

INTRODUZIONE

Il tema della qualificazione *penale* – sia essa riferita all’illecito, alla sanzione, al processo o, più in generale, alla “materia” – si iscrive nel più ampio problema della corrispondenza tra nomi e realtà, il quale ricorre nel pensiero filosofico e giuridico sino all’epoca contemporanea, in cui il lento tramonto del giuspositivismo ha riportato l’attenzione sulle esigenze di revisione critica delle etichette legislative, specialmente laddove concernano l’esercizio della potestà punitiva¹. Proprio la necessità di sindacare qualsiasi determinazione pubblicistica idonea ad incidere sull’esercizio dei diritti fondamentali, ad esempio, ha condotto la Corte europea dei diritti dell’uomo a ricorrere ad una *interprétation autonome* delle disposizioni della Convenzione che si contrappone frontalmente all’ideologia che individua nel legislatore il “padrone” delle qualificazioni giuridiche² e che, come noto, trova una delle più importanti manifestazioni proprio in relazione al concetto di *materia penale*.

Le aspirazioni di definizione *sostanziale* dei concetti giuridici (*nomina sunt consequentia rerum*), d’altra parte, si devono confrontare con la tradizionale incertezza che regna nella filosofia del linguaggio circa la reale possibilità di verificare (e quindi falsificare) la cor-

¹ In questo senso, v. soprattutto le considerazioni di E.R. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989, trad., *Alla ricerca delle pene perdute*, Napoli, 1994, 213 s., secondo cui non può esistere un sapere che aspiri ad una dignità accademica il cui spazio dipenda da un puro atto politico e, in particolare, la definizione di pena non può rientrare nella disponibilità del legislatore.

² In proposito, cfr. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Le caractère “autonome” des termes et la « marge d’appréciation » des gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, in F. MATSCHER-H. PETZOLD (a cura di), *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne – Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, 201 ss.; F. OST, *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Verso un’Europa dei diritti dell’uomo*, Padova, 1994, 312 ss., il quale osserva come tale tecnica interpretativa sia strettamente funzionale alla realizzazione degli obiettivi della Convenzione.

rettezza dei nomi, soprattutto in ambito giuridico (*omnis definitio in iure periculosa est*)³. Le difficoltà che si incontrano nell'individuazione dei tratti caratteristici dell'oggetto da definire, infatti, si riverberano frequentemente in una proliferazione di paradigmi inconciliabili tra loro, così amplificando le sirene scettico-nichiliste secondo cui tale ricerca è destinata inesorabilmente all'insuccesso⁴.

Invero, su questo terreno, un valido punto di partenza è rappresentato dalla distinzione tra definizioni *reali* e *stipulative* e dall'osservazione secondo cui, a fronte delle difficoltà che si incontrano nel predicare la verità o la falsità di una definizione in chiave *ontologica*, è comunque possibile (specialmente nei contesti tecnico-normativi) valutarne l'adeguatezza in relazione ad una determinata prospettiva *teleologica*⁵.

³ La contrapposizione tra teorie naturalistica e sofistica del linguaggio emerge già nel dialogo tra Cratilo ed Ermogene e ricorre costantemente nella filosofia del diritto, nella quale si incontrano vere e proprie "dichiarazioni di fede" nella capacità delle definizioni di esprimere la *substantia rei* (come la citata massima delle Istituzioni giustiniane e ma anche quella di Accursio secondo cui *definitio enim est oratio substantiam unius cuiusque significans*, su cui cfr. D. QUAGLIONI, *Il diritto e le definizioni*, in F. CORTESE-M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, 2016, 17) ma anche impostazioni scettiche come quella riassunta nel celebre frammento di Giavoleno.

⁴ Sul punto, tra i tanti, v. la ricostruzione della problematica in prospettiva giurisfilosofica offerta da F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense*, Padova, 2012.

⁵ La fondamentale riflessione di R. ROBINSON, *Definition*, Oxford, 1954, sulla distinzione tra definizioni reali e definizioni stipulative, è stata valorizzata nella letteratura italiana soprattutto da U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, 52 ss., il quale osserva come le prime ambiscano a descrivere l'essenza o la sostanza delle cose (imbarcandosi in «una delle più disperate imprese filosofiche»), mentre le seconde nascono in un determinato contesto lessicale con funzione normativa, ossia in relazione ad una prescrizione che "limita" la libertà di definizione, cosicché «la scelta della definizione è guidata e limitata dallo scopo che si ha in vista nel definire, dall'esigenza di istituire convenienti e funzionali relazioni con le altre regole della struttura del linguaggio, dall'esigenza di mantenere ai significati l'intersoggettività che è necessaria perché il linguaggio serva come mezzo di comunicazione tra gli uomini», il che avviene con maggiore efficacia nei linguaggi tecnici (tali considerazioni sono riprese anche in ID., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 2° ed., Milano, 1985, 64 ss.). La riflessione di Robinson, peraltro, è stata richiamata significativamente proprio nella letteratura penalistica con riferimento al concetto di reato da G. WILLIAMS, *The Definition of Crime*, in *Current Legal Problems*, 1955, 109, ma il problema della relatività dei concetti giuridici (*Relativität der Rechtsbegriffe*) è sottolineato anche da K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1982, 161 s. e 234, e, nella dottrina italiana, da A.

Ciò vale, evidentemente, anche per la *materia penale*, nozione “liquida” che può assumere forme estremamente variegata in relazione alle ragioni ed agli scopi per cui si tenti di determinarne i contorni. Nella presente indagine, in particolare, si cercherà di tratteggiarne una definizione che sia in grado di orientare l’applicazione di una serie di garanzie volte a realizzare – sul piano della imputazione dell’illecito (*Strafbegründungsschuld*) e della commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*) – quel “progetto di imputazione personale dell’illecito” che costituisce la cifra essenziale del *principio di colpevolezza* (*Schuldidee* o *Schuldprinzip*)⁶. Proprio da questa prospettiva teleologica, a ben vedere, prende forma il concetto di “*matière pénale*” elaborato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, il quale condiziona l’operatività di determinate garanzie individuali che sono intimamente collegate all’istanza di colpevolezza⁷.

Nella prima parte della ricerca, quindi, si cercherà di ricostruire le radici dogmatiche e di tratteggiare gli sviluppi (ed i limiti) di quella “teoria in embrione”⁸ che affiora nella giurisprudenza di Strasburgo e che comporta una decisa rottura con quella tradizione dottrinale secondo cui tutti i principi penalistici avrebbero la medesima estensione “orizzontale”. Se ogni definizione deve essere orientata ad uno scopo, infatti, tale teoria ha il pregio di rinviare ad una “geometria

CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in ID. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 1 ss.

⁶ In questi termini, cfr. la ricostruzione teorica del tema della colpevolezza offerta da H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, 2 ss., di cui si possono rintracciare significative influenze nella letteratura italiana: cfr. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 72 s.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 803; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 803; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 7; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 553 ss.; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 187 ss.

⁷ Come si vedrà diffusamente, infatti, all’idea di colpevolezza sono ricollegati i requisiti di accessibilità e prevedibilità della norma penale (v. *infra*, Cap. IV, § 1.2), l’esigenza di imputazione soggettiva dell’illecito (affermata in modo ancora incerto sul terreno dell’art. 6 Cedu ma talvolta ricondotta in maniera più decisa all’art. 7 Cedu: v. *infra*, Cap. II, § 1.4), le garanzie processuali stabilite dal *volel pénal* dell’art. 6 Cedu (v. *infra*, Cap. I, § 4.2), nonché il principio del *ne bis in idem* stabilito dall’art. 4 del Prot. n. 7, soprattutto nel suo significato sostanziale (v. *infra*, Cap. V, §§ 2.2).

⁸ In questi termini, cfr. V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in AA. VV. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, 4^a ed., Torino, 2012, 203.

variabile” del concetto di materia penale, la cui area muta sensibilmente in relazione ai fondamenti dei principi e delle garanzie che vengono in rilievo.

Sulla base di questo approccio metodologico, pertanto, ci si dovrà anzitutto confrontare con le diverse ricostruzioni delle specificità dell'ordinamento penale che sono emerse nella letteratura e che si possono rintracciare nella stessa manualistica contemporanea, in cui l'illustrazione dei contorni della materia trattata costituisce solitamente il capitolo primo che introduce, per l'appunto, l'esposizione dei principi che nella stessa hanno una rilevanza costituzionale. In particolare, si osserverà come l'istanza di colpevolezza porti la materia penale ad estendersi su territori ben più ampi di quelli tradizionalmente esplorati, nei quali si incontrano forme variegate di “pene nascoste”. Queste sono rappresentate non soltanto dalle diverse misure repressive celate da etichette artificiali (date dal legislatore o dalla giurisprudenza), ma soprattutto dalle molteplici manifestazioni dello *ius puniendi* “apolidi”, ossia neglette dalla scienza penale ma considerate quasi come un “corpo estraneo” anche nelle altre discipline. E, come si vedrà, oggi soprattutto la prima è chiamata a “riappropriarsene”, senza che questo comporti necessariamente una crisi di identità dello *ius criminale* né, tantomeno, una perdita di efficacia dei sistemi sanzionatori “minori”.

In questa prospettiva, anzitutto ci si dovrà confrontare con il c.d. *diritto penale amministrativo* al fine di verificare la quotazione attuale delle garanzie sostanziali e processuali collegate al principio di colpevolezza, tanto nella prospettiva sovranazionale e comparata, quanto in quella interna, soprattutto dopo la “svolta” rappresentata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 196/2010. Tale percorso porterà quindi a spingersi sino alle frontiere del *Sanktionsrecht*, allo scopo di delimitare i confini che lo separano dai territori attigui della *prevenzione* e della *riparazione*. Il primo, in particolare, ripropone una questione classica della scienza penale, ossia quella della distinzione tra repressione e profilassi nei sistemi a “doppio binario” su cui si basa l'architettura politico-criminale degli ordinamenti giuridici occidentali. Il secondo, per altro verso, chiama ad un confronto più ampio con il sistema giuridico nel suo complesso, in cui vere e proprie misure punitive si celano nelle pieghe della classica, ma sempre meno nitida, partizione tra diritto penale e diritto civile. A quest'ultimo proposito, in particolare, è soprattutto l'ascesa della confisca dei proventi del reato e la sua tendenza ad affrancarsi dalle garanzie tipiche che informano l'applicazione delle sanzioni penali a sollevare un

problema di collocazione sistematica della misura che rappresenta una delle questioni più importanti nella riflessione penalistica contemporanea.

Sulla base di questa topografia delle varie manifestazioni dello *ius puniendi*, quindi, nella seconda parte dell'indagine ci si soffermerà su due canoni che si dimostrano particolarmente sensibili al mutamento del concetto di materia penale, ossia il principio di legalità ed il divieto di *bis in idem*. In particolare, l'enucleazione dei plurimi fondamenti e significati sottesi ad entrambi i principi consentirà di apprezzare la modulazione delle garanzie nei vari perimetri della materia penale e di comprovare le ragioni ed i limiti di un ampliamento del concetto di pena. Le recenti incertezze della stessa Corte europea sulla portata del divieto di *bis in idem* con riguardo al problema del concorso tra reati ed illeciti amministrativi, in effetti, sembrano derivare proprio da una certa confusione tra i diversi profili di garanzia (sostanziale e processuale) e le sfere di operatività dei medesimi, confermando la necessità di una puntuale ricostruzione dei confini mobili della materia penale.

