mutuo riconoscimento realizzata con la modifica del considerando 13. Su un piano interpretativo, si consente l’ingresso a un ampio numero di tipologie di confisca nel regime del mutuo riconoscimento; tuttavia, sul piano applicativo, si introduce un filtro restrittivo, demandando a una valutazione caso per caso la verifica della compatibilità del singolo provvedimento con le garanzie fondamentali ritenute «pertinenti».

Per far funzionare questo giudizio e valutare la compatibilità della misura di confisca patrimoniale con le «pertinenti» garanzie, è necessario individuare un paradigma, ovvero un modello di riferimento garantistico su cui basare il giudizio.

L’articolo 19 richiama tra i rilevanti diritti fondamentali il diritto a un ricorso

¹⁴³ Considerando 19: *“While the rules for the transmission, recognition and execution of freezing orders and confiscation orders should ensure the efficiency of the process of recovering criminal assets, fundamental rights are to be respected”*.

¹⁴⁴ *“in exceptional situations, there are substantial grounds to believe, on the basis of specific and objective evidence, that the execution of the confiscation order would, in the particular circumstances of the case, entail a manifest breach of a relevant fundamental right as set out in the Charter, in particular the right to an effective remedy, the right to a fair trial or the right of defence”*.

effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa. Il medesimo richiamo, ribadito anche al considerando 34, rispecchia le garanzie previste dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea¹⁴⁵.

Pertanto, considerato quanto finora esaminato, sono esclusivamente questi tre diritti fondamentali a costituire il nucleo di garanzie che un provvedimento adottato in un procedimento in «*materia penale* nel senso di connesso a un reato» deve rispettare?

A ben guardare, anche il considerando 18 fa riferimento a una serie di *rights* e *safeguards*, sulla cui base opera una distinzione tra a) *criminal proceedings*, b) *all proceedings* e c) *proceedings in criminal matters*, distinzione che, in realtà, finisce per complicare anziché risolvere. Questa enigmatica disposizione richiama i diritti procedurali sanciti da diverse direttive europee, tra cui la Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali¹⁴⁶; Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nel procedimento penale¹⁴⁷; Direttiva 2013/48/UE sul diritto ad avvalersi di un difensore¹⁴⁸; Direttiva (UE) 2016/343 sulla presunzione di innocenza¹⁴⁹; Direttiva (UE) 2016/800 sulle garanzie per i minori¹⁵⁰ e Direttiva (UE) 2016/1919 sull'ammissione al gratuito patrocinio¹⁵¹.

¹⁴⁵ Articolo 47. Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

¹⁴⁶ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

¹⁴⁷ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

¹⁴⁸ Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

¹⁴⁹ Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

¹⁵⁰ Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

¹⁵¹ Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti

Progressivamente, il filo del ragionamento si aggroviglia. La serie di direttive sui diritti procedurali è richiamata esclusivamente in relazione ai procedimenti penali «a) *criminal proceedings*» disciplinati dal Regolamento, e solo per gli Stati vincolati da queste disposizioni normative¹⁵². Prosegue il considerando 18 stabilendo che, in ogni caso, le garanzie previste dalla Carta dei Diritti Fondamentali UE (*the safeguards under the Charter*) dovrebbero essere estese a tutti i procedimenti «b) *all proceedings*» contemplati nel Regolamento¹⁵³. Infine, la stessa disposizione sostiene che, in particolare, le garanzie essenziali dei procedimenti penali come indicate dalla Carta dei Diritti Fondamentali UE (*the essential safeguards for criminal proceedings set out in the Charter*), debbano essere applicate a tutti i procedimenti in *materia penale* «c) *proceedings in criminal matters*» che, pur non rientrando nella definizione più ristretta di «procedimenti penali», sono comunque inclusi nell'ambito di applicazione del Regolamento¹⁵⁴.

Nel tentativo di districare il complesso intreccio definitorio:

- i) le direttive sui diritti procedurali (*procedural rights*) si applicano ai soli procedimenti penali (*criminal proceedings*), ai quali si applicano anche le garanzie previste dalla Carta (*safeguards under the Charter*), poiché sono inclusi nel più ampio insieme di tutti i procedimenti (*all proceedings*);
- ii) le garanzie previste dalla Carta (*safeguards under the Charter*) sono richiamate, quindi, rispetto a «tutti i procedimenti» (*all proceedings*), includendo sia i procedimenti penali (*criminal proceedings*) sia i procedimenti in *materia penale* (*proceedings in criminal matters*);
- iii) le garanzie essenziali dei procedimenti penali definite dalla Carta (*the essential safeguards for criminal proceedings set out in the Charter*) sembrano

penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

¹⁵² La versione ufficiale in inglese riporta infatti: «*The procedural rights set out in Directives 2010/64/EU, 2012/13/EU, 2013/48/EU, (EU) 2016/343, (EU) 2016/800 and (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council should apply, within the scope of those Directives, to criminal proceedings covered by this Regulation as regards the Member States bound by those Directives*».

¹⁵³ In questi termini: «*In any case, the safeguards under the Charter should apply to all proceedings covered by this Regulation*».

¹⁵⁴ «*In particular, the essential safeguards for criminal proceedings set out in the Charter should apply to proceedings in criminal matters that are not criminal proceedings but which are covered by this Regulation*».

avere un'applicazione distinta: sono estese ai procedimenti in *materia penale* (*proceedings in criminal matters*), proprio perché questi ultimi non appartengono al *genus* procedimenti penali (*criminal proceedings*), ma rientrano comunque nell'ambito del mutuo riconoscimento.

Rimane tuttavia una questione irrisolta: le garanzie essenziali dei «procedimenti penali» definite dalla Carta di Nizza (*the essential safeguards for criminal proceedings set out in the Charter*) sono differenti rispetto alle garanzie generiche richiamate per tutti i procedimenti (*the safeguards under the Charter*)? Se sì, è necessario chiarirne il contenuto.

Viene delineato un sistema di garanzie a più livelli che serve per individuare i pertinenti diritti fondamentali (*relevant fundamental rights*) per condurre il vaglio di compatibilità descritto dall'art. 19, lett. h).

Stabilito questo, è ancora necessario individuare quali garanzie previste dalla Carta concorrono a costituire il livello più alto di tutela applicabile ai procedimenti penali, insieme ai diritti procedurali sanciti dalle direttive. Parallelamente, occorre chiarire quali siano le garanzie essenziali che definiscono lo *standard* minimo di tutela richiesto per i procedimenti in *materia penale*.

La chiave esegetica in grado di ricondurre la questione a un sistema coerente e sciogliere l'enigma della «pertinenza delle garanzie» potrebbe risiedere nel riferimento, questa volta adeguatamente formulato, che il Regolamento opera al considerando 17 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ai sensi della disposizione menzionata, la giurisprudenza della Corte EDU riconquista lo spazio che le è proprio, facendo da guida nella individuazione delle garanzie e dei diritti fondamentali.

Alla luce dell'equiparazione sancita dalla Carta di Nizza all'art. 52, par. 3 tra le garanzie europee e quelle convenzionali¹⁵⁵, il richiamo alla C.E.D.U. potrebbe servire a integrare nel quadro della *materia penale* europea le garanzie previste dall'art. 6, parr. 2 e 3 (sull'equo processo), dall'art. 7 (sul divieto di ir-retroattività), dall'art. 4 prot. 7 (sul divieto di *bis in idem*), nella Convenzione. Queste garanzie corrispondono ai diritti enunciati negli artt. 47 (diritto a un ricorso effettivo), nell'art. 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa),

¹⁵⁵ Stabilisce l'art. 52 par. 3 che, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla C.E.D.U., «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla C.E.D.U.».

nell'art. 49, par. 3 (proporzionalità tra pena e reato), nell'art. 50 (divieto di *bis in idem*) della Carta.

Questi diritti, dunque, dovrebbero costituire il nucleo essenziale del sistema di garanzie applicabile ai «procedimenti in *materia penale*»¹⁵⁶. Sebbene si tratti di una lettura rigida del sistema, che non considera eventuali ampliamenti o adattamenti richieste dalla specificità del mutuo riconoscimento, essa sembra preferibile per ordinare le ambiguità che pervadono il testo regolamentare e per scongiurare un approccio al ribasso rispetto alle garanzie individuali.

Tuttavia, questa interpretazione rischia di escludere proprio le misure di prevenzione antimafia italiane che il legislatore europeo ha inteso includere nell'ambito del reciproco riconoscimento¹⁵⁷. Per evitare una conclusione in contrasto con la *voluntas legis*, l'autorità di esecuzione di fronte a dubbi sulla compatibilità della misura da eseguire con il quadro delle garanzie fondamentali, dovrebbe valutare la conformità del provvedimento specifico, nella sua applicazione concreta, al pertinente livello di garanzie. Tale analisi non dovrebbe limitarsi a una valutazione formale della categoria cui la misura appartiene.

In questa prospettiva, è l'autorità competente per l'esecuzione che acquista un certo margine di discrezionalità nel valutare la compatibilità in concreto del singolo sequestro o della confisca con il pertinente sistema garantistico.

Come contraltare a un più alto livello di garanzie c'è il sacrificio delle ragioni di rapidità del reciproco riconoscimento. Tuttavia, il bilanciamento tra efficienza e garanzie è il *leitmotiv* che innerva la gran parte delle discussioni sulle misure di contrasto ai fenomeni criminali.

¹⁵⁶ Quindi l'art. 6, par. 2 e 3 sull'equo processo, l'art. 7 sul divieto di irretroattività, l'art. 4 protocollo 7 sul divieto di *bis in idem*, della C.E.D.U.

¹⁵⁷ Il Parere del Servizio giuridico del Consiglio, sul punto della compatibilità delle misure di prevenzione italiane con il richiamo al considerando 18 ai diritti procedurali, afferma che «Dal momento che la Corte di Strasburgo non ha richiesto l'applicazione dell'art. 6 par. 1, nel suo *volet pénal* al sistema italiano di confisca di prevenzione, dal considerando 18 non risulta chiaro perché e in quale misura tale sistema debba rispettare le direttive sui diritti procedurali. L'applicazione delle regole dettagliate contenute in tali direttive basate sull'art. 82 par. 2 del TFUE non è una condizione *sine qua non* per l'applicazione del riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca sulla base dell'art. 82 par. 1 del TFUE. Si dovrebbe pertanto modificare il considerando 18 per precisare che le direttive sui diritti procedurali si applicherebbero solo ai procedimenti penali per quanto riguarda gli Stati membri da esse vincolati e che le caratteristiche essenziali di un procedimento penale ai sensi della Carta si applicherebbero ai procedimenti che non sono penali *stricto sensu*».

6. *Quale approdo.* La ricerca di una definizione unitaria di *materia penale* è stata vana, si tratta di una nozione perduta, o forse, mancata. Si potrebbe concludere così l'analisi del significato da attribuire all'oggetto da riconoscere *mutualmente* di cui al Regolamento (UE) 2018/1805. Si è vista la difficoltà che si incontra provando a ricostruire la nozione di *materia penale*, anche quale significato da attribuire ai procedimenti di confisca e sequestro del cui riconoscimento si tratta. Attribuire peso definitorio a tale nozione per attrarre nell'alveo delle *confische* provvedimenti ablatori dalla incerta natura non si è rilevata scelta felice da parte del legislatore europeo che, lo si è visto, deforma la finalità dell'elaborazione delle nozioni autonome, rendendole strumento di ampliamento del campo di applicazione del Regolamento, restringendo, al tempo stesso, le ipotesi di confisca sottratte al mutuo riconoscimento.

Non poche sono, quindi, le difficoltà che si pongono nel processo di riconoscimento di provvedimenti (ablatori) stranieri. Proviamo a tracciare un percorso di *conoscenza*, iniziando dal *nome*¹⁵⁸. Nome che, nella ricerca condotta in merito al Regolamento europeo 2018/1805, deve essere declinato al plurale, perché sappiamo che non esiste una “confisca”. Multiforme la natura giuridica, variegate le strutture e le modalità applicative, multipli i motivi per cui applicarla, molteplici le finalità perseguite, plurimi i destinatari, diversi gli oggetti, diversificati gli ambiti di applicazione spaziale e temporale, articolate le destinazioni dei beni confiscati: non esiste *una* confisca¹⁵⁹. Esiste un arcipelago¹⁶⁰ estremamente frastagliato che rischia di far diventare il giurista un povero naufrago alla vana ricerca della costa cui approdare. Il nome, in definitiva, è

¹⁵⁸ Il processo di conoscenza delle “*cose che sono*”, ci ha insegnato Platone, si sviluppa attraverso la combinazione di cinque elementi: il primo è costituito dal nome dell'oggetto da conoscere, il secondo dal discorso (*logos*) che lo riguarda, il terzo dall'immagine che lo rappresenta, il quarto dalla conoscenza, il quinto dall'oggetto stesso del conoscere in quanto realmente esistente: Platone nella VII Lettera epistola indirizzata ai parenti e agli amici di Dione, tiranno di Siracusa tra il 357 e il 354 a.C., anno in cui era morto per mano di Callistrato, di cui riporto il contenuto in base alla lettura fatta da BETTINI, *Chi ha paura dei Greci e dei Romani. Dialogo e cancel culture*, Torino, 2023, 10 ss. Sulla VII lettera di Platone, senza alcune pretese di esaustività, cfr. Platone. *Settima lettera*, a cura di Forcignanò, 2020.

¹⁵⁹ *Sulla poliedricità della confisca*, cfr., per tutti, ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, vol. III, 51.

¹⁶⁰ Parlano in modo suggestivo di arcipelago, CERABONA e altri dell'Osservatorio misure patrimoniali dell'UCPI in *L'arcipelago delle confische. Spunti per una sistematica delle misure patrimoniali*, Pisa, 2017.

un inizio incerto che rimanda allora alla natura: penale o *materia penale*.

I procedimenti nel cui ambito si discute di confische, nozione che tendiamo a identificare per il risultato che produce – ablazione del bene – si comprendono linearmente fino a un certo punto. Vi rientrano senza dubbio i procedimenti penali. Questi non abbiamo difficoltà a riconoscerli. Abbiamo, al contrario, difficoltà a mettere a fuoco i procedimenti in *materia penale*, costruiti utilizzando la nozione autonoma cui abbiamo visto dare letture divergenti a seconda del contesto in cui ci poniamo. Concetto nato per evitare la frode delle etichette, è diventata essa stessa una frode, incapace di delimitare in modo chiaro alcunché. Si è consapevoli che non è una logica binaria, in bianco e nero, quella che porta alla costruzione di un concetto sfocato quale quello di *materia penale*, la cui natura è una questione di gradi. Ancora una volta ci sovviene il dialogo tra la volpe, il gatto e Alice.

«Non mi sembra logico» obiettò la volpe. «Beh, non è del tutto illogico», si difese il gatto. «Sulla scala da zero a uno, il grado di logicità della vostra affermazione è uno virgola sessanta due centesimi» si intromise Alice, con un'aria scanzonata; ma subito si corresse «più o meno».

Lo si è detto anche in precedenza, la nozione in esame nasce, nel contesto della Grande Europa, dall'esigenza di realizzare una tutela *effettiva e reale* dei diritti garantiti con la conseguente la *rigenerazione* di alcuni termini, allo scopo di superare *la nomenclatura nazionale* ed evitare così l'elusione da parte degli Stati del riconoscimento, tra le altre, delle garanzie penalistiche.

Ripercorre, sia pure brevemente, la *storia* della *materia penale* quale si è finora avvertita nella giurisprudenza della Corte EDU mostra un percorso non lineare sviluppatosi per approssimazioni e combinazioni. Superando l'«etichetta formale» che alla singola misura è attribuita dall'ordinamento interno interessato, i giudici europei hanno svolto una articolata costruzione partendo dai cosiddetti criteri *Engel*¹⁶¹, alternativi e non cumulativi, della classificazione attribuita all'ordinamento nazionale all'illecito; della natura dell'infrazione e della natura e severità della sanzione. Tali criteri sono poi

¹⁶¹ Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976; Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, sentenza del 21 febbraio 1984. Si tratta come è noto del diritto nazionale, della natura della sanzione e della sua severità.

stati più attentamente declinati rispetto alle sanzioni con la sentenza *Welch c. Regno Unito* in cui si è cominciato a guardare, oltre alle loro qualificazioni nazionali, al collegamento a un fatto di reato e in particolar modo alla sussistenza di scopo punitivo e dissuasivo nonché alla loro gravità. Infine, gli stessi hanno perso parte della loro consistenza a favore di una visione più attenta alle funzioni delle conseguenze dell'illecito¹⁶². Non è mancato poi un ampliamento del numero dei criteri. Richiamando il proprio precedente reso nel caso *Oztürk*¹⁶³, nella sentenza *Bendenoun*¹⁶⁴, la Corte individua in quattro gli elementi indicativi della natura penale di una misura: l'applicabilità generale del precetto a tutti i cittadini e non a una ristretta categoria di soggetti; la finalità di punire una condotta; la finalità insieme preventiva e repressiva della norma; la gravità della sanzione¹⁶⁵. Con riferimento alla natura delle sanzioni, in particolare, dirimente risulta la funzione retributiva o repressivo-punitiva della stessa, cui si contrappone quella risarcitoria, ripristinatoria o preventiva, che invece caratterizza la materia che non rientra nella nozione autonoma della Convenzione. Infine, gli stessi hanno perso parte della loro consistenza a favore di una visione più attenta alle funzioni delle conseguenze dell'illecito. Stabiliti i criteri, la Corte EDU sottopone a valutazione la misura nazionale per verificarne la sua riconducibilità all'interno della nozione di *materia penale*. Tuttavia, l'uso alternativo di quei criteri, e sotto criteri, porta alla individuazione di una mera *soglia di appartenenza* di una sanzione nazionale alla *materia penale*, soglia chiaramente indicata e che va segnata dal giudice nella valutazione simultanea di quegli indici eterogenei stabiliti in sede europea. L'appartenenza alla *materia penale* è allora una questione di grado, direbbe Alice. Nell'indagare la *penalità* di una misura, la Corte di Strasburgo mette insieme *pezzi* secondo diverse combinazioni. Il riconoscimento della *pena* si fonda su procedure di mescolanza dei diversi criteri, secondo schemi non sembra comprensibili. E, talvolta, anche incoerenti. Così, talvolta, ci si

¹⁶² In proposito, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit. 30, con l'ampio corredo di richiami giurisprudenziali.

¹⁶³ Corte EDU, GC (Plenaria), *Oztürk c. Germania*, sentenza del 21 febbraio 1984.

¹⁶⁴ Corte EDU, *Bendenoun c. Francia*, sentenza del 24 febbraio 1994, § 47.

¹⁶⁵ Nota, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 49, come successivamente la Grande Camera (sentenza del 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*) rinnega quei quattro criteri per tornare all'impianto strutturato intorno ai tre criteri *Engel*.

sofferma tra il secondo e il terzo criterio *Engel* (natura dell'illecito e natura e severità della sanzione), distinguendolinetamente¹⁶⁶; altre volte la loro distinzione appare più sfumata¹⁶⁷; altre volte ancora i due criteri si confondono e si fondono tra di loro¹⁶⁸. Anche la diade *natura e severità* della sanzione viene considerata disgiuntamente (quando gli esiti siano certi) o, più spesso, congiuntamente. E, in ogni caso, la sola severità della sanzione è raramente risolutiva. La gravità della misura, ribadisce da ultimo la Corte EDU¹⁶⁹, non è di per sé decisiva: è necessario leggerla in combinazione con la finalità della misura e, quindi, porterà a configurare *penale* una sanzione particolarmente pesante per il destinatario la sua valenza punitiva o deterrente¹⁷⁰. Al di là della effettiva portata e autonomia dei diversi criteri, una linea di indagine costante riguarda lo scopo punitivo della sanzione. È questo l'elemento che spesso appare decisivo nel ritenere una misura afferente alla *materia penale*. Si escludono dall'ambito penale le misure meramente riparatorie o compensatorie¹⁷¹. Quando in una stessa sanzione convivono più finalità (quelle dissuasive e punitive si aggiungono a quella riparatoria), si dovrà individuare quella prevalente. La sanzione è penale ogniqualvolta *essenzialmente, prevalentemente* abbia natura punitiva. Basta che la sanzione condivida anche solo parzialmente la natura punitiva perché la stessa possa essere etichettata come *materia penale*, assorbendone le relative garanzie. Il carattere punitivo della sanzione non è pertanto escluso dalla presenza simultanea di finalità risarcitorie o ripristinatorie; anzi, anche quando la funzionalità riparativa costituisce il tratto caratterizzante della sanzione giuridica, il contestuale riconoscimento di una componente afflittiva/dissuasiva è sufficiente per poter affermare la natura penale della materia¹⁷².

¹⁶⁶ Tra le altre, Corte EDU, *Weber c. Svizzera*, sentenza del 22 maggio 1990, §§ 31 - 34; Corte EDU, *Putz c. Austria*, sentenza 22 febbraio 1992, § 31; Corte EDU, *Alenka Pečnik c. Slovenia*, sentenza del 22 settembre 2012, § 30.

¹⁶⁷ Corte EDU, *Galstyan c. Armenia*, sentenza del 15 novembre 2007, §§ 58 e 59.

¹⁶⁸ Corte EDU, *Benham c. Regno Unito*, sentenza del 10 giugno 1996, § 56.

¹⁶⁹ Corte EDU, *Garofalo c. Italia*, decisione del 21 gennaio 2025, § 94.

¹⁷⁰ VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 105.

¹⁷¹ Cfr. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 55 e VITALE, *Le sanzioni amministrative*, cit., 99.

¹⁷² Sul punto anche per alcune esemplificazioni, cfr. GOISIS, *Verso una nuova nozione*, cit., 337 ss.

In definitiva, si tratta di una nozione dal contenuto variabile¹⁷³, con, conseguente, difficoltà a individuare il concetto di appartenenza. Almeno in termini netti. La gestione di molteplici variabili permette, allora, al più di indicare che *quella* sanzione, connotata da *quella* funzione, da *quel* grado di severità, comportante *quelle* conseguenze, (tutti enunciati variabili) sia compatibile/appartenga (o incompatibile/non appartenga) con la *materia penale*.

Da questo punto di vista, discontinuo e frammentario, il *chi* è della *materia penale* non può che dipendere da chi risulta essere il *signore della parola*, da chi *comanda*¹⁷⁴. Il «*notwithstanding*» del Considerato 13 del Regolamento assume quindi, necessariamente, il significato di *malgrado, a dispetto di*: il procedimento in *materia penale* ai sensi della normativa in materia di mutuo riconoscimento è *autonomo* non solo rispetto alle legislazioni nazionali ma anche rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU¹⁷⁵. Pertanto, *a dispetto* di quanto i giudici europei possano ribadire rispetto alla confisca quale misura di prevenzione – che non partecipa della natura penale in quanto non consegue a una condanna penale, non è una sanzione per il diritto nazionale, sembrerebbe non avere finalità punitive ma essenzialmente riparatorie¹⁷⁶ – la normativa europea ben può ritenere i procedimenti di prevenzione *materia penale* e in quanto tali rientranti nel campo di applicazione del Regolamento. Ritornano le parole di Alice. Si parla di *materia penale: più o meno*.

Resta da chiarire lo scambio dialogico presente nel Regolamento tra (procedimenti in) *materia penale* e garanzie da riconoscere. Andando a intercettare le parole, a rimodellare il linguaggio attraverso cui il “pensiero” del Regolamento si manifesta, ci siamo imbattuti in una *ambiguità* definitoria e insieme

¹⁷³ DELMAS-MARTY, *Trois défis pur un droit mondial*, Paris, 1988, 126.

¹⁷⁴ Il riferimento è al personaggio Humpty Dumpty che Alice incontrò attraverso lo specchio, protagonista di uno dei dialoghi più celebri del romanzo sul significato delle parole.

¹⁷⁵ Cfr. *supra* par. 5.

¹⁷⁶ Nella decisione *Garofalo c. Italia*, cit. al § 125, i giudici sembrano non voler statuire in merito: (...) *la Corte ha precedentemente affermato di aver già osservato che la finalità generale di prevenzione, intrinseca allo scopo di garantire che il crimine non rimanga impunito, risulta altresì coerente con una finalità punitiva, potendo essere considerata come un elemento costitutivo della nozione stessa di pena (si veda, in particolare, Welch, supra citata, § 30). Pertanto, anche ammettendo che una funzione analoga possa essere attribuita alla misura di confisca in esame nonostante le modifiche legislative del periodo 2008-2009, tale elemento non è sufficiente a determinare che la misura non abbia uno scopo punitivo e non sia di natura penale.*

in una difficoltà di sistematizzazione concettuale, che non rendono agevole la perimetrazione del nocciolo duro di garanzie da riconoscere. Nel meccanismo di mutuo riconoscimento, al di là della qualificazione (o della natura) penale del provvedimento di confisca, è rilevante anche, forse soprattutto, lo statuto garantistico del procedimento all'esito del quale tale provvedimento viene adottato: il provvedimento di confisca, comunque qualificato, deve essere “assunto con le garanzie della *materia penale*”. Non è facile districarsi nel dedalo di rinvio e di termini usati dal legislatore europeo che, nel preambolo, dopo aver richiamato in maniera generica la compatibilità della nuova disciplina con i diritti sanciti nella C.E.D.U. e nella Carta dei diritti UE (considerando 17), afferma che i diritti procedurali sanciti dalle Direttive di armonizzazione adottate sulla base dell'art. 82 T.F.U.E. “dovrebbero applicarsi [...] ai procedimenti penali rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento”. Nel corpo del testo, come visto in precedenza, sembra poi generarsi un corto circuito tra quanto previsto nel considerando 18¹⁷⁷, che parla di *garanzie essenziali*, e quanto ritenuto dall'art. 19 lett. h), che tra i motivi di non riconoscimento contempla, sia pure come ipotesi eccezionale, la presenza di palese violazione di un *pertinente* diritto fondamentale della Carta. Si oscilla allora tra diritti (pertinenti) e garanzie (essenziali), con rinvii, anche questi variabili, alla Carta di Nizza, alla Convenzione europea dei diritti umani e alle Direttive di armonizzazione.

Sembra, in definitiva, che anche lo statuto garantistico partecipi della logica *flou*, immaginata come appannaggio, quasi espressione necessaria e strumento duttile per la risoluzione casistica delle questioni giuridiche e che ritorna anche in questo ambito portando a un cambio di prospettiva che impone di fare i conti con una complessità di riferimenti non facilmente riportabili a sistema. Si intuisce che tra il set di garanzie (e diritti) da accordare ai procedimenti penali e quelli da riconoscere ai procedimenti in *materia penale* debba esservi uno scarto. Con ciò segnando un ulteriore momento di lontananza dalla giurisprudenza della Corte EDU che eleva, quanto a tutela, a “penale” anche ciò che appartiene alla “*materia penale*”.

¹⁷⁷ Come visto *supra* al par. 5 il considerando 18 stabilisce la comunicabilità ai procedimenti in *materia penale* delle *garanzie essenziali* riconosciute ai procedimenti penali.

Nel Regolamento (UE) 2018/1805, le garanzie da riconoscere ai procedimenti penali possono non coincidere con quelle da riconoscere ai procedimenti (non penale ma rientranti) nella *materia penale*.

Più o meno.