

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



2/2025

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaume Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera

EDITORIAL ADVISORY BOARD

María Acale Sánchez, Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Aranguena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Teresa Bene, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Jacopo Della Torre, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Alessandra Galluccio, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Vincenzo Maiello, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2025 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal’s abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication’s minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>TAVOLA ROTONDA: MATERIA PENALE E NE BIS IN IDEM</p> <p>MESA REDONDA: MATERIA PENAL Y NE BIS IN IDEM</p> <p>ROUNDTABLE: CRIMINAL MATTERS AND NE BIS IN IDEM</p>	<hr/> <p>Materia penale e ne bis in idem: un'introduzione 1</p> <p><i>Materia penal y ne bis in idem: una introducción</i></p> <p><i>Matière Pénale and Ne Bis in Idem: An Introduction</i></p> <p>Antonio Gullo</p> <hr/> <p>I criteri Engel alla prova della prassi interna 14</p> <p><i>Los criterios Engel a prueba por la práctica interna</i></p> <p><i>The Engel Criteria Put to the Test of Domestic Practice</i></p> <p>Luca Maserà</p> <hr/> <p>Doppio binario sanzionatorio: lunga vita o destino segnato? 30</p> <p><i>Doble vía sancionadora: ¿larga vida o destino sellado?</i></p> <p><i>Double-Track Punitive Regime: Long Live or Sealed Fate?</i></p> <p>Andrea Francesco Tripodi</p> <hr/> <p>I doppi binari punitivi nel prisma del ne bis in idem processuale 42</p> <p><i>Los doble vías punitivas bajo el prisma del ne bis in idem procesal</i></p> <p><i>Punitive Dual-Track Systems through the Lens of Procedural Ne Bis in Idem</i></p> <p>Paolo Troisi</p> <hr/>
<p>QUESTIONI DI PARTE GENERALE</p> <p>CUESTIONES DE LA PARTE GENERAL</p> <p>GENERAL PART ISSUES</p>	<hr/> <p>L'agente modello, alla prova della giurisprudenza 66</p> <p><i>El modelo de agente, a prueba de jurisprudencia</i></p> <p><i>The Model Agent, to the Test of Jurisprudence</i></p> <p>Gian Paolo Demuro</p>

<p>DIRITTO PENALE TRIBUTARIO</p> <p><i>DERECHO PENAL TRIBUTARIO</i></p> <p><i>TAX CRIMINAL LAW</i></p>	<hr/> <p>Il restyling del delitto di indebita compensazione ad opera del D.lgs. n. 87/2024 nel segno di un'opinabile continuità con il diritto vivente</p> <p><i>La reforma del delito de compensación indebida por el decreto legislativo nº 87/2024: una controversial continuidad con el derecho viviente</i></p> <p><i>The Reform of the Offence of Improper Tax Offset by Legislative Decree No. 87/2024: A Controversial Continuity with Established Case Law</i></p> <p>Filippo Bellagamba</p>	<p>93</p>
<p>UNO SGUARDO OLTRE FRONTIERA</p> <p><i>UNA MIRADA MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS</i></p> <p><i>A LOOK BEYOND BORDERS</i></p>	<hr/> <p>Resistenza armata o terrorismo internazionale?</p> <p><i>¿Resistencia armada o terrorismo internacional?</i></p> <p><i>Armed Resistance or International Terrorism?</i></p> <p>Maria Crippa, Lavinia Parsi</p> <hr/> <p>¿Las fuentes del derecho afgano legitiman los episodios de violencia de género?</p> <p><i>Le fonti del diritto afgano legittimano gli episodi di violenza di genere?</i></p> <p><i>Do the Sources of Afghan Law Legitimize Episodes of Gender-Based Violence?</i></p> <p>Maria Michela Lombardo</p>	<p>108</p> <p>129</p>

TAVOLA ROTONDA: MATERIA PENALE E *NE BIS IN IDEM*
MESA REDONDA: *MATERIA PENAL* Y *NE BIS IN IDEM*
ROUNDTABLE: *CRIMINAL MATTERS* AND *NE BIS IN IDEM*

- 1 **Materia penale e *ne bis in idem*: un'introduzione**
Materia penal y ne bis in idem: una introducción
Matière Pénale and Ne Bis in Idem: An Introduction
Antonio Gullo
- 14 **I criteri *Engel* alla prova della prassi interna**
Los criterios Engel a prueba por la práctica interna
The Engel Criteria Put to the Test of Domestic Practice
Luca Maserà
- 30 **Doppio binario sanzionatorio: lunga vita o destino segnato?**
Doble vía sancionadora: ¿larga vida o destino sellado?
Double-Track Punitive Regime: Long Live or Sealed Fate?
Andrea Francesco Tripodi
- 42 **I doppi binari punitivi nel prisma del *ne bis in idem* processuale**
Los doble vías punitivas bajo el prisma del ne bis in idem procesal
Punitive Dual-Track Systems through the Lens of Procedural Ne Bis in Idem
Paolo Troisi

I criteri *Engel* alla prova della prassi interna

La necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di *matière pénale*

Los criterios Engel a prueba por la práctica interna

The Engel Criteria Put to the Test of Domestic Practice

LUCA MASERA

Ordinario di diritto penale presso l'Università di Brescia
luca.masera@unibs.it

NOZIONE DI MATERIA PENALE

NOCIÓN DE MATERIA PENAL

NOTION OF MATIÈRE PÉNALE

ABSTRACTS

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.

A partir del análisis de dos recientes decisiones del Tribunal Constitucional relativas a la definición del concepto de *matière pénale*, el trabajo se pregunta cuáles son los criterios realmente decisivos para incluir medidas formalmente no penales dentro de dicho concepto, e identifica algunos aspectos sobre los que sería oportuno un pronunciamiento aclaratorio por parte del Tribunal.

Drawing on the analysis of two recent decisions of the Constitutional Court regarding the definition of the notion of *matière pénale*, this paper explores which criteria are truly decisive in bringing measures that are formally non-criminal within the scope of that notion, and identifies certain aspects on which a clarifying intervention by the Court would be desirable.

SOMMARIO

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 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 affittiva. – 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.

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 affittive formalmente non penali¹. 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 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 affittiva 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 formale².

L'applicazione "a geometria variabile"³ 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, 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.

¹ 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).

² Sul punto, cfr. in particolare MASERA, pp. 205 ss.

³ L'espressione è di MAZZACUVA, p. 56.

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 ascrivere 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 punitivo⁴, con la sentenza ora in esame⁵ 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 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”⁶. 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

⁴ 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)).

⁵ C. cost., 148/2022, con nota di MASERA (2022).

⁶ § 4.1 del *considerato in diritto*.

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 sottoposta, 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"⁷.

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)"⁸.

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'"⁹. 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"¹⁰. 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

⁷ C. cost., 109/2016, § 4 del *considerato in diritto*.

⁸ § 4.2.2 del *considerato in diritto*.

⁹ § 4.2.3 del *considerato in diritto*.

¹⁰ § 4.2.4 del *considerato in diritto*.

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"¹¹.

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”¹².

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”¹³.

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 esame¹⁴, 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. 2”¹⁵ (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”¹⁶.

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 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

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ § 4.2.5 del *considerato in diritto*.

¹⁴ C. cost., 169/2023, con nota di MASERA (2023).

¹⁵ Così viene ricostruito dalla Corte il contenuto della norma di cui è eccepita la parziale incostituzionalità: cfr. il § 1 del *considerato in diritto*.

¹⁶ *Ibidem*.

detenzione in carcere, con riferimento alla violazione degli artt. 2, 3 e 38 Cost.¹⁷. 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"¹⁸. 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 (si) 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"¹⁹.

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"²⁰: 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*"²¹.

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"²².

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"²³.

Solo nell'ultimo paragrafo della motivazione viene infine esplicitata la vera *ratio decidendi*, e 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

¹⁷ § 5 del *considerato in diritto*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ § 6 del *considerato in diritto*.

²¹ § 9 del *considerato in diritto* (corsivi nostri).

²² § 10 del *considerato in diritto*.

²³ *Ibidem*.

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”²⁴.

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 affittiva, 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”²⁵.

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 fornitane 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 serve 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 affittiva.

Come noto, il *secondo criterio Engel* rappresenta lo snodo nevralgico del giudizio circa la qualificazione come sostanzialmente penale di una misura affittiva: 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 penale²⁶.

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.

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

²⁴ § 14 del *considerato in diritto*.

²⁵ § 15 del *considerato in diritto*.

²⁶ Cfr. ampiamente sul punto i lavori citati *supra*, nota n. 1.

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 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 depongono 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 a 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 spacciatore 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 spacciatore, 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 stupefacenti).

B) Nella sentenza del 2023 analizzata sopra, la questione rilevante ai fini della decisione ateneva 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 esaminate²⁷.

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, 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)²⁸, 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 58²⁹. 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".

²⁷ 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.

²⁸ "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".

²⁹ "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 sovrapponibilità 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 la 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 affittiva la *finalità diversa* da quella punitiva deve risultare *almeno prevalente* nel delineare i contorni e le caratteristiche della misura stessa³⁰.

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 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*.

³⁰ Sullo specifico tema della compresenza di più finalità, come affrontato dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. MASERA (2018), cit., p. 69 ss.

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 affittiva.

Ora, tale modello risulta implicitamente derogato dalla Corte nella sentenza, laddove si sostiene che l'elevata carica di affittività 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 affittiva) 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 affittive, 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 affittive, 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 affittive 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'affittività 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 costituzionale*, 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 rifiuta 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.

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 supreme³¹), 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.

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 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 fon-

³¹ Per una ricostruzione di tale nozione nella giurisprudenza delle Corti supreme tedesca, americana e spagnola, cfr. ad esempio MASERA (2018) pp. 111 ss.

damentali 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 EDU³². 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.

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.

Bibliografia

BASILE, Enrico (2021), *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sist. pen.*, 3.2.2021

CODUTI, Daniele (2021), *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *federalismi.it*, 2021, n. 22, pp. 121 ss.

FARES, Guerino (2020), *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1, pp. 57 ss.

³² Su tali criteri, cfr. ancora MASERA (2018), pp. 74 ss.

MANES, Vittorio (2017), *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 988 ss.

MARCHESELLI, Alberto (2021), *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*, 2021, II, p. 530 ss.

MARRA, Giuditta, e VIOLA, Massimiliano (2019), *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 7-8, pp. 143 ss.

MASERA, Luca (2018), *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli

MASERA, Luca (2022), *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventive e non punitiva*, in *Sist. pen.*, 14.7.2022

MASERA, Luca (2023), *Ancora la Corte costituzionale sulla nozione di matière pénale, rispetto ad un'ipotesi di revoca delle prestazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2023, n. 6, pp. 2722 ss.

MAZZACUVA, Francesco (2017), *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli

RUGGERI, Antonio (2019), *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*, 2019, II, pp. 242 ss.

VIGANÒ, Francesco (2017), *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5.4.2017.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>