

TOMMASO PIETRELLA

Dottorando di ricerca presso l'Università "La Sapienza" di Roma

Illecito e sanzione: il valore precettivo del *ne bis in idem* oltre il diritto penale*

English title: The constructive value of the *ne bis in idem*: how the principle goes far beyond criminal law, inspiring complementary legal responses to socially offensive conduct.

DOI: 10.26350/18277942_000012

Sommario: 1. Dalle Corti europee un *ne bis in idem* come regola unitaria. – 2. La giurisprudenza nazionale definisce l'operatività del principio europeo. – 3. Problemi connessi ai pronunciamenti della Cassazione in tema di *ne bis in idem*. – 4. Il doppio binario sanzionatorio nella logica dell'integrale valutazione dello stesso fatto. – 5. Sanzione e finalità punitiva. – 6. Pena e processo: come distinguere il penale da altri ambiti sanzionatori. – 7. Orientamenti per nuovi equilibri nel sistema sanzionatorio. – 8. Le sentenze di legittimità tra dispositivi e *obiter dicta*.

1. Dalle Corti europee un *ne bis in idem* come regola unitaria

C'era un tempo in cui accanto all'espressione *ne bis in idem* non si poneva il termine "diritto", ma quello di "divieto". C'era un tempo in cui *ne bis in idem* indicava, a seconda della disciplina di cui si discuteva, divieti differenti. Note le parole del Cordero: «Anche i penalisti postulano un *ne bis in idem*: attribuiremmo due volte lo stesso atto all'autore, se gli applicassimo norme una delle quali sia eclissata dall'altra ("concorso apparente"); la figura legale "omicidio", ad esempio, include "lesioni" e "percossa". Ma il divieto d'un secondo giudizio sulla *eadem res* ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche (costituenti un capitolo della logica deontica); è puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore: esercitando l'azione, l'attore la consuma»¹.

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, 8 ed., Milano, 2006, p. 1223. Nella dottrina penalista, simile voce il Mantovani: «La differente portata dei due principi non è che il riflesso delle loro divergenti finalità. Mirando ad evitare la duplice punizione di un unico fatto, il *ne bis in idem* sostanziale esprime esclusivamente esigenze di effettiva giustizia. Precludendo una pluralità di giudizi sul medesimo fatto storico, il *ne bis in*

Un tempo, dunque, si parlava distintamente di *ne bis in idem* sostanziale e processuale. Del primo, stante l'assenza di una norma che lo espliciti, si postulava l'immanenza nel diritto vigente quale risultato deduttivo di un insieme di norme², ovvero quale «risultato normativo dell'elaborazione dogmatica di un'istanza-guida di giustizia materiale»³, dandone applicazione nell'ambito della disciplina del concorso di norme⁴. Si trattava, infine, di individuare l'esatto contenuto del divieto di punire due volte lo stesso fatto⁵, ricercando le concrete modalità e i vari criteri, ora solo logico-astratti (di specialità), ora anche di valore (consunzione, assorbimento, sussidiarietà), con cui soddisfare tale esigenza.

Quanto al secondo, atteso che l'art. 649 del codice di rito espressamente prevede il divieto di un secondo giudizio, la dottrina e la giurisprudenza discorrevano maggiormente riguardo al significato da attribuire al termine "fatto", interpretandolo – a seconda dell'orientamento – vuoi come pura condotta⁶; vuoi come condotta qualificata, giacché «le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono»⁷; vuoi come

idem processuale si ispira a ragioni di certezza, volte ad evitare la perpetua instabilità delle decisioni giudiziali e la possibilità di conflitti tra giudicati, e di economia, tese al conseguimento di un risultato col minor mezzo». F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme del diritto penale*, Bologna, 1966, p. 421.

² *Ivi*, p. 430.

³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Art. 1-84*, I, 3 ed., Milano, 2004, p. 179 (corsivi originari). Nell'ottica dell'esistenza di una semplice aspirazione di giustizia, un'indicazione orientativa, si veda anche: G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 101; R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, p. 748; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, pp. 61 e 87.

⁴ Cfr. A. PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1961, pp. 545 e ss.

⁵ Fortemente critico dell'esistenza di un principio generale di *ne bis in idem* nell'ambito della dogmatica penalista Michele Papa, il quale sottolinea che – anche ammettendo l'immanenza di un principio – non è chiaro cosa bisogna intendere per divieto di *bis puniri*: «Si vuole forse impedire la reiterazione del solo giudizio di rilevanza penale, ovvero il divieto riguarda la molteplicità delle sanzioni?». M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997, p. 19.

⁶ Cfr. G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, p. 342; A. PAGLIARO, "Fatto (dir. proc. pen.)", in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 964.

⁷ F. CORDERO, *Procedura*, p. 1224. A sostegno anche: G. BELLAVISTA - G. TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale*, 10 ed., Milano, 1987, p. 710; E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in M.G. AIMONETTO (a cura di), *Le impugnazioni*, nella Collana diretta da M. CHIAVARIO - E. MARZADURI, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 2005, p. 633; T. RAFARACI, "Ne bis in idem", in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 874; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 85; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, G. UBERTIS - G.P. VOENA (a cura di), XLII.1, Milano, 2012, p. 464; D. VIGONI, *Il giudicato*, in O. DOMINIONI e AA.VV., *Procedura penale*, 5 ed., Torino, 2017, p. 852.

“fattispecie giudiziale”⁸; vuoi, infine, come triade di “condotta-nesso causale-evento”⁹.

C’era un tempo, dicevamo, perché l’affermazione, a livello europeo, nel novero dei diritti fondamentali di un unico principio di *ne bis in idem*¹⁰, comprensivo dei due divieti, e il successivo lavoro di quel formante giurisprudenziale hanno eroso i confini frapposti tra il diritto e la procedura nazionale, costruendo una figura ibrida dal significato multiforme. Come si vedrà più avanti, il principio elaborato dalle Corti europee segue infatti, al contempo, logiche di natura diversa: non si tratta di impedire un secondo procedimento o di risolvere un concorso apparente di norme, ma più genericamente di garantire il cittadino dalla moltiplicazione di profili punitivi, produttivi di una sproporzione tra sanzione e significato antigiusdiziale della condotta.

La gradualità¹¹ con cui questa figura ha acquisito cogenza a livello europeo si spiega facilmente se si considera che il risultato attuale non è altro che la somma di diversi fattori, logicamente connessi l’uno all’altro.

Primo presupposto logico è il riconoscimento da parte della giurisprudenza EDU dell’eccessiva onerosità di talune sanzioni, che, seppure non qualificate formalmente come penali, sono tali nella sostanza. Dall’esigenza di fronteggiare il cd. *Etikettenschwindel*¹² ed estendere, di conseguenza, le garanzie previste per il processo penale anche a quei procedimenti eccessivamente onerosi, ai quali – per mera

⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso*, p. 400; G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, p. 41; G. DE LUCA, “Giudicato. Diritto processuale penale”, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, 1989, p. 10; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, n. 2, p. 497.

⁹ Soluzione, questa, largamente maggioritaria nella giurisprudenza di legittimità ed avallata anche da quella costituzionale (sentenza n. 200 del 2016). Si veda in particolare: Cass. pen., sez. I, 4 aprile 2003, n. 37567; Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, (Donati); Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 4103/13 (Guastella); Cass. pen., sez. II, 21 marzo 2013, n. 18376 (Cuffaro).

¹⁰ Il VII Protocollo Addizionale alla CEDU e la Carta Europea dei Diritti dell’Uomo riproducono la medesima enunciazione di principio: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato». I testi ricalcano, nelle proprie linee essenziali, la precedente formulazione contenuta nel Patto Internazionale sui diritti civili e politici, art. 14, §7: «Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato».

¹¹ Dall’entrata in vigore del VII Protocollo CEDU – avvenuta nel 1988 – solo negli ultimi anni (in particolar modo dal marzo 2014, anno in cui la Corte EDU si è pronunciata nel caso “Grande Stevens c. Italia”) il principio di *ne bis in idem* è divenuto oggetto di vivace dibattito, in dottrina e giurisprudenza.

¹² Letteralmente “rischio delle etichette formali”.

qualificazione formale – non si sarebbero potute applicare, nasce il concetto di “materia penale” e si sviluppa l’elaborazione dei cd. criteri Engel¹³ (segnatamente: la qualificazione formale; la natura dell’illecito e della sanzione; il suo grado di severità) al fine di identificare quali procedimenti e sanzioni debbano esservi ricondotti.

Il secondo presupposto è il radicarsi di una giurisprudenza del tutto garantista in merito all’interpretazione del termine “*offence*” di cui all’art. 4 Prot. 7 CEDU. Con la celebre sentenza “Sergey Zolotukhin c. Russia”, la Corte EDU supera definitivamente quell’orientamento che supposeva l’esistenza di un *idem* legale per l’applicabilità del principio ed accoglie l’opposto criterio di *idem factum*¹⁴. La portata del *ne bis in idem*, si noti bene, in questa fase rispondeva ancora solamente alle logiche del divieto di duplice giudizio, tant’è che l’interpretazione della Corte Europea aveva condotto la stessa Consulta a dichiarare l’illegittimità parziale dell’art. 649 c.p.p. nella parte in cui consentiva la celebrazione di un secondo processo per il solo apprezzamento di un concorso formale¹⁵.

Terzo momento decisivo nel riconoscimento del principio del *ne bis in idem* è la postulazione in termini sillogistici dei due fattori precedenti. Atteso, da una parte, che la nozione di “*offence*” è comprensiva anche di illeciti e sanzioni di natura non formalmente penale¹⁶ e, dall’altra, che la

¹³ Cfr. Corte EDU, *case of Engel and Others v. The Netherlands*, 8 giugno 1976.

¹⁴ Cfr. Corte EDU, *case of Sergey Zolotukhin v. Russia*, 10 febbraio 2009: «82. Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” *in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.* [...] 84. The Court’s inquiry should therefore focus on those *facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space*» (corsivi nostri).

¹⁵ La cosa, stando al puro dato letterale, potrebbe sorprendere dato che è l’art. 649 c.p.p. ad avere una portata più estesa rispetto la normativa sovranazionale. Il termine “fatto” di cui all’art. 649 c.p.p., infatti, fa riferimento ad una dimensione più ampia di “*offence*”, il quale, invece, rimanda ad una realtà tutta giuridica. Il sostantivo “*acquitted*”, comunemente tradotto con “assolto”, presupponendo una statuizione nel merito, riduce, invece, l’ambito di applicazione postulato dal termine “prosciolto” utilizzato dalla norma codicistica, potendosi ricondurre ad esso anche sentenze assolutorie di rito. Come è stato già evidenziato (cfr. P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 1, p. 80), la portata del *ne bis in idem* dipende, quindi, dall’ermeneutica che l’interprete (nazionale e non) adotta, piuttosto che dal puro dato letterale.

¹⁶ Mette conto osservare che, in realtà, la giurisprudenza EDU ha incluso nel termine “*offence*” di cui all’art.4 Prot. 7 EDU illeciti extra-penali contravvenendo alle intenzioni degli Stati Membri, i quali risultavano chiaramente determinati a sottrarre alla garanzia in questione le sanzioni para-penali, eventualmente in concorso con le quelle formalmente penali. Oltre alle numerose riserve formulate dagli Stati, si tenga conto

medesimezza del fatto – ai sensi dell’art. 4 Prot. 7 CEDU – si apprezza alla luce delle sole circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio, la deduzione che ne deriva è che la garanzia del *ne bis in idem* impedisce la celebrazione di un procedimento penale ove all’individuo sia stata già inflitta, per lo stesso fatto, una sanzione extra-penale (e viceversa). Era questa la portata “innovativa” (seppure non avesse aggiunto nulla di nuovo) della sentenza “Grande Stevens c. Italia”: applicare, in caso di doppio binario sanzionatorio, il semplice divieto di duplice giudizio, impedendo così il molteplice susseguirsi di pretese punitive da parte dello Stato. D’altronde la Corte EDU aveva fatto eco alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, che – nel caso “Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson” – aveva precedentemente ritenuto, a monte, il doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo incompatibile con il *ne bis in idem*, ad eccezione del caso in cui tale strumento repressivo fosse stato necessario per soddisfare gli interessi dell’Unione mediante l’applicazione di pene efficaci, proporzionate e dissuasive (prevedendo, così, una deroga al principio, giustificata dall’art. 52, par. 1, CDFUE).

Questo semplice sillogismo, tuttavia, subiva – prima – un’interruzione da parte della giurisprudenza EDU, la quale integrava l’accertamento in merito la violazione di *ne bis in idem* con diversi criteri, i quali venivano – poi – confermati e precisati dalla Corte di Giustizia UE. Nello specifico, nel caso *A e B v. Norway*, la Corte EDU precisa che non è più sufficiente il solo concorso di procedimenti e sanzioni “penali” per determinare violazione del principio, ma occorre accertare che la predisposizione di tale sistema sanzionatorio non abbia rispettato un terzo requisito: il sussistere di una “*sufficiently close connection in substance and in space*”. Parimenti, la Corte individua alcuni criteri alla stregua dei quali apprezzare l’esistenza di tale connessione temporale e sostanziale. È dunque necessario valutare: a) se i procedimenti abbiano scopi complementari e investano, anche in concreto, aspetti diversi della stessa condotta antisociale censurata; b) se la duplicità dei procedimenti sia conseguenza prevedibile dello stesso comportamento sanzionato; c) se i procedimenti siano condotti in modo tale da evitare, per quanto possibile,

del Rapporto Esplicativo al Settimo Protocollo, che semplicemente afferma ai paragrafi 28 e 29: «*It has not seemed necessary, as in Articles 2 and 3, to qualify the offence as "criminal". Indeed, Article 4 already contains the terms "in criminal proceedings" and "penal procedure", which render unnecessary any further specification in the text of the article itself. The principle established in this provision applies only after the person has been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of the State concerned*».

qualsiasi duplicazione nella collezione e nella valutazione degli elementi di prova; d) se, soprattutto, la sanzione imposta all'esito del procedimento conclusosi per primo sia stata tenuta presente nell'ambito del secondo, in modo da prevenire che sull'interessato gravi un onere eccessivo. Tale rischio, infatti, è meno suscettibile di presentarsi se esiste un meccanismo compensatorio concepito per assicurare che l'importo globale di tutte le pene pronunciate sia *proporzionato*. A tali criteri la Corte EDU aggiunge, inoltre, la necessità di valutare se le sanzioni extra-penali siano riconducibili o meno al "nucleo essenziale" del diritto penale, dal momento che, nel caso in cui non lo fossero, vi sarebbero meno probabilità di ritenere troppo gravoso l'onere sanzionatorio complessivo. Quanto alla Corte di Giustizia UE, nelle sentenze relative alle cause C-524/15, "Menci", C-537/16, "Garlsson Real Estate SA e a.", e C-596/16 e C-597/16, "Di Puma e Zecca", essa si attiene al nuovo orientamento espresso dalla giurisprudenza EDU, confermando il requisito della stretta connessione tra i due procedimenti, e, insistendo maggiormente sul canone di proporzionalità, impone specificamente al giudice comune di valutare che l'onere risultante dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni non sia eccessivo rispetto alla gravità (o disvalore) della condotta tenuta.

Per far fronte al *vulnus* di tutela che il doppio binario sanzionatorio era suscettibile di determinare, le Corti europee hanno pertanto concepito il principio di *ne bis in idem* come una figura ibrida, nel senso che la valorizzazione del disvalore di una condotta ed il rapporto proporzionale con la pena corrispondente non sono più oggetto di un apprezzamento in termini di *ne bis in idem* sostanziale, ossia non rispondono più all'esigenza di impedire la molteplice qualificazione sostanziale di un accadimento unitario. Disvalore e proporzionalità sono ora utilizzati quali parametri per valutare l'opportunità di un secondo giudizio o, meglio, di una seconda sanzione, sicché da essi dipende la giustificazione o meno dell'esercizio del potere repressivo rispetto *singole porzioni di disvalore*.

Solo in questi termini, anche a livello nazionale, il principio di *ne bis in idem* poteva assumere significato e dare soluzione a quella duplicazione repressiva eccessivamente onerosa, causata dal doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale. D'altronde, non sarebbe stato possibile inquadrare il problema in termini di concorso apparente di norme, facendo conseguente applicazione dei noti criteri di specialità¹⁷,

¹⁷ Non sovveniva neppure l'art. 9 della lg. 689/1981: il criterio di specialità, che, quale clausola generale, regola i rapporti tra illeciti di diversa natura, non trova applicazione

consunzione o assorbimento, posto che la normativa – con clausole di salvaguardia – prevede espressamente il concorso di illeciti, sicché la convergenza di più norme non dà causa ad alcuna apparenza di concorso ma è risolta legislativamente a favore della plurima qualificazione. Non si sarebbe potuto applicare neppure il semplice divieto di doppio giudizio, giacché l'art. 649 c.p.p. presuppone la sottoposizione a due procedimenti formalmente penali. Inoltre, se vi si fosse ritenuto compreso anche il procedimento para-penale, si sarebbero provocate un'incertezza e una casualità nelle sanzioni applicabili tali da ledere i principi fondamentali di determinatezza e legalità della sanzione penale nonché l'art. 3 Cost¹⁸.

2. La giurisprudenza nazionale definisce l'operatività del principio europeo

Questo, in definitiva, lo stato dell'arte cui le diverse Sezioni – civili e penali – della Cassazione si sono dovute riferire per dar voce al *ne bis in idem* e trasporre, sul piano applicativo, la soluzione individuata dalla giurisprudenza europea. Un compito non facile. Infatti, sebbene le Corti europee avessero esplicitato che il *ne bis in idem* risponde all'esigenza di tutelare il cittadino da un'eccessiva risposta sanzionatoria e che, pertanto, si impone al giudice comune la valutazione della corrispondenza proporzionata tra condotta e sanzione complessiva, rimaneva di competenza della Suprema Corte non solo individuare i termini di questo

in tutti quei casi in cui sia il legislatore, *expressis verbis*, a stabilire il concorso di sanzioni penali/amministrative. In termini critici G. DE AMICIS - P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 2, p. 481, nota 26: «È ben vero, a questo riguardo, che, nel quadro delle garanzie costituzionali, i principi tracciati dalla legge n. 689 del 1981, così come altre normative “quadro” (ad esempio il noto “statuto del contribuente”) hanno forza e valore di leggi ordinarie: come tali, dunque, derogabili ad opera di fonti pariordinate. Ma è altrettanto vero che le fonti derogatorie devono essere a loro volta assistite da una specifica “causa normativa,” che le giustifichi sul piano della ragionevolezza e della uguaglianza». Si veda anche: G. M. FLICK - V. NAPOLEONI, «*Materia penale*», *giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Società*, 2014, pp. 953 ss.

¹⁸ In questo senso Corte cost. n. 102/2016: «L'eventuale accoglimento della questione determinerebbe l'incertezza della risposta sanzionatoria (casualmente amministrativa o penale, a seconda del procedimento conclusosi per primo), così da incidere sulla sua effettività, con pregiudizio degli obblighi comunitari da salvaguardare ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost. L'invocata manipolazione dell'art. 649 cod. proc. pen. contrasterebbe, altresì, con l'art. 3 Cost., essendo irragionevole sottoporre a sanzione amministrativa o penale una determinata persona sulla base di un accadimento processuale del tutto aleatorio». Si veda, in senso conforme, anche Corte cost. n. 222/2019, § 2.2.

apprezzamento, ma, cosa ancor più difficile, lo strumento giuridico che consentisse al giudice comune di risolvere la sproporzione in caso di violazione del *ne bis in idem*. In sintesi: in base a quali parametri si valuta l'eccessiva onerosità della risposta sanzionatoria? Che cosa fare nel caso in cui tale sproporzione appaia evidente?

Tali, dunque, i problemi che la Cassazione ha risolto, individuando una *regola iuris*, che ora illustreremo, innovativa. Avrebbe forse dovuto intervenire il legislatore? Sì, lo vedremo, ma il Parlamento continua a latitare¹⁹, sottraendosi al suo compito e delegando, silenziosamente, la magistratura.

Tra le diverse pronunce di legittimità che si sono rapidamente succedute²⁰, Cassazione penale n. 49869 del 2018 assume un particolare rilievo paradigmatico: non solo riepiloga l'intero sviluppo giurisprudenziale (nazionale e sovranazionale) in tema di *ne bis in idem*, avendo riguardo, soprattutto, ai recenti arresti delle Corti europee; ma, altresì, inerisce al caso più frequente ove a divenire definitivo per primo è il provvedimento amministrativo. In tale pronunciamento la Corte di Cassazione illustra chiaramente al giudice comune la valutazione che il principio elaborato dalle Corti sovranazionali gli impone, il suo riferimento normativo e, cosa più importante, il potere che gli si riconosce.

Ecco, dunque, che cosa si richiede. *In primis*, occorre che il giudice valuti se sul binario opposto a quello penale corrono anche un illecito, un procedimento e una sanzione formalmente amministrativi (o civili, disciplinari e così via) ma nella sostanza "penali", adoperando in tal modo i noti "criteri Engel". Dopodiché, dovrà considerare se entrambi gli illeciti siano riferibili alle medesime circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio, inerendo cioè ad un

¹⁹ Cfr. E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 7-8, p. 2935.

²⁰ Pur differendo, talvolta, nelle conclusioni, i percorsi logici e le implicazioni deduttive ivi contenute sono pienamente sovrapponibili, sicché a ragione possiamo parlare di uniforme orientamento. Si segnalano, in particolare: *Cass. pen.*, sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869 (Chiarion); *Cass. civ.*, sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564; *Cass. pen.*, sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829 (Franconi); *Cass. pen.*, sez. V, 9 novembre 2018, n. 5679 (Erbeta); *Cass. civ.*, sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31634; *Cass. civ.*, sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31632; *Cass. pen.*, sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999; *Cass. civ.*, sez. II, 17 dicembre 2019, n. 33426.

medesimo fatto storico²¹.

Se, pertanto, il giudice comune dovesse ravvisare una sovrapposizione, sull'*idem factum*, di due sanzioni "penali" (l'una formalmente, l'altra solo sostanzialmente tale), dovrà poi procedere a valutare quegli ulteriori elementi, indici di una stretta connessione sostanziale e temporale, che legittimano il sistema binario²².

Il criterio prevalente tra quelli decritti «per verificare la presenza della stretta connessione è pacificamente individuato da tutte le pronunzie in quello della "proporzionalità" tra il cumulo di sanzioni irrogate (di cui quella amministrativa pecuniaria è ormai considerata di natura penale) e la gravità dell'illecito»²³. Secondo la Corte di legittimità, questo apprezzamento rientra nell'ambito applicativo dell'art. 133 c.p. e soggiace, pertanto, alle valutazioni ed ai parametri ivi indicati. Ne comporta ovviamente un allargamento: l'operazione deve, infatti, estendersi sino a comprendere la sanzione amministrativa già *applicata*, imponendo al giudice di considerare se l'interesse generale sotteso alla disciplina dell'illecito penale sia stato già, in parte o totalmente, soddisfatto da quella sanzione. Individuerà così la misura della pena *applicanda* sul residuo non coperto dalla precedente sanzione.

Ebbene, alla luce di questo canone, la disciplina degli abusi di mercato – sulla quale verteva l'esame della Corte – manifesta senza dubbio (non solo in astratto, ma anche in concreto) un elevato grado di severità: oltre al concorso delle sanzioni principali (reclusione da uno a sei anni e multa da euro ventimila a euro tre milioni, nonché sanzione amministrativa da ventimila euro a cinque milioni di euro), simile normativa consente infatti, in entrambi i procedimenti, l'aumento della multa/sanzione «fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto

²¹ Qui si sarebbe fermato l'interprete secondo l'impostazione elaborata dalla Corte EDU nel caso "Grande Stevens c. Italia"; un'impostazione definita "versione *maior*" del principio di *ne bis in idem*. Cfr. F. CONSULICH - C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, n. 4, p. 8.

²² Si osservi una curiosa divergenza nelle ricostruzioni delle due Corti sovranazionali: secondo la Corte EDU, la sussistenza della *close connection* vale ad escludere *ex ante* la violazione del principio di *ne bis in idem*. Diversamente, secondo la Corte di Giustizia UE, la connessione tra i due procedimenti non esclude la violazione al principio, ma vale solamente a giustificare *ex post* una deroga ai sensi dell'art. 52 CDFUE.

²³ Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, § 4.1. Si veda anche, la ricostruzione dei vari criteri, realizzata con particolare attenzione a quello della proporzionalità, in B. NASCIMBENE, *il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Sist. pen.*, 4/2020, pp. 95 ss.

conseguito», nonché pene accessorie e confisca obbligatoria²⁴ del profitto e del prodotto²⁵ dei reati o degli illeciti amministrativi. Difficile, dunque, che il giudice nazionale – autorizzato a valutare la proporzione tra fatto e sanzione – non pervenga a ravvisare in tali pene draconiane un eccesso di repressione, una dismisura rispetto alla lesività di un bene giuridico dalla determinatezza, fra l'altro, discutibile²⁶.

Ritenuta sussistente la violazione del *ne bis in idem* per effetto di una sproporzione tra la risposta sanzionatoria complessiva e il disvalore espresso dalla condotta, la Cassazione – dovendo porre rimedio a tale violazione – riconosce infine la possibilità di disapplicare, in tutto²⁷ o solo in parte, la normativa penale, derogando *in bonam partem* ai minimi edittali. In tal modo, il giudice dovrà rapportare il *quantum* di pena all'effettivo disvalore del fatto, nella misura non coperta dalla precedente sanzione²⁸. Obbligo, questo, normativamente imposto dalla diretta

²⁴ Si tenga conto che la Consulta ha recentemente dichiarato incostituzionale la confisca, diretta o per equivalente, del “prodotto” ex art. 187-*sexies* TUF, posto che conduceva «a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati per eccesso rispetto alla gravità degli illeciti in questione». Corte cost. n. 112/2019. Rimane invero integra, in caso di condanna, la confisca diretta o per equivalente del profitto o del prodotto conseguente al reato o dei beni utilizzati per commetterlo.

²⁵ Se poi si considera la possibilità per la Consob di costituirsi parte civile nel procedimento penale, alle somme dovute a titolo di sanzione si sommano quelle dovute a titolo di risarcimento del danno. Ma non è tutto: se si aggiungesse la disciplina della responsabilità dell'ente, prevista dagli artt. 187-*quinquies* TUF e 25-*sexies* d.lgs. n. 231/2001, invece di *bis in idem* si potrebbe arrivare anche a parlare di *quater in idem*.

²⁶ La stessa disciplina europea, tra direttive e regolamenti, indica la possibilità di gestire un abuso di mercato con sole sanzioni amministrative, salvo la previsione di sanzioni penali per fatti più gravi (per un approfondimento si veda: F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, pp. 295 ss). Ciò dimostra come la condotta antisociale potrebbe ricondursi nell'insieme di quelle condotte e pratiche commerciali anticoncorrenziali, la cui illiceità può esser gestita mediante il ricorso ad altro tipo di responsabilità.

²⁷ Ipotesi che nelle logiche della Corte dovrebbe essere eccezionale, ossia riservata a quei casi di lampante sproporzione, ove la sola sanzione amministrativa sia, per entità e funzione, idonea a coprire l'intero significato antiggiuridico della condotta. Così: Cass. pen. N. 49689/2018; Cass. pen. n. 39999/2019. In tale evenienza, in ogni caso, sembra profilarsi a livello dogmatico il sopraggiungere di una causa di non punibilità in senso stretto, stante il richiamo da parte di Cass. pen. N. 5679/2019 all'art. 129 c.p.p.

²⁸ Si riportano qui i passaggi decisivi di una decisione del Tribunale di Milano, ove il giudice, atteso che gli imputati erano stati già condannati al pagamento della sanzione amministrativa di 100.000,00 euro, applica il criterio di proporzionalità al fine di sanare violazioni di *ne bis in idem*, indicando in che modo procedere al calcolo della pena complessiva. Così, il Tribunale «ritiene di dover irrogare [...] una pena coincidente con il minimo edittale previsto dalla disposizione incriminatrice [ossia: 2 anni di reclusione e 40.000 euro di multa, ndr.]. Valutata l'entità della sanzione amministrativa già irrevocabilmente inflitta agli imputati – pari a 100.000,00 euro –

applicabilità che si riconosce al principio del *ne bis in idem* consacrato nell'art. 50 CDFUE²⁹ e dalla conseguente necessità di disapplicare la normativa interna con esso confliggente.

3. Problemi connessi ai pronunciamenti della Cassazione in tema di *ne bis in idem*

Il nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità, in accoglimento dei più recenti pronunciamenti delle Corti europee, consente finalmente di attenuare un rigido e quanto mai severo regime sanzionatorio e di dare concreta applicazione a un principio che, sinora, non aveva avuto significative estrinsecazioni. Non può nascondersi, tuttavia, una nota di rammarico. La conclusione cui è pervenuta la Cassazione e che sta già trovando riscontri nella giurisprudenza di merito può rappresentare soltanto una soluzione temporanea, capace di *arginare* violazioni del *ne bis in idem*, ma non di *prevenirle*.

La costruzione del *ne bis in idem* quale figura ibrida, nei termini sopra specificati, seppure ricomprenda il divieto di doppio giudizio, ne produce una sostanziale restrizione³⁰, inteso che ad esser precluso non è più l'intero procedimento, ma la punibilità di "frazioni" di disvalore già coperte da precedenti sanzioni. Tuttavia, la stessa Corte di Cassazione

questo Tribunale ritiene, poi, di non dovere applicare alcuna sanzione pecuniaria, così come previsto dall'art. 187-terdecies TUF. [...] La sanzione amministrativa pecuniaria applicata da Consob supera di ben 60.000 la pena pecuniaria che questo Tribunale avrebbe irrogato agli imputati. Facendo applicazione – quale criterio parametrico al fine di una valutazione in termini attuali della reale afflittività della sanzione – della disposizione di cui all'art. 135 c.p., si rileva che la pena di 60.000 euro di multa corrisponde alla pena detentiva di mesi otto di reclusione». Di qui la sottrazione di otto mesi di reclusione, quale deroga mitigativa al minimo edittale. Trib. Milano, sentenza n. 14767 del 15 novembre 2018, reperibile online su www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2019, con nota di F. MUCCIARELLI, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica.

²⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza C-537/16, *Garlsson Real Estate*, § 69: «Il principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile».

³⁰ Dello stesso parere, difatti, la stessa giurisprudenza nazionale. Si veda, a riguardo, Corte cost. n. 43/2018, § 7: «Neppure si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata. [...] Così, ciò che il divieto di *bis in idem* ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate». Ugualmente, Cass. pen. n. 45829/2018, § 3.3.4.b.

ricorda che il divieto di perseguire la stessa persona per lo stesso fatto, sancito dall'art. 50 CDFUE, «è logicamente anteriore al divieto di sanzionare»³¹, per cui basterebbe l'inizio di un secondo procedimento onde considerare violato il *ne bis in idem*. Per evitare che la garanzia osti all'applicazione di sanzioni «efficaci e dissuasive», si è deciso, diversamente, di contemperare il dato normativo, facendo leva sulla proporzionalità complessiva della pena. In questo modo si perde, però, la *ratio* del divieto di giudicare due volte una persona per lo stesso fatto, quella medesima *ratio* di cui la dottrina italiana ha discusso lungamente con riguardo all'articolo 649 c.p.p., ovvero: l'incontestabilità del risultato di un processo e la certezza del diritto. Una “certezza” da intendersi in un duplice significato³²: in senso soggettivo come “sicurezza dei diritti”, con il corollario che si vieterebbe l'esposizione dell'assolto o condannato a un'illimitata possibilità di reiterazione dei procedimenti per lo stesso fatto³³; in senso oggettivo, a garanzia dell'unità di giurisdizione ed ispirato da ragioni di economia processuale, come “coerenza logico-formale”, con l'effetto di impedire conflitti pratici tra decisioni definitive.

Pertanto, il *ne bis in idem*, nella sua veste processuale, soddisfa una diversa e ulteriore esigenza, «non circoscritta unicamente ad evitare il pericolo di una duplice sottoposizione alla pena, ma costruita inoltre sul presupposto che *il costo sul piano umano* di un nuovo processo penale [o sostanzialmente tale] non trova comprensione adeguata nell'interesse sociale alla ricerca incessante di una presunta verità materiale»³⁴.

Si perde, in tal senso, un aspetto fondamentale del *ne bis in idem* e si finisce per confondere tale principio con un'altra esigenza, espressa dall'art. 49 CDFUE, §3: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». Ma il *ne bis in idem* non è solo proporzionalità della risposta sanzionatoria. È molto più: esso impone al

³¹ Cass. pen., n. 31632/2018, § 23.

³² Cfr. G. DE LUCA, *Giudicato. Diritto processuale penale*, p. 2; ID., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, pp. 124 s..

³³ Cfr. Corte cost. n. 200/2016, § 6, che annovera tra i diritti fondamentali «il “principio di civiltà giuridica, oltre che di generalissima applicazione” (ordinanza n. 150 del 1995) espresso dal divieto di *bis in idem*, grazie al quale giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, *l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto*. In caso contrario, il contatto con l'apparato repressivo dello Stato, potenzialmente continuo, *proietterebbe l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale*, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale (sentenza n. 1 del 1969; in seguito, sentenza n. 219 del 2008)» (corsivi nostri).

³⁴ N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, n.1, p. 98 (corsivi nostri).

legislatore di non pregiudicare il cittadino sulla scorta di pretestuose moltiplicazioni qualificatorie e per vicende di vita che necessitano di essere ricondotte entro un unico quadro; impone di dare coerenza all'intero ordinamento, evitando vane duplicazioni. Si rivolge, ancora, al giudice, affinché summa la condotta entro le fattispecie astratte espressive del significato antigiusuridico così come inteso dal legislatore ed eviti che la macchina della giustizia torni a valutare accadimenti sui quali si sia già espressa.

Il solo riferimento alla proporzionalità delle pene, necessariamente, si sottopone poi a valutazioni critiche, nella misura in cui la giurisprudenza, europea e nazionale, non specifica criteri oggettivi e univoci³⁵ per poter apprezzare il rapporto proporzionale tra gravità del fatto e pena corrispondente. La proporzionalità, infatti, non è una caratteristica auto-evidente, ma uno «schema che si presta ad essere fondato e sviluppato in modi diversi»³⁶, secondo quei parametri e criteri che di volta in volta si utilizzino; è l'idea centrale, da sempre, di ogni teoria sulla pena e sulla sanzione³⁷, per cui il concetto di proporzionalità dipende – inevitabilmente – dagli scopi che si intendano raggiungere e/o dai valori che si vogliano tutelare. In sostanza: «domina il campo il totale relativismo delle opzioni»³⁸.

L'effetto, dunque, è quello di lasciare il giudice di merito sprovvisto di strumenti idonei a valutare la proporzionalità, di lasciarlo solo, con riguardo a valutazioni che – dall'una o dall'altra parte del processo – potranno non essere condivise ed essere eventualmente censurate dal giudice dell'impugnazione, portatore – a sua volta – di un diverso ideale di proporzionalità³⁹.

Inoltre, l'aver rapportato la proporzionalità delle sanzioni alla sola gravità

³⁵ Nello stesso senso cfr. F. MUCCIARELLI, *“Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem*, § 7.

³⁶ D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 650.

³⁷ Così E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1958.

³⁸ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 4/2013, p. 19.

³⁹ Cfr. similmente C. SANTORIELLO, *Dal principio del ne bis in idem l'attribuzione di un potere discrezionale senza limiti ai giudici nazionali*, in *ilsocietario.it*, 30 ottobre 2019: «Che dire... D'ora in poi ogni processo sarà sottoposto alla spada di Damocle della discrezionale decisione del singolo giudice circa la severità del trattamento punitivo».

del fatto rischia di alimentare una visione puramente retributiva⁴⁰ della pena e del diritto penale, sulla base di quell'assunto, fortemente criticato in dottrina, che esista e possa essere individuata una pena la quale, negativo per negativo, compensi il male commesso nel reato⁴¹. Il che, oltre ad essere immotivato sul piano morale e su quello preventivo, sarebbe per di più impossibile. Chi può dire quale pena sia davvero proporzionata a un abuso di mercato? Dovremmo essere capaci di misurare l'offesa ai valori e ai beni giuridici tutelati dalle norme, «entità prive di base epistemologica di raffronto»⁴², e di bilanciarli con il sacrificio della libertà personale o patrimoniale del reo. Ma non solo: dovremmo anche essere in grado di misurare la colpevolezza interiore, quale indicatore concreto per determinare la pena giudiziale⁴³.

Il rischio, dunque, è che la pena dipenda «dal modo attraverso il quale in un dato contesto storico si richieda (emotivamente) di esprimere, nei confronti del soggetto responsabile, la gravità attribuita a un certo fatto anti-giuridico»⁴⁴.

Sempre in tema di proporzionalità, preme osservare che, secondo la Corte⁴⁵, uno dei parametri per valutare il disvalore del fatto, dal quale desumere poi la corretta corrispondenza della pena, è l'apprezzamento degli «aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, degli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato». Si presume, infatti, che i due procedimenti e le sanzioni «riguardino, in vista della realizzazione di un obiettivo di interesse generale, scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata».

⁴⁰ Si veda la recente ricostruzione del criterio di proporzionalità, secondo la visione retributiva della pena, in M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, pp. 170 ss. e la notevole dottrina ivi menzionata.

⁴¹ Non è altro che la legittimazione dell'antico *ius talionis*. A riguardo si veda esemplificativamente: U. EBERT, *Talion und Spiegelung im Strafrecht*, in W. KÜPER, *Festschrift für Karl Lackner zum 70^o Geburtstag*, Berlino/New York, 1987, pp. 399 ss.; G. MANNOZZI - F. RUGGIERI, *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Insubria University Press, 2007; W.I. MILLER, *Occhio per occhio*, UTET, 2008; H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, trad. it. Einaudi, 2010; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, VIII, 2019, pp. 47 ss.

⁴² M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, n. 2, p. 1174.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da Corte EDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 12, p. 4940; ID, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 4, pp. 1157 ss.

⁴⁵ Cfr. Cass. pen. n. 49869/2018.

Emerge nondimeno, sul punto, un'antinomia. L'apprezzamento della finalità del procedimento/sanzione, infatti, è imposto a monte, al fine di accertare – secondo i “criteri Engel”⁴⁶ - se la sanzione amministrativa sia sostanzialmente “penale”. Ora, se per escludere la violazione del *ne bis in idem* occorre innanzitutto accertare la complementarità di scopi, in caso di doppio binario sanzionatorio si dovrebbero poter ravvisare nella sanzione amministrativa uno scopo e un interesse diversi dal “punire”, essendo questo il fine precipuo dell'ambito penale. Se si escludesse la finalità punitiva, tuttavia, la sanzione amministrativa perderebbe quella qualifica di “sostanzialmente penale” che tale finalità le aveva fatto assumere, di guisa che il principio di *ne bis in idem*, sin dall'inizio, non troverebbe applicazione: esso, infatti, opera solo al concorrere di due sanzioni “penali” (formalmente o sostanzialmente tali), non estendendosi le garanzie penali anche ai procedimenti di diversa tipologia.

Rimane, dunque, incomprensibile come possa la giurisprudenza nazionale riconoscere allo stesso tempo la natura penale della sanzione amministrativa (in quanto persegue il medesimo fine di quella penale) e la complementarità degli scopi che giustifica il doppio binario sanzionatorio.

Nella disciplina degli abusi di mercato, ciò che maggiormente determina la violazione del *ne bis in idem* è, difatti, la duplicazione della finalità punitiva, insita sia nella sanzione penale, sia in quella amministrativa⁴⁷. Nei suoi pronunciamenti, invece, la Cassazione non fonda la violazione del *ne bis in idem* sulla riproduzione del medesimo fine (quello punitivo), ma unicamente sulla sproporzione tra l'entità finale della sanzione e la violazione degli interessi tutelati. La complementarità degli scopi, che pure è menzionata, deriverebbe, a suo dire, dalla diversità degli interessi

⁴⁶ È ben noto come a partire dalla celebre sentenza Corte EDU, *case of Öztürk v. Germany*, del 21 febbraio 1984 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, n. 3, con nota di C.E. PALIERO, “*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*”, pp. 908 ss.) si sia avviata una cd. giurisprudenza «dello scopo», tesa a valorizzare il concetto di finalità punitiva della sanzione anche a prescindere dal suo ammontare (ivi, § 54: «*The relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character*»).

⁴⁷ Così, esplicitamente, la Corte di Giustizia UE, causa C-537/16, “*Garlsson*”, § 34: «Risulta quindi che tale sanzione non ha soltanto lo scopo di risarcire il danno causato dall'illecito, ma persegue anche *una finalità repressiva* – il che del resto corrisponde alla valutazione del giudice del rinvio – *e presenta, pertanto, natura penale*» (corsivi nostri). Così anche Corte di Giustizia UE, cause riunite C-596/16 e C-597/16, “*Di Puma*”, § 38.

tutelati dalla normativa penale ed amministrativa⁴⁸.

Scelta discutibile. Una cosa è la finalità della sanzione, altra l'interesse generale che l'illecito tutela. Potranno pure ricavarsi interessi diversi da illeciti che sanciscono il medesimo precetto⁴⁹, ma non si può certo negare che la piena sovrapposibilità – in termini di onerosità – delle sanzioni deponga a favore dell'identità dei loro fini.

Pertanto, sarebbe stato preferibile che si fosse rapportato il canone di proporzionalità direttamente agli scopi stessi delle sanzioni e non alla realizzazione o meno dell'interesse sotteso alla normativa. Dello stesso parere, d'altronde, è la Corte costituzionale, che in tema di confisca obbligatoria del prodotto degli illeciti amministrativi previsti dalla disciplina del TUF, ha ravvisato proprio nella duplicazione della finalità punitiva l'elemento di sproporzione tra sistema sanzionatorio e fatto concreto⁵⁰.

4. Il doppio binario sanzionatorio nella logica dell'integrale valutazione dello stesso fatto

Ad ogni modo, la *regola iuris* individuata dalla Corte di Cassazione – valutazione della proporzionalità dell'intera risposta sanzionatoria rispetto al disvalore della condotta secondo i parametri dell'art. 133 c.p. e conseguente deroga ai minimi edittali qualora parte del disvalore sia già coperto dalla sanzione amministrativa – permette di arginare gli eccessi punitivi cui, sinora, la giurisprudenza non aveva potuto rimediare.

⁴⁸ Cfr. Cass. pen. n. 49869/2018, § 9.1.

⁴⁹ Come sia dato riconoscere e distinguere due diversi interessi, tutelati l'uno dalla normativa penale, l'altro in via amministrativa, è cosa poco chiara. Se i precetti sono in *toto* sovrapposibili e le sanzioni di diverso tipo sono onerose allo stesso modo, in base a quali elementi è possibile sostenere che l'illecito penale tuteli un bene giuridico ulteriore rispetto al bene tutelato amministrativamente? Non è forse vero che, in tema di abusi di mercato, entrambi gli illeciti tutelino la serenità del mercato, la correttezza degli operatori, la fiducia dei risparmiatori?!

⁵⁰ Cfr. Corte cost. n. 112/2019: «8.3.5. – Nel vigente sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, la (predominante) componente “punitiva” insita nella confisca del «prodotto» dell'illecito e dei «beni utilizzati» per commetterlo si aggiunge all'afflizione determinata dalle altre sanzioni previste dal d.lgs. n. 58 del 1998 e, in particolare, dalla sanzione amministrativa pecuniaria. [...] 8.3.6. – A giudizio di questa Corte, la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione, e una ulteriore sanzione anch'essa di carattere “punitivo” come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, che per di più non consente all'autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa, necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati» (corsivi nostri).

Siamo, tuttavia, ben lontani dall'affermare che la disciplina degli abusi di mercato (e non solo) sia conforme al *ne bis in idem*. Perché ciò avvenga, occorre che i due procedimenti/sanzioni concorrenti siano intesi effettivamente come complementari tra di loro e non più come pienamente sovrapponibili nei fini.

A tal proposito, è chiaro come l'unica via percorribile sia quella *de lege ferenda*. Se l'intenzione è quella di apprestare una tutela dalla pretestuosa duplicazione repressiva, *ex ante* riconoscibile – posto che è dalla loro configurazione astratta che è possibile apprezzare la finalità dell'illecito e della sanzione – solo l'intervento del legislatore è idoneo a ricostruire due illeciti complementari negli scopi, adattando – in tal modo – la politica criminale al principio del *ne bis in idem*.

Prima di esaminare in che modo, a nostro parere, il potere politico potrebbe adeguare la normativa vigente al *ne bis in idem*, preme però fare un piccolo passo indietro e inquadrare la questione in termini precisi.

Ciò che origina i due procedimenti di diversa natura è la duplice qualificazione giuridica – in termini identici – del medesimo fatto storico, nel segno di un'azione repressiva tanto più severa⁵¹. Ragionando secondo i canoni dogmatici “tradizionali”, il divieto di essere puniti più volte per lo stesso fatto – *ne bis in idem* sostanziale – precede logicamente quello – processuale – di subire più giudizi: il primo sarebbe violato anche se la sanzione amministrativa (ma sostanzialmente penale) e quella penale fossero emesse all'esito del medesimo procedimento.

Nelle logiche del *ne bis in idem* sostanziale, la molteplice qualificazione giuridica del medesimo fatto nasce, in realtà, dall'apparenza del concorso: le norme “penali” nella loro semantica appaiono contemporaneamente applicabili, ma solo una è quella realmente riferibile al caso concreto, perché speciale e pertanto derogatoria a quella generale. Differentemente, quando si tratta della convergenza di norme aventi diversa natura, il concorso è sempre effettivo⁵². Non occorre stabilire se vi sia unità o pluralità di fatti giuridici (come in caso di concorso di norme penali), ma piuttosto stabilire, dato un unico fatto giuridico, in quante direzioni sia rilevante e quanti effetti di differente natura produca⁵³.

⁵¹ Cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 3, p. 1055.

⁵² Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, p. 375.

⁵³ Pare, infatti, convincente la tesi espressa da parte della dottrina (in particolare da F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 83) secondo la quale quando sul medesimo fatto storico convergono più norme di diversa natura sussisterebbe un unico fatto giuridico, rilevante in più direzioni e con pluralità di effetti di differente natura. Se

Qualora un medesimo fatto sia considerato da più norme, che vi ricollegano effetti di natura diversa, ciò significa che tale fatto viene contemplato dall'ordinamento sotto molteplici profili⁵⁴. «Alla valutazione giuridica del fatto, perciò, concorrono varie norme, le quali soltanto nel loro insieme ne esauriscono in ogni direzione, in tutta la sua estensione, la rilevanza giuridica»⁵⁵. Dunque, il principio sovraordinato che dovrebbe indirizzare l'interprete è quello di una "integrale valutazione giuridica del fatto" in tutti i suoi aspetti giuridici rilevanti.

Orbene, ogni qual volta l'illecito amministrativo che concorra con quello penale è qualificabile come "sostanzialmente" penale, ciò che si realizza è una sorta di *sopravalutazione* dello stesso fatto. Dal medesimo precetto non scaturiscono effetti giuridici differenti, non c'è una profilazione del fatto tale da coprire differenti direzioni, bensì la riproduzione della medesima valutazione di quel fatto.

Si comprende, allora, che la molteplice qualificazione giuridica non comporta, di per sé, la violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Solamente quando la norma "non penale" – non necessariamente amministrativa, valendo anche per l'ambito civile, disciplinare, etc. – assume i medesimi contenuti e le medesime finalità della norma penale, tale da potersi qualificare come "sostanzialmente" penale (rivestendo, pertanto, caratteristiche tali da uscire per sostanza dai confini della categoria giuridica cui formalmente appartiene), l'una esaurisce il giudizio di illiceità del fatto proposto anche dall'altra.

Ciò che occorre, dunque, in una prospettiva *de lege ferenda*, non è l'eliminazione a priori del sistema a doppio binario, ma la sua ristrutturazione secondo le direttive appena indicate, ossia facendo in modo di associare ad un medesimo precetto sanzioni di sostanza, scopi ed effetti differenti⁵⁶.

a quel fatto corrispondono più illeciti, il precetto giuridico è unico, ma con pluralità di sanzioni di diversa natura, dando vita ad un concorso di sanzioni. Contrariamente, altra parte della dottrina (ad esempio: B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 4^a ed., Padova, 1966, pp. 23-31), valorizzando l'assoluta corrispondenza tra precetto e sanzione, ritiene che la convergenza di norme di diversa natura sullo stesso fatto dia vita ad una pluralità di fatti giuridici, ciascuno munito della relativa sanzione, sicché si avrebbe concorso di illeciti e non di sanzioni. Cfr. F. MANTOVANI, *Concorso*, p. 376, nota 38.

⁵⁴ *Ivi*, p. 374.

⁵⁵ *Ivi*, p. 375.

⁵⁶ Il criterio dello "scopo" delle sanzioni, utilizzato dalla giurisprudenza europea, può essere – in quest'ottica – validamente assunto quale parametro per valutare se le norme convergenti su un medesimo precetto siano espressione di diverse esigenze. Tale criterio, tuttavia, fallisce se, successivamente, si identifica lo scopo della sanzione penale nella sola "afflizione".

Del resto, rinunciare *tout court* al procedimento amministrativo vorrebbe dire rinunciare all'effettività della risposta sanzionatoria in un settore particolare, come quello economico, ove il funzionamento del mercato e il rispetto della concorrenza richiedono un'indiscutibile celerità e tecnicismo. Pacifico, infatti, che «la tutela extrapenale e amministrativa può offrire, in determinate situazioni, garanzie di maggior tempestività e certezza d'attuazione e, quindi, dimostrarsi più idonea sotto il profilo della prevenzione generale»⁵⁷.

Dall'altra, se si rifiutasse la presenza del diritto penale in questo settore, «in quanto elemento di disturbo, per le sue connotazioni di rigidità, rispetto ad un sistema tutto sommato in grado di autoregolarsi o di ricorrere ad altri più adeguati e consoni strumenti di controllo»⁵⁸, si minerebbe, dal punto di vista processuale, il rispetto di quei fondamentali diritti e garanzie che corredano il processo penale. Dal punto di vista sostanziale, invece, si demanderebbe alla Pubblica Amministrazione il giudizio di illiceità di fatti che, in alcuni casi, sono carichi di un disvalore oggettivo e soggettivo ben più pregnante dei reati comuni.

Sott'accusa, in definitiva, non è solamente il doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, ma la dislocazione in più fattispecie, tra loro concorrenti, di effetti tutti considerati penali: un universo sconfinato e quanto mai eterogeneo, «astrattamente incline ad abbracciare le più diverse costellazioni tipologiche di norme, illeciti e sanzioni»⁵⁹.

Misure di prevenzione, confische, sanzioni disciplinari, interdizioni ed incapacitazioni, e da ultimo persino i cd. *punitive damages*⁶⁰, assolvono a funzioni non altrimenti realizzabili, capaci di risultati che la sola pena principale non sarebbe in grado di garantire. Tuttavia, in certi casi, questi strumenti possono assurgere ad un tale grado di onerosità da riprodurre identicamente quell'effetto che l'ordinamento giuridico appresta con la

⁵⁷ F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in ID, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 204.

⁵⁸ G.M. FLICK, *Introduzione*, in AA.VV., *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Roma, 1987, p. 13. A favore di un'alternatività tra sanzioni amministrative e penali, a seconda della gravità dell'illecito, si veda F. GALLO, *Il ne bis in idem: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, reperibile online su www.cortedicassazione.it.

⁵⁹ V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 3, p. 989.

⁶⁰ Cfr. Cass. pen., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, ove si è stabilito che non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, il quale, oltre ad assolvere alla funzione tipicamente civilista di risarcimento del danno, risponde altresì ad una finalità sanzionatoria e di deterrenza.

previsione di fattispecie penali. E così, se la finalità di una misura extrapenale equivale a quella delle norme penali (perché non altrimenti spiegabile), il concorso tra più di esse comporta una duplicazione, triplicazione, quadruplicazione (e così via) del medesimo giudizio di illiceità sullo stesso fatto.

Diversamente, se lo scopo e l'effetto di tali misure è realmente differente, la loro convergenza su di un medesimo accadimento consente di considerarle sostanzialmente connesse le une alle altre, ossia come diversi tasselli di un'unica risposta sanzionatoria integrata. Solo un coordinamento tra le diverse sanzioni permette di sfuggire a censure di *ne bis in idem* sostanziale, così come solo una stretta connessione – nel rispetto della più recente giurisprudenza europea – tra i diversi procedimenti consente di evitare *bis in idem* processuali.

Si veda bene che in questo modo, all'interno di quella che abbiamo definito essere una “figura ibrida” – il *ne bis in idem* europeo –, la veste sostanziale non fagocita più quella processuale, ed entrambi i divieti, di doppia pena e processo, trovano piena coerenza.

5. Sanzione e finalità punitiva

Evitare che il sistema sanzionatorio a due binari trasmodi nella doppia punizione di una stessa condotta⁶¹, con la riproduzione di effetti giuridici identici a fronte di un medesimo fatto: questo il significato che deve attribuirsi a quel requisito, la complementarietà di scopi, imposto dalle Corti europee.

Accade, tuttavia, che nel distinguere gli effetti penali da quelli amministrativi si provi un certo imbarazzo. Potrebbe sembrare compito facile, eppure, se si cerca di selezionare i fini esclusivi che la pena in senso stretto persegue, ci si accorge ben presto di essere a corto di idee. Forse che anche l'illecito amministrativo non abbia, in sé stesso, una componente punitiva?

Stando all'interpretazione delle Corti europee, la sanzione amministrativa può dirsi “sostanzialmente” penale allorquando essa abbia una connotazione afflittiva pari a quella che generalmente caratterizza quella “formalmente” penale e sia inflitta perseguendo una finalità non già meramente risarcitoria, ma preventiva (dissuadere i futuri trasgressori dal commettere le condotte illecite) e repressiva (sanzionare coloro che

⁶¹ Cfr. M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, p. 1342.

hanno commesso questo tipo di fatti ed evitare la loro recidiva)⁶². La ricostruzione volta a riconoscere l'ontologismo del penale nell'*afflizione*, tuttavia, non convince. Sostenere che le sanzioni amministrative siano sostanzialmente penali in quanto attingono a una sofferenza, legalmente inflitta ⁶³, in chiave di deterrenza e neutralizzazione, superando la sola compensazione riparatoria e/o soddisfattiva ⁶⁴, farebbe nascere, infatti, un equivoco: la pena si identificherebbe, *tout court*, nell'inflizione di una sofferenza in chiave di deterrenza e neutralizzazione. Il che significherebbe riferirsi, ancora una volta, a una concezione puramente retributiva della pena, in base all'assioma per il quale «la giustizia consisterebbe nel rispondere al negativo individuato nell'altro con la reciprocità del negativo che gli venga inflitto»⁶⁵, perdendo di vista – tra l'altro – il finalismo rieducativo della pena, «verso cui obbligatoriamente [essa] deve tendere»⁶⁶.

⁶² Cfr., ad esempio, Corte EDU, *case of Öztürk v. Germany*, § 53: «Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature». Così anche Corte EDU, *case of Grande Stevens and others v. Italy*, del 4 marzo 2014, §96.

⁶³ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 74 ss.

⁶⁴ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, pp. 27 ss. - 71 ss; esclude le sanzioni compensative e meramente risarcitorie dall'alveo della materia penale anche M. CHIAVARO, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 97, nota 34.

⁶⁵ L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, pp. 637 ss.

⁶⁶ Corte cost. n. 40/2019, § 5.2. Proprio nella giurisprudenza costituzionale, il principio di proporzionalità della pena va affermandosi sempre più quale corollario della finalità rieducativa di cui all'art. 27 Cost, sicché ne esce fortemente ridimensionata la concezione retributiva della pena secondo la quale il termine "proporzionalità" indica null'altro che la relazione tra il male causato dal reato e l'afflizione della sanzione penale. Vedasi, di recente, Corte costituzionale, sent. 5 n. 222/2018: «Una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa (*ex multis*, sentenze n. 236 del 2016, n. 68 del 2012 e n. 341 del 1994)». Chiarificante, a riguardo, la sent. n. 179/2017, § 4.4, con la quale si evidenzia, prima di tutto, che i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. impongono di contenere l'entità della sanzione «nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale»; ricordando di seguito come «il principio di proporzionalità della pena [radicato nell'art. 3 Cost. e nei principi di eguaglianza e ragionevolezza di cui costituisce una delle possibili declinazioni, sia] altresì presupposto dall'art. 27 Cost., come ha sottolineato questa Corte sin dalla sentenza n. 313/1990». Importante anche la sent. n. 149/2018, secondo la quale gli automatismi sanzionatori generano «un

Anche da un punto di vista semplicemente pratico, è evidente che, in alcuni casi, è proprio la sanzione amministrativa, e non quella penale, a esser considerata più “afflittiva” e idonea a produrre l’effetto “dissuasivo-repressivo” che, in teoria, dovrebbe riconoscersi esclusivamente al penale (per timore dell’infrazione di una sofferenza). Si rammenti, in proposito, la normativa sugli abusi di mercato, in rapporto alla severità delle sanzioni amministrative in essa previste, e si consideri che, al contrario di queste ultime, la pena può essere condizionalmente sospesa e presuppone, con riguardo a un delitto, l’accertamento del dolo⁶⁷.

Se afflizione e sofferenza non debbono considerarsi le traduzioni teleologiche della pena in senso stretto, deve forse esserlo la rieducazione del condannato? Certamente. Tuttavia, il finalismo rieducativo, secondo l’assioma dell’art. 27 Cost., non può ritenersi *depositum* esclusivo della sanzione penale: sostenerlo significherebbe negare, infatti, che anche attraverso la sanzione amministrativa l’autore dell’illecito risulti sollecitato a comprendere il disvalore della propria condotta e a rispettare, per il futuro, la norma violata⁶⁸. Anche la sanzione amministrativa, dunque, mostra una componente rieducativa, che la

contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena» per il fatto di «relegare nell’ombra il profilo rieducativo (sentenza n. 257/2006)».

⁶⁷ In questi termini, non pare potersi condividere la ricostruzione operata in Cass. pen. n. 49869/2018, secondo la quale «giova a mettere in luce una più marcata finalizzazione dell’illecito amministrativo alla tutela oggettiva del mercato e della fiducia degli investitori; tutela, questa, propria anche del bene protetto dalla norma incriminatrice dell’illecito penale, in relazione al quale, tuttavia, essa si salda alle *ulteriori finalizzazioni tipiche della sanzione penale e, in particolare, all’istanza special-preventiva*» (corsivi nostri). Ad essere temuta, il più delle volte, è proprio la sanzione amministrativa e non la pena in senso stretto, sicché la finalità special-preventiva è soddisfatta efficacemente non dalla normativa penale, ma dall’illecito amministrativo. Così anche in C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 307: il modello sanzionatorio amministrativo, al pari di quello penale, è «finalisticamente orientato alla prevenzione generale e speciale, cioè allo scoraggiamento dei singoli e dell’intera collettività da comportamenti indesiderati (lesivi o pericolosi per interessi generali)».

⁶⁸ Di avviso parzialmente discorde la Consulta, che, nella sentenza n. 112 del 2019, ha ritenuto la finalità rieducativa di cui all’art. 27 Cost. «strettamente conness[a] alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt’oggi costruito il sistema sanzionatorio penale, e che resta sempre più o meno direttamente sullo sfondo anche nell’ipotesi in cui vengano irrogate pene di natura diversa, come rimedio di ultima istanza in caso di inadempimento degli obblighi da esse derivanti». Non si estenderebbe, quindi, all’illecito amministrativo, contrariamente a quanto aveva in precedenza affermato (vedi sentenza n. 313 del 1990, secondo cui il finalismo rieducativo costituisce un «principio che la Corte di Giustizia della Comunità europea ha accolto in tutta la sua ampiezza, al punto da estenderlo all’illecito amministrativo»).

rende simile – sotto questo aspetto – alla pena in senso stretto.

Ecco l'incertezza cui ci riferivamo. Messe a confronto, sanzione penale e amministrativa sembrano di fatto perseguire gli stessi scopi⁶⁹.

Ma allora, facendo applicazione di uno dei “criteri Engel”, quello dello “scopo della sanzione”, gli illeciti amministrativi sono quasi sempre “sostanzialmente penali”: rimarrebbero esclusi soltanto quelli che prevedono sanzioni meramente risarcitorie⁷⁰, ovvero aventi finalità immediate di prevenzione e dunque tali da non presentare quei caratteri suscettibili di farle attrarre nell'alveo delle sanzioni “sostanzialmente” penali. Lo scopo delle prime, infatti, è solamente quello di compensare⁷¹ i danni provocati dalla condotta, in modo da ripristinare la situazione antecedente; mentre le seconde risponderebbero esclusivamente a esigenze di neutralizzazione della pericolosità.

Se, dunque, la sanzione amministrativa e la pena perseguono, per lo più, i medesimi effetti, sicché la prima è qualificabile come sostanzialmente penale, in che modo potrebbe strutturarsi un doppio binario sanzionatorio evitando che l'illecito extrapenale sia incorporato in quel cerchio⁷² entro il quale debbono applicarsi le garanzie sostanziali e processuali tradizionali (tra cui il *ne bis in idem*, sostanziale e processuale)?

⁶⁹ D'altronde, se ciò non fosse, ogni lesione o messa in pericolo di un bene giuridico dovrebbe essere gestita esclusivamente con gli strumenti del diritto penale.

⁷⁰ Vi sono tuttavia casi, eccezionali forse, in cui la misura meramente riparatoria potrebbe assumere i caratteri propri della pena. Pensiamo a situazioni in cui il soggetto abbia provocato danni superiori al guadagno conseguito con la condotta criminosa: la riparazione/risarcimento del danno cagionato direttamente o indirettamente alla/e persona/e offesa/e comporterebbe un sacrificio ben superiore alla compensazione con il proprio guadagno. La consapevolezza di dover rimediare e risarcire i danni dipendenti dalla condotta potrebbe esercitare, di conseguenza, gli stessi effetti di prevenzione generale-speciale della pena in senso stretto. Similmente: C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 11, 15 ss.; M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 865 ss.; G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1204.

⁷¹ A proposito delle misure risarcitorie-riparatorie si veda Corte EDU, *case of Bendenoun v. France*, del 24 febbraio 1994, § 47, ove la Corte desume il carattere penale della sanzione tributaria da fatto che tale misura non fosse intesa quale risarcimento del danno, ma quale deterrente, in senso punitivo, alla violazione della norma.

⁷² Famosa, oramai, l'immagine di un sistema a «cerchi concentrici» formulata da F. VIGANÒ e di recente riportata in F. DIAMANTI - L. MESSORI, *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 3, p. 1241. La stessa sentenza di Cass. pen. n. 49869/2018 riporta l'espressione, frequente in dottrina, di materia penale a “geometria variabile”, per esprimere la variazione delle garanzie a seconda che l'illecito rientri o meno nel nucleo duro del diritto penale.

6. Pena e processo: come distinguere il penale da altri ambiti sanzionatori

La sanzione, che sia penale o che sia amministrativa, palesa sempre un intento punitivo. Dal punto di vista degli obiettivi finali, illecito amministrativo e penale rappresentano strumenti sovrapponibili: entrambi possono minacciare oneri gravosi e provocare deterrenza, neutralizzazione, rieducazione. Occorre, dunque, cambiare prospettiva, per non rimanere affossati in una secca sterile.

Sulle orme della giurisprudenza europea, che ci ha insegnato a desumere dai caratteri della sanzione la sua appartenenza alla cd. “materia penale”, si è cercato sinora di definire l’aggettivo “penale” movendo dalle caratteristiche della “pena”. Se invece, invertendo il processo, individuiamo la funzione della pena partendo dal compito che dovrebbe riconoscersi al diritto penale, riusciamo a stabilire con precisione gli effetti che le due componenti binarie del sistema sanzionatorio dovrebbero perseguire e che potrebbero realizzare.

Mutando l’oggetto dell’analisi dallo scopo della sanzione al ruolo del diritto, possiamo prendere le mosse da un dato tanto basilare, quanto ineludibile: il procedimento penale nel suo complesso, al di là della pena che può comportare (potendo essere anche meno onerosa di quella amministrativa), implica un coinvolgimento personale ben più consistente rispetto al procedimento amministrativo.

Infatti, da una parte, la soggezione a un processo penale, per i rischi che ne derivano nonché per gli oneri e i costi personali che ne conseguono, genera nella percezione soggettiva dell’imputato (e della collettività) l’idea di trovarsi sottoposto a una procedura dalla rilevanza qualitativamente superiore, nel cui ambito, a prescindere dai profili sanzionatori, si discute di imputazioni sostanzialmente più gravi. Dall’altra, l’incisività degli strumenti processuali nella vita privata, la pubblicità del processo, la possibilità di tener conto dei paradigmi di cui all’art. 133, co. 2, c.p., la possibile partecipazione dei soggetti offesi dal reato⁷³, sono tutti fattori che favoriscono una migliore valutazione complessiva del fatto antisociale.

L’esistenza di queste due componenti, l’una “soggettiva” (l’autore dell’illecito percepisce che se è in gioco l’ambito penale allora il fatto è

⁷³ Cfr. T. VAN CAMP, *Understanding victim participation in restorative practices: Looking for justice for oneself as well as for others*, in *European Journal of Criminology*, 2016, n. 28, pp. 679 ss.

“serio”), l’altra “oggettiva” (la presenza di elementi che possono favorire una comprensione più approfondita dell’intero significato antiggiuridico della condotta posta in essere), permettono di demandare alla sanzione penale una funzione potenzialmente estranea alla sanzione amministrativa: l’effettiva reintegrazione del soggetto agente nell’ambito di relazioni giuridico-sociali corrette.

Il concetto di “reintegrazione”, del resto, ha una portata decisamente più ampia del termine “rieducazione”. La “reintegrazione” implica il ripristino di quei rapporti interpersonali e sociali che con la sua condotta il reo ha reciso. Implica, ancora, che l’autore della violazione normativa comprenda il male provocato con il suo agire e che sia portato (meglio, forse, *accompagnato*) a riconoscere il valore della norma violata. È la riconquista del consenso personale ai valori delle norme il guadagno della reintegrazione⁷⁴.

Perché la risposta a un illecito possa assumere valore reintegrante, deve, quindi, potersi offrire all’autore dell’illecito «l’opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione»⁷⁵. Ecco, dunque, il compito da riconoscere al diritto penale: «*fare verità* – inteso non esclusivamente come indagine storica sui fatti offensivi e sulle condotte ad essi correlate, bensì anche come ricostruzione dei percorsi personali e dei contesti in cui quei fatti vanno inquadrati», in modo da rendere disponibili «argomenti idonei a motivare il commiato delle scelte comportamentali che abbiano prodotto danno o sofferenza»⁷⁶.

Questo sapere, è evidente, risulta acquisibile in sede penale. Il coinvolgimento personale, soggettivamente e oggettivamente prodotto (per i motivi suindicati), stimola e richiama l’autore della violazione a prendere parte al gioco. Consente, sulla conoscenza ottenuta, di progettare una condotta reintegratrice idonea a ristabilire giustizia, parametrata alle concrete esigenze del reo, della vittima, delle istituzioni, potenzialmente soggetti attivi nel percorso prestabilito.

⁷⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare le modalità*, p. 4938 ss., il quale evidenzia che la pena può divenire, per queste ragioni, persino una *chance* positiva per lo stesso autore del reato. Per una ricerca pratica sugli effetti della cd. *Restorative Justice*, si veda: M. RIETMAN, *Effectiveness of restorative justice practices. An overview of empirical research on restorative justice practices in Europe*, in *European Forum for Restorative Justice*, 2017.

⁷⁵ Art. 13, lg. 26 luglio 1975, n. 354, “*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*”.

⁷⁶ L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 3, p. 1145.

Di contro, l'ambito extra-penale si presenta sprovvisto di quei caratteri e strumenti idonei a provocare tale risultato. L'asettico coinvolgimento in una procedura amministrativa potrebbe tradursi, con riguardo alla sanzione, nel mero adempimento di un dovere, carente di una effettiva adesione alla sua *ratio*. Non per questo il procedimento amministrativo e la sua sanzione non sono in grado di rieducare l'autore di illeciti. Ma l'effetto reintegratorio, nei termini sopra accennati, rappresenta un risultato decisamente più ampio, ove il perseguimento di un'adesione personale (al progetto individualizzato, ai suoi fini, al valore della norma violata) dà sostanza e significato al procedimento ed alla sanzione.

Su questa base la sanzione penale pare assumere un carattere distintivo: interverrebbe nei casi in cui, a seguito di una violazione normativa, sia necessario fare appello alla persona e conseguire un risultato che non consiste tanto in un'obbligazione da adempiere, quanto in una modifica dell'atteggiamento personale⁷⁷. Ciò dovrebbe avvenire, lo si ripete, sempre nell'ottica di una *extrema ratio*. Ci sono settori dell'agire illegale, infatti, in cui le esigenze preventive e sanzionatorie sono pienamente soddisfatte dalla sola previsione di norme non penali: rispetto le quali, in altre parole, l'ordinamento giuridico ritiene che gli effetti delle violazioni normative possano trovare riparazione senza la necessità di un appello a un mutamento degli atteggiamenti personali.

7. Orientamenti per nuovi equilibri nel sistema sanzionatorio

Se la distinzione tra pena in senso stretto e altre tipologie di sanzione è ricostruita in questi termini, si guadagna una logica più chiara delle scelte sanzionatorie: la sanzione amministrativa dovrebbe essere fissata in modo proporzionale al danno o al pericolo prodotto, calibrandone l'entità sul *quantum* necessario alla restituzione, alla neutralizzazione delle conseguenze dannose e dei profitti, al risarcimento (quanto, dunque, inerisce strettamente ai beni giuridici lesi), rimanendo con ciò certamente onerosa, ma senza trasmodare nel "punitivo"⁷⁸. All'ambito penale sarebbe,

⁷⁷ Nel secondo caso, più che "conseguire", si tratterebbe di "favorire" un risultato: l'ordinamento giuridico non è in grado di giudicare la coscienza interiore di una persona, né di apprestare percorsi riabilitativi infallibili. Ciò che può fare è stimolare l'adesione personale ad un progetto di recupero; dare una *chance*.

⁷⁸ Sebbene ai fini della nostra trattazione la qualificazione della misura non ha rilievo, è da segnalare che parte della dottrina qualificerebbe gli obblighi riparatori, ad es. quelli contenuti nel T.U.A., non più come sanzioni ma come mere misure amministrative: cfr.

invece, demandata la valutazione di una diversa esigenza, ossia di una previsione sanzionatoria *programmata a reintegrare*, qualora, ovviamente, il fatto illecito richieda una modifica comportamentale da parte del soggetto agente (il che attiene, pertanto, a una modifica del suo modo di atteggiarsi sul piano sociale). La sanzione penale e quella amministrativa (in tal senso non qualificabile come sostanzialmente penale) concorrerebbero in questo modo a esprimere esigenze diverse, seppure correlate al medesimo fatto giuridico, dando vita a un sistema integrato e privo di duplicazioni.

Beninteso: il riconoscimento della peculiarità reintegratrice al diritto penale non conduce ad una negazione della possibilità, da parte del legislatore, di prevedere soli illeciti amministrativi rispetto a condotte offensive, antidoverose e in ogni caso colpevoli⁷⁹ (evitando, tuttavia, di costruire un sistema sanzionatorio simile a quello di uno “Stato di polizia”, il quale, come un nuovo Leviatano⁸⁰, faccia ricorso a illeciti sostanzialmente penali onde garantire efficienza alla repressione e privare in modo sistematico l’individuo, nel loro nucleo duro, delle garanzie processuali penali). Anzi, è possibile e auspicabile, che – in date circostanze – un reato in senso sostanziale sia gestito senza un reato in senso formale⁸¹: anche sanzioni amministrative, civili, disciplinari, assolvono, talvolta in maniera più efficace, a una funzione risocializzante dell’autore di un illecito.

Il doppio binario sanzionatorio, così come lo abbiamo pensato, dovrebbe interessare, di conseguenza, solo settori circoscritti. Del resto, la differenziazione della risposta sanzionatoria in base all’ambito in cui si realizza il fatto risulta essenziale⁸². Un meccanismo finalizzato *in primis* alla riparazione, alle restituzioni, al risarcimento del danno e, solo su tale base, al contrasto, se necessario, di una *aggiuntiva* illiceità penale, potrebbe avere senso in rami come il diritto finanziario o il diritto ambientale. In tali settori, infatti, la celerità dell’agire amministrativo

W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 219 ss.

⁷⁹ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, pp. 57 ss. Sono questi i caratteri che anche l’illecito amministrativo ha acquisito in seguito all’intervento “codificatorio” attuato con la legge 689 del 1981. Si veda a riguardo: C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, pp. 217 ss.

⁸⁰ Brillante figura metaforica, ripresa da P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Dissenting Opinion*, in Corte EDU, *Case of A and B v. Norway*, § 21.

⁸¹ Cfr. L. EUSEBI, citato in F. DIAMANTI - L. MESSORI, *La “materia penale”*, p. 1244.

⁸² Cfr. a riguardo L. EUSEBI, «Gestire» il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento della pena «ritorsione»*, in AA.VV. *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018, I, pp. 227 ss.

risponde adeguatamente al fine di ristabilire, in modo tempestivo, l'ordine violato con la condotta illegale mediante il ripristino, nella misura del possibile, dello *status quo ante*. La duplicazione delle sanzioni, invece, sarebbe priva di senso laddove non si avvertisse la necessità di una così pronta azione ripristinatoria.

Rimane poi da precisare che la sanzione penale reintegratrice non va necessariamente identificata con quella privativa della libertà personale, risultando, in effetti, ampiamente utilizzabili strumenti alternativi.

Ebbene, malgrado la risocializzazione sia stata per lo più concepita, di fatto, solo come regola interna, nella fase della sua esecuzione, alla pena detentiva⁸³, non può che constatarsi come quest'ultima, in verità, «non mira a incidere, attraverso la sua inflizione, sugli effetti del reato, né cerca in alcun modo il coinvolgimento della persona stessa cui, pure, risulta diretta»⁸⁴. Se ne può dunque evincere che una buona reintegrazione non si realizza tanto con forme di pena *subita*, quanto, piuttosto, con forme di pena *agita*, secondo un paradigma sanzionatorio di tipo prescrittivo⁸⁵, il cui effetto pratico dovrebbe essere quello di «riallacciare il nodo della solidarietà e della pace sociale, includendo il condannato in un circuito ricostruttivo, anziché [quello] di tagliare quel nodo attraverso l'esclusione del reo dal consorzio umano»⁸⁶.

La rinuncia alla pena detentiva, in favore di uno strumento alternativo, non implicherebbe, peraltro, il venir meno dell'onerosità caratterizzante lo strumento penale: gli adempimenti che si richiederebbero all'autore del reato sarebbero, infatti, tutt'altro che banali, comportando impegno e, in tal senso, *sacrificio*. Dunque, pur sempre – se lo si vuole – una *sofferenza*, ma lontana dagli assiomi di una visione retribuzionistica⁸⁷ e, nondimeno, capace di rappresentare, almeno *prima facie*, una conseguenza sfavorevole per il reo, la cui comminazione risulterebbe egualmente idonea ad esercitare forza deterrente⁸⁸.

⁸³ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici*, p. 1177.

⁸⁴ ID, «*Gestire*» *il fatto di reato*, p. 226.

⁸⁵ La questione è succintamente analizzata da M. DOVA, *Pena prescrittiva*, ove l'A. ricostruisce interamente la figura della pena realmente reintegratrice, ricostruendone fondamenti, finalità, effetti e tipizzazioni pratiche.

⁸⁶ *Ivi*, p. 268

⁸⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI – G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 63.

⁸⁸ Cfr. M. DOVA, *Pena prescrittiva*, p. 212, il quale sottolinea altresì – *ivi*, p. 197 – che «differenziare il modello repressivo e integrare al suo interno la condotta reintegratoria – come sanzione autonoma – significa ridurre al minimo il ricorso alle risposte punitive “classiche”. In altre parole, l'ingresso nel diritto penale di forme di reazione fondate

Resterebbe, in ogni caso, legittimo il ricorso alla pena detentiva, ma andrebbe circoscritto ai casi in cui il legame del reo con lo stile comportamentale criminoso non possa che essere reciso, fondatamente, attraverso la privazione della libertà personale. Si tratterebbe, in questo senso, di uno strumento “estremo”, ancorché pur sempre finalizzato al reinserimento sociale⁸⁹ dell'autore di reato.

Venendo, ora, all'assetto concreto di un eventuale doppio binario sanzionatorio, la sua strutturazione potrebbe essere pensata nei termini seguenti.

Anzitutto si avvierebbe, al momento della commissione di un fatto tipico il procedimento amministrativo (di regola più rapido), diretto all'applicazione di una misura riferita a quanto necessario per le restituzioni, nonché per la riparazione/risarcimento del danno oppure per la neutralizzazione dei profitti o delle conseguenze dannose. Un'operazione sostanzialmente matematica: stimato e monetizzato il costo del risarcimento, se ne richiede la dazione; quantificate le somme sottratte, se ne richiede la restituzione; individuate e selezionate le conseguenze criminose, si obbliga il responsabile alla riparazione.

Successivamente, attraverso la celebrazione del procedimento penale, l'avvenuta irrogazione della precedente sanzione amministrativa potrebbe divenire il punto di partenza per la valutazione del tipo di condotta (di regola) prescrittiva con la quale gestire il reato in termini *progettuali* e favorire la reale reintegrazione sociale del soggetto autore del reato. Di conseguenza, quanto più l'ordinamento si doterà di sanzioni alternative alla pena detentiva, tanto più sarà possibile elaborare un *progetto* sanzionatorio personalizzato⁹⁰.

sulla reintegrazione non mette in discussione il carattere punitivo della reazione, ma il più profondo nucleo negativo della concezione retributiva della pena».

⁸⁹ Verrebbero così a determinarsi due fasce della punibilità, non antitetiche negli obiettivi, così descrivibili: «L'una attinente alle diverse forme della pena agita (*proattiva*), piuttosto che subita nei termini di un danno (*reattiva*): forme sanzionatorie che presuppongono un appello al consenso, o alla stessa iniziativa, del soggetto autore di reato. L'altra attiene ai casi in cui resti necessaria la restrizione di diritti e in articolare della libertà personale, ma pure sempre orientata al reinserimento sociale del condannato». L. EUSEBI, «*Gestire il fatto di reato*», p. 236.

⁹⁰ Cfr. M. DOVA, *Pena prescrittiva*, p. 269, che esemplificativamente cita: lo svolgimento di attività a favore della collettività; l'obbligo a carico dell'autore del reato di pubblicare la sentenza di condanna; la partecipazione ad un percorso di formazione o ad un trattamento terapeutico; fortemente reintegratori se accompagnati, a nostro parere, da contestuali *pene interdittive*, quali, ad esempio, la limitazione temporanea dall'esercizio di determinate attività per il periodo congruo e necessario affinché il soggetto autore di reato torni a riconoscere il valore della norma violata. Il consenso del reo, oltre ad essere alla base della reintegrazione soggettiva, rappresenta l'elemento

Un siffatto meccanismo, ove la pena, quando necessaria, seguirebbe – tenendone conto – la riparazione, avrebbe, del resto, una ricaduta sistemica fondamentale: «l'idea che prima viene la riparazione e solo dopo o in assenza di essa si comincia a discutere veramente della pena implica che *la pena acquista una struttura epistemologica non retributiva (cioè: il “raddoppio del male”), ma post-riparatoria*»⁹¹, quando la riparazione non appaia sufficiente.

Escluse, pertanto, duplicazioni sostanziali, secondo quanto abbiamo discusso sinora, sarebbe doveroso riconoscere, poi, un rilievo autonomo al principio del *bis in idem* processuale, evitando che il sistema a doppio binario moltiplichi, oltre lo stretto necessario, gli adempimenti processuali⁹². Del resto, «meccanismi di assorbimento, compensazione e rivalutazione del carico sanzionatorio», che consentirebbero di evitare duplicazioni nella pretesa punitiva, «possono al meglio funzionare attraverso l'unificazione processuale dei momenti di accertamento, proprio in presenza di plurimi illeciti o sanzioni»⁹³.

Non si tratta, tuttavia, di demandare al procedimento amministrativo l'accertamento della colpevolezza individuale, così da privare il cittadino delle garanzie che il procedimento penale gli appresta. Mantenere l'autonomia dei procedimenti di diversa natura significa che il fatto concreto sarà ricostruito secondo le regole di formazione della prova

ottimale per una buona prevenzione generale: «nulla, infatti, rafforza maggiormente quest'ultima, cioè l'autorevolezza delle norme violate riconfermandone la vigenza, di quanto non possa fare la summenzionata presa di distanze, sulla base di seri impegni riparativi, da una pregressa condotta illegale ad opera dello stesso soggetto che l'abbia tenuta (o, in altre parole, la dimostrazione che l'ordinamento è in grado di convincere, con i suoi buoni argomenti, rivolgendosi al suo interlocutore quale soggetto capace di scelte libere: una dimensione di efficacia cui mai l'approccio neutralizzativo potrebbe ambire)». L. EUSEBI, *Appunti critici*, p. 1175.

⁹¹ M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 7, p. 2298 (corsivi originari).

⁹² Non potrebbe ritenersi rispettato il principio del *ne bis in idem* se la distinzione tra sanzioni amministrative e penali non fosse seguita da un'epurazione di tutte le duplicazioni processuali che gravano sull'imputato. Difatti, «il *ne bis in idem* sostanziale condivide con quello processuale una comune matrice; si tratta di due facce della medesima medaglia, quella dell'abuso del diritto, processuale da una parte, sostanziale dall'altra: non può infatti che essere abusiva (termine da intendere in senso etimologico, come «uso eccessivo») la moltiplicazione di qualificazioni sostanziali e processuali di fronte ad una fattispecie concreta suscettibile di un inquadramento giuridico unitario». F. CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, n. 1/2, p. 73.

⁹³ M. DONINI, *Septies in idem*, p. 2297.

proprie di un procedimento amministrativo e di un procedimento penale, non diversamente da quanto accade allo stato attuale. Con una differenza. Mentre, oggi, i procedimenti sanzionatori sono sovrapponibili sia nell'accertamento delle responsabilità che nei fini, la soluzione che si prospetta vedrebbe i due procedimenti interagire nell'accertamento delle responsabilità e divergere nei fini.

In un'ottica *de iure condendo*, infatti, la giurisdizione penale – l'organo inquirente, prima ancora di quello giudicante – dovrebbe servirsi⁹⁴ degli accertamenti svolti in ambito amministrativo quale mezzo di prova della responsabilità penale dell'imputato, per raggiungere un risultato, autonomo, che potrebbe anche divergere rispetto al primo. Infatti, seppure determinati elementi risultino, in ambito amministrativo, sufficientemente probanti un determinato fatto, potrebbero non esserlo in sede penale, ove si richiede un valore probatorio oltre ogni ragionevole dubbio.

Ritenere il procedimento amministrativo e le prescrizioni ivi imponibili quali *prius* logico della pena in senso stretto non significa intendere il procedimento penale quale mera continuazione di quello amministrativo nella progettazione della pena irrogabile. L'esistenza di un provvedimento sanzionatorio di diversa natura non esonera, così, il giudice penale dall'accertare se i fatti posti a fondamento di quel provvedimento siano nel proprio procedimento altrettanto probanti. È compito dell'organo inquirente, infatti, acquisire il materiale probatorio formato al di fuori del giudizio ed introdurlo nel processo penale quale prova a carico dei fatti. Anche l'adempimento agli oneri imposti dall'Autorità amministrativa, da parte dell'imputato, non rappresenterebbe una presunzione sull'*an* della colpevolezza, costituendo, piuttosto, un fattore che incide sulla valutazione del suo *quantum*.

Un siffatto sistema non solo risulterebbe pienamente conforme ai requisiti richiesti in sede europea per ammettere un doppio binario sanzionatorio – stanti, in sostanza, nella complementarietà di scopi tra i due procedimenti (così da causarne una materiale connessione) e nella proporzionalità complessiva della “pena” – ma, anche, a entrambi i principi del *ne bis in idem*, sostanziale e processuale, senza che il secondo ne subisca costrizione alcuna. La conduzione di differenti procedimenti,

⁹⁴ Una collaborazione effettiva, non limitata a semplici scambi di informazione, come del resto emerge, oggi, dall'art. 187-*decies* T.U.F., ove non c'è un'unificazione processuale, ma solo scambio di informazioni, documenti, notizie, nell'ottica di una loro riutilizzazione autonoma e separata nel diverso procedimento.

in questo quadro, non comporterebbe duplicazioni, ma ognuna risulterebbe comprensibile come una “parte della risposta punitiva” del medesimo fatto.

Bisogna peraltro ribadire che in molte situazioni la sola riparazione del danno potrebbe garantire di per sé un’effettiva reintegrazione soggettiva, così da escludersi la necessità di agire anche sul piano penale⁹⁵. L’impegno che comportano talune sanzioni amministrative, infatti, determinerebbe il completo esaurimento delle esigenze di prevenzione connesse al disvalore del fatto colpevole⁹⁶, in modo da togliere fondamento alle stesse ragioni del punire⁹⁷. A tal punto troverebbe spazio, anche, l’applicazione del *ne bis in idem* “europeo” come ricostruito dalla Corti sovranazionali e attuato recentemente dalla Corte di Cassazione, secondo la quale la proporzionalità della sanzione rispetto la gravità del fatto consente di derogare *in mitius* alla normativa penale.

In sintesi, tale proposta impone di «ripensare civile, amministrativo e penale insieme»⁹⁸. I diversi rami dell’ordinamento devono porsi in un dialogo costante, al fine precipuo di evitare che la valutazione giuridica di un fatto subisca duplicazioni nella medesima direzione. Quando, dunque, più norme giuridiche di diversa natura convergono sullo stesso fatto storico debbono in ogni caso prenderne in considerazione aspetti diversi, così che ne discendano effetti diversi.

È questo il valore precettivo del *ne bis in idem*: una garanzia che stimola a una nuova presa di coscienza circa i concetti di “illecito” e di “sanzione”, in forza della quale modulare, senza dannose duplicazioni, la risposta sanzionatoria multipla e poterla definire, così, complessiva ed integrata. Il precetto in cui si sostanzia questa regola non sta, quindi, nell’ostacolare l’attività di contrasto dei reati, ma nel coordinarne al meglio l’esercizio.

8. Le sentenze di legittimità tra dispositivi e *obiter dicta*

⁹⁵ A questa logica rispondono norme di recente introduzione, quali – ad esempio – l’art.162-ter c.p. (“Estinzione del reato per condotte riparatorie”); l’art. 301-bis del d.lgs. n. 81/2008 (“Estinzione agevolata degli illeciti amministrativi a seguito di regolarizzazione”); l’art. 318-septies del d.lgs. n. 152/2006 (“Estinzione del reato”) etc.

⁹⁶ Cfr. ad esempio C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 121; L. EUSEBI, «Gestire» il fatto di reato, pp. 236 s.

⁹⁷ Cfr. C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, ‘indultino’: forme e limiti costituzionali dell’impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 210.

⁹⁸ M. DONINI, *Septies in idem*, p. 2299.

Il merito che va riconosciuto alla giurisprudenza europea è quello di aver aperto i confini del diritto penale ed aver esteso anche ad altri ambiti le garanzie che gli appartengono. Sanzioni amministrative, illeciti tributari, fiscali, disciplinari «dalla natura apolide», che rischiavano di rimanere «terra di nessuno»⁹⁹ con buona pace dei diritti soggettivi, sono ora orbitati entro l'ambito della scienza penalistica, «occorrendo chiedersi, in specie, se non siano ormai maturi i tempi per la costruzione di una “teoria generale dell’illecito”, comunque sanzionato»¹⁰⁰.

Il merito, ancora, è quello di aver gettato le fondamenta di una nuova categoria e di averla pian piano cementata: il *para-penale*, che si muove oltre i limiti delle qualificazioni giuridiche, *behind the appearances*, assumendo come riferimento epistemologico il carattere punitivo di tutte quelle misure sanzionatorie che costellano un ordinamento¹⁰¹. Ritenere che il diritto debba essere interpretato ed applicato «*in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory*»¹⁰² è sicuramente un’idea suggestiva, che permette di valorizzare la dimensione intrinsecamente “concreta” del diritto, cioè di guardare oltre le vesti formali o nominali della realtà, sin dentro la sua sostanza.

Le recenti pronunce della Corte di Cassazione, in tema di *ne bis in idem*, mostrano chiaramente come anche nel nostro ordinamento stia penetrando, in totale contrasto con orientamenti precedenti, questa nuova sensibilità, propensa a dare rilevanza alla natura e alla sostanza delle cose, piuttosto che al piano logico-astratto. La soluzione adottata per risolvere il contrasto del doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem* (in certa misura derogatoria *in bonam partem* al principio di legalità), consentendo di guardare direttamente al concreto disvalore di un fatto antiggiuridico, permette al giudice di calarsi nella realtà dei fatti, senza risultare vincolato dalle stesse cornici edittali.

La conclusione individuata dal giudice di legittimità rappresenta un traguardo importante nella tutela del *ne bis in idem*, il quale, sinora, aveva avuto un’applicazione incerta. Ma non è tutto: c’è, nelle recenti sentenze, qualcosa di più, che va oltre ai soli casi di *doppio binario* e che attiene, più in generale, al divieto di *bis puniri* ed ai suoi criteri valutativi. A riguardo, infatti, la giurisprudenza di legittimità si è mostrata da sempre restia nell’applicare – perché «privi di sicure basi ricostruttive»¹⁰³

⁹⁹ V. MANES, *Profili e confini dell’illecito*, p. 995.

¹⁰⁰ G.M. FLICK - V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, p. 11.

¹⁰¹ Cfr. V. MANES, *Profili e confini dell’illecito*, p. 1002.

¹⁰² Corte EDU, *case Zolotukhin v. Russia*, § 80.

¹⁰³ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2017, n. 20664, § 3.1.

– i criteri dell’assorbimento e della consunzione¹⁰⁴, ideati dalla dottrina e ricondotti a quei casi di concorso di reati in cui gli accadimenti, seppure diversi, sono riferibili ad una medesima vicenda, determinandosi un’unità di disvalore oggettivo e soggettivo¹⁰⁵: per cui si ritiene il significato anti giuridico del fatto interamente esaurito dal contenuto di una sola norma (detta *consumens*) e in tal modo lo scopo di entrambe pur sempre realizzato.

Se, dunque, si è ammesso che tali criteri debbano operare a fronte di un concorso, *esplicitamente voluto e previsto dal legislatore*¹⁰⁶, tra una norma formalmente penale e una (solo) sostanzialmente tale, logicamente essi non potranno che ritenersi applicabili, in futuro, anche a fronte di un concorso di norme formalmente penali.

In caso di doppio binario sanzionatorio, infatti, la stessa formulazione normativa presuppone un concorso effettivo tra norma penale ed extrapenale, sicché la non applicazione di una delle norme comporta sempre una deroga con effetti favorevoli al principio di legalità (ancorché quel principio attenga, invero, esclusivamente alla salvaguardia del cittadino nei confronti della potestà punitiva statale). Al contrario, in caso di concorso di norme penali, l’applicabilità di quei criteri non è esclusa *littera verbis* dalle norme incriminatrici, potendo – quindi – farvi ricorso con minor sacrificio, senza neppure derogare al testo normativo.

La giurisprudenza maggioritaria ha da sempre escluso l’applicabilità di tali criteri ritenendoli privi di una base legale e per questo in contrasto con il principio di legalità e della separazione dei poteri. Non solo,

¹⁰⁴ Si legga ad esempio: «I giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l’applicazione di una norma penale». Cass. pen. sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164. Gran parte della dottrina, tuttavia, ha ribattuto che la determinatezza e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche sono principi di natura liberale, che non possono essere invocati a sostegno di interpretazioni restrittive e sfavorevoli all’imputato. In sostanza, tra un’interpretazione sempre sfavorevole (che, sulla scorta del solo principio di specialità, ravvisa in astratto il concorso tra due norme) e una incerta ma possibilmente favorevole (a causa dell’applicazione dei criteri di sussidiarietà, assorbimento e consunzione), l’imputato non può che preferire la seconda, sicché non possono ritenersi violati i suoi diritti dall’adozione di quei criteri.

¹⁰⁵ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Art. 1-84*, I, 3^a ed., Milano, 2004, p. 186.

¹⁰⁶ Incontrovertibile la clausola di salvaguardia “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” prevista nelle fattispecie degli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187-bis e 187-ter TUF, che rende inapplicabile il principio di specialità previsto all’art. 9 l. n. 689/1981.

secondo simile indirizzo, non si rinviene alcuna disposizione che autorizza il giudice a tale applicazione¹⁰⁷, ma consentire di ritenere sostanzialmente assorbito il disvalore espresso da una norma incriminatrice, astrattamente integrata, dall'applicazione di un'altra norma significherebbe riconoscere all'autorità giudiziaria il potere di sindacare indirettamente la politica criminale, di cui è titolare esclusivo il legislatore.

Questo orientamento non pare più, in certa misura, condivisibile. È ragionevole ora attribuire ai criteri di consunzione e assorbimento una base legale certa: l'art. 4 Prot. VII CEDU e – *ratione materiae*, nei limiti dell'applicazione del diritto dell'Unione – l'art. 50 CDFUE. Secondo la normativa sovranazionale, così come interpretata dalle Corti di riferimento¹⁰⁸, il principio di *ne bis in idem* impone di valutare la proporzionalità della risposta sanzionatoria alla gravità del fatto e di derogare *in mitius* allo spazio edittale complessivo.

È, infatti, sul piano della proporzionalità della sanzione rispetto al disvalore espresso dalla condotta criminosa che operano consunzione e assorbimento. Riprendendo alcune osservazioni di Antonio Pagliaro, pertanto, è possibile distinguere la teoria del “concorso di norme” da

¹⁰⁷ Sebbene in dottrina alcuni autori abbiano richiamato la seconda parte dell'art. 15 c.p., le Sezioni Unite hanno ritenuto che l'inciso finale dell'articolo, “salvo che sia altrimenti stabilito”, alluda – invero – alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, talvolta prevedono l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale considerata sussidiaria. Si veda, a riguardo, Cass. pen., sez. un., n. 47164 del 2005. Secondo diversa dottrina, potrebbe rinvenirsi il fondamento dei criteri di consunzione o assorbimento in altre norme, in particolare nell'art. 84 c.p. Così G. VASSALLI, “Reato complesso”, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, p. 834: «Di tale principio [di consunzione] ci sembrano espressione, nel nostro diritto vigente, sia l'art.84, sia l'art. 68 relativo alle circostanze (dove si fa riferimento proprio al concetto di “compressione” di una entità in un'altra), sia i casi del reato progressivo. Quest'ultimo è cosa diversa dal reato complesso [...], ma ha con il reato complesso un forte punto di comunanza, dato proprio dall'essere entrambi riconducibili al criterio di consunzione». Anche tale tesi, tuttavia, non è stata accolta dalla giurisprudenza la quale ha sottolineato che lo stesso art. 84 c.p. richiede che sia la legge a considerare “come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato”. L'applicazione di una sola norma non deriverebbe, dunque, dall'apprezzamento giudiziale del fatto, quanto piuttosto dalla valutazione del giudice della astratta legge applicabile al caso concreto.

¹⁰⁸ Sul valore vincolante dell'ermeneutica sovranazionale si veda, *ex multis*, Corte cost. n. 348/2007: «Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione».

quella del “concorso di reati”, sulla scorta del fatto che «per decidere della unità o pluralità di reato, è necessario determinare quante volte sia realizzato il fatto descritto dalle norme penali: occorre, quindi, stabilire anzitutto quali siano, per qualità, le norme applicabili, mentre solo in un secondo momento può seguire l’indagine diretta ad accertare quante volte il contenuto di ogni norma sia stato realizzato»¹⁰⁹. Proprio in questo secondo momento opererebbero i criteri di valore. Posto che essi impongono di valutare se il significato antiggiuridico di una norma sia già concretamente riassorbito in quello di un’altra, tali criteri presupporrebbero di per sé un concorso di reati e quindi che l’astratta applicabilità di più norme sia stata già risolta a favore della pluralità di reati.

Ciò consente, anche, di tenere fede a quell’orientamento giurisprudenziale maggioritario che vede nel criterio di specialità, sancito dall’art. 15 c.p., l’unico criterio utile a risolvere il concorso apparente di norme. Per questo, si delineerebbero due fasi. Nella prima, la convergenza normativa di più norme sul medesimo fatto sarebbe risolta mediante il raffronto astratto delle fattispecie normative e il ricorso al principio di specialità di cui all’art. 15 c.p. Nella seconda, invece, la concreta applicazione delle norme (astrattamente applicabili) potrebbe essere esclusa mediante il ricorso ai criteri di consunzione e assorbimento, che impongono di raffrontare il disvalore astrattamente espresso dalle norme applicabili con quello concretamente manifestato dalla condotta, così da applicare – sul piano sanzionatorio – quella sola fattispecie in grado di esaurire l’intero significato antiggiuridico del fatto.

La Corte di legittimità, consapevole o meno, ha di fatto aperto le porte a quei criteri valoriali che soli, in certi casi, consentono l’aderenza delle fattispecie astratte alla realtà fenomenica e di sfuggire ad un rigido formalismo che impedisce di trattare con vera proporzione sanzioni e condotte criminose.

Abstract: The notion of *matière pénale*, as received in the Italian legal system, has had so significant consequences on the application of *ne bis in idem* that the principle has changed its own nature. In the light of the new concept of *ne bis in idem*, the substantive and procedural guarantees are now both unified under the same principle. Even though national courts tried to apply the concept to relevant cases, it seems that our domestic system remains incompatible with the principle. This article, thus, is aimed to explore the real meaning of *ne bis in idem*, to examine its consequences, to reach the core value of criminal penalty by distinguishing it from sanctions of different nature, in order to find a real complementary legal response to socially

¹⁰⁹ A. PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1961, p. 545; ID, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Milano, 2003, p. 190.

offensive conduct.

Key words: *ne bis in idem* - double jeopardy clause - *idem factum* - administrative proceeding - administrative sanction - criminal offence - criminal by nature - Menci - Garlsson - afflictive - punitive purpose - ECHR - proportionality - duplication of proceedings - principle of legality – restorative justice - Grande Stevens - art. 649 c.p.p. - art. 15 c.p. - market abuses - Cassazione n. 49869/18.