

## INTRODUZIONE

### PAROLE INTRODUTTIVE

*Mario Romano*

1. “*Matière pénale*” è sintagma che compare nella versione in lingua francese dell’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. In inglese, l’altra lingua originaria della Convenzione, il concetto è reso con “*criminal charge*”. Nella versione in lingua tedesca, la traduzione è “*strafrechtliche Anklage*” e in quella italiana “*accusa penale*”. A seguito dell’entrata in vigore della Convenzione, l’elaborazione di una nozione di materia penale apparve come il modo obbligato per dare riconoscimento e nuovo impulso ai diritti fondamentali dell’uomo, secondo le finalità della Convenzione e degli organi da essa istituiti (la Corte EDU, ma allora anche la Commissione dei diritti dell’uomo). In un sistema pluristato nel quale gli ordinamenti procedono ciascuno per suo conto a definire l’area penale, la Convenzione suggeriva, anzi di fatto imponeva l’opzione di un suo proprio punto di vista. Terreno primigenio di sviluppo della materia penale fu l’art. 6, che prevede il “*Droit à un procès équitable*”. Si mirava a evitare che le garanzie di un *fair trial* potessero essere eluse dallo Stato mediante la semplice sottrazione della sanzione al diritto penale. Ma all’art. 6 si affiancò subito il richiamo dell’art. 7 al *nullum crimen*, con la potenziale sinergia dei plurimi significati assunti nella tradizione giuridica dei diversi Paesi. I criteri Engel, che dalla fine degli anni settanta ai nostri giorni tanto spazio hanno occupato e occupano nella giurisprudenza della Corte EDU, nascono in questo modo: si trattasse di infrazioni disciplinari in ambito militare, oppure di illeciti amministrativi, per sé estranei al diritto penale secondo la definizione dei codici olandese o tedesco, si voleva che il rispetto delle garanzie fosse egualmente assicurato. Un punto di vista superiore, dunque: superiore e autonomo.

In origine i criteri Engel erano costituiti dalla qualifica dell’infrazione in base al diritto interno, dalla natura dell’infrazione e dalla severità della san-

zione. Ma dall'insieme di casi giudicati già soltanto in una decina d'anni successiva, fu chiaro che essi, lungi dal presentarsi univoci, riuscivano a gemmare ciascuno una serie di sottocriteri disponibili ad assumere nel singolo caso decisiva rilevanza. Così, ad esempio, la qualifica dell'infrazione poteva porre l'accento sul testo giuridico, legge o regolamento, o sulla prassi giudiziaria oppure sulle opinioni dottrinali; la natura dell'infrazione, d'altra parte, poteva far leva sul carattere della norma violata come sulla gravità della violazione, mentre la severità della sanzione poteva farsi dipendere dalla sanzione comminata, o dalla sanzione pronunciata oppure ancora da quella eseguita.

Né desta meraviglia la circostanza che i sottocriteri, e gli ulteriori sottocriteri da essi derivati, abbiano acquisito un ruolo via via più incisivo. Perduto il criterio nominalistico/formale, infatti, per cui il penale è tutto quello e solo quello che il legislatore nazionale introduce affermandolo come tale (nella specie, relativizzando la qualifica di reato assegnata all'infrazione dal diritto interno), la ricerca di un parametro capace di tracciare una netta linea di demarcazione tra penale e non penale non può che risultare vana. Non può esserlo certo la c.d. natura dell'infrazione, individuata in una asserita diversità di contenuti degli interessi tutelati, bastando pensare alla interscambiabilità di fondo tra molti reati e altrettanti illeciti amministrativi. E tanto meno può esserlo la c.d. severità della sanzione. Sul punto, per vero, una strada maestra sembrava potersi schiudere valorizzando il sacrificio della libertà personale strettamente intesa, o almeno il rischio di esso per la conversione di sanzioni pecuniarie: una strada che avrebbe potuto ispirarsi all'indubbia ubiquità della pena carceraria nei sistemi penali continentali e non solo. Respinto però l'*argumentum libertatis*, ritenuto evidentemente tanto ingombrante quanto riduttivo (e ciò fu chiaro già all'inizio, in una delle primissime pronunce), non pare vi sia modo di individuare in termini certi tipologie o soglie quantitative convincentemente predicabili quali demarcazioni nette tra il severo e non severo. Da qui il ruolo fondamentale dei sottocriteri. Già i criteri originari erano in grado di operare in via alternativa oppure congiunta, ma sono state soprattutto le molteplici combinazioni dei sottocriteri tra loro a propiziare nel tempo l'ampliamento della nozione di materia penale.

2. Com'era naturale, il *focus* dell'attenzione della Corte EDU, istituita per dar corso e forma nel tempo a un autentico diritto dei diritti dell'uomo, era e non poteva che essere il settore in cui i diritti e le libertà fondamentali del singolo sono per definizione a rischio: quello delle garanzie sostanziali e processuali connesse alla potestà statale di punire, o più genericamente all'attività di contrasto alla criminalità. Si trattava di indicare fra

l'altro, tra le multiformi reazioni alla commissione di un illecito, quali in particolare postulano un divieto o un obbligo dalla cui violazione l'autore conoscesse o potesse conoscere le conseguenze che gli sarebbero potute derivare; quali sono applicabili rigorosamente soltanto a fatti commessi dopo che siano state validamente introdotte; quali reclamano per la loro inflizione l'osservanza dei principi inerenti a un processo equo e quali se applicate o anche non applicate una volta escludono che il soggetto abbia a subire un secondo giudizio. E più a ritroso: se la reazione dell'ordinamento, una misura da esso prevista, neppure implica la previa commissione né di un reato né di un illecito amministrativo, può ravvisarsi ugualmente la "materia penale"?

Ponendosi questioni del genere, era naturale che il cammino intrapreso dalla Corte EDU con i criteri originari finisse per indirizzarsi soprattutto sulle ragioni stesse dell'intervento dello Stato: non tanto sul tipo di reazione come denominata, fosse penale o amministrativa o altro, né sul grado di severità che la connota, quanto piuttosto sulla *natura* della sanzione, fatta dipendere dallo *scopo* che lo Stato intende con essa perseguire. Credo sia nel vero, sul punto, una recente accurata ricostruzione della evoluzione della *matière pénale* nella giurisprudenza della Corte, nella quale si pone in luce la centralità che vi ha assunto la distinzione tra una funzione repressiva e una funzione preventiva della sanzione. Rileva non la sua afflittività come tale, potendo a rigore qualsiasi reazione dell'ordinamento non meramente riparatoria, compensatoria o premiale costituire almeno in senso lato una *deminutio* della condizione del soggetto, bensì la sua funzione punitiva, ovvero il suo essere propriamente appunto una punizione, ossia *malum* che lo Stato deliberatamente infligge a un soggetto per ciò che di illecito egli ha fatto od omesso.

Il criterio possiede una sua indubbia valenza semantica, ma non credo possa soppiantare gli altri. Inoltre, pone a sua volta problemi, non tanto per la circostanza che la finalità preventiva può coesistere, anzi coesiste quasi *naturaliter* con la finalità repressiva (sin qui, infatti, la finalità *preventiva* tra le due può ancora individuarsi, seppure talora non senza difficoltà, in base a struttura e disciplina della sanzione), quanto perché mentre estende oltre il penale formalmente dichiarato le garanzie penalistiche (o talune di esse, salvo vedere quali), inserendole nel vasto campo del penale-amministrativo, sembra nel contempo legittimare l'esclusione delle garanzie rispetto a reazioni dell'ordinamento che pene non sono, ma possono essere pesantemente invasive nei confronti dei soggetti che ne sono colpiti. Le misure di sicurezza, ad esempio, concedendo che pur strettamente connesse alla previa commissione di reati (o quasi reati) siano ispirate a una funzione di difesa sociale (tengo fuori qui quelle a sfondo terapeutico), ben

si capisce che non siano vincolate alla conoscibilità *ex ante* da parte del reo, ma si capisce meno che possano talora prescindere da una sentenza di condanna (benvenuta dunque la sentenza Varvara contro Italia per la confisca urbanistica), oppure sfuggire alla regola della irretroattività, potendo quindi trovare applicazione retroattiva anche qualora assumano regime peggiorativo rispetto al momento dei fatti a cui sono collegate. E lo stesso rilievo può a maggior ragione ripetersi in rapporto alle misure di prevenzione, la cui disciplina e la cui prassi operativa, a fronte della denominazione, presentano tali e tanti aspetti punitivi da far risaltare la loro insistita estraneità al “sostanzialmente penale” (ancora ribadita il mese scorso dalla Grande Camera della Corte EDU in una pronuncia pur critica verso una misura di prevenzione personale) come qualcosa estremamente arduo da giustificare nel nostro sistema. Insomma, deve apparire chiaro che anche là dove ci si allontana da un concetto di pena più ampio di quello del penale nominalmente dichiarato, il tema della legalità e di talune irrinunciabili garanzie di base resta sempre un *must* del legislatore di oggi, il tutto essendo affidato a livelli adeguati di garanzie pur nell’attuale epoca travagliata delle nostre società contemporanee.

3. Tra le varie ricadute dell’affermazione della *matière pénale* e del *fil rouge* del concetto di pena della Corte EDU ve ne è una che merita di essere posta in risalto: l’estensione delle garanzie penalistiche al c.d. penale-amministrativo. Non solo la colpevolezza, con l’idea cara alla Corte dell’accessibilità e della più volte dettagliata prevedibilità della regola di condotta e della sua concreta interpretazione, ma anche l’irretroattività, già sancite dal nostro sistema, acquisiscono un rilievo maggiore, ma la stessa retroattività favorevole dovrebbe divenire appannaggio di entrambe le forme del punire.

Va sottolineato con forza, però, che la comune appartenenza alla materia penale non implica la loro totale parificazione. L’avvicinarsi dei due ambiti è da salutare con favore, ma reato e illecito amministrativo non diventano la stessa cosa. Come giustamente si è osservato in dottrina, l’avvicinamento potrà propiziare un aumento graduale della c.d. depenalizzazione e una presa di distanza dal persistente predominio della pena detentiva, né pare da temere troppo il pur paventato intasamento degli apparati giurisdizionali, dato che i percorsi procedurali per l’ambito amministrativo, pur sempre osservando i canoni dell’art. 6 della Convenzione, potranno ben essere configurati in termini più snelli rispetto al processo penale. Al tempo stesso, una tendenziale diversificazione orientativa di politica del diritto è a mio avviso utilmente da mantenere, onde conservare al reato l’importante sottolineatura culturale di un disvalore etico che è invece fuori luogo per l’illecito amministrativo.

Tale non mutata separatezza tra diritto penale e diritto penale-amministrativo sul terreno sostanziale conduce direttamente alla recente *vexata quaestio* dei limiti del principio del *ne bis in idem* in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU (e del corrispondente art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Com'è risaputo, la sentenza Grande Stevens aveva ritenuto incompatibile con il *ne bis in idem* il regime del doppio binario sanzionatorio, penale e amministrativo, previsto dagli artt. 185 e 187-ter del nostro TUF. Muovendo dalla natura sostanzialmente penale dell'illecito amministrativo (nella specie facendo leva sulla accentuata severità della sanzione), la Corte EDU, richiamando una propria pronuncia secondo cui il *ne bis in idem* concerne non l'*idem* legale ma l'*idem factum*, e ravvisando nella vicenda in esame il medesimo fatto nell'unica condotta, aveva ritenuto la violazione dell'art. 4 Prot. cit.

Al di là del caso di specie, il rilievo così assunto dal *ne bis in idem* ha portato a interrogarsi sui concreti destini dei vari modelli di duplici previsioni di sanzioni penali e amministrative per uno stesso fatto, presenti nel nostro e in numerosi altri sistemi di Paesi europei, non solo per gli abusi di mercato, ma anche in campo tributario e ambientale, o nel diritto della concorrenza e del lavoro, ecc.

Confesso che l'esito della decisione Grande Stevens non mi ha mai convinto. Scontate l'irragionevolezza della concentrazione di sanzioni per gli abusi di mercato e la loro esondante durezza, nonché le pecche nel procedimento Consob, trovavo eccessiva la conclusione che se ne traeva della radicale illegittimità di un doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale. Un medesimo fatto può violare norme penali distinte, che l'ordinamento prevede congiuntamente per tutelare interessi differenti; esistono da sempre i concorsi reali di norme e i concorsi formali di reati: ora, se lo stesso soggetto può realizzare due o più reati insieme, perché non potrebbe realizzare insieme un reato e un illecito amministrativo pur sostanzialmente penale? Il *ne bis in idem* sostanziale non vieta che l'autore sia punito con più pene, ma solo che lo stesso reato gli sia addebitato più volte. Questo rilievo fa capire che il *ne bis in idem*, quello convenzionale come il nostro interno, non riguarda tanto la duplicità di illeciti e di pene, quanto piuttosto le modalità del punire, cioè il come si punisce. Il problema si sposta nel diritto processuale, cioè sul rapporto che si instaura tra i procedimenti. In questa direzione, del resto, si è mossa da ultimo la Grande Camera della Corte EDU, che ha escluso un contrasto del doppio binario sanzionatorio con il *ne bis in idem*, anche nel caso di procedimenti non contemporanei ma consecutivi, purché vi sia tra di essi un "*lien matériel et temporel suffisamment étroit*". E malgrado i termini di tale collegamento non siano dei più stringenti, a me pare che la conclusione sia da dividere-

re, poiché, pur chiamando i singoli ordinamenti a disciplinare in modo coerente il rapporto tra i procedimenti (e a far sì che le conseguenze ne risultino comunque “*proportionnées e prévisibles pour le justiciable*”), si salvaguardano la discrezionalità e le esigenze dei singoli Stati riportando il diritto fondamentale in questione entro confini più accettabili.

Confini più accettabili che ridimensionano in qualche misura almeno alcuni dei problemi che la nota di presentazione dell’odierno convegno meritoriamente segnala e alla discussione dei quali sono chiamati gli illustri oratori che si avvicenderanno in queste giornate. Alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione ho accennato or ora: le une e le altre, incidendo comunque su libertà fondamentali, manifestano ovunque un acuto bisogno di strenua legalità ma potrebbero restare a lungo, per la Corte EDU, ambiti sì da sorvegliare meticolosamente nelle loro specifiche discipline, ma al tempo stesso diversi dal “sostanzialmente penale” e dunque a parte rispetto al divieto di *bis in idem*. Quanto invece alla coesistenza di pene principali e accessorie, oppure di sanzioni per illeciti civili punitivi di nuovo conio, il limite del *ne bis in idem* rimanda al necessario coordinamento tra i procedimenti per l’irrogazione, se eventualmente diversi, ma non pare pregiudichi per sé la pluralità delle sanzioni.

4. Concludo. Quello della *matière pénale* è stato da sempre, e resta tuttora, non solo un raffinato strumento per il riconoscimento dei diritti fondamentali dell’uomo, ma anche una chiave primaria di avvicinamento tra le culture e i sistemi giuridici largamente differenziati dei numerosi Paesi firmatari della Convenzione. Per i Paesi dell’Unione europea, in particolare, specie dopo gli apporti del Trattato di Lisbona e il rilievo attribuito alla Carta di Nizza, esso costituisce a sua volta un rilevante fattore di omologazione. Altrettanto vero è peraltro che, in una istituzione organizzata su una pluralità di fonti, nazionali e sovranazionali, i continui flussi delle pronunce delle Corti europee, i non agevoli dialoghi tra loro e con la nostra Corte costituzionale, stanno diffondendo crescenti coefficienti di inusitata incertezza e cruciali problemi di sistema estremamente difficili da districare, con pericolose ricadute sulla stabilità e la percezione di solidità del diritto. Forse, nuovi accordi tra i Paesi membri, con appropriate intese di base e alcune definizioni normative comuni per i rispettivi ordinamenti potrebbero costituire un valido rimedio, ma occorre ammettere che la crisi politica in cui versa il vecchio continente e il rapido incedere di nuovi sovranismi non consentono di nutrire al riguardo soverchie illusioni.

# IL LIMITE DELLA *POLITICAL QUESTION* FRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE. CHE COSA È “SOSTANZIALMENTE PENALE”?

*Francesco Palazzo*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Sostanzialismo penale? - 3. Materia penale e sanzione penale. - 4. Materia penale e garanzie. - 5. Materia penale e tipologie di illeciti punitivi.

## 1. *Premessa*

Una breve relazione di apertura ad un convegno, come questo, dedicato alla “materia penale” non può avere che un carattere sommario, frammentario, cursorio. Come del resto dimostra ampiamente la stessa articolazione di questi tre giorni di lavori, che opportunamente si incanaleranno in molteplici filoni tematici in cui sarà affrontata di volta in volta con la necessaria specificità la *political question* della “materia penale”.

In questa sede preliminare non ci si potrà che limitare a mettere in luce due o tre punti generali in cui vengono in particolare evidenza alcune contraddizioni della tematica generale della “materia penale”.

## 2. *Sostanzialismo penale?*

L'implicita premessa di ogni discorso in proposito è che l'idea stessa di “materia penale” rimanda necessariamente ad una sorta di tacito ma evidente *sostanzialismo*, nel senso che la ragion d'essere - per così dire - e le finalità di questa nozione si giustificano in quanto si adotti un punto di vista *esterno* all'universo penale come risultante dalle incriminazioni legali vigenti in un certo momento e in un certo luogo determinati.

In questa premessa, la *political question* della “materia penale” evoca subito una prima grande contraddizione, che peraltro essa condivide con la stessa essenza del diritto. Si potrebbe suggestivamente dire che la questione della “materia penale” si colloca all’interno della più generale contrapposizione tra *libertà* e *verità* del diritto.

Per taluno, infatti, il diritto è sostanzialmente *volontà libera* da qualsiasi limite proveniente da un condizionamento predata: insomma, il diritto, o quanto meno il diritto positivo cui è oggi necessariamente da ascrivere il diritto penale, rappresenta un vero e proprio trionfo di onnipotenza: un luogo dove “si può ciò che si vuole”. Così da sfociare, alla fine, in una sorta di indifferenza, o addirittura di nichilismo contenutistico *à la Irti*.

Per altri, invece, alla presunta libertà contenutistica del diritto deve essere sostituita la “materia” determinata storicamente e mutevolmente dal condizionamento delle preesistenti strutture ontico-sociali che ne costituiscono il fondamento di *verità*: l’osmosi tra le strutture logico-formali del diritto e quelle ontico-sociali costituisce la vera natura della giuridicità ed alimenta quotidianamente l’esperienza giuridica in un relativismo indubbiamente defatigante ma anche vitale. Non c’è dubbio peraltro che, al di là dello schematismo concettualmente semplificatorio della contrapposizione volontà/verità, le due visioni non sono del tutto antitetiche o alternative. Non si può negare, in vero, che l’esperienza giuridica, se è trascinata dalla mutevolezza spesso addirittura del contingente, manifesta però un’aspirazione alla stabilità e alla consolidazione di certe soluzioni o di certi schemi concettuali, costituenti gli “stampi” in cui calare le *political questions* altrimenti sovrachianti in forza del magma incandescente degli interessi in esse coinvolti.

Proprio nel campo del diritto penale la contrapposizione tra libertà e volere ha potuto beneficiare di alcune interessanti soluzioni di equilibrio nel tentativo di risolvere la questione della materia sostanzialmente penale: equilibri forse precari, talvolta anche insoddisfacenti o addirittura apparenti, ma comunque sforzi meritori della riflessione penalistica per cercare di conciliare la libertà politica di decidere ciò che può o non può essere “penale” e vincoli eteronomi di delimitazione della materia.

In primissimo luogo va ricordata la fioritura del costituzionalismo penale, con la geniale attribuzione di una base di normatività, certamente del tutto speciale com’è quella costituzionale, alle scelte legislative di criminalizzazione. Con tutte le conseguenze in termini di rivitalizzazione della “funzione critica” del bene giuridico che ciò significò. Un equilibrio davvero interessante per la sua capacità di tenere insieme normativismo e sostanzialismo. Anche se dobbiamo riconoscere che il costituzionalismo penale, specie proprio nella sua angolazione del bene giuridico e delle scelte di

criminalizzazione, non è riuscito a mantenere tutte le originarie promesse di quasi automatica realizzazione dell'*ultima ratio*. La "gabbia" costituzionale costituita dalla trama dei beni giuridici "meritevoli" di tutela penale non ha retto alle pressioni della politica e del fluire di una realtà resa viepiù complessa e dinamica dall'accelerazione della storia.

Riconosciuta onestamente la rivincita della componente *political* nella questione della materia penale, non si può tuttavia negare che qualche frutto del costituzionalismo continua ad essere ancora presente nel nostro ordinamento penale. E così, ad esempio, le leggi di delegazione europea continuano ad utilizzare il criterio generale degli interessi costituzionalmente protetti quale *principium individuationis* delle violazioni da assoggettare alla sanzione penale in senso proprio. E così, ancora, la recentissima legge 23 giugno 2017, n. 103, nel dare delega al governo per l'attuazione (tendenziale) della c.d. riserva di codice, dispone che dovranno trovare posto nel codice "tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di eguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato".

Sarebbe interessante verificare con un'apposita analisi (che certo non possiamo fare qui) quanto tali indicazioni siano in grado di essere stringenti nei confronti del legislatore delegato, anche in relazione al fatto che, specie per quanto riguardo la delega sulla riserva di codice, alcuni degli interessi nominativamente elencati sono individuati con un margine di latitudine necessariamente vasto (la correttezza e trasparenza del mercato, ad esempio), mentre altri hanno un dubbio statuto costituzionale (l'ordine pubblico soprattutto). Tuttavia, a parte ciò, rimane il fatto che il costituzionalismo penale dei beni giuridici non può dirsi affatto scomparso dalle corde più vitali del nostro ordinamento.

V'è, in secondo luogo, un'altra interessante manifestazione di un possibile equilibrio tra normativismo e sostanzialismo, tra libertà e verità, su cui può attestarsi - almeno a livello teorico - la *political question* della "materia penale". Si tratta questa volta dell'universalismo penale dei diritti fondamentali, assurti a oggetto e fondamento della tutela penale. Mi piace ricordare in proposito l'espressivo titolo che Mireille Delmas-Marty volle dare alla traduzione italiana del suo famoso *Le flou du droit*, forse il più noto dei suoi libri: ebbene nella versione italiana quel volume reca il titolo *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*. Nonostante l'indubbia suggestione

di questa prospettiva che sembrerebbe legare la questione della “materia penale” ad un dato culturale sovranormativo sottratto alla “libertà” imprevedibile del legislatore, bisogna però riconoscere che la dimensione europea dei diritti fondamentali non sembra ancora del tutto capace di fornire risposte definitive alla *political question* che ci occupa.

Ed infatti, nell'Europa dei 47 del Consiglio d'Europa l'affermazione dei diritti quali oggetti privilegiati e talvolta necessari della tutela penale, con i conseguenti problematici obblighi di criminalizzazione, è prevalentemente affidata all'opera incisiva ma casistica della Corte di Strasburgo e delle sue sentenze, con riflessi dunque essenzialmente indiretti sulla conformazione legislativa della “materia penale” all'interno degli Stati. Nell'Europa dei 27 dell'Unione, in cui l'efficacia condizionante delle indicazioni europee agli Stati è sicuramente più stringente, non sembra essere ancora del tutto chiaro il rapporto di equilibrio assiologico tra diritti fondamentali e interessi propri, anche finanziari, dell'Unione. Non mancano cioè situazioni o momenti in cui, nella definizione della “materia penale” europea, l'asse sembra propendere più verso una ipervalutazione degli interessi europei anche di natura “formale” o strumentale, così da risultare non certo rigorosamente definiti i confini della “materia penale” secondo l'ispirazione di fondo dell'*ultima ratio* che invece sembrerebbe fatta propria dall'universalismo penale.

### 3. *Materia penale e sanzione penale*

È ora il momento di passare ad esaminare come questa idea della “materia penale” è in grado di funzionare logicamente nel processo di individuazione delle incriminazioni possibili; in sostanza, come può operare quale criterio di soluzione della *political question* delle scelte sostanziali di criminalizzazione.

Diciamo subito che la “materia penale” è un concetto evidentemente di relazione, nel senso cioè che gli oggetti della tutela penale possono essere individuati in quanto tali non già in sé, in ragione di una loro immanente caratteristica contenutistica, ma solo in rapporto alla pena: in quanto beni, interessi, valori rispetto ai quali si può predicare un qualche rapporto di *coerenza* con la peculiare natura della pena criminale. È insomma la pena che si riflette sulla materia penale chiarendo ciò che *merita* o *non merita* la copertura della sanzione punitiva. E perciò, se c'è un apriori questo non è tanto la *materia* penale quanto la *pena*: quest'ultima categoria concettuale e culturale, pur non essendo di certo fuori dal tempo, ha una sua forte stabilità categoriale, decisamente più forte della materia penale nella quale si

addensano e si scontrano i molteplici e mutevoli interessi sociali reclamanti protezione.

Questo schema di tipo relazionale proprio della “materia penale” è quello adottato anche dalla giurisprudenza pur variegata ma consolidata della Corte di Strasburgo. Dei famosi tre “criteri Engel” utilizzati dalla Corte per individuare di volta in volta l’appartenenza di una fattispecie alla materia penale (qualificazione nazionale dell’infrazione, natura dell’infrazione, natura della sanzione), è sicuramente l’ultimo – quello della natura della sanzione – a segnare i confini della materia penale e a consentire la qualificazione “penale” della violazione di volta in volta in questione.

È interessante notare come nella più recente giurisprudenza della Corte EDU sia talvolta presente un passaggio argomentativo secondo il quale la natura punitiva della sanzione non può non condizionare la selezione degli interessi da tutelare e dunque la natura sostanziale dell’infrazione. C’è, insomma, un gioco di specchi per cui solo nella corrispondenza tra natura dell’interesse e natura della sanzione si realizza un uso corretto della materia penale quale criterio di soluzione della *political question*. Nel caso, invece, in cui una sanzione punitiva risultasse incoerente per eccesso rispetto alla natura dell’infrazione, si avrebbe una violazione del principio di sussidiarietà; così come, nel caso in cui la sanzione (anche punitiva) fosse incoerente per difetto rispetto alla natura dell’infrazione, scatterebbe un obbligo di penalizzazione e di adeguatezza della tutela. In definitiva, l’idea della “materia penale” non è neppure pensabile se non in riferimento alla sanzione penale. Con ciò, in fondo, si conferma l’ovvio assioma per cui la dimensione penalistica della responsabilità non è data dall’oggetto bensì dal modo della tutela. Oggi, noi abbiamo fatto molti passi avanti sul versante degli oggetti di tutela sottraendoli alla disponibilità o al capriccio del legislatore, ma ciò non significa che questo prezioso ruolo della “materia penale” non sia svolto proprio *in relazione* alla categoria della pena.

#### 4. *Materia penale e garanzie*

Porre la *political question* della materia penale significa essenzialmente porre una questione di garanzie. In fondo, dato per scontato un determinato apparato di garanzie penalistiche, la “materia penale” serve per fare da spartitraffico nell’uso di tali garanzie. O almeno è questa l’utilizzazione prevalente della categoria della “materia penale” nella sede propria della Corte europea di Strasburgo.

Nella giurisprudenza CEDU le garanzie assumono una doppia dimensione, sono per così dire bidimensionali: si dislocano cioè lungo due diret-

trici diverse, che solo impropriamente sono riconducibili alla stessa idea di materia penale.

Da un lato, vi è la dimensione *punitiva* in senso stretto, dove la sanzione reclama l'apparato garantista a prescindere dalla sua gravità e dalla sua portata afflittiva. La connotazione dominante della sanzione sulla quale gravita l'esigenza garantista è il suo personalismo etico: anche se la giurisprudenza della Corte EDU è scarsamente sensibile all'istanza della colpevolezza, la dimensione punitiva della sanzione impegna il legislatore al rispetto delle garanzie proprio in ragione di questa dominante etico-personalistica, con le naturali conseguenze anche sul piano della proporzione necessaria: un principio, questo della proporzione, che sembra ormai tornato al centro delle esigenze garantiste della materia penale in questa sua prima sfaccettatura. Si potrebbe addirittura dire che questa è la "vera" materia penale.

Dall'altro lato, vi è la dimensione *preventiva* della sanzione con il suo funzionalismo utilitaristico, rispetto al quale l'esigenza garantista deriva essenzialmente dal grado quantitativo di afflittività o - per meglio dire - di invasività della sanzione e, più generalmente, dello strumento coercitivo pubblico. E qui l'esigenza garantista finisce per dipendere da un dato più "materiale" che valoriale, ma non per questo certo meno significativo.

Ebbene, noi andiamo giustamente fieri del processo di secolarizzazione che ha consentito al diritto penale di entrare nella modernità. Siamo orgogliosi di esserci liberati del retaggio spiccatamente eticizzante della pena, anche se - a dirla tutta - si ha l'impressione che questa scarnificazione della pena sia più un'operazione intellettuale della scienza giuridica che il risultato di una convinzione condivisa nel comune modo di concepire la pena. Comunque sia, non c'è dubbio che le finalità preventivo-utilitaristiche hanno assunto il sopravvento sul carattere etico-personalistico della sanzione penale: riflesso, questo, del prevalere del razionalismo su ancestrali incrostazioni metafisiceggianti. Che tutto ciò sia stato un aspetto non trascurabile del processo di civilizzazione non c'è dubbio. Ma è altrettanto indubbio che lo spostamento dell'asse abbia avuto conseguenze non positive sul fronte proprio della "materia penale".

Infatti, il progressivo abbandono della connotazione etico-personalistica a vantaggio della finalità preventiva ha implicato la potenziale dilatazione senza limiti della "materia penale", al di là di quel nucleo originario, di quel *Kern* in cui sono allocati i valori eticamente sensibili. È nella natura delle cose che, una volta imboccata la logica utilitaristica della prevenzione, quest'ultima sviluppi le sue capacità espansive potenzialmente senza limiti, essendo l'utilità della prevenzione proporzionale alla sua anticipazione. Come stupirsi poi se nel mondo della complessità postmoderna e della imperante razionalità strumentale il diritto penale si dilata oltre misura?

Può essere semmai sorprendente come, nell'attualità del presente, si stia verificando un fenomeno per cui, da un lato, riaffiorano marcate tendenze alla eticizzazione del diritto penale che, dall'altro lato, congiurano però per un'ulteriore dilatazione della materia penale, almeno nella consistenza che ad essa conferisce un legislatore spesso "emotivo". Sia qui sufficiente solo un rapidissimo accenno per notare come la tendenza alla eticizzazione si manifesta lungo due direzioni diverse ma convergenti verso il medesimo risultato anzidetto. C'è, in primo luogo, l'eticità dei valori ideali della persona, dei sommi valori personalissimi come la dignità, l'eguaglianza, l'identità personale, la piena libertà di autodeterminazione, ecc., che oggi spingono gli orizzonti del diritto penale ben al di là dei beni e delle offese dotate di una loro afferrabilità corporea. E c'è poi l'eticità civile e sociale messa in discussione da macrofenomeni come quello della corruzione o dalla criminalità degli affari. E qui la dilatazione della "materia penale" rivela in tutta la sua evidenza il suo rapporto di correlazione con la sanzione punitiva, poiché è del tutto evidente che queste materie e queste fattispecie "diventano penali" proprio in nome di quell'esigenza di *stigmatizzazione* che solo la pena può assicurare.

La linea di confine tra le due aree del "penale", quella della materia penale in senso vero e proprio in quanto *punitiva* e quella della materia penale in senso ampio in quanto *preventiva* ma non perciò meno bisognosa di garanzie, la linea di confine tra quelle due aree, dicevo, non è netta né rigida. Lo comprova, innanzitutto, per esempio la recente sentenza CEDU *De Tommaso* proprio in materia di misure di prevenzione. La maggioranza dei giudici di Strasburgo, nel censurare pesantemente la nostra disciplina per difetto di legalità/determinatezza, si muove però sul piano della prevenzione così come formalmente fa anche il nostro legislatore nazionale: e dunque al di fuori dell'area della materia penale in senso punitivo. Ma un'importante e articolata opinione dissenziente (del giudice Paulo Pinto de Albuquerque) segnala con fermezza una plateale "truffa delle etichette" consumata dal legislatore italiano nel qualificare come di prevenzione strumenti sanzionatori aventi nella sostanza vera e propria natura punitiva, e come tali da assoggettare alle garanzie proprie della materia penale in senso stretto (compresa, dunque, *in primis* quella della irretroattività).

Non meno interessante è l'incertezza del confine tra materia punitiva e materia preventiva in cui viene ormai a trovarsi la confisca nella sua forma, sempre più diffusa, per equivalente. Anche nella giurisprudenza nostrana la confisca per equivalente si è ormai emancipata dalla sua originaria natura preventiva e viene dunque attratta nell'area della materia penale in senso stretto, cioè punitiva. Tuttavia, questa sanzione non perde la sua originaria ambiguità ed incertezza di "natura giuridica": in effetti, pur sganciata dalla

pericolosità reale in ragione dell'assenza del nesso di pertinenzialità della *res* al reato, la confisca per equivalente è priva di quel personalismo punitivo proprio della pena. E ciò in ragione principalmente del fatto che il suo oggetto, e dunque la sua afflittività, è parametrato esclusivamente ad un dato oggettivo-patrimoniale che risulta pertanto completamente sganciato da ogni proporzione con il disvalore complessivo del fatto considerato anche nella sua colpevolezza.

L'incertezza della linea di confine tra la materia penale in senso stretto e la materia (penale o non) coperta da misure preventive non è un problema solo teorico, ma ha ricadute non indifferenti sul corredo di garanzie che di volta in volta debbono circondare i singoli istituti sanzionatori di cui non si sappia con certezza individuare la "natura" e le finalità. Sotto questo profilo, la nozione di materia penale rivela i suoi limiti e può anche presentare qualche rischio di apriorismo concettualistico.

### 5. *Materia penale e tipologie di illeciti punitivi*

Vi è un'ultima, tendenziale contraddizione che germina dalla nozione di "materia penale" e che forse è oggi la più rilevante. Siamo a questo punto parlando della "materia penale" in senso stretto, cioè di natura punitiva. Ebbene, anche all'interno di questo unico più definito e ristretto orizzonte si manifestano due tendenze contrapposte. Da un lato, la tendenza a considerare la "materia penale" in modo sostanzialmente unitario e indifferenziato ai fini delle necessarie garanzie che la debbono assistere: l'omogeneità della natura punitiva è, insomma, sufficiente a imporre omogenee ed unitarie garanzie al di là delle pur sempre possibili differenziazioni di disciplina che il legislatore è libero di introdurre. Sembra essere questa la linea preferita da Strasburgo, nella sua - com'è naturale - più spiccata sensibilità garantista; ma meno dall'Unione, che non disdegna affatto l'idea di distinguere tra "penale" e "amministrativo" all'interno dell'unitaria sfera punitiva, mostrando anche qualche apertura o concessione addirittura sul piano del *ne bis in idem*.

Dall'altro lato, vi è una robusta tendenza a differenziare all'interno della materia penale punitiva fino al punto di arrivare a profilare dei veri e propri sottosistemi (relativamente) autonomi. Così, solo per fare qualche esempio, si va dall'interessante prospettiva *à la Silva Sanchez*, in cui dentro il "penale" si potrebbe arrivare a distinguere l'area coperta dalla sanzione detentiva e l'area coperta da pene limitative di altri diritti diversi dalla libertà personale. E alle due aree potrebbero corrispondere diversi apparati di garanzia e anche criteri imputativi della responsabilità differenziati. Ed è dif-

ficile negare l'interesse suscitato da una tale ipotesi sistematica *de lege ferenda* in ragione, da un lato, del pressante assillo a superare il carattere carcerocentrico del sistema e il conseguente perenne sovraffollamento carcerario e, dall'altro, dell'esigenza di assoggettare a pena tutte quelle fasce di criminalità (compresa *in primis* quella economica) che per un motivo o per l'altro sfuggono alla carcerazione.

Anche il sistema italiano sembra inclinare a questa tendenza verso l'articolazione della materia penale punitiva in plurimi e differenziati sottosistemi. Ed in effetti sono ormai tre gli assi portanti su cui si fonda il nostro sistema, dando luogo a una interessante differenziazione all'interno di una "materia" che non è ben chiaro ancora se possiamo continuare a chiamare "penale" ma che è senz'altro dotata di omogeneità funzionale in senso *punitivo*. Questi sottosistemi sono, com'è notissimo, quello penale in senso proprio e tradizionale al quale si sono aggiunti, prima quello punitivo amministrativo con la legge n. 689/1981, e poi quello - ancora embrionale - dell'illecito punitivo civile con il d.lgs. n. 7/2016.

Su questo importante nodo della differenziazione (interna?) della materia penale sembra di cogliere una tendenziale divaricazione tra l'orientamento di Strasburgo e quello della nostra Corte costituzionale. Infatti, mentre i giudici europei paiono inclini a non valorizzare le differenze e a uniformare la natura e le garanzie degli illeciti sotto il comune ombrello della "punitività" e, dunque, paiono inclini ad un'utilizzazione più stringente della categoria della "materia penale", i giudici della Consulta paiono ormai aver imboccato la strada opposta della differenziazione delle garanzie tra illecito amministrativo e illecito penale *stricto sensu*.

Basti pensare, in primo luogo, alla famosa sent. n. 49/2015 in cui la Corte ha ribadito fermamente l'autonomia dell'illecito amministrativo nel quadro dell'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore nel configurare gli strumenti di tutela sanzionatoria ritenuti più efficaci, anche al fine di rispettare il principio di indubbia rilevanza costituzionale della sussidiarietà del "penale". Ma va anche ricordata la sent. n. 193/2016, che con grande chiarezza ha negato che il principio della necessaria retroattività della legge più favorevole debba essere esteso anche all'illecito punitivo amministrativo, escludendo dunque che il corredo garantista debba essere perfettamente identico per le due specie di illecito. Nella stessa direzione va, per chiudere l'esemplificazione, la recente sent. n. 43/2017, con la quale la Corte ha ritenuto di escludere che la cessazione dell'esecuzione di una condanna resa in base a legge dichiarata incostituzionale debba essere estesa anche all'illecito amministrativo. Senza contare poi che anche la Cassazione civile aveva affermato la natura amministrativa delle sanzioni previste dall'art. 144 del Testo unico bancario prima della riforma del 2015.

Orbene, questo orientamento a differenziare la “materia penale” al suo interno, distinguendo così lo statuto dell’illecito penale da quello dell’illecito amministrativo, comporta conseguenze sistematiche e di politica sanzionatoria di non poco momento.

Sembra chiaro, in primo luogo, che la possibilità di disporre di una tipologia d’illecito come quello punitivo amministrativo, certo omogeneo a quello penale ma nondimeno differenziato quanto a corredo di garanzie e, prima ancora, quanto a caratteristiche sostanziali di disvalore e di struttura, consente una politica sanzionatoria più oculata e soprattutto più consona al principio di *ultima ratio*. E a noi pare che nei tempi attuali questa esigenza di contenere la bulimia del legislatore penale sia tra quelle meritevoli di maggiori attenzioni: e perciò noi saremmo portati a vedere una manifestazione di grande saggezza nell’orientamento della nostra Corte costituzionale di cui abbiamo detto poco fa.

Come contropartita, però, la disponibilità di due categorie d’illecito può anche fomentare per contro inconvenienti di non poco conto allorché il legislatore non si muova con la dovuta accortezza nel maneggiare la duplicità delle categorie d’illecito: per essere più chiari, può capitare che la duplicità delle tipologie d’illecito produca tensioni col principio del *ne bis in idem* tutte le volte in cui il legislatore si faccia sedurre dall’idea di cumulare il maggiore effetto stigmatizzante del “penale” con la maggiore efficacia/efficienza repressiva dell’“amministrativo”. Ed è chiara testimonianza di questi pericoli la disciplina nostrana in tema di illeciti tributari e di abusi di mercato.

Si pone, dunque, un problema di *buon governo* della molteplicità delle materie punitive. Come appena accennato, sarebbe bene che il legislatore maturasse qualche criterio sostanziale e fondato sulla stessa natura valoriale e strutturale delle violazioni per operare razionalmente le sue scelte sanzionatorie. E non c’è da temere che criteri siffatti, necessariamente elastici e in un certo senso orientativi, darebbero la stura ad ontologie fuori luogo. In ogni caso, l’adozione di siffatta criteriologia (quanto difficile in tempi di legiferazione compulsiva!) non potrebbe escludere il rischio assai concreto di discipline poco rispettose del *ne bis in idem* sostanziale. E dunque si pone pur sempre la necessità di allestire rimedi per risolvere le non improbabili ipotesi di malgoverno dell’articolazione della molteplicità delle “materie penali”.

Un rimedio è certo quello fornito dall’art. 9 della legge n. 689/1981. Sulla base della omogeneità funzionale tra norma punitiva amministrativa e norma incriminatrice penale, l’art. 9 affida al rapporto di specialità tra fattispecie la soluzione di un possibile *bis in idem* conseguente alla doppia qualificazione. Indubbiamente, il rimedio ha dalla sua il vantaggio della

certezza fondato com'è sul rapporto strutturale, logico, tra norme convergenti. Ma è pur sempre un criterio in qualche modo cieco rispetto ai disvalori sostanziali sottesi ai due illeciti e rispetto alla consistenza del carico sanzionatorio che può derivare dall'applicazione disgiunta o congiunta delle due discipline. E non è dunque un caso che la giurisprudenza europea, sia quella di Strasburgo che quella di Lussemburgo, sembri recentemente inclinare verso soluzioni assai meno certe e rigorose ma più sensibili alle conseguenze "ponderali" della qualificazione disgiunta o congiunta sulla consistenza della risposta sanzionatoria, comprensiva altresì del peso processuale sopportato dall'autore. In sostanza, sembra emergere l'indicazione verso una valutazione in concreto caso per caso, fatalmente affidata al giudice più che al legislatore.

Sembra così imporsi una osservazione finale che non vuole esprimere nessuna valutazione ma solo constatare un fatto. Anche il tema della "materia penale" che sembrava concernere esclusivamente il piano *legislativo*, poiché la *political question* non può appunto che essere questione di scelte legislative d'incriminazione, alla fine anche questo tema chiama in causa il giudice: in effetti il giudice, soprattutto attraverso il principio del *ne bis idem*, è impegnato in qualche modo a correggere i risultati di un cattivo governo legislativo della materia penale. Ancora una volta troviamo uno sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione, ormai un fenomeno che sembra essere diventato una costante dell'esperienza giuridica attuale.