

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2026

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Dario Albanese, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Tommaso Trinchera, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Uberty, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Ilaria Giugni, Elisa Grisonich, Francesco Lazzarini, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Sara Prandi, Valentina Vasta.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics (COPE)* e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda 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 il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

**UNA NOZIONE IN CERCA D'AUTORE.
SPUNTI DI RIFLESSIONE DA UNA NUOVA DECISIONE DELLA CORTE
COSTITUZIONALE SULLA NOZIONE DI MATIÈRE PÉNALE**

*Corte costituzionale, sent. 13 aprile 2026 (dep. 14 maggio 2026), n. 78, Pres. Amoroso,
rel. Petitti*

di Luca Masera

*Il lavoro prende lo spunto dall'analisi di una recente sentenza della Corte costituzionale relativa alla definizione di *matière pénale* per sviluppare alcune considerazioni critiche rispetto agli ultimi orientamenti della Corte in materia, e per individuare gli aspetti che a giudizio dell'autore dovrebbero essere meglio definiti dai giudici delle leggi.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sintesi della sentenza. – 3. L'esclusivo rilievo della finalità punitiva nella determinazione dell'area della materia penale in senso lato. – 4. La pretesa finalità non punitiva del "trattenimento per pretestuosità". – 5. L'argomento *de libertate* ed il definitivo abbandono del criterio della gravità della misura. – 6. Il problema dell'applicazione differenziata delle garanzie. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Per la terza volta nel corso di pochi anni, viene sottoposto alla Corte costituzionale il quesito relativo alla necessità di estendere il principio del *nemo tenetur se detegere* (ed in particolare il *diritto al silenzio*, a tale principio riconducibile) a misure non formalmente penali, ma che i giudici *a quibus* reputano riconducibili alla nozione di *matière pénale* in senso lato. Nel primo caso, del 2021, relativo all'applicabilità del diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti davanti alla CONSOB, la Corte ha riconosciuto natura sostanzialmente penale alle sanzioni applicabili dalla Commissione, ed ha ritenuto di conseguenza illegittimo il mancato riconoscimento di tale diritto¹; nel secondo, dell'anno

¹ Il riferimento è all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117/2019 (con note di G. FARES, *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.; G. MARRA, M. VIOLA, *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.; A. RUGGERI, *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.) che aveva formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, deciso dalla Grande sezione nel 2019 (C-489/19, con nota di E. BASILE, [La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"](#), in *questa Rivista*, 3.2.2021), decisione in seguito alla quale la Corte costituzionale

successivo, ove si discuteva della possibilità di invocare il diritto in esame per l'acquirente di sostanze stupefacenti chiamato a rendere dichiarazioni circa l'identità del venditore, l'esito è stato opposto, sul presupposto che le sanzioni amministrative previste all'art. 75 TUS per il consumatore di stupefacenti non avessero finalità punitiva e non potessero di conseguenza annoverarsi tra quelle rientranti nella materia penale in senso lato².

La sentenza qui in commento è relativa alla legittimità di non prevedere il diritto al silenzio durante lo svolgimento dell'udienza di convalida del trattenimento dello straniero richiedente asilo, che abbia formulato una richiesta giudicata pretestuosa dall'autorità di polizia: come nell'ultimo caso citato, la Corte ritiene infondata la questione di costituzionalità, reputando la misura priva di finalità punitiva e dunque estranea all'area della *matière pénale*.

Di seguito andremo anzitutto a sintetizzare i passaggi centrali della decisione, per metterne poi in evidenza i profili di criticità, e svolgere alcune considerazioni relative alle ricadute sistematiche delle argomentazioni svolte dalla Corte per motivare la propria decisione.

2. Sintesi della sentenza.

Come già accennato, la questione sollevata dalla Corte d'appello civile di Torino aveva ad oggetto la pretesa incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 6 co. 5 d.lgs. 142/2015 e 14 co. 4 d.lgs. 286/98 (la prima norma regola le ipotesi di trattenimento del richiedente protezione internazionale, rinviando alla seconda, che contiene la disciplina del trattenimento dello straniero in attesa di rimpatrio, per le modalità di svolgimento dell'udienza di convalida) "nella parte in cui non garantisce allo straniero richiedente protezione internazionale, sottoposto a trattenimento presso un Centro di permanenza per il rimpatrio (CPR), il cosiddetto diritto al silenzio, nell'ambito dell'udienza di convalida della misura".

Il giudice *a quo* doveva decidere in ordine alla convalida del trattenimento di un richiedente asilo che, nel corso dell'udienza, aveva reso dichiarazioni sfavorevoli alla propria posizione giuridica, ed idonee a giustificare il trattenimento disposto per manifesta pretestuosità della domanda. Sul presupposto che, trattandosi di convalidare una misura che incide sulla libertà personale dello straniero, debbano applicarsi tutte le garanzie della materia penale, anche se il trattenimento ha natura amministrativa, la Corte d'appello chiede ai giudici delle leggi di emettere una sentenza additiva di accoglimento, che ponga rimedio alla lacuna normativa nei termini visti appena sopra.

aveva poi emesso la sentenza n. 84/2021 (con note di D. CODUTI *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. e A. MARCHESELLI, *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.).

² C. cost., 148/2022, con nota di L. MASERA, [La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventive e non punitiva](#), in *questa Rivista*, 14 luglio 2022.

In tema di *ammissibilità* (sotto il profilo della *rilevanza*), la Corte affronta due questioni che meritano un cenno, anche se non avremo modo di tornarvi nel seguito del lavoro. L'Avvocatura dello Stato aveva eccepito l'irrilevanza della questione, posto che le dichiarazioni sfavorevoli rese dal trattenuto nel corso dell'udienza (in particolare, "le dichiarazioni concernenti la pluriennale permanenza del soggetto in Italia senza formulazione dell'istanza di protezione e la proposizione di quest'ultima solo allorché, uscito dal carcere dopo l'espiazione di pena, lo straniero si è visto associare al CPR, in attesa dell'espulsione conseguente alla revoca del permesso di soggiorno"³) sarebbero state facilmente rilevabili dall'autorità giudiziaria su base documentale: ma tale argomento secondo la Corte "non è un aspetto decisivo nel senso indicato dalla difesa statale, avendo questa Corte evidenziato come esso non sia in grado di alterare i termini della questione di legittimità costituzionale inerente all'esistenza del diritto al silenzio (così, nella sentenza n. 111 del 2023, riguardo alle informazioni sui precedenti penali, agevolmente ricavabili dall'esame del casellario giudiziale)⁴". Quanto poi al possibile difetto di rilevanza dipendente dal fatto che lo straniero, all'esito della mancata convalida, è stato posto in libertà dal giudice *a quo*, anch'esso non risulta pertinente, "trattandosi di un evento sopravvenuto alla rimessione e, pertanto, irrilevante in questa sede"⁵.

In termini molto sintetici, la Corte ribadisce le proprie conclusioni in ordini a due problemi non banali, per quanto ormai risolti con soluzioni consolidate nella propria giurisprudenza. Il primo riguarda il contenuto del diritto al silenzio, che per costituire una effettiva implementazione del *nemo tenetur* deve essere esteso a tutte le circostanze pregiudizievoli per l'imputato, non importa se o meno accertabili *aliunde* dall'autorità giudiziaria⁶; il secondo è invece relativo alla rilevanza di eccezioni di costituzionalità emerse in procedimenti di convalida di misure incidenti sulla libertà personale destinati a risolversi, una volta disposta la rimessione della questione alla Corte costituzionale, nel ripristino dello stato di libertà e dunque nella cessazione del giudizio, posto che in caso contrario si creerebbe un'inammissibile zona franca, sottratta al giudizio di legittimità costituzionale⁷.

³ C. cost. n. 78/2026, considerato in diritto, 4.1.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Per un commento a C. cost. 111/2023, dove tale conclusione viene più distesamente argomentata, cfr. C. MORSELLI, *Dopo C. Cost. 111 2023 sulla facoltà di non rispondere, si consolida il simmetrico "Diritto dell'imputato a non collaborare" della dottrina*, in *federalismi.it*, 2025, n. 5, p. 109 ss.

⁷ Sul punto, cfr. da ultimo C. cost. n. 96/2025, considerato in diritto n. 4.4: "Non osta alla rilevanza della questione la circostanza che il provvedimento di trattenimento abbia perso efficacia per la mancata osservanza del termine per la convalida. Questa Corte ha, infatti, ritenuto che, a ragionare diversamente, il giudice della convalida di un provvedimento provvisorio restrittivo della libertà personale adottato dall'autorità di pubblica sicurezza si troverebbe sistematicamente nell'impossibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale sulle norme che disciplinano i presupposti della misura restrittiva, con conseguente creazione di una vera e propria "zona franca" dal giudizio di costituzionalità" (per un commento a tale importante e controversa decisione, relativa al problema della mancanza di una normativa di rango primario in ordine alle modalità del trattenimento nei CPR, cfr. *ex multis* A. NATALE, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche*, in *Quest. giust.*, 7.7.2025 e G. SAVIO,

Venendo ora al merito della questione, la sentenza evidenzia anzitutto che “il diritto al silenzio si configura quale garanzia tipicamente penalistica”⁸, ripercorrendone le origini storiche ed individuandone il precipitato normativo nell’art. 64 c.p.p. Rispetto al tema specifico dell’applicabilità del diritto in esame al di fuori della materia penale in senso stretto, la Corte rammenta che, nei due precedenti del 2021 e del 2022 citati sopra, “il *discrimine* è stato rinvenuto nel *carattere punitivo*⁹ della sanzione cui è esposto il dichiarante e, quindi, nella sua natura – sostanzialmente, se non anche formalmente – penale”, e ribadisce tale indirizzo: “tale linea interpretativa va confermata, alla luce degli artt. 3 e 24 Cost., i quali esigono che il diritto al silenzio, quale declinazione del diritto di difesa in materia penale, sia riconosciuto ogni volta che la sanzione appartenga a tale materia, per sostanza punitiva; mentre non lo esigono laddove il dichiarante non rischi alcuna sanzione, o comunque non una sanzione – nemmeno solo sostanzialmente – penale”¹⁰.

In relazione alla misura oggetto del procedimento *a quo* (il cd. “trattenimento per pretestuosità”, che ai sensi dell’art. 6 co. 3 d.lgs. 142/2015 può essere disposto nei confronti dello straniero già ristretto in un CPR che presenti domanda di protezione, “quando vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l’esecuzione del respingimento o dell’espulsione”), la sentenza afferma che “si tratta di una *misura cautelare*, priva di qualunque connotazione sanzionatoria, avendo essa una *funzione esclusivamente preventiva*¹¹, ovvero quella di evitare che la domanda di asilo sia strumentalizzata contro un provvedimento legittimo della pubblica autorità”.

La Corte non nega che il trattenimento sia una misura privativa della libertà personale, come più volte affermato in passato dalla Corte stessa, oltre che dalla Corte EDU: ma “la rilevanza *de libertate* non muta, però, la natura giuridica del trattenimento, che non è una sanzione, tantomeno penale, né può essere applicato come tale”¹².

La sentenza passa poi ad illustrare perché non può essere condivisa la “sostanziale assimilabilità” instaurata dal giudice *a quo* tra la condizione dello straniero trattenuto e l’accusato di un reato: “Le due posizioni soggettive sono diverse per molteplici profili. L’imputato ha un’esigenza difensiva peculiare e specifica, giacché l’autorità procedente gli ascrive la commissione di un atto antiggiuridico legalmente tipico, i cui elementi costitutivi essa è tenuta istituzionalmente a verificare (..) Viceversa, lo straniero trattenuto in attesa di rimpatrio non è accusato di un illecito, non è chiamato a difendersi da un’accusa, né rischia l’irrogazione di una sanzione; piuttosto, qualora si determini alla richiesta di protezione internazionale, è interessato a ottenere la giusta considerazione della sua vicenda umana, e ha pertanto l’onere di esporre tutte le ragioni

Incostituzionalità accertata e non dichiarata: che fare? Note a margine della sentenza n. 96/2025 della Corte costituzionale, Dir.,imm.,citt., 2025, n. 3).

⁸ C. cost. n. 78/2026, considerato in diritto, 6.

⁹ Corsivi nostri.

¹⁰ Considerato in diritto, 6.2.

¹¹ Corsivo nostro.

¹² Considerato in diritto, 7.4.

utili a definirla. Ciò non solo allo scopo di ottenere la protezione internazionale, ma anche, e prima ancora, per mostrare la serietà della propria domanda ed evitare, così, che venga disposto (e poi convalidato) un nuovo trattenimento in ragione del carattere pretestuoso della stessa. Una garanzia difensiva, quale il diritto al silenzio, non può ritenersi ugualmente necessaria per contesti tanto differenti proprio in ordine alle esigenze della difesa”¹³.

Dopo avere sottolineato come l’inapplicabilità delle garanzie penalistiche non significa che lo straniero trattenuto rimanga priva di tutele, posto che “la disciplina dell’udienza di convalida del trattenimento non disconosce le garanzie difensive, anzi prevede che lo straniero trattenuto possa parteciparvi, senza tuttavia averne l’obbligo, e che in ogni caso all’udienza stessa partecipi il difensore”¹⁴, la sentenza si conclude con un paragrafo che merita di essere riportato integralmente, in quanto a nostro avviso di particolare rilievo (per le ragioni che andremo ad esporre *infra*): “ In ultimo, mette conto ribadire quanto di recente questa Corte ha osservato in ordine al trattenimento per pretestuosità, istituto che, nel doveroso rispetto dei vincoli ex art. 13 Cost., può «scoraggiare possibili abusi del procedimento di asilo»¹⁵, onde evitare che tale strumento – che è ancor oggi di vitale importanza per assicurare la protezione dello straniero contro persecuzioni o altri gravi pericoli nel suo Paese d’origine – venga strumentalmente utilizzato al solo scopo di evitare o ritardare l’esecuzione di legittimi provvedimenti di espulsione» (sentenza n. 40 del 2026)”¹⁶.

3. L’esclusivo rilievo della finalità punitiva nella determinazione dell’area della materia penale in senso lato.

Come nei due precedenti riguardanti l’estensione del diritto al silenzio a procedimenti di natura formalmente non penale, anche in questa occasione l’elemento che risulta decisivo è quello della *natura o meno punitiva* della misura applicabile all’esito del procedimento.

L’ordinanza di rimessione aveva provato ad eludere la questione della teleologia del trattenimento, fondando la propria richiesta sulla natura privativa della libertà personale della misura in questione, che di per sé avrebbe giustificato l’applicabilità di tutte le garanzie proprie del procedimento penale, a prescindere dalla sua finalità. L’argomento, su cui torneremo meglio più avanti, viene tuttavia respinto in modo molto chiaro dalla Corte, con le parole che abbiamo riportato sopra: “la rilevanza *de libertate* non muta la natura giuridica del trattenimento”, e dunque se una misura non ha finalità punitiva, rimane estranea all’area della materia penale in senso lato, anche se incide sulla libertà personale.

¹³ Considerato in diritto, 8.

¹⁴ Considerato in diritto, 9.

¹⁵ Corsivo nostro.

¹⁶ Considerato in diritto, 9.1.

La centralità della finalità punitiva nel determinare tale area viene affermata dalla Corte senza neppure un cenno ai criteri Engel, che invece erano almeno cursoriamente presenti nelle motivazioni dei suoi precedenti. La linea argomentativa della Corte pare ormai consolidarsi nel senso di attribuire esclusiva rilevanza alla finalità punitiva della misura rispetto alla quale viene richiesta l'estensione della garanzia penalistica, e la criteriologia Engel, che pure era stata alla base del lento processo di introduzione nella giurisprudenza costituzionale della nozione di materia penale in senso lato¹⁷, viene espunta dal percorso motivazionale.

Non si tratta, a nostro avviso, di una differenza di poco conto. È vero, infatti, che anche tra i criteri Engel, quello della finalità punitiva rappresenta senz'altro l'indice di maggior rilievo ai fini dell'attribuzione di una certa misura punitiva al perimetro della *matière pénale*; ma pur lasciando per il momento da parte il *terzo* criterio Engel, relativo alla gravità della misura, anche per quanto riguarda il *secondo* criterio, attinente alla natura della misura, la finalità punitiva è il più importante, ma certo non l'unico dei criteri adottati nel corso degli anni dalla giurisprudenza di Strasburgo. L'applicabilità della misura a tutti o solo ad una parte dei consociati, il collegamento con un procedimento penale, l'argomento storico-comparatistico: sono solo alcuni tra i criteri che la Corte EDU ha affiancato al criterio finalistico per decidere della natura penale di una certa misura, criteri di particolare utilità quando la teleologia della misura non è chiara, ad esempio perché alla finalità punitiva si associa una diversa finalità, magari su questa prevalente (nelle intenzioni del legislatore storico).

Il secondo criterio Engel, in altri termini, vede sì nel suo nucleo più significativo l'elemento della finalità punitiva, ma nella copiosissima giurisprudenza europea sviluppatasi a partire dalla sentenza Engel (che proprio quest'anno compie 50 anni) non si riduce solo alla prospettiva finalistica, venendo a questa affiancata una serie eterogena di elementi che possono concorrere insieme a quello finalistico nel determinare se una misura possa essere ascritta alla *matière pénale*. La sentenza della Corte costituzionale qui in commento, non facendo ormai neppure più quel riferimento "rituale" ai criteri Engel comune nella giurisprudenza di questi anni, individua *sic et simpliciter* nella finalità punitiva il discrimine tra penale e non penale, senza necessità di eventuali ed ulteriori elementi.

Si configura quindi un distacco ormai netto della Corte costituzionale dalla criteriologia Engel, che forse non è così significativo nella prassi (posto che anche nella giurisprudenza europea il criterio finalistico risulta decisivo nella grande maggioranza delle ipotesi) e può avere buone ragioni a sostegno (la natura casistica della giurisprudenza europea ha portato all'enunciazione, accanto a quello finalistico, di una serie disordinata ed eterogena di criteri, di cui spesso non è chiara la *ratio* e la portata applicativa); ma si tratta comunque, a nostro avviso, di un passaggio rilevante da un punto di vista sistematico, contribuendo a delineare i rapporti tra giurisprudenza

¹⁷ Per la ricostruzione di tale processo, cfr. per tutti L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018, 3 ss.

interna ed europea su un tema particolarmente attuale, e che ci pare avrebbe meritato almeno un cenno di motivazione da parte dei nostri giudici delle leggi.

4. La pretesa finalità non punitiva del “trattenimento per pretestuosità”.

Se, dunque, la finalità punitiva costituisce per la Corte costituzionale il solo elemento rilevante per il riconoscimento delle garanzie penalistiche, sarebbe stato lecito attendersi dalla sentenza una particolare attenzione nello spiegare le ragioni per cui al trattenimento *sub iudice* era da negare tale finalità, e quale fosse, in luogo di quella punitiva, la vera finalità della misura: così invece non è, e proprio la laconicità della motivazione riguardo alla teleologia della misura rappresenta a nostro avviso l’aspetto più debole della motivazione.

In effetti, e come abbiamo già visto sopra, sono soltanto due i (breve) passaggi della sentenza in cui si affronta il tema-chiave della finalità del trattenimento: il primo ove si afferma trattarsi di una “misura cautelare, priva di qualunque connotazione sanzionatoria, avendo essa una funzione esclusivamente *preventiva*, ovvero quella di evitare che la domanda di asilo sia strumentalizzata contro un provvedimento legittimo della pubblica autorità”; ed il secondo, collocato al termine della motivazione ed integralmente riportato sopra, ove si ribadisce che lo scopo del trattenimento è quello di “*scoraggiare possibili abusi del procedimento di asilo*”.

La Corte afferma quindi che la misura ha finalità preventiva, nel senso che vuole evitare la strumentalizzazione della domanda di asilo; concetto che viene più distesamente ribadito in conclusione della motivazione, quando si precisa che il trattenimento è volto ad evitare che lo straniero formuli la domanda al solo scopo di ritardare l’esecuzione dell’espulsione. La sentenza, insomma, afferma che la misura ha lo scopo di “scoraggiare” possibili abusi del diritto di asilo, e qualifica tale finalità come preventiva, derivandone l’assenza di finalità sanzionatoria.

Tale ricostruzione ci pare tuttavia fondarsi su una errata interpretazione della nozione di *finalità preventiva*, quale finalità opposta a quella punitiva, e quindi tale da escludere la natura penale di una certa misura. Quando si afferma che con una certa misura il legislatore vuole “scoraggiare” una certa condotta, non si fa altro che affermare che la misura ha finalità deterrente, o di *prevenzione generale*, nel senso appunto che il legislatore, con la minaccia della misura, vuole dissuadere dalla commissione della condotta: ma questo è esattamente lo scopo che il legislatore persegue introducendo una *misura punitiva*, la cui prima e fondamentale finalità è proprio quella di “scoraggiare” la commissione di un certo comportamento! La finalità preventiva che porta ad escludere natura penale ad una certa misura non è la finalità di prevenzione generale, intrinseca ad ogni misura con finalità punitiva, ma piuttosto quella di *prevenzione speciale*, per cui una misura non è volta a scoraggiare la generalità dei consociati dal tenere una certa condotta, ma piuttosto è finalizzata ad evitare che uno specifico soggetto, ritenuto socialmente pericoloso, commetta in futuro dei fatti illeciti (il pensiero, ovviamente, non

può che andare alle misure di prevenzione)¹⁸. Sostenere, come fa la sentenza, che una misura non ha finalità punitiva, in quanto ha la finalità (preventiva) di scoraggiare la commissione di una condotta, significa a nostro avviso equivocare sulla nozione di prevenzione rilevante ai fini del giudizio sulla natura penale, con il risultato (ai limiti del paradosso) di negare la natura punitiva sulla base di un elemento (la finalità deterrente della misura) che rappresenta una caratteristica tipica delle misure punitive.

La Corte, allora, coglie nel segno quando afferma che il “trattenimento per pretestuosità” ha la finalità di scoraggiare l’abuso del diritto di asilo, perché in effetti la specifica ipotesi di trattenimento di cui si discute (che, conviene ancora ricordarlo, si applica allo straniero già trattenuto in un CPR in attesa del rimpatrio, che presenti domanda di protezione, quando tale richiesta appaia *prima facie* infondata, e volta al solo fine di ritardare l’esecuzione del rimpatrio: art. 6 co. 3 d.lgs. 142/2015) non ha altra finalità che quella di dissuadere gli stranieri già detenuti in un CPR dal presentare domanda di asilo, prospettando il prolungamento dello stato di privazione di libertà in caso di domande ritenute manifestamente infondate. Tale constatazione avrebbe dovuto, tuttavia, condurre la Corte a riconoscere, e non a negare, la finalità punitiva del trattenimento, posto che lo scopo dissuasivo è un tratto tipico delle misure punitive, e non preventive, e nessun altro scopo è rinvenibile nel trattenimento *de quo*, se non “punire” con il prolungamento dello stato detentivo la presentazione di domande infondate e strumentali¹⁹.

Come avevamo già avuto modo di notare in relazione alla sentenza del 2022 che aveva negato la finalità punitiva delle sanzioni amministrative a carico del consumatore di stupefacenti, l’argomento della mancanza di finalità punitiva rappresenta anche in questo caso lo strumento per negare l’estensione di una certa garanzia quando tale conclusione risulti agli occhi della Corte preferibile per ragioni di politica del diritto, anche se nessuno sforzo viene realmente compiuto per indicare quale sarebbe la finalità alternativa a quella punitiva-dissuasiva, che il legislatore avrebbe inteso perseguire con la misura in esame. La finalità punitiva corre allora il rischio di diventare poco più di un’etichetta, che in maniera sostanzialmente arbitraria viene riconosciuta o negata a seconda del risultato che si vuole ottenere: ma sugli estremi per scongiurare un tale scenario, avremo modo di tornare nell’ultimo paragrafo.

¹⁸ Per questa distinzione tra le diverse accezioni in cui può essere inteso il riferimento alla finalità preventiva di una misura, cfr. diffusamente L. MASERA, *La nozione*, cit., 70 ss.

¹⁹ Per alcune interessanti riflessioni in ordine alla possibilità di attrarre nell’ambito della materia penale in senso lato le diverse forme di trattenimento dello straniero (irregolare o richiedente asilo) previste nel nostro ordinamento, cfr. di recente S. ZIRULIA, *La “crimmigration” italiana tra politica criminale e politiche Criminali*, in corso di pubblicazione in *Leg. pen.*

5. L'argomento *de libertate* ed il definitivo abbandono del criterio della gravità della misura.

Abbiamo già visto sopra come la Corte non ritenga decisiva, ai fini dell'attribuzione di natura sostanzialmente penale al trattenimento, la circostanza che tale misura incida sulla libertà personale, posto che se la misura non ha finalità punitiva, la sua pur elevata gravità da sola non basta a farla rientrare nella *matière pénale*.

Non si tratta, in verità, di una affermazione nuova per la Corte, tanto che la sentenza riporta un passo della già citata decisione del 2022 relativa alla natura non penale delle sanzioni amministrative previste all'art. 75 TUI, ove si chiariva che "l'elevata carica di afflittività di queste misure 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'". Il terzo criterio Engel (quello appunto, come noto, relativo alla gravità della misura), benché ritenuto dai giudici di Strasburgo alternativo e non cumulativo rispetto a quello della finalità²⁰, non è invece secondo la giurisprudenza costituzionale da solo idoneo a qualificare come penale una certa misura: sul punto, la sentenza in esame non fa che confermare un principio già chiaramente enunciato in passato.

È però la prima volta che tale principio viene applicato in relazione ad una misura che comporti la privazione della libertà personale: per la Corte, anche quando la misura è della massima gravità, perché incide sulla libertà personale, come normalmente possono fare solo le sanzioni penali, tale constatazione non basta a ricondurla nella sfera della *matière pénale*, se la misura non ha una finalità punitiva.

Abbiamo svolto altrove alcune considerazioni, cui non possiamo ora che rinviare, in ordine al ruolo della gravità della misura nel determinarne la natura penale. In estrema sintesi, la nostra posizione è che, se pare condivisibile ritenere che l'incidenza sulla libertà personale da sola non basti a far qualificare come penale una certa misura (basti pensare alla scarsa plausibilità di attrarre nell'ambito della materia penale una misura sanitaria come il TSO), non è necessario tuttavia giungere al risultato di ritenere che l'argomento *de libertate* sia del tutto irrilevante al fine della soluzione del problema che ci interessa, la soluzione a nostro avviso più convincente essendo quella di attribuire all'incidenza sulla libertà personale il ruolo di *elemento sussidiario*, che può orientare verso la qualificazione come penale di una misura quando la sua finalità punitiva risulti incerta, o ad una diversa finalità si affianchi una pur lata finalità punitiva²¹.

Nel caso di specie, la natura privativa della libertà personale propria del trattenimento *de quo* avrebbe allora costituito un argomento sì idoneo da solo a far qualificare la misura come penale, ma capace, anche non volendo considerare come

²⁰ Peraltro, per alcune considerazioni sul fatto che, nonostante l'affermazione di principio circa la natura alternativa e non cumulativa del secondo e terzo criterio Engel, anche la giurisprudenza europea sia in sostanza orientata ad una interpretazione del criterio della gravità come sussidiario rispetto alla necessaria presenza di una finalità almeno latamente punitiva della misura, cfr. ancora L. MASERA, *La nozione*, cit., 86 ss.

²¹ Cfr. L. MASERA, *La nozione*, cit., 217 ss.

unica o prevalente la finalità punitiva, di orientare il giudizio nel senso della sua attrazione nell'area della materia penale in senso lato.

Pare interessante, per concludere, sottolineare come l'esplicito rifiuto di rilievo autonomo al criterio della gravità della misura segni il definitivo allontanamento della nozione di *matière pénale* dai tratti che la connotavano al momento della sua introduzione, nella storica decisione della Corte EDU del 1976. Come si ricorderà, il caso aveva ad oggetto una misura privativa della libertà personale applicata come sanzione disciplinare dalla legislazione militare olandese: la Corte aveva escluso che la misura fosse penale ai sensi del criterio della natura dell'illecito, perseguendo finalità disciplinari e non punitive, ma aveva ritenuto di qualificarla comunque come sostanzialmente penale in applicazione del criterio della gravità della sanzione.

La spinta decisiva per l'assunzione di una decisione rivoluzionaria, che aveva scardinato la tradizionale nozione formale di materia penale, sottraendola all'esclusiva competenza dei legislatori nazionali, era stata proprio l'esigenza di una tutela forte ed effettiva delle garanzie quando era in gioco la libertà personale. Negli anni successivi, a partire in particolare dalla quasi altrettanto celebre sentenza *Öztürk* del 1984²², la nozione sostanziale di materia penale si è poi estesa a tutto l'ambito delle sanzioni punitive, anche se di modesta o modestissima entità, come appunto nel caso appena citato (che aveva ad oggetto una sanzione di pochi marchi tedeschi dell'epoca per un banale illecito stradale): ma è difficile immaginare che la Corte avrebbe potuto superare la tradizionale nozione formale di materia penale al fine di riconoscere le garanzie penalistiche in relazione all'applicazione di una esigua sanzione pecuniaria, se il primo e decisivo passo in questa direzione non fosse stato compiuto sul solido fondamento valoriale dell'esigenza di tutelare la libertà personale.

L'argomento *de libertate*, che ha costituito il grimaldello per forzare una categoria tradizionale e consolidata come la nozione formale di materia penale, ha insomma visto col tempo ridurre la propria centralità, al punto da diventare (nell'ultima elaborazione della Corte costituzionale) un elemento in buona sostanza indifferente ai fini dell'individuazione della materia penale in senso lato. Per non rinunciare del tutto al nucleo ideale che ha connotato l'introduzione di tale categoria, l'opzione preferibile ci pare invece quella di attribuire un ruolo almeno sussidiario all'incidenza della misura sulla libertà personale, che in qualche modo indizia (anche se non prova) l'appartenenza della stessa alla categoria di misure che meritano di essere assistite dalle garanzie proprie dellapenale.

²² Corte EDU, GC, 21.2.1984, *Öztürk* c. Germania: l'importanza storica della decisione era già stata colta lucidamente in uno dei primi commenti "a caldo" della sentenza, cfr. C.E. PALIERO, 'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ad una svolta 'radicale', in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.

6. Il problema dell'applicazione differenziata delle garanzie.

La sentenza in commento prende le mosse dal presupposto (implicito) che al riconoscimento della natura punitiva (e quindi sostanzialmente penale) del trattenimento dovrebbe seguire l'applicabilità di tutte le garanzie penalistiche, e dunque anche del diritto al silenzio. Anche se non vi è alcuno specifico passaggio al riguardo, il ragionamento pare insomma che, se una certa misura rientra nella *matière pénale*, le garanzie di tale materia sono da applicarvi *in toto*, senza poter distinguere in ordine alla specifica garanzia di cui si chiede l'estensione, ed in adozione dunque di un unico criterio di definizione della materia penale in senso lato, che prescinde dalla garanzia in questione nel caso specifico.

In realtà, a partire almeno dalla pubblicazione di una monografia di Mazzacuva del 2017²³, è largamente diffusa nella nostra dottrina la tesi della *nozione differenziata* di materia penale²⁴, per cui l'ampiezza da attribuire a tale materia dipende dalla *ratio* della garanzia di cui si valuta l'estensione, e ben può accadere che una misura venga riconosciuta come sostanzialmente penale ai fini dell'applicazione di una certa garanzia (costituzionale o convenzionale) e non di un'altra²⁵.

In questa prospettiva, allora, non basta verificare che una certa misura abbia natura punitiva (e quindi sostanzialmente penale) per ritenere *ipso facto* applicabile qualsivoglia garanzia penalistica prevista nella Costituzione o nella CEDU, dovendosi prima procedere a verificare se la *ratio* di quella specifica garanzia ne imponga l'estensione a tutta la materia punitiva, o invece ne giustifichi l'applicazione alla sola materia penale in senso stretto.

Benché la sentenza qui in commento non affronti la questione, ci pare vi siano solidi argomenti per sostenere che tale nozione differenziata abbia invece già trovato accoglimento nella giurisprudenza costituzionale.

In maniera implicita, la nozione differenziata è alla base del riconoscimento alla legislazione regionale della possibilità prevedere misure amministrative a carattere punitivo. Se la natura punitiva di una misura dovesse comportare l'applicazione di tutte le garanzie penalistiche, dovrebbe applicarsi anche la riserva di legge statale, mentre la garanzia prevista all'art. 25 Cost., nella sua accezione forte di riserva (tendenzialmente assoluta) di legge statale, è pacificamente ritenuta applicabile alle sole sanzioni formalmente penali.

²³ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantisco*, 2017, 56 ss.

²⁴ Cfr. in senso adesivo sul punto L. MASERA, *La nozione*, cit., 205 ss., cui rinviamo per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁵ Cfr. in particolare F. MAZZACUVA, *ibidem*: “Si delinea, così, una concezione elastica a “geometria variabile” della materia penale, in grado di dilatarsi e di restringersi a seconda dello scopo per cui essa viene definita, contrapposta a quel retaggio culturale rappresentato da un inquadramento “monolitico” dell’area di operatività di tutti i principi penalistici che è all’origine del disorientamento, quasi un *horror vacui*, che si registra talvolta nella dottrina (e nella giurisprudenza) a fronte delle sollecitazioni della Corte europea. (...) Si delinea, quindi, una costruzione a “geometria variabile” delle aree di operatività dei principi penalistici, i cui confini mobili mutano a seconda della ratio di garanzia da cui essi sono animati”.

In modo più esplicito, la possibilità di intendere in modo differenziato l'area di applicabilità delle garanzie penalistiche è stata poi sostenuta in una decisione della Corte costituzionale del 2018²⁶, relativa alla legittimità della previsione di sanzioni fisse nello statuto disciplinare dei magistrati. Pur riconoscendo che tali sanzioni avessero anche un contenuto punitivo, la Corte ritiene che il principio della finalità rieducativa, che nel diritto penale in senso stretto porta a ritenere tendenzialmente illegittima la previsione di sanzioni fisse, non si applichi a tutta la materia punitiva: concludendo così che non tutte le garanzie penalistiche siano da traslare in modo automatico alle misure sostanzialmente penali²⁷.

Non è chiaro, allora, se la sentenza in commento, dando per scontato che dalla natura punitiva del trattenimento derivasse l'applicabilità del diritto al silenzio, intendesse adottare, in difformità dal precedente appena ricordato, una nozione unitaria di materia penale (per cui al riconoscimento della natura sostanzialmente penale di una misura deriva l'applicazione di tutte le garanzie penalistiche), o se invece reputasse (implicitamente) che la specifica *ratio* del diritto al silenzio ne imponga l'applicazione in tutto il suo rigore all'intera materia punitiva.

Se si fosse adottata la prospettiva della soluzione differenziata, si sarebbe potuto riconoscere da un lato la finalità almeno in parte punitiva del trattenimento, e al contempo interrogarsi se in un procedimento peculiare come quello *sub iudice* fosse possibile applicare il diritto al silenzio in modo meno rigoroso, e ritenere sufficiente a garantirlo la presenza necessaria del difensore dello straniero nel procedimento di convalida, anche in mancanza degli avvisi legalmente previsti nel procedimento penale dall'art. 64 c.p.p.

Insomma, l'adozione dell'elemento della natura punitiva come unico e generale criterio per la soluzione di ogni problema attinente all'applicazione delle garanzie penalistiche fuori dai confini del diritto penale in senso stretto, ci pare rappresentare una

²⁶ C. Cost., n. 197/2018.

²⁷ C. Cost., n. 197/2018, considerato in diritto, 11: "Benché le sanzioni disciplinari attengano in senso lato al diritto sanzionatorio-punitivo, e proprio per tale ragione attraggano su di sé alcune delle garanzie che la Costituzione e le carte internazionali dei diritti riservano alla pena, esse conservano tuttavia una propria specificità, anche dal punto di vista del loro statuto costituzionale, non essendo – ad esempio – soggette al principio della necessaria funzione rieducativa della pena, che questa Corte ha sempre ritenuto essere connotato esclusivo delle pene in senso stretto (nel senso dell'inapplicabilità di tale principio alle sanzioni amministrative, sentenza n. 281 del 2013 e ordinanza n. 169 del 2013). Tale specificità comporta dunque che alcune almeno delle garanzie che, sulla base della giurisprudenza di questa Corte, circondano la pena in senso stretto non si applicano, o si applicano con un maggior grado di flessibilità, alla sfera delle sanzioni disciplinari. Oltre che a logiche punitive e deterrenti comuni alle pene, tali sanzioni possono legittimamente rispondere, quanto meno nei casi concernenti pubblici funzionari cui sono affidati compiti essenziali a garanzia dello Stato di diritto, anche alla finalità di assicurare la definitiva cessazione dal servizio di persone dimostrate non idonee, o non più idonee, all'assolvimento dei propri doveri. E ciò anche sulla base di automatismi sanzionatori, come quello incorporato nella disposizione ora scrutinata, i quali potranno eccezionalmente superare il vaglio di non manifesta irragionevolezza proprio e soltanto in quanto funzionali all'applicazione di una mera sanzione disciplinare, ma che resteranno invece, in linea di principio, inaccettabili nell'ambito delle pene in senso stretto, dove le esigenze di rigorosa individualizzazione del trattamento sanzionatorio si impongono in maniera assai più stringente, anche in considerazione della ben più drammatica incidenza della pena sui diritti fondamentali della persona".

eccessiva semplificazione della problematica in esame, che porta a non prendere in considerazione elementi che invece sarebbero a nostro avviso meritevoli di attenzione.

7. Conclusioni.

La sentenza in esame conferma quello che può ritenersi un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale: più che i criteri Engel, che non vengono più richiamati, è la finalità punitiva della misura il solo elemento rilevante al fine del riconoscimento alla stessa della natura sostanzialmente penale, con la conseguente applicabilità di tutte le garanzie sovra-legali della materia penale. Posto questo dato di fatto, e per evitare che il giudizio sulla natura punitiva risulti in concreto poco più che un espediente retorico per conseguire scopi di politica del diritto che poco hanno a che vedere con la vera finalità della misura, ci pare auspicabile per il futuro il chiarimento, da parte dei giudici delle leggi, di alcuni passaggi a nostro avviso decisivi²⁸.

Anzitutto, la negazione della finalità punitiva di una certa misura afflittiva dovrebbe sempre passare da una chiara ed univoca individuazione della finalità alternativa che il legislatore avrebbe inteso perseguire. Non si tratta tanto, a nostro avviso, di individuare un *numerus clausus* di finalità diverse da quella punitiva, che possono condurre ad escludere la misura dalla *matière pénale*. Accanto alla finalità (special)preventiva e a quella ripristinatoria o risarcitoria, che tradizionalmente vengono contrapposte alla finalità punitiva, ben possono rinvenirsi altre e distinte finalità, come ad esempio, per le ipotesi di incandidabilità o decadenza da una carica elettiva in seguito alla commissione di un reato, la tutela dell'onorabilità delle assemblee di cui il soggetto fa parte o si candida a fare parte; oppure, per le sanzioni disciplinari, la garanzia del rispetto di specifici standard etico-professionali per l'esercizio di determinate attività. Il problema non è allora quello di stabilire una volta per tutte quali finalità diverse da quella punitiva può perseguire una misura afflittiva²⁹, quanto piuttosto quello di chiarire che per negare natura penale ad una certa misura è indispensabile avere individuato quale diversa finalità la misura persegua: in mancanza di tale individuazione, la negazione della finalità punitiva rischia di risolversi in un'affermazione apodittica, come avvenuto in alcune delle decisioni analizzate sopra.

Inoltre, deve essere affrontata la questione (sinora del tutto assente, se non vediamo male, nella giurisprudenza costituzionale) della compresenza di diverse finalità³⁰, oppure dell'incertezza circa la natura punitiva della misura. Nella prassi, in effetti, non è affatto raro che ad una finalità anche latamente punitiva si affianchino scopi diversi:

²⁸ Per alcune considerazioni nella medesima prospettiva, cfr. L. MASERA, *I criteri Engel alla prova della prassi interna – La necessità di maggiore chiarezza sistematica nell'elaborazione della nozione costituzionale di matière pénale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2025, n. 2, 14 ss.

²⁹ Sulla "non sovrapposibilità tra afflizione e sanzione/punizione", cfr. l'interessante riflessione di V. MONGILLO, *Le confische tra efficienza e tutela dei diritti fondamentali*, 2026, 392.

³⁰ Sul tema della compresenza di diverse finalità, cfr. V. MONGILLO, *Le confische*, cit., 391, per cui "è frequente riscontrare una *compresenza di finalità/funzioni* all'interno della medesima misura, nel senso che essa può assolvere simultaneamente a una pluralità di scopi".

sono proprio i casi in cui risulta fondamentale chiarire se e quali siano i criteri sussidiari che il giudice può utilizzare per decidere della questione, e in particolare chiarire se almeno in questa limitata veste può continuare ad avere un ruolo il criterio dell'incidenza della misura sulla libertà personale o comunque della sua peculiare gravità³¹.

Infine, è auspicabile venga esplicitata l'adozione da parte della Corte di un criterio unico o differenziato di materia penale in relazione alle diverse garanzie che possono venire in considerazione. La materia penale può o meno declinarsi in modo diverso a seconda della specifica garanzia di cui si tratta di valutare l'estensione? avere al riguardo una posizione chiara della Corte sarebbe quanto mai opportuno per poter calibrare risposte coerenti con le diverse *rationes* proprie di ciascuna delle numerose garanzie penalistiche presenti nella nostra Costituzione.

³¹ Da ultimo, per una presa di posizione a favore dell'attribuzione di un ruolo importante al criterio della gravità della misura, cfr. V. MONGILLO, *Le confische*, cit., 503: "In definitiva, nel variegato universo odierno della punizione statale, la coerenza del sistema delle garanzie esige che il grado di protezione accordato sia funzione della reale gravità dell'incisione e della sua capacità di erodere la dignità, la libertà e le condizioni di vita del soggetto coinvolto, e non semplicemente della sua collocazione nominale entro una categorie legislativa".

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**