
6

I CRITERI *ENGEL* ALLA PROVA DELLA PRASSI INTERNA: LA NECESSITÀ DI MAGGIORE CHIAREZZA SISTEMATICA NELL'ELABORAZIONE DELLA NOZIONE COSTITUZIONALE DI *MATIÈRE PÉNALE*¹e²

Luca Masera³

ABSTRACT

Prendendo spunto dall'analisi di due recenti decisioni della Corte costituzionale relative alla definizione della nozione di *matière pénale*, il lavoro si interroga su quali siano i criteri davvero decisivi per la riconduzione di misure formalmente non penali all'interno di tale nozione, ed individua alcuni aspetti su cui sarebbe opportuno un intervento chiarificatore della Corte.

SOMÁRIO. 1 Introduzione: l'adozione dei criteri *Engel* da parte della Corte Costituzionale e i problemi relativi alla loro concreta implementazione. 2 La Sentenza n. 148/2022 e la natura non punitiva

¹ **Como citar este artigo científico.** MASERA, Luca. I criteri Engel alla prova della prassi interna: la necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di *matière pénale*. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 191-225, set.-dez. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à “Rivista Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale” (n. 2, p. 14-29, 2025), parceira italiana, pela cessão do presente artigo para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica desidera ringraziare la “Rivista Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale” (n. 2, p. 14-29, 2025), un partner italiano, per aver fornito questo articolo per la pubblicazione in Brasile.

³ Ordinario di diritto penale presso l'Università di Brescia. *E-mail:* luca.masera@unibs.it

delle misure previste a carico del consumatore di stupefacenti. 3 La Sentenza n. 169/2023 e la natura non penale di un'ipotesi di revoca delle prestazioni sociali ai soggetti condannati per reati di particolare gravità. 4 I Criteri *Engel* alla prova della prassi. 4.1 Il Secondo criterio *Engel* e la discutibile negazione della finalità punitiva di una misura afflittiva. 4.1.A. 4.1.B. 4.2 Il terzo criterio *Engel* e la sua natura sussidiaria, più che realmente alternativa, rispetto al criterio della finalità punitiva. 5 Conclusioni: i punti che necessitano una precisazione da parte della giurisprudenza costituzionale. 5.A. 5.B. 5.C. Refirimenti

1 INTRODUZIONE: L'ADOZIONE DEI CRITERI *ENGEL* DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E I PROBLEMI RELATIVI ALLA LORO CONCRETA IMPLEMENTAZIONE

Ormai da alcuni anni i criteri adottati dalla Corte EDU per definire la nozione ampia di *matière pénale*, cui corrisponde l'applicazione delle garanzie penalistiche riconosciute dalla Convenzione, sono stati stabilmente recepiti anche dalla nostra Corte costituzionale.

Il percorso, come noto, è stato lungo ed accidentato. Dopo diversi decenni in cui i Giudici delle leggi avevano ritenuto applicabili alle sole sanzioni definite come penali dal legislatore le garanzie che la Costituzione appresta per la materia penale, a partire dalla fine degli anni 10, sotto la spinta delle decisioni dei giudici di Strasburgo, anche la Corte costituzionale ha iniziato ad applicare le garanzie della materia penale anche a misure afflittive formalmente non penali⁴. Nei primi anni di questo nuovo orientamento non sono mancati i ripensamenti o i colpi di freno, ed in un primo momento non è stato chiaro se la nozione ampia di materia penale facesse ingresso nel nostro ordinamento (solo) come parametro interposto

⁴ La letteratura in argomento è ormai amplissima; per quanto concerne i lavori monografici, cfr. Masera (2018) e Mazzacuva (2017), cui ci sia qui consentito rinviare per gli opportuni riferimenti bibliografici; per saggi ed articoli, cfr. in particolare *ex plurimis* Manes (2017) e Viganò (2017).

di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost., o (anche) come autonoma categoria rilevante ai sensi delle norme costituzionali: in un caso, ad esempio, di applicazione ad una misura afflittiva non penale del principio di irretroattività della norma più sfavorevole, non riconosciuto dalla normativa interna, vi è (solo) una violazione dell'art. 7 CEDU, rilevante ai sensi dell'art. 117 Cost., o vi è una autonoma (e concorrente) violazione dell'art. 25 Cost.?

Oggi, la risposta a tale domanda pare meno incerta, anche alla luce delle sentenze che si andranno ad analizzare. I criteri *Engel*, come elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, non rilevano solo rispetto alle garanzie convenzionali costituzionalmente rilevanti per il tramite dell'art. 117 Cost., ma sono stati adottati anche quali parametri di valutazione dell'estensione di una garanzia *costituzionale* propria della materia penale.

Certo poi, come la dottrina ha in più occasioni chiarito, e come riconosce la stessa Corte costituzionale, ricondurre una misura all'interno della materia penale in senso lato non significa che a tale misura siano *tout court* applicabili *tutte* le garanzie penalistiche previste dalla Costituzione. Si tratta di valutare caso per caso se la *ratio* della garanzia di cui si discute l'applicazione conduca o meno alla sua estensione anche al di fuori della materia penale in senso stretto: così, ad esempio, se ormai è pacifico che le garanzie riconducibili ai principi di legalità e di irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 Cost. si estendono a tutto l'ambito della materia punitiva, così non vale per il principio della riserva di legge o per quello della finalità rieducativa della pena, che la giurisprudenza costituzionale reputa al contrario riferibili alla sola materia penale in senso formale⁵.

L'applicazione “a geometria variabile” (l'espressione è di Mazzacuva, 2017, p. 56) delle garanzie non fa venir meno, comunque, la *natura unitaria della criteriologia* da applicare quando si tratti di valutare se una misura rientra nella materia penale in senso lato. I criteri della *matière pénale* sono quelli della sentenza *Engel*,

⁵ Sul punto, cfr. in particolare Masera (2018, p. 205 ss.).

altra questione è valutare se la specifica garanzia in questione sia da estendere anche a tale ambito, o rimanga propria della materia penale in senso stretto: lo schema concettuale è chiaro, anche se mai esplicitato *ex professo* dalla Corte costituzionale.

Posta tale cornice sistematica, in queste note vogliamo soffermarci su un problema “pratico”, vogliamo cioè verificare quanto il recepimento dei criteri *Engel* da parte della Corte costituzionale corrisponda ad una reale acquisizione di tali criteri e della logica ad essi sottesa da parte dei nostri Giudici delle leggi, o se invece, almeno in alcune occasioni, il richiamo ad *Engel* corra il rischio di risolversi in un ossequio poco più che di stile ad una formula ormai entrata a fare parte del linguaggio “liturgico” del giurista. Prenderemo allora in esame due recenti decisioni della Corte costituzionale, in cui ci pare che il rinvio ad *Engel* possa ascriversi a questa seconda tipologia di situazioni, per poi svolgere, a partire dalle affermazioni contenute in tali sentenze, alcune considerazioni di portata più generale sul tema in esame.

2 LA SENTENZA N. 148/2022 E LA NATURA NON PUNITIVA DELLE MISURE PREVISTE A CARICO DEL CONSUMATORE DI STUPEFACENTI

Dopo la nota vicenda relativa al diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti sanzionatori davanti alla CONSOB, ove era stato riconosciuto dalla Corte costituzionale, all’esito di una diretta interlocuzione con la CGUE, il diritto a non rendere dichiarazioni indizianti la commissione di un illecito amministrativo punitivo⁶, con la sentenza ora in esame (C. cost., 148/2022, con nota di Masera, 2022), la questione torna al vaglio della Corte costituzionale, questa volta in relazione al diritto dell’acquirente di sostanze stupefacenti a non rilasciare dichiarazioni indizianti la propria responsabilità

⁶ Il riferimento è all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117/2019 (con note di Fares (2020), Marra; Viola (2019), Ruggeri (2019)) che aveva formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, deciso dalla Grande sezione nel 2019 (C-489/19, con nota di Basile (2021)), decisione in seguito alla quale la Corte costituzionale aveva poi emesso la sentenza n. 84/2021 (con note di Coduti (2021), Marcheselli (2021)).

per gli illeciti amministrativi previsti dall'art. 75 t.u. stupefacenti (di seguito TUS). Pur confermando i principi affermati nel 2019 e nel 2021, la soluzione nel caso concreto è opposta, negandosi in capo all'acquirente di stupefacenti il diritto al silenzio, posto che le sanzioni di cui all'art. 75 TUS avrebbero finalità preventiva e non punitiva.

La questione era risultata rilevante in due procedimenti di convalida dell'arresto e di applicazione di misure cautelari in corso di svolgimento presso il Tribunale di Firenze nei confronti di soggetti indagati per il reato di cui all'art. 73 co. 5 TUS, per la cessione a titolo oneroso di piccole quantità di hashish. Il giudice a quo si interroga sull'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'acquirente della sostanza stupefacente, che era stato sentito dalla polizia giudiziaria senza ricevere gli avvisi previsti per la persona sottoposta ad indagini; ai sensi dell'art. 64 co. 3 c.p.p., infatti, tali avvisi devono essere rivolti al soggetto che renda dichiarazioni tali da indiziare la commissione di un reato, mentre al soggetto che aveva riconosciuto l'acquisto dello stupefacente era imputabile solo l'illecito amministrativo previsto all'art. 75 TUS. Il tribunale fiorentino dubita della legittimità costituzionale di tale soluzione, peraltro ritenuta obbligata ai sensi del disposto normativo e della sua pacifica interpretazione in tal senso da parte della giurisprudenza.

Il ragionamento dell'ordinanza di rimessione parte dalla premessa che le sanzioni previste dall'art. 75 hanno natura sostanzialmente penale, in quanto caratterizzate da una finalità punitiva della condotta del consumatore di stupefacenti (come emergerebbe dalla constatazione che “l'autorità competente ad irrogarle – il prefetto – non è chiamata ad alcun accertamento sulla effettiva pericolosità dell'interessato, né sulla eventuale trasgressione, da parte di costui, delle norme relative alla circolazione stradale”), e in quanto sanzioni

dall'elevata carica afflittiva, come già riconosciuto da questa Corte nella sentenza n. 68 del 2021 in relazione alla revoca della patente di guida, le quali peraltro si lascerebbero spiegare

soltanto quali strumenti funzionali a dissuadere i consociati dall'acquistare sostanze stupefacenti e dall'incrementare, in tal modo, il traffico illecito delle sostanze medesime. (§ 4.1 del *considerato in diritto*)

Il Tribunale si richiama allora alla più recente giurisprudenza costituzionale (che, come già accennato sopra, ha esteso il diritto al silenzio alle ipotesi in cui le dichiarazioni richieste potrebbero indiziare la commissione di un illecito amministrativo punitivo), e chiede che venga dichiarata la parziale incostituzionalità dell'art. 64 co. 3 c.p.p. (per violazione degli artt. 3, 24, 111 e 177, in relazione all'art. 6 CEDU) nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi previsti siano rivolti anche alla persona che si sia resa responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 75 TUS (con la conseguenza, rilevante nel caso concreto, di ritenere inutilizzabili ai sensi dell'art. 64 co. 3-bis le dichiarazioni rese dall'acquirente nel processo penale a carico di chi ha venduto la sostanza).

La Corte, come già anticipato, ritiene infondata la questione sottopostale, e la ragione del mancato accoglimento deriva dal rifiuto di accogliere il presupposto logico di tutta l'argomentazione del giudice *a quo*, e cioè la riconducibilità al novero delle sanzioni sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel* delle misure previste nei confronti del consumatore di sostanze stupefacenti dall'art. 75 TUS.

La sentenza inizia con il riportare un passaggio di una propria decisione del 2016, secondo cui

l'art. 75 TUS rappresenta il momento saliente di emersione della strategia – cui si ispira la normativa italiana in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope a partire dalla legge 22 dicembre 1975, n. 685 – volta a differenziare, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore della droga da quelle del produttore e del trafficante. L'idea di fondo del legislatore è che l'intervento repressivo debba rivolgersi precipuamente nei confronti dei secondi, dovendosi scorgere, di norma, nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una

manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte, se del caso, con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo. (C. cost., 109/2016, § 4 del *considerato in diritto*).

Se tale impostazione trova riscontro nel co. 2 dell'art. 75 TUS, ove il legislatore prevede proprio la possibilità per il consumatore di stupefacenti di accedere a programmi terapeutici o socio-riabilitativi, o a programmi educativi o informativi personalizzati in relazione alle sue specifiche esigenze, è la stessa Corte ad ammettere come

meno evidente appare, invero, la natura giuridica delle “sanzioni” previste dal comma 1, da irrogarsi entro il minimo e il massimo previsto a seconda che la condotta abbia a oggetto droghe cosiddette “pesanti” o “leggere”, e sottoposte a un procedimento applicativo che ricalca in larga misura quello previsto per la generalità delle sanzioni amministrative dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale): la sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni (lettera a); la sospensione della licenza di porto d’armi o il divieto di conseguirla (lettera b); la sospensione del passaporto o di altro documento equipollente, ovvero il divieto di conseguirli (lettera c); la sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo o il divieto di conseguirlo, per ciò che concerne i cittadini extracomunitari (lettera d). (§ 4.2.2 del *considerato in diritto*)

Il giudizio in ordine alla natura sostanzialmente penale di tali misure parte dall'affermare che la pur riconosciuta “elevata carica di afflittività rispetto ai diritti fondamentali sui quali esse incidono non esclude, di per sé stessa, la loro finalità preventiva, né depone univocamente nel senso di una loro natura ‘punitiva’” (§ 4.2.3 del *considerato in diritto*). Al riguardo la sentenza ricorda come alle misure personali di prevenzione, che pure hanno una significativa incidenza su svariati diritti fondamentali, sia la Corte costituzionale

che la Corte EDU abbiano sempre negato natura sostanzialmente penale, proprio in ragione della loro finalità preventiva e non punitiva.

La Corte individua poi le ragioni per cui, al pari delle misure di prevenzione, anche le misure previste dall'art. 75 TUS non avrebbero finalità punitiva, ma preventiva.

Quanto alla misura della sospensione della patente, essa ha secondo la Corte una “finalità spiccatamente preventiva”, essendo “evidentemente funzionale a prevenire i rischi connessi alla guida di autoveicoli da parte di soggetti in stato di intossicazione” (§ 4.2.4 del *considerato in diritto*). La Corte riconosce come la recente sentenza n. 68/2021, citata nell'ordinanza di rimessione, abbia effettivamente riconosciuto “connotazioni sostanzialmente punitive” alla revoca della patente disposta dal giudice penale in caso di condanna per i reati di cui agli art. 589-bis e 590-bis c.p., ma ritiene possibile operare un distinguo rispetto a tale decisione, in quanto la misura oggetto di scrutinio nel 2021

viene irrogata direttamente dal giudice penale nella stessa sentenza di condanna, ovvero dall'autorità amministrativa a seguito della condanna penale dell'interessato per un fatto costituente reato; mentre nell'ipotesi regolata dall'art. 75 TUS la misura è disposta dall'autorità amministrativa in conseguenza dell'accertamento di un fatto che l'ordinamento ha scelto di non qualificare come reato, e che quindi non dà luogo ad alcuna conseguenza di natura penale a carico dell'interessato. Tale fatto, d'altra parte, denota – nella non irragionevole valutazione del legislatore – la possibile pericolosità del suo autore per la generalità degli utenti del traffico, in considerazione del rischio che egli si ponga alla guida di un autoveicolo in una condizione di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti. (§ 4.2.2 del *considerato in diritto*)

Per quanto riguarda poi la sospensione della licenza di porto d'armi e il divieto di conseguirla, tali misure

appaiono strumentali a evitare l’abuso intenzionale, o anche solo l’uso non accorto, di armi da parte di un soggetto con minori capacità di autocontrollo per effetto dell’assunzione di sostanze stupefacenti”; mentre la misura della sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo “sottende evidentemente il venir meno dei requisiti morali minimi ai quali è subordinato il rilascio, o la persistente validità, del permesso di soggiorno per motivi di turismo nei confronti dello straniero extracomunitario, in conseguenza del paventato pericolo di turbamento dell’ordine pubblico connesso al consumo di sostanze stupefacenti da parte di costui. (§ 4.2.2 del *considerato in diritto*)

Esclusa per le ragioni appena riferite la finalità punitiva delle misure di cui all’art. 75 TUS (la sentenza non fa invero alcun cenno alla misura del ritiro del passaporto), prima di concludere per il rigetto della questione la Corte ha cura di precisare come la riconosciuta finalità preventiva di tali misure debba essere tenuta in considerazione dell’autorità amministrativa al momento di decidere in ordine alla loro concreta applicazione, con la conseguenza che

in tali valutazioni dovrà restare a priori esclusa ogni impropria logica punitiva, la quale chiamerebbe necessariamente in causa lo statuto costituzionale della responsabilità penale, incluso lo stesso “diritto al silenzio” nell’ambito del procedimento applicativo delle sanzioni qui all’esame. (§ 4.2.5 del *considerato in diritto*)

3 LA SENTENZA N. 169/2023 E LA NATURA NON PENALE DI UN’IPOTESI DI REVOCA DELLE PRESTAZIONI SOCIALI AI SOGGETTI CONDANNATI PER REATI DI PARTICOLARE GRAVITÀ

Nel caso ora in esame (C. cost., 169/2023, con nota di Masera, 2023), l’ordinanza di rinvio aveva ad oggetto la costituzionalità della disposizione, l’art. 2 comma 61 l. 92/2012, che dispone

la revoca, con effetto non retroattivo, delle prestazioni previdenziali o assistenziali, comunque denominate in base alla legislazione vigente, di cui il condannato sia eventualmente titolare, quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili, nei confronti dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58 del medesimo art. 2⁷

(E cioè per i reati di cui agli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 c.p., nonché per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo).

Secondo il giudice *a quo*, tale disposizione costituirebbe una violazione dell'art. 25 comma 2 Cost. e dell'art. 117 comma 1, in relazione all'art. 7 CEDU, in quanto

stabilendo la revoca delle prestazioni previdenziali anche nei confronti di soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato al momento dell'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, *violerebbe il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole*, dovendo essere riconosciuta a tale misura natura sostanziale di sanzione penale alla luce dei criteri stabiliti nella sentenza *Engel* della Corte EDU. (§ 1 del *considerato in diritto*)

La sentenza della Corte ricostruisce innanzitutto il “quadro normativo e giurisprudenziale”, accennando *inter alia* come

la misura (abbia) *natura latamente riparatoria*, come si evince dalla devoluzione delle somme, recuperate grazie alla revoca in ragione della condanna per attività criminali di particolare allarme sociale, al Fondo per vittime dei reati di tipo mafioso e di terrorismo, andando così in qualche modo a risarcire le

⁷ Così viene ricostruito dalla Corte il contenuto della norma di cui è eccepita la parziale incostituzionalità: cfr. il § 1 del *considerato in diritto*.

vittime dei reati in questione, per effetto di una scelta razionale nella allocazione di risorse finanziarie, non illimitate, a favore di vittime di reati gravi.

La Corte rammenta poi come tale disposizione già sia stata oggetto del suo scrutinio con la sentenza n. 137/2021, che ne ha dichiarato l'*illegitimità* “nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni indicate nei confronti di coloro che scontino la pena *in regime alternativo alla detenzione in carcere*, con riferimento alla violazione degli artt. 2, 3 e 38 Cost.” (§ 5 del *considerato in diritto*). In quell’occasione, la Corte aveva ritenuto che fosse legittimo per il legislatore prevedere uno “statuto di indegnità” per la percezione di determinate provvidenze pubbliche per chi sia risultato colpevole di delitti particolarmente gravi, ma aveva altresì affermato che tale previsione non poteva pregiudicare quanto disposto dall’art. 38 Cost., che “configura un dovere di solidarietà che deve informare la normativa della pubblica assistenza e beneficenza a favore di chi versi in condizioni di indigenza per inabilità allo svolgimento di una attività remunerativa” (§ 1 del *considerato in diritto*). Se dunque la revoca della prestazioni poteva ritenersi legittima in relazione a coloro che erano detenuti in carcere, posto che ai bisogni di costoro provvedeva l’autorità penitenziaria, essa al contrario doveva ritenersi incostituzionale rispetto a coloro che espiavano la pena *in regime di detenzione domiciliare* o in altro regime alternativo alla detenzione in carcere, dal momento che essi “hanno (sì) gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile, (ma) attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere” (§ 1 del *considerato in diritto*).

La sentenza passa poi ad elencare una serie di decisioni ove è stata ritenuta “la legittimità di meccanismi destinati ad attivarsi, in modo automatico, in conseguenza della perdita di requisiti di onorabilità” (§ 6 del *considerato in diritto*): dalle sentenze relative alla sospensione del reddito di cittadinanza in caso di sottoposizione

a misure cautelari, alle decisioni in tema di sospensione e decadenza a cariche elettive, alla sentenza in tema di revoca della patente di guida in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti. Da tale giurisprudenza emerge secondo la Corte

la configurabilità di *conseguenze, quali effetti riflessi, della condanna penale*, consistenti in incapacità giuridiche o in limitazioni o preclusioni all'esercizio di facoltà o alla possibilità di ottenere o mantenere benefici. Essi sono regolati secondo la disciplina propria dei settori di appartenenza e *non sono soggetti alle più rigorose garanzie del sistema sanzionatorio penale e in particolare al divieto di retroattività*. (§ 9 del *considerato in diritto*) (corsivi nostri)

Venendo alla misura oggetto di scrutinio, essa

presenta tutte le caratteristiche per rientrare nella *categoria degli effetti extra-penali* della condanna penale; tale qualificazione si fonda sulla considerazione che il legislatore, nell'esercizio della discrezionalità che gli compete nel perimetrare la platea dei beneficiari di prestazioni sociali, ha valutato l'opportunità di introdurre un nuovo requisito, caratterizzato dall'assenza di elementi di indegnità, ritenuto essenziale per la percezione e il mantenimento di prestazioni assistenziali. (§ 10 del *considerato in diritto*)

Il tema della qualificazione giuridica della misura ricorre in più passaggi della sentenza, ove si ribadisce che

la *condanna penale* non costituisce la causa dell'esclusione, ma il *presupposto di fatto oggettivo della valutazione di 'indegnità'*, il dato storico che certifica, in modo definitivo ed incontestabile, il venir meno del patto di solidarietà sociale del singolo con la comunità. [...] La revoca di cui al comma 61 dell'art. 2 della legge n. 92 del 2012 va, pertanto, qualificata come *effetto della condanna penale in ambito amministrativo* [...], un *requisito*

di natura soggettiva per beneficiare dell'erogazione della prestazione assistenziale; requisito introdotto dal legislatore con effetto non retroattivo, ma che legittimamente prende in considerazione condotte pregresse del condannato al quale il beneficio è stato riconosciuto. (§ 6 del *considerato in diritto*)

Solo nell'ultimo paragrafo della motivazione viene infine esplicitata la vera *ratio decidendi*, cioè la risposta alla questione se la *misura* della revoca prevista dalla norma sottoposta a scrutinio possa o meno ritenersi *sostanzialmente penale* ai sensi dei ben noti criteri *Engel*. La motivazione sul punto è assai sintetica e può essere riportata integralmente.

Nella fattispecie in esame, quanto alla qualificazione del diritto nazionale, è sufficiente osservare che il comma 61, oggetto di censura, non solo *non reca la qualificazione formale, come "sanzione penale"*, ma manca la stessa definizione di "sanzione"; la quale, invece, è sì presente al comma 58, ma ciò, di per sé solo, non è decisivo ai fini della natura punitiva della revoca. Rileva poi – come si è già sopra sottolineato – che la *condanna penale* costituisce un *mero presupposto di fatto* utilizzato dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, per attestare il venire meno di un *requisito soggettivo di "meritevolezza"*, introdotto quale nuova condizione per fruire dell'erogazione di una provvidenza pubblica da parte dello Stato. La revoca consegue, con applicazione automatica e indifferenziata, alla definitività di una sentenza penale di condanna senza una deliberazione sul quantum che, calibrata sulle specifiche caratteristiche del caso concreto, presupporrebbe necessariamente un giudizio di riprovazione personale. La misura resta amministrativa, in quanto *priva di un collegamento funzionale con la condotta penale sanzionata*, producendo un effetto ulteriore, distinto ed autonomo in un ambito previdenziale "esterno" rispetto all'azione pubblica di repressione penale. Infine, neppure è soddisfatto il terzo criterio – la *gravosità della misura* – che il rimettente individua nelle ripercussioni di tipo economico su un soggetto privo di mezzi di sussistenza per sé stesso e la sua famiglia. Rileva che alle esigenze di mantenimento del condannato in regime di detenzione carceraria lo Stato provvede direttamente, *assicurandogli il minimo vitale* che, ai sensi

dell'art. 38 Cost., è garantito da una prestazione assistenziale, quale l'assegno sociale. Peraltro, il familiare nullatenente può accedere autonomamente agli stessi o ad altri benefici. (§ 14 del *considerato in diritto*)

Esclusa così la natura sostanzialmente penale della misura ai sensi dei criteri Engel, la Corte conclude che

la revoca prevista dal comma 61 dell'art. 2 della legge n. 92 del 2012 costituisce un *effetto extrapenale della condanna penale* e, in ogni caso, una *misura sanzionatoria amministrativa* non afflittiva, *priva di natura sostanzialmente penale*, la cui applicazione, in relazione a fatti oggetto di sentenze di condanna (per i reati di cui al comma 58 del citato art. 2) divenute definitive prima della sua entrata in vigore, *non integra la violazione* degli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. (§ 15 del *considerato in diritto*)

4 I CRITERI *ENGEL* ALLA PROVA DELLA PRASSI

Le sentenze di cui si è appena terminato di dare conto sono a nostro avviso significative di quanto gli *Engel criteria* si prestino, nella lettura fornite dalla Corte costituzionale, a forzature, se non a vere e proprie *distorsioni*, che mettono in dubbio la loro capacità di costituire un punto di riferimento solido nell'assunzione delle decisioni in ordine alla natura sostanzialmente penale di una certa misura: con il rischio, che in queste pronunce ci appare evidente, che il richiamo a tali criteri serva a dare veste sistematica a soluzioni in realtà dettate da contingenti preoccupazioni di politica criminale.

4.1 IL SECONDO CRITERIO *ENGEL* E LA DISCUTIBILE NEGAZIONE DELLA FINALITÀ PUNITIVA DI UNA MISURA AFFLITTIVA

Come noto, il *secondo criterio Engel* rappresenta lo snodo nevralgico del giudizio circa la qualificazione come sostanzialmente

penale di una misura afflittiva: quando una misura non è definita come penale dal legislatore (*primo criterio Engel*), essa può comunque essere considerata sostanzialmente penale in ragione della sua *natura* o della sua *finalità*. Senza poter qui ripercorrere una letteratura e una giurisprudenza quanto mai vaste al riguardo, il secondo criterio *Engel* conduce a qualificare come penale ogni misura che abbia *finalità punitiva* (in via esclusiva o concorrente con altre finalità), e ad escludere al contrario la natura penale di misure che abbiano *finalità preventiva* o *risarcitoria*: il finalismo punitivo della misura è pacificamente reputato essenziale nel determinarne la natura penale⁸.

Andando allora a verificare come di tale criterio abbiano fatto applicazione le sentenze sopra sintetizzate, emergono *forti perplessità* rispetto al percorso motivazionale seguito per *negare* in entrambi i casi la *finalità punitiva* della misura in questione.

4.1.A

Per quanto riguarda la decisione del 2022, e prendendo le mosse dagli argomenti relativi alle *singole misure* previste dall'art. 75 TUS, in ordine alla *sospensione della patente* la Corte, come visto sopra, ritiene addirittura “evidente” la sua finalità di prevenire i rischi connessi all’uso di veicoli da parte di soggetti in stato di intossicazione da stupefacenti, e ritiene non decisivo il proprio precedente in cui era stata riconosciuta natura punitiva alla revoca della patente conseguente alla condanna per i reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis, posto che in quel caso la misura era disposta dal giudice penale o dall’autorità amministrativa in seguito alla condanna penale, mentre nel caso in esame la misura ha natura esclusivamente amministrativa. Il passaggio che non ci convince riguarda il *distinguishing* operato rispetto al precedente del 2021, in cui si valorizza la circostanza che nel caso in esame l’applicazione della misura sia indipendente dalla commissione di un reato. In realtà, nella criteriologia della materia

⁸ Cfr. ampiamente sul punto i lavori citati *supra*, nota n. 4.

penale di origine convenzionale, quello del legame della misura con un procedimento penale è un *criterio distinto* da quello della finalità della misura: per stabilire la natura dell'illecito (secondo criterio *Engel*), quando la finalità punitiva o preventiva risulti incerta, possono essere utilizzati altri *criteri sussidiari*, tra cui appunto il suo legame con un procedimento formalmente penale o la sua applicazione da parte del giudice penale. Nella sentenza della Corte costituzionale, invece, l'assenza di tale legame viene utilizzata a sostegno della sua natura preventiva, e quindi come fattore in grado di fondare il distinguo rispetto all'affermata natura punitiva della revoca della patente da parte del giudice penale. L'argomento della mancanza di legame con un procedimento penale avrebbe quindi potuto, a nostro parere, venire utilizzato dalla Corte nel giudizio complessivo sulla natura sostanzialmente penale dell'illecito, ma non a sostegno della tesi della finalità preventiva della misura, posto che la finalità di una misura non dipende dal soggetto chiamato ad applicarla.

Solo pochi cenni vengono poi dedicati alla misura del *ritiro del porto d'armi*, che, tra le diverse misure previste dalla norma, è quella rispetto alla quale la tesi della natura preventiva pare effettivamente più plausibile; e a quella del *diniego del permesso di soggiorno* per motivi di turismo, ove la sentenza fa riferimento a non meglio precisati “requisiti morali minimi” ai quali sarebbe subordinato tale permesso (in realtà non vi è alcuna norma che preveda tale requisiti, la cui formulazione nei termini usati dalla sentenza lascerebbe peraltro dubitare della sua legittimità sotto il profilo del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 10 co. 2 Cost.), e al pericolo per l'ordine pubblico rappresentato da uno straniero che consumi stupefacenti.

Il punto più debole della motivazione consiste tuttavia nella scelta di non fare neppure un cenno alle ragioni per cui sarebbe da attribuire natura preventiva alla misura del *ritiro del passaporto*. In effetti, davvero non si vede quale esigenza di prevenzione possa stare a fondamento di una misura che non ha all'evidenza altra finalità

che quella di punire il consumatore di stupefacenti, impedendogli di lasciare il Paese, e dunque limitando in modo significativo un diritto costituzionale senza alcuna finalità di tutela preventiva dell'ordine o della sicurezza pubbliche. La mancanza di ogni riferimento a tale misura rappresenta l'implicito riconoscimento che rispetto ad essa non vi erano appigli per motivarne la finalità preventiva, e dunque equivale in sostanza a riconoscere che almeno una delle misure previste dall'art. 75 TUS ha *indiscutibilmente finalità punitiva*.

Se rispetto alle singole misure l'argomentazione della loro natura preventiva non pare dunque particolarmente solida (se non forse rispetto al porto d'armi), ed è poi addirittura del tutto assente rispetto alla misura che ha un evidente scopo punitivo (il ritiro del passaporto), vi sono anche *elementi di contesto*, non valorizzati dalla Corte, che a nostro avviso de-pongono nel senso della natura punitiva delle misure previste dall'art. 75 TUS.

Innanzitutto, ci pare indicativo della finalità punitiva il *criterio di quantificazione della durata* delle stesse, che dipende dal fatto che si tratti di consumo di droghe pesanti o leggere, secondo il medesimo modello adottato dall'art. 73 TUS per la determinazione delle pene per i reati di cessione di stupefacenti. Certo tale criterio potrebbe essere giustificato anche in chiave preventiva, supponendosi che il consumatore di droghe pesanti rappresenti un pericolo più persistente per l'ordine pubblico; ma in realtà, nel disegno complessivo del legislatore, la differenza sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere trova una spiegazione più piana nella volontà di “trasferire” il sistema punitivo previsto in sede penale per le ipotesi di cessione, al sistema “punitivo” amministrativo previsto per il consumatore.

Depone poi deporre per una qualificazione in senso punitivo la circostanza che l'applicazione di almeno una misura sia *obbligatoria* per il prefetto, posto che in prospettiva preventiva dovrebbe essere concessa all'autorità amministrativa la possibilità di astenersi dall'applicare alcuna misura, quando nel caso concreto il consumatore non mostri profili di pericolosità per l'ordine pubblico,

mentre la necessità di applicare comunque una misura è perfettamente coerente con una logica punitiva. L'art. 75 co. 14, in realtà, prevede che le misure di cui al co. 1 possano essere sostituite (solo per la *prima volta*) con un *ammonimento* a non fare più uso delle sostanze, quando “il caso sia di *particolare tenuità* e ricorrano elementi tali da far presumere che la persona si asterrà, per il futuro, dal commettere i fatti di cui al primo comma”. Ma anche tale disposizione si legge più agevolmente in una logica punitiva piuttosto che preventiva, considerato come la non applicazione di alcuna misura sia legata alla tenuità del caso e sia praticabile solo la prima volta in cui venga contestata la violazione, entrambi requisiti da cui emerge la *minore gravità del fatto* per cui si viene puniti, più che la mancanza di pericolosità del suo autore.

Orienta ancora nella medesima direzione il giudizio anche l'elemento dell'applicabilità all'illecito di cui all'art. 75 delle disposizioni previste per la *generalità degli illeciti amministrativi* dalla l. 689/1981; non solo, infatti, come ricorda la Corte, il procedimento applicativo ricalca quello delineato dalla legge del 1981, ma è lo stesso art. 75 co. 12 a prevedere che “si applicano, per quanto compatibili, le norme della sezione II del capo I (rubricato ‘applicazione’) e il secondo comma dell'art. 62 della legge n. 689/1981”. Ora, considerato come il *genus* di illecito amministrativo delineato dalla l. 689/1981 rappresenti per unanime opinione *l'archetipo dell'illecito amministrativo punitivo*, riconducibile alla materia penale in senso lato, l'ampio ed espresso riferimento dell'art. 75 a tale legge ci pare un indizio importante delle reali finalità del legislatore.

Volgendo poi lo sguardo alla *complessiva strategia di contrasto* al consumo di stupefacenti delineato dall'attuale normativa, il richiamo alle finalità di intervento “*terapeutico e riabilitativo*” cui sarebbe orientato l'art. 75 può valere, come sottolinea la Corte, per la misura della partecipazione volontaria ad un *programma riabilitativo* prevista dal co. 2, ma davvero non ci pare possa essere

esteso alle misure del co. 1. La nostra legislazione degli ultimi decenni in materia di stupefacenti è caratterizzata da un *solidissimo impianto punitivo*, al punto che l'originaria formulazione dell'art. 75 co. 1 prevedeva che la sanzione amministrativa si applicasse in luogo di quella penale solo se la detenzione a fine di consumo avesse ad oggetto una quantità di sostanza non superiore alla “dose media giornaliera”, e solo l'esito del referendum del 1993 ha escluso in ogni caso la rilevanza penale della detenzione con finalità di consumo personale. Lungi, quindi, dal rappresentare misure preventive, nel disegno del legislatore del 1990 le misure dell'art. 75 co. 1 rappresentavano una forma *meno grave di sanzione*, da applicare al consumatore in luogo di quella penale applicabile allo spacciato per evitare una criminalizzazione a tappeto del consumo che sarebbe stata impossibile da gestire da parte dell'apparato repressivo: una misura meno grave, ma a tutti gli effetti e senza dubbi una *misura punitiva*, a cui il co. 2 affiancava la previsione, essa sì formulata in chiave preventiva, di percorsi di recupero cui il consumatore poteva decidere di accedere. Insomma, una lettura sistematica porta a considerare le sanzioni di cui all'art. 75 co. 1 non già come un intervento preventivo che si contrappone alla logica punitiva dell'art. 73, bensì come un affievolimento del trattamento sanzionatorio per il consumatore rispetto allo spacciato, all'interno comunque di un approccio punitivo nei confronti di entrambe le tipologie di condotte (al punto che, come appena visto, nel sistema pre-referendum anche il consumatore poteva andare incontro a sanzioni penali, se trovato in possesso di un significativo non modesto di stupefacente).

4.1.B

Nella sentenza del 2023 analizzata sopra, la questione rilevante ai fini della decisione atteneva alla riconducibilità o meno, all'interno del perimetro della materia penale à la *Engel*, della misura della *revoca delle prestazioni assistenziali* per i condannati per *gravi reati*. Se tale questione fosse stata risolta in senso positivo, la misura

introdotta nel 2012 sarebbe dovuta essere applicabile solo a soggetti condannati per reati compiuti dopo la sua approvazione, perché così impone (secondo una giurisprudenza costituzionale ormai pacifica) il principio di irretroattività delle modifiche sfavorevoli per tutte le misure punitive (anche se formalmente non di natura penale); con conseguente dichiarazione di parziale incostituzionalità della norma nella parte in cui, secondo una prassi pacifica, consente l'applicazione della revoca anche a soggetti condannati per fatti antecedenti al 2012.

A tale specifica questione, la sentenza dedica solo l'ultimo, rapidissimo paragrafo, svolgendo osservazioni che lasciano sullo sfondo i problemi a nostro avviso più rilevanti. Se infatti, come ci pare indiscutibile, il punto decisivo è capire se la revoca in esame appartenga o meno alla materia penale secondo i criteri *Engel*, le considerazioni che precedono l'ultimo paragrafo a ciò dedicato non forniscono molti spunti di interesse.

Sicuramente non fornisce indicazioni in un senso o nell'altro il precedente del 2021, quando la Corte aveva scrutinato, sotto diverso profilo, la legittimità della medesima disposizione costituzionale in questione. Come ricorda la sentenza in commento, e come abbiamo già visto sopra, in quell'occasione la Corte aveva affermato la legittimità della previsione da parte del legislatore di uno “statuto di indegnità” che privi soggetti condannati per determinati reati delle prestazioni previdenziali o assistenziali, a condizione che non si tratti di soggetti che scontano la pena fuori dal carcere, e necessitano di tali prestazioni per vivere: nessun cenno era stato fatto rispetto alla natura o meno sostanzialmente penale della misura ai sensi dei criteri *Engel*.

Anche il passaggio successivo, dove la sentenza cita diverse pronunce che hanno stabilito “la *legittimità di meccanismi* destinati ad attivarsi, in modo automatico, in conseguenza della *perdita di requisiti di onorabilità*”, non contribuisce a risolvere il problema della natura penale della revoca, posto che la sentenza omette totalmente di citare i passaggi, pur presenti nelle decisioni citate, ove

la Corte si era soffermata sulla natura penale *à la Engel* delle misure di volta in volta esaminate⁹.

In effetti, il riferimento ai precedenti non riguarda le ragioni per cui era stata riconosciuta o negata nel singolo caso la finalità punitiva della misura, ma viene valorizzato esclusivamente per confermare quella che è la vera *ratio decidendi* della pronuncia qui in commento, e cioè la constatazione che la revoca delle prestazioni assistenziali non rappresenta una misura sostanzialmente penale, perché è da ascrivere al novero degli *effetti extra-penali* della sentenza di condanna, trattandosi di un requisito di meritevolezza rispetto al quale la sentenza penale di condanna ha la funzione di mero presupposto di fatto.

E' questo il *leit motiv* della pronuncia, che emerge prima quando viene ricostruita la giurisprudenza in materia di requisiti di onorabilità; poi quando vengono ricostruiti i caratteri della misura (e si conferma quanto appena visto sopra, aggiungendo che la revoca dei benefici, per il tempo in cui sconti la pena in carcere, è un mero *requisito di erogazione* della prestazione); e infine, come si ricorderà, quando si motiva in relazione al secondo criterio *Engel*, e in sostanza non si che fa che ribadire che la mancata ricorrenza di tale criterio deriva dal fatto che la revoca non denota un "giudizio di riprovazione personale", ed è "priva di un collegamento funzionale con la condotta penale" sanzionata producendo un effetto ulteriore, distinto ed autonomo in un ambito previdenziale rispetto all'azione pubblica di repressione penale".

Al nodo della questione, se la revoca sia da considerare penale secondo i criteri *Engel*, la sentenza arriva appunto, come già notato,

⁹ Vengono citate le sentenze n. 126/2021 e 122/2020, in tema di sospensione del reddito di cittadinanza in caso di sottoposizione a misure cautelari; n. 248/2019, relativa ad una legge della Regione Umbria che prevedeva l'esclusione di finanziamenti per le imprese i cui titolari siano stati condannati per certe categorie di reati; n. 161/2018, sul divieto di accesso alla professione di autotrasportatore per fatti che costituiscono violazione degli obblighi in materia previdenziale ed assistenziale; n. 35/2021, 36/2019, 276/16 e 236/2015 in tema di decadenza e sospensione dalle cariche elettive; n. 22/2018, relativa alla revoca della patente di guida per condanne in materia di stupefacenti.

solo nell'ultimo paragrafo, con considerazioni molto sintetiche e a nostro avviso poco convincenti.

Quanto al *primo criterio*, relativo alla qualificazione come sanzione penale ad opera della legislazione interna, solitamente è quello che pone meno problemi, posto che il novero delle sanzioni penali in senso stretto è facilmente desumibile dal dato legislativo. Nel caso di specie, tuttavia, vi era un profilo di complessità, che la sentenza in verità mette in luce, ma si limita a ritenere non decisivo. Come visto sopra, in effetti, la sentenza ricorda come la legge che ha introdotto l'istituto in esame preveda espressamente che, quando la revoca dei benefici venga disposta dal giudice penale nella sentenza di condanna per uno dei reati per cui è la stessa prevista, essa abbia natura di *sanzione accessoria* (art. 2 comma 58 l. 92/2012)¹⁰, ed abbia quindi anche formalmente natura di sanzione penale. La norma oggetto di scrutinio da parte della Corte non è, però, il comma 58, ma il comma 61 dell'art. 2, che si riferisce alle ipotesi in cui, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, la revoca delle prestazioni di cui all'art. 58 debba venire disposta dall'autorità amministrativa, nei confronti dei soggetti condannati con sentenza definitiva per uno dei reati di cui al comma 58¹¹. La sentenza evidenzia che nel comma 61 il legislatore non usa il termine “sanzione” o “sanzione penale” per definire la revoca, e conclude che l'uso di tale espressione nel comma 58 “non è decisivo ai fini della natura punitiva della revoca”.

¹⁰ “Con la sentenza di condanna per i reati di cui agli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale, nonché per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, il giudice dispone la *sanzione accessoria* della revoca delle seguenti prestazioni, comunque denominate in base alla legislazione vigente, di cui il condannato sia eventualmente titolare: indennità di disoccupazione, assegno sociale, pensione sociale e pensione per gli invalidi civili”.

¹¹ “Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della giustizia, d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, trasmette agli enti titolari dei relativi rapporti l'elenco dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58, ai fini della revoca, con effetto non retroattivo, delle prestazioni di cui al medesimo comma 58, primo periodo”.

In realtà, l'insistito richiamo del comma 61 al comma 58 per definire contenuto e presupposti della revoca avrebbe a nostro avviso dovuto indurre ad una più attenta riflessione circa i rapporti tra le due disposizioni. Da un lato, infatti, si può anche condividere l'affermazione per cui la qualificazione come sanzione accessoria della revoca dei benefici, quando disposta dal giudice penale nella sentenza di condanna, non possa di per sé sola condurre a ritenere qualificabile come sanzione *formalmente* penale la medesima revoca quando essa viene disposta dall'autorità amministrativa, sia pure a seguito di una sentenza penale di condanna. Ciò che non ci convince, però, non è tanto il non ritenere integrato il primo criterio *Engel*, che avendo natura formale può ben reputarsi sussistente per la revoca disposta dal giudice penale (posto che il legislatore la definisce espressamente come sanzione accessoria, e quindi anche formalmente penale), e non per la medesima revoca applicata dall'autorità amministrativa (dal momento che la norma non contiene alcuna specifica qualificazione). Il problema è che la perfetta coincidenza contenutistica della revoca di cui al comma 61 all'esame della Corte, con la revoca qualificata come sanzione penale al comma 58, avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione al momento di valutare, nell'ambito del giudizio relativo al *secondo criterio Engel*, la natura e la finalità o meno *punitiva* della misura oggetto di scrutinio; mentre la sentenza non fa altro che constatare come nel comma 61 il legislatore non parli né di sanzione né tantomeno di sanzione penale, e non trae alcun elemento di riflessione in ordine alla natura della revoca *ex comma 61 dalla sua sostanziale sovrappponibilità con la sanzione (penale)* di cui al comma 58.

Il vero *punctum dolens* della pronuncia sta, tuttavia, proprio nel passaggio dedicato al *secondo criterio Engel*, dove in modo alquanto sorprendente la sentenza non fa alcun riferimento al tema della finalità o meno punitiva della revoca. La Corte, infatti, ritorna sulla circostanza che la condanna penale costituisce un “*requisito soggettivo di meritevolezza*”, ed è “priva di un collegamento funzionale con al condotta penale sanzionata”, producendo effetto

“in un ambito previdenziale ‘esterno’ rispetto all’azione pubblica di repressione penale”: alla questione di quale sia la finalità, diversa da quella punitiva, che starebbe a fondamento della revoca, non viene dedicato neppure un cenno, quando è proprio il tema della finalità della misura a rappresentare il cuore del secondo criterio *Engel*.

In realtà, nel testo della sentenza, quando la Corte ricostruisce “il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento”, vi è un cenno alla questione della finalità per cui il legislatore avrebbe previsto nel 2012 di introdurre la revoca: il passaggio, riportato sopra, ove si afferma che la revoca ha “natura *latamente riparatoria*”, dal momento che le somme recuperate sono destinate al *Fondo per vittime dei reati di tipo mafioso e di terrorismo*.

L’argomento, tuttavia, ci pare tutt’altro che decisivo, e tale sembra considerarlo la stessa sentenza, visto che non viene ripreso proprio quando si sarebbe dovuto trattare, a proposito del secondo criterio Engel, della *finalità* della misura. Già secondo la formulazione della sentenza la misura ha solo “latamente” natura riparatoria (natura che, come noto, ai sensi della corrente interpretazione del secondo criterio *Engel* presso la giurisprudenza di Strasburgo, escluderebbe il carattere sostanzialmente penale della misura), e in effetti sembra difficile argomentare che la destinazione ad un fondo per le vittime di mafia e terrorismo delle somme risparmiate grazie alla revoca dei benefici, possa rappresentare l’esclusiva o prevalente finalità della revoca stessa; quando invece, secondo giurisprudenza costante, per negare natura penale ad una misura afflittiva la *finalità diversa* da quella punitiva deve risultare *almeno prevalente* nel delineare i contorni e le caratteristiche della misura stessa¹².

In altri termini, anche ammessa la natura “latamente riparatoria” della misura in esame, andava argomentato perché fosse da escludere la sua natura punitiva: argomentazione quanto mai necessaria, considerato come la revoca in esame abbia gli stessi

¹² Sullo specifico tema della compresenza di più finalità, come affrontato dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. Masera (2018, p. 69 ss.).

caratteri e mutui la propria disciplina da una misura espressamente qualificata come sanzione penale accessoria dallo stesso legislatore in un diverso comma dello stesso articolo di legge. Anche se ricade, come nota la sentenza, su ambiti diversi da quello penale, ci pare assai difficile negare (e del resto la sentenza neppure prova a farlo) che la revoca dei benefici previdenziali e assistenziali abbia anche e soprattutto la *finalità di inasprire il trattamento sanzionatorio* nei confronti dei condannati per gravi reati, e quindi abbia una *finalità punitiva* che avrebbe dovuto condurre ad affermarne la natura penale ai sensi del secondo criterio *Engel*.

4.2 IL TERZO CRITERIO *ENGEL* E LA SUA NATURA SUSSIDIARIA, PIÙ CHE REALMENTE ALTERNATIVA, RISPETTO AL CRITERIO DELLA FINALITÀ PUNITIVA

L'*iter* argomentativo seguito dalla sentenza in materia di stupefacenti conduce poi a ritenere che, secondo la criteriologia della materia penale adottata dalla nostra Corte costituzionale, i celebri tre criteri *Engel* siano in realtà solo due. Come noto, secondo lo schema fissato dalla celebre sentenza della Corte EDU del 1976, il criterio della gravità della sanzione rappresentava un parametro autonomo e alternativo a quello della natura o della finalità punitiva: tanto che, proprio nel caso *Engel*, la Corte aveva escluso che una misura disciplinare detentiva applicata ad un militare avesse natura punitiva e dunque fosse da considerare penale ai sensi del secondo criterio, ma aveva qualificato comunque come sostanzialmente penale la sanzione alla luce del terzo criterio, in ragione della sua elevata carica afflittiva.

Ora, tale modello risulta implicitamente derogato dalla Corte nella sentenza, laddove si sostiene che l'elevata carica di afflittività della misura non depone univocamente nel senso della sua natura punitiva, né è incompatibile con una finalità preventiva. Da autonomo criterio di qualificazione della natura penale di un illecito, quale è da considerare secondo la criteriologia *Engel*, la gravità della sanzione

(*id est* la sua carica afflittiva) è “declassata” ad elemento (non decisivo) da tenere in considerazione insieme ad altri per valutare la natura punitiva dell’illecito, che diventa dunque l’*unico* criterio per valutare la natura sostanzialmente penale di una misura amministrativa.

Non si tratta certo di una novità della sentenza del 2022, che sul punto non fa che richiamarsi ai precedenti (propri e della Corte EDU) in materia di *misure di prevenzione personali*, ove è stata negata natura penale a misure fortemente afflittive, come la sorveglianza speciale, proprio in ragione della loro asserita finalità preventiva e non punitiva; ma la conferma di tale principio da parte della sentenza in esame è però interessante perché porta all’attenzione dell’interprete profili di criticità che in relazione alle decisioni sulle misure di prevenzione erano rimasti sottotraccia.

Le decisioni in cui è stata negata natura penale alle misure di prevenzione (dalla sentenza *De Tommaso* della Corte EDU alle decisioni della Corte citate nella sentenza) sono, infatti, tutte ipotesi in cui la garanzia penalistica che veniva invocata (il *principio di legalità-tassatività*) trovava riscontro anche nelle *garanzie* apprestate dalla Convenzione (o dalla nostra Costituzione) a *tutela del diritto fondamentale* (la libertà di circolazione) su cui andava ad incidere la misura di prevenzione. Alla *negazione della natura penale* aveva fatto quindi seguito comunque il *riscontro della violazione* (o dell’eccezione di costituzionalità), perché era stato ritenuto violato il principio per cui le misure incidenti sulla libertà di circolazione devono essere descritte in modo tassativo dalla legge: il rilievo dell’affermazione circa la natura non penale delle misure di prevenzione, anche se gravemente afflittive, era stato allora messo in ombra dall’importanza di decisioni che avevano comunque segnato una svolta in senso garantistico.

Nel caso ora allo studio, invece, la garanzia invocata dal giudice *a quo* a fondamento della questione di costituzionalità è peculiare della materia penale, e di conseguenza la negazione della natura sostanzialmente penale della misura conduce inevitabilmente

a negare anche l'estensione della garanzia in questione. Appare allora evidente come la riduzione del criterio della gravità della misura a mero indicatore della finalità punitiva porti con sé una significativa *riduzione dell'area della materia penale* in senso lato, negandone l'estensione ad ipotesi (come, quasi per paradosso, quella oggetto del *leading case* del 1976) di misure anche gravemente afflittive dei diritti fondamentali del destinatario.

Ma su quali basi si fonda questa operazione ermeneutica restrittiva della materia penale, effettuata senza che né la Corte EDU né la Corte costituzionale abbiano mai espressamente dichiarato il superamento dell'originaria criteriologia? E se davvero l'afflittività della misura non ne comporta di per sé la natura penale, anche misure preventive che incidano sulla *libertà personale* giacerebbero al di fuori della materia penale, e il loro corredo di garanzie sarebbe allora solo quello previsto dalle norme poste a presidio di tale diritto (l'art. 13 Cost. e l'art. 5 CEDU)? O invece quando è in gioco la libertà personale, le garanzie della materia penale dovrebbero comunque ritenersi applicabili, anche al di là della finalità perseguita dal legislatore nel disporre la misura? Si tratta di quesiti tutt'altro che banali, e che non trovano adeguata risposta né nella giurisprudenza convenzionale, né (per quanto qui più interessa) nella nostra giurisprudenza costituzionale.

5 CONCLUSIONI: I PUNTI CHE NECESSITANO UNA PRECISAZIONE DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Abbiamo soffermato a lungo l'attenzione su due specifiche sentenze della Corte costituzionale, tra le molte che negli ultimi anni si sono occupate del problema qui allo studio della definizione del perimetro della *matière pénale constitutionale*, perché ci paiono esemplari dei rischi cui si può andare incontro in mancanza della necessaria precisazione concettuale della nozione in questione.

In entrambi i casi, abbiamo visto come l'argomento della finalità punitiva della misura o sia stato escluso con argomenti poco convincenti (nella sentenza del 2022) o addirittura sia stato completamente eluso (nella decisione del 2023), quando nella criteriologia *Engel*, cui entrambe le sentenze si richiamano, proprio la finalità punitiva è il fulcro dell'operazione di estensione delle garanzie oltre il perimetro del formalmente penale.

In entrambe le sentenze, poi, appaiono molto chiare le ragioni di *politica criminale* che inducono la Corte a ritenere insussistenti le violazioni invocate. *Stupefacenti* e *criminalità organizzata* sono tra le materie più sensibili per l'opinione pubblica, ed ogni intervento in questa materia della Corte costituzionale, che produca un indebolimento dell'apparato di contrasto ai fenomeni criminali in questione, risulta sempre particolarmente delicato.

Nel caso in tema di diritto al silenzio del consumatore di stupefacenti, erano chiare le importanti conseguenze pratiche che avrebbe comportato per il sistema di *law enforcement* una pronuncia di accoglimento della questione prospettata. Mentre oggi, al consumatore che si rifiuti di fornire informazioni circa il soggetto responsabile della cessione, l'ufficiale di polizia giudiziaria può prospettare l'addebito del delitto di favoreggiamento personale, qualora l'eccezione fosse stata accolta non solo il consumatore non si sarebbe reso responsabile di alcun reato in caso di reticenza, ma avrebbe dovuto essere sentito con le garanzie previste dall'art. 64 c.p.p. Un mutamento di non poco conto, che sarebbe andato ad impattare proprio sull'attività di contrasto allo spaccio al minuto (dove è decisivo il contributo in sede di identificazione da parte dei cessionari della sostanza), che più di ogni altra incide su quella "sicurezza percepita" che da decenni orienta la politica criminale del nostro legislatore. Un conto allora è riconoscere il diritto al silenzio nei locali ovattati dove la CONSOB svolge la propria attività sanzionatoria, un conto è riconoscerlo ad un consumatore di stupefacenti fermato mentre acquista la sostanza vietata. Per evitare di mettere in discussione i principi affermati nelle decisioni precedenti,

ed al contempo evitare una pronuncia di incostituzionalità dagli effetti probabilmente dirompenti in un settore così delicato come quello del contrasto al traffico di stupefacenti, alla Corte si apriva solo la strada tutta in salita del negare natura sostanzialmente penale alle misure dell'art. TUS, e tale strada è stata imboccata.

Anche nel caso della revoca dei benefici assistenziali, accogliere l'eccezione di incostituzionalità avrebbe comportato un significativo depotenziamento dell'apparato di contrasto predisposto dalla novella del 2012, questa volta in materia di criminalità organizzata. Se intesa (a nostro avviso doverosamente) come misura punitiva, la revoca dei benefici assistenziali avrebbe potuto essere applicata solo nei futuri procedimenti per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge, e dunque la disposizione sottoposta a scrutinio (che prevede, lo ricordiamo, la disciplina della revoca dei benefici per soggetti già condannati in via definitiva) sarebbe stata in sostanza privata di alcun margine applicativo: un risultato cui, evidentemente, la Corte costituzionale riteneva opportuno non pervenire.

Per evitare, allora, che vengano pronunciate ancora in futuro sentenze relative alla nozione di *matière pénale* in cui non risulta del tutto chiaro il contenuto di tale nozione, e ove si avverte il rischio di decisioni assunte più per ragioni di politica criminale, che di effettiva applicazione dei criteri che pur si dichiara di adottare, ci pare possibile individuare alcuni punti su cui sarebbe interessante se la Corte trovasse l'occasione di prendere posizione. I criteri *Engel* nascono per impedire al legislatore una “truffa delle etichette” fondata sul dato formale della natura non penale della misura, quando in realtà la stessa ha contenuto punitivo; ora la categoria della finalità punitiva non deve diventare a sua volta “un’etichetta”, da attribuire discrezionalmente sulla base di criteri vaghi e poco precisi.

5.A

Il primo punto concerne l'esatta portata del richiamo normalmente operato dalla Corte costituzionale ai *criteri Engel*: il

richiamo è ai tre criteri generali formulati nel 1976 dalla Corte EDU, o anche a tutta la (imponente) giurisprudenza che a partire da quella data si è sviluppata a livello convenzionale?

Si tratta di una questione che trova pacifica risposta quando si tratti di applicare in qualità di parametro interposto di costituzionalità *ex art. 117 CEDU* le garanzie riconosciute in sede convenzionale, che ovviamente vanno interpretate (anche per quanto riguarda il loro ambito applicativo) alla luce dei più recenti orientamenti della pertinente giurisprudenza di Strasburgo.

Ma abbiamo visto che la Corte costituzionale si richiama ai criteri Engel anche in relazione alla nozione di materia penale rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie costituzionali, che non necessariamente trovano riscontro in sede convenzionale. In queste situazioni (quando cioè si tratta di applicare una garanzia riconosciuta solo a livello costituzionale) non vi è alcun vincolo istituzionale a tenere conto dell'evoluzione della giurisprudenza europea, trattandosi di questione di pura rilevanza interna: il richiamo ad *Engel* può allora essere inteso come un'espressione di sintesi, idonea a veicolare nel linguaggio ormai corrente la centralità dei criteri della finalità della misura e della gravità dell'offesa, o va invece inteso in senso più rigoroso, come riferito a tutta l'evoluzione del concetto cui si è assistito negli ultimi decenni nella giurisprudenza europea?

Non ci pare che la Corte costituzionale abbia mai fornito una risposta esplicita a tale problema, cui vogliamo dedicare ora qualche brevissima riflessione.

Se la garanzia di cui si discute l'estensione ha natura solo costituzionale, e non convenzionale, il rinvio agli *Engel criteria* rileva solo in quanto si ritenga che tali criteri forniscano dal punto di vista della loro *persuasività* la migliore definizione di cosa si debba intendere per materia penale in senso ampio, ma non ha alcun carattere vincolante per la Corte costituzionale. Quando si tratta di una garanzia costituzionale, la nozione di materia penale costituzionale

è autonoma da quella di *matière pénale* convenzionale, che può ben essere presa a riferimento in chiave di comparazione (come possono esserlo le nozioni di materia penale in senso lato adottate da altre Corti supreme¹³), ma senza privare la Corte costituzionale di un margine di manovra (anche ampio) nel rideterminare in modo autonomo i suoi confini.

Insomma, è ovvio che i nostri giudici delle leggi, se intenderanno fornire *ex professo* una autonoma nozione di materia penale costituzionale, dovranno confrontarsi non solo con i criteri *Engel* come formulati nel 1976, ma con tutta la copiosa giurisprudenza successiva; ma si tratterà di un confronto rilevante in quanto scientificamente proficuo al fine di addivenire ad una nozione quanto più possibile convincente di materia penale costituzionale, senza alcun vincolo ai risultati cui è pervenuta la Corte di Strasburgo. Sappiamo bene come la giurisprudenza europea in argomento sia complessa e a volte non priva di aspetti poco chiari o di soluzioni contraddittorie: nulla vieta alla Corte costituzionale, una volta preso spunto dallo “spirito” più che dalla lettera degli *Engel criteria*, di formulare una nozione di materia penale non esattamente coincidente con quella europea, che pure non può che rimanere l’imprescindibile pietra di paragone della plausibilità della soluzione che si intenderà adottare.

5.B

Una volta intrapresa la strada di una definizione della nozione costituzionale di materia penale, che prenda spunto dalla criteriologia di *Engel* ma non si identifichi con essa, l’aspetto certamente più delicato riguarda la definizione di quali siano gli elementi per determinare la *natura* sostanzialmente penale di una misura afflittiva. Un dato è fuori discussione: l’elemento centrale nel definire l’area della *matière pénale* è rappresentato dalla *finalità* che persegue il legislatore nel disporre la misura afflittiva (nel senso di

¹³ Per una ricostruzione di tale nozione nella giurisprudenza delle Corti supreme tedesca, americana e spagnola, cfr. ad esempio Masera (2018, p. 111 ss.).

misura incidente su un diritto fondamentale). Quando la misura ha finalità *punitiva*, le devono in linea di massima venire riconosciute le garanzie della materia penale, da intendere in senso lato come *materia punitiva*; quando invece la misura, nonostante la sua natura afflittiva, persegua finalità *preventive* o *risarcitorie-ripristinatorie*, le sono da riconoscere le garanzie costituzionali e convenzionali proprie del diritto su cui va ad incidere (le garanzie, ad esempio, del diritto alla libertà personale, alla libertà di movimento, alla proprietà o alla vita familiare), ma non le garanzie peculiari della materia punitiva in senso ampio.

All'interno di questa cornice concettuale, si pone anzitutto l'esigenza, evidenziata dall'analisi delle sentenze prese in esame, di una *motivazione esplicita* circa l'*effettiva finalità* della misura in questione: l'individuazione della teleologia dell'intervento legislativo sui diritti fondamentali è lo snodo principale della definizione di materia penale, e deve essere oggetto di attenta e specifica considerazione, specie riguardo alle finalità alternative a quella punitiva che sarebbero veicolate dalla misura afflittiva. Si tratta, è inutile negarlo, di un giudizio altamente discrezionale, cui è difficile rimangano estranee anche considerazioni di politica criminale in ordine alle conseguenze dell'attrazione della misura nell'ambito della materia penale; tuttavia, almeno qualche direttiva generale, sulle cadenze e sui parametri cui improntare tale giudizio, ci pare potrebbe essere fornita dalla Corte.

La prima questione di portata generale riguarda l'esito del giudizio nell'ipotesi (tutt'altro che infrequente) in cui risulti la *compresenza di diverse finalità* cui è ispirata la misura. L'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo è nel senso che, per negare natura penale ad una misura che ha *anche* una finalità punitiva, non sia sufficiente riscontrare un'altra finalità, ma sia necessario accertare che questa sia *prevalente* sulla finalità punitiva: è questa anche la struttura del giudizio in ordine alla materia penale costituzionale? E' evidente che, anche con questa precisazione, rimarrebbe un giudizio ad altissimo tasso di discrezionalità, ma chiarirne la struttura serve

almeno ad imporre decisioni che si confrontino *ex professo* con la questione della prevalenza, senza eluderla.

La seconda tematica meritevole di chiarimento riguarda il ruolo che, nel determinare la natura penale di una misura, rivestono *gli altri criteri* “di contesto” elaborati negli anni dalla Corte EDU (su tali criteri, cfr. ancora Masera, 2018, p. 74 ss.). Il collegamento della misura con un procedimento penale; l’autorità (penale o amministrativa) deputata ad applicarla; i criteri di determinazione più o meno legati alla gravità oggettive e soggettiva del fatto; l’applicabilità della norma alla generalità dei consociati o solo ad una categoria di soggetti: questi ed altri elementi, legati alla disciplina peculiare alla singola misura, sono in grado di determinarne la riconducibilità all’area della materia penale (in positivo od in negativo, cioè nel senso di fondarla o escluderla in presenza piuttosto che in mancanza di uno di tali requisiti), o sono invece elementi da considerare *sussidiari* rispetto al criterio della finalità punitiva, nel senso che servono ad orientare il giudizio solo quando vi è un dubbio circa la teleologia punitiva della misura? Una risposta a tale interrogativo, che conduca la Corte a chiarire i rapporti tra il criterio teleologico ed i criteri di contesto, sarebbe quanto mai preziosa, per evitare motivazioni in cui alcuni di tali elementi vengono addotti a sostegno della conclusione assunta, senza che sia chiara la loro valenza alternativa o meramente sussidiaria al criterio finalistico, e quindi senza che sia chiaro il loro reale ruolo nel processo di qualificazione.

5.C

Un’ultima questione che meriterebbe di essere chiarita è quella relativa al peso da attribuire al criterio della *gravità* della misura. Abbiamo già chiarito sopra i termini della questione, e non possiamo ora che rinviare alle considerazioni già svolte. Dalla giurisprudenza sia convenzionale che costituzionale, pare desumersi che tale criterio non abbia realmente natura alternativa a quello della finalità punitiva, in quanto anche misure incidenti sulla libertà personale sono

considerate estranee alla materia penale, se prive di finalità punitiva: se questo è davvero l'orientamento della Corte costituzionale, il superamento della tradizionale criteriologia di *Engel*, che è invece esplicitamente orientata nel senso dell'alternatività, merita di essere argomentato e di non rimanere più sotto traccia.

REFIRIMENTI

BASILE, Enrico. La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”. In: **Sistema Penale**, Milano, Ed. Associazione “Progetto Giustizia Penale”, 3-2-2021.

CODUTI, Daniele. Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB. In: **Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato**, Roma, Ed. Federalismi, n. 22, p. 121 ss., 2021.

FARES, Guerino Massimo Oscar. Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia. In: **Dirittifondamentali.it**, Roma, Ed. Associazione Diritti Fondamentali, n. 1, p. 57 ss., 2020.

MANES, Vittorio. Profili e confini dell'illecito para-penale. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 60, n. 3, p. 988-1.007, 2017.

MARCHESELLI, Alberto. Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021). In: **Consulta Online: Rivista Giuridica Scientifica di Fascia A**, Firenze, Ed. Giurcost.org, v. II, p. 530 ss., 2021.

MARRA, Giuditta; VIOLA, Massimiliano. La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali: riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed.

Associazione “Progetto Giustizia Penale”, n. 7-8, p. 143 ss., 2019.

MASERA, Luca. Ancora la Corte costituzionale sulla nozione di matière pénale, rispetto ad un’ipotesi di revoca delle prestazioni sociali. In: **Giurisprudenza Costituzionale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 68, n. 6, p. 2.709-2.731, 2023.

MASERA, Luca. La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventive e non punitiva. In: **Sistema Penale**, Milano, Ed. Associazione “Progetto Giustizia Penale”, 14-7-2022.

MASERA, Luca. **La nozione costituzionale di materia penale**. Torino: Giappichelli, 2018.

MAZZACUVA, Francesco. **Le pene nascoste**: topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico. Torino: Giappichelli, 2017.

RUGGERI, Antonio. Ancora un passo avanti della consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019). In: **Consulta Online: Rivista Giuridica Scientifica di Fascia A**, Firenze, Ed. Giurcost.org, v. II, p. 242 ss., 2019.

VIGANÒ, Francesco. Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’? In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Associazione “Progetto Giustizia Penale”, 5-4-2017.

Recebido em: 6-8-2025

Aprovado em: 30-10-2025