

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE
CURRICULUM DISCIPLINE PUBBLICISTICHE
XXXII CICLO



Dottorato in Discipline giuridiche

Tesi di Dottorato
in
Diritto penale

Materia penale e *ne bis in idem*: il problema del doppio binario
sanzionatorio

Relatore: Chiar.mo
Prof. Enrico Mezzetti

Candidata: Dott.ssa
Arianna Pagani

Coordinatore: Chiar.mo
Prof. Giuseppe Grisi

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I

I LABILI CONFINI DELLA MATERIA PENALE: PRESUPPOSTI

APPLICATIVI E PRINCIPI ORDINAMENTALI

1. La materia penale e l'affannosa ricerca di un <i>discrimen</i> tra illecito penale ed amministrativo: le teorie ontologiche-valoriali.....	8
1.2. Il superamento delle teorie ontologiche valoriali e l'adozione di criteri di tipo "quantitativo".....	14
2. La qualificazione dell'illecito dipende dalla natura della sanzione: una breve analisi delle soluzioni prospettate dalla dottrina amministrativista.....	19
3. I criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte di Strasburgo per la definizione di materia penale.....	24
3.1. Il criterio basato sulla natura della sanzione: prevenzione <i>vs</i> punizione.....	29
4. La definizione di materia penale: legalità convenzionale e legalità interna a confronto.....	38
4.1. Il divieto di irretroattività e la retroattività della <i>lex mitior</i> : la depenalizzazione è sinonimo di mitigazione?.....	44
5. Il principio del <i>ne bis in idem</i> : un'introduzione	55

CAPITOLO II

NE BIS IN IDEM E CONCORSO APPARENTE DI NORME "PENALI": LA TORMENTATA RICERCA DI CRITERI RISOLUTIVI PER IL SUPERA- MENTO DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

1. Convergenza di norme e concorso apparente. Verso un'indagine prospettica dei possibili rapporti sussistenti tra norme penali e norme extra-penali.....	59
1.2. I criteri risolutivi del concorso apparente: inutilità e superfetazione delle soluzioni prospettate dalle teorie pluraliste.....	66
1.3. Connotati strutturali ed ontologici del principio di specialità. Per una valorizzazione esclusiva del criterio di specialità anche in caso di convergenza apparente inter-ordinamentale?.....	74
2. L'art. 9 della legge 689/81: analogie e differenze tra specialità penale e specialità inter-ordinamentale.....	83
3. Il principio del <i>ne bis in idem</i> sostanziale e la sua applicabilità sul piano infrasistematico.....	93
3.1. Dal <i>ne bis in idem</i> sostanziale al <i>ne bis in idem</i> processuale interpretato alla luce dei canoni fissati dalla Corte di Strasburgo.....	98
3.2. Il rapporto unidirezionale sussistente tra <i>ne bis in idem</i> sostanziale e processuale.....	103
3.3. <i>Ne bis in idem</i> interno ed eurounitario a confronto: il criterio della <i>close connection</i>	106
4. Il principio di proporzionalità alla luce della più recente giurisprudenza europea.....	112
5. <i>Double jeopardy</i> e ordinamenti di <i>common law</i>	117

CAPITOLO III

I CUMULI SANZIONATORI NELLA DISCIPLINA DEL *MARKET ABUSE*: TRA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE E RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

1. Nomodinamica e cronistoria della disciplina sul <i>market abuse</i> : <i>insider trading</i> e manipolazioni di mercato a confronto.....	128
2. Possibili letture della clausola di apertura degli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato: il problema doppio binario sanzionatorio.....	138
3. La sentenza Grande Stevens: principi e ripercussioni applicative.....	143
3.1. (<i>Segue</i>). La salvaguardia del principio del <i>ne bis in idem</i> tra interpretazioni convenzionalmente orientate e soluzioni <i>de iure condendo</i>	151
4. La riforma del 2018: il persistente problema del <i>ne bis in idem</i>	161
5. Dall'individuo all'ente: la questione del <i>ne bis in idem</i> nella responsabilità da reato degli enti; natura della responsabilità e afflittività delle pene.....	170
6. Responsabilità degli enti e abusi di mercato: un problema di possibile quadruplicazione della risposta sanzionatoria.....	177
7. Illecito commesso dal soggetto apicale e rapporti di immedesimazione organica. Verso un <i>ne quater</i> (o <i>septies</i>) <i>in idem</i> per gli abusi di mercato?.....	183
CONCLUSIONI.....	188
BIBLIOGRAFIA.....	196

INTRODUZIONE

Materia penale, *ne bis in idem*, doppio binario sanzionatorio: temi non certo nuovi all'operatore del diritto, che si trova spesso imbrigliato in un magma di fonti sovranazionali prima ancora che nazionali, di sempre più complessa perimetrazione.

Un coacervo di principi e di statuizioni, quello della giurisprudenza europea, che spesso confligge con le scelte del legislatore nostrano, determinando una (mai sopita) lotta tra europeizzazione del diritto e difesa dei controllimiti.

La dimensione "sostanzialistica" del diritto penale rappresenta ormai un assunto che può essere difficilmente ignorato dall'interprete, e che tende a prevalere sul principio di legalità formale e sul criterio nominalistico di sanzione affermato ai sensi dell'art. 17 c.p.

Di qui, l'obiettivo di indagare i termini della questione, partendo dal significato di materia penale, concetto volto ad individuare l'ambito di operatività dei principi che permeano tale ordinamento, e che si intendono applicabili oltre gli illeciti formalmente dichiarati tali dal legislatore.

Del resto, quello della distinzione tra illecito penale ed amministrativo, è un problema ormai risalente, che ha interessato sia la dottrina penale che quella amministrativa. Questa si è attestata ora su criteri valoriali di stampo ontologico, ora su canoni di tipo quantitativo, fino ad approdare a regole finalistiche basate sullo scopo perseguito dalla sanzione. Tali proposte, come si avrà modo di evidenziare, si pongono in linea con i criteri alter-

nativi conati dalla giurisprudenza europea nella nota sentenza Engel, giustificando così il dubbio in ordine all'individuazione del parametro prevalente.

L'elezione dell'indice più idoneo a svelare la reale natura dell'illecito si pone in chiave prodromica rispetto alla seconda parte dell'indagine, concernente il problema del *ne bis in idem*. L'analisi della forza assunta da tale principio, della sua legittimazione sul piano del diritto positivo, dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza interna ed europea, dei rapporti sussistenti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, nonché della sua valenza a livello inter-ordinamentale, rappresentano tutti aspetti imprescindibili ai fini della presente indagine.

La questione che si pone, in altri termini, riguarda la possibile estrinsecazione di un siffatto principio oltre i confini del diritto penale in senso stretto, legittimando l'interprete a chiedersi se sia tale divieto a veicolare l'interprete nella scelta della sanzione irrogabile in caso di doppio binario sanzionatorio, ovvero se debba essere assunto come canone ermeneutico il più ampio principio di proporzionalità, che ne rappresenta la logica premessa.

La menzione del principio del *ne bis in idem* ha come ulteriore ed imprescindibile conseguenza quella dell'analisi del concorso apparente di norme e dei relativi criteri risolutivi.

La scelta in merito alla valorizzazione della teoria monista o di quella pluralista pone, in ogni caso, al centro il principio di specialità, determinando l'esigenza di dar conto delle sue possibili declinazioni: la domanda è se un tale criterio assuma i tratti della specialità in astratto oppure in concreto, ovvero se possa concretizzarsi in un rapporto di specialità unilaterale o bilaterale.

Una volta valutate le forme in cui può manifestarsi il rapporto di specialità, il successivo obiettivo della presente indagine attiene alla ricerca

delle differenze sussistenti tra il principio di specialità previsto dall'art. 15 c.p., ed il principio di specialità disposto ai sensi dell'art. 9 della Legge 681/89.

Profilo, questo, che introduce il problema del concorso apparente tra sanzione penale e sanzione amministrativa punitiva, e della sua possibile differenziazione rispetto al concorso tra norme formalmente e "sostanzialmente" penali.

La questione che si pone, in altri termini, è se tutte le sanzioni sostanzialmente penali debbano essere regolate dal principio stabilito dall'art. 9 della legge 689/81, ovvero se un siffatto criterio riguardi esclusivamente il concorso inter-ordinamentale tra sanzione penale e sanzione amministrativa punitiva.

Del resto, l'indagine in ordine al concreto atteggiarsi dell'art. 9 della legge 689/81 determina una conseguenziale analisi delle disposizioni che ne limitano l'operatività, con particolare riguardo alle clausole di apertura degli illeciti amministrativi in tema di *market abuse*.

Non di rado si è posta in dottrina la questione relativa alla corretta interpretazione della clausola, ai suoi rapporti con l'art. 9 della legge 689/81, ed infine alla possibilità di ravvisare soluzioni ermeneutiche in grado di risolvere il lapalissiano conflitto con il principio del *ne bis in idem*.

La proposta, una volta valutato lo stato della legislazione attuale, è quella di dar conto delle possibili soluzioni interpretative volte a salvaguardare il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria, che rappresenta un postulato del principio di offensività ed un connotato imprescindibile per la valorizzazione delle istanze rieducative e del principio di colpevolezza.

Il problema, poi, si acuisce in ragione dell'inserimento nel novero dei reati presupposto di cui al D.Lgs. 231/2001, delle sanzioni in tema di abusi di mercato.

In tal caso, a ben vedere, viene a crearsi una stretta relazione tra responsabilità individuale e responsabilità dell'ente, che agisce per il tramite dei soggetti funzionalmente legati all'impresa.

Il doppio binario sanzionatorio arriva a riguardare, quindi, non solo la persona fisica cui può essere irrogata una sanzione amministrativa e contestualmente una sanzione penale, ma anche la persona giuridica nei confronti della quale possono essere inflitte contestualmente diverse sanzioni per il medesimo fatto di reato.

Ed è in questi termini che si propone un'analisi del sistema della responsabilità da reato dell'ente, partendo dalla natura di una siffatta responsabilità, sino ad approdare alla teoria dell'immedesimazione organica, che implicherebbe – di fatto – una valutazione empirica che tenga conto di tutte le sanzioni comminabili nei confronti dell'individuo e della persona giuridica, riunite in un unico soggetto per effetto della suddetta *fictio iuris*.

Il divieto di *bis in idem*, in tale ipotesi, subirebbe infatti un evidente aggravio, costringendo l'interprete a ricercare soluzioni idonee a contenere la risposta sanzionatoria entro i confini della proporzionalità, in modo da non frustrare le finalità preventive che riguardano, nondimeno, anche la responsabilità da reato dell'ente.

CAPITOLO I

I LABILI CONFINI DELLA MATERIA PENALE: PRESUPPOSTI

APPLICATIVI E PRINCIPI ORDINAMENTALI

Sommario: La materia penale e l'affannosa ricerca di un *discrimen* tra illecito penale ed amministrativo: le teorie ontologiche-valoriali. - 1.2. Il superamento delle teorie ontologiche e l'adozione di criteri di tipo "quantitativo". - 2. La qualificazione dell'illecito dipende dalla natura della sanzione: una breve analisi delle soluzioni prospettate dalla dottrina amministrativista. - 3. I criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte di Strasburgo per la definizione di materia penale. - 3.1. Il criterio basato sulla natura della sanzione: prevenzione *vs* punizione. - 4. La definizione di materia penale: legalità convenzionale e legalità interna a confronto. - 4.1. Il divieto di irretroattività e la retroattività della *lex mitior*: la depenalizzazione è sinonimo di mitigazione? - 5. Il principio del *ne bis in idem*: un'introduzione.

1. La materia penale e l'affannosa ricerca di un *discrimen* tra illecito penale ed amministrativo: le teorie ontologiche-valoriali

Il problema relativo alla perimetrazione del concetto di materia penale è inevitabilmente connesso all'individuazione della tipologia di illecito e a quello delle sanzioni sostanzialmente penali.

Dall'esatto riconoscimento della natura penale di una data sanzione deriva infatti il giudizio sulla natura da attribuire al tipo di illecito, realizzando un rapporto simbiotico che giustifica l'operatività dei criteri

Engel, riferibili ora alla natura e alla gravità della sanzione, ora alla natura del fatto posto in essere¹.

Del resto, anche in dottrina sono presenti orientamenti che tendono a valorizzare, da un lato, l'indagine sulla natura del fatto e, dall'altro, quella sulla natura della pena, soffermandosi sul concetto di illecito e di sanzione sostanzialmente penale².

Al primo indirizzo appartengono le teorie di matrice anglosassone incentrate sul concetto di *deviance*³ e quelle, di diritto interno, tese a valorizzare il concetto di bene giuridico⁴.

La dottrina tradizionale, da questo punto di vista, riteneva che l'illecito penale fosse posto a tutela di un'oggettività giuridica, a differenza dell'illecito amministrativo, che si sarebbe limitato a garantire l'esercizio dell'attività amministrativa⁵.

Paradigmatico è in tal senso il pensiero di Bricola che riconosceva nell'illecito penale la realizzazione del fatto lesivo di un'oggettività giuridica, per di più costituzionalmente tutelata. Questo in quanto la sanzione penale non può essere posta in essere se non come *extrema ratio* e deve, pertanto, trovare giustificazione in un bene giuridico che, sebbene non necessariamente di pari grado rispetto a quello della libertà personale, sia quantomeno dotato di rilievo costituzionale⁶. La teoria in questione non

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, Engel e c. Paesi Bassi.

² Per una dettagliata analisi sul punto si rinvia a MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 10 ss.

³ WELLS-O. QUICK, *Reconstructing criminal law*, Cambridge, 2010, 12 ss.

⁴ ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 15 e ss.

⁵ Sul punto diffusamente SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2017, 13 ss. In senso critico già Rocco, che evidenziava la tutela di beni giuridici anche da parte del diritto amministrativo: ROCCO, *Sul cosiddetto diritto penale amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 1909, I, 385 ss.

⁶ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit, 15. Per un'analitica disamina dell'approccio costituzionalistico cfr. anche DONINI, (voce) *Teoria del reato*, cit., in *Digesto discipline penali*, Torino, 1998, 226 ss.

precisava, tuttavia, quale fosse il grado di tutela che doveva essere apprestato dalla Costituzione per giustificare l'esistenza di un tale divieto, esponendosi per ciò solo a diverse critiche.

Inoltre, ponendo la questione in questi termini, il vincolo rivolto nei confronti del legislatore penale poteva considerarsi espresso esclusivamente in termini negativi. Il legislatore avrebbe potuto adottare la sanzione penale solo per fatti considerati lesivi di valori costituzionali, ferma restando la possibilità di ricorrere anche ad illeciti extrapenali⁷ per la tutela di tali beni. In tal modo sarebbe rimasto irrisolto il problema di distinguere tra reato ed illecito amministrativo in tutti i casi in cui fosse stata tipizzata un'offesa nei confronti di beni costituzionalmente significativi⁸. Nonostante la delimitazione ai valori costituzionalmente rilevanti, una così estesa legittimazione dell'area del penalmente rilevante avrebbe finito per contrastare con l'obiettivo rappresentato dalla realizzazione di quel diritto penale minimo caldeggiato da parte della dottrina⁹, e posto anche a base dei vari interventi di depenalizzazione intervenuti a partire dagli anni 60¹⁰.

Il problema si acuisce in virtù della tendenziale onnicomprensività della tipologia di valori contenuti nella Costituzione: questa presenta non

⁷ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 18, secondo cui, peraltro, trattandosi di un vincolo solo negativo, qualora il bene giuridico sia dotato di rilievo costituzionale, il legislatore potrebbe decidere di tutelarlo attraverso una sanzione amministrativa. Una siffatta scelta potrebbe essere criticata sotto il profilo della razionalità delle scelte legislative, ma non potrà essere sottoposta a giudizi di legittimità costituzionale. Sui limiti negativi previsti per effetto di una siffatta teoria si veda anche VINCIGUERRA, *La Riforma del sistema punitivo, La riforma del sistema punitivo, nella l. 24 novembre 1981 n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983, 27 ss.

⁸ VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 28.

⁹ Così SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 20. Sul punto, MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1999, 802 ss.

¹⁰ Si fa riferimento alla Legge 317 del 1967 in tema di depenalizzazione concernente le contravvenzioni in materia statale. Il modello di depenalizzazione per gruppi di reati venne sostituito dal modello di depenalizzazione in base al tipo di pena, intervenuto a partire dagli anni '70. A questo modello fa riferimento anche la legge 689/81 che, nell'abrogare le precedenti leggi di depenalizzazione, ne conferma le linee essenziali depenalizzando sia le contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda, sia i delitti puniti con la sola multa: VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 209 ss.

solo un nucleo duro di oggettività giuridiche da tutelare necessariamente e corrispondenti ai valori fondamentali dell'individuo, ma si apre anche alla tutela di beni giuridici emergenti che trovano via via riconoscimento in funzione delle nuove esigenze sociali che vengono a palesarsi.

Di qui, la precisazione secondo cui possono riconoscersi quale possibile oggetto giuridico della fattispecie penale solo i valori di rilievo costituzionale la cui funzione consista nel proteggere le condizioni minime della vita in comune e che possono, ove violati, determinare un danno sociale¹¹.

Nonostante il pregio di una siffatta ricostruzione, tesa a giustificare interventi repressivi che incidano sulla libertà personale dell'individuo, l'esito, questa volta opposto, diviene quello di una restrizione eccessiva dell'operatività del sistema sanzionatorio penale, che risulterebbe il frutto di una coincidenza ontologica tra l'oggettività giuridica, costituzionalmente delimitata, e la pena¹².

A ben vedere, tale orientamento, da un lato, non mostra sensibilità verso beni giuridici emergenti, che non trovano un'originaria tutela nella

¹¹ MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, secondo cui è il collegamento con la funzione della pena a lasciar emergere indicazioni sull'identità del bene giuridico. Invero, se la pena deve risocializzare e se la rieducazione deve mutuare il suo contenuto dal tipo di ordinamento in cui è inserita, ne consegue che l'art. 27 comma 3 Cost. ponga al legislatore ordinario due limiti. *In primis*, il legislatore può prevedere una sanzione penale nel caso in cui venga arrecato un pregiudizio alle condizioni essenziali di vita in comune, in secondo luogo è essenziale che la nozione di bene giuridico non abbia contorni concettuali sfumati. Nello stesso senso BRICOLA, *Commento al comma 2 e 3 dell'art. 25 Cost.*, cit., 274, secondo cui non basta che il bene giuridico non sia antitetico rispetto alla Costituzione, ma occorre che questo sia assunto tra i valori esplicitamente o implicitamente ammessi dalla Carta costituzionale, con conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale o necessaria depenalizzazione delle norme giuridiche che tutelino beni giuridici diversi.

¹² SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 18 ss. L'autrice differenzia le impostazioni sostanzialistiche attribuibili alla dottrina amministrativa da quelle attribuibili alla dottrina penalistica, soffermandosi sui limiti delle ricostruzioni volte ad identificare l'illecito penale come posto a tutela di un bene giuridico, che non consentono di individuare un preciso criterio distintivo tra illecito penale e amministrativo.

Costituzione, ma che vengono ciononostante garantiti dal divieto penale¹³. Si correva in questo senso il rischio di considerare la Costituzione come un sistema di valori rigido, piuttosto che un sistema di valori suscettibile di ampliamento sulla base delle esigenze sociali¹⁴. Dall'altro lato, laddove interpretato in una sua accezione positiva¹⁵, ovvero come obbligo di penalizzazione da parte del legislatore, tale orientamento resterebbe ancorato alla prospettiva secondo cui il solo reato e non anche l'illecito amministrativo sarebbe posto a garanzia di beni giuridici costituzionalmente protetti e pertanto meritevoli di tutela penale.

Nondimeno, la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, che vede in Bricola il suo precursore, è stata sottoposta a serrata critica da parte di illustre dottrina proprio per le incertezze applicative che avrebbe determinato. Se è vero, infatti, che i beni espressamente individuati dalla Costituzione individuano interessi primari, questi beni non esauriscono gli interessi che possono essere tutelati dalla norma penale. L'illecito penale può, quindi, considerarsi deputato anche alla tutela di altri beni giuridici, purché non siano costituzionalmente incompatibili¹⁶.

¹³ Critico verso la teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata proprio in considerazione del suo limitato perimetro, tra gli altri, FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come problema di diritto criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, 42 ss.

¹⁴ PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Riv. it. proc. pen.*, 1983, 498 s. Sul punto anche MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 68 e 74 il quale osserva, da un lato, che questa limitazione dei beni giuridici di rilievo costituzionale era stata negata dallo stesso Bricola nella sua impostazione iniziale; dall'altro, che l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale avrebbe evitato il rischio di un irrigidimento dei valori presenti nella Costituzione.

¹⁵ Cfr. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1983, 491 ss. Sugli obblighi costituzionali di penalizzazione anche BRICOLA, *Legalità e crisi. L'art. 25 comma 2 della Costituzione rivisitato la fine degli anni 70*, in *La questione criminale*, 1980, 236 s.

¹⁶ Per una critica verso la teoria del bene giuridico di rilevanza costituzionale si veda, per tutti, NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 49 ss. In argomento, diffusamente, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 66 ss. Sul punto anche MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 444 ss., secondo cui il la distinzione tra interessi costituzionalmente significativi e interessi costituzionali non

Inoltre, accogliendo la tesi per cui solo l'illecito penale sia posto a tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, risulta evidente la contraddizione in termini che rischia di palesarsi.

E' infatti lo stesso articolo 97 della Costituzione che garantisce il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione: oggettività giuridiche, queste, che non possono considerarsi tutelate solo dai reati contro la pubblica amministrazione, costituendo anzi il *leit-motiv* dello stesso illecito amministrativo.

A testimoniare la necessità di un'indagine che non identifichi l'illecito penale sulla base del bene giuridico di rilievo costituzionale tutelato, è anche un'altra considerazione. Analizzando i sistemi di doppio binario sanzionatorio, come avviene nella disciplina del *market abuse*, o dalle sanzioni amministrative derivanti dai processi di depenalizzazione, spesso ci si avvede dell'identità dei beni giuridici tutelati dalla norma penale e dalla norma amministrativa. Pertanto, pur ammettendo che la norma penale possa essere deputata a tutelare beni giuridici di rilievo costituzionale o comunque costituzionalmente non incompatibili, non è questa la soluzione idonea a tracciare il confine tra illecito penale ed illecito amministrativo, e quindi tra norme appartenenti o meno alla materia penale. Ai nostri fini, valga sottolineare come sia l'illecito penale che l'illecito amministrativo in tema di abusi di mercato siano deputati alla tutela del corretto funzionamento del mercato: bene giuridico, quest'ultimo, tutelato ai sensi dell'art. 41 della Costituzione.

La dottrina ha quindi cercato di addivenire ad una chiarificazione in merito alla distinzione tra illecito penale ed amministrativo, sottolineando

incompatibili sarebbe un criterio di politica legislativa valido per distinguere l'illecito penale da quello amministrativo; ID., *Diritto penale parte generale*, cit., 955, secondo cui – tuttavia – anche il diritto penale sarebbe posto a presidio di beni costituzionalmente non incompatibili.

l'esigenza di distinguere tra oggetto di tutela e scopo della norma. Si è affermato, al fine di salvaguardare la funzione sussidiaria del diritto penale e la distinzione ontologica tra reato ed illecito amministrativo, che gli interessi di rango costituzionale attinenti all'attività della pubblica amministrazione costituirebbero solo lo scopo della norma fondante l'illecito, più che il suo oggetto di tutela e quindi l'offesa al bene giuridico¹⁷.

Ed è proprio in questa chiave di lettura, fatte salve le considerazioni a seguire, che potrebbero superarsi le obiezioni secondo cui solo il reato sarebbe posto a tutela di oggettività giuridiche costituzionalmente rilevanti.

1.2. Il superamento delle teorie ontologiche e l'adozione di criteri di tipo "quantitativo"

Sulla scorta dei dubbi riscontrati in riferimento alla teoria del bene giuridico, che assume il significato di limite meramente negativo per l'individuazione dell'illecito penale, si è dato conto dei correttivi compiuti dalla dottrina tesi ad arginare le derive cui una tale teoria potrebbe condurre. Tuttavia, anche in questa prospettiva, non possono dirsi completamente superati gli ostacoli propri delle interpretazioni fondate sul concetto di bene giuridico.

Queste, qualunque sia il loro campo di applicazione, si sono sempre scontrate con le difficoltà ermeneutiche date dalla perimetrazione stessa di una siffatta categoria dogmatica. La crisi di quello che può definirsi il "diritto penale minimo" è infatti causata principalmente dal fallimento della funzione di selezione che vorrebbe attribuirsi al bene giuridico, il

¹⁷ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, Funzioni e limiti del diritto penale*, in DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale: alternative di tutela*, Padova, 1984, 9 ss.

quale, di conseguenza, non risulta neppure idoneo a distinguere l'illecito penale da quello amministrativo¹⁸.

Né sono valse a risolvere la *querelle* le interpretazioni restrittive del concetto di illecito penale di stampo prettamente eticizzante.

Si è osservato, in tal senso, come il solo precetto penale sarebbe posto a tutela di valori etico-sociali, mentre l'illecito amministrativo sarebbe volto a salvaguardare interessi dell'amministrazione statale¹⁹.

Tale impostazione rivela facilmente i suoi limiti fondando la meritevolezza dell'incriminazione sulla tutela di soli valori moralmente condivisi, e presentandosi in tal modo anacronistica in considerazione delle nuove oggettività giuridiche protette dal diritto penale economico.

Del resto, a rendere ancora più complessa la distinzione tra illecito penale e amministrativo sono state, nel corso del tempo, le leggi di depenalizzazione²⁰ che hanno valorizzato il ruolo dell'illecito amministrativo²¹ e posto quest'ultimo in una linea di continuità rispetto all'illecito penale.

Come è stato osservato, la depenalizzazione trova infatti la sua *ratio* in ragioni di politica criminale più che in criteri valoriali fondati

¹⁸ Sul problema del diritto penale minimo si rinvia a MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, cit., 802 ss. In argomento dettagliatamente SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 20 ss e 30 ss: l'autrice provvede ad una compiuta analisi dei limiti delle teorie ontologiche, soffermandosi altresì sui rilievi critici delle teorie che fondano la distinzione tra gli illeciti su criteri teleologici.

¹⁹ BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1978, 226: solo il precetto penale può essere posto a tutela di supremi valori etici della vita sociale, al contrario, i precetti del diritto disciplinare o più in generale del diritto amministrativo, anche qualora abbiano connotati morali, sono posti a tutela di interessi della pubblica amministrazione.

²⁰ Per queste osservazioni SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 23

²¹ Per un'analisi approfondita degli aspetti più rilevanti del regime di depenalizzazione si veda, *ex multis*, VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, cit., 209 ss. Sul punto, senza pretese di completezza, anche LATTANZI-LUPO, *Depenalizzazione e disciplina illecito amministrativo*, Milano, 2001; NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, Torino, 1984; NANNA-VACCA-FUSCO, *Depenalizzazione e sanzioni amministrative: commento teorico pratico alla legge 24 novembre 1981 n. 689*, Napoli, 1982; BERNARDI-VINCIGUERRA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008.

sull'attinenza al bene giuridico leso²². Oltre a tale *ratio*, le finalità della depenalizzazione vengono ravvisate nella riduzione dell'illecito penale in conformità al principio di sussidiarietà, nelle esigenze di diminuzione del carico della giustizia penale ed infine nel potenziamento delle finalità di prevenzione generale e speciale. Obiettivo, quest'ultimo, perseguito soprattutto a partire dalla depenalizzazione del 1999, che ha comportato la comminatoria di sanzioni pecuniarie più elevate rispetto a quelle della legge 689/1981²³. Il processo di depenalizzazione ha quindi condotto alla creazione di un diritto amministrativo punitivo, dando vita ad un sistema di illeciti a metà strada tra il diritto penale ed il diritto amministrativo classico, che risulta di difficile perimetrazione per l'interprete.

In ogni modo, anche prescindendo dai problemi dogmatici che si accompagnano agli inquadramenti sostanziali dell'illecito, le teorie ontologiche-valoriali sarebbero, non soltanto censurabili di per sé, quanto inidonee a fondare una perimetrazione utile della materia penale²⁴. Ed invero, per quel che concerne l'operatività delle garanzie proprie della suddetta materia, soprattutto per quel che riguarda il rilievo accordato al principio del *ne bis in idem*, appare chiaro che considerare prevalente il carattere dell'illecito, per lo più valutando la tipologia di bene giuridico tutelato, presenterebbe non soltanto un'inversione di rotta, ma un meccanismo inidoneo a svelare la reale essenza della *ratio* punitiva della norma.

²² VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. giur.*, XXIV, Milano, 1985, 798.

²³ Così, testualmente, MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, 950 s.

²⁴ Sul punto valorizzando soprattutto il principio di colpevolezza, si veda MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 14 ss, secondo cui è essenziale soffermarsi non tanto sull'offensività della norma quanto sulle conseguenze sanzionatorie che dalla trasgressione possono derivarne. Per l'insussistenza di un diritto penale naturale e l'esigenza di valutare il modo in cui l'ordinamento reagisce alla trasgressione dell'illecito più che sulla natura del rapporto regolato: DELITALA, (voce) *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 1095.

Per le ragioni sovraesposte, sembrerebbe *prima facie* preferibile l'impostazione accolta dalla dottrina d'oltralpe²⁵, secondo cui a segnare la linea di confine tra i due tipi di illecito sarebbero, al contrario, solo elementi di tipo quantitativo fondati sul grado e sulla "modalità" di aggressione al bene protetto²⁶. Anche queste teorie, secondo parte della dottrina, presentano tuttavia i loro limiti, basati essenzialmente sulla compenetrazione (anche indiretta) tra grado di aggressione al bene protetto e qualità di tutela del bene giuridico tutelato²⁷. In altri termini, quello che sembra apparire un valido tentativo di superamento delle concezioni ontologiche si trasformerebbe in una conferma del valore intrinseco accordato al dato, troppo spesso evanescente, della tipologia di oggettività giuridica protetta dalla norma. Cionondimeno, un ragionamento che accordi valore al grado di aggressione del bene protetto ha il pregio di indurre l'interprete a dare rilievo al dato sanzionatorio. Invero, atteso che la distinzione tra illecito penale e illecito amministrativo si fonderebbe sull'intensità di aggressione al bene protetto, ed in considerazione del fatto che molto spesso gli illeciti amministrativi si presenterebbero come

²⁵ Per una dettagliata ricostruzione sul punto si rinvia, per tutti, a SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 37 ss.

²⁶ DOLCINI-PALIERO, I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale", in *Riv. It. Dir. proc. Pen*, 1980, 1179 ss. In senso critico verso la differenziazione "quantitativa" tra illecito penale e amministrativo, in riferimento ai criteri recepiti dall'art. 2 cpv. della legge 42 del 1982, SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Indice penale*, 1983, 259.

²⁷ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 40 ss. L'autrice, dopo aver compiutamente analizzato le teorie tedesche sul punto, nota come lo stesso Hassemer, nei suoi scritti, faccia riferimento a differenziazioni di tipo quantitativo-qualitativo. Invero, secondo Hassemer «il diritto penale amministrativo, come il diritto criminale si giustifica in quanto posto a presidio di beni giuridici. Sotto il profilo dell'*an* della tutela non è dunque possibile una distinzione tra diritto criminale e diritto penale-amministrativo. Tale distinzione è invece realizzabile quanto alla tecnica di tutela: il diritto penale amministrativo agisce come forma di tutela anticipata di beni giuridici classici»: HASSEMER, *Theorie und Sociologie des Verbrechens*, 1973, 219 ss. Per questa traduzione SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 40 e PALIERO, *Il diritto penale amministrativo: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1290.

fattispecie di pericolo astratto²⁸, anche la sanzione irrogata dovrebbe considerarsi diversa e proporzionata alla gravità dell'offesa.

Ne consegue, data l'omogeneità strutturale delle due tipologie di illecito, che i criteri distintivi dovranno essere ricercati sempre in virtù della tipologia di risposta sanzionatoria apprestata dal legislatore²⁹. Il che, tuttavia, non equivale ad accogliere quella (ormai anacronistica) definizione formale di reato, secondo cui l'illecito penale poteva identificarsi in «ogni fatto al quale l'ordinamento riconduce una pena»³⁰. Tale orientamento presupponeva, infatti, l'accoglimento di una concezione nominalistica di sanzione, che si ritiene oggi definitivamente superato.

A ben vedere, infatti, nonostante i tentativi di individuare la *ratio* che conduceva alla formulazione dell'incriminazione, i sostenitori di questo indirizzo dovevano spesso arrendersi di fronte a valutazioni del tutto discrezionali del legislatore.

Attualmente, invece, reato ed illecito amministrativo possono considerarsi qualificati dalle rispettive sanzioni, ma tali sanzioni, a loro volta, devono ritenersi il frutto di valutazioni sostanzialistiche da parte dell'interprete³¹.

Pertanto, sia le sanzioni penali che le sanzioni amministrative, pur facendo parte del novero delle sanzioni punitive in senso ampio, si distinguono le une dalle altre non tanto per il *nomen iuris* loro attribuito, quanto per la loro finalità e per il fatto di essere irrogate secondo modalità

²⁸ Per questa osservazione SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 41.

²⁹ Per la valorizzazione del criterio distintivo fondato sulla risposta sanzionatoria apprestata dal legislatore, analizzandone compiutamente le finalità, si rinvia a MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 26 ss.

³⁰ Cfr., tra gli altri, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1969, 128.

³¹ MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 16 s.

e caratteristiche proprie, rispettivamente, del processo penale e del processo amministrativo³².

2. La qualificazione dell'illecito dipende dalla natura della sanzione: una breve analisi delle soluzioni prospettate dalla dottrina amministrativista

Dalle premesse svolte può ragionevolmente affermarsi che sia l'esito dell'indagine sulla natura della sanzione a qualificare l'illecito e non viceversa³³.

In altri termini, il concetto di materia penale potrà considerarsi delimitato in ragione della tipologia di sanzione conseguente all'illecito. Del resto, la *querelle* in ordine alla delimitazione dei confini della sanzione penale non è di certo nuova: a concentrarsi sul concetto di sanzione sono stati in passato diversi autori³⁴, secondo i quali a contare non sarebbe tanto la natura del rapporto giuridico regolato quanto il modo attraverso cui l'ordinamento reagisce alla trasgressione del precetto.

Il problema si sposta dunque sulla scelta dei criteri delimitativi del concetto di sanzione: l'art 17 c.p. richiederebbe, infatti, l'adozione di un criterio nominalistico, che in passato è stato accolto da parte autorevole della dottrina. Lo stesso Delitala, pur sottolineando la sussistenza di

³² Evidenzia le modalità di irrogazione da parte delle rispettive autorità a ciò deputate, VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, Padova, 1983, 26.

³³ Per ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 140 s «quello che decide, quindi, non è la natura del rapporto preesistente all'infrazione, ma la natura di quello che da essa deriva» «e la natura di quest'ultimo è effetto unicamente della natura della sanzione». In argomento anche PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 7 ss; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 7 ss.

³⁴ DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964 ss; ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953; NUVOLONE, *Pena*, in *Enc. del diritto*, XXXII, 787 s.

un'omogeneità finalistica con le sanzioni amministrative, affermava in modo chiaro che possono considerarsi pene in senso stretto solo quelle che vengono qualificate tali dal legislatore³⁵.

L'insufficienza di un tale criterio, che si poneva in contrasto con gli stessi orientamenti sostanzialistici della nozione di illecito, non ha tuttavia tardato a palesarsi. Prima dei recenti interventi della Corte di Strasburgo sulla nozione di *matière pénale*, invero, anche la dottrina amministrativa aveva posto l'accento su criteri di tipo valoriale.

Secondo una prima impostazione la competenza giurisdizionale conseguente alla trasgressione del precetto atterrebbe alla stessa sostanza del rapporto. In altri termini, la qualificazione di una sanzione come amministrativa o penale sarebbe la conseguenza dell'autorità competente e del procedimento impiegato per irrogarla. In tale prospettiva la competenza giurisdizionale veniva letta come sintomatica della natura penale di una data sanzione, mentre l'applicazione della sanzione amministrativa era considerata alla stregua di un diritto in capo alla pubblica amministrazione, che poteva essere fatto valere discrezionalmente, e che, pertanto, non doveva essere garantito dall'autorità giudiziaria³⁶. Le critiche rivolte a tale teoria si incentravano soprattutto sulla valorizzazione dell'applicazione discrezionale della sanzione amministrativa. Come è stato osservato, infatti,

³⁵ Per la concezione nominalistica di pena DELITALA, (voce) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 1095 s. Sostiene espressamente la validità di un criterio nominalistico GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 6 ss., il quale si avvede, tuttavia, dell'attuale insufficienza di tale criterio, rappresentando la necessità di far ricorso a tutti quei parametri ulteriori che consentono di qualificare come penale una certa norma. Sul punto anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 713, secondo cui «la pena criminale o pena in senso stretto è la sanzione afflittiva prevista dall'ordinamento per chi viola un comando di natura penale».

³⁶ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 38 ss., che definisce precipuamente le sanzioni amministrative come «pene in senso tecnico la cui applicazione costituisce, per l'amministrazione verso la quale corrono i doveri cui esse accedono, un diritto soggettivo», differenziando, da questo punto di vista, la sanzione penale che si ritiene preposta alla tutela di interessi indiretti, non facenti capo all'amministrazione, bensì ai privati.

non infrequenti potevano (e possono tutt'ora) considerarsi i casi in cui l'irrogazione della sanzione amministrativa costituisce un obbligo per la pubblica amministrazione, con la conseguenza che il vincolo d'azione non possa considerarsi prerogativa esclusiva del magistero penale³⁷.

Successivamente la dottrina amministrativa ha quindi tentato di apprestare una definizione di norma sanzionatoria amministrativa, individuando nella norma diretta a punire, con effetti incidenti solo nella sfera dei rapporti con la pubblica amministrazione, la violazione di precetti posti a garanzia di una funzione amministrativa (come la sanità, la finanza, o l'urbanistica)³⁸.

Tale criterio si fonda non solo sulle conseguenze sanzionatorie dell'infrazione³⁹, ma anche sulla valutazione della responsabilità che si riconosce al contravventore. In altri termini, qualora la responsabilità del trasgressore sia diretta nei confronti dell'amministrazione la sanzione potrà essere qualificata come amministrativa; nel caso in cui, invece, sia rivolta nei confronti della società civile apparterrà al novero delle sanzioni penali⁴⁰. Secondo questo indirizzo ermeneutico non sussisterebbero diversi ordinamenti giuridici, ma un solo ordinamento giuridico cui non possono, di conseguenza, corrispondere diversi illeciti, ma la cui violazione può dar vita ad un unico illecito. La distinzione tra illecito amministrativo e penale sarebbe dunque valida solo nel caso in cui essa esprima la differenza tra un

³⁷ CANNADA BARTOLI, *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XX, 118.

³⁸ SANDULLI M.A., *Le sanzioni*, cit., 12 s.

³⁹ Sulla base di una più restrittiva nozione di sanzione giuridica, la linea di confine tra sanzione amministrativa e sanzione penale è stata individuata sulla base del diverso carattere delle conseguenze derivante da tali misure. Secondo tale impostazione il fattore decisivo della qualificazione è dato, dunque, dalla specifica disciplina che l'ordinamento predispone a fronte della violazione del precetto: SANDULLI M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 11 ss.

⁴⁰ SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 13 ss.

illecito disciplinato da norme repressive amministrative o da norme repressive di carattere generale⁴¹.

La tesi, sebbene apprezzabile per la sua primaria apertura verso impostazioni sostanzialistiche, si presta a delle letture critiche in considerazione della complessità della ricostruzione dogmatica apprestata ed in virtù del fatto che essa si risolve - in realtà - in un'indiretta valutazione empirica della natura dell'illecito. Pertanto, pur partendo dal corretto presupposto per cui non sia attraverso l'illecito che può qualificarsi la natura di una sanzione, ma la sanzione a dover qualificare l'illecito, la valorizzazione degli interessi salvaguardati dal precetto nella definizione delle norme sanzionatorie amministrative sembrerebbe tradire tale intento.

Del resto, anche la dottrina moderna ha tentato di apprestare soluzioni alla qualificazione della sanzione amministrativa che in realtà si risolvono in una valutazione indiretta degli interessi tutelati dal precetto e, quindi, della natura dell'illecito. Si è così affermato che la sanzione amministrativa possa identificarsi nella misura afflittiva, non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di una potestà amministrativa come conseguenza della violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo. Secondo altri, ancora, può qualificarsi come sanzione amministrativa quella volta a garantire lo specifico interesse affidato alla cura dell'amministrazione⁴².

In disparte dei limiti riscontrati dalle soluzioni elaborate dalla dottrina amministrativa, le impostazioni fondate sul concetto di pena, oltre a superare le criticità delle teorie ontologiche, hanno il merito di valorizzare il principio di colpevolezza, che deve considerarsi connesso alla corretta perimetrazione della nozione di materia penale. Come è stato correttamente osservato, infatti, il concetto di materia penale presuppone l'operatività di

⁴¹ SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 14 s.

⁴² CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 355 s.

tutta una serie di garanzie individuali connesse al principio di colpevolezza⁴³. Tra queste garanzie, lo stesso principio di irretroattività e del *ne bis in idem*, sottendendo l'esigenza che la sanzione sia correlata ad un fatto colpevole, richiedono che la norma penale sia entrata in vigore prima del fatto commesso, e che la sanzione sia proporzionata non solo alla gravità del fatto ma anche alla colpevolezza dell'agente. Di conseguenza, sembra corretto delimitare l'area del penalmente rilevante in considerazione della natura della sanzione che viene irrogata, la quale dovrà perseguire finalità eminentemente rieducative, fondate proprio sulla colpevolezza dell'agente. Suddette teorie consentono, inoltre, di evitare un'inversione metodologica che vorrebbe definire la stessa sanzione sulla base della sostanza dell'illecito. Interpretazione, questa, che non si ritiene ammissibile considerando che dalla violazione di uno stesso precetto possono scaturire conseguenze di natura eterogenea. E' il caso in cui dallo stesso fatto di reato derivi l'applicazione di una pena detentiva e di una misura di sicurezza, o, ancor prima, di una misura di prevenzione. Negli stessi termini, ragionando *a contrario*, dalla violazione del precetto amministrativo possono conseguire sanzioni di natura sostanzialmente penale: un esempio emblematico, come si vedrà⁴⁴, viene fornito dal regime del doppio binario sanzionatorio in tema di abusi di mercato, ormai da tempo al centro del dibattito nazionale e sovranazionale.

⁴³ Sul punto, nuovamente, MAZZACUVA, *Le pene*, cit., 3 e 13 ss. Secondo l'autore «non si intende affermare che la definizione del concetto di pena sia logicamente prioritaria rispetto a quella del reato», «bensì sottolineare che, per l'appunto, tale fenomeno attiene al diverso piano delle scelte politiche criminali, laddove l'operatività dei fatti costituenti reato attenga al piano delle scelte di politica criminale, mentre l'operatività del principio di colpevolezza rimane strettamente collegata alla natura delle conseguenze previste per la violazione di un precetto» .

⁴⁴ Vedi *infra* cap. III, par. 2.

3. I criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte di Strasburgo per la definizione di materia penale

Anche i giudici di Strasburgo, dal canto loro, preferiscono accordare prevalenza ad una nozione sostanziale di pena, in virtù delle incertezze derivanti dagli inquadramenti sostanzialistici del reato⁴⁵. Se questo è vero, deve darsi conto del fatto che i criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo siano in realtà molteplici, attestandosi sulla valorizzazione di parametri tra loro alternativi.

Un *leading case* viene fornito dalla nota sentenza Engel⁴⁶ secondo la quale, per la perimetrazione del concetto di materia penale, non bisogna attestarsi esclusivamente sul *nomen iuris* dell'illecito ma occorra considerare, altresì, criteri di matrice sostanzialistica.

Il problema principale affrontato dalla sentenza è stato quello di valutare in quale caso possa considerarsi sussistente un'accusa in materia penale, ancorché gli Stati qualifichino diversamente un tale procedimento. Al centro si poneva, dunque, la violazione dell'art 6 della CEDU, che richiede di apprestare una serie di garanzie processuali per l'illecito sostanzialmente penale⁴⁷.

⁴⁵ MAZZACUVA, *Le pene nascoste, topografia delle sanzioni*, cit., 14 ss.

⁴⁶ Corte eur. Dir. uomo, Ad. Plenaria, 8 Giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and others v. the Netherlands*. In argomento, *ex multis*, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 29 ss.

⁴⁷ Secondo quanto disposto dall'art 6 CEDU: «1. ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. la sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Senza alcuna pretesa di completezza, la Corte afferma che il primo criterio per la perimetrazione del concetto di materia penale riguarda la qualificazione apprestata dal legislatore nell'ordinamento di appartenenza. Questo indice, di stampo prettamente formalistico, non può tuttavia considerarsi decisivo, limitandosi ad impedire l'applicabilità delle garanzie penalistiche a misure solo formalmente non penali, senza alcuna ulteriore valutazione del reale intento perseguito dal legislatore nella formulazione dell'illecito.

Di qui la necessità di formulare ulteriori parametri che non diano conto esclusivamente del *nomen iuris* attribuito dal legislatore. Il secondo criterio, valorizzato dalla Corte di Strasburgo, è rappresentato quindi dalla "natura dell'illecito", e testimonia l'accoglimento di impostazioni sostanzialistiche che valutino la reale funzione svolta dalla norma.

Il terzo criterio riguarda, infine, il grado di severità della sanzione comminata. Secondo la Corte, ogni privazione di libertà applicata a titolo repressivo deve essere ricompresa nell'ambito della materia penale, salvo che, per le sue caratteristiche, non sia in grado di cagionare un pregiudizio rilevante nei confronti del soggetto⁴⁸.

Quest'ultimo rappresenta il criterio dirimente in quanto idoneo a contemplare parametri sostanzialistici e, al contempo, a dare prevalenza alla nozione di pena.

2. ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. in particolare, ogni accusato ha diritto di:(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza»

⁴⁸ Per questi riferimenti MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 33.

Nonostante la forza nomofilattica apprestata dalla sentenza Engel, la Corte di Strasburgo in tale occasione si limita a indicare i parametri atti ad individuare la nozione di materia penale, ma non definisce il contenuto di tali criteri, dando luogo a diverse difficoltà interpretative⁴⁹.

Nella decisione risalente al 1976 la Corte afferma, infatti, con chiarezza soltanto che il perimetro della materia penale convenzionale possa considerarsi autonomo rispetto alla qualificazione attribuita dal legislatore interno; che la natura penale di una misura si valuti alla stregua di criteri tra loro alternativi; e che ogni misura incidente sulla libertà personale rientri nella nozione di materia penale⁵⁰. Quello che non sembra asserire è, invece, che tutte le misure appartenenti al novero della materia penale debbano presentarsi come necessariamente restrittive della libertà personale del soggetto. Ad occuparsi di questo aspetto è stata la giurisprudenza successiva, in particolar modo la Corte EDU nella sentenza *Öztürk c. Germania* del 21.2. 1984.

Nello specifico, la vicenda aveva ad oggetto l'individuazione della natura di un illecito amministrativo depenalizzato afferente alla violazione del codice della strada ed il correlato problema dell'applicabilità delle garanzie convenzionali di cui all'art. 6 CEDU.

In questa occasione venne ribadito il principio espresso dalla sentenza Engel, secondo cui la qualificazione formale dell'illecito non può ritenersi decisiva per la Corte, pena la legittimazione per gli Stati membri a delimitare arbitrariamente i confini della materia penale. Proprio al fine di evitare quella che viene considerata da molti una "truffa delle etichette"⁵¹

⁴⁹ Sul punto diffusamente MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 32 ss.

⁵⁰ MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 36.

⁵¹ In questi termini, VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale?"*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 7 ss.

deve essere data prevalenza a criteri sostanzialistici, tra i quali emergono la natura dell'illecito e la natura della sanzione correlata.

L'indagine sulla *natura* della sanzione rappresenta, del resto, un parametro innovativo rispetto a quello definito dalla sentenza Engel⁵², che si limitava ad evidenziare il concetto di gravità della risposta sanzionatoria. In questa prospettiva, pur ammettendo l'indubbio valore delle scelte di depenalizzazione operate dal legislatore, la Corte finisce per riconoscere la natura sostanzialmente penale della misura in questione. Questo risultato ermeneutico è raggiunto valorizzando il carattere generale della norma e lo scopo della sanzione. Nonostante l'intervento di depenalizzazione, infatti, la struttura dell'illecito era rimasta identica e lo scopo perseguito dalla norma poteva considerarsi al contempo preventivo e repressivo, al pari delle altre sanzioni penali.

La riconducibilità dell'illecito amministrativo alla nozione di materia penale non vale tuttavia a delegittimare l'intervento di depenalizzazione: il sistema può, invero, ritenersi conforme alla Convenzione a condizione che il privato possa impugnare il provvedimento di fronte l'autorità giudiziaria, rispettando così le garanzie dettate dall'articolo 6 della CEDU⁵³.

La necessità di definire i parametri stabiliti dalla sentenza Engel non si arresta alla sentenza *Öztürk* c. Successivamente, infatti, la Corte di Strasburgo sente l'esigenza di precisare ulteriormente i criteri Engel con la nota sentenza *Jussilia*⁵⁴.

La decisione venne rinviata alla Grande Camera a causa della difformità di opinioni che si era creata nella giurisprudenza quanto

⁵² A sottolineare l'importanza di tale decisione è MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017,994 s; MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 37; SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 72 s.

⁵³ Si rinvia, per una dettagliata analisi sul punto a MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 37 ss.

⁵⁴ Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussilia* c Finlandia.

all'applicazione dei criteri Engel alla materia fiscale e all'attribuzione della natura penale di sovratasse analoghe a quelle inflitte al Sign. Jussila. I giudici di Strasburgo, con tale sentenza, mettono fine al tentativo di derogare l'uso dei criteri Engel in materia fiscale. Tale abitudine destava, invero, preoccupazioni in diversi ordinamenti proprio a causa delle difficoltà createsi nel tutelare efficacemente l'interesse statale alla riscossione dei tributi⁵⁵. In questa occasione la Grande Camera prende, inoltre, le distanze da alcune precedenti pronunce che sembravano fare riferimento a criteri parzialmente diversi rispetto a quelli dettati dalla sentenza Engel⁵⁶, ribadendo come tali indici dovessero essere considerati in modo alternativo e non cumulativo. La valutazione alternativa dei criteri non deve però considerarsi vincolante: essa non impedisce di prediligere in concreto un approccio unitario laddove l'analisi separata di ciascuno di essi non consenta di perimetrare con chiarezza la nozione di materia penale.

La novità forse più importante di tale pronuncia è, tuttavia, ravvisabile nella distinzione effettuata tra garanzie rientranti nel nocciolo duro del diritto penale e garanzie appartenenti alla materia penale in senso lato⁵⁷. Se, infatti, le garanzie dell'art. 6 della CEDU non devono applicarsi in tutto il loro rigore alle misure non rientranti nel nucleo stretto del diritto penale, le garanzie appartenenti alla materia penale in senso lato possono

⁵⁵ MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 53.

⁵⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU, 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia che aveva indicato quattro parametri che sarebbero indicativi della natura penale della misura. Tra questi: l'applicabilità generale del precetto a tutti i cittadini e non ad una specifica categoria di soggetti; la finalità non di riparare il danno ma di punire l'illecito; la finalità insieme preventiva e repressiva della sanzione; ed infine la gravità della sanzione. Con la sentenza Jussila i giudici di Strasburgo riducono la portata innovativa di tale decisione, affermando che tali criteri rinviassero implicitamente ai criteri generali dettati dalla sentenza Engel: sul punto, diffusamente, MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 48 ss.

⁵⁷ La distinzione tra nocciolo duro della materia penale e garanzia appartenenti alla materia penale in senso lato si è riproposto in relazione al principio del *ne bis in idem*, in effetti ridimensionato per effetto della recente pronuncia della Corte EDU A e B Norvegia. In argomento MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 98 ss.

trovare applicazione anche nei confronti delle sanzioni formalmente amministrative. Viene a crearsi, in questo modo, una nozione di materia penale a cerchi concentrici, caratterizzata dalla piena applicabilità del regime processualpenalistico alle sole sanzioni che si presentino sia sostanzialmente che formalmente penali.

La dottrina ha chiarito, a tal riguardo, che la qualificazione di un illecito come sostanzialmente penale (dipendente, appunto, dalla natura attribuibile alla correlata sanzione) non implichi la sua riconduzione per tutti gli effetti alle regole che governano l'ordinamento penale. L'illecito formalmente qualificato come amministrativo resta, quindi, sottoposto alle norme processuali e procedurali proprie del settore di appartenenza, salvo il rispetto delle garanzie convenzionali e costituzionali previste per la materia penale, sia dal punto di vista sostanziale che processuale⁵⁸.

3.1. Il criterio basato sulla natura della sanzione: prevenzione vs punizione

L'analisi del secondo criterio Engel, corrispondente alla natura dell'illecito, richiede un'indagine sulle finalità dello stesso e, quindi, sulla funzione preventiva o punitiva dell'illecito. Ricerca, questa, che viene assorbita dall'analisi sulla natura della sanzione irrogata dal giudice in caso di violazione del precetto contenuto nella norma penale: tale aspetto conferma la priorità attribuibile al terzo criterio Engel a dispetto dell'indagine sulla natura dell'illecito, veicolata proprio dalla tipologia di risposta sanzionatoria apprestata dal legislatore.

⁵⁸ In questi termini, descrivendo un vero e proprio sistema di «tutela a cerchi concentrici», F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, cit., 19 ss.

E' in questi termini che appare essenziale concentrare l'attenzione sui rapporti instaurati tra finalità preventiva e repressiva dell'illecito e, quindi, della misura posta a presidio dell'oggettività giuridica tutelata dalla norma. Tali rapporti hanno infatti vissuto fasi alterne e non sono stati mai di semplice decifrazione per l'interprete: se in un primo momento la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵⁹ considera entrambe le funzioni proprie dell'illecito penale convenzionale, in un secondo momento è la finalità repressiva ad essere ritenuta determinante per la qualificazione di un illecito come penale⁶⁰.

In tal senso, nella sentenza Ozturk la finalità punitiva viene strettamente associata alla finalità preventiva, quasi come fossero un'endiadi⁶¹. Successivamente, invece, è il carattere punitivo dell'illecito ad essere ritenuto rilevante al fine di delimitare la nozione di materia penale, così come avviene per l'illecito amministrativo, le sanzioni disposte dalle autorità indipendenti, le misure di prevenzione e talune misure di sicurezza reali. Sicché, laddove la sanzione presenti una finalità esclusivamente preventiva, questa viene ritenuta un segnale per escludere la natura penale della misura⁶². A ben vedere, infatti, la finalità preventiva è da sempre considerata appannaggio alle misure di prevenzione⁶³, come tali non

⁵⁹ Corte EDU, GC (Plenaria), 21 Dicembre 1984, Ozturk c. Germania.

⁶⁰ Corte EDU, Ad. Plen., 6 novembre 1989, Guzzardi c. Italia, richiamata, sul punto, da MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 59 ss.

⁶¹ Sul punto, per una dettagliata analisi MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 58.

⁶² Così MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 59 ss.

⁶³ Tuttavia, per quanto riguarda le misure di prevenzione personali, ed in particolare la categoria dei soggetti pericolosi, oggi elencati dall'art. 4 del Codice antimafia, il modello indiziario si sposta sulla concezione di un fatto commesso ma non provato, assumendo funzione anticipatoria e surrogatoria rispetto alla pena: così MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., 1935. In argomento anche NUVOLONE, *Le misure di prevenzione e di sicurezza*, in *enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, 1977, 643 ss; BRICOLA, *Forme di prevenzione ante delictum e profili costituzionali della prevenzione in pol. tributaria*, 1977, 354 ss; FIANDACA, *misure di prevenzione (profili sostanziali)* in *Dig. disc. penal.*, VIII, 1964, 116; MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 2011, 77.

rientranti nel concetto di materia penale ed estranee alle garanzie strettamente penalistiche previste dall'art. 6 CEDU⁶⁴.

Può ritenersi paradigmatica, in questa prospettiva, la pronuncia della Corte EDU nel caso De Tommaso⁶⁵, ove i giudici di Strasburgo provvedono a distinguere le misure privative dalle misure limitative della libertà personale.

Nel caso di specie la Corte era stata infatti chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno ed in particolare ad indagare se tale misura potesse considerarsi pienamente conforme ai requisiti di prevedibilità ed accessibilità richiesti dal diritto convenzionale. Escludendo che le misure di prevenzione possano rientrare nel novero delle misure privative ed ammettendo, invece, che possano includersi tra le misure restrittive della libertà personale, la Corte censura la disciplina italiana per violazione dell'art. 2 prot. n. 4 CEDU, escludendo di fatto la violazione dell'art. 5 CEDU, che pure era stata proposta dai ricorrenti.

In riferimento all'art. 2 prot. n. 4 CEDU i giudici erano chiamati a valutare se la limitazione di libertà fosse prevedibile e necessaria rispetto agli scopi perseguiti dalla disposizione. Quanto al requisito della

⁶⁴ Per questa affermazione si vedano le sentenze della Corte EDU, 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia; Corte EDU, 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia; Corte EDU, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia.

⁶⁵ In argomento, *ex multis*, VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali in penale contemporaneo*, 3, 2017, 370 ss; MENDITTO, *Novità in materia di misure di prevenzione*, voce per il libro dell'anno "treccani", 2017, in www.penalecontemporaneo.it; MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena armonizzazione e la compatibilità convenzionale delle misure di prevenzione in penale contemporaneo*, 26 Aprile 2017; MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la corte europea condanna l'italia per mancanza di qualità della legge, ma una rondine non fa primavera (nota a corte edu, grande camera, sent. 23 febbraio 2017) in penale contemporaneo*, 3, 2017, 15 ss.; VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *penale contemporaneo*, 3, 2017, 296 ss.

prevedibilità questo comporta, inoltre, che sussista una base legale per la limitazione di libertà disposta dai giudici, che la previsione sia accessibile e che consenta di far prevedere all'individuo le conseguenze che deriveranno dalla sua condotta.

Orbene, i giudici, dopo un'attenta disamina della disciplina connessa, arrivano ad affermare la sussistenza di una base legale rinvenibile nella legge 1423/56, riconoscendone la piena accessibilità ai consociati. Il punto maggiormente discusso diviene, invece, quello relativo alla prevedibilità per il soggetto colpito dalla misura degli esiti della propria condotta, arrivando a ravvisare una difformità dai parametri convenzionali della materia. Le fattispecie a pericolosità generica previste dalla norma non contengono infatti elementi di dettaglio in grado di far percepire quale sia il tipo di condotta da considerare espressiva di pericolosità sociale. Anche le prescrizioni che vengono imposte all'imputato relative all'*oneste vivere* e al rispettare le leggi sono peraltro considerate eccessivamente vaghe ed indeterminate, considerando conseguentemente violato l'art. 2 prot. n. 4 CEDU.

Di particolare interesse si rivela, poi, il dibattito sulla natura sostanzialmente penale della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno. Il ricorrente aveva infatti censurato la norma anche per la violazione dell'art. 6 CEDU, da intendersi nel suo *volet penal*, proprio in applicazione dei criteri Engel ed in disprezzo della qualificazione formale attestata dalla normativa italiana. La Corte, in disparte dell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, conclude affermando che alla misura in questione non possa essere riconosciuta natura penale e che, quindi, la violazione dell'art. 6 CEDU debba intendersi solo nel suo *volet civil*, dato dall'assenza di una pubblica udienza nel procedimento che aveva condotto all'applicazione della misura.

In particolare, la natura sostanzialmente penale viene esclusa in considerazione del fatto che il procedimento che conduce alla sua applicazione non si fondi su un'accusa in materia penale.

Tale affermazione, tuttavia, sembra fondarsi su un approccio di stampo prettamente formalistico, laddove asserisce che alla qualificazione di un'accusa penale segua anche il riconoscimento della natura amministrativa della sanzione stessa. Da questo punto di vista si considera preferibile l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque secondo cui le misure di prevenzione dovrebbero considerarsi pene di seconda classe basate sul mero sospetto. Invero, le misure di prevenzione posseggono un effetto indiscutibilmente desocializzante, così come un effetto di criminalizzazione indiretta⁶⁶, in quanto dalla violazione di tali precetti può scaturire il perfezionamento di un illecito penale. La natura sostanzialmente penale della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno dovrebbe essere affermata, inoltre, in virtù del fatto che la misura incida comunque sui diritti fondamentali dell'individuo, ed in quanto, al pari di talune misure di sicurezza e delle pene, può essere loro riconosciuto uno scopo sia special che general preventivo.

Del resto, sembra un'acquisizione ormai pacifica quella secondo cui, anche nella fase di commisurazione della pena, il giudice persegua non soltanto una finalità repressiva o retributiva del male commesso, ma soprattutto uno scopo specialpreventivo⁶⁷. La prevenzione non può quindi considerarsi appannaggio esclusivo delle misure di prevenzione, che possono peraltro assumere anche carattere afflittivo, caratterizzando altresì

⁶⁶ Si rinvia sul punto a VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana*, cit., 374 ss.

⁶⁷ Si vedano, *ex multis*, PADOVANI, *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 29 ss.; ROMANO M., *Prevenzione e prospettive di riforma del codice penale* in ROMANO-STELLA, *Teoria e prassi della prevenzione generale*, Bologna, 1980, 1879 ss.; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 322 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 34 ss.

le pene in senso stretto così come le misure di sicurezza⁶⁸. Detto altrimenti, si registra una polifunzionalità non soltanto nell'applicazione della pena, ma anche delle misure di sicurezza e di prevenzione.

La distinzione tra le due misure potrebbe ravvisarsi quindi nel momento della loro applicazione, ed in considerazione del fatto che la misura di prevenzione venga applicata *sine o ante delictum*.

Seguendo quest'ordine di idee a destare perplessità è la stessa legittimità costituzionale delle misure di prevenzione limitative della libertà personale, in quanto misure restrittive non fondate sul fatto di reato.

Secondo un primo indirizzo ermeneutico, invero, le misure di prevenzione non troverebbero il proprio fondamento nell'art. 13 Cost., che costituisce una norma servente e limitata a regolare il procedimento di applicazione delle misure restrittive della libertà personale. L'art. 25 Cost., dal canto suo, sarebbe deputato a giustificare esclusivamente l'operatività delle pene e delle misure di sicurezza, presupponendo la commissione di un fatto di reato. In senso opposto depone l'opinione maggioritaria secondo la quale la prevenzione *ante delictum* sarebbe non soltanto costituzionalmente legittima ma anche socialmente doverosa⁶⁹. Di qui il loro fondamento normativo, che sembra rintracciabile nell'art. 2 e negli artt. 25 e 27 della Costituzione. Il ragionamento si fonda sulla valorizzazione delle situazioni oggettive di pericolosità, in quanto l'art. 25 Cost., nel legittimare le misure di sicurezza, consentirebbe di prendere in considerazione anche le situazioni soggettive di pericolosità e di apportare restrizioni alla libertà personale, che siano finalizzate alla prevenzione di reati. A nulla varrebbe opinare che le misure di sicurezza, a differenza delle misure di prevenzione, presuppongano la commissione di un reato: questa rappresenterebbe, infatti, una semplice premessa storica avente funzione

⁶⁸ MAZZACUVA, *La materia penale* e il "doppio binario" della Corte europea, cit., 1928 ss.

⁶⁹ Si rinvia, sul punto, a MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 851 ss.

garantista ed in quanto tale non idonea a legittimare una distinzione concettuale tra pene e misure di sicurezza⁷⁰.

Dalle considerazioni svolte sembra dunque doveroso precisare ulteriormente il concreto atteggiarsi dei rapporti tra prevenzione e repressione. Sulla base di quanto asserito, per quanto corretta appaia la distinzione fondata sulla finalità della misura piuttosto che sul suo *nomen iuris*, è infatti inevitabile riscontrare delle difficoltà nella valorizzazione della dicotomia tra finalità preventiva e repressiva.

Problematica appare, da questo punto di vista, anche la distinzione tra pene e misure di sicurezza, la cui finalità, secondo i parametri delineati dalla Corte EDU, dovrebbe riscontrarsi ancora una volta nella finalità preventiva in luogo di quella repressiva.

Le misure di sicurezza, sia di carattere personale che reale, possono infatti assumere connotati fortemente afflittivi e tali da imporre dei dubbi circa il riconoscimento della loro natura sostanzialmente penale. Paradigmatico è l'esempio della confisca urbanistica nel caso Sud fondi e Varvara, in cui la Corte EDU riconosce la natura sostanzialmente penale della misura in questione⁷¹, considerando violato il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU nel caso in cui la confisca venga comminata dopo l'intervenuta prescrizione del reato⁷². Lo stesso vale per la confisca per

⁷⁰ Sul punto analiticamente MANTOVANI, *Diritto penale*, op. loc. ult. cit.

⁷¹ Causa Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia - Seconda Sezione - sentenza 20 gennaio 2009 (ricorso n. 75909/01) in cui la Corte afferma la violazione dell'art. 7 CEDU, relativo al principio nulla *poena sine lege*, per effetto delle pronunce amministrative e giurisdizionali che hanno portato all'abbattimento di "Punta Perotti". La Corte ritiene arbitraria la sanzione dell'abbattimento poiché adottata sulla base di una normativa poco chiara, che non rispettava i requisiti di conoscibilità e prevedibilità. La Corte constata anche la violazione dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, relativo alla protezione della proprietà, sotto il profilo della mancata proporzionalità della misura prescelta.

⁷² C. eur. dir. uomo, seconda sezione, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, connota di MAZZACUVA, *La confisca in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2013.

equivalente o per la confisca di sproporzione⁷³, che sembrano prescindere dalla pertinenza alla *res* e dalla pericolosità della stessa, assumendo un valore evidentemente afflittivo e lontano dalla funzione prevalentemente preventiva che dovrebbe caratterizzare queste misure.

Anzi, come è stato osservato, il problema delle misure di sicurezza è un problema di proporzionalità e di doppio binario sanzionatorio, che presuppone la valorizzazione del connotato punitivo delle stesse⁷⁴. Non avrebbe infatti senso parlare di duplicazione sanzionatoria e di sproporzione laddove la misura assumesse finalità esclusivamente preventiva, non limitando i diritti dell'individuo, sia patrimoniali che personali, al pari di una pena.

Se, dunque, per le misure di sicurezza il problema può essere risolto rispettando il divieto del *ne bis idem* e la regola della proporzione, per le misure di prevenzione la questione sembra essere più complessa.

La dottrina non ha mancato di osservare come, per le misure di prevenzione, il problema si palesi come una vera e propria frode formale. Sebbene le Corti restino ostili al riconoscimento del carattere sanzionatorio di tali misure, al fine di evitare problemi connessi al divieto di retroattività delle misure sanzionatorie e al rispetto della presunzione di innocenza, talvolta si realizza una vera e propria anticipazione cronologica ed ontologica della pena irrogata. Soprattutto considerando le misure di prevenzione previste dal codice antimafia, infatti, tali misure finiscono per

⁷³ Sul punto FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 1507 ss; FINOCCHIARO, *La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?* in *diritto penale contemporaneo*, 2, 2018, 131 ss; BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio? riflessioni a margine di cass., sez. ii, sent. 14 ottobre 2015 (dep. 13 novembre 2015), n. 45324 e cass., sez. iii, sent. 10 maggio 2016 (dep. 20 settembre 2016), n. 38857 in diritto penale contemporaneo*, 5, 2017, 51 ss.

⁷⁴ MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., 1934.

rappresentare un'appendice afflittiva della pena, ovvero un suo surrogato nel caso in cui il reato non venga accertato nella sentenza di condanna⁷⁵.

Di qui la necessità di differenziare le misure di prevenzione che realizzino una funzione esclusivamente preventiva, da quelle deputate ad anticipare la pena e che realizzano una funzione deterrente nei confronti del soggetto che vi è sottoposto. Misure di tal sorta, come i sequestri finalizzati alla confisca per equivalente e alla confisca per sproporzione, dovrebbero infatti essere corredati delle garanzie di legalità ed applicate tenendo conto dalla presunzione di innocenza.

In conclusione, attesa la natura polifunzionale delle misure di prevenzione e delle misure di sicurezza, l'unico criterio distintivo dirimente può individuarsi nella finalità prevalente della misura⁷⁶, qualificandola come pena in senso sostanziale solo qualora la finalità repressiva assuma connotati di particolare rilievo.

Al contrario, nel caso in cui la finalità repressiva sia assente o comunque irrilevante rispetto alla finalità preventiva o anche solo ripristinatoria, le misure non possono considerarsi riconducibili alla nozione di materia penale neanche in applicazione degli ulteriori criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte di Strasburgo.

⁷⁵ MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., 1936 ss.

⁷⁶ In questa prospettiva si pone la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Welch e Malige c. Francia. I giudici di Strasburgo in queste due occasioni affermano che alle misure di sicurezza prese in considerazione non possano ritenersi estranei connotati afflittivi; valorizzando la finalità prevalente nelle pronunce relative all'iscrizione nei pubblici registri dei *sex offenders*, che è quella di prevenire la recidiva: sul punto MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2013, 1929.

4. La definizione di materia penale: legalità convenzionale e legalità interna a confronto

L'individuazione di un illecito penale e di una sanzione sostanzialmente penale si pone in chiave prodromica rispetto alla corretta definizione del concetto di materia penale.

In altri termini, la riconduzione di un illecito e di una sanzione alla materia penale risulta idonea a perimetrare i principi propri del diritto penale, siano essi dettati dalla legislazione interna o da quella convenzionale. Tra questi si annoverano il principio di legalità⁷⁷ unitamente ai suoi corollari, come il principio di irretroattività⁷⁸, di tassatività e di determinatezza; il principio di colpevolezza, strettamente legato al principio di legalità *sub specie* di prevedibilità penale; il divieto di *bis in idem*, e tutte le garanzie relative al giusto processo.

Nonostante gli sforzi ricostruttivi compiuti dalla corte di Strasburgo la nozione di materia penale risulta ancora oggi una definizione fluida, dai parametri indefiniti, che consente di individuare i principi applicabili in materia penale in modo differenziato rispetto agli approcci dettati dal legislatore interno.

⁷⁷ Cfr. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, 2011, 2197 ss.; VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 Aprile 2017; PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2015; PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.

⁷⁸ In relazione all'operatività del principio di irretroattività si rinvia, *ex multis*, a Cassazione Su, 26 giugno 2014, n. 4880 in cui è stata affermata la natura non penale della confisca di prevenzione e, per l'effetto, l'inapplicabilità del principio di irretroattività sfavorevole. Sul punto, MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2015, 231 ss.

Il primo principio ritenuto applicabile agli illeciti sostanzialmente penali da parte della Corte di Strasburgo è infatti quello dettato dall'art. 6 CEDU, relativamente alle garanzie del giusto processo e della presunzione di innocenza.

Il problema, da questo punto di vista, è quello di ricondurre alla nozione di "*accusation en matière pénale*" anche procedimenti penali che secondo l'ordinamento nazionale non hanno tale natura.

La Corte di Strasburgo si sofferma su tali principi nella nota sentenza Engel, riguardante l'individuazione della natura penale di illeciti disciplinari di varia natura incidenti sulla libertà personale. Oltre all'importante qualificazione dei criteri in base ai quali riconoscere un illecito sostanzialmente penale, tale sentenza pone la stura per una differenziazione sintomatica tra concezione interna e convenzionale della materia penale.

Come è stato correttamente osservato, il principio sotteso alla pronuncia è quello secondo cui la Corte EDU possa intervenire solo per un potenziamento delle garanzie appartenenti al *volèt pénal*. Se la qualificazione di una sanzione come penale da parte del legislatore interno non può essere messa in discussione in quanto un suo disconoscimento andrebbe a detrimento delle garanzie dell'individuo, non altrettanto può dirsi per la qualificazione formale di un illecito come amministrativo o disciplinare. Laddove, infatti, tale riconoscimento sia posto in essere al fine di escludere l'applicabilità delle garanzie penalistiche a determinate misure, risulta doveroso per la Corte di Strasburgo rivelarne la natura effettiva e ricondurla eventualmente alla nozione di materia penale⁷⁹.

E' sulla base di tali crismi che possono comprendersi le ragioni per le quali il criterio nominalistico fatto proprio dall'art. 17 c.p. viene soppiantato

⁷⁹ Sul punto MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 32.

dalla giurisprudenza di Strasburgo da criteri di tipo sostanzialistici, creando non pochi problemi interpretativi a livello interno. Ciò anche in considerazione del fatto che la Corte, oltre ad una nozione sostanziale di illecito e di sanzione penale, sia giunta a valorizzare una nozione sostanziale di processo. In tema di confisca urbanistica i giudici di Strasburgo hanno infatti ritenuto che, sebbene questa misura presentasse carattere sostanzialmente afflittivo, le garanzie dell'art. 7 CEDU dovessero considerarsi ciononostante rispettate⁸⁰. In altri termini, a rilevare non sarebbe tanto l'instaurazione di un processo penale, quanto lo svolgimento di un processo, anche di carattere amministrativo, che rispetti comunque le garanzie previste dalla CEDU.

Dalla nozione sostanziale di illecito e di sanzione accolta dalla Corte di Strasburgo è derivata inoltre un'estensione delle garanzie in tema di legalità, previste dall'articolo 7 CEDU, a settori che, nell'ordinamento interno, non erano considerati appartenenti alla materia penale. Come è stato correttamente osservato, del resto, a giocare un ruolo fondamentale nella corretta applicazione delle garanzie penalistiche nell'ordinamento interno è la stessa Corte Costituzionale. Invero, subordinare l'applicabilità di tali garanzie alla sola scelta del legislatore potrebbe palesare il rischio di una truffa delle etichette, di cui non solo la Corte di Strasburgo ma anche Corte Costituzionale deve farsi da garante. Non può, infatti, demandarsi al legislatore, che risulta vincolato in prima persona all'applicazione delle garanzie costituzionali, di assumere il ruolo di controllore in ordine alla loro legittima estensione⁸¹.

⁸⁰ Corte. Eur. Dir. Uomo, 28 giugno 2018, G.I.E.M e altri c. Italia con nota di GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica, in diritto penale contemporaneo*, 7, 2018, 221 ss.

⁸¹VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., 6.

Nonostante i moniti espressi dagli interpreti, l'atteggiamento della Corte Costituzionale è stato talvolta quello di non affrontarne seriamente le questioni ad essa sottese, limitandosi a diverse declaratorie di inammissibilità delle questioni sottoposte⁸². Questo atteggiamento, dettato dalla volontà di rispettare le garanzie formali attinenti alla legalità penale, ha creato non pochi conflitti e fatto perdere l'occasione di diversi spunti di dialogo tra Corti sovranazionali o nazionali.

In altre occasioni, invece, è stata la stessa Corte Costituzionale a mettere in dubbio i criteri formalistici formulati dall'art. 17 c.p., aprendo la stura ad una valorizzazione sostanziale degli indici indicativi di una sanzione penale⁸³. Un atteggiamento simile, portato avanti recentemente dalla Corte Costituzionale in tema di retroattività favorevole degli illeciti depenalizzati, non può comunque considerarsi innovativo. Già in passato la Corte Costituzionale, condividendo le premure espresse dalla Corte di Strasburgo, si era infatti espressa valorizzando i connotati sostanzialmente penali della confisca dell'autoveicolo nel caso di guida in stato di ebbrezza⁸⁴.

⁸² Questo è quanto avvenuto in tema di confisca urbanistica con la sentenza n. 49/2015, dopo che la Corte di Strasburgo ne aveva riconosciuto la natura penale. Per l'analisi di tale pronuncia si rinvia, *ex multis*, a VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost. sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca e terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione in Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, 333 ss; MANES, *La confisca "senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza in www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015, in diritto penale contemporaneo*, 2, 2015; RUGGERI, *Fissati nuovi paletti della Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno in diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015.

⁸³ Corte Cost., 25 ottobre 2018, n. 223e Corte Cost. 21 marzo 2019 in tema di retroattività favorevole.

⁸⁴ Corte Cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196 con nota di ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veicolo in www.penalecontemporaneo.it e GATTA-VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? riflessi sostanziali e processuali in www.penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2010.*

Al ravvicinamento tra la giurisprudenza interna e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non corrisponde, tuttavia, una piena identificazione tra la legalità convenzionale e quella interna: basti pensare al fatto che la Corte europea non faccia menzione del principio della riserva di legge, che non è parte delle tradizioni costituzionali di tutti gli stati membri, ma si concentri, piuttosto, sul principio di prevedibilità ed accessibilità della norma penale⁸⁵. Alla riserva di legge viene, quindi, sostituito un controllo relativo alla qualità della legge, che deve considerarsi accessibile e prevedibile da parte dei consociati.

L'accessibilità e la prevedibilità della norma penale sembrano presentare delle logiche connessioni con i principi di diritto interno, come il principio di determinatezza e tassatività, nonché il principio di colpevolezza, baluardo delle istanze rieducative espresse dall'art. 27 Cost.

In realtà, ad una più approfondita analisi, emerge con chiarezza come l'accessibilità e la prevedibilità della legalità convenzionale non possano considerarsi assorbite da principi di determinatezza e colpevolezza codificati dal legislatore interno, richiedendo garanzie ulteriori e forse più pregnanti. Invero, la prevedibilità convenzionale deve considerarsi riferita non soltanto all'*an* della responsabilità penale, ma anche al *quantum* della sanzione applicabile ed al regime di esecuzione della pena. Inoltre, la prevedibilità deve essere ancorata allo stato della giurisprudenza interna, in quanto mutamenti giurisprudenziali che siano idonei a creare nuove incriminazioni contrasterebbero con il principio di irretroattività sfavorevole, accolto sia a livello interno che a livello sovranazionale⁸⁶.

⁸⁵ VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., 2 ss.

⁸⁶ Corte EDU, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. Così, diffusamente, VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit, 14 ss. Per una dettagliata analisi della pronuncia in questione si rinvia, altresì, a VIGANÒ, *Il caso contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *www. penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2016; DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 1, 16 ss.; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale*

La logica è, ancora una volta, quella di una massimizzazione delle garanzie penalistiche. I connotati della legalità convenzionale non si sostituiscono dunque ai crismi della legalità interna, ma si aggiungono ad essi. Non potrà, pertanto, ritenersi ammissibile un'interpretazione della CEDU che pretenda di sostituire la riserva di legge con la semplice prevedibilità dell'esito giudiziario. L'accessibilità e la prevedibilità devono rappresentare connotati ulteriori che qualificano la fase esecutiva della legge, ferma restando la loro doverosa emanazione da parte dell'organo legislativo. Pertanto, pur restando il nostro ordinamento un ordinamento di *civil law* che pretende di riservare la fase di formazione della legge ad un organo rappresentativo della volontà popolare, a questa garanzia la Corte di Strasburgo aggiunge la sussistenza di un'interpretazione costante e consolidata da parte della giurisprudenza. Una tale interpretazione deve essere idonea a rendere prevedibile l'esito giudiziario e quindi ad orientare preventivamente i comportamenti dei consociati⁸⁷.

Se, dunque, il principio di accessibilità della norma può essere in qualche modo sovrapposto al principio di determinatezza e al principio di colpevolezza, così come declinato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in riferimento all'art. 5 c.p., il principio di prevedibilità vincola soprattutto l'operato della giurisprudenza.

Questa deve farsi garante di un'interpretazione che, pur non essendo relegata al precedente giudiziario, sia comunque il più possibile conforme e dia garanzia al cittadino di poter veicolare in modo consapevole il suo operato. Il principio di prevedibilità risulta connesso alla certezza del diritto ed espressione potenziata dell'*ignorantia legis non excusat*, laddove

retroattiva di formazione giudiziaria, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 346 ss; MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in www.penalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2016.

⁸⁷ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, 14 ss.

un'eccezionale giustificazione del comportamento *contra legem* dell'individuo viene fornito dall'interpretazione giurisprudenziale caotica ed assolutamente non dirimente dei dubbi interpretativi causati dalla formulazione della legge⁸⁸.

4.1. Il divieto di irretroattività e la retroattività della *lex mitior*: la depenalizzazione è sinonimo di mitigazione?

Tra i principi considerati applicabili dalla Corte, alla stregua della legalità convenzionale, si pone anche il principio di irretroattività o di retroattività favorevole.

L'applicazione di tale principio è stata avvertita sia per le sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, che in ordine all'operatività di misure quali la prescrizione, ritenute dall'ordinamento interno di natura sostanziale e non processuale, ovvero delle misure di esecuzione della pena.

Sul punto sono infatti intervenute diverse sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, volte a valorizzare l'estensione del concetto di materia penale anche a sanzioni qualificate in modo diverso dal legislatore interno.

⁸⁸ Secondo la Corte Costituzionale nella nota sentenza 364/88 «l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) non va misurata alla stregua di criteri cd. soggetti puri (ossia di parametri che valutino i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali dell'agente) bensì secondo criteri oggettivi: ed anzitutto in base a criteri (cd oggettivi puri) secondo i quali l'errore sul precetto inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativi (ad es assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari ecc.»

Valga ricordare a tal proposito la nota sentenza Welch⁸⁹, in cui la Corte si è trovata a decidere in merito all'applicazione retroattiva di un'ipotesi di confisca disposta dalla legislazione inglese in tema di stupefacenti. La Corte, in tale occasione, aveva riproposto in maniera non pedissequa i criteri Engel, associando un nuovo criterio dato dalla natura delle procedure utilizzate per l'adozione di una misura e dalla connessione con un procedimento penale. In applicazione di tali criteri i giudici di Strasburgo ritengono che la confisca abbia natura penale, considerando pertanto violato l'articolo 7 CEDU in virtù della sua applicazione retroattiva⁹⁰.

Nell'ordinamento interno, invece, il problema dell'applicazione retroattiva delle norme sostanzialmente penali si è fatto sempre più pressante in occasione dei recenti interventi di depenalizzazione che hanno interessato il sistema penale.

La premessa da cui partire è quella secondo cui anche in materia amministrativa vige il principio di irretroattività della sanzione, in virtù dall'art. 11 delle preleggi, per cui, ove non diversamente previsto dalla disciplina transitoria, si creerebbero irragionevoli vuoti di tutela. Non potendo applicare la sanzione penale ormai depenalizzata, per effetto del divieto di ultrattività della legge penale, e non potendo considerare la sanzione amministrativa valida in via retroattiva, il sistema subirebbe infatti uno stallo, confondendo le garanzie individuali con un *vulnus* totale di tutela da parte del sistema.

⁸⁹ Corte EDU, Welch c. Regno Unito. Per una dettagliata analisi della pronuncia si rinvia a MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 90 ss

⁹⁰ Sul punto MASERA, *La nozione Costituzionale*, cit., 91 ss secondo cui, sebbene la Corte non richiami in modo esplicito i criteri Engel, evidenziandone anche la connessione con un procedimento penale, in realtà non possa ritenersi coniata una nuova nozione di materia penale, né ritenersi snaturati criteri fatti propri dalla Corte EDU.

Per evitare questa conseguenza, diverse disposizioni transitorie considerano applicabile in via retroattiva la sanzione formalmente amministrativa, ritenendo in via di prassi più mite la sua applicazione.

Sul punto la Corte Costituzionale, dopo un primo momento di stallo⁹¹, sembra invece recepire in modo espresso l'indirizzo sostanzialistico inaugurato dai giudici di Strasburgo, ritenendo censurabile tale approccio⁹². Se è vero, infatti, che dietro ad una sanzione formalmente amministrativa possa celarsi una sanzione sostanzialmente penale, con

⁹¹ Il riferimento è alle declaratorie di inammissibilità disposte, tra le altre, dalla Corte Cost. con la sentenza n. 68/2017, in cui la Corte aveva ritenuto inammissibili le censure relative all'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, rilevando come il dubbio di costituzionalità sollevato dalla Sezione rimettente investisse non già la disciplina della confisca per equivalente contenuta in quella disposizione, bensì soltanto la sua applicabilità retroattiva a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 62 del 2005, discendente dal solo art. 9, comma 6, della legge medesima. La Corte aveva, peraltro, ritenuto inammissibili anche le censure relative all'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 per erroneità del presupposto interpretativo. Secondo i giudici della consulta, ferma restando la natura di pena da riconoscere nella specie alla confisca per equivalente, l'ordinanza di rimessione aveva infatti «omesso di tenere conto del fatto che la natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, del nuovo regime punitivo previsto per l'illecito amministrativo comporta un inquadramento della fattispecie nell'ambito della successione delle leggi nel tempo e demanda al rimettente il compito di verificare in concreto se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente, si renda, in quanto di maggior favore, applicabile al fatto pregresso, ovvero se esso in concreto denunci un carattere maggiormente afflittivo. Soltanto in quest'ultimo caso, la cui verifica spetta al giudice *a quo*, potrebbe venire in considerazione un dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005, nella parte in cui tale disposizione prescrive l'applicazione della confisca di valore e assoggetta pertanto il reo a una sanzione penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, in concreto più gravosa di quella che sarebbe applicabile in base alla legge vigente all'epoca della commissione del fatto». Per un commento sul punto si rinvia a VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2017.

⁹² Sul punto Corte cost., sent. 25 novembre 2018 (dep. 5 dicembre 2018), n. 223 con nota di GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente dell'insider trading secondario) in www.penalecontemporaneo.it.*, 13 dicembre 2018. La Corte si è pronunciata sulle questioni relative all'applicazione retroattiva della confisca per equivalente ex 187 *sexies* T.U.F., introdotta nel 2005 dalla legge n. 62 che ha depenalizzato l'*insider trading* secondario (art. 187 bis T.U.F.) e più in generale sull'istituto della depenalizzazione, con particolare riferimento ai profili di diritto transitorio, arrivando a ritenere che il trattamento sanzionatorio sopravvenuto risulti complessivamente più afflittivo rispetto a quello previgente.

l'applicazione di tutti i crismi dettati dal principio di legalità, questo deve valere anche nel caso in cui si tratti di una sanzione che sia il frutto di un intervento di depenalizzazione. In altri termini, partendo dal presupposto per cui la depenalizzazione, risolvendosi in un'*abolitio criminis*, lasci di norma spazio all'operatività di una *lex mitior*, questa regola non può considerarsi valida in tutti i casi. Pertanto, si ritiene che la giurisprudenza debba indagare in concreto e caso per caso se la sanzione amministrativa di carattere sostanzialmente penale possa ritenersi applicabile in via retroattiva in quanto effettivamente più favorevole rispetto alla precedente sanzione formalmente penale.

Più in dettaglio, pronunciandosi sulle questioni di legittimità precedentemente ritenute inammissibili dalla Corte stessa in riferimento alla disposizione transitoria contenuta nell'articolo 9 comma 6 della legge 62/2005, la Corte Costituzionale, nella sentenza 223/2018⁹³, osserva come dalla qualificazione della natura sostanzialmente penale di una misura derivi l'applicazione di un baluardo di garanzie discendenti dal principio di legalità. Tra queste assume particolare rilievo il principio di irretroattività sfavorevole che viene garantito, sia sul piano del diritto interno che del diritto sovranazionale, da una nutrita serie di norme che si pongono in una posizione gerarchicamente superiore rispetto alla legge ordinaria: oltre all'art. 25 comma 2 della Costituzione, assume una portata determinante l'art. 7, paragrafo 1, secondo periodo, della CEDU, secondo cui «non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso», nonché l'art. 49, paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale principio assume, dunque, un'ampiezza tale da non potersi considerarsi relegato al semplice sillogismo per cui la sanzione amministrativa equivalga ad una sanzione

⁹³ Corte Cost., 25 novembre 2018, n. 223 con nota di GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione"*, cit.

necessariamente meno afflittiva. Come suggerisce il terzo criterio Engel anche il grado di severità di una sanzione deve essere infatti indagato in concreto, utilizzando parametri di carattere sostanzialistico. Pur ammettendo che la pena in senso formale incida sempre sulla libertà individuale (anche qualora si tratti di una pena pecuniaria astrattamente suscettibile di conversione in sanzioni detentive, che posseda un grado di stigmatizzazione certamente superiore a quello della sanzione amministrativa), la Corte afferma con chiarezza come l'impatto della sanzione amministrativa sui diritti dell'individuo non possa essere disconosciuto ed anzi si presenti in via di continua espansione. Di qui, la necessaria parificazione tra sanzioni sostanzialmente penali e sanzioni formalmente penali, in ordine all'operatività dei crismi della legalità penale, *ivi* compreso il principio di irretroattività sfavorevole, con la conseguente dichiarazione di illegittimità dell'art. 9 comma 6 della legge n. 62/2016 per violazione dell'art. 25 comma 2 e 117 primo comma in relazione all'art. 7 CEDU nella parte in cui impone di applicare in via retroattiva la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies*⁹⁴.

Su questa scia la Corte Costituzionale è peraltro nuovamente intervenuta in tema di irretroattività della sanzione amministrativa punitiva con la recente sentenza n. 63 del 2019.

⁹⁴ La dottrina nota anche le conseguenze di un siffatto ragionamento. Invero, partendo dal presupposto per cui gli interventi di depenalizzazione non sempre comportino una disciplina più favorevole per il reo, può essere lo stesso legislatore ad imporre dei limiti nel prevedere la possibilità di un'applicazione retroattiva delle nuove norme sanzionatorie. E' quanto avvenuto con l'articolo 8 del D.lgs. 15 Gennaio 2016, n. 8, che dispone l'applicazione retroattiva delle norme, affermando che ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma non possano essere applicate sanzioni amministrative pecuniarie che superino il massimo della pena inflitta precedentemente per il reato, valutando l'esito del ragguaglio ai sensi dell'art. 135 c.p.; in secondo luogo che possano essere applicate sanzioni amministrative accessorie solo qualora corrispondano alle pene accessorie precedentemente irrogate: sul punto GATTA, *Non sempre depenalizzazione equivale a mitigazione*, cit.

In questa occasione i giudici della Consulta hanno ritenuto di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 comma 2 D.lgs. 72/2015 nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dall'art. 6 comma 3 agli artt. 187 bis e 187 ter t.u.f., in materia, rispettivamente, di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato.

La Corte parte dal presupposto secondo cui, nonostante il tenore letterale dell'art. 1 della legge 689/81 (che prevede generalmente ed indistintamente il principio di irretroattività), tutte le sanzioni amministrative punitive siano sottoposte alla regola della retroattività favorevole, *ivi* comprese le sanzioni amministrative in tema di *market abuse* che presentano un connotato fortemente afflittivo e una finalità marcatamente repressiva. L'argomentazione principale della Corte EDU si incentra sul fatto che il principio di retroattività della *lex mitior* troverebbero un riconoscimento costituzionale nell'art. 3 Cost., che sancisce il principio di uguaglianza, imponendo di equiparare il trattamento sanzionatorio per i medesimi fatti a prescindere dalla circostanza che siano stati commessi prima o dopo l'intervento di mitigazione sanzionatoria da parte del legislatore. Altro fondamento costituzionale della retroattività della *lex mitior* sarebbe dato dall'art. 117 Costituzione, per effetto del quale può trovare accoglimento, nel nostro ordinamento, l'art. 7 CEDU; nonché dell'art. 49 CDFUE che può trovare operatività per effetto dell'art. 11 Costituzione. Passaggio fondamentale della sentenza è dato dalla considerazione per cui, non ancorandosi all'art 25 Cost., tale principio sarebbe derogabile in presenza di interessi di analogo rilievo. Il fatto di essere riconosciuto anche a livello internazionale dall'art. 15 del Patto di New York e dall'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, impone tuttavia una serie di restrizioni, escludendo che possa essere derogato discrezionalmente dal legislatore ordinario. In altri termini, la

derogabilità del principio di retroattività della *lex mitior* deve superare il vaglio di ragionevolezza e non rappresentare una scelta meramente discrezionale del legislatore, disposta tramite legge ordinaria. E' su tali basi, ed in considerazione della non ragionevolezza della deroga disposta dalla legge di riforma, che la Corte ritiene incostituzionali le norme in questione, riconoscendone la loro qualificazione alla stregua di sanzioni sostanzialmente penali⁹⁵.

Secondo la Corte sussisterebbe, dunque, il diritto dell'autore del fatto a essere punito sulla base dell'apprezzamento che ne dà attualmente il legislatore e non in virtù del trattamento sanzionatorio in vigore al momento della commissione del fatto⁹⁶: principio, questo, che coinvolge non solo le sanzioni penali formali, ma anche le sanzioni punitive che appartengono all'ordinamento amministrativo.

Entrambe le sentenze *ivi* richiamate⁹⁷ rappresentano un punto di svolta in materia di sanzioni sostanzialmente penali e di applicabilità dei principi appartenenti alla materia penale. Invero, attraverso queste due pronunce la giurisprudenza interna sembra superare la fase in cui si attestava su mere declaratorie di inammissibilità al fine di non accogliere indici di natura sostanziale che si sarebbero posti in contrasto con il

⁹⁵ Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 63 con nota di SCOLETTA, *Retroattività favorevole retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della corte costituzionale*, in *www.diritto penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2019; VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 10, 2019, 22 maggio 2019.

⁹⁶ Sul punto SCOLETTA, *Retroattività favorevole*, cit., il quale propone anche diverse soluzioni per conciliare il principio di retroattività favorevole con quello di irretroattività indiscriminata delle sanzioni amministrative previsto dall'art. 1 della Legge 689/81: *in primis* la dichiarazione di incostituzionalità della norma, laddove non prevede la retroattività delle sanzioni amministrative punitive più favorevoli; in secondo luogo, un intervento legislativo che consenta di prevedere anche per le sanzioni amministrative punitive la retroattività della *lex mitior*, al pari di quanto avviene per effetto dell'art. 2 della Costituzione.

⁹⁷ Corte Cost., 25 novembre 2018, n. 223 e Corte Cost., 20 febbraio 2019, n. 63.

principio di legalità interna e con la concezione formale di reato accolta nel nostro ordinamento.

Prescindono, invece, dal problema del riconoscimento dell'appartenenza alla materia penale le questioni attinenti all'individuazione della natura sostanziale o processuale di taluni istituti. L'importanza di tale distinzione è data dal fatto che i principi della materia penale possano considerarsi pienamente applicabili solo ad istituti appartenenti al diritto penale sostanziale, come chiaramente emerso nel corso della "saga Taricco"⁹⁸.

Aldilà di un'analisi puntuale dei diversi interventi che hanno visto contrapporsi la Corte Costituzionale e le Corti sovranazionali, valga ricordare come, nel caso in esame, i giudici della Consulta siano giunti da ultimo alla puntualizzazione di importanti principi in tema di materia penale e di estensione del principio di legalità.

Come noto, il problema era sorto da una pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia in cui si era affermato l'obbligo per il giudice di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorquando ritenga che essa, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, impedisca allo Stato italiano di adempiere gli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, e determini, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave in materia di IVA. La questione ha interessato anche l'art.

⁹⁸ In argomento, *ex multis*, MEZZETTI-SESTIERI, *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *Archivio penale*, 1, 2016, 2 ss; DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitivo" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie* in *www.penalecontemporaneo.it*; VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 Settembre 2015; PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 ottobre 2016; SOTIS, *Il limite come controlimite*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 aprile 2016.

325 par. 2, TFUE, nel caso in cui, a tutela del principio di assimilazione, il giudice interno verifichi che la disciplina nazionale contempli, per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti in altri paesi per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell'Unione Europea.

Di qui la remissione degli atti da parte della Corte di Appello di Milano e della terza sezione penale della Corte Costituzionale, che opta per una soluzione dialogica, richiedendo alla Corte di Giustizia di avallare una lettura costituzionalmente conforme della sentenza Taricco. In tale occasione i giudici, da un lato, evidenziano il primato del diritto dell'Unione e, dall'altro, affermano la supremazia del principio di legalità, ritenuto appartenente alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, arrivando ad asserire che la regola Taricco pecchi di indeterminatezza e debba pertanto considerarsi disposta in violazione di tale principio.

Partendo, dunque, dal presupposto secondo cui la prescrizione sia un istituto di natura sostanziale, la Corte opta per un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia⁹⁹. In questa occasione viene richiesto ai giudici europei di chiarire se l'art. 325, par. 1 e 2, del TFUE e la regola Taricco debbano essere interpretati nel senso di imporre al giudice penale di disapplicare la normativa nazionale sulla prescrizione, laddove si ravvisi una violazione di tali precetti, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione sia parte del diritto sostanziale (e quindi soggetta al principio di legalità), anche qualora tale regola sia priva di una base legale sufficientemente determinata, ed infine se debba considerarsi vincolante

⁹⁹ MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale*; PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017, in diritto penale contemporaneo*, 4, 2017, 108 ss; BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 novembre 2017.

anche nel caso in cui risulti in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

A fronte di tale rinvio, la Corte di Giustizia nella nota sentenza *Taricco bis*¹⁰⁰ interpreta la regola Taricco ponendo al centro i principi costituzionali ed asserendo che la disapplicazione delle regole sulla prescrizione sia valida solo nel caso in cui questa non comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Risulta evidente, quindi, come dal dialogo tra le due Corti emerga una netta prevalenza della posizione assunta dalla Corte Costituzionale la quale, non solo asserisce che la prescrizione sia un istituto di matrice sostanziale, ma porta altresì la Corte di Giustizia a far ritenere, in via pratica, la regola Taricco inapplicabile in quanto si porrebbe in contrasto con i crismi della legalità, agendo in violazione dei cosiddetti controlimiti.

Da ultimo, in applicazione di tali principi, la Corte Costituzionale, con la sentenza 115/2018¹⁰¹, sembra infatti aver chiuso definitivamente la questione, ritenendo sia l'art. 325 TFUE che la regola Taricco contrastanti con il principio di determinatezza. Più in dettaglio l'art. 325 TFUE sarebbe

¹⁰⁰ LUPO, *La sentenza europea c.d. taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro in diritto penale contemporaneo* 12/2017, 109 ss; RICCARDI, *la corte di giustizia tra "dialogo" e "monologo" nella "saga taricco": silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 maggio 2018; BIN, *Taricco Tango: quale sarà il prossimo passo?* In *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2018; CUPELLI, *Ecco taricco ii. fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della corte di giustizia*, in *dirittopenalecontemporaneo*, 12, 2017, 177 ss; LONGO, *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, in *Archivio penale*, 1, 2018, 1 ss; URBINATI, *L'epilogo di "Taricco bis": la Corte di Giustizia cede all'ordinanza della Consulta*, in *Archivio penale*, 3, 2017.

¹⁰¹ In argomento CUPELLI, *La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre un diritto penale europeo "certo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6/2018, 227 ss; DONINI, *Lettura critica di Corte Costituzionale 115/2018*, in *www.penalecontemporaneo.it*

indeterminato a causa del riferimento “al numero considerevole di casi”, mentre, per quel che concerne l’art. 325 TFUE, la norma non consentirebbe all’individuo di prospettarsi la vigenza della regola Taricco. La Corte poi aggiunge che, anche qualora la regola Taricco potesse assumere, in futuro, connotati più certi, ciò non varrebbe a colmare l’originaria carenza di precisione del precetto penale.

Se, dunque, in precedenza la parola era stata data alla Corte di Giustizia, a seguito della sentenza Taricco *bis* i giudici della Consulta si sentono legittimati ad intervenire e porre un freno alle diverse interpretazioni intervenute in tema di prescrizione, sottolineando la necessità di tutelare il principio di legalità e di determinatezza che ritengono chiaramente prevalente sull’art. 325, par. 1 e 2, TFUE e sulla “regola Taricco”.

Conclusivamente, il problema relativo all’applicabilità dei corollari del principio di legalità sembra atteggiarsi in modo diverso a seconda della valorizzazione del profilo che viene in rilievo. Qualora la questione attenga all’ampliamento del concetto di materia penale giustificata dalla nozione sostanzialistica di pena, la giurisprudenza interna propende attualmente per un’apertura verso le istanze presentate dalla giurisprudenza di Strasburgo. Al contrario, nel caso in cui il problema riguardi l’estensione dei corollari del principio di legalità oltre gli istituti del diritto penale sostanziale, rischiando di fatto una loro palese lesione, i tentativi di ingerenza della giurisprudenza vengono impediti dall’operatività dei controlimiti, determinando una chiara e ferma prevalenza della legalità interna sulla legalità convenzionale.

5. Il principio del *ne bis in idem*: un'introduzione

Oltre al principio di legalità e ai suoi corollari, la nozione di materia penale viene caratterizzata dall'operatività del principio del *ne bis in idem*.

Il divieto di *bis in idem* – declinabile nella sua duplice accezione sostanziale e processuale – può considerarsi un principio riconosciuto a più riprese in tutti gli ordinamenti democratici: esso rappresenta, in altri termini, un principio di civiltà giuridica universalmente riconosciuto, che per taluni sembrerebbe trarre il proprio fondamento, nell'ordinamento interno, dagli artt. 24 e 111 Cost.¹⁰².

Il divieto di essere puniti due volte per lo stesso fatto presuppone, tuttavia, un giudizio di valore sulla natura da attribuire a determinate sanzioni.

Se alla sanzione e conseguentemente all'illecito venisse riconosciuta una valenza punitiva, la sua applicazione, conseguente all'irrogazione di una pena in senso stretto, determinerebbe un'inammissibile duplicazione sanzionatoria. L'effetto sarebbe, dunque, quello di violare ogni parametro di ragionevolezza, *sub specie* di proporzionalità, con pregiudizio di qualsivoglia istanza rieducativa.

Il discorso resta valido, sebbene possano ravvisarsi diversi presupposti, sia qualora ci si riferisca al *ne bis in idem* sostanziale, che al *ne bis in idem* processuale.

Nel primo caso, infatti, il divieto di punire due volte il soggetto per lo stesso fatto altro non è che un riflesso del concorso apparente di norme ed un presupposto imprescindibile per la corretta operatività del principio di special-prevenzione e del principio rieducativo della pena.

¹⁰² Per un approfondimento sul punto si rinvia a UFFICIO DEL MASSIMARIO PENALE, *Ne bis in idem percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, rel. n. 26/2017, 2 ss.

Il *ne bis in idem* processuale, previsto a livello nazionale dall'art 649 c.p.p., e a livello sovranazionale dagli artt. 4 protocollo n 7 CEDU e dagli artt. 50 CDFUE, trae invece il suo fondamento nell'esigenza di certezza dell'esito giudiziario e nel divieto di dispersione delle risorse processuali. Qualora, infatti, fosse avviato un nuovo procedimento penale nei confronti del medesimo autore per lo stesso fatto, dopo che l'imputato sia stato prosciolto o condannato con sentenza penale di condanna divenuta irrevocabile, risulterebbe compromessa l'efficienza della macchina processuale, e vulnerato il diritto dell'individuo a non trovarsi illimitatamente esposto alla pretesa punitiva dello Stato.

L'estensione del principio del *ne bis in idem* processuale - di cui si è maggiormente occupata la giurisprudenza in riferimento alle nuove elaborazioni del concetto di materia penale - e le condizioni per la sua operatività vengono, tuttavia, valutate in modo diverso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rispetto alla giurisprudenza interna.

La valorizzazione del canone della legalità formale ha indotto la Cassazione a ritenere spesso dominante la denominazione di illecito operata dal legislatore, escludendo la valenza del *ne bis in idem* in caso di duplicazioni sanzionatorie tra reati ed illeciti amministrativi¹⁰³.

La tendenza della Corte di Strasburgo, al contrario, è stata spesso quella di evidenziare l'operatività del principio anche nel caso di duplicazioni sanzionatorie tra pene e sanzioni solo formalmente amministrative. Come per tutta l'estensione del concetto di materia penale e per l'operatività del canone ermeneutico della legalità penale, anche in

¹⁰³ Per un dettagliato elenco delle pronunce che escludono l'operatività del *ne bis in idem*, basandosi su criteri nominalistici, si veda UFFICIO DEL MASSIMARIO PENALE, *Ne bis in idem*, cit., 6 ss.

tema di *ne bis in idem* i giudici di Strasburgo si sono attestati su una valutazione sostanzialistica del concetto di pena.

E' il caso - che si avrà modo di approfondire - della sentenza Grande Stevens: questa ha dato la stura per un'operatività estesa del divieto di doppio giudizio, che ha di recente subito una battuta d'arresto grazie all'intervento succedaneo della Corte di Strasburgo, la quale ha delimitato la nozione di *bis in idem* all'insussistenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta e al rispetto della proporzionalità sanzionatoria. In altri termini, qualora i due procedimenti presentino dei particolari collegamenti sostanziali e temporali, in modo da garantire solo un parziale dispendio delle risorse processuale e una pena proporzionata, l'instaurarsi di due procedimenti paralleli per uno stesso fatto e nei confronti del medesimo autore potrà considerarsi legittimo.

Risulta evidente, da questo punto di vista, la distanza sussistente tra la posizione delle Corti sovranazionali e della giurisprudenza interna, sia pure in relazione all'operatività di un principio ormai universalmente riconosciuto e che trae la sua linfa dal più ampio principio di proporzionalità della sanzione punitiva.

CAPITOLO II

NE BIS IN IDEM E CONCORSO APPARENTE DI NORME "PENALI": LA TORMENTATA RICERCA DI CRITERI RISOLUTIVI PER IL SUPERA- MENTO DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

Sommario: 1. Convergenza di norme e concorso apparente. Verso un'indagine prospettica dei possibili rapporti sussistenti tra norme penali e norme extrapenali. - 1.2. I criteri risolutivi del concorso apparente: inutilità e superfetazione delle soluzioni prospettate dalle teorie pluraliste. - 1.3. Connotati strutturali ed ontologici del principio di specialità. Per una valorizzazione esclusiva del criterio di specialità anche in caso di convergenza apparente inter-ordinamentale? - 2. L'art. 9 della legge 689/81: analogie e differenze tra specialità penale e specialità inter-ordinamentale. - 3. Il principio del *ne bis in idem* sostanziale e la sua applicabilità sul piano infrasistemico - 3.1. Dal *ne bis in idem* sostanziale al *ne bis in idem* processuale interpretato alla luce dei canoni fissati dalla Corte di Strasburgo. - 3.2. Il rapporto unidirezionale sussistente tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale. - 3.3. *Ne bis in idem* interno ed eurounitario a confronto: il criterio della *close connection*. - 4. Il principio di proporzionalità alla luce della più recente giurisprudenza europea. - 5. *Double jeopardy* e ordinamenti di *common law*.

1. Convergenza di norme e concorso apparente. Verso un'indagine prospettica dei possibili rapporti sussistenti tra norme penali e norme extrapenali

Il problema del concorso apparente di norme non riguarda soltanto l'ordinamento penale, ma può interessare anche i rapporti tra illeciti formalmente e sostanzialmente penali, così come le relazioni intercorrenti tra norme penali e norme amministrative.

La ricerca di criteri risolutivi per il concorso inter-ordinamentale rappresenta un presupposto essenziale per evitare le derive del doppio binario sanzionatorio, che si presenta in palese contraddizione con il divieto di *bis in idem*, ed, ancor prima, con il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Pertanto, al fine di valutare quali siano le possibili soluzioni alla deriva legislativa della duplicazione tra illecito penale ed amministrativo, sembra opportuno procedere preliminarmente ad un'analisi dell'istituto del concorso apparente e della convergenza di norme generalmente intesa.

E' in questa prospettiva che il concorso apparente di norme deve essere qualificato come un istituto che rappresenta una particolare ipotesi di convergenza di norme, unitamente alla convergenza reale che dà vita al concorso di reati.

Dal punto di vista terminologico, la dottrina si è attanagliata nella ricerca di definizioni che potessero spiegare in modo soddisfacente la differenza tra i due fenomeni, arrivando talvolta a qualificare il concorso apparente come concorso o conflitto di norme, laddove la convergenza reale sarebbe indicata con il termine concorso reale o materiale di reati¹; altre

¹ DELITALIA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. dir. Pen.*, 1934, 6, 104 ss; BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1978, 617 ss. Discute di "conflitto apparente di disposizioni penali coesistenti" GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1932, 500 ss. L'autore afferma, in particolare, che un tale conflitto dovrebbe considerarsi effettivo solo

volte restituendo ad entrambi gli istituti il *nomen* di concorso di norme, a prescindere dal risultato unitario o pluralista cui l'interpretazione dell'istituto possa condurre².

La dottrina moderna tende ormai a qualificare come "concorso" sia la convergenza di norme apparente che reale, relegando la qualificazione del rapporto che lega gli illeciti ad un problema classificatorio di ordine secondario, che può dar vita ora ad un concorso apparente di norme, ora ad un concorso effettivo di reati³.

Secondo un diverso e più risalente indirizzo, invece, solo il concorso reale di norme potrebbe considerarsi alla stregua di un vero concorso: è, infatti, esclusivamente nell'ipotesi in cui sussista una convergenza reale tra le norme che potrebbe discutersi logicamente di concorso, di conflitto o di antinomia tra le stesse. Al contrario, nel caso in cui il fenomeno sia apparente, la conseguenza palese risulterebbe quella del non concorso, della non conflitto e della non antinomia⁴. Con il termine concorso viene, dunque, indicata quella situazione nella quale le norme riferibili al medesimo fatto

laddove l'ordinamento giuridico non offrisse, espressamente o implicitamente, criteri per la sua risoluzione.

² PAGLIARO, *Concorso di norme*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 546 s. L'autore riconosce, in primo luogo, come il legame con la teoria dell'unità o della pluralità di reati renda più difficoltosa la definizione dell'istituto. Tuttavia, anziché utilizzare dizioni di per sé contraddittorie come quella di "concorso apparente di norme", non sussistendo alcuna antinomia tra i due istituti, appare ragionevole definirli entrambi come concorso di norme, a prescindere dal fatto che poi siano applicate una pluralità di norme, o una sola norma.

³ Così, *ex multis*, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 701 ss.; MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2017, 157; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Milano, 2019, 557 ss; PALAZZO, *Corso di diritto penale parte generale*, Torino, 2016, 532 ss; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2016, 445.

⁴ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 16. Per Frosali le espressioni concorso apparente o conflitto, si fondano su una contraddizione logica, in quanto, se considerato come apparente, risulterebbe incongruente parlare proprio di concorso. Sussistendo un rapporto di specialità o di sussidiarietà tra norme, quindi, non si porrebbe alcun problema di concorso di norme: FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, 51 ss.

possono coesistere tra loro; mentre, in caso di antinomia o di conflitto, solo una di queste potrà prevalere⁵.

Del pari, nel tentativo di trovare una soluzione terminologica al fenomeno della convergenza di norme, si è suggerito di evidenziare la dimensione propriamente dinamica del fenomeno. E' stato quindi affermato che, nella fase iniziale, sarebbe corretto discutere solo di convergenza senza ulteriori precisazioni, per poi indagare la sussistenza di una sovrapposizione effettiva o meno delle norme giuridiche. Orbene, se nel primo caso sembra opportuno discutere di convergenza effettiva, qualora una solo delle due norme si consideri applicabile, il fenomeno potrà, al più, definirsi come convergenza apparente o come non convergenza di norme⁶.

La problematica sembra attenersi, in una prospettiva di più ampio respiro, alla teoria generale del diritto. Dal punto di vista dogmatico, invero, secondo alcuni interpreti si sostanzierebbe un problema di interpretazione della norma penale, mentre, secondo altri, una questione relativa alla mera applicabilità o validità della norma⁷. Come è stato correttamente osservato

⁵ MANTOVANI, *Concorso*, cit., 7 ss.

⁶ MANTOVANI, *Concorso*, cit., 20.

⁷ Sul punto diffusamente SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente*, cit. 97 ss. L'autrice segnala, da un lato, il pensiero della dottrina d'oltralpe, secondo cui la complessa tematica dovrebbe essere ricondotta ad un problema meramente interpretativo, dall'altro, la dottrina che ritiene che il problema del concorso tra norme sia chiaramente riconducibile ad un problema di applicazione della norma, in considerazione del fatto che la risoluzione del concorso tra norme consenta di delimitare l'ambito di efficacia o di validità della norma in concorso apparente. Tra gli autori a sostegno della teoria interpretativa, richiamati da Silva, si annoverano MAYER, *Die allgemeinen Strafscharfungsgrunde des Deutschen Militar – Strafgesetzbuches*, Leipzig, 1903, 20 ss e HOPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, I, Berlin, 1901, 182. Sul punto cfr. anche VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, 514. Tra i sostenitori dell'indirizzo maggioritario, che danno rilievo all'applicazione della norma, si vedano, tra gli altri, FROSALI, *Concorso apparente di norme e concorso di reati*, cit. 757; PAGLIARO, (voce) *Concorso apparente di norme*, cit., 545, secondo cui non potrebbe trattarsi di un problema di interpretazione in quanto l'interpretazione delle norme di per sé non dice nulla rispetto al problema in esame, né di un problema di validità della norme poiché, non potendo porre - come punto di riferimento delle norme concorrenti - una determinata situazione storica, si dovrebbe giungere alla conclusione di rilevare, nelle ipotesi che la dottrina ritiene di concorso di norme, la validità di entrambi i precetti.

dalla più autorevole dottrina, peraltro, il problema della validità della norma è un problema ben diverso da quello attinente alla sua applicabilità. Qualora si discutesse di mera applicabilità della norma si partirebbe dall'assunto secondo cui le norme concorrenti contemplino tutte il fatto, con la conseguenza che l'accertata prevalenza di una norma rispetto all'altra abbia validità nel solo caso di specie. Al contrario, nel caso in cui si ritenga che il problema del concorso apparente di norme rifletta una questione attinente alla validità della norma, ciò significherebbe che le norme apparentemente concorrenti siano tali perché presentano in astratto diversi oggetti di previsione. In questa prospettiva al fatto concreto sarebbe applicabile solo la norma che lo prevede, mentre le altre non troverebbero applicazione perché il fatto non sarebbe proprio previsto dalla norma in esame⁸.

In disparte dei problemi dogmatici palesati, una volta chiarito che il concorso apparente rappresenti la negazione del concorso effettivo di reati⁹ o, secondo taluni, il suo mero presupposto (in quanto, solo all'esito di una preliminare valutazione dell'insussistenza di un concorso apparente di norme può valutarsi la rilevanza di un concorso effettivo¹⁰), sembra opportuno riassumere brevemente quali siano gli aspetti caratteristici ed i tratti differenziali tra concorso effettivo e concorso apparente di reati e quindi tra convergenza apparente e reale di norme.

Come noto, il concorso effettivo di reati si realizza quando uno stesso soggetto ha violato più volte la legge penale e debba, pertanto, rispondere

⁸ In argomento, analiticamente, MANTOVANI, *Concorso*, cit., 63 s.

⁹ Vedi FROSALI, *Concorso di norme e di reati*, cit., 750. Per MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 65 ss., stabilire se il concorso apparente sia un istituto da considerare eccezionale e contrapposto al concorso di reati, oppure un istituto autonomo non è di poca rilevanza pratica. Affermare che il concorso di reati ed il concorso apparente si pongano in un rapporto di regola-eccezione significa, infatti, tornare ad applicare la regola nei casi dubbi e quindi, in via implicita, ammettere la prevalenza del concorso di reati. Non altrettanto avverrebbe qualora si ammettesse che il concorso di norme sia espressione di un principio autonomo.

¹⁰ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 100; BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, 111 s.

di più reati¹¹. Di qui, l'evidente differenziazione rispetto al concorso apparente di norme, ove solo una delle norme astrattamente applicabili potrà trovare applicazione nel caso di specie. La convergenza effettiva, inoltre, a differenza del concorso apparente di norme - o, se si preferisce, del non concorso di norme - non rappresenta un fenomeno unitario ma si bipartisce nelle forme del concorso materiale (o reale) di reati, quando il soggetto abbia posto in essere più reati con più azioni ed omissioni; e nel concorso formale (o ideale) di norme, che si realizza qualora il soggetto abbia realizzato più reati con una sola azione od omissione. In entrambe le forme, inoltre, il concorso di reati può palesarsi come omogeneo od eterogeneo, a seconda che si violi più volte la stessa norma o più norme diverse. Il concorso materiale ed il concorso formale si differenziano, inoltre, per l'attuale trattamento sanzionatorio. Se, in origine, il codice Rocco prevedeva un identico trattamento sanzionatorio per entrambi i tipi di concorso, sottoponendo - seppure con gli opportuni temperamenti - anche il concorso formale al cumulo materiale, la riforma del 1974 (Dl. 99/74) ha ripristinato la differenziazione, che veniva in precedenza praticata già dal codice Zanardelli. Ed invero, se il previgente codice sottoponeva il trattamento sanzionatorio al principio dell'assorbimento, attualmente l'art 81 c.p. prevede la regola del cumulo giuridico dichiarando che sia *«punito con la pena che dovrebbe infliggersi con la violazione più grave, aumentata fino al triplo, chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge, ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge»*¹². Il trattamento sanzionatorio viene dunque equiparato a quello del reato continuato, pur non mutando la sua struttura, che resta identificabile nel fenomeno della pluralità di reati. L'obiettivo

¹¹ Sul significato di unità o pluralità di reati si veda FROSALI, *Concorso di norme*, cit., 75 ss.

¹² Per un'attenta analisi del fenomeno sanzionatorio nell'ambito del concorso di reati si rinvia, *ex multis*, a MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 460 ss.

è evidentemente quello di rispettare il principio di proporzionalità e di differenziare il trattamento sanzionatorio applicabile nel caso del concorso materiale di reati, ove il soggetto violi più disposizioni della legge penale realizzando più azioni od omissioni e, pertanto, manifestando una maggiore colpevolezza ed una più intesa propensione a delinquere.

Il fenomeno del concorso reale di reati, sia che questo si manifesti come concorso materiale o formale, si differenzia in modo palese dal concorso apparente di norme¹³.

Il concorso apparente di norme si realizza allorquando più norme appaiano, *prima facie*, tutte riferibili al medesimo fatto, anche se, ad una più attenta analisi, solo una di esse risulta in concreto applicabile. Ne consegue che, per realizzare un concorso apparente, sia necessario che le norme non si pongano in evidente antinomia. Ed invero, nel caso in cui le norme si presentino immediatamente incompatibili, non potrebbe realizzarsi nemmeno un'apparenza di concorso, ravvisando, al contrario, un conflitto di norme, come avviene nel caso di convergenza tra norma incriminatrice e norma, anche di natura extrapenale, che imponga o autorizzi un determinato comportamento per l'esimente del consenso dell'avente diritto, ed in generale per l'operatività delle cause di giustificazione codificate¹⁴.

La *ratio* del concorso di norme, o il principio logico ad esso sotteso, è ravvisabile nel divieto di *bis in idem* sostanziale, vale a dire nel divieto di punire due volte l'autore per lo stesso fatto. Laddove non si ponesse un problema di concorso apparente e non operassero i criteri individuati dalla dottrina al fine di individuare la norma prevalente, l'esito sarebbe quello di una duplicazione sanzionatoria in evidente spregio delle più basilari garanzie penalistiche e del principio di proporzionalità.

¹³ Per tutti ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giustizia penale*, 1942, II, 609 ss.

¹⁴ Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 463 e 241.

Il problema della convergenza di norme, di per sé già rilevante sia sul piano terminologico che della collocazione dogmatica, si complica ulteriormente nell'ipotesi in cui sussista un concorso infrasistemico, ovvero qualora la convergenza abbracci norme appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi¹⁵. A ben vedere, infatti, la convergenza rappresenta un fenomeno unitario che può realizzarsi sia tra norme dello stesso ordinamento che siano tra loro antitetiche o semplicemente diverse, che tra norme di ordinamenti diversi, che siano anch'esse diverse o addirittura antitetiche.

Ai nostri fini resta dunque da chiedersi se, nel caso di convergenza tra norma penale ed amministrativa riferibile allo stesso fatto, possa configurarsi un'ipotesi di concorso effettivo ovvero apparente di norme. Risultato, questo, da tenere in considerazione valutando aprioristicamente la natura da attribuire alla sanzione amministrativa e, di conseguenza, all'illecito che ne rappresenta il presupposto.

Il problema che si pone, in altri termini, comporta due diversi ordini di valutazioni: in primo luogo ci si chiede come possa identificarsi il rapporto tra norme amministrative e norme penali convergenti qualora l'illecito amministrativo debba qualificarsi come un illecito sostanzialmente penale; in subordine, la questione è se i criteri risolutivi del concorso apparente tra norma penale e norma amministrativa possano considerarsi validi anche per tutte le altre sanzioni sostanzialmente penali. Ed invero, il fenomeno della convergenza di norme richiede, inevitabilmente, una riflessione sulla natura da attribuire all'illecito amministrativo, partendo dalla concezione sostanziale di sanzione penale avallata dalla più autorevole dottrina, così come dai recenti e consolidati approdi della Corte di Strasburgo.

¹⁵ MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.* In argomento, diffusamente, SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 86 ss.

Di qui, una prima parziale conclusione: qualora l'illecito amministrativo possa definirsi sostanzialmente penale, avendo natura punitiva, l'indagine dovrà considerare i canoni del diritto penale, comprensivi del *ne bis in idem*, che permea la struttura e l'operatività del concorso apparente di norme, al fine di rispettare il principio di colpevolezza e di proporzionalità nella risposta sanzionatoria.

1.2. I criteri risolutivi del concorso apparente: inutilità e superfetazione delle soluzioni prospettate dalle teorie pluraliste

Il concorso o la convergenza apparente di norme può ravvisarsi solo nel caso in cui, oltre alla pluralità di norme violate, sussista altresì un'identità del fatto contemplato da più norme¹⁶. Nel caso in cui le norme siano deputate a vietare la realizzazione di diversi fatti di reato, invero, si realizzerrebbe un'ipotesi di concorso effettivo, *sub specie* di concorso formale o materiale, a seconda che i molteplici reati vengano realizzati con più azioni od omissioni o con una sola azione od omissione.

Il problema maggiore resta, tuttavia, quello relativo all'individuazione dei criteri volti al riconoscimento della norma da applicare al caso di specie. Se, infatti, il concorso apparente di norme si realizza allorquando più norme sembrano, *prima facie*, tutte applicabili allo stesso fatto, è dovere dell'interprete selezionare la disposizione che sia concretamente destinata a prevalere sulle altre.

Sul punto si sono avvicendate diverse teorie che possono suddividersi secondo criteri di tipo qualitativo e quantitativo.

¹⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 464.

La dottrina che distingue i criteri risolutivi del concorso apparente sulla base di connotazioni qualitative individua tre macrocategorie di criteri, riconducibili alle teorie a sfondo valutativo, naturalistico e strutturale¹⁷.

Le dottrine a sfondo valutativo-teleologico attribuiscono, secondo tale indirizzo, fondamentale importanza alla relazione sussistente tra gli interessi protetti dalle disposizioni confrontate. Sarebbe, dunque, il bene giuridico tutelato e l'intensità della sua aggressione ad assumere rilievo per l'individuazione della norma prevalente, così come accade per i criteri di sussidiarietà e di consunzione. Accanto a tali criteri si staglia anche il principio di specialità, che presupporrebbe una mera analisi delle relazioni strutturali tra le fattispecie, non arrivando ad indagare l'oggettività giuridica tutelata dalla norma. Non sono mancate, infatti, opinioni tese a ricondurre anche il criterio di specialità ad interpretazioni di carattere valoriale, sostenendo che il concetto di stessa materia si riferirebbe all'identità del bene giuridico tutelato¹⁸. Questa impostazione viene tuttavia criticata dalla dottrina prevalente in maniera del tutto condivisibile: invero, pur potendo, nel rapporto di specialità, essere implicata una valutazione degli interessi protetti, è la relazione di *genus ad speciem* a riflettersi sul piano dell'oggettività giuridica tutelata e non viceversa¹⁹.

Seguendo la precedente impostazione, le teorie in tema di concorso apparente di norme potrebbero essere poi ricondotte, come anticipato, non solo all'indirizzo valoriale, ma anche a quello naturalistico e strutturale.

¹⁷ Sul punto, diffusamente, DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 1 ss.

¹⁸ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 633.

¹⁹ In altri termini, la constatazione relativa all'identità o alla diversità dei beni giuridici tutelati può essere considerata solo un *posterius* dell'indagine sul rapporto di specialità e non un elemento determinante per l'esistenza di tale rapporto: DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit.; MANTOVANI, *Concorso*, cit., 170.

Le teorie naturalistiche, in particolare, considerano il concetto di “stessa materia” come “medesima situazione di fatto in concreto verificatesi”. Secondo questo indirizzo, una volta escluso che il concetto di stessa materia possa essere identificato come identità del bene giuridico tutelato, sarebbe comunque necessario interpretare il rapporto di specialità oltre i limiti del confronto strutturale tra fattispecie astratte²⁰. Il risultato, da molti avvertito²¹, sarebbe quello di individuare un concorso apparente anche nel caso in cui le norme, sul piano astratto, non presentino alcuna relazione di *species ad genus*. Così facendo – tuttavia – si svuoterebbe lo stesso significato della specialità, inteso come rapporto astratto che prescinde dal concreto atteggiarsi del fatto, proprio al fine di non giungere a risultati che varino in base al caso di specie.

Di qui la predilezione verso la concezione strutturale, secondo cui il problema del concorso apparente di norme può essere definito come un problema tra fattispecie astratte, senza alcun riferimento al “fatto in concreto”. In questo senso, procedendo ad un confronto strutturale tra le norme, dovrebbero prendersi in considerazione tutte le possibili relazioni tra fattispecie e poi verificare se si è al cospetto di una convergenza apparente o di un concorso di reati. Inoltre il concetto di stessa materia, come osservato da autorevole dottrina, richiamerebbe il generico presupposto della convergenza di norme per l’operatività del principio di specialità. In

²⁰ Sul punto ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 121. In argomento cfr. anche CONTI, (voce) *Concorso apparente di norme*, in *Nss. Dig. it*, Vol. III, 1959, 1012 ss.

²¹ Si veda a tal riguardo la critica mossa da MANTOVANI, *Concorso*, cit., 153 ss. Sul punto anche DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 17 ss., secondo cui le teorie naturalistiche che fanno leva sul concetto di specialità in concreto non sarebbero in grado, in via pratica, di distinguere il concorso apparente di norme dal concorso formale di reati. Ciò in quanto il rapporto elemento generico- elemento specifico che dovrebbe costituire il presupposto per enucleare la fattispecie concreta alle norme convergenti, non è sempre riscontrabile, né può essere sempre ricondotto per intero ad entrambe le fattispecie legali in rapporto di specialità bilaterale. In altri termini, il tentativo di distinguere, sulla base del fatto in concreto, le ipotesi della specialità bilaterale, su cui insiste l’indirizzo naturalistico, dalle ipotesi di interferenza, dovrebbe considerarsi fallimentare.

tal senso, le norme convergenti non dovrebbero ritenersi perfettamente coincidenti nel loro contenuto, visto che in questo caso diverrebbe pressoché impossibile individuare la norma speciale, ma dovrebbero instaurare dei legami che consentano di ravvisarne i rapporti di *genus ad speciem* tra le fattispecie. In altri termini, due norme sarebbero deputate a regolare la stessa materia allorché, se la materia non fosse regolata dalla norma speciale, ricadrebbe comunque nell'ambito applicativo della norma generale²².

Fatte tali premesse, come si anticipava, le diverse teorie in tema di concorso apparente di norme possono suddividersi secondo criteri di tipo quantitativo più che qualitativo, giustificando la bipartizione tra teorie monistiche e pluraliste.

I sostenitori della teoria monistica affermano che il principio di specialità possa ritenersi l'unico criterio in grado di validare la norma effettivamente applicabile al caso di specie. Questo sia perché tale principio sarebbe l'unico rafforzato da un'autentica base normativa²³, sia in virtù dell'incertezza derivante dai criteri di consunzione ed assorbimento²⁴.

²² In argomento, diffusamente, MANTOVANI, *Concorso*, cit., 434 ss, che richiama all'uopo anche la Relazione ministeriale sul codice penale, per spiegare in cosa si concretizzi il concetto di "stessa materia". In modo parzialmente difforme DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 24, secondo cui il problema in questi termini sarebbe dato proprio dall'assenza di criteri normativi per individuare un'ipotesi di convergenza. Invero, la norma non si preoccuperebbe di distinguere l'ipotesi di identità o di diversità dei fatti giuridici contemplati dalle norme posti a confronto.

²³ Per tutti ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1948, I, 1 ss. Tra gli altri DELITALA, *Concorso di norme*, cit., 104 ss; DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 119 ss.

²⁴ Muove una palese critica ai criteri di sussidiarietà e, soprattutto, di consunzione, tra gli altri, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 470. Più in particolare, l'autore ritiene che ad essere sostanzialmente inutile sia il principio di consunzione, in ragione del fatto che le ipotesi riconducibili a tale criterio ermeneutico sarebbero già di per sé risolvibili alla luce del criterio di specialità e, al più, di sussidiarietà. Inoltre, entrambi i suddetti criteri presenterebbero vizi e limiti insuperabili sia per l'assenza di un fondamento normativo, sia per la loro vaghezza. Si tratterebbe, in sostanza, di criteri insufficienti in quanto tesi ad affermare il concorso apparente in tutti i casi di concorso di norme, anche qualora l'unicità del reato appaia ovvia. Inoltre, essi potrebbero considerarsi indeterminati al pari di tutti gli altri criteri valoriali, in quanto basati sull'incerta individuazione del bene giuridico tutelato tra le norme concorrenti e l'integrale assorbimento di un valore normativo nell'altro.

L'indirizzo pluralista, al contrario, ritiene tale criterio sia il più delle volte insufficiente, palesando la necessità di ricorrere a criteri ulteriori, elaborati in via pretoria, che si incentrino sulla valorizzazione dell'oggettività giuridica tutelata ed in generale del disvalore della norma²⁵.

Per il criterio di consunzione, ammesso da parte dei sostenitori della teoria pluralista, la norma consumante prevale sulla norma consumata, dovendo ritenere consumante la norma il cui fatto comprende in sé quello previsto dalla norma consumata, così esaurendo l'intero disvalore del fatto concreto. La consunzione si realizzerebbe, dunque, nei casi di continenza necessaria di una norma in un'altra più grave, come avviene nel caso di reato complesso o reato progressivo; nei casi di continenza eventuale di un reato maggiore in un reato minore; oppure nei casi di *ante factum* e *post factum* non punibili²⁶. In quest'ultimo caso il criterio di consunzione svelerebbe la sua più autentica funzione, che non è solo quella di far rientrare nel concorso apparente i casi in cui un reato è elemento essenziale dell'altro, ma anche le ipotesi in cui il reato sia uno dei possibili modi di realizzazione del reato continente, o nei casi in cui ne rappresenti il mero antefatto o *postfactum*²⁷.

²⁵ Ad avvalorare i criteri di sussidiarietà e consunzione sono, tra gli altri, GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, cit., 502 ss, e BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 653. Per la dottrina moderna, AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge*, in RONCO-AMBROSETTI-MEZZETTI (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, 439 ss; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 721 ss; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 446 ss; ROMANO, *Sub art. 15*, in ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, 15 ss. Sul punto cfr. anche PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 545 ss e ID., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Indice penale*, 1976, 217 s, che valorizza il criterio di specialità e quello di consunzione. Affiancano al criterio di specialità il criterio di sussidiarietà FROSALI, *Concorso*, cit., 467 ss; MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, II ed., Padova, 1951., 75 ss.

²⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 467 s; MANTOVANI, *Concorso*, cit., 91.

²⁷ MANTOVANI, *Concorso*, cit., 92.

Il criterio di sussidiarietà si fonda, invece, sull'assunto secondo cui la norma principale escluda l'applicabilità della norma secondaria. Deve considerarsi sussidiaria, dal canto suo, la norma che tuteli un grado inferiore dell'identico bene giuridico tutelato dalla norma prevalente, esaurendone l'intero disvalore del fatto²⁸. La norma sussidiaria avrebbe quindi una funzione suppletoria ed integrativa della tutela, trovando applicazione solo nel caso in cui non sia applicabile la norma principale²⁹. I presupposti per l'operatività del criterio di sussidiarietà sono dati dalla sussistenza di un rapporto di specialità reciproca tra le fattispecie e dall'assorbimento dell'interesse tutelato da una norma nell'interesse tutelato dall'altra. Accanto alla sussidiarietà espressa, in cui l'assorbimento viene individuato propriamente dalla legge, escludendo di fatto un'ipotesi di convergenza apparente³⁰, si staglia la sussidiarietà tacita, che si realizza attraverso l'estensione analogica del criterio di sussidiarietà espressa a casi analoghi.

Parte della dottrina ha rilevato che, nel silenzio della legge, per evitare che l'interpretazione dia luogo ad arbitri interpretativi, la sussidiarietà tacita debba essere intesa come una necessità logico-giuridica da valutarsi in ragione dell'identità di natura degli interessi protetti, della mera differenziazione di grado nella tutela di tali interessi e della differenza di trattamento penale tra le norme³¹. A questo orientamento se ne è contrapposto un altro, secondo cui i casi di sussidiarietà espressa e tacita sarebbero manifestazioni dello stesso principio, rientrando tutti nella medesima *ratio decidendi*. Pertanto, non occorrerebbe logicamente la sussistenza di una differenziazione di grado tra gli interessi tutelati per ammettere la sussidiarietà

²⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 467. Deve quindi considerarsi principale la norma che tuteli accanto al bene giuridico protetto dalla norma sussidiaria uno o più beni ulteriori, ovvero che reprima un grado di offesa più grave dello stesso bene: in questo senso MARINUCCI DOLCINI, *Manuale diritto penale*, cit., 564.

²⁹ GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, cit., 506 s.

³⁰ Sul punto ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 8.

³¹ FROSALI, *Concorso*, cit., 464 ss.

tacita³². La critica a tale teoria si basa essenzialmente sull'incertezza paventata dai risultati cui dovrebbe condurre. Invero, poiché non sussiste nella legge un criterio costante e certo per riconoscere detto assorbimento, al fine di limitare l'arbitrio del giudice, la sussidiarietà tacita viene riconosciuta solo nei casi in cui le due norme tutelino l'una un grado maggiore dell'identico interesse tutelato dall'altra. Cosicché, la norma assorbente dovrebbe individuarsi nella norma che prevede un trattamento sanzionatorio più severo, sulla base del presupposto per cui la norma che tutela un interesse maggiore preveda anche una pena più rigida in caso di violazione del precetto³³.

Una volta analizzato il significato dei criteri di consunzione e di sussidiarietà, al fine di aderire all'uno o all'altro orientamento, risulta utile dar conto degli argomenti adottati a sostegno delle diverse teorie.

In questa prospettiva, i sostenitori dell'indirizzo pluralista ritengono che l'ammissibilità di altri criteri, rispetto a quello della specialità, sia giustificata da una serie di indici: tra questi gli apprezzamenti di valore desumibili dal significato complessivo della situazione oggetto del concorso e l'inciso finale dell'art.15 "*salvo che non sia altrimenti stabilito*", nonché le numerose clausole di riserva contenute nelle disposizioni che rinviino a reati sanzionati più gravemente. La presenza di tali clausole testimonierebbe il fatto che il legislatore abbia talora adottato criteri alternativi rispetto alla specialità che risultino fondati sul contenuto di disvalore della fattispecie piuttosto che sul mero rapporto strutturale³⁴.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la presenza di clausole di riserva non servirebbe a giustificare l'operatività di criteri ulteriori, sulla

³² Per una dettagliata analisi MANTOVANI, *Concorso*, cit., 88 s.

³³ MANTOVANI, *Diritto penale*, op. loc. ult. cit.

³⁴ PAGLIARO, *Concorso di norme*, cit., 548.

base della considerazione per cui tali clausole non siano sempre poste a salvaguardia di fattispecie più gravi, ma si presentino talvolta come clausole indeterminate, e si riferiscano altre volte a singole disposizioni specificamente individuate³⁵. Allorquando la norma si riferisca ad una fattispecie determinata, invero, un problema di concorso apparente non sembrerebbe porsi affatto. Qualora, invece, le clausole siano (anche relativamente) indeterminate, queste sembrerebbero imporre l'esigenza di ricercare la disposizione prevalente sulla base di criteri che non possono desumersi dalla clausola stessa³⁶, la quale, pertanto, non varrebbe di per sé a giustificare una deroga al criterio di specialità.

Sebbene, quindi, il criterio di sussidiarietà possa considerarsi certamente più utile del criterio di consunzione, le cui ipotesi potrebbero essere risolte già sulla base di tale criterio o di quello di specialità, anche tale criterio non viene unanimemente ammesso dalla dottrina. La sussidiarietà, oltre alla sussistenza di presupposti incerti, non consentirebbe infatti una corretta delimitazione rispetto al fenomeno del concorso formale di reati, partecipando alla sua stessa struttura in virtù del rapporto di specialità bilaterale che si instaura tra norma sussidiaria e norma assorbente³⁷.

A tali rilievi i sostenitori della teoria pluralista controbattono, in primo luogo, che dalla mancata espressa codificazione del criterio non possa desumersi alcunché, considerando il fatto che si tratti di principi complementari che traggono la loro forza dal principio di specialità, rappresentandone peraltro un completamento. Inoltre, anche tali criteri troverebbero un fondamento normativo (almeno implicito), considerando il principio di consunzione ancorato agli artt. 84 e 68 c.p., in tema di reato complesso e

³⁵ Così DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, 419.

³⁶ DE FRANCESCO, *Concorso apparente*, op. loc. ult. cit.

³⁷ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 467.

concorso di circostanze, ed il principio di sussidiarietà giustificato da diverse clausole di riserva, sempreché queste non si limitino a ribadire la sussistenza di una relazione di specialità tra fattispecie³⁸.

1.3. Connotati strutturali ed ontologici del principio di specialità. Per una valorizzazione esclusiva del criterio di specialità anche in caso di convergenza apparente inter-ordinamentale?

Sulla base delle considerazioni svolte e degli evidenti limiti che caratterizzano i principi di sussidiarietà e di consunzione, si ritiene preferibile concentrare l'attenzione sul principio di specialità.

Nonostante i suggestivi argomenti della teoria pluralista, infatti, il principio di specialità è il solo criterio avallato da una specifica disposizione normativa, risultando, ciononostante, in grado di risolvere la pressoché totalità dei problemi legati alla convergenza di norme³⁹.

Del resto, come è stato osservato, la teoria pluralista trova le sue origini nell'ordinamento tedesco, ove l'ordinamento positivo non contiene alcun riferimento di carattere generale al concorso apparente di norme. Di qui la necessità, per la dottrina d'oltralpe, di elaborare tutta una serie di criteri risolutivi che prescindano da qualsivoglia fondamento normativo⁴⁰. Tale esigenza non sarebbe invece avvertita nel nostro ordinamento, in cui è stato lo stesso legislatore ad individuare un criterio risolutivo del concorso apparente. Ne consegue che trasportare questa tesi nell'ordinamento italiano, senza tener conto della diversità tra le legislazioni e delle stesse problema-

³⁸ FROSALI, *concorso*, cit, 406; PAGLIARO, *Concorso*, cit., 347 s.

³⁹ Così anche ANTOLISEI, *Sul concorso apparente*, cit., 260; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 157 ss; CONTI, *Concorso*, cit.,1012.

⁴⁰ MANTOVANI, *concorso*, cit., 74.

tiche che essa genera nella dottrina tedesca, determinerebbe un'inutile complicazione della materia, già di per sé piuttosto articolata e complessa⁴¹. Del resto, anche volendo ammettere che il solo criterio di specialità non sia in grado di abbracciare tutte le relazioni tra fattispecie e che, quindi, risulterebbe criticabile l'atteggiamento della dottrina a sostegno della teoria monista, volta ad ampliare a dismisura il concetto di specialità⁴², il criterio di consunzione sembrerebbe un'inutile superfetazione, essendo sufficiente utilizzare *ad adiuvandum* il criterio di sussidiarietà, sia essa espressa che tacita⁴³.

Nonostante la centralità che nel dibattito dottrinale assume il criterio di specialità, elevabile ad unico criterio valido per la risoluzione del concorso apparente, già da una prima lettura dell'art. 15 c.p., risulta evidente la sussistenza di una serie di problemi interpretativi che riguardano le locuzioni e più propriamente la perimetrazione da attribuire al principio di specialità.

In primo luogo, diverse perplessità ha destato il concetto di stessa materia; in subordine, anche l'esatto atteggiarsi del principio di specialità ed il significato da attribuire alla locuzione "salvo non sia altrimenti stabilito", sono stati oggetto di dibattiti.

Partendo dal concetto di stessa materia il tentativo di ricondurlo al presupposto dell'identità di bene giuridico⁴⁴, potrebbe verosimilmente

⁴¹ ANTOLISEI, *Sul concorso*, 246. Cfr. sul punto anche MANTOVANI, *concorso*, op. loc. ult. cit.

⁴² SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 152 ss. L'autrice rileva, in senso critico, le posizioni dei sostenitori della teoria monista che arrivano a ricomprendere in seno alla specialità una serie di situazioni ben più ampie della specialità unilaterale. In questo, oltre all'ampliamento del canone interpretativo alla specialità bilaterale, si fa riferimento all'enunciazione della specialità in concreto. In questo modo la dottrina monista si farebbe portavoce delle stesse esigenze dichiarate dai sostenitori della tesi pluralista. Sul punto anche AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della stessa legge penale*, cit., 441.

⁴³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 469.

⁴⁴ Sul punto BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 633. Diversi anche i tentativi della giurisprudenza più attuale di limitare il principio di specialità, interpretando il concetto di stessa materia

creare gli stessi dubbi interpretativi che sono stati palesati nei confronti del criterio di consunzione e di assorbimento. Tale tesi, inoltre, manca di qualsivoglia fondamento concettuale, attribuendo alla legge un significato palesemente contrario al senso letterale del termine. Con la locuzione stessa materia, invero, il legislatore intende indicare solo i presupposti del concorso, ossia che lo stesso fatto sia riconducibile sia alla norma generale che alla norma speciale⁴⁵. Peraltro, nessuna ragione di tipo logico potrebbe opporsi al riconoscimento del concorso apparente nel caso in cui le norme tutelino beni giuridici parzialmente diversi, come avviene per l'ingiuria e per l'oltraggio o per il peculato e l'appropriazione indebita. Norme, queste, che possono considerarsi a tutela di oggettività giuridiche parzialmente diverse, essendo deputate, nel primo caso, a garantire ora l'onore, ora l'interesse della pubblica amministrazione a che sia garantito il prestigio e il decoro del pubblico ufficiale. Nel secondo caso, trattandosi di norme volte a garantire il patrimonio, nell'ipotesi di appropriazione indebita, ed il patrimonio unitamente al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione, in riferimento al peculato⁴⁶. Negare un'ipotesi di concorso apparente in questi casi, per il solo fatto della non perfetta coincidenza dei beni giuridici tutelati, condurrebbe infatti all'aberrante risultato di dover sanzionare il reo due volte per lo stesso fatto, realizzando un'evidente violazione del divieto di *bis in idem*.

Si ritiene, dunque, preferibile interpretare il concetto di stessa materia come identità del fatto, da non intendersi tuttavia come medesimezza

come identità di bene giuridico: tra queste pronunce Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539; Cass. sez. IV, 25 novembre 2014, n. 45132.

⁴⁵ Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 466. Nello stesso senso MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 562 s. e DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 422. Secondo l'autore, invero, tra tutte le interpretazioni che possono essere date al concetto di stessa "materia" la più aderente al dato letterale è quella che identifica il concetto di materia con un dato puramente normativo, richiedendo un'indagine strutturale fondata sul confronto diretto tra fattispecie astratte.

⁴⁶ Cfr. sul punto, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 563.

del fatto storico, ma come confronto strutturale tra le fattispecie⁴⁷. Se, infatti, dovesse condividersi il tentativo di identificare la locuzione “stessa materia” come “stessa situazione concreta”, la logica conseguenza sarebbe quella di accogliere un concetto di specialità non solo in astratto ma anche in concreto. Secondo autorevole dottrina, infatti, lo stesso inciso “stessa materia” lascerebbe intendere che la norma profili non un rapporto bilaterale, ma un rapporto trilaterale tra due norme ed una medesima fattispecie concreta. Ed invero, la considerazione del fatto storico consentirebbe di risolvere i casi più controversi in cui non sussiste una specialità astratta tra le fattispecie, individuando la norma speciale, rispetto al fatto concreto, in quella che tutela un interesse che assorbe l’interesse tutelato dall’altra norma⁴⁸. Come è stato correttamente ribadito da un altro indirizzo, tuttavia, la specialità in concreto sarebbe una contraddizione in termini, in quanto non avrebbe senso far dipendere l’instaurazione di un rapporto di genere a specie dall’atteggiarsi del fatto concreto, rendendo il risultato di per sé variabile ed incerto. La specialità in concreto più che un criterio vero e proprio rappresenterebbe, quindi, un tentativo di legittimare l’operatività della specialità reciproca, estendendo l’operatività del concorso apparente

⁴⁷ MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 563. Sul punto anche Cass., SSUU, 28 ottobre 2010, n. 1235, Giordano; Cass., SSUU, 28 ottobre 2010, n.1963; Cass., SSUU, 19 aprile 2007, n. 16568.

⁴⁸ Sul punto analiticamente GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. 1 *diritto penale*, vol. 1, 159, secondo cui, laddove la norma dovesse riferirsi alla sola specialità in astratto, avrebbe previsto *sic et simpliciter* la dizione “la norma speciale deroga alla norma generale”. Più in dettaglio, secondo l’autore, attesi i punti critici del principio di consunzione e di quello di sussidiarietà, il criterio di specialità dovrebbe essere esteso fino ricomprendere le ipotesi di specialità in concreto. Rispetto al fatto concreto, a prevalere sarebbe la norma che tutela un interesse che ricomprende l’interesse tutelato nell’altra, e dunque la norma che prevede la conseguenza sanzionatoria più grave. Un siffatto criterio, di ordine valutativo, consentirebbe altresì di individuare quale sia la norma prevalente nei rapporti di specialità bilaterale, rendendo di fatto tale declinazione del principio di specialità compatibile con il sistema penale.

di norme⁴⁹. Anche accedendo alla teoria secondo cui l'art. 15 c.p. abbraccerebbe sia le ipotesi di specialità in astratto che di specialità in concreto, a ben vedere, si dissimulerebbe come principio di specialità un principio che resta estraneo al suo stesso significato, prendendo in riferimento un criterio che non è intrinseco, ma estrinseco alle fattispecie⁵⁰.

Quello di specialità rappresenta, inoltre, un rapporto complesso in considerazione delle sue possibili forme di manifestazione. Alla tradizionale ipotesi della specialità per specificazione, che si realizza qualora la norma speciale contenga almeno un elemento costitutivo specifico rispetto alla norma generale, oppure qualora tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie abbiano carattere specifico nei confronti dell'altra, si affianca la specialità per aggiunta. Questo tipo di specialità si ravvisa qualora la norma speciale contenga tutti gli elementi dell'altra più un *quid pluris* che determina la sua prevalenza, rappresentando di fatto pur sempre una specificazione della fattispecie generale⁵¹.

Ci si potrebbe legittimamente chiedere se la presenza di elementi specializzanti sia compatibile con il significato di "stessa materia" da intendersi come confronto strutturale tra le fattispecie. Ed invero, sul piano prettamente logico, il concetto di stessa materia sembrerebbe evocare una per-

⁴⁹ Sul punto analiticamente MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 467.

⁵⁰ MANTOVANI, *Concorso*, cit., 138.

⁵¹ Critico verso una tale distinzione è PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, 189, secondo cui l'aggiunta rappresenterebbe, di per sé, una specificazione, e la specificazione consisterebbe nell'aggiunta di un requisito. Pertanto, quando si dia rilievo autonomo all'aggiunta non si ragionerebbe più sul piano logico del confronto tra fattispecie, ma si sconfinerebbe sul piano del fatto in concreto. L'aggiunta, dunque, anziché rappresentare una relazione strutturale tra le fattispecie, indicherebbe un elemento del fatto in più, potendo giungere anche a negare il concetto di stessa materia, inducendo l'interprete a propendere per la realizzazione di un concorso effettivo di norme. Afferma un concetto unitario di specialità ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, cit., 3, secondo cui la norma speciale deve presentare uno o più elementi aggiuntivi o specializzanti, per cui la norma generale ha un'estensione maggiore di quella specializzante. Per la giurisprudenza, si veda, sul punto, Cass., SS.UU., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano.

fetta identità strutturale tra le fattispecie. Una siffatta interpretazione, tuttavia, può essere immediatamente rigettata in considerazione dello stesso significato della specialità, che non avrebbe ragion d'essere qualora si richiedesse una coincidenza di tutti gli elementi strutturali delle fattispecie⁵². Del resto, anche sul piano dell'economia legislativa un'ipotesi del genere sarebbe difficilmente ammissibile, in quanto dovrebbe ammettersi che il legislatore possa avventatamente duplicare le norme penali regolanti uno stesso fatto. Di qui il dubbio se l'indagine sul concetto di stessa materia debba avere ad oggetto l'individuazione della misura in cui la diversità sia sinonimo di una convergenza apparente oppure di una convergenza reale⁵³: da questo punto di vista sarebbe compatibile con il concetto di stessa materia la diversità ravvisabile sia nelle ipotesi di specialità per aggiunta, che di specialità per specificazione. Ed invero, nel caso di specialità per aggiunta il nucleo comune resta identico e non può identificarsi in una relazione di diversità tra le fattispecie per il solo fatto che una norma contenga taluni elementi aggiuntivi. Per quanto concerne la specialità per specificazione, un'identità di materia sarebbe invece più agevolmente riconoscibile sulla base del presupposto secondo cui l'elemento specifico sia per definizione già compreso nel *genus* corrispondente, e ne rappresenti uno degli elementi strutturali⁵⁴.

La specialità può declinarsi poi come specialità unilaterale o bilaterale, a seconda che sia una norma soltanto a presentare elementi specializzanti nei confronti dell'altra o nel caso in cui siano entrambe le norme a presentare reciprocamente aspetti speciali.

⁵² DE FRANCESCO, *Concorso*, cit., 422.

⁵³ DE FRANCESCO, op. loc. ult. cit

⁵⁴ Così dettagliatamente DE FRANCESCO, op. loc. ult. cit.

La specialità bilaterale o reciproca si realizza, in particolare, qualora le due norme presentino degli elementi reciprocamente specializzanti⁵⁵. In una siffatta ipotesi, quindi, entrambe le disposizioni in concorso si caratterizzerebbero per la presenza, accanto ad un nucleo comune, di un elemento di specialità rispetto all'altra.

Da questo punto di vista, per stabilire quale delle due norme sia in concreto applicabile non potrebbe farsi riferimento ai criteri astratti previsti dall'art. 15 c.p., posto che entrambe le norme devono considerarsi speciali. Si è pertanto ritenuto di considerare operante talvolta la norma che prevede il maggior grado di specialità, altre volte quella che prevede un trattamento sanzionatorio più severo.

Nel primo caso sarebbe difficile ravvisare una fattispecie maggiormente speciale dell'altra nella maggior parte delle ipotesi. Nel secondo caso, invece, si resterebbe al di fuori degli stessi criteri prospettati dalla specialità, confondendolo il principio con il criterio di consunzione o di sussidiarietà tacita.

Di qui la considerazione per cui la specialità bilaterale non sia una vera e propria specialità, in quanto inidonea ad individuare la norma prevalente⁵⁶.

Accanto a questo orientamento interpretativo si pone chi tende a differenziare la specialità bilaterale per aggiunta dalla specialità bilaterale per specificazione. Si è affermato, in tal senso, che il problema della specialità bilaterale sia soprattutto attinente alla sua differenziazione con il rapporto

⁵⁵ CONTI, *Concorso apparente*, cit., 1104. Ammette la sussistenza di un'ipotesi di specialità bilaterale, da risolvere secondo il criterio della specialità in concreto, GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., 162 ss.

⁵⁶ Sul punto MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 561 s. Secondo l'autore anche ammettendo che in queste ipotesi possa ancora parlarsi di specialità, risulterebbe comunque impossibile individuare sul piano dei rapporti strutturali tra fattispecie astratte un criterio plausibile di risoluzione del concorso apparente.

di inferenza e, quindi, con il concorso apparente di norme. In questa prospettiva parte della dottrina ritiene che nel caso di specialità bilaterale per aggiunta gli elementi aggiuntivi non possano trovare una corrispondenza nel nucleo comune dell'altra fattispecie e che debba, pertanto, essere riconosciuta una relazione di parziale eterogeneità tra le fattispecie. Al contrario, nel caso di specialità bilaterale ma in cui sia solo una norma a realizzare la specialità per aggiunta, e nel caso di specialità bilaterale per specificazione, non si realizzerebbe alcuna relazione di eterogeneità. Nel caso della specialità bilaterale per specificazione, infatti, gli elementi considerati sono in rapporto di genere a specie, con la sola peculiarità che entrambe le fattispecie sono per alcuni elementi generiche e per altre specifiche. Nell'ipotesi di specialità bilaterale, ma solo unilateralmente per aggiunta, l'elemento ulteriore presente in una delle fattispecie non potrebbe considerarsi diverso da alcun elemento dell'altra, in considerazione del fatto che l'altra fattispecie non possiede un elemento ulteriore rispetto alla norma che si presenta in un rapporto di specialità per aggiunta⁵⁷. Secondo questo indirizzo è, quindi, nei limiti della specialità bilaterale per aggiunta unilaterale e nella specialità bilaterale per specificazione che potrebbe ammettersi un'ipotesi di concorso apparente di norme, individuando, in quest'ipotesi, un'identità della materia, e non anche una relazione di interferenza che costituisce la base per il concorso formale eterogeneo di reati.

Alla luce delle considerazioni svolte possono trarsi diverse conclusioni sul significato da attribuire al termine "*salvo sia altrimenti stabilito*", che pure ha ingenerato diverse contestazioni interpretative. Invero, accogliendo la teoria monista, tale inciso determinerebbe un'apertura agli apprezzamenti di valore anche sul piano del rapporto di specialità. Il che, si è affer-

⁵⁷ DE FRANCESCO, *Concorso apparente*, cit., 423.

mato, non equivarrebbe ad ammettere il criterio di consunzione e le valutazioni sostanziali che ne derivano anche qualora non sussista tra le norme una relazione astratta di specialità. Al contrario, pur potendo essere implicata una valutazione sul piano degli interessi protetti, è pur sempre la relazione strutturale di genere a specie che si riflette sull'oggettività giuridica; pertanto, la valorizzazione dell'identità dell'oggettività giuridica tutelata non può determinare particolari conseguenze in relazione all'individuazione del rapporto di specialità⁵⁸. Qualora, invece, fosse accolta l'impostazione pluralista, l'inciso finale servirebbe a giustificare l'insufficienza del criterio di specialità, richiedendo l'utilizzo di parametri ulteriori e non l'estensione valoriale dello stesso criterio. Di qui, tuttavia, l'interpretazione di tale inciso come un implicito riferimento al solo criterio della sussidiarietà espressa, richiedendo la norma che la deroga al criterio di specialità sia espressamente stabilita da una disposizione di legge⁵⁹.

Dalle considerazioni svolte, e sulla base della preferenza accordata al principio di specialità, l'ultima questione che viene in rilievo attiene alla rilevanza che tale criterio possa assumere in caso di concorso infrasistemático. La domanda che si pone, in altri termini, è se il principio di specialità possa essere considerato alla stregua del solo criterio valido per risolvere la convergenza, anche nel caso di concorso tra norme appartenenti ad ordinamenti diversi, ovvero se debba essere relegato ai soli rapporti intercorrenti tra norme penali in senso stretto.

Il problema non appare di agevole soluzione, dovendo in primo luogo distinguere le ipotesi in cui il legislatore sia intervenuto direttamente,

⁵⁸ DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 6 s.

⁵⁹ In tal senso, si è dato già conto della validità della teoria monista sostenuta dall'Antolisei, secondo cui anche la sussidiarietà espressa finirebbe per porsi al di fuori del concorso di norme. L'illustre autore rileva infatti come, in una siffatta ipotesi, il problema della convergenza apparente di norme sarebbe già risolto a monte dal legislatore. Così ANTOLISEI, *Sul concorso di norme*, cit., 8.

specificando quale criterio dover applicare in caso di convergenza di norme appartenenti a diversi ordinamenti, dalle ipotesi in cui spetta all'interprete ricostruire le possibili relazioni intercorrenti tra fattispecie eterogenee.

Su tali basi, dopo aver analizzato l'art. 9 della legge 689/81 ed aver ricercato le differenze e le analogie eventualmente sussistenti rispetto al principio di specialità disciplinato dall'art. 15 c.p., la questione che si pone è se i criteri predisposti dall'art. 9 di tale legge siano estensibili a qualsivoglia relazione inter-ordinamentale tra norme, ovvero se occorra individuare parametri risolutivi del *ne bis in idem* diversi a seconda dei casi. In questa prospettiva la relazione tra norme penali ed extrapenali potrebbe essere regolata in modo diverso qualora entrino in concorso con la norma penale, alternativamente, norme amministrative sostanzialmente punitive (che siano il frutto di una depenalizzazione formale o che possano qualificarsi tali *ab origine*), oppure norme sostanzialmente penali appartenenti formalmente ad altri settori dell'ordinamento giuridico.

2. L'art. 9 della legge 689/81: analogie e differenze tra specialità penale e specialità inter-ordinamentale

La legge di depenalizzazione n. 689/1981 rappresenta il primo reale tentativo di creare una disciplina organica di settore⁶⁰. Questo a fronte del

⁶⁰ Cfr. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 28 Novembre 1981 n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?* in *Pol. Del dir.*, 3, 1982, 359 ss., secondo cui la vera novità della legge n. 689 è data dal tentativo di delineare una parte generale dell'illecito depenalizzato, arrivando, attraverso diverse fasi e non poche zone d'ombra, alla creazione di modello di stampo para-penale. Dalla legge n. 689 emerge tuttavia un modello di illecito depenalizzato a carattere para-penale che non viene integralmente disciplinato, a differenza di quanto accade nella legge tedesca sulle sanzioni amministrative. Sul punto anche SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 29 ss. Per una dettagliata analisi dei caratteri della legge 689 /81 si veda, più recentemente, SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 44, la quale dà conto, altresì, dei principi fondanti l'*Ordnungswidrigkeiten* tedesca del 1968, che rappresenta la normativa che avrebbe maggiormente influenzato il legislatore italiano sul punto.

fatto che dopo i numerosi interventi di depenalizzazione avvenuti negli anni '70 era stata avvertita l'esigenza di creare un apparato di sanzioni amministrative pecuniarie idonee a sostituire le sanzioni penali. Di qui la previsione, all'interno della legge, di una serie di principi di matrice prettamente penalistica, quali il principio di legalità della pena ed il suo corollario dell'irretroattività della legge, il principio di responsabilità colpevole ed il principio di specialità per la risoluzione del concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative depenalizzate⁶¹, che sembra privilegiare un'affinità di natura tra illecito penale ed illecito amministrativo⁶². Diversi, all'interno della legge, sono anche gli istituti modellati in virtù di uno schema di natura chiaramente para-penale: valga, a tal riguardo, considerare i riferimenti alle clausole di esclusione della punibilità (di cui all'art 4); l'adozione, per la disciplina del concorso di persone nel reato, di un modello di responsabilità unitaria (art. 5); la disciplina del concorso formale omogeneo ed eterogeneo (sub art. 8); nonché, come anticipato, del fenomeno del concorso apparente di norme⁶³.

In questa prospettiva, l'art. 9 della legge 689/81 ha espressamente disposto che «qualora uno stesso fatto sia punito da una sanzione penale e da una sanzione amministrativa o da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applichi la sanzione speciale». La scelta legislativa è dettata dalla volontà di prevenire il possibile cumulo di sanzioni che, a seguito dell'intervento di depenalizzazione, avrebbe potuto realizzarsi in relazione allo stesso fatto, provvedendo ad un miglior coordinamento tra sistema penale e amministrativo⁶⁴. L'enunciazione di tale principio ha destato perples-

⁶¹ SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., 61.

⁶² BRICOLA, *La depenalizzazione*, cit., 366.

⁶³ BRICOLA, *La depenalizzazione*, op. loc. ult. cit

⁶⁴ PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo*, in *La giustizia penale*, 1985, 369 s. Sul punto anche DOLCINI, *sub art 9*, in DOLCINI-GIARDA-MUCCIARELLI-PALIERO (a cura di),

sità in dottrina, sia per la sua formulazione che per l'ontologica ammissibilità del principio di specialità tra sanzione amministrativa e penale. Si è osservato, a tal riguardo, come il principio cardine che giustifica la valorizzazione del rapporto di specialità, ovvero il *ne bis in idem* sostanziale, debba considerarsi relegato esclusivamente all'ordinamento penale e, di conseguenza, al concorso tra norme penali. Nel caso di concorso tra sanzione penale e sanzione amministrativa punitiva, al contrario, l'appartenenza a settori giuridici diversi determinerebbe una aprioristica esclusione del *bis in idem*, così come l'inconfigurabilità di una relazione di *genus ad speciem* tra le fattispecie⁶⁵.

La critica, sebbene fondata nei suoi presupposti, sembra tuttavia provare troppo: se è vero che nei rapporti inter-ordinamentali il *ne bis in idem*, unitamente ai suoi criteri risolutivi, potrebbe declinarsi diversamente, sembra quantomeno anacronistico relegare il divieto di duplicazione sanzionatoria al solo ordinamento penale in senso stretto. L'esito potrebbe essere quello di considerare ammissibili *tout-court* le duplicazioni tra sanzioni penali e sanzioni appartenenti ad altri rami dell'ordinamento, senza preoccuparsi di indagare la loro reale natura.

In primo luogo, dunque, l'art. 9 - al pari dell'art. 15 c.p. - sembrerebbe ammettere l'operatività del *ne bis in idem* anche nei rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa punitiva. D'altra parte, anche qualora il concorso si realizzi tra norma penale e una diversa norma sostanzialmente penale, sembrerebbe difficile negare l'operatività del *ne bis in idem*,

Commentario delle «modifiche al sistema penale», Milano, 1982, 55 s: l'autore nota come, prima dell'entrata in vigore della presente legge, il problema del concorso tra norme penali e amministrative venisse risolto prevalentemente attraverso il ricorso al cumulo di sanzioni. Una tale prassi inizia poi ad essere abbandonata dalla giurisprudenza a seguito dei primi interventi di depenalizzazione, all'esito dei quali si era giunti talvolta ad escludere l'applicabilità della norma penale in quanto considerata sussidiaria.

⁶⁵ PICA, *I rapporti tra illecito penale e amministrativo*, op. loc. ult. cit.

almeno secondo l'interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza europea, la quale ha di recente posto l'accento proprio sul canone della proporzionalità sanzionatoria.

Sotto un diverso profilo, il principio di specialità è stato criticato in quanto potrebbe comportare (e non solo per gli illeciti depenalizzati) una costante prevalenza dell'illecito amministrativo rispetto all'illecito penale, trattandosi di illeciti che quasi sempre presentano elementi specializzanti rispetto all'illecito penale⁶⁶, soprattutto considerando che l'illecito amministrativo sia molto spesso caratterizzato da una tecnica legislativa di tipo casistico⁶⁷.

In disparte dei problemi di ammissibilità del principio di specialità in ordine ai rapporti tra norme appartenenti a diversi ordinamenti giuridici, innegabili appaiano le differenze sussistenti tra il principio di specialità sancito dall'art 15 c.p. e quello previsto dall'art. 9 legge 689/81. Dalla sola lettura della disposizione risulta evidente che il richiamo alla regola enunciata dall'art. 15 c.p. non equivalga ad una pedissequa riproduzione del principio penalistico. Sulla base del raffronto tra le due norme emergono, infatti, importanti differenze: *in primis*, dal punto di vista contenutistico, in quanto l'art. 9 della legge 689/81 si occupa del solo concorso apparente tra norma penale e fattispecie amministrativa sanzionatoria (che sia tale *ab origine* o frutto di un intervento di depenalizzazione)⁶⁸; *in subordine*, sotto il profilo strutturale, la norma non si riferisce all'identità di materia ma alla medesi-

⁶⁶BAJINO, *Il concorso apparente di illeciti: principio di specialità*, in AA.VV., *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (profili penalistico e processuali)*, Atti del convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985, Milano, 1987, 154.

⁶⁷SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 233.

⁶⁸DOLCINI, *sub art 9*, in AA.VV., *Commentario delle «modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982, 55.

mezza del fatto. Inoltre, altro profilo differenziale di rilievo è dato dall'insussistenza nella disposizione dell'inciso "salvo che sia altrimenti stabilito", che viene invece richiamato dall'art. 15 c.p.

A causa di tali aspetti, di non immediata chiarezza, i dibattiti concernenti l'interpretazione della norma non hanno tardato a palesarsi.

In particolare, per quanto concerne il riferimento allo stesso fatto, il problema ha visto contrapporsi, nuovamente, i sostenitori della specialità in concreto dai sostenitori della specialità in astratto⁶⁹.

Secondo una parte della dottrina, invero, il riferimento allo "stesso fatto" costituirebbe una precisa scelta legislativa volta a differenziare la specialità infrasistemica dalla specialità in materia penale, da intendersi come specialità in astratto. Il riferimento allo "stesso fatto" rappresenterebbe dunque un chiaro riferimento alla rilevanza del fatto in concreto⁷⁰. Seguendo un diverso ordine di idee, al contrario, i limiti palesati dalla specialità in concreto potrebbero riprodursi pedissequamente in tema di concorso infrasistemico, ragione per la quale il riferimento allo stesso fatto non andrebbe inteso come specialità in concreto, ma valutato sempre sul piano astratto⁷¹. Il raffronto strutturale tra le fattispecie dovrebbe essere, inoltre, valorizzato

⁶⁹ Sul punto dettagliatamente SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 235 ss. L'autrice compie un'analitica ricostruzione delle posizioni della dottrina tese ad interpretare il riferimento allo stesso fatto come stesso fatto in concreto, dagli indirizzi che valorizzano il permanere del principio della specialità in astratto.

⁷⁰ In argomento BAJINO, *concorso apparente di illeciti: principio specialità*, cit., 153 ss. Inoltre, secondo l'autore, il rischio paventato di uno svuotamento applicativo delle più generali norme penali potrebbe essere evitato sancendo la prevalenza in linea generale della norma penale, così come avviene sul modello §1 dell'*Ordnungswidrigkeitengesetz*. Secondo VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo*, 72 ss., l'art. 9 della legge 689/81, nell'enunciare il principio di specialità, non si limiterebbe ad indagare il principio di specialità in astratto, sia pure ammissibile, ma si riferirebbe anche alla specialità in concreto. In argomento anche VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 337 ss.

⁷¹ DOLCINI, *sub art. 9*, cit., 58. Secondo l'autore il riferimento al fatto "punito" da una disposizione penale e da una disposizione amministrativa implica un rinvio non al fatto in concreto ma alle fattispecie legali presidiate da una sanzione penale e da una sanzione amministrativa. Sul punto anche PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo*, 375. Dello stesso parere anche SILVA, *sistema punitivo*, cit., 238.

proprio al fine di mantenere un'accettabile differenziazione tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, ove il riferimento al fatto in concreto può condurre ad interpretazioni discrezionali di non poco momento⁷².

Altro rilevante problema interpretativo posto dalla norma è dato dall'assenza della clausola finale prevista dall'art 15 c.p., laddove l'applicabilità del principio di specialità viene espressamente subordinata alla condizione data dall'assenza di una diversa previsione legislativa.

La clausola, come anticipato, ha dato la stura a diverse questioni interpretative che prendono le mosse dai dibattiti affrontati in seno alla specialità di cui all'art. 15 c.p. A ben vedere, infatti, i sostenitori della teoria pluralista hanno interpretato la clausola come una conferma dell'insufficienza del mero criterio della specialità di far fronte a tutte le ipotesi di concorso apparente di norme. Diversamente, per i sostenitori della teoria monistica, l'inciso consentirebbe solo un'estensione dell'interpretazione del principio stesso, che potrebbe così ammettere criteri valoriali, ma dalla norma non potrebbe desumersi l'ammissibilità di criteri ulteriori, come il principio di consunzione o di sussidiarietà.

Patteggiando per quest'ultima interpretazione della norma, e partendo dal presupposto secondo cui la sussistenza dell'inciso non sia sufficiente a garantire l'ammissibilità di altri criteri, si è affermato - *a fortiori* - che criteri ulteriori rispetto a quello di specialità non siano ammissibili nemmeno in caso di concorso infrasistemico. Di conseguenza, laddove non sia ravvisabile un rapporto di specialità tra le fattispecie astratte, la soluzione sarà quella del cumulo sanzionatorio e non anche dell'individuazione di una norma prevalente in caso di concorso apparente⁷³.

⁷² SILVA, *sistema punitivo*, op. loc. ult. cit.

⁷³ DOLCINI, *sub art. 9*, 59 ss. Discorso diverso deve essere fatto in caso di concorso tra norma penale e norma sanzionatoria amministrativa emanata dalle regioni o dalle provincie autonome di Trento e Bolzano. Il secondo comma dell'art. 9 della legge 689/81 rappresenta, da questo punto di vista, un'eccezione al principio di specialità comportando la

L'adozione incondizionata del principio di specialità, tuttavia, si scontra con la sussistenza di clausole derogatorie del principio, contenute in norme depenalizzate. Tali clausole molto spesso incitano l'adozione di criteri alternativi al principio di specialità, come nel caso in cui si rinvia ad una norma più grave, che non necessariamente deve identificarsi nella norma penale. Queste ipotesi, si è detto, sarebbero ritenute inoperanti dalla disposizione di cui all'art. 9 della legge 689/81, proprio per la volontà di porre in rilievo esclusivamente il principio di specialità. L'adozione incondizionata del criterio della specialità sarebbe testimoniata dal venir meno, durante i lavori preparatori, della clausola "salvo che la legge non disponga altrimenti", che pure era stata introdotta dalla relazione al progetto bonifacio⁷⁴. Sulla scorta di tali rilievi, tuttavia, la dottrina ha provveduto a ravvisare il carattere derogatorio della norma solo in relazione alle clausole di riserva emanate successivamente all'adozione dell'art. 9, prediligendo l'operatività del criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*)⁷⁵.

D'altro canto, sulla scorta di una valorizzazione costituzionalmente orientata del *ne bis in idem* (anche inter-ordinamentale) parte della dottrina ha osservato la necessità di trasporre gli stessi criteri del concorso apparente di norme penali al concorso tra illecito amministrativo e penale, sottolineando l'insufficienza del criterio di specialità a risolvere le ipotesi di convergenza di norme che possono delinarsi. L'argomento, sia pure suggestivo e corretto nei suoi approdi, muove da una premessa logica che potrebbe

prevalenza, in ogni caso, della norma penale. La parte finale del comma 2 esclude, tuttavia, la prevalenza della disposizione penale nelle ipotesi in cui quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali". Ne consegue, pertanto, che l'obiettivo del legislatore di far prevalere in tali casi la norma penale non sia stato pienamente raggiunto. Invero, la parte finale del secondo comma dell'art. 9 implica la constatazione di una relazione di sussidiarietà tra norme. Un'ulteriore deroga al principio di specialità previsto dal primo comma è poi data dal terzo comma dell'art. 9 in materia alimentare, dove viene previsto un regime di prevalenza della norma penale.

⁷⁴ Relazione al Progetto Bonifacio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 362.

⁷⁵ DOLCINI, *Sub art. 9*, cit., 60

ritenersi non condivisibile: vale a dire che il concorso di norme penali necessita di essere risolto non solo sulla base del principio di specialità ma anche di quello di consunzione⁷⁶.

Il principio di specialità, come affermato, sembra l'unico criterio ammissibile per la risoluzione delle ipotesi di convergenza di norme, già sul piano del diritto penale. Dal punto di vista inter-ordinamentale, poi, l'assenza di un inciso analogo a quello dell'art 15 c.p. non farebbe altro che rafforzare logicamente e sistematicamente tale assunto. Seppure un criterio ulteriore dovesse ammettersi, questo sarebbe relegato al principio di sussidiarietà, per lo più espressa, e comunque ravvisabile limitatamente al concorso di norme penali. Le previsioni di cui al secondo e terzo comma dell'art. 9 non sembrano potersi utilizzare a sostegno della valorizzazione di criteri ulteriori rispetto a quello di specialità nel rapporto tra illecito penale e illecito amministrativo punitivo (sia o meno depenalizzato). Anzi, la necessità di un'espressa previsione derogatoria da parte del legislatore confermerebbe proprio l'interpretazione che si attribuisce al primo comma, ovvero quella di relegare la risoluzione del concorso apparente infra-sistematico al principio di specialità, costituendo - le ipotesi previste dal 2 e 3 comma - un'eccezione alla regola, espressamente ed inequivocabilmente disciplinata dal legislatore. Le relazioni previste eccezionalmente dai commi 2 e 3 dell'art 9 della legge 689/81 e la loro predeterminata risoluzione in via legislativa presuppongono, anzi, l'assenza di una convergenza di norme, escludendo qualsivoglia problema in relazione al concorso apparente inter-ordinamentale.

Quanto alle analogie anche in tema di specialità infrasistematica, si ravvisano i medesimi dubbi sulla specialità che emergono anche in riferi-

⁷⁶ Per la valorizzazione del principio di consunzione unitamente a quello della specialità in caso di concorso infrasistematico si veda SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 238 ss.

mento all'art. 15. Oltre al problema relativo all'ammissibilità di una specialità in astratto, anche in questo caso risulta dibattuta la configurabilità di una specialità bilaterale. In altri termini, ammesso che la specialità possa consistere in una specialità per specificazione, ove l'elemento specializzante è rappresentato dalla *species* di un corrispondente elemento della fattispecie generale, oppure dalla specialità per aggiunta, in cui la specialità consiste nella presenza di un elemento estraneo ed aggiuntivo rispetto alla base comune dei due illeciti, risulta difficile stabilire il criterio idoneo a risolvere il problema della specialità bilaterale. Sicché, da questo punto di vista, si è tentato di ravvisare il maggior grado di specificità del testo normativo, considerando ora prevalente la disposizione contenuta nel testo di portata più circoscritta, ora la norma che può essere violata solo da una determinata categoria di soggetti⁷⁷, altre volte affermando che sia necessaria una valutazione quantitativa degli elementi specializzanti⁷⁸. Non è mancato poi chi, ravvisando le difficoltà intrinseche relative all'individuazione della norma che presenti il maggior grado di specialità, ritiene inammissibile un siffatto confronto strutturale tra le fattispecie, escludendo l'operatività del concorso apparente nel caso in cui si configuri una relazione di specialità bilaterale tra le fattispecie⁷⁹.

Il problema che può legittimamente porsi è quindi relativo al perimetro di applicabilità della norma. In altri termini, sembra ragionevole chiedersi se il principio di specialità enunciato in caso di concorso infra-sistemico tra norme penali e amministrative valga anche per le altre ipotesi di

⁷⁷ Per una dettagliata analisi delle soluzioni elaborate sul punto, DOLCINI, *Sub art 9*, cit., 9

⁷⁸ DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., 138.

⁷⁹ Così MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale*, cit., 561 s; DOLCINI, *Sub art 9*, cit., 59. L'autore, dopo aver prospettato le diverse soluzioni prospettate dalla dottrina per risolvere il problema della specialità bilaterale, afferma che il principio di specialità bilaterale sia inconcepibile proprio a fronte dell'impossibilità di individuare la norma che presenta maggiori elementi specializzanti.

concorso inter-ordinamentale, che non abbiano ad oggetto illeciti amministrativi depenalizzati o comunque di carattere punitivo⁸⁰. La questione riguarda, dunque, l'individuazione di criteri risolutivi in caso di concorso tra norma penale e norma sanzionatoria punitiva, la cui irrogazione cumulativa possa determinare una lesione del *ne bis in idem* sostanziale o comunque del principio di proporzionalità.

Al tal riguardo, nel caso in cui la norma debba considerarsi di natura sostanzialmente penale, ma non rientrante nel novero delle sanzioni amministrative punitive, si ritiene che l'art. 9 della legge 689/81 non potrebbe ritenersi operante⁸¹. A ben vedere, infatti, laddove si considerasse applicabile un tale criterio, dovrebbe ammettersi anche un'indebita estensione di tutti i principi stabiliti dalla legge suddetta alle altre norme sostanzialmente punitive. Ne conseguirebbe, a rigore di logica, la possibilità di ritenere validi i criteri ermeneutici propri del concorso apparente tra norme penali, con conseguente operatività del principio di specialità così come declinato dall'art. 15 c.p. Ciononostante, un tale assunto sembrerebbe in contrasto con la perdurante concezione formale di reato sussistente nel nostro ordinamento: per tali ragioni, ed in considerazione del fatto che il problema del *ne bis in idem* si ponga prevalentemente in applicazione dei criteri di derivazione europea, una siffatta ipotesi di concorso tra norme dovrebbe essere risolta alla stregua dei criteri fissati dalla Corte EDU per la valorizzazione del *ne bis in idem* eurounitario, e quindi incentrando il problema sulla sussistenza di una connessione sufficientemente stretta tra i procedimenti e sul principio di proporzionalità.

⁸⁰ Si rinvia sul punto alla dettagliata analisi di SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 85 ss e 326 ss, la quale propende per una valorizzazione generale del *ne bis in idem* sostanziale, da intendersi quale principio costituzionale inespresso.

⁸¹ Cfr. sul punto SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 92.

3. Il principio del *ne bis in idem* sostanziale e la sua applicabilità sul piano infrasistemico

Una volta analizzati tutti i criteri elaborati dal legislatore e dalla dottrina per risolvere il concorso apparente di norme, occorre chiedersi quale sia il principio generale che indirizza l'analisi dell'interprete, imponendo a quest'ultimo di individuare la norma prevalente.

In precedenza si è infatti chiarito che il concorso apparente di norme si realizza allorché due o più norme appaiano *prima facie* tutte applicabili nei confronti dello stesso autore per il medesimo fatto, ma non si è precisato quale sia la *ratio* sottesa alla contrapposizione del concorso apparente rispetto al concorso reale di norme.

In tale prospettiva non può non darsi conto delle elaborazioni dottrinali in tema di *ne bis in idem* sostanziale. Principio, questo, che non viene espressamente previsto dalla legge ma che si considera desumibile - in via implicita - da una serie di disposizioni normative. La sussistenza di un fondamento indiretto non vale a ridimensionarne la portata, trattandosi di un principio generale che veicola tutti i criteri palesati in tema di concorso apparente di norme. Di qui, l'assunto secondo cui solo il *ne bis in idem* potrebbe considerarsi un principio di carattere generale, mentre i criteri risolutivi della convergenza apparente, compreso il principio di specialità, assumano le vesti di canoni ermeneutici volti a darne concreta attuazione, prestandosi a garantirne l'operatività.

Se ciò appare difficilmente contestabile, è anche vero che la dottrina non ha mancato di interrogarsi sulla portata da riconoscere a tale principio, ritenendo che i dati da considerare appaiano in realtà ben più ampi di quelli individuati dalla dottrina tradizionale, che ha concentrato l'indagine, in via

pressoché esclusiva, sull'art 15 c.p.⁸². Sulla scorta di tale indirizzo si è sottolineata la necessità di prendere in riferimento, oltre all'art. 15 e all'art. 81 c.p., altri dati normativi, riferibili - a titolo esemplificativo - all'art. 68 c.p., che contempla i limiti al concorso di circostanze; all'art. 84, in tema di reato complesso, nonché a diverse ipotesi previste dalla legislazione speciale, che contengono espresse clausole di riserva⁸³. Ad un'attenta analisi delle disposizioni che impongono una riflessione sul problema della convergenza di norme, la dottrina più sensibile al tema ha appurato che dal complesso normativo degli artt. 15 e 84 c.p., ma anche dall'art. 68 c.p. e dalle diverse clausole di riserva contemplate dalla legislazione speciale, possa evincersi un minimo comune denominatore, che è quello di considerare tali norme espressione dell'esigenza di non addossare all'autore più volte un fatto. Il *ne bis in idem sostanziale* si porrebbe, quindi, in una relazione di preordinazione rispetto al *ne bis in idem* processuale, cercando di risolvere a monte gli eventuali problemi relativi all'instaurazione di un secondo giudizio nei confronti del medesimo autore per lo stesso fatto. Il *ne bis in idem* sostanziale rappresenterebbe, in altri termini, un principio generale⁸⁴, teso a giustificare tutte le ipotesi di concorso sia di norme incriminatrici che di norme circostanziali, unitamente ai casi di concorso ravvisabile tra più disposizioni di leggi diverse. Secondo questo indirizzo ermeneutico tra il concorso e il non concorso di norme, che riguarda tutte le disposizioni che si trovino in una relazione di interferenza e di eterogeneità, comprendendo anche il concorso eterogeneo di reati, non si instaurerebbe una relazione di regola-eccezione. Le norme, rispettivamente rientranti nelle ipotesi di concorso e di non-con-

⁸² MANTOVANI, *Concorso*, cit., 428.

⁸³ Per una dettagliata analisi in merito alle disposizioni idonee a costituire il fondamento del *ne bis in idem* si veda MANTOVANI, *Concorso*, cit., 429 ss.

⁸⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 472.

corso di norme, non si porrebbero quindi in termini antitetici, ma esprimerebbero principi speculari, vale a dire il principio *ne bis in idem* e quello dell'integrale valutazione⁸⁵.

A ben vedere, il principio del *ne bis in idem* si ritiene deputato a salvaguardare anche il principio di proporzionalità, quale canone ermeneutico volto ad assicurare la corretta funzionalità del principio di colpevolezza e di rieducazione del condannato. Secondo un diverso orientamento, proprio dei sostenitori della teoria pluralista di stampo valutativo, questa sarebbe, peraltro, l'accezione da attribuire al *ne bis in idem crimen*, che conferisce rilevanza al disvalore sostanziale e quindi all'unità e alla pluralità di reati. In questo senso, assumerebbe rilievo determinante la proporzionalità tra la risposta sanzionatoria ed il disvalore complessivo del reato assorbente⁸⁶. A questa declinazione del divieto di *bis in idem* si affiancherebbe quella del *ne bis in idem factum*, che colloca il fatto al centro del giudizio di identità richiesto in tema di concorso apparente⁸⁷. Sul punto, non si è mancato di osservare come il *ne bis in idem* riferito al fatto susciti perplessità proprio per i limiti, già dichiarati, riferibili alla specialità in concreto e per i giudizi di valore che ne conseguono⁸⁸. Peraltro, date le diverse accezioni che sono state fornite del principio in questione, secondo un certo orientamento il *ne bis in idem* troverebbe una sua giustificazione solo ammettendo che si tratti

⁸⁵ MANTOVANI, *Parte generale*, cit., 462. Per una approfondita analisi del principio di non contraddizione, quale principio sotteso alla necessaria risolvibilità del conflitto di norme: MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 352. Per una riflessione sul principio dell'integrale valutazione giuridica, sempre MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 374.

⁸⁶ Così PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 75 ss., secondo cui la proporzione non debba assurgere a canone decisivo nella risoluzione del concorso apparente di norme, altrimenti rischierebbe di offuscare lo stesso significato complessivo del *ne bis in idem*.

⁸⁷ Sul punto PAPA, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 42 ss: l'autore ricorda il pensiero di quella parte della dottrina secondo cui il *bis in idem* dovrebbe porsi in relazione al fatto in concreto e la posizione sostenitori delle teorie pluraliste a stampo valutativo che si interrogano sull'unità o la pluralità dell'illecito.

⁸⁸ Cfr. SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 186.

di uno strumento volto ad estendere l'ambito del concorso apparente di norme in senso più ampio della sola specialità⁸⁹.

Ulteriore interrogativo che si è palesato in dottrina è quello relativo alla possibilità di individuare non soltanto un fondamento di diritto positivo al principio del *ne bis in idem*, ma ricercarne altresì una base costituzionale.

Al riguardo, si è chiarito come un principio di diritto non debba necessariamente trovare il proprio fondamento in un dato positivo, ma possa essere tratto anche dal sistema generalmente inteso⁹⁰. Di qui la conclusione per cui la validità del *ne bis in idem sostanziale* potrebbe essere affermata anche prescindendo dai riferimenti testuali che occorrono nel codice penale. E' stato affermato, a tal riguardo, che il *ne bis in idem* potrebbe trovare un fondamento indiretto nello stesso principio di legalità, atteso che la molteplicità di qualificazioni giuridiche dovrebbe considerarsi contraria alle istanze di certezza del diritto cui il principio di legalità si ritiene deputato⁹¹. In realtà, più che un riferimento costituzionale nell'art. 25 della Costituzione, che probabilmente imporrebbe *a contrario* un'esplicazione positiva e diretta di tale principio, si considerano maggiormente condivisibili le istanze volte ad individuarne un naturale supporto del principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 e negli artt. 2 e 13 della Costituzione⁹². La

⁸⁹ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 185.

⁹⁰ Così SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 191. L'autrice richiama l'autorevolissimo pensiero di BOBBIO, (voce) *Principi generali del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, XIII, Torino, 894 ss ed il pensiero BARTOLE, (voce), *Principi del diritto (diritto cost)*, in *Enc. Giur.*, XXXV, Milano, 1986, 521 s.

⁹¹ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 194

⁹² Cfr. SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 194 ss. L'autrice non manca di prendere in considerazione le naturali conseguenze dell'attribuzione del rango costituzionale al principio del *ne bis in idem*. Valorizzando in tal modo questo canone ermeneutico, invero, esso assumerebbe un ruolo di controllo sulle norme ordinarie introdotte dal legislatore che si pongano in conflitto con tale principio, consentendo talora interpretazioni conformi al principio, ed in subordine, giudizi di illegittimità costituzionale di norme che si pongano in insanabile conflitto con il medesimo.

responsabilità penale personale, ed unitamente ad essa, il principio di rieducazione, sarebbero infatti facilmente declassati qualora si violasse il divieto di *bis in idem*, punendo due volte l'autore per il medesimo fatto. Allo stesso modo, il diritto alla libertà personale, che può essere limitato solo in presenza di un interesse di pari rilievo e attraverso l'imposizione di un trattamento sanzionatorio proporzionato alla gravità del fatto, subirebbe un *vulnus* all'esito di una duplicazione di addebiti per lo stesso fatto.

Nonostante la forza suggestiva di una tale indirizzo, che è finalizzato a dare attuazione al principio del *ne bis in idem* in una chiave sovra-ordinamentale, esso sembra in realtà provare troppo, soprattutto in considerazione delle conseguenze che ne deriverebbero. Da questo punto di vista potrebbe apparire condivisibile la volontà di dare al principio del *ne bis in idem* una connotazione inter-ordinamentale: attraverso la sua valorizzazione in chiave costituzionale, infatti, il principio del *ne bis in idem* non potrebbe essere relegato solo all'ordinamento penale, ma si porrebbe quale strumento in grado di risolvere anche i problemi che si pongono in caso di concorso tra norme appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi. D'altro canto, allo stato degli atti, non sembra potersi rinvenire un fondamento costituzionale implicito nell'articolo 25 della Costituzione, così come appare eccessivo affermare che da questo assunto deriverebbe la possibilità per la Corte Costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità di norme che appaiano in contrasto manifestamente insanabile con il principio del *ne bis in idem*. La tendenza dei giudici della Consulta è, infatti, ormai quella di consentire la declaratoria di illegittimità costituzionale in riferimento a norme che si pongano in contrasto con canoni costituzionali espressi⁹³. Di qui, la possibilità di vagliare la costituzionalità di una norma qualora questa si ponga in contrasto

⁹³ Si ricordino, in questo senso, le diverse questioni di illegittimità costituzionale sollevate, soprattutto in passato, dalla Corte Costituzionale in relazione alla violazione del principio di offensività, che pure non gode di una enunciazione Costituzionale espressa. Dichiarano

con il *ne bis in idem* convenzionale, che assume connotati ben diversi dal *ne bis in idem* sostanziale e la cui declaratoria di illegittimità può essere disposta solo in riferimento al parametro interposto di cui all'art 117 Cost.

3.1. Dal *ne bis in idem* sostanziale al *ne bis in idem* processuale interpretato alla luce dei canoni fissati dalla Corte di Strasburgo

Delineati in questi termini i connotati del *ne bis in idem* sostanziale occorre chiedersi cosa debba intendersi per *ne bis in idem* processuale e quali siano i legami tra i due principi.

Valga in primo luogo ricordare che la connotazione processualistica del principio in questione è l'unica ad avere una rilevanza codicistica espressa. Se, infatti, per rinvenire il fondamento del *ne bis in idem* sostanziale la dottrina si è profusa in sforzi interpretativi di non scarso rilievo, è lo stesso legislatore ad esprimersi sul divieto di *bis in idem* processuale. L'esito delle ricostruzioni dottrinali in merito al *ne bis in idem* sostanziale ha determinato il rinvenimento di diversi fondamenti normativi e costituzionali del principio in questione, ma queste tutte queste soluzioni devono considerarsi tese a bilanciare l'assenza di un'esplicazione legislativa diretta. Nel caso del *ne bis in idem processuale*, al contrario, è lo stesso art. 649 c.p.p. a spiegare l'essenza del divieto. Ed invero, secondo tale disposizione "*L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345*".

manifestatamente infondate le questioni di legittimità prospettate, affermando che spetti al giudice *a quo* il compito di valutare l'offensività in concreto della singola condotta, *ex multis*, Corte Cost., 26 marzo 1986, n. 62; Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360; Corte Cost., 20 maggio 2016, n. 109.

La disposizione prosegue affermando che l'inizio di un nuovo procedimento penale comporta l'obbligo per il giudice, in ogni stato e grado del processo, di pronunciare sentenza di proscioglimento e di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.

Affinché possa dirsi operante, il principio del *ne bis in idem* necessita, tuttavia, della presenza di alcuni requisiti stringenti. In primo luogo, occorre che vi sia identità tra la persona già giudicata e quella che si vorrebbe sottoporre nuovamente a processo penale. Secondo alcuni opinabili orientamenti della giurisprudenza di legittimità, peraltro, il vincolo derivante dal divieto del *bis in idem* non opererebbe nei confronti del giudice chiamato ad accertare il fatto nei confronti di altri imputati⁹⁴. Tuttavia, il giudice del procedimento a carico del concorrente potrebbe rivalutare il comportamento del soggetto già giudicato al solo fine di accertare la sussistenza ed il grado di responsabilità del concorrente⁹⁵. Sebbene le garanzie processuali nei confronti dell'imputato già giudicato con sentenza definitiva sembrano salvaguardate, potrebbero aprirsi dibattiti in seno alla contraddittorietà tra una tale soluzione e l'esigenza di non essere sottoposto al nuovo stigma processuale anche qualora non venga messa a rischio la decisione definitiva cristallizzata nella condanna irrevocabile. Avallando un tal modo di procedere, invero, potrebbe aprirsi una breccia all'ammissibilità di un accertamento di natura sostanziale⁹⁶ tradendo di fatto le istanze garantiste sottese al principio del *ne bis in idem* e la volontà stessa del legislatore.

⁹⁴ Secondo un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, invero, il divieto di *bis in idem* preclude un secondo giudizio solo nei confronti della persona cui il giudicato si riferisce, e non nei confronti dei concorrenti non direttamente interessati dalla sentenza irrevocabile. Così, Cass. pen., sez. IV, 8 novembre 2018, n. 52376; Cass. pen., sez. II, 31 marzo 2008, n. 16649; Cass. pen., Sez. I, 16 novembre 1998, n. 12595; Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 1995, n. 12058.

⁹⁵ Così TONINI, *Manuale breve diritto processuale penale*, Milano, 2018, 814.

⁹⁶ In argomento MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015, 12 ss. Per le considerazioni in merito alla natura sostanziale della confisca urbanistica anche MANES, *La*

Dal punto di vista oggettivo, invece, si richiede la medesimezza del fatto storico. Tale connotato non deve tuttavia intendersi come precisa identità del fatto, considerando che esso opera anche quando il fatto storico sia rappresentato secondo modalità temporali e spaziali diverse. A supporto di tale considerazione si pone lo stesso art. 649 c.p.p. secondo il quale l'imputato prosciolto o condannato con sentenza irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale neanche qualora questo venga diversamente considerato per il titolo, il grado e le circostanze⁹⁷.

In realtà, ad una più approfondita analisi, anche per il *ne bis in idem* processuale sono stati proposti in giurisprudenza diversi orientamenti concernenti il significato di "medesimo fatto". In base ad un primo indirizzo il concetto di medesimo fatto opererebbe solo quando il fatto possa considerarsi identico in senso giuridico, vale a dire qualora vi sia non solo una corrispondenza tra condotta, evento e nesso di causalità, ma anche un'identità tra i bene giuridici offesi. Come espressamente chiarito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 200/2016⁹⁸, tale orientamento deve, tuttavia, considerarsi minoritario. Invero, sulla scorta di un articolato ragionamento che prende le mosse anche dai principi stabiliti a livello eurounitario dalla Corte di Strasburgo, la Corte Costituzionale sembra non avere remore nell'affer-

confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015, 16 ss.

⁹⁷ TONINI, *Manuale*, cit., 815.

⁹⁸ In argomento FERRUA, *La sentenza Costituzionale sul caso eternit: il "ne bis in idem" tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, 78 ss; GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem in penalecontemporaneo*, 1, 2017, 167 s; LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte Costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1, 60 ss; PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Consulta e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1588 ss; ZIRULIA, *Ne bis in idem: la consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit bis prosegue)* in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 luglio, 2016.

mare che il concetto di *idem factum* debba considerarsi in senso storico naturalistico⁹⁹. Argomentare *a contrario*, ossia affermare che il medesimo fatto debba essere inteso anche in senso giuridico, richiedendo una sovrapposizione delle oggettività giuridiche lese, implicherebbe una palese restrizione delle garanzie poste alla base del *ne bis in idem*. Si legittimerebbe, in questo modo, la mancata operatività del divieto, consentendo per ciò solo l'instaurarsi di un nuovo procedimento penale a carico dello stesso imputato per il medesimo fatto, anche quando, a parità di condotta-evento-e nesso causale, l'unica differenza sussista in relazione al fatto giuridico, ossia all'offesa arrecata. Nonostante la sussistenza di un minoritario indirizzo giurisprudenziale che considera il fatto in senso giuridico, infatti, la Corte non accoglie l'eccezione di legittimità sollevata dal rimettente ritenendo che risulti ormai consolidato l'orientamento secondo cui l'art 649 c.p.p. intenda conferire al significato di *idem factum* una connotazione di tipo naturalistico, ancorché combinata nella triade condotta-evento e nesso causale¹⁰⁰.

⁹⁹ Come osservato da MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 309 ss, in realtà, anche con riferimento al fatto in concreto, si pongono due diverse interpretazioni: secondo una prima lettura, invero, il fatto dovrebbe essere inteso nella triade condotta-nesso causale ed evento, con la conseguenza che, in caso di concorso formale, qualora nel primo procedimento sia stata contestata una delle fattispecie concorrenti e questa si caratterizzi per una descrizione dell'evento diversa rispetto a quella contestata nel secondo procedimento, non si realizzerebbe una violazione del *ne bis in idem*. Secondo un diverso indirizzo, invece, il *ne bis in idem* processuale si realizzerebbe anche quando le due fattispecie possano dar luogo ad un concorso formale di reati. A sostegno della valorizzazione dell'*idem factum* nella triade condotta-evento-nesso causale CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 95 ss. Ritiene, invece, che il concetto di *idem* sia depurato dall'evento, potendo realizzare una violazione del *ne bis in idem*, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1206 ss.

¹⁰⁰ Secondo i giudici della Consulta, la giurisprudenza costituzionale ha già avuto modo di prendere atto che «l'identità del "fatto" sussiste - secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) - quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» (sentenza n. 129 del 2008).» asserendo inoltre che «È in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l'art. 649 cod. proc. pen. vive nell'ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell'odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un'affermazione netta e univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico.»: così Corte Cost., 31 maggio 2016, n.200.

Interessante notare come la Corte accolga, invece, la seconda questione di legittimità sollevata in relazione al *ne bis in idem* e al concorso formale in merito alla sussistenza di un contrasto tra l'art. 649 cod. proc. pen. e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, per quel che riguarda la regola, enucleata dal diritto vivente nazionale, che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto. Il diritto vivente sembrava aver saldamente ancorato il profilo sostanziale legato al concorso formale di reati con quello con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto. La garanzia espressa dall'art. 649 c.p.p. veniva, infatti, oltrepassata per la sola circostanza che il reato, già giudicato in via definitiva, concorresse formalmente, ai sensi dell'art. 81 cod. pen., con il reato per il quale si procedeva. I giudici della Consulta hanno ritenuto, da questo punto di vista, condivisibile l'orientamento palese dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Zolotoukhine contro Russia, che aveva deciso di superare un pregresso orientamento della stessa Corte volto a escludere la violazione del divieto di *bis in idem* in presenza di un *concours idéal d'infractions*. Ed invero, nella valutazione relativa alla sussistenza di un *bis in idem* processuale, quello che deve venire in rilievo è esclusivamente la valutazione degli elementi del fatto che si sostanzino nella triade condotta-nesso-causale ed evento, senza ulteriori considerazioni di sorta.

Dall'analisi delle posizioni della Corte costituzionale nella sentenza in questione emerge chiaramente un accoglimento delle posizioni assunte dalla Corte di Strasburgo, arrivando, con ciò, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la

sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

E' importante ricordare, a tal riguardo, come la CEDU venga interpretata in relazione a quanto stabilito dai giudici di Strasburgo, impattando in modo dirompente nel nostro ordinamento, fatti salvi i controlimiti attinenti ai diritti fondamentali dell'individuo.

La necessità di un'interpretazione convenzionalmente orientata del *ne bis in idem* processuale, sulla scorta delle dichiarazioni di illegittimità talvolta espresse dalla Corte o della potenziale applicazione diretta del *ne bis in idem*, così come delineato dall'art 50 CDFUE, è causata da una differenza ontologica tra i due principi espressi a livello interno e a livello convenzionale.

3.2. Il rapporto unidirezionale sussistente tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale

Allo stato degli atti emerge la sostanziale valorizzazione del *ne bis in idem* processuale da parte della giurisprudenza domestica ed eurounitaria, a scapito dell'attenzione che la dottrina ripone nei confronti del *ne bis in idem* sostanziale. Sembra dunque ragionevole chiedersi quale rapporto sussista tra i due principi.

Il problema che si pone, in altri termini, è se i due principi rappresentino due postulati dello stesso principio ovvero due principi tra loro distinti, seppur correlati sul piano degli effetti¹⁰¹.

¹⁰¹ MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 313 ss; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente*, cit., 206 ss.

Pare innegabile ammettere, preliminarmente, la sussistenza di una differenziazione tra i due principi, basata in primo luogo sulla funzione perseguita dagli stessi.

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale è volto infatti a salvaguardare le istanze di equità e giustizia sostanziale, di cui il principio di proporzionalità rappresenta un palese corollario¹⁰²; al contrario, il *ne bis in idem* processuale è deputato alla valorizzazione delle istanze di economia processuale e certezza del diritto¹⁰³.

Più in particolare il *ne bis in idem* sostanziale risponde alla fondamentale esigenza di scongiurare il rischio che le fattispecie incriminatrici determinino una plurima considerazione delle note di disvalore del fatto, e viene ricondotto ad una questione di corretta interpretazione ed applicazione della legge e a prospettive di giustizia sostanziale¹⁰⁴. Il principio del *ne bis in idem*, peraltro, trovando la sua *ratio* costitutiva nel principio di proporzionalità, manifesterebbe dei forti legami con il principio di colpevolezza, in considerazione del fatto che una pena sproporzionata per eccesso avrebbe l'effetto di disancorare una quota del principio di colpevolezza¹⁰⁵, prestandosi ad una funzione general-preventiva della pena ma non anche alla realizzazione della sua finalità rieducativa¹⁰⁶.

Nonostante la differente funzione svolta dai due principi, sussistono tuttavia reciproche influenze e legami tra i suddetti criteri. Se è vero, infatti, che la preclusione di cui all'art 649 c.p.p. non potrebbe impedire l'applicazione in un unico procedimento di più norme incriminatrici, ancorché poste

¹⁰² In argomento ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1966, 280 ss; PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, cit., 551 ss.

¹⁰³ Sul punto, testualmente, SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 209 ss.

¹⁰⁴ Così MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 296.

¹⁰⁵ MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 298.

¹⁰⁶ In argomento, *ex multis*, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 111 ss; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1984, 608; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 262.

in concorso apparente ed in violazione del principio di proporzionalità¹⁰⁷, ad una più approfondita analisi appare difficilmente contestabile il *ne bis in idem* sostanziale rappresenti un presupposto dell'autonomo principio del *ne bis in idem* processuale. In presenza di una previsione normativa che impedisca la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, e qualora il concorso apparente sia stato risolto nell'ambito del primo processo, l'instaurazione di un secondo giudizio (anche a fronte dell'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale) non sembrerebbe trovare alcuno spazio di operatività¹⁰⁸.

Situazione ben diversa è quella in cui, a fronte della contestazione di due illeciti, vengono avviati due procedimenti in relazione allo stesso fatto, di cui uno si concluda precedentemente rispetto al primo. In tal caso, ancorché vi sia una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, non è detto che a questa segua una violazione del *ne bis in idem* processuale. Potrebbe infatti accadere che, in relazione allo stesso fatto, all'autore vengano contestati due illeciti, in spregio delle limitazioni palesate dal concorso apparente di norme, e che, ciononostante, emergano strumenti idonei a vietare la prosecuzione di un secondo giudizio a carico dello stesso imputato, proprio in applicazione delle preclusioni di cui all'art. 649 c.p.p.

Un'altra ipotesi di commistione tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale si palesa nel caso in cui si verifichi una sovrapposizione tra sistemi sanzionatori penali ed amministrativi. In tal caso, in disparte del problema relativo all'applicabilità del *ne bis in idem* inter-ordinamentale di cui all'art. 9 della legge 689/81, il *ne bis in idem* processuale viene interpretato alla stregua dei canoni ermeneutici espressi dalla Corte di giustizia e dalla Corte di Strasburgo. E' proprio sulla base delle pronunce in tema di doppio

¹⁰⁷ Sul punto anche MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 314.

¹⁰⁸ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 212. Sul punto anche LOZZI, *Reato progressivo e "ne bis in idem" sostanziale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1981, 1239.

binario sanzionatorio che può ravvisarsi un intimo legame tra i due autonomi principi del *ne bis in idem*: ciò in considerazione del fatto che le preclusioni stabilite in tema di *ne bis in idem* processuale vengano motivate prendendo in riferimento i criteri sostanzialistici di proporzionalità ed adeguatezza della risposta sanzionatoria¹⁰⁹.

3.3. *Ne bis in idem* interno ed eurounitario a confronto: il criterio della *close connection*

Si è affermato, sulla base dell'analisi della giurisprudenza interna in tema di *ne bis in idem*, che vi sia una distanza sostanziale tra il significato da attribuire al principio in questione a livello interno e a livello convenzionale¹¹⁰.

A tal riguardo pare opportuno precisare che il *ne bis in idem* eurounitario assuma un'incidenza diversificata a seconda che si voglia analizzare la disposizione di cui all'art. 4 prot. n. 7 CEDU o dell'art. 50 CDFUE¹¹¹. Se, infatti, la prima delle due disposizioni comporta un obbligo di interpretazione conforme e, al più, una dichiarazione di illegittimità costituzionale nel caso in cui la disposizione interna sia palesemente in contrasto con lo stesso,

¹⁰⁹ Così MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 317, che fa espresso riferimento all'interpretazione che la Corte di giustizia attribuisce all'art. 50 CDFUE.

¹¹⁰ Per un'approfondita analisi dello stato della giurisprudenza interna, resta ad un'interpretazione sostanzialistica del *ne bis in idem*, da cui deriverebbe il confluire del divieto anche nel caso di interazione tra sanzioni amministrative ma sostanzialmente penali e sanzioni strettamente penali, in virtù della valorizzazione della legalità formale enunciata nel nostro ordinamento dall'art. 1 cp e dall'art. 25 Cost., si rinvia alla relazione n. 26/17, UFFICIO DEL MASSIMARIO PENALE, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale*, 6 ss.

¹¹¹ In merito alla varietà di sfumature assunte dal principio del *ne bis in idem* si veda, tra gli altri DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia nello scenario dell'integrazione europea*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2 ss. L'autore sottolinea come, nelle fasi iniziali, il *ne bis in idem* sia stato sviluppato in relazione alla materia estradizionale, proseguendo con un'attenta disamina delle diverse tappe storiche che hanno interessato tale principio.

altrettanto non può dirsi per l'operatività dell'art. 50 CDFUE. La diversa efficacia delle due disposizioni dipende dalla mancata europeizzazione della CEDU, la quale non può esplicare efficacia diretta nel nostro ordinamento, a differenza dell'art. 50 CDFUE che consente un'immediata applicazione della norma che si ponga in contrasto con essa¹¹².

Ne consegue, pertanto, l'impossibilità di *reductio ad unum* dei due principi, ferma restando la sussistenza di tratti in comune, quali l'applicazione dei criteri Engel e Bonda per la valorizzazione della nozione di pena in senso sostanziale e rispetto alla nozione di *idem factum*¹¹³.

Palesata in questi termini l'efficacia dei due principi eurounitari, non resta altro che evidenziare le differenze sussistenti tra il *ne bis in idem* domestico e il *ne bis in idem* europeo, così come interpretato dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Orbene, volendo rintracciare gli elementi di diversificazione, e prescindendo dalle interpretazioni che sono state forzatamente accolte dalla giurisprudenza interna nel corso del tempo, valga in primo luogo evidenziare come il *ne bis in idem* europeo si differenzi dal *ne bis in idem* interno sia in ragione della sua estensione, che della sua portata vincolante.

Se nel nostro ordinamento, allo stato degli atti, il principio del *ne bis in idem* (649 c.p.p.) sembrerebbe coinvolgere solo i procedimenti penali conseguenti a sanzioni penali propriamente dette, il *ne bis in idem* eurounitario, sulla base di una lettura sostanzialistica della nozione di pena, pone un argine a duplicazioni sanzionatorie che solo formalmente potrebbero ritenersi legittime¹¹⁴. La Corte EDU, seguita dalla Corte di Giustizia, sottopone infatti ad una lettura sostanzialistica il *ne bis in idem*, sottolineando come questo

¹¹² In argomento SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 270 ss.

¹¹³ Sul punto accuratamente SILVA, *sistema punitivo*, cit., 286.

¹¹⁴ Così anche QUATTROCOLO, *La giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo in materia di ne bis in idem e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, in DONINI-FOFFANI (a cura di) *la materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 141.

possa operare al di là del *nomen iuris* della sanzione e vietando di fatto la sussistenza di meccanismi di doppio binario sanzionatorio tra sanzioni formalmente e sostanzialmente penali e sanzioni formalmente amministrative, ma di natura ontologicamente penale.

In secondo luogo, la differenza si può scorgere nella forza precettiva accordata a tale principio, che non sembra rispecchiare la vincolatività dello stesso sul piano ordinamentale.

Sebbene, infatti, il *ne bis in idem* convenzionale si configuri alla stregua di un diritto personale dell'individuo¹¹⁵ (sia nell'art. 50 CDFUE che nell'art. 4 con la consacrazione del protocollo n. 7 CEDU del 1984¹¹⁶), mentre nel nostro ordinamento non sembra emergere un suo richiamo diretto da parte della Costituzione, l'interpretazione che ne viene data dalla Corte EDU e della Corte di Giustizia (dopo la sentenza Grande Stevens) pare limitarne gli effetti necessariamente precettivi, consentendo di affermarne l'operatività solo all'esito di un equo bilanciamento con altri principi di pari rilievo (primo tra tutti quello della proporzionalità della sanzione).

Un ulteriore elemento di differenziazione che si individua tra *ne bis in idem* interno e convenzionale è dato dall'esclusione della violazione del *bis in idem* qualora sussista una "*sufficiently close connection in substance and time*". La contiguità temporale e funzionale tra i due procedimenti consente,

¹¹⁵ Così, *ex multis*, DE FRANCESCO, *Ne bis in idem*, cit., 6 ss; QUATTROCOLO, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di ne bis in idem e i suoi effetti sull'ordinamento italiano.*, in DONINI-FOFFANI, *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 143; SILVA, *sistema punitivo*, cit., 272 s

¹¹⁶ Cfr. SILVA, *Sistema Punitivo*, op. loc. ult. cit. L'autrice ricorda, altresì, come la rubrica dell'art. 4 riconosca la duplice dimensione del principio, rivolta non solo al divieto di essere giudicato ma anche di essere punito due volte. Ciononostante, in disparte dell'intitolazione della norma, la disposizione si concentra esclusivamente sul divieto di un secondo giudizio nei confronti del soggetto già giudicato per lo stesso fatto. Per quanto concerne l'art. 50 CDFUE, anche questo assume valore primario in considerazione del fatto che il Trattato di Lisbona abbia dato espressamente riconoscimento ai diritti fondamentali della CEDU quali principi generali del diritto dell'Unione.

infatti, di ritenere la sanzione amministrativa, sia pure sostanzialmente penale, compatibile con il divieto di *bis in idem* l'irrogazione congiunta di due sanzioni¹¹⁷.

Tale criterio fa la sua comparsa, per la prima volta nelle sentenze RT c. Svizzera del 2000 e Nillson c. Svezia, del 2005. Nella pronuncia Nillson c. Svezia, in particolare, si afferma che l'applicazione congiunta della pena e della sanzione amministrativa del ritiro della patente consenta di ritenere quest'ultima un accessorio della sanzione penale escludendo la sussistenza di un *bis in idem*. Successivamente, nella sentenza A E B. c Norvegia, la Corte EDU torna ad applicare tale principio, premurandosi tuttavia di darne una più compiuta definizione. La Corte elabora, quindi, taluni criteri¹¹⁸ che consentono di valutare la compiutezza del cd. Nillson test: primariamente, i procedimenti devono seguire finalità complementari e concentrarsi su diversi disvalori del fatto¹¹⁹, in subordine, il cumulo di procedimenti deve essere prevedibile al momento della condotta e la duplicità dei procedimenti

¹¹⁷ Cfr. QUATTROCOLO, *La giurisprudenza della Corte Europea*, cit., 142 ss., la quale provvede ad un'attenta disamina del cd Nillson test a partire dai suoi esordi sino a giungere alla più recente sentenza A e B c. Norvegia. Il Nillson test, di rilevanza fondamentale ai fini dell'individuazione della violazione di tale principio, non viene invece preso in considerazione nella sentenza Fransson e Zolotukhin.

¹¹⁸ La dottrina tende a criticare l'indeterminatezza degli indici che valorizzano la connessione sostanziale e temporale dei due procedimenti: sul punto, tra gli altri, SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 277 ss; VIGANÒ, *La grande camera di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 Novembre 2016; FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte Edu, Grande Camera*, 15 Novembre 2016, A e B c. Norvegia, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 11.

¹¹⁹ Si precisa, in questi termini, che occorra tener conto della fraudolenza della condotta e dell'incriminazione, escludendo la valorizzazione dei connotati della fattispecie amministrativa. Sul punto QUATTROCOLO, *La giurisprudenza della corte europea*, cit., 147 s. Il primo criterio, che viene contestato anche dalla *dissenting opinion* del giudice Pinto De Albuquerque, suona in contraddizione con il possibile risultato dell'Engel test: è infatti proprio la funzione, cui la sanzione sostanzialmente penale è autonomamente deputata, a determinare l'inserimento della stessa all'interno della materia penale.

deve evitare una reiterazione dell'attività istruttoria¹²⁰, in modo che il materiale probatorio coincida e si eviti un dispendio eccessivo delle risorse processuali. In ultimo, occorre che la sanzione inflitta con la prima decisione divenuta irrevocabile sia tenuta in conto nel computo successivo della pena, in modo da rispettare il principio di proporzionalità.

Quanto ai rapporti tra *ne bis in idem* interno e *ne bis in idem* convenzionale innegabile appare l'influenza che l'interpretazione del *ne bis in idem* da parte della giurisprudenza europea assume nei confronti del *ne bis in idem* interno.

Spesso, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha preferito veicolare l'interpretazione del *ne bis in idem* alla stregua dei canoni europei, piuttosto che ammettere l'incostituzionalità delle norme interne con esso contrastanti¹²¹. In altri casi la Corte si è, invece, trincerata dietro declaratorie di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, come avvenuto nella sentenza 102/2016, in cui i giudici della Consulta sono stati chiamati a decidere in merito alla conformità costituzionale dell'art 649 c.p.p.¹²². In questa occasione la Corte ha preferito non pronunciarsi in considerazione

¹²⁰ Tale criterio viene giustamente contestato dalla dottrina, la quale evidenzia come si tratti di un parametro labile e di non facile riscontro. Sul punto, QUATTROCCOLO, *La giurisprudenza della corte europea*, cit., 148.

¹²¹ E' quanto avvenuto nella sentenza della Corte Cost. n. 200/2016, in cui i giudici della consulta non accolgono l'eccezione di legittimità sollevata dal rimettente, in considerazione del fatto che risulti ormai consolidato l'orientamento secondo cui l'art 649 c.p.p. intenda conferire al significato di *idem factum* una connotazione di tipo naturalistico.

¹²² La questione di legittimità costituzionale aveva ad oggetto l'art 649 cpp "nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli», dell'art. 187 bis «nella parte in cui fa salva le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» e dell'art. 187 ter in riferimento «alla comminatoria congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 185 del medesimo d.lgs. 58 del 1998 e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-ter dello stesso decreto". In argomento VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2016.

delle conseguenze che ne sarebbero derivate in punto di diritto. Se, infatti, nella prima pronuncia la Corte decide di non accogliere l'eccezione di legittimità sollevata in considerazione del fatto che la giurisprudenza di merito aveva già fornito un'interpretazione convenzionalmente conforme del concetto di medesimo fatto, nella seconda sentenza la Corte si pone a difesa del principio di legalità formale, evitando di accogliere questioni che avrebbero ammesso una nozione sostanzialistica di pena.

Conclusivamente, pertanto, se può ravvisarsi un certo allineamento tra l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza interna rispetto alla interpretazione data dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia sui connotati intrinseci del *ne bis in idem*, resta ancora un importante divario per quel che riguarda l'ambito di applicabilità della suddetta norma da parte della giurisprudenza costituzionale¹²³. Sebbene anche l'ordinamento interno si stia progressivamente attestando su valutazioni sostanzialistiche del concetto di pena, invero, la Corte Costituzionale continua ad assumere atteggiamenti del tutto prudenziali nel superamento della concezione formale di reato e del criterio nominalistico di sanzione.

¹²³ Diverse anche le pronunce della giurisprudenza di legittimità volte a considerare applicabile il principio del *ne bis in idem* alle sole sanzioni formalmente penali, escludendone l'applicazione per quel che riguarda le sanzioni, civili o amministrative, considerate sostanzialmente penali. Si vedano sul punto, *ex multis*, Cass. pen., sez. III, n. 25815, 22 giugno 2016; Cass. pen., sez. IV, n. 9168, 6 febbraio 2015; Cass. pen., sez. III, n. 31378, 4 gennaio 2015; Cass. pen., Sez. 3, n. 36350, 23 marzo 2015. Per una dettagliata analisi delle pronunce in questione si veda UFFICIO DEL MASSIMARIO PENALE, Relazione n.26/17, *Ne bis in idem percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, 6 ss.

4. Il principio di proporzionalità alla luce della più recente giurisprudenza europea

L'operatività del *ne bis in idem* viene veicolata anche dal principio di proporzionalità¹²⁴, che deve intendersi quale canone ermeneutico in grado di determinare se vi sia stata o meno una violazione dei parametri stabiliti dalla giurisprudenza europea. Anzi, come è stato correttamente osservato¹²⁵, il criterio guida ed il presupposto stesso del *ne bis in idem* dovrebbe essere proprio quello relegato al concetto di proporzionalità della sanzione, che appare un criterio certamente meno flessibile e potenzialmente idoneo ad arginare il sistema del cumulo punitivo.

Oltre alla Corte di Strasburgo, ad occuparsi del tema è stata la Corte di Giustizia che ha infatti eletto, con le sentenze *Garlsson Real estate e a.*, e *Di Puma e Zecca*, il principio della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo (previsto dall'art 49 paragrafo 3 della Carta) quale elemento dirimente per considerare rispettato il *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE¹²⁶.

¹²⁴ Sul punto, *ex multis*, SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, in *Archivio penale*, 1, 2019.

¹²⁵ TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie*, in *Le Società*, 2018, 1, 83 ss. L'autore, analizzando la pronuncia Corte EDU (grande camera), 15 novembre 2016, A e B c Norvegia, sottolinea come, al fine di valutare la sussistenza di una connessione sufficientemente stretta tra i due procedimenti, sia necessario riferirsi, non solo alla complementarietà tra i due procedimenti, ma altresì al canone della prevedibilità e a quello della proporzionalità della risposta sanzionatoria.

¹²⁶ Secondo la Grande Camera, invero, "il cumulo delle sanzioni deve essere accompagnato da norme che garantiscano che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato, derivando tale obbligo dall'articolo 52 par. 1 della Carta e dal principio di proporzionalità delle pene sancito dall'articolo 49, par. 3. Tali norme devono contemplare per le autorità procedenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, il dovere di verificare che la severità del trattamento sanzionatorio complessivo non ecceda la gravità del reato": Corte di Giustizia, *Garlsson Real Estate e a.*, con nota di GALLUCCIO, *La grande sezione della corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *diritto penale contemporaneo*, 3, 2018, 286 ss. Sul punto anche FUSCO, BAGGIO, *Recenti pronunce in tema di market abuse. Qualche punto fermo in una materia ancora in attesa di un moderno assetto normativo*, in *penale contemporaneo*, 1, 2019, 33. Per un'analisi degli ulteriori criteri, oltre a quello di proporzionalità, volti ad individuare una possibile violazione del *bis in idem* sostanziale si veda, ancora, GALLUCCIO,

Sulla base di quanto disposto in tali sentenze il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali in relazione allo stesso fatto (da intendersi come fatto storico¹²⁷) non costituisce, tuttavia, *tout court* una violazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE. Si consente, infatti, una limitazione, legittimata dall'art. 52 CDUFE, del *ne bis in idem* stabilito dall'art. 50 della Carta, alla condizione che tale deroga sia volta al perseguimento di un interesse di carattere generale particolarmente rilevante, che sia prevista da regole chiare e precise (in modo che il ricorso al doppio binario sia prevedibile), in subordine che tali regole dispongano di meccanismi idonei a garantire un coordinamento tra i due procedimenti (evitando eccessive dispendi delle risorse processuali), ed infine che siano rispettose del principio di proporzionalità della pena¹²⁸.

In questo modo, la giurisprudenza europea dimostra la volontà di prendere le distanze dal convincimento palesato dalla sentenza Grande Stevens, richiedendo che la violazione del *ne bis in idem* venga accertata sulla base di precisi criteri da parte del giudice *a quo*.

Sebbene la soluzione accolta in tema di *ne bis in idem* da parte della Corte di Giustizia possa in realtà considerarsi relegata al solo art. 50 CDFUE, come espressamente stabilito dai giudici, questo deve considerarsi un criterio di ordine generale. Tale canone ermeneutico, è stato infatti introdotto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza A e B. c. Norvegia e, sebbene non sia elevato ad esclusivo criterio dirimente il conflitto di norme, arriva

Non solo proporzione della pena: la corte edu ancora sul bis in idem, (nota a C. Edu, sez. ii, sent. 16 aprile 2019, bjarni armannsson c. islanda) in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2019.

¹²⁷ Il concetto di *idem factum*, nella valorizzazione del *ne bis in idem* eurounitario, è stato consacrato dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zoloutoukhinne c. Russia che ha risolto un precedente contrasto in seno alla corte di Strasburgo. Secondo un primo indirizzo, invero, la violazione dello stesso fatto avrebbe avuto riguardo alla identità della condotta, mentre secondo una diversa concezione all'identità del fatto giuridico. Sul punto anche SILVA, *Concorso apparente*, cit., 275.

¹²⁸ GALLUCCIO, *La grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, cit., 289.

ad essere applicato anche dalla giurisprudenza interna¹²⁹. La valutazione di proporzionalità risulta in tal caso dirimente, dovendo procedere ad un'applicazione ponderata della pena e misurata in ragione del disvalore del fatto, disapplicando totalmente, oppure *in mitius*, la norma che comporti una sanzione eccessivamente gravosa, così valorizzando l'applicazione dei meccanismi commisurativi della pena previsti dalla legislazione interna¹³⁰.

L'importanza assunta dal principio di proporzionalità comporta anche un'implicita valorizzazione del *ne bis in idem* sostanziale¹³¹. Che il criterio richiami principi di ordine sostanziale emerge anche dal lapalissiano raffronto rispetto alla *ratio* che permea la commisurazione della pena. Il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio si pone, invero,

¹²⁹ Sul punto, tra le altre, Cass. pen., sez. V, 21 Settembre 2018, n.49869, che espressamente si occupa del principio di proporzionalità affermando che «in tema di *market abuse*, nel caso in cui la sanzione irrogata da Consob sia già divenuta irrevocabile, la verifica del giudice penale circa la legittimità, rispetto al principio del *ne bis in idem*, del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore degli illeciti fuori dall'ipotesi del tutto eccezionale in cui la sanzione amministrativa sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, valutato alla luce degli aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, degli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato, può comportare solo la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni nel minimo edittale, con esclusione della multa, in virtù del meccanismo compensativo di cui all'articolo 187-*terdecies* del T.U.F. e, con riguardo alla reclusione, fermo restando il minimo insuperabile dettato dall'articolo 23 del codice penale.». In argomento anche Corte app. Milano, sez. ii, 15 gennaio 2019, n. 284 con nota di PAGELLA, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell'"insider di sé stesso": la corte d'appello di milano sul caso cremonini* in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019; e Trib. Milano, sent. 15 novembre 2018, n. 14767 con nota di 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* in www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2019.

¹³⁰ Si fa riferimento ai criteri di commisurazione della pena previsti dall'art. 133 c.p. e, con specifico riferimento agli abusi di mercato, al meccanismo compensativo disposto dall'art. 187 *terdecies*: sul punto anche Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 3999. Per un approfondimento sul tema e sulle modalità di salvaguardia del principio di proporzionalità da parte della giurisprudenza interna vedi *infra* Cap. III, par. 3.

¹³¹ MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità* (nota a Cass. pen, sez. V, 16 luglio 2018 n. 45829) in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2018; MUCCIARELLI, *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in DONINI-FOFFANI (a cura di) *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 284 ss.

alla base dell'operatività dei criteri previsti dall'art. 133 c.p. La norma, seppur in riferimento a criteri endogeni rispetto all'irrogazione di un'unica sanzione penale, richiede che il complessivo trattamento sanzionatorio sia adeguato alla gravità dell'illecito. L'esigenza è quella di consentire il funzionamento del principio rieducativo, che non si realizzerebbe nel caso in cui fosse comminata una pena eccedente il disvalore del fatto e alla riprovevolezza della condotta tenuta dal reo¹³².

Del resto, anche nei paesi di *common law* non si è mancato di osservare come un trattamento draconiano - spesso riservato ai *white collar criminals* - possa talvolta causare il fallimento degli obiettivi di deterrenza, richiedendo piuttosto un potenziamento del principio di certezza della pena¹³³. In questa prospettiva anche la *double jeopardy rule* si intende deputata ad evitare una *overcriminalization*, garantendo il perseguimento delle finalità rieducative ed il rispetto del principio di proporzionalità della pena. La funzione deterrente, dal canto suo, risulta talvolta in conflitto con la finalità rieducativa, pur dovendo con essa coesistere in considerazione della natura polifunzionale della pena, ed in ragione del fatto che una sanzione eccessiva non possa essere percepita dal reo come appropriata, fallendo nello scopo di indirizzare il suo comportamento futuro e di garantire un suo efficace reinserimento nella società.

Da questo punto di vista risulta facilmente comprensibile l'analisi del rapporto dicotomico che si instaura tra proporzione e prevenzione, a di-

¹³² In argomento, per i rapporti tra proporzionalità della pena e principio di colpevolezza, si veda MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 297 ss.

¹³³ Sul tema, *ex multis*, NICHOLSON, *Sarbenes Oxley act purported over-criminalization of corporate offenders*, in *Journal of business and technology law*, vol. 2, n. 7, 2007; HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, 2008, New York, 4 ss.

spetto del rapporto complementare che emerge tra principio di proporzionalità e la concezione retributiva della pena¹³⁴. La proporzionalità, che è direttamente funzionale alla gravità del fatto e alla colpevolezza del reo, indirizza infatti il giudice nell'applicazione della pena, risultando funzionale alla specialprevenzione e rappresentando la giusta retribuzione per il male commesso. Ragion per la quale discutendo dei rapporti tra proporzionalità e prevenzione sembra opportuno precisare che la proporzionalità possa porsi eventualmente in contrasto solo con il principio di generalprevenzione, mentre costituisce un fondamento ineliminabile della prevenzione speciale, così come della funzione rieducativa della pena¹³⁵.

La dottrina che più da vicino si è occupata del tema delle sanzioni sostanzialmente penali e del principio di proporzionalità non ha mancato di evidenziare la stretta connessione sussistente tra proporzionalità e colpevolezza, che è alla base della finalità rieducativa della pena e delle istanze di prevenzione speciale. Si è anzi arrivati ad affermare che la proporzionalità costituisca un corollario di tale principio, attestandosi sulla base di diverse pronunce della Corte costituzionale¹³⁶, che dapprima declinavano tale principio come criterio di ragionevolezza, con la conseguente necessità di riferirsi ad un *tertium comparationis*, per poi valutarlo come autonomo canone ermeneutico e come singolo profilo di garanzia derivante dall'art. 27

¹³⁴ Così MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 297. Sul rapporto tra proporzione e teorie della pena, con particolare riferimento alla finalità rieducativa, 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, 1958 ss. Sul tema della proporzionalità della risposta sanzionatoria e del principio di retribuzione cfr. anche BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1982, 739; ID., *Diritto penale*, Padova, 1986, 812

¹³⁵ In realtà anche nelle teorie della prevenzione generale positiva emerge l'ideale di una pena che sia al contempo giusta ed utile. Lo scopo della pena, in altri termini, può essere raggiunto solo se la pena sia avvertita dal reo come giusta essendo proporzionata al fatto di reato. In argomento FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.* 1987, 845 ss.

¹³⁶ Sul punto MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 300 ss.

Cost.¹³⁷. Di qui, la necessità di prendere atto del fatto che il canone della proporzionalità si estenda in realtà oltre i confini del diritto penale classico, abbracciando le sanzioni punitive in senso lato ed ampliando i confini del concetto di sanzione penale¹³⁸. Il che porta ad affermare, in conclusione, che un problema di matrice processuale, qual è quello del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato per il medesimo fatto, non solo presupponga ma si compenetri con principi di diritto sostanziale, tra cui la proporzionalità del trattamento sanzionatorio ed il principio del *ne bis in idem* sostanziale (che ne rappresenta un immediato presupposto), arrivando a costituire la linea guida attraverso cui l'interprete deve veicolare l'indagine in tema di doppio binario sanzionatorio .

5. *Double jeopardy* e ordinamenti di *common law*

Il principio del *ne bis in idem* negli ordinamenti di *common law* viene indicato con il termine di *double jeopardy*: è con esso che si individua la regola per cui, nei confronti del medesimo soggetto e per lo stesso fatto, non deve realizzarsi una duplicazione sanzionatoria.

Sebbene i presupposti e la *ratio* della *double jeopardy* siano i medesimi del principio del *ne bis in idem*, sussistono alcune importanti differenziazioni strutturali, dovute principalmente alla diversa fisionomia degli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law*.

Partendo dall'analisi dell'ordinamento statunitense¹³⁹, ove la *double jeopardy* assume un ruolo di primaria rilevanza, valga osservare come

¹³⁷ Tra queste, Corte Cost., 5 novembre 2012, n. 251 e Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, con nota di VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, in diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, 61 ss.

¹³⁸ MAZZACUVA, *le pene nascoste*, cit., 303.

¹³⁹ In argomento, *ex multis*, SEIDERS, "Double Jeopardy" in *Dickinson Law Review*, vol. 63, no. 4, 1959, 355 ss.; CHRISTIE, GEORGE C., "Current Trends in the American Law of Punitive

tale principio sia previsto dalla Costituzione stessa, a conferma della premienza della regola a garanzia dell'imputato e della certezza dell'esito processuale. E' infatti il quinto emendamento a sancire espressamente la regola della *double jeopardy*, discostandosi da quanto previsto nel nostro ordinamento, ove la rilevanza costituzionale del principio viene accordata solo in via indiretta, sulla base delle norme deputate a garantire il principio di legalità, il principio di responsabilità penale personale e la tutela della libertà personale, la cui compromissione può essere ammessa solo nei limiti della tutela di altri valori costituzionali di pari rango¹⁴⁰.

Analizzandone il contenuto, la *double jeopardy clause* presente nel quinto emendamento espressamente dispone che "*no body shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*". Partendo da tale assunto, risulta tuttavia chiaro che tale divieto debba essere interpretato in maniera più estesa, essendo volto a garantire l'imputato non solo dal pericolo di vita, ma anche dal rischio di sentenze di condanna che comportino la reclusione o la pena pecuniaria¹⁴¹.

Come per il *ne bis in idem* interno, tuttavia, la regola può operare solo in presenza di determinati presupposti: tra questi il fatto che il secondo procedimento sia avviato nei confronti delle stesse parti e che la prima sentenza possa considerarsi definitiva.

Dall'interpretazione che è stata fatta della clausola, la *double jeopardy rule* presenta una perimetrazione più ampia rispetto alla fisionomia che nel

Damages" in *Anglo-American Law Review*, vol. 20, no. 3, 1991, 349 ss; LIPPKE, "Modifying Double Jeopardy" in *New Criminal Law Review*, vol. 15, no.4, Fall 2012, 511 ss; JOHNSTON - OWENS - SACKS, "Double Jeopardy" in *Annual Review of Criminal Procedure*, 29, 2000, 1272 ss; BELL-RICHMAN, "Double Jeopardy" in *Annual Review of Criminal Procedure*, 25, 1996, 1076 ss.

¹⁴⁰ Sul punto SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 195 ss.

¹⁴¹ «U.S Const. Amend. V. The prohibition of double jeopardy applies not only to "life or limb", but to prison sentences and criminal fines as well. (*Jeffers v. U.S.* 137, 155 (1977)). The Fourteenth Amendment's Due Process Clause extends the Double Jeopardy Clause protections to state prosecutions. (*Benton v. Maryland*, 395 U.S 784, 794)»: così JOHNSTON - OWENS - SACKS, *Double Jeopardy*, cit., 1272.

nostro ordinamento assume il *ne bis in idem*, sia sotto il profilo sostanziale che processuale. Invero, ad una più attenta analisi, la clausola sembra unificare gli elementi di entrambi i principi, proibendo, da un lato, che si instaurino nuove azioni penali per lo stesso fatto dopo una sentenza di assoluzione o di condanna definitiva, dall'altro, precludendo che siano comminate più pene per il medesimo fatto¹⁴².

Quanto alla duplicazione delle pene per il medesimo fatto, risulta interessante notare come, anche nell'ordinamento statunitense, si sia posto il problema relativo alla reale natura della sanzione. Dopo che la Corte Suprema stabilì che la regola della *double jeopardy* valesse solo con riguardo all'imposizione di molteplici pene criminali derivanti dalla stessa offesa, ci si è chiesti se la veste formale assunta dalla sanzione civile fosse sufficiente ad escludere l'operatività della *double jeopardy rule*. Al riguardo si è osservato, in maniera non dissimile a quanto avviene per la qualificazione di una sanzione sostanzialmente penale nell'ordinamento europeo, che il riconoscimento della natura civile o penale della sanzione dipenda essenzialmente da due fattori: in primo luogo dall'intenzione, espressa o implicita, del legislatore nel comminare una sanzione civile o penale; in secondo luogo dagli scopi o dagli effetti che conseguono alla sanzione. Se l'obiettivo o le conseguenze derivanti dall'applicazione della sanzione devono considerarsi essenzialmente penali, la reale natura della sanzione supera il *nomen iuris* ad esso attribuito dal legislatore, trasformando la sanzione qualificata come formalmente civile dal legislatore, in una sanzione sostanzialmente criminale, con conseguente operatività della *double jeopardy rule*¹⁴³. Lo stesso principio è stato, peraltro, puntualizzato in riferimento ai procedimenti ammi-

¹⁴² JOHNSTON -OWENS- SACKS, *Double Jeopardy*, op. loc. ult. cit.

¹⁴³ Cfr. JOHNSTON -OWENS- SACKS, *Double Jeopardy*, cit., 1273.

nistrativi, come i procedimenti disciplinari, che non integrano una violazione del divieto in questione se non qualora siano qualificabili come essenzialmente penali.

Oltre al problema della perimetrazione ontologica della *double jeopardy clause*, anche la dottrina statunitense si è interrogata sul significato strutturale del divieto, in particolare soffermandosi sull'estensione del concetto "*same offence*". Da questo punto di vista pare interessante notare come, al posto del concetto di medesimo fatto (di cui all'art 649 c.p.p.) o di stessa materia (previsto dall'art 15 c.p.), che determinano non pochi problemi interpretativi, l'ordinamento statunitense prediliga concentrarsi direttamente sul significato di stessa offesa. In questo modo si presuppone che ad un singolo comportamento criminale debba corrispondere un unico processo ed un'unica sanzione, proprio in considerazione del fatto che alla condotta consegua, ordinariamente, una sola offesa giuridica.

Nonostante tale assunto, la giurisprudenza ha preferito puntualizzare i casi in cui l'instaurazione di un secondo processo a carico dello stesso imputato non determini una violazione della *double jeopardy clause*. In questa prospettiva si è sottolineato come perimetrare i casi in cui dalla stessa condotta possa derivare una medesima offesa sia di fondamentale importanza non solo qualora sussistano molteplici azioni penali per atti correlati, ma anche laddove si instauri una sola azione penale a fronte della sussistenza di plurime accuse penali e vi siano molteplici sanzioni comminabili.

Sicché, ferma restando la vincolatività della *double jeopardy clause*, la giurisprudenza e la dottrina statunitensi hanno individuato diverse eccezioni a tale regola. Si è affermato, in tal senso, che qualora lo stesso fatto violi due diverse norme, siano ammesse più azioni penali e siano comminabili più sanzioni nei confronti del medesimo autore, proprio in considerazione della configurabilità di diverse offese.

In questo caso è tuttavia essenziale che la volontà del legislatore di prevedere pene cumulative sia espressa in modo chiaro, dovendo altrimenti ricorrere al cosiddetto *Blockburger test*. Secondo tale regola, enucleata in via giurisprudenziale nel caso *United States vs Blockburger*, la *double jeopardy rule* proibisce successive azioni penali per lo stesso fatto, a meno che il fatto non possa essere punito sotto diverse previsioni normative, che richiedono la prova della sussistenza di differenti elementi costitutivi. In via implicita, pertanto, la Corte sembra ammettere una deroga alla *double jeopardy rule* qualora la condotta sia riconducibile a diverse norme incriminatrici, causando con una sola condotta la produzione di diverse offese giuridiche, proprio come avviene nel nostro ordinamento per effetto del concorso formale di reati.

In applicazione del *Blockburger test*, tuttavia, l'operatività della *double jeopardy rule* subisce una riviviscenza nel caso in cui le offese prodotte siano minori e possano considerarsi incluse nell'offesa più grave, che è stata precedentemente accertata nel processo penale ormai concluso. Al fine di non restringere troppo l'operatività delle garanzie connesse alla *double jeopardy rule*, peraltro, l'offesa minore viene espressamente identificata in quell'offesa che non abbisogni di prove ulteriori rispetto a quelle già fornite nel giudizio avente ad oggetto l'offesa più grave.

Un'eccezione alla *double jeopardy rule* viene contemplata anche nel caso in cui si voglia perseguire un nuovo giudizio per un'offesa più grave rispetto a quella che è stata oggetto del precedente giudizio, ma in quest'ipotesi un nuovo processo sarà possibile in tutti i casi in cui, al tempo del primo processo, non siano state utilizzate tutte le azioni necessarie per perseguire il crimine maggiore.

Un'ulteriore rilevante eccezione alla *double jeopardy clause* è data dalla "*collateral estoppel doctrine*": la Corte Suprema ha, infatti, stabilito che la prova di un crimine per cui l'imputato è stato assolto possa essere utilizzato

in un nuovo procedimento che si basi sulle stesse circostanze, sempreché la pronuncia di assoluzione si fondi sulla sussistenza di un ragionevole dubbio e non vi sia certezza in merito alla sua innocenza¹⁴⁴.

Ulteriori presupposti per l'operatività della clausola sono dati dal fatto che il secondo procedimento sia stabilito tra le stesse parti e che la prima sentenza possa considerarsi definitiva.

Dalle considerazioni fatte, pertanto, emergono una serie di spunti comparatistici che risultano utili nell'analisi del *ne bis in idem*, nelle sue plurime declinazioni di *ne bis in idem* sostanziale, processuale ed infrasistemico.

In primo luogo, nonostante la differente denominazione, il *ne bis in idem* e la *double jeopardy rule* presentano la medesima finalità, che è quella da un lato di garantire la proporzionalità del trattamento sanzionatorio rapportato all'offesa arrecata dalla condotta, in secondo luogo quella di preservare la certezza dell'esito giudiziario. Ciò al fine di non far correre il rischio all'imputato, che abbia già beneficiato di una sentenza definitiva, di essere nuovamente sottoposto allo stigma del processo penale. Come avviene nel nostro ordinamento, poi, anche la *double jeopardy rule* subisce delle eccezioni rilevanti nel caso in cui dallo stesso fatto derivino due offese, in considerazione del fatto che in quest'ipotesi non viene in rilievo un concorso apparente di norme ma un concorso formale di reati.

I due principi si differenziano, invece, per la loro perimetrazione e la rilevanza accordata da parte dell'ordinamento. Se, infatti, la *double jeopardy rule* opera sia in una dimensione sostanzialistica, come divieto di duplicazione sanzionatoria, sia in una dimensione processualistica, come preclusione all'instaurazione di un secondo processo in relazione allo stesso fatto

¹⁴⁴ Così si esprime la Suprema Corte nella sentenza *Dowling v. United States* 493 U.S. 342, 347-50 (1990).

già oggetto di sentenza definitiva, nell'ordinamento italiano il *ne bis in idem* sostanziale trova una menzione indiretta nell'art 15 c.p. e nelle disposizioni costituzionali richiamate, mentre la regola *ne bis in idem* processuale viene espressamente sancita dall'art 648 c.p.p. L'operatività dei due principi è dunque relegata a condizioni differenti, discutendosi ora del concetto di stessa materia, ora di medesimo fatto.

Inoltre, solo la *double jeopardy clause* assume valore costituzionale espresso, a differenza del principio del *ne bis in idem* per il quale un fondamento costituzionale indiretto viene ricercato con estrema cautela e peraltro limitato al canone del *ne bis in idem* sostanziale.

Più complessi si presentano, invece, i rapporti con l'ordinamento anglosassone, ove, al contrario, non sussiste un'analogia previsione del principio di *double jeopardy*¹⁴⁵.

La *double jeopardy rule* nell'ordinamento anglosassone non distingue, inoltre, le tre tipologie di riapertura del procedimento a seguito di una sentenza di assoluzione che potrebbero dar vita ad una duplicazione processuale inammissibile. Se, come osservato dalla *Law commission*¹⁴⁶, le norme contenute nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo tendono a differenziare le ipotesi di riapertura del procedimento a seguito di un'istanza di appello, dal diritto in casi eccezionali di riapertura del processo dopo che tutti i gradi di giudizio siano esauriti o quando sia spirato il termine per proporre appello, ed ancora dall'avvio di un separato procedimento in disparte dalla riapertura del precedente¹⁴⁷, identificando solo in quest'ultima

¹⁴⁵ Piuttosto risalente nel tempo deve considerarsi invece la prima enucleazione del principio. In particolare, risale ai tempi della conquista normanna del 1066 l'introduzione di una norma che impediva di instaurare un processo a carico di una persona già prosciolta o giudicata colpevole per lo stesso reato. Secondo la teoria dell'*outréfois aquit* o *outréfois convint* l'imputato poteva avvalersi di una *plea* di *outréfois aquit* o *outréfois convint* nel caso in cui fosse stato in precedenza assolto o condannato per il medesimo fatto.

¹⁴⁶ Law commission, consultation paper n. 156, in www.open.gov.uk/lawcomm/

¹⁴⁷ Cfr. *Guide in article 4 protol No. 7 to the European convencion on human rights* in www.penale.contemporaneo.it

ipotesi l'operatività del divieto di *bis in idem*, non altrettanto avviene nella legislazione inglese. In tale ordinamento la *double jeopardy rule* fa riferimento a tutti e tre i casi descritti, non relegando l'operatività della regola alla terza ipotesi descritta.

Inoltre, nell'ordinamento britannico la dizione *double jeopardy rule* viene espressamente tradotta dai principi - di matrice giurisprudenziale - dell'*outréfoit acquit o outréfois convict*, dalla *Connelly rule* e dalle regole riguardanti l'abuso del processo.

Procedendo con ordine, la regola dell'*outréfois acquitted or convicted* si ispira alla necessità di evitare che il soggetto in precedenza condannato o assolto per effetto di una sentenza valida (e quindi pronunciata da una Corte competente per il mezzo di procedimento che non sia viziato da un eccesso di potere) sia nuovamente sottoposto a procedimento per la medesima offesa. Il termine offesa, come chiarito nella sentenza *Connelly* abbraccia, peraltro, sia i fatti costituenti il crimine, sia le caratteristiche normative che costituiscono l'illecito, corrispondendo alla nostra declinazione di fatto storico e di fatto giuridico¹⁴⁸. La regola dell'*outréfois acquitted or convicted* può tuttavia subire delle eccezioni: l'accusa non ha infatti generalmente il diritto di proporre appello nei confronti di una sentenza di assoluzione, tuttavia, qualora la sentenza sia affetta da un errore in diritto o da eccesso di potere, si ritiene ammissibile un ricorso giudiziario. Allo stesso modo, eccezionalmente, un ricorso può essere promosso nei confronti di una sentenza di condanna, qualora vi sia un superiore interesse alla giustizia che veicoli la sottoposizione ad un nuovo procedimento giudiziario nei confronti della medesima offesa.

Dal canto suo, la *Connelly rule* è, invece, una regola elaborata in via pretoria che ha avuto il merito di chiarire, come, oltre alla *outréfoit rule*, in

¹⁴⁸ House of Lord, *Connelly v Director of public prosecutions* [1964] AC 1254.

realtà la regola della *double jeopardy* sia identificabile in una particolare applicazione delle regole sull'abuso del processo. Il principio di abuso del processo può venire in rilievo qualora non sia possibile per l'imputato ricevere un giusto processo oppure nel caso in cui, sebbene l'imputato potrebbe ricevere un processo giusto, debba considerarsi comunque ingiusto che questo venga sottoposto a procedimento nel caso concreto. Secondo il *Connelly principle*, dunque, allorché un soggetto sia stato già sottoposto a procedimento rispetto a determinati fatti, deve considerarsi inammissibile che lo stesso sia sottoposto a giudizio una seconda volta in relazione a fatti correlati, in quanto la regola è quella secondo cui la seconda accusa avrebbe dovuto essere discussa allo stesso tempo del primo procedimento.

Dalle considerazioni svolte può desumersi che, nonostante l'insussistenza di un esplicito richiamo a tale regola, analogo a quello sussistente negli Stati Uniti, i presupposti affinché possa discutersi di *double jeopardy* siano dati dall'identità in fatto e in diritto della fattispecie, nonché dalla sussistenza di una sentenza di proscioglimento o di condanna validi.

Nonostante l'importanza assunta del principio, che non abbraccia soltanto le ipotesi in cui venga avviato un procedimento ulteriore in relazione allo stesso fatto, ma anche i casi in cui il procedimento dovrebbe riaprirsi a fronte della richiesta di appello, l'ordinamento anglosassone non ne fa espressa menzione, avendo rifiutato –peraltro – anche di ratificare l'art. 4 prot. n. 7 CEDU.

Da questo punto di vista pare interessante notare come il legislatore, almeno sino all'emanazione del *Criminal justice act* 2003, non fosse intervenuto espressamente in materia, relegando il principio ad un'acquisizione di diritto ormai radicata e difficilmente contestabile¹⁴⁹. L'occasione per un intervento normativo si è presentata solo a seguito di un episodio di cronaca

¹⁴⁹ In argomento anche PASETTO, *Inghilterra*, in PASSAGLIA (A CURA DI), *Il principio del ne bis in idem* (Corte Costituzionale, servizio studi. Area di diritto comparato), giugno 2016, 56 ss.

nera a sfondo razziale, a fronte della quale il rapporto *Mcpherson* suggerì di eliminare la regola della *double jeopardy rule* almeno in relazione ai delitti di sangue¹⁵⁰. La necessità di un intervento era stata avvertita dalla dottrina per consentire di sottoporre il soggetto ad un nuovo procedimento qualora fossero emerse nuove prove a suo carico, ma limitatamente a reati gravi e solitamente rientranti nel novero dei delitti contro la persona.

L'intervento del legislatore britannico si caratterizza quindi per il fatto che abbia avuto il fine di mitigare e non di potenziare o esplicitare la *double jeopardy rule*. La riforma ha infatti previsto che, per delitti quale l'omicidio, la violenza sessuale o il sequestro di persona, si consenta un secondo procedimento dopo il proscioglimento se siano emerse prove nuove e decisive e sussistano determinate condizioni procedurali. Tra queste il consenso del *Director of public prosecutions*, un'ordinanza della *Court of Appeal* di annullamento della sentenza di proscioglimento e la necessità che la Corte autorizzi la riapertura del processo in virtù di esigenze di giustizia.

In conclusione, analizzando in via comparatistica il *ne bis in idem* interno rispetto alla *double jeopardy rule* anglossassone, la differenziazione tra i due principi sembra facilmente individuabile: se il *ne bis in idem* interno assume i connotati del *ne bis in idem* sostanziale e processuale, la *double jeopardy rule* sembra evidenziare solo i profili processuali dell'istituto, proprio come avviene da parte del *ne bis in idem* convenzionale. Da questo punto di vista la regola nell'ordinamento britannico si considera tesa a garantire la certezza dell'esito giudiziario, evitando un inutile dispendio delle risorse processuali e soprattutto cercando di assicurare l'imputato, condannato o prosciolto con sentenza valida, sul fatto che non dovrà più essere sottoposto ad un procedimento penale in relazione allo stesso fatto che è stato oggetto

¹⁵⁰ Le raccomandazioni presenti nel report sono state fatte proprie dalla relazione del 2001 sulla *double jeopardy and prosecutions appeals*. Sul punto si rinvia a LAW COMMISSION, *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, Law Com. n. 267, 2001.

di accertamento definitivo. A questa *ratio* non può tuttavia considerarsi estranea l'esigenza di una risposta sanzionatoria che sia proporzionata all'offesa, almeno qualora (in ipotesi a dire il vero non troppo frequenti) la *double jeopardy rule* venga declinata come divieto concernente l'avvio di un procedimento ulteriore che abbia ad oggetto lo stesso fatto e che, per ciò solo, comporti il rischio di duplicazioni sanzionatorie eccedenti la gravità dell'offesa.

CAPITOLO III

I CUMULI SANZIONATORI NELLA DISCIPLINA DEL *MARKET ABUSE*: TRA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE E RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

Sommario: 1. Nomodinamica e cronistoria della disciplina sul *market abuse*: *insider trading* e manipolazioni di mercato a confronto. -2. Possibili letture della clausola di apertura degli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato: il problema del doppio binario sanzionatorio - 3. La sentenza Grande Stevens: principi e ripercussioni applicative. - 3.1. (Segue)La salvaguardia del principio del *ne bis in idem* tra interpretazioni convenzionalmente orientate e soluzioni *de iure condendo* - 4. La riforma del 2018: il persistente problema del *ne bis in idem*. - 5. Dall'individuo all'ente: la questione del *ne bis in idem* nella responsabilità da reato degli enti; natura della responsabilità e afflittività delle pene. - 6. Responsabilità degli enti e abusi di mercato: un problema di possibile quadruplicazione della risposta sanzionatoria. - 7. Illecito commesso dal soggetto apicale e rapporti di immedesimazione organica. Verso un *ne quater* (o *septies*) *in idem* per gli abusi di mercato?

1. Nomodinamica e cronistoria della disciplina sul *market abuse*: *insider trading* e manipolazioni di mercato a confronto

La disciplina penalistica in tema di abusi di mercato¹ si presenta come una disciplina composita corredata sia dal delitto di abuso di informazioni privilegiate, che dal reato di manipolazione di mercato. Tali norme

¹La letteratura sul punto è vastissima: si rinvia, *ex multis*, a SEMINARA, *Il diritto penale del mercato mobiliare* in SEMINARA (A CURA DI), *Il diritto penale commerciale*, vol. 3, 2018; AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 246 ss; D'ALESSANDRO, *L'aggiotaggio e la manipolazione del*

sono poi affiancate da altrettanti illeciti amministrativi, che danno luogo al problema del cosiddetto doppio binario, inducendo l'interprete ad una riflessione più approfondita in merito alla compatibilità tra l'impianto sanzionatorio complessivo ed il principio di proporzionalità della pena.

Le disposizioni a tutela degli abusi di mercato hanno destato non poche perplessità anche in ragione delle modifiche legislative che sono intervenute nel corso del tempo e che hanno inciso, in misura più o meno maggiore, sulla struttura stessa degli illeciti.

Tutte le riforme intervenute rappresentano la risposta del legislatore interno a sollecitazioni comunitarie volte ad una tutela efficace ed il più possibile uniforme del mercato finanziario nell'Unione Europea².

A seguito dell'approvazione del cosiddetto *Financial Service Action Plan* del 1999 sono state, infatti, adottate una serie di direttive, tra cui spicca la Direttiva 2003/6/CE in tema di *market abuse*, da cui si è occasionata la riforma del 2005³, nonché la direttiva 2004/39/CE, relativa ai mercati degli strumenti finanziari. Da ultimo, una sollecitazione al rafforzamento delle

mercato, IN CERQUA-CANZIO-LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, 729 s; MARTIELLO, *Market abuse e profili di responsabilità penale individuale*, in *Dir. Prat. Soc.*, 2006, N. 6., 38 ss; PALIERO, *Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. Mer.*, 2005, n. 7., 809 ss; MASUCCI, *Gli abusi di mercato. Tutela dell'investitore e "profilassi morale" dell'economia nelle nuove policy d'intervento penale*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 291 ss; MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018, 287 ss; ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 405 ss.

² Secondo il Considerando n. 2 Direttiva 2003/6/Ce "Un mercato finanziario integrato ed efficiente non può esistere senza che se ne tuteli l'integrità. Il regolare funzionamento dei mercati mobiliari e la fiducia del pubblico nei mercati costituiscono fattori essenziali di crescita e di benessere economico. Gli abusi di mercato ledono l'integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli strumenti derivati". Lo stesso principio viene ribadito nel considerando n. 1 della Direttiva 2014/57/UE con la sola differenza data della menzione dei cosiddetti *benchmark* (o indici di riferimento) che potrebbero essere lesi dagli abusi di mercato. Per le suddette considerazioni anche MEZZETTI-AMBROSETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, op. loc. ult. cit.

³ Per una dettagliata analisi degli interventi del legislatore comunitario in materia si rinvia a AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 249 ss.

sanzioni penali in tema di reati finanziari è intervenuta per effetto della direttiva 2014/57/UE⁴, da cui il legislatore interno ha preso le mosse per la recente modifica intervenuta nel 2018.

Fatte tali premesse, al fine di procedere ad una comparazione tra le due fattispecie penali, che tenga conto delle analogie e delle differenze intercorrenti tra le norme, sembra d'obbligo, per ragioni di ordine espositivo, concentrarsi in primo luogo sull'analisi del *delitto di insider trading*⁵.

Orbene, il delitto in questione è stato introdotto solo in epoca relativamente recente, per effetto della legge n. 157/1991⁶, ed ha subito diverse modifiche legislative nel corso del tempo: una prima riforma è stata realizzata dalla legge 58/1998⁷, quindi il legislatore è *ivi* intervenuto con la legge 62/2005⁸, nonché, da ultimo, attraverso il D.Lgs. 107/2018⁹.

⁴ Si veda il considerando n. 6 della dir. 2014/57/UE.

⁵ In argomento, tra gli altri, MUCCIARELLI, *Art. 184. Abuso di informazioni privilegiate*, in FRATINI-GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, III, Torino, 2319 s; NAPOLEONI, *Insider Trading*, in *Dig. Disc. pen.*, Agg. I, Torino, 36 s; SGUBBI-TRIPODI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, 31 ss.; SEMINARA, *Insider Trading e diritto penale*, Milano, 1989; ID., *Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate in Banca, Borsa e titoli di credito*, 1998, 32 ss; ID., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni di mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 9 s.

⁶ La legge è stata adottata in attuazione della direttiva 89/592/CEE. In argomento, FLICK, *Insider trading: una tappa significativa - anche se controversa - nella lunga marcia verso la trasparenza* in *Riv. Soc.* 1991, 974 s; ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997, 109 s; MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea*, Padova, 1994.

⁷ MUCCIARELLI, *L'insider trading nella nuova disciplina del D.lgs. 58/1998*, in *Riv. Trim. diritto penale economia*, 2000, 927 ss. La riforma determina, tra l'altro, un aumento delle pene comminate per l'abuso di informazioni privilegiate, passando, rispetto alle sanzioni disposte dalla legge 157/1991, alla reclusione fino a due anni e la multa da 20 a 600 milioni di lire, con facoltà del giudice di "aumentare la multa fino al triplo quando, per la rilevante offensività del fatto, le qualità personali del colpevole o l'entità del profitto che è derivato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo".

⁸ COMPORTI, *La nuova disciplina sugli abusi di mercato: una prima ricognizione*, in *Dir. Banca e merc. Fin.*, 2005, 62 ss.

⁹ MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e i persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2018. ROCCATAGLIATA, *La riforma del diritto sanzionatorio per illeciti finanziari. Guida ragionata al D.lgs. 107/2018* in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 11; MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurolunitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *penale contemporaneo*, 4, 2015, 295 ss.

La riforma disposta per effetto della legge comunitaria del 2004 (art. 9 della legge 18 aprile 2005 n. 62) ha inciso in maniera dirompente sulla disciplina del TUF, accentuandone il rigore sanzionatorio. Il legislatore ha inoltre introdotto un sistema a doppio binario, che è fonte ancora oggi delle problematiche interpretative più rilevanti in materia¹⁰.

Con tale normativa, quindi, sono state, da un lato, aumentate le cornici edittali e previste nuove circostanze ad effetto speciale, dall'altro, si è dato vita ad un sistema composito di sanzioni amministrative e penali. Di non minor rilievo è stato anche l'inserimento del reato nel catalogo degli illeciti amministrativi che danno luogo alla responsabilità da reato dell'ente. La novellata disciplina si è caratterizzata, infine, per l'attribuzione alla Consob di ampi poteri al fine di espletare le proprie funzioni di vigilanza e svolgere il ruolo di giudice di primo grado per l'irrogazione di sanzioni amministrative previste nel titolo I bis, capo III, TUF.¹¹

E' quindi solo a partire dalla legge n. 62/2005 che viene a crearsi un sistema a doppio binario sia per il reato di manipolazione di mercato, previsto dall'art. 185 e 187 ter TUF, sia per il reato di abuso di informazioni privilegiate, disciplinato dagli artt. 184 e 187 bis TUF.

Il delitto di aggioaggio, dal canto suo, è stato introdotto come fattispecie autonoma solo successivamente, proprio in occasione della riforma intervenuta per effetto della legge 62/2005¹². Precedentemente l'incriminazione era infatti contenuta nell'art. 2637 cc: tale norma, per effetto del D.lgs. 61/2002, disciplinava sia l'aggioaggio bancario che l'aggioaggio finanzia-

¹⁰ Per un approfondimento si rinvia a AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 252 ss.

¹¹ Per una dettagliata analisi sul punto si veda AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 235 s.

¹² ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 439 s; MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 326; D'ALESSANDRO, *L'aggioaggio e la manipolazione del mercato*, cit., 729 s.

rio compiuti su titoli quotati e non quotati. A seguito della riforma si è invece assistito ad un'inversione di rotta, ed il legislatore è tornato a prevedere all'interno del T.U.F. l'ipotesi di aggio su strumenti quotati, lasciando disciplinare all'art. 2637 c.c. la sola ipotesi di aggio bancario e la diffusione di notizie false o la realizzazione di operazioni simulate che determinino una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non sia stata presentata domanda di ammissione ad un mercato regolamentato¹³.

Passando alla disamina delle principali differenze intercorrenti tra il delitto di *insider trading* ed il reato di manipolazione di mercato, queste sono in primo luogo ravvisabili nell'oggettività giuridica tutelata, nondimeno interessando la condotta realizzabile, il novero di soggetti attivi del reato e la qualificazione dell'informazione resa.

Quanto all'oggettività giuridica tutelata, nel caso dell'*insider trading* il bene giuridico che la norma intende tutelare è il corretto funzionamento del mercato¹⁴. La *ratio* è anche quella di evitare che la fiducia che i risparmiatori ripongono nel mercato sia inficiata da comportamenti di approfittamento ingiustificato del privilegio informativo di cui si gode. In questa prospettiva si è sottolineato come il reato in questione sia posto a tutela non solo del regolare funzionamento del mercato ma anche della fiducia che i

¹³ In argomento, tra gli altri, MEZZETTI-AMBROSETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 268 s.

¹⁴ Sul punto diffusamente SEMINARA, *Insider Trading e diritto penale*, cit., 1 ss; ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 414 s, secondo cui anche il reato di *insider trading* sarebbe posto a tutela della corretta formazione dei prezzi di mercato. Nello stesso senso SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, 622 ss. Sul punto anche MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 294 ss., per cui, se è vero che l'opinione comune è quella secondo cui l'*insider trading* sia posto a tutela del regolare e corretto funzionamento del mercato, non può negarsi che, nell'assumere le proprie decisioni, l'investitore si affidi ai prezzi degli strumenti finanziari che egli presume riflettere le informazioni presenti sul mercato. Ne consegue che si delinei una tutela bifronte che si incentra sugli interessi economici degli investitori ed anche su valori macroeconomici: così anche PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale economia*, in *Diritto penale*, IV, Milano, 2000, 183 s.

risparmiatori ripongono nel mercato¹⁵. Del resto, a dimostrazione dell'importanza che il legislatore attribuisce alla tutela del bene giuridico leso, si pone la stessa struttura dell'illecito, che assume le vesti di una norma a più fattispecie pronta a incriminare le diverse condotte poste in essere dall'*insider*.

Il reato di manipolazione di mercato mira, invece, a preservare la correttezza nel meccanismo di formazione dei prezzi ove, in assenza di cause patologiche, il prezzo di tali strumenti dovrebbe essere regolato dal meccanismo della domanda e dell'offerta, purché questa si fondi su una corretta combinazione tra informazione resa al pubblico e valutazione dell'offerta¹⁶.

Per quel che concerne l'elemento oggettivo, invece, il delitto di abuso di informazioni privilegiate si presenta come una norma a più fattispecie che può realizzarsi per effetto di un triplice condotta, vale a dire quella di *trading*, di *typping* e di *tuyautage*¹⁷.

¹⁵ AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 260. Per la tutela della trasparenza societaria e della *par condicio* investitori SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 514.

¹⁶ AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 256 ss; MELCHIONDA, *Aggiotaggio e manipolazioni di mercato*, in LANZI-CADOPPI, (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262*, Padova, 2007, 254; ROSSI, *Le fattispecie penali di aggio e manipolazioni di mercato (artt. 2637 cc e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive* in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2654. Sul punto anche MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 327, che distingue tra tutela diretta ed immediata che è quella della corretta formazione del prezzo e il bene finale di categoria, rappresentato dal regolare funzionamento del mercato. Si è precisato, inoltre, che, così come avviene per le informazioni privilegiate, la norma costituzionale che legittima la tutela penale sia l'articolo 47 della Costituzione: in tal senso ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 444. In ordine all'individuazione del bene giuridico tutelato per le manipolazioni di mercato cfr. anche MASUCCI, *La manipolazione del mercato*, in FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale*, cit., 327 s.

¹⁷ La dottrina nota come, sebbene la formulazione dell'art. 184 T.U.F. iscriva tutte e tre le condotte al medesimo disvalore sanzionatorio, equiparando le rispettive pene, diversa è la previsione della direttiva 2014/57. Questa prevede infatti un differente trattamento sanzionatorio per le condotte di *trading* e *tuyautage*. Sul punto MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 294.

Nella condotta di *trading* in senso stretto, il *trader* compie operazioni commerciali sugli strumenti finanziari utilizzando l'informazione privilegiata, ossia quella idonea ad incidere in modo significativo sul prezzo degli strumenti finanziari. La condotta di *typping* si realizza, invece, attraverso la comunicazione di informazioni privilegiate "ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio"¹⁸. Per effetto della riforma intervenuta nel 2018 la condotta di *typping* è stata, peraltro, integrata dal riferimento alla comunicazione delle predette informazioni al di fuori di un sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell'art. 11 del regolamento (UE) n. 596/2014, che riconosce come lecita l'attività di *market sounding*¹⁹.

Infine, la condotta di *tuyautage* viene posta in essere attraverso la raccomandazione o l'induzione di altri al compimento di una delle operazioni negoziali idonee ad incidere sul prezzo degli strumenti finanziari.

Anche la manipolazione di mercato si presenta, del resto, come una norma a più fattispecie, potendo essere realizzata alternativamente tramite la diffusione di notizie false (manipolazione informativa) o tramite il compimento di operazioni simulate o altri artifici²⁰ idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari (cosiddetta manipolazione operativa). Le condotte devono essere, anche in tale ipotesi, idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari,

¹⁸ Per una dettagliata analisi sul punto e sui problemi ermeneutici che una tale definizione comporta, soprattutto in relazione al significato da attribuire al termine "normale", si veda AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 265.

¹⁹ In argomento MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.

²⁰ La locuzione rappresenta una clausola di chiusura volta a sussumere nella disposizione quelle modalità di svolgimento della condotta non espressamente previste dalla norma incriminatrice ma comunque idonee a determinare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari. Tra gli altri artifici e le operazioni simulate sussisterebbe, quindi, una relazione di *speciem ad genus*, laddove l'elemento in comune sarebbe dato dall'idoneità fraudolenta della condotta: così AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 272.

imponendo la qualificazione dell'illecito alla stregua di un reato di pericolo concreto²¹.

Un rilevante elemento di diversificazione tra le due incriminazioni si pone, inoltre, in relazione alla tipologia delle informazioni rese: se nell'*insider trading* queste devono considerarsi veritiere (ancorché riservate e idonee ad agevolare in maniera ingiustificata il solo *insider*), l'aggiotaggio si contraddistingue per la diffusione di notizie false, idonee, come tali, ad incidere sulla regolarità e la stabilità del mercato²². Nonostante la maggiore offensività della condotta perseguita attraverso le manipolazioni di mercato, tuttavia, entrambi gli illeciti sono sottoposti ad un analogo trattamento sanzionatorio, fatta eccezione per il massimo edittale previsto in tema di abusi di mercato, che comunque non sembra in grado di differenziare adeguatamente la risposta sanzionatoria che il legislatore avrebbe dovuto apprestare alle due fattispecie²³.

Dal punto di vista dei soggetti attivi, infine, l'*insider trading* si presenta come un reato proprio che può essere commesso solo dal cosiddetto *insider* primario, ovvero dal soggetto che riveste una posizione funzionale all'apprendimento della notizia che utilizza a fini illeciti. Al contrario, il cosiddetto *insider* secondario può realizzare ancora oggi, a fronte del mancato recepimento della direttiva Mad2, esclusivamente un illecito amministrativo²⁴: la conseguenza, di non poco conto, è che lo stesso fatto potrà essere

²¹ ZANNOTTI, *Diritto penale*, cit., 452 s. L'autore si avvede anche del fatto che per tale reato non sarebbe stato del tutto fuori luogo il ricorso a soglie di non punibilità, analogamente a quanto previsto dal legislatore per la riforma delle false comunicazioni sociali nel 2002. Per la considerazione del delitto di abuso di informazioni privilegiate come un reato a condotta pericolosa: Cass., sez. II pen., 28 novembre 2012 (dep. 21 marzo 2013), n. 12989 con nota di VIGANÒ, *La cassazione chiude il caso della scalata antonveneta (e perde una preziosa occasione per fare un po' di chiarezza sui delitti di aggiotaggio in www.penalecontemporaneo.it*, 7 aprile 2013.

²² AMBROSETTI-MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 256 s.

²³ La parificazione sanzionatoria prevista dal legislatore è stata oggetto di critiche da parte della dottrina: sul punto si rinvia a ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 408 s.

²⁴ Questa previsione è il frutto dell'intervento legislativo ad opera della riforma del 2005.

imputato come delitto o illecito amministrativo a seconda del soggetto che realizza la condotta. Previsione, questa, che potrebbe eliminare il rischio di una duplicazione sanzionatoria nel caso in cui la condotta sia realizzata dall'*insider* secondario. Tuttavia, anche in tale ipotesi, il rischio di una duplicazione sanzionatoria in violazione del principio del *ne bis in idem* si palesa indirettamente: come è stato correttamente osservato, infatti, non infrequenti sono i casi in cui clausole aperte come quella prevista dall'art 110 c.p. possano di fatto sovvertire le limitazioni previste dal legislatore in relazione ai soggetti attivi del reato, consentendo che l'*insider secondario* risponda a titolo di concorso nel reato compiuto dall'*insider primario*²⁵.

Nel delitto di insider trading, la condotta può essere poi realizzata dal cosiddetto *criminal insider* che, ai sensi del comma 2, viene individuato nel soggetto che possiede informazioni privilegiate a fronte della preparazione o dell'esecuzione di attività criminose²⁶.

Fondamentale per la configurazione del reato in questione risulta, altresì, la perimetrazione del concetto di informazione privilegiata, considerata da parte della dottrina eccessivamente indeterminata²⁷. In precedenza, a delineare la fisionomia di informazione privilegiata si poneva lo stesso articolo 181, a norma del quale per considerarsi privilegiata l'informazione non doveva essere nota al pubblico, doveva presentarsi come precisa ed essere altresì idonea, laddove fosse stata resa nota, ad incidere sul prezzo degli strumenti finanziari in modo sensibile²⁸. Tali criticità si sono

²⁵ AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 261.

²⁶ MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 294.

²⁷ SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca e Borsa*, 2008, I, 331 s; ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 437.

²⁸ Per un'attenta disamina dei caratteri dell'informazione privilegiata si veda AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 263.

acuite per effetto della riforma intervenuta nel 2018: la nozione di informazione privilegiata è infatti oggi menzionata nell'art. 180 2 b *ter*) basandosi essenzialmente sulla tecnica del rinvio. Ed invero, anziché precisare cosa debba intendersi per informazione privilegiata, al fine di valutare se l'utilizzo indebito o la divulgazione a terzi di quest'ultima sia idonea ad integrare gli estremi dell'illecito, il legislatore si limita a rinviare alla definizione prevista dal regolamento 596/2014.

La manipolazione di mercato è, invece, un illecito che può essere realizzato da chiunque e che si configura quale reato comune. Nell'aggiotaggio, infatti, a differenza dell'*insider trading*, la maggiore riprovevolezza della condotta comporta un'estensione dei soggetti attivi del reato, potendo la loro qualifica assurgere solo a circostanza aggravante dell'illecito, ma non anche inibire la punibilità del soggetto che abbia realizzato la condotta.

Al contrario, l'elemento soggettivo sembra atteggiarsi in maniera analoga sia per l'*insider trading* che per la manipolazione di mercato: in entrambi i casi il legislatore richiede il dolo generico, consistente, per l'*insider trading*, nella coscienza di possedere informazioni privilegiate e nella volontà di avvalersi di tali informazioni. In modo speculare, per il reato di manipolazione di mercato, la coscienza e volontà riguardano la condotta di diffusione di notizie false o la realizzazione di operazioni simulate, unitamente alla consapevolezza che tali condotte siano concretamente idonee a determinare una sensibile alterazione dei prezzi di mercato²⁹.

Per entrambe le norme, inoltre, il legislatore del 2018 è intervenuto estendendo l'ambito di applicazione delle fattispecie contravvenzionali e valorizzando il richiamo a strumenti finanziari ulteriori rispetto a quelli ammessi o per i quali è stata presentata domanda di ammissione in un sistema di negoziazione multilaterale italiano o di altro paese dell'Unione Europea.

²⁹ ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 427 e 453 s.

Il riferimento attuale è infatti non solo agli strumenti finanziari previsti dall'art. 180 comma 1 lett. a) n. 2, ma anche a quelli contemplati dai numeri 2bis) e 2 ter), estendendo la disciplina conformemente a quanto richiesto in sede europea³⁰.

2. Possibili letture della clausola di apertura degli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato: il problema doppio binario sanzionatorio

Delineati in questi termini le analogie e le differenze che intercorrono tra le due fattispecie, sembra d'obbligo soffermarsi sulla problematica relativa alla sussistenza di un duplice binario sanzionatorio, che investe sia l'*insider trading* che la manipolazione di mercato.

Quello del cumulo tra sanzione penale ed amministrativa rappresenta del resto un problema tradizionale nella dottrina penale e in quella amministrativa, che ha fatto il suo ingresso in materia di *market abuse*, come si anticipava, a partire dalla riforma intervenuta nel 2005, pur essendo stato già prospettato dalla Consob nell'ambito dei lavori preparatori al testo unico del 1998³¹.

Invero, la locuzione "fatte salve le sanzioni penali", prevista nei rispettivi illeciti amministrativi, desta non pochi problemi interpretativi. La questione verte in ordine alla considerazione della clausola come indice del

³⁰ Cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit.,14, secondo cui il riferimento agli strumenti finanziari negoziati su qualunque *trading venue* o *over the counter* si presenta coerente con le previsioni del novellato all'art. 180 TUF e, quindi, con quanto previsto da MAR E MAD 2.

³¹ Il doppio binario sanzionatorio era stato tuttavia già prospettato dalla Consob nell'ambito dei lavori preparatori del testo unico del 1998.

concorso apparente o, al contrario, come prova della sussistenza di un concorso reale tra le due norme riguardanti, rispettivamente, la sanzione penale e quella amministrativa³².

Il problema, in termini più generali, risulta ascrivibile ai rapporti tra illecito penale ed amministrativo, anche in considerazione dell'espressa deroga che sarebbe disposta nei confronti dell'art. 9 della legge 689/81, ove la norma fosse interpretata come prova di una doverosa compresenza tra illecito penale ed amministrativo.

In questa prospettiva, da una parte, sono state evidenziate le differenze strutturali tra le fattispecie penali e quelle amministrative, che potrebbero indurre l'interprete ad ammettere che la diversificazione tra i due illeciti possa tradursi in una realizzazione alternativa delle due disposizioni³³. Dall'altro, sono stati posti in rilievo diversi aspetti che testimonierebbero la

³² Cfr. ZANNOTTI, *Diritto penale economia*, cit., 433 che richiama, peraltro, il resoconto somm. N. 421 del 25 gennaio 2005 della II comm. Perm. Senato, in cui si evidenzia che la clausola di salvezza, dal punto di vista letterale, deponga per l'applicazione congiunta dei due illeciti, in considerazione del fatto che viene utilizzata una diversa espressione rispetto alla consueta dizione "salvo che il fatto costituisca reato". Una tale precisazione non sarebbe stata necessaria nel caso in cui la norma non avesse posto alcun dubbio interpretativo. Dalla lettura al Senato del testo di legge era stata, infatti, precisata la necessità di chiarire il significato dell'inciso, salvo poi non dar seguito alle predette osservazioni a fronte della necessità di approvare il testo legislativo in tempi ristretti.

³³ Si rinvia alla dettagliata analisi compiuta da MASUCCI, *L'abuso di informazioni privilegiate* in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale*, 2013, 322 ss. il quale, dopo aver evidenziato gli elementi differenziali tra i due illeciti (da ravvisarsi nella qualifica dell'insider e nell'elemento soggettivo degli illeciti) afferma che, anche nel caso in cui il fatto possa considerarsi oggettivamente conforme sia all'art. 184 che all'art. 187 bis, la clausola non debba essere interpretata come idonea ad ammettere un cumulo sanzionatorio tra le due fattispecie. In caso contrario, infatti, sarebbe stata prevista la locuzione "salve le sanzioni penali" *tout-court*, senza la specificazione "quando il fatto costituisce reato". Il sistema, secondo l'autore, verrebbe così a concepire la norma penale e quella amministrativa come precetti applicabili a fatti distinti: l'elemento differenziale dovrebbe ravvisarsi proprio nell'elemento soggettivo, integrando l'illecito penale quando sia commesso a titolo di dolo e l'illecito amministrativo qualora sia commesso con colpa. Sul rapporto tra il reato e l'illecito amministrativo di manipolazione di mercato, ID., *La manipolazione di mercato*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale*, cit., 349 ss., secondo cui la struttura stessa del reato di manipolazione di mercato è idonea di per sé a tracciare con chiarezza la differenza rispetto all'illecito amministrativo.

sussistenza di un concorso effettivo inter-ordinamentale tra la disposizione penale e quella amministrativa.

Procedendo con ordine, tra gli elementi di diversificazione del reato di *insider trading* rispetto allo speculare illecito amministrativo si pone in primo luogo la struttura dell'illecito: l'art. 184 si presenta infatti come un reato proprio che può (anche dopo la riforma del 2018) essere commesso esclusivamente dal cosiddetto *insider primario*, ossia da colui che viene a conoscenza dell'informazione privilegiata in ragione della propria qualifica professionale. Al contrario, l'art. 187 *bis* può essere realizzato anche dal cosiddetto *insider secondario*, ovvero dai soggetti che, pur non rivestendo una qualifica professionale particolare, abbiano appreso l'informazione dai professionisti stessi³⁴.

Un'ulteriore differenza è ravvisabile poi sul piano dell'elemento soggettivo, in considerazione del fatto che solo l'illecito amministrativo possa essere punito anche titolo di colpa, mentre il reato di *insider trading* esclusivamente a titolo di dolo; ed infine nel fatto che solo l'illecito amministrativo equipari la consumazione al tentativo³⁵.

La stessa differenziazione in relazione all'elemento psicologico si pone poi con riguardo al delitto di manipolazione di mercato e al relativo illecito amministrativo, fermo restando la sussistenza di elementi di diversificazione ulteriori e più netti di quelli che è possibile scorgere tra il delitto di *insider trading* e il rispettivo illecito amministrativo³⁶. Per quest'ultimo illecito non è infatti richiesta la concreta idoneità a provocare una sensibile

³⁴ AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 255. Nello stesso senso FONDAROLI, 37 ss e 117 ss; MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 319

³⁵ Per una dettagliata analisi sul cd. *insider trading* colposo introdotto a fronte della legge 62/2005, TRIPODI, *L'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate* in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziari*, cit., 131 ss.

³⁶ MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 349 s. In argomento, diffusamente, anche FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 135 ss.

alterazione dei prezzi, il che amplia notevolmente l'area di punibilità della norma, demandando esclusivamente che la condotta sia astrattamente idonea ad alterare il mercato³⁷.

Nonostante tali considerazioni, l'opinione, ormai pacifica, è quella secondo cui la norma indichi la possibilità di un cumulo tra sanzione penale ed amministrativa, purché, ovviamente, la condotta sia in grado di essere ascritta ad entrambi gli illeciti. In altri termini, quindi, le norme si porrebbero in evidente antitesi con l'art. 9 della legge 689/81³⁸: se tale disposizione prevede l'operatività di un rapporto di specialità tra illecito penale ed amministrativo che si trovino tra loro in concorso apparente, le clausole di apertura degli illeciti amministrativi di cui all'art. 187 *bis* e *ter* TUF ne vanificherebbero il valore precettivo.

Difficilmente contestabili appaiono gli indici a sostegno di un tale indirizzo: in primo luogo si è fatto leva sulla diversa locuzione "*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*" rispetto all'espressione "*salvo che il fatto non costituisca reato*"³⁹. Solo in quest'ultima ipotesi, infatti, il riconoscimento del reato avrebbe potuto evitare l'ascrizione contestuale dell'illecito amministrativo; al contrario, attraverso una simile clausola di apertura, il legislatore sembra invitare l'autorità amministrativa a non preoccuparsi della contestuale pendenza di un processo penale in relazione allo stesso fatto. A dimostrazione di un tale assunto si pone anche l'art. 187 *duodecies*

³⁷ Sul punto, dettagliatamente, AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 255 ss.

³⁸ Cfr. SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 306 ss., secondo cui anche la maggior parte della dottrina afferma che si è in presenza di clausole che costituiscono una deroga espressa al principio di specialità espresso dall'art. 9 della legge 689/81, trattandosi di norme ad essa successive. L'autrice afferma, inoltre, che il tenore letterale della norma confligga con ogni esegesi volta ad interpretarla quale clausola di riserva che esprima un rapporto di sussidiarietà. In senso contrario, MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria 2004*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2005, 671 ss.; MASUCCI, *Gli abusi di mercato*, cit., 322 ss.

³⁹ Così MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 352.

che impedisce la sospensione del procedimento amministrativo di accertamento o quello di opposizione (previsto dall'art. 187 *septies*) anche nel caso in cui fosse pendente per gli stessi fatti un procedimento penale. In ogni modo, l'effettività del cumulo sanzionatorio viene confermata anche da norme estranee alla struttura delle sanzioni principali, estendendosi alle stesse sanzioni interdittive, alle pene accessorie – di cui agli artt. 186 e 187 *quater* – nonché alla confisca, così come prevista dagli artt. 187 e 187 *sexies* del TUF⁴⁰. Inoltre, gli stessi artt. 187-*duodecies* e *terdecies* depongono per l'operatività di un cumulo sanzionatorio. La prima norma, rubricata "rapporti tra procedimento penale e amministrativo e di opposizione" fa espressamente riferimento al concetto di medesimo fatto; l'art 187 *terdecies* "esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale" è un indice che depone a favore del cumulo, laddove afferma che l'applicazione della pena e della sanzione pecuniaria discendente da reato sia limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa nel caso in cui per lo stesso fatto all'ente o alla persona fisica sia stata già comminata una sanzione pecuniaria amministrativa⁴¹. Un tale *modus operandi* e la necessità di riequilibrare il *quantum* sanzionatorio da irrogare tenendo conto della sanzione già inflitta non avrebbe infatti ragion d'essere laddove le due sanzioni fossero considerate appartenenti ad universi distinti e non venisse loro riconosciuto, anche sul piano interno, un connotato essenzialmente afflittivo.

Ne consegue che dalle clausole di apertura presenti negli illeciti amministrativi in tema di *market abuse* non possa desumersi l'affermazione di

⁴⁰ In argomento, diffusamente, MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 352 ss. il quale provvede anche ad un'ampia disamina della posizione della giurisprudenza europea dando conto dell'articolata posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Grande Stevens.

⁴¹ Per queste osservazioni si rinvia a MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 352.

un non concorso di norme, in virtù della presenza di una clausola che individui aprioristicamente quale sia la norma da applicare. Al contrario, in questa ipotesi, il legislatore intende fugare ogni dubbio in merito alla realizzazione di un concorso effettivo tra sanzione penale e sanzione amministrativa. Il problema diviene allora non tanto quello dell'interpretazione della norma, ma della salvaguardia del principio del *ne bis in idem* e più in generale del principio di proporzionalità, così come avvalorato anche dalla più recente giurisprudenza di Strasburgo.

Come si avrà modo di approfondire, invero, il rilevante carico sanzionatorio irrogato per effetto dall'illecito amministrativo consente di ascrivere quest'ultimo sul piano delle sanzioni sostanzialmente penali. Laddove una tale qualificazione non avesse ragione di palesarsi, al contrario, non si porrebbe alcun problema di *bis in idem*, salvo voler considerare l'operatività di un tale principio anche sul piano infrasistemico e a prescindere dalla valorizzazione della natura della sanzione. Un'argomentazione a sostegno di questa teoria potrebbe fondarsi proprio sul principio di proporzionalità, laddove questo sia letto come canone ermeneutico onnicomprensivo e sovrapponibile al *ne bis in idem*, che tenga conto dell'impianto sanzionatorio globale, indipendentemente dall'appartenenza della sanzione ad ordinamenti diversi da quello penale.

3. La sentenza Grande Stevens: principi e ripercussioni applicative

Come anticipato, il problema del doppio binario sanzionatorio nella disciplina specifica degli abusi di mercato ha un'origine temporale ben precisa. E' solo a partire dalla riforma intervenuta nel 2005, infatti, che agli illeciti penali in tema di abusi di mercato si è accompagnata la previsione di illeciti

amministrativi, disponendo, peraltro, un raddoppiamento delle pene previste nel TUF.

Nonostante le perplessità generate da tale riforma, che, per l'afflittività del comparto sanzionatorio, già di per sé sarebbe stata in grado di realizzare un effetto deterrente, senza il bisogno di disporre il cumulo di ulteriori illeciti amministrativi ai medesimi fatti sanzionati penalmente, è solo per effetto dell'intervento della seconda sezione della Corte EDU che si assume contezza della reale portata del problema.

Più nel dettaglio la vicenda Grande Stevens⁴² prende le mosse da una condotta di manipolazione di mercato che aveva ad oggetto un comunicato falso diffuso da due società del gruppo Fiat. A seguito di tale condotta, gli imputati, sia persone fisiche che giuridiche, erano stati sanzionati dalla Consob per violazione dell'art. 187 *ter* TUF, con conseguente applicazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive ai sensi dell'art. 187-*quater* TUF. La sentenza diviene definitiva dopo la conferma da parte della Corte d'Appello di Torino ed il rigetto del ricorso degli interessati da parte della Cas-

⁴² In argomento *ex multis*, VIGANÒ, *Ne bis in idem e abusi di mercato: una sfida per il legislatore ed i giudici italiani*, in *penalecontemporaneo*, 1, 2016, 188 s; VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza della Corte Edu è ormai definitiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2014; TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014; ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 855 ss; CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il Fisco*, 2014, 2374 ss; DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4, 2014, 201 ss.; FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto*, in *rivistaaic*, 3, 2014; FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affare Grande Stevens: dal ne bis in idem al l'e pluris unum?* in *Riv. delle società*, 5, 2015, 868 ss; VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 337 ss.; ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, 1196 ss, ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm*, 2014, 855 ss, BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. Pen*, 2014, 3099 ss.

sazione. Contestualmente, gli imputati venivano sottoposti a processo penale per lo stesso fatto⁴³, rappresentando, innanzi al Tribunale, la violazione del *ne bis in idem* e richiedendo, pertanto, una pronuncia di non luogo a procedere. Sebbene il tribunale proceda ad assolvere gli imputati per insussistenza del fatto, a seguito del ricorso della Procura la Cassazione rinvia gli atti alla Corte d'Appello, la quale accerta la sussistenza del reato, condannando gli imputati per violazione dell'art. 185 TUF. E' in tale occasione che gli imputati, rimasti inascoltati dai giudici nazionali, decidono di rivolgersi alla Corte EDU, lamentando, da un lato, la violazione del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, e dall'altro, il mancato rispetto delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU in tema di giusto processo. Il fulcro del problema è dato dal riconoscimento della reale natura delle sanzioni amministrative comminate nel caso in cui vengano integrati gli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato, chiedendosi, conseguentemente, se il processo penale (ancora pendente) abbia ad oggetto il medesimo reato e quindi se possa considerarsi sussistente una violazione del *ne bis in idem*⁴⁴.

La Corte, in applicazione degli ormai consolidati criteri Engel, stabilisce che le sanzioni amministrative in tema di abusi di mercato abbiano effettivamente natura penale e possano dar luogo ad una violazione del principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, soprattutto considerando che il concetto di *idem* debba ormai intendersi come medesimo fatto storico e non quale identico fatto giuridico, così depurandolo da qualsivoglia riferimento ai medesimi elementi costitutivi della fattispecie.

⁴³ Il processo penale ha seguito un andamento più complesso, scontrandosi con problemi dogmatici di non poco conto in relazione all'accertamento del pericolo concreto e della cosiddetta *price sensitivity*: a richiamare la questione è, tra gli altri, TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due.*, cit. In argomento anche AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, 243; SGUBBI, *La manipolazione del mercato*, in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 98 ss. e MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 353.

⁴⁴ In argomento anche VIGANÒ, *Ne bis in idem e abusi di mercato*, cit., 190; TRIPODI, *Uno più uno a Strasburgo fa due*, cit.

I giudici di Strasburgo, inoltre, in parziale accoglimento delle doglianze rappresentate dai ricorrenti, stabiliscono che debba considerarsi violato altresì l'art. 6 par. 1 della CEDU, teso a garantire il diritto ad un equo processo entro un termine ragionevole⁴⁵. Tale assunto è la diretta conseguenza della considerazione dell'accusa di fronte alla Consob alla stregua di un'accusa di natura penale, la quale, pertanto, pur avendo ad oggetto una sanzione formalmente amministrativa, deve osservare le garanzie che la CEDU riserva ai processi penali. In questo senso i vizi del procedimento davanti alla Consob si sostanziano nell'assenza di un reale contraddittorio e di un'udienza pubblica, nonché nell'affidamento di poteri di indagine a soggetti che, sebbene distinti, dipendano sempre dallo stesso organismo⁴⁶. Tali mancanze non possono essere infatti considerate sanate dal successivo intervento della Corte d'Appello, privo peraltro di un'udienza pubblica, né – tantomeno – dall'intervento della Corte di Cassazione.

La Corte EDU, dopo aver condannato lo Stato italiano al risarcimento dei danni e delle spese processuali nei confronti dei ricorrenti, si limita ad affermare che spetti allo Stato convenuto chiudere nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti il procedimento penale ancora aperto in violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU. La giurisprudenza italiana riesce, tuttavia, ad ovviare al problema di un intervento diretto grazie all'intervenuta prescrizione del reato.

Ciononostante, le ripercussioni applicative sul punto sono di non poco momento, dovendo considerare la possibilità di un ammonimento, da parte della Corte EDU, tutte le volte in cui il giudice o la Consob si adeguino, di fatto, alle statuizioni del TUF, che consentono di perseguire lo

⁴⁵ Vengono invece respinte le doglianze concernenti la violazione dell'art. 6 § 3, sul diritto a essere informato dell'accusa nel più breve tempo possibile, e dell'art. 1 del Protocollo n.1, concernente il diritto al rispetto della proprietà dei beni.

⁴⁶ Cfr. TRIPOLI, *Uno più uno a Strasburgo fa due*, cit.

stesso fatto sia in via amministrativa che penale, irrogando due sanzioni che, sul piano sostanziale, risultano connotate dal medesimo grado di afflittività. Il sistema del doppio binario sanzionatorio adottato dall'ordinamento italiano (anche in relazione ai reati tributari), subirebbe quindi uno stallone, facendo dubitare della stessa legittimità costituzionale delle norme in relazione all'articolo 117 Cost. e dell'art. 4 protocollo n. 7 CEDU⁴⁷.

E' stato già osservato⁴⁸, tuttavia, come una limitazione all'estensione del *ne bis in idem* sia stata resa per effetto della sentenza della Corte di Strasburgo A e B Norvegia⁴⁹, secondo cui non sussisterebbe una violazione del *ne bis in idem* qualora tra i due procedimenti sussista una *sufficient close connection in substance ad time*: un tale esito, lo si ribadisce, potrebbe inverarsi nel caso in cui i due procedimenti seguano scopi complementari e colpiscano disvalori differenti⁵⁰, quando l'instaurarsi dei procedimenti sia la conseguenza prevedibile della stessa condotta, ed allorché si eviti ogni dupli-

⁴⁷ La giurisprudenza interna non ha, infatti, mancato di sollevare delle questioni di legittimità costituzionali al riguardo: così Cass. Sez. V, ord. 1782 /2015 che aveva sottoposto al vaglio di costituzionalità gli artt. 187 *bis* tuf e l'art. 649 c.p.p. per contrasto con articolo 117 Cost. e art. 4 prot. N. 1 CEDU in cui entrambi i ricorsi sono stati dichiarati inammissibili. In argomento SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014; VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016.

⁴⁸ Vd. *supra* cap. 2, par. 4.

⁴⁹ In argomento, tra gli altri, VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016; FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia in Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, 5 ss. Successivamente la questione è stata approfondita dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, nelle sentenze Menci, Garlsson Real Estate, Di Puma e Zecca.

⁵⁰ In senso opposto, sembra condivisibile l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, secondo cui i parametri stabiliti dall'Engel test per valutare la nozione sostanziale di materia penale mal si concilierebbero con l'esigenza di perseguire finalità complementari e differenti disvalori. Sul punto, Corte Edu, Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia.

cazione nella raccolta della prova. Particolare rilievo è dato, infine, alla proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva, che assume un'importanza centrale ai fini del rispetto del *ne bis in idem*.

Tali principi sono stati recentemente ribaditi dalla giurisprudenza interna⁵¹, che ha dato la stura ad una diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE. E' proprio analizzando l'operatività di siffatti meccanismi nel particolare contesto degli abusi di mercato, è facile avvedersi di come non tutti i suddetti requisiti suddetti possano considerarsi rispettati in via immediata. In particolare, sebbene sia ravvisabile una *sufficient close connection in substance and time* per quel che riguarda l'avvio dei procedimenti in occasione della realizzazione del medesimo fatto concreto, per la sussistenza di scopi complementari e per la realizzazione di un coordinamento tra autorità giudiziaria penale e Consob; nondimeno il cumulo sanzionatorio che ne consegue potrebbe ritenersi non proporzionato alla gravità dell'illecito e alla colpevolezza dell'autore⁵².

Pertanto, al fine di salvaguardare il principio del *ne bis in idem*, così come interpretato dalla giurisprudenza europea, si ritiene necessario procedere ad una mitigazione della risposta sanzionatoria comminabile dopo che sia divenuta definitiva la prima sanzione. In particolare, la giurisprudenza interna ha affermato come una tale possibilità possa ritenersi più frequente qualora sia già intervenuta la sanzione amministrativa e debba irrogarsi la sanzione penale⁵³. In una tale ipotesi l'autorità giudiziaria penale

⁵¹ In argomento anche Cass., sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829 con nota di MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e proporzionalità in www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2018.

⁵² In ordine alla possibilità di non ritenere violato il principio del *ne bis in idem* qualora sussista una *sufficient close connection in substance and time* ed il cumulo punitivo risulti complessivamente proporzionato alla gravità del fatto commesso si vedano, tra le altre, Cass. pen., sez. 2, 22 maggio 2018, n. 41007; Cass. pen., sez. 3, 22 settembre 2017, n. 6993; Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869; Cass. pen., 16 luglio 2018, 45829; Cass. pen., sez. V, 19 novembre 2019, n. 5679.

⁵³ Cass. pen. sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, Chiaron, punto 11 dei considerando in diritto.

dovrebbe procedere ad una mera disapplicazione *in mitius* della norma sanzionatoria, rimodulando la pena per effetto dei criteri stabili dall'art. 133 c.p., oppure, qualora si tratti di una sanzione pecuniaria, applicando il meccanismo previsto dall'art. 187 *terdecies* TUF. Al contrario, nel caso in cui sia dapprima intervenuta una sanzione penale, questa dovrebbe ritenersi, normalmente, già proporzionata rispetto al disvalore del fatto. Pertanto, l'irrogazione contestuale della sanzione amministrativa determinerebbe una sproporzione del trattamento complessivo, legittimando di fatto la disapplicazione *in toto* della norma sanzionatoria amministrativa, per effetto della rilevanza accordata all'art. 50 CDFUE.

Orbene, seppure un tale modo di procedere possa apparire conforme alle sollecitazioni della Corte di Giustizia, nondimeno destano perplessità alcuni rilevanti aspetti.

In primo luogo, la considerazione per cui a soddisfare la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio sia per lo più la sanzione penale. Ed invero, anche le sanzioni amministrative, nel momento in cui vengono equiparate sul piano sostanziale alle pene in senso stretto per la loro afflittività, potrebbero apparire, in via autonoma, sufficienti ad assorbire l'intero disvalore del fatto, consentendo una disapplicazione totale della sanzione penale, e non soltanto una mitigazione della pena⁵⁴.

In subordine, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* eurounitario, interpretato alla stregua dei canoni stabiliti prima dalla Corte EDU e poi della Corte di Giustizia, rischia di attenuare le garanzie relegate al rispetto dello speculare principio interno. In altri termini, seppure il richiamo del sovraordinato principio europeo discenda dalla nozione sostanzialistica di sanzione e di procedimento penale, individuata alla stregua dei criteri

⁵⁴ Così anche Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 3999.

stabiliti dalla Corte EDU⁵⁵, una tale declinazione del *ne bis in idem* eurounitario consentirebbe di legittimare più agevolmente i sistemi a doppio binario, attenuando la tutela nei confronti dell'individuo. E ciò, s'intenda, in una logica potenzialmente inversa a quella dell'estensione delle garanzie convenzionali alla materia penale.

Ragionando in questi termini, ci si avvede di come il *ne bis in idem* processuale sia volto anche ad evitare che l'imputato subisca lo stigma di due procedimenti, in un'ottica prettamente individualista⁵⁶. Questa rappresenta una garanzia ulteriore rispetto a quella data dal coordinamento dei due procedimenti, e finalizzata, principalmente, ad evitare inutili dispendi delle risorse processuali. Inoltre, sempre in un'ottica interna, il principio del *ne bis in idem* sostanziale non potrebbe considerarsi relegato, né totalmente sovrapponibile, al principio di proporzionalità. Invero, a ragion logica, non dovrebbe escludersi una violazione di tale principio, conseguente alla comminazione di una duplice sanzione in capo all'individuo per lo stesso fatto, soltanto perché il giudice *a quo* provveda ad una mitigazione della risposta

⁵⁵ La Corte Costituzionale ha più volte ribadito che sebbene un determinato illecito o una determinata sanzione siano qualificati come materia penale secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, questo non legittima in via automatica un'estensione delle tutele offerte dal diritto nazionale nella materia penale strettamente intesa. Pertanto quello che ha natura penale per la giurisprudenza europea deve essere assistito dalle garanzie che la giurisprudenza ha elaborato per la materia penale, e solo quello che viene considerato penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi che sussistono nella legislazione interna. In questi termini Corte Costituzionale, 7 febbraio 2017, n. 68 e Corte Cost., 14 gennaio 2015, n. 49.

⁵⁶ Cfr. sul punto, *ex multis*, GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1, 1981, 97 ss. secondo cui individuare l'essenza del principio del *ne bis in idem* processuale in esigenze di economia processuale o di unità della giurisdizione significherebbe svilire l'essenza più profonda del *ne bis in idem*. L'obiettivo è, dunque, quello di sottrarre il singolo ad una illimitata ed arbitraria prosecuzione penale, che si tradurrebbe in un costo ingente sul piano umano. L'autrice prosegue affermando che l'importanza di un tale principio è stata tale che la stessa assemblea costituente non aveva mancato di proporre l'inserimento di un tale principio nella stessa Costituzione. In senso analogo, soffermandosi sul concetto di certezza del diritto derivante dal giudicato come garanzia individuale, RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1991, 479 ss; RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Milano, 861 ss; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1205.

sanzionatoria, al fine di evitare conseguenze eccessivamente pregiudizievole nella fase esecutiva⁵⁷.

Conclusivamente, dunque, non pare irragionevole ritenere che l'interpretazione più severa di *ne bis in idem* fornita dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens avrebbe potuto riservare maggiori tutele nei confronti dell'individuo. Le garanzie personali sottese alla logica del *ne bis in idem* avrebbero, infatti, prevalso nella decisione sulla legittimità del doppio binario sanzionatorio, senza giungere ad una (sempre maggiormente evidente) relativizzazione dello stesso principio⁵⁸.

3.1. (Segue) La salvaguardia del principio del *ne bis in idem* tra interpretazioni convenzionalmente orientate e soluzioni *de iure condendo*

Sulla base di tali presupposti, la dottrina ha cercato di addurre delle soluzioni interpretative conformi alla Convenzione, in modo da salvaguardare il *ne bis in idem*, ancor prima di arrivare ad un adeguamento della proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Le soluzioni interpretative si sono concentrate, così, su due diversi versanti: da un lato, si è tentata una lettura convenzionalmente conforme delle clausole di apertura degli illeciti amministrativi previsti dal T.U.F., anche sulla base di un recupero del principio di specialità disposto dall'art. 9 della legge 689/81; dall'altro, si è cercato di estendere l'operatività degli artt. 649 e 673 c.p.p. oltre i confini delle condanne formalmente penali.

⁵⁷ Così anche SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 313.

⁵⁸ In argomento anche QUATTROCOLO, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 148 s, la quale richiama la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque nel caso A e B Norvegia, secondo cui i presupposti valorizzati dalla sentenza A e B. contro Norvegia sono tali da depotenziare la lettura fortemente estensiva della garanzia del *ne bis in idem*, così come era stata intesa con la sentenza della Corte EDU, 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia.

Procedendo con ordine, quanto alla possibilità di interpretare in modo convenzionalmente orientato le clausole di salvaguardia previste dagli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato, la dottrina ha diversificato le ipotesi in cui uno dei due procedimenti sia pendente dopo la chiusura definitiva di quello precedente, dai casi in cui entrambi i procedimenti siano contemporaneamente pendenti di fronte alle rispettive autorità. Nel primo caso, infatti, si ritiene possibile una diversa interpretazione della clausola, circoscrivendo l'avvio del procedimento amministrativo alle ipotesi non regolate dall'illecito penale per lo stesso fatto⁵⁹. Qualora, invece, i due procedimenti siano contemporaneamente pendenti, l'unica soluzione percorribile potrebbe essere quella della declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme che prevedono la possibilità di un siffatto doppio binario sanzionatorio, a partire dall'art. 187 *duodecies* T.U.F. che regola i rapporti tra procedimento penale e amministrativo⁶⁰. Tale interpretazione sembra in realtà difficilmente condivisibile atteso che, se non pare contestabile l'impossibilità di applicare l'art. 649 c.p.p. (trattandosi di una norma che presuppone necessariamente che una delle due sentenze sia passata in giudicato), non si comprende per quale ragione, una volta ammessa la possibilità di interpretare la norma nel senso della sussistenza di un doppio binario alternativo e non cumulativo, l'operatività del *bis in idem* non possa essere

⁵⁹ Sul punto TRIPODI, *Uno più uno a Strasburgo fa due*, cit., 3 ss. il quale, pronunciandosi sulla formulazione degli illeciti antecedente alla riforma del 2018, sottolinea la differente struttura dell'*insider trading* rispetto alle manipolazioni di mercato: infatti, se l'illecito penale e amministrativo delle manipolazioni di mercato possono differenziarsi per il requisito della cosiddetta *price sensitivity*, al contrario, i due illeciti previsti in materia di *insider trading* possono considerarsi quasi totalmente sovrapponibili. Cfr. MASUCCI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, cit., 299 ss. Per gli elementi differenziali tra illecito penale, configurabile come reato di pericolo concreto, e l'illecito amministrativo, qualificabile come reato di pericolo astratto, FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, cit., 159.

⁶⁰ TRIPODI, *Uno più uno a Strasburgo fa due*, cit. L'autore provvede anche a delineare una possibile soluzione nel caso in cui entrambe le sentenze siano passate in giudicato, auspicando un ampliamento delle ipotesi di revoca della sentenza penale di condanna ai sensi dell'art. 649 c.p.p.

preclusa da una lettura convenzionalmente orientata delle clausole di salvaguardia previste dagli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato, anche qualora entrambi i procedimenti siano contemporaneamente pendenti di fronte alle rispettive autorità.

Del resto, un'interpretazione convenzionalmente conforme che abbia come esito quello di considerare il doppio binario previsto dagli illeciti amministrativi come un doppio binario di tipo alternativo e non cumulativo, si porrebbe in stretta connessione con le stesse norme di diritto interno tese a regolare i rapporti tra illeciti penali ed amministrativi.

La giurisprudenza ha quindi proposto di rimarcare l'operatività dell'art. 9 della legge 689/81, che prevede espressamente l'applicazione del principio di specialità nel caso in cui sussista un concorso apparente tra illecito amministrativo ed illecito penale. In particolare i giudici della Cassazione avevano espressamente previsto che il delitto di manipolazioni di mercato si differenziasse dall'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *ter* per la presenza di condotte truffaldine ed idonee a determinare una sensibile alterazione dei prezzi del mercato⁶¹.

Una siffatta interpretazione, tuttavia, pur risolvendosi in una lettura convenzionalmente orientata della norma, muove da un presupposto ben diverso ed in parte confliggente con il contributo fornito dalla Corte di Strasburgo. Il rapporto di specialità tra norme viene, infatti, a presupporre un'analisi tra le fattispecie astratte di reato, mentre la Corte di Strasburgo è stata chiara nel concentrarsi sulla medesimezza del fatto storico, esulando da qualsivoglia confronto tra gli elementi costitutivi del reato⁶².

⁶¹ Così Cass. pen., sez. 6, n. 15199, 16 marzo 2016, richiamata da DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario sanzionatorio"*, cit., 214. Sul punto, *ex multis*, anche D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *diritto pen. proc.*, 2014, 630: l'autore provvede a delineare anche gli estremi operati nel sistema tedesco di distinguere l'ipotesi previste dalla sanzione penale e dalla sanzione amministrativa rilevandone gli aspetti differenziali rispetto alla disciplina italiana.

⁶² Così anche DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario sanzionatorio"*, op. loc. ult. cit.

Inoltre, in un rapporto di tal sorta, parte della dottrina ritiene che sarebbe pur sempre la norma penale a prevalere, in quanto posta in un rapporto di specialità rispetto all'illecito amministrativo: pertanto, se da un lato, attraverso questa interpretazione convenzionalmente conforme, viene salvaguardata la legittimità degli artt. 187 *bis* e *ter* del T.U.F., dall'altro, viene posta in dubbio la stessa legittimità costituzionale dell'art. 187 *terdecies* nella parte in cui, prevedendo un'esazione della pena pecuniaria imposta, di fatto ammette l'operatività di un doppio binario di tipo cumulativo⁶³.

In questa prospettiva, secondo una diversa opinione, le norme di cui agli artt. 187 *bis* e *ter* del T.U.F. non consentirebbero l'operatività del principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 689/81. Trattandosi infatti di norme ordinarie successive e stando al tenore letterale della clausola, queste rappresenterebbero un'espressa deroga al suddetto principio, così come alla sua interpretazione alla stregua della sussistenza di un rapporto di sussidiarietà espressa⁶⁴. Pertanto, sebbene questa interpretazione non si riveli coerente con gli orientamenti di Strasburgo, non farebbe altro che confermare la sussistenza di un doppio binario di tipo cumulativo, consentendo la contestuale comminazione di una sanzione amministrativa e di una sanzione penale per lo stesso fatto storicamente inteso. In questa chiave di lettura, la norma sarebbe perfettamente in linea con il disposto degli artt. 187-*duodecies* e *terdecies* T.U.F. entrando tuttavia in conflitto con lo stesso principio di proporzionalità della pena.

⁶³ D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Diritto pen. proc.*, 2014, 630; DE AMICIS, *Ne bis in idem*, op. loc. ult. cit.

⁶⁴ SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 306. Nello stesso senso SORBELLO, *Il ne bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario in diritto penale contemporaneo*, 3, 2015, 91 ss, il quale rileva anche come le clausole in questione rappresenterebbero un'evidente deroga al principio di specialità sancito dall'art. 9 della legge 689/81. Secondo l'autore solo un'interpretazione convenzionalmente conforme degli illeciti amministrativi consentirebbe il ripristino del principio di specialità.

Di qui, una volta esclusa la possibilità di un'interpretazione convenzionalmente conforme della norma, la soluzione potrebbe essere solo quella di dichiarare la sua illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 prot. n. 7 CEDU. Più complessa sembra, invece, la possibilità che si è prospettata di ritenere costituzionalmente illegittime le norme per violazione del *ne bis in idem* sostanziale, principio che parte della dottrina ritiene costituzionalizzato in via diretta per il tramite degli artt. 25 e 27, così come degli artt. 2, 3 e 13 della Costituzione⁶⁵.

Sul versante processuale, invece, c'è chi ha rimarcato la possibilità di interpretare in modo convenzionalmente conforme gli artt. 649 e 630 c.p.p.

Invero, anche il *ne bis in idem* processuale dovrebbe ritenersi sensibile alla nozione di materia penale elaborata dalla Corte di Strasburgo. Così come la nozione di sanzione penale può essere interpretata in senso sostanziale, allo stesso modo il procedimento amministrativo può convertirsi in un'accusa penale sostanziale, richiedendo l'operatività delle garanzie processuali penalistiche, oltreché delle garanzie previste dall'art. 649 c.p.p. In questi termini, la norma troverebbe applicazione tutte le volte in cui l'accer-

⁶⁵ Sul punto, si rinvia per tutti a SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente*, cit., 309 ss. L'autrice provvede anche ad una compiuta analisi dei rapporti sussistenti tra illecito penale ed amministrativo in tema di *market abuse*, configurabile alla stregua di una relazione di specialità unilaterale per aggiunta. Più complessi sarebbero invece i rapporti tra illecito penale ed amministrativo in relazione alle manipolazioni di mercato operative ove la maggiore complessità delle fattispecie farebbe propendere per la sussistenza di una specialità bilaterale. Questa soluzione interpretativa, che vale a ripristinare l'operatività del principio di specialità nei rapporti tra norme penali ed amministrative, sarebbe percorribile solo una volta che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale delle predette clausole di riserva, unica opzione realmente convincente tra quelle prospettate dalla dottrina. Conclusivamente, secondo le attente osservazioni dell'autrice, una volta dichiarata l'incostituzionalità delle clausole di apertura degli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato i rapporti tra i due illeciti in tema di informazioni privilegiate sarebbero risolvibili per il tramite dell'art. 9 della legge 689/81; mentre per gli illeciti relativi alle manipolazioni di mercato opererebbe il criterio di consunzione per l'ipotesi di cui al comma 1 ed il criterio di specialità per la fattispecie prevista dal comma 3.

tamento amministrativo possa assumere le vesti di una sentenza sostanzialmente penale⁶⁶. Il presupposto imprescindibile in tal caso è dato dal passaggio in giudicato o dalla chiusura in via definitiva di uno dei due procedimenti. Laddove nessuno dei due procedimenti si sia ancora concluso troveranno, infatti, applicazione le clausole cumulative previste dai rispettivi illeciti amministrativi, mentre, qualora entrambi possano considerarsi definitivi, dovrebbe auspicarsi al più un'estensione dell'operatività del sistema di revisione della sentenza penale. In questo senso non si è mancato di proporre una lettura estensiva anche dell'art. 630 c.p.p., che consenta di disporre la revoca della sentenza di condanna, anche nel caso di violazione del *ne bis in idem*⁶⁷. Ancora, è stata ritenuta ammissibile in linea teorica una più ampia interpretazione dei confini applicativi della revoca della condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p., prevedendo la sua instaurazione anche quando la Corte EDU abbia condannato l'Italia perché una norma penale sostanziale violi i principi disposti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia pur ammettendo la difficoltà di un siffatto esito interpretativo, stante il carattere assolutamente tassativo delle ipotesi di revoca della condanna, a tutela dell'intangibilità del giudicato⁶⁸. Nella medesima prospettiva, un'ulteriore soluzione percorribile sarebbe quella di ritenere applicabile l'art. 669 c.p.p., che in effetti prevede l'incidente di esecuzione in caso di violazione del *ne bis in idem*, premurandosi di considerare violato

⁶⁶ Sul punto, *ex multis*, TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit. In senso critico DE AMICIS, *Ne bis in idem*, cit., 215, secondo cui sebbene tale soluzione sia apparentemente fondata su un'interpretazione convenzionalmente conforme in realtà celi una dilatazione del dato della norma che sembra difficilmente ammissibile, anche in considerazione dei margini di apprezzamento nazionali sul significato di *dictum* penale.

⁶⁷ Per questi rilievi si rinvia, tra gli altri, a SORBELLO, *Il ne bis in idem*, cit., 100.

⁶⁸ TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit., D'ALESSANDRO, cit., 629 ss; DE AMICIS, *Ne bis in idem*, cit., 216; TONINI, *Manuale breve diritto processuale penale*, Milano, 2018, 851.

tale principio anche nel caso in cui venga irrogata una sanzione sostanzialmente penale da parte dell'autorità amministrativa⁶⁹.

Sempre sul versante del *ne bis in idem* processuale, come si anticipava, si è poi tentato di valorizzare la diretta operatività dell'art. 50 CDFUE, che renderebbe superflua qualsivoglia questione di interpretazione conforme o di legittimità costituzionale delle norme sugli illeciti amministrativi⁷⁰. Trattandosi di una norma comunitaria di carattere primario e direttamente applicabile, infatti, il giudice potrebbe disporre la sentenza di non luogo a procedere *sic et simpliciter* sulla base di tale disposizione, evitando così la duplicazione della risposta sanzionatoria astrattamente contemplata dal legislatore in tema di *market abuse*. Invero, la norma prevede il principio del *ne bis in idem* alla stregua di un diritto fondamentale della persona, cui gli Stati membri devono attenersi in considerazione del fatto che la materia degli abusi di mercato e della tutela penale del mercato finanziario rientri certamente nelle materie di competenza dell'unione⁷¹. La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sul punto per effetto di un rinvio operato dalla Corte di Cassazione, ammette una tale possibilità nel noto caso *Garlsson Real Estate* e a, affermando che la prosecuzione del procedimento formalmente

⁶⁹ Cfr. DE AMICIS, *Ne bis in idem*, cit., 216. In argomento anche FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 8.

⁷⁰ DE AMICIS, *Ne bis in idem*, cit., 216 s.; VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont. n. 3-4*, 2014, 219 ss. In giurisprudenza, per la materia tributaria, si occupa della questione la sentenza del 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*. Nel caso *Garlsson* la Cassazione civile rimette la questione interpretativa alla Corte di Giustizia chiedendo, da un lato, se l'art. 50 CDFUE vada interpretato in conformità all'art. 4 prot. n. 7 CEDU e se l'art. 50 CDFUE possa ricevere un'applicazione diretta da parte del giudice nazionale. In argomento VIGANÒ, *A never-ending story? Alla corte di giustizia dell'unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato in www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016.

⁷¹ Sul punto diffusamente, VIGANÒ, *Verso un'interpretazione diretta dell'art 50 CDFUE*, cit., 232 ss. L'autore provvede ad un'importante disamina dei rapporti sussistenti tra l'art. 4 prot. n. 7 CEDU e dell'art. 50 CDFUE, richiamando, altresì, la sentenza *Fransson* come esempio della forza di operatività dell'art. 50 CDFUE.

amministrativo di cui all'art. 187-*ter* TUF produca esiti sproporzionati, ed eccedenti rispetto all'obiettivo perseguito, che è quello di tutela del mercato finanziario, già opportunamente garantito dalle sanzioni penali previste dall'art. 185 TUF⁷².

Questa soluzione consente di oltrepassare i problemi connessi alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'estensione della garanzia del *ne bis in idem* alle sentenze sostanzialmente penali ma formalmente amministrative. A ben vedere, la Corte Costituzionale era già intervenuta in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. e della clausola di apertura prevista dall'art. 187-*bis* TUF. I giudici della Consulta, in tale occasione, hanno tuttavia evitato di prendere posizione sulla compatibilità del sistema a doppio binario rispetto al *ne bis in idem*, così come declinato dalla giurisprudenza di Strasburgo ai sensi dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU⁷³. La Corte Costituzionale

⁷² Per un'analisi della pronuncia si rinvia, tra gli altri, a GALLUCCIO, *La grande sezione della corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem in diritto penale contemporaneo*, 3, 2018, 291 ss., la quale provvede ad una contestuale disamina delle cause Menci e Puma zecca. Nella causa Puma Zecca, in particolare, viene proposta una lettura estensiva dell'art. 654 c.p.p., chiedendo alla Corte di Giustizia "Se l'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che, in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale, sia precluso, automaticamente, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano sostanzialmente penale". La Corte provvede, tuttavia, a riformulare il quesito (di cui dà una risposta negativa) domandandosi se "l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6 2933/2018 precluda l'operatività di una disposizione nazionale, qual è l'articolo 654 del c.p.p., che estende al procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria l'autorità di cosa giudicata di tali affermazioni in punto di fatto, operate nel contesto del procedimento penale".

⁷³ In argomento, VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni in www.penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2016. Successivamente viene invece dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ma limitatamente alla parte in cui prevede la sussistenza di un medesimo fatto giuridico anziché di un medesimo fatto storico così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo ai sensi dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU: Corte Cost. 200/2016 con nota di ZIRULIA, *Ne bis in idem: la consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit bis prosegue)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 luglio 2016.

dichiara, infatti, inammissibili le questioni sollevate, in quanto poste dal giudice *a quo* in termini dubitativi e senza aver preliminarmente chiarito se la soluzione imposta dalla sentenza Grande Stevens potesse considerarsi in linea con gli obblighi di criminalizzazione interni previsti in materia di abusi di mercato⁷⁴.

Conclusivamente, se le soluzioni interpretative prospettate non sembrano idonee a dirimere il problema della compatibilità tra doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*, così come interpretato dalla giurisprudenza europea, non resta altro che auspicare una nuova formulazione degli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato.

Un tale auspicio, *de lege ferenda*, è rimasto tuttavia inatteso in occasione del recente intervento legislativo del 2018 che, pur innovando totalmente la formale struttura degli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato, non ha modificato la clausola di apertura iniziale idonea a legittimare un cumulo tra sanzione penale e amministrativa.

Di qui la considerazione - allo stato degli atti - di dover ritenere applicabile in via diretta l'art. 50 CDFUE, disapplicando le norme interne che si pongano con esso in contrasto determinando una violazione del *ne bis in idem* convenzionale⁷⁵.

In via subordinata, laddove una tale opzione non si ritenesse soddisfacente, limitandosi a risolvere le questioni sul piano casistico e ad evitare una violazione del *ne bis in idem* processuale convenzionalmente inteso, la valorizzazione del principio di specialità sarebbe ammissibile solo previa dichiarazione di incostituzionalità delle clausole di apertura degli illeciti

⁷⁴ In questo senso VIGANÒ, *A never-ending story? alla corte di giustizia dell'unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit.

⁷⁵ Per questa soluzione, pur sottolineando la difficoltà di ravvisare una violazione del principio di proporzionalità delle pene ai sensi dell'art. 49 della Carta e del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE, in considerazione dei meccanismi compensativi che possono operare per effetto dell'art. 187 *terdecies*, T.U.F., si veda Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2019, n. 39999.

amministrativi⁷⁶. Non sembra, al contrario, consentita una riviviscenza del criterio di consunzione, per le inevitabili incertezze che questo crea già nel settore penale, e che verrebbero potenziate qualora si ammettesse una sua operatività anche nei rapporti tra norme appartenenti (ancorché solo formalmente) a ordinamenti diversi.

Sulla base di tali premesse si ritiene, dunque, di dover ricorrere al criterio di specialità, valorizzando il rapporto di specialità per specificazione tra le fattispecie. A ben vedere, infatti, lo stesso concetto di specialità per aggiunta determinerebbe inutili aporie dogmatiche, in considerazione del fatto che, come già rilevato⁷⁷, tale specialità non rappresenterebbe altro che la specificazione di un elemento della fattispecie generale⁷⁸.

In quest'ottica, sulla base dell'attuale formulazione delle fattispecie in tema di abusi di mercato, negli illeciti penali potrebbero scorgersi elementi specializzanti rispetto alle speculari fattispecie amministrative, che si presentano generiche ed idonee a ricomprendere in sé, secondo la nota logica dei cerchi concentrici, tutte le loro possibili forme di manifestazione.

Partendo dalla fattispecie di *insider trading*, il delitto si presenterebbe in un rapporto di specialità potendo essere realizzato solo da determinate categorie di soggetti e prevedendo, altresì, la specificazione dell'elemento soggettivo nella realizzazione della fattispecie a titolo di dolo.

Il delitto di manipolazione di mercato, dal canto suo, presenterebbe elementi specializzanti consistenti nella concreta idoneità a determinare una sensibile alterazione dei prezzi degli strumenti finanziari, nella falsità

⁷⁶ In questo senso SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 309 ss., la quale, tuttavia, conclude affermando che il principio di specialità debba essere utilizzato unitamente a quello di consunzione. Per la valorizzazione del criterio di consunzione anche SORBELLO, *Il ne bis in idem*, cit., 99.

⁷⁷ Si veda *supra* cap. II par. 1.3.

⁷⁸ In senso critico verso l'accoglimento della specialità per aggiunta anche PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 189.

delle notizie diffuse, per la manipolazione informativa, ed infine nella possibile realizzazione (anche in tale ipotesi) a solo titolo di dolo.

Alla luce delle soluzioni proposte, il recupero del principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria rappresenterebbe una mera panacea dei mali, volta a mitigare gli effetti del doppio binario sanzionatorio, che, allo stato degli atti, appare idoneo a precludere l'operatività del criterio di specialità previsto dall'art. 9 della legge 689/81.

4. La riforma del 2018: il persistente problema del *ne bis in idem*

Come si anticipava, il D.lgs. 107/2018 ha parzialmente innovato la disciplina in tema di abusi di mercato, adeguando le previsioni interne al regolamento 596/2014, mentre la direttiva 2014/57/UE sulle sanzioni penali per gli abusi di mercato è rimasta inattuata⁷⁹.

La normativa europea mirava ad un'armonizzazione delle discipline di settore nei diversi ordinamenti europei, proprio in considerazione dell'importanza attribuita alla tutela del mercato finanziario, inteso quale luogo nel quale operano gli investitori ed incidente sull'assetto dell'economia globale. Per evitare che gli operatori economici si avvaleessero delle discipline più favorevoli sussistenti in taluni ordinamenti, la previsione di standard di tutela minimi rappresentava infatti un obiettivo ineludibile⁸⁰.

Nonostante l'importanza assunta dalle sollecitazioni comunitarie, tuttavia, l'iter di approvazione del D.lgs. 107/2018 è stato piuttosto travagliato, soprattutto considerando il tentativo di recepimento della direttiva,

⁷⁹ Per una dettagliata analisi delle caratteristiche della direttiva e del regolamento si rinvia, tra gli altri, a SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato* in *Le Società*, 2, 2016, 220 ss.

⁸⁰ In argomento CONSULICH -MUCCIARELLI, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2, 2016, 180.

che necessitava di un intervento diretto del legislatore interno⁸¹. Le modifiche, per effetto del D.lgs. del 2018, si sono quindi concentrate sul versante delle sanzioni amministrative, limitandosi ad un'innovazione delle previsioni penalistiche relazionale a talune definizioni terminologiche e all'inserimento di clausole di esenzione della punibilità. Il legislatore non ha invece dato conto alle osservazioni contenute nella direttiva, che avrebbero inciso in maniera più dirompente sulle sanzioni penali in tema di abusi di mercato: nei considerando della direttiva, infatti, si prevedeva espressamente l'insufficienza di sanzioni amministrative per la lotta agli abusi di mercato, richiedendo l'adozione di norme minime comuni, ai sensi dell'art. 83 TFUE, nella materia penale⁸². Nella relazione al disegno di legge recante delega al governo per il recepimento delle direttive europee, la cosiddetta legge di delegazione europea del 2014, si afferma, tuttavia, che la direttiva non sarebbe stata recepita in quanto l'ordinamento interno si presentava come già conforme. Successivamente la direttiva MAD 2 era stata inserita tra le direttive per cui era stata data delega al governo, ma anche in tal caso il recepimento non ha avuto l'esito sperato anche in considerazione della vaghezza delle linee guida fornite dal Parlamento, tali da far dubitare della legittimità della delega ai sensi dell'art. 76 costituzione⁸³.

⁸¹ Sul punto, dettagliatamente, MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina, Osservazioni a prima lettura sul Dlgs 10 agosto 2018 n. 1073*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2018.

⁸² Sul punto diffusamente SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e abusi di mercato*, cit., 224 s. Come correttamente osservato dall'autore, tuttavia, gli obblighi di criminalizzazione previsti dalla direttiva ed incentrati sui due parametri della gravità e della commissione dolosa del fatto vengono valutati alla stregua di una serie di criteri che possono considerarsi vaghi ed indeterminati, lasciando di fatto ai legislatori nazionali una discrezionalità così ampia da rendere difficile il raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione cui mirava il legislatore europeo.

⁸³ BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in *penalecontemporaneo*, 5, 2017, 272. In argomento, diffusamente, anche MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., 3.

Il successivo impulso al governo per l'attuazione degli interventi sollecitati dal legislatore europeo si è quindi arrestato, attraverso la legge 163/2017, al solo recepimento del regolamento 596/2014, cosiddetto regolamento MAR⁸⁴.

Procedendo con l'analisi delle modifiche intervenute, già sommariamente individuate nel corso della disamina delle fattispecie in tema di *market abuse*⁸⁵, sembra utile evidenziare le rinnovate definizioni di strumento finanziario e di informazione privilegiata, che vanno ad incidere sull'estensione oggettiva della fattispecie.

L'art. 180 T.U.F. viene infatti quasi totalmente rimodellato per effetto della riforma intervenuta nel 2018, che ha modificato il comma 2 ed aggiunto tutta una serie di commi ulteriori che assumono un'importanza fondamentale per la definizione di strumento finanziario e, quindi, per la configurabilità della stessa fattispecie di *insider trading*⁸⁶. Ad essere innovata è altresì la definizione di informazione privilegiata, che, come si è in precedenza rilevato, desta importanti perplessità quanto al rispetto del principio di determinatezza⁸⁷, limitandosi a rinviare alla definizione prevista dal regolamento 596/2014. Una tecnica analoga viene adottata per tutta una serie

⁸⁴ Per un approfondimento sullo schema di delegazione europea 2016 si rinvia a BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, cit., 275.

⁸⁵ Si veda *supra* cap.3, par., 1.

⁸⁶ Ai sensi del novellato art. 180 T.U.F. la disciplina sanzionatoria viene estesa agli strumenti finanziari ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un sistema multilaterale di negoziazione di ogni paese membro dell'Unione europea; agli strumenti finanziari negoziati su un sistema organizzato di negoziazione; agli strumenti finanziari che non rientrano in tali sistemi di negoziazione ma il cui valore o prezzo dipendano da quello degli strumenti finanziari oppure che abbiano un effetto su tale prezzo o valore (OTC).

⁸⁷ Un problema analogo, relativo alla determinatezza della fattispecie in relazione al requisito della *price sensitivity* era stato in precedenza sollevato dalla giurisprudenza con due ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Siracusa e di Roma nel 2003. La questione è stata, tuttavia, dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale con sentenza n.382/2004. In argomento ZANNOTTI, *L'insider trading finisce al vaglio della Corte costituzionale. Fattispecie indefinita, pene irrazionali, eccesso di delega*, in *Dir. e giust.*, 28, 2003, 74 ss.

di elementi normativi presenti nell'art 180 TUF, che sono idonei a integrare la fattispecie, divenendo, pertanto, norme penali a tutti gli effetti, e come tali soggette ai corollari del principio di legalità⁸⁸. Tra le definizioni rese attraverso la tecnica del rinvio si annoverano, tra le altre, quelle inerenti al contratto pronto su merci, alle prassi di mercato ammesse, agli indici di riferimento *benchmark*, nonché alla nozione di emittente gli strumenti finanziari. Il risultato è, dunque, quello di complicare l'assetto di una disciplina già di per sé complessa, con conseguente violazione del principio di precisione e tassatività della norma, applicabile anche agli elementi normativi che delimitino il perimetro applicativo della fattispecie⁸⁹.

Del resto, l'ambito di applicabilità delle norme è stato inciso anche per effetto del rinnovato regime di esenzioni previsto dall'art 183 TUF.

La norma dispone esplicitamente che le previsioni del presente titolo non si applichino alle operazioni, agli ordini o alle condotte previste dall'art. 6 e alle negoziazioni di azioni proprie effettuate ai sensi dell'art 5 del regolamento n. 596/2014. Entrambe le norme recano con sé le (ormai note) problematiche inerenti alla tecnica del rinvio che caratterizza pressoché totalmente la fisionomia della novellata disciplina in materia di *market abuse*, interessando anche il problema del mancato riferimento al concetto di stabilizzazione, che invece era presente nella disciplina previgente. Secondo parte della dottrina, il riferimento all'art. 5 del regolamento viene così interpretato come idoneo ad estendersi nella sua interezza anche alla cosiddetta stabilizzazione, oltreché alle operazioni su azioni proprie, in conside-

⁸⁸ Cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato*, cit., 9.

⁸⁹ Per un'analisi dettagliata dei problemi connessi all'applicazione della tecnica del rinvio, anche in considerazione del fatto che il regolamento rappresenti una fonte legislativa di carattere *self-executing*, MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato*, cit., 9 ss.

razione dell'effetto più favorevole al reo che ne deriverebbe, ed altresì tenendo conto della natura del regolamento, che di norma non necessiterebbe di un'esplicita attuazione da parte dell'ordinamento interno⁹⁰.

Parzialmente riformati sono, infine, anche gli illeciti penali in tema di abusi di mercato, di cui si è già dato conto in relazione all'analisi comparatistica delle relative fattispecie. Sia utile, in questa sede, ricordare che, dal mancato adeguamento alla direttiva MAD 2, derivi non solo la persistente assenza di un'incriminazione penale nei confronti dell'*insider* secondario, ma anche la perdurante inattuazione dell'indicazione relativa alla differenziazione del trattamento sanzionatorio della condotta di *typping* rispetto alle altre condotte di abuso di informazioni privilegiate.

Ad essere completamente rimodellate a seguito della riforma sono invece le fattispecie che contemplano gli illeciti amministrativi, totalmente fondate sulla tecnica del rinvio.

Invero, l'art. 187 *bis* T.U.F. punisce attualmente chiunque violi il divieto di abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate di cui all'art. 14 del regolamento. Vengono invece abrogati i commi dal 2 al 4, che provvedevano, in primo luogo, ad equiparare il trattamento sanzionatorio nei confronti del *criminal insider*, ovvero di colui che si trova in possesso di informazioni privilegiate a causa della preparazione o esecuzione di una delle azioni contemplate dalla norma. E' espunto poi anche il comma 3 che riconduceva alla nozione di strumento finanziario anche quelli previsti dall'art. 1 comma 2 ed il cui valore dipende da un altro strumento finanziario. Infine, la norma non prevede più la punibilità di colui che sia in possesso di informazioni privilegiate, e che abbia agito con sola colpa, ma tale possibilità sembra comunque ammissibile per

⁹⁰ In questo senso MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato*, cit., 13.

effetto dell'art. 3 della legge 689/81, che prevede la punibilità del soggetto che abbia violato il precetto amministrativo sia a titolo di dolo che di colpa.

Sul versante delle manipolazioni di mercato, una rilevante modifica ha interessato il comma 1-*bis* dell'art. 185 T.U.F., laddove prevede che non sia punibile chi ha commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o conformemente a prassi di mercato ammesse, ai sensi dell'art. 13 del regolamento. In disparte della censurabile tecnica del rinvio anche in questa occasione avvalorata dal legislatore, la norma pone dei problemi per quel che concerne il riconoscimento della sua natura. Il dubbio, in altri termini, è se questa possa assurgere a mera causa di esclusione della punibilità, considerando comunque il fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, ovvero sia qualificabile come causa di giustificazione speciale, in grado di escludere l'antigiuridicità della condotta⁹¹.

Come già accennato⁹², al pari di quanto avviene per gli abusi di mercato, anche nell'art 185 T.U.F. le operazioni riferibili agli strumenti finanziari diversi da quello ammessi o per i quali è stata fatta domanda di ammissione su mercati finanziari europei o nazionali, viene relegata ad una mera ipotesi contravvenzionale. La precisazione appare fondamentale in considerazione del nuovo art. 2-*ter* che, per effetto del D.lgs. 2018, estende le disposizioni dell'articolo anche ai contratti su pronto merci che non siano prodotti generici all'ingrosso, ai fatti concernenti i contratti derivati il cui prezzo sia interdipendente dal prezzo degli strumenti finanziari o che incidano su di essi, nonché ai cd *benchmark*⁹³. Il problema interpretativo sorge

⁹¹ Per queste riflessioni si rinvia a MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 15, il quale conclude affermando che sembrerebbe preferibile ritenere che la disposizione integri una scriminante in ragione della doverosità di una lettura sistematica della norma che tenga conto di quanto affermato dall'art. 13 MAR.

⁹² Si rinvia a cap. III, par. I.

⁹³ La definizione di *benchmark* viene fornita dall'art. 3 §1 n. 29 MAR, che fa riferimento a "qualsiasi tasso, indice o numero, messo a disposizione del pubblico o pubblicato, che è determinato periodicamente o regolarmente applicando una formula al valore di una o più attività o prezzi sottostanti, comprese stime di prezzi, tassi d'interesse o altri valori effettivi

in considerazione del fatto che la norma non esplicita se tali operazioni siano ascrivibili all'ipotesi delittuosa di cui al comma 1 o all'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 2-bis⁹⁴. Al fine di non riproporre i problemi concernenti l'irragionevole differenza di trattamento sanzionatorio tra operazioni commesse su mercati regolamentati italiani o europei e quelle realizzate su qualsiasi altro tipo di mercato finanziario, sarebbe corretto propendere per una valorizzazione delittuosa della condotta. Tuttavia, come è stato attentamente osservato, tale obiezione risulta soccombente di fronte alla necessità di dare un'interpretazione più favorevole al reo, sussumendo tali condotte nelle previsioni contravvenzionali di cui al comma 2-bis⁹⁵.

In disparte di tutte le modifiche intervenute sul piano strutturale delle fattispecie, il problema più rilevante, come si è avuto modo di approfondire, resta quello del *ne bis in idem*, che non sembra essere stato affrontato dal legislatore interno. Il legislatore comunitario aveva, infatti, lasciato ampio margine agli stati membri di decidere in merito all'irrogazione di sanzioni amministrative unitamente a quella penali, sempreché ciò avvenisse nel rispetto del principio del *ne bis in idem*, così come tutelato dai diversi ordinamenti nazionali. Di fronte all'occasione di riformare la disciplina in maniera più chiara, invece, il legislatore nazionale lascia invariato il sistema a doppio binario introdotto con la legge di riforma del 2005. Invero, sia la direttiva 2003/6/Ce (Mad I) che il Regolamento 596 Mar prevedono la possibilità di un doppio binario alternativo e non cumulativo. Pertanto, la scelta operata dal legislatore in sede di attuazione della direttiva del 2003 può considerarsi una scelta meramente discrezionale che viene ribadita a seguito

o stimati, ovvero a sondaggi, e sulla base di tali elementi è determinato l'importo da corrispondere per uno strumento finanziario o il valore di uno strumento finanziario". Sul punto ROCCATAGLIATA, *La riforma del sistema sanzionatorio per illeciti finanziari. Guida ragionata al D.lgs. 107/2018*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 9 ss.

⁹⁴ MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato*, cit., 16 s.

⁹⁵ MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato*, cit., 16.

del recepimento del recente regolamento. Nei considerando del regolamento del 2014 viene, infatti, stabilito che - sebbene non vi siano ostacoli per gli Stati membri a stabilire sia sanzioni amministrative che penali per le stesse infrazioni - occorre valutare se il loro diritto nazionale lo consenta; aggiungendo, in maniera inequivoca, che i singoli ordinamenti possono decidere di non stabilire alcuna sanzione amministrativa se le violazioni di determinati precetti siano già soggette a sanzioni penali entro il 3 luglio 2016. Allo stesso modo la Direttiva, pur prevedendo per gli stati membri obblighi di contemplare sanzioni amministrative per le violazioni previste nel regolamento (UE) n. 596/2014, contempla la possibilità che gli Stati decidano, in conformità al regolamento, di prevedere per tali violazioni esclusivamente sanzioni penali. Sono queste sanzioni ad essere considerate indispensabili per la lotta all'abusivismo finanziario: a differenza della direttiva MAD1, infatti, la direttiva MAD2 (Dir. 2014/47/Ce) accorda preferenza all'irrogazione di pene in senso stretto⁹⁶. Oltre a ciò si dispone che la normativa nazionale di recepimento dovrebbe pur sempre garantire che l'irrogazione di sanzioni amministrative e penali non violi il principio del *ne bis in idem*, così come contemplato dall'art 50 CDFUE⁹⁷. Questa scelta, come è stato evidenziato, si ripercuote inevitabilmente sulla persistente disputa tra legislatore interno e nazionale in merito all'operatività dei principi della materia penale, lasciando all'interprete - ed in particolar modo ai giudici nazionali - l'arduo compito di valutare se le sanzioni irrogate siano conformi al principio di proporzionalità della pena, considerando l'evidente afflittività che connota le sanzioni amministrative in tema di *market abuse*⁹⁸.

⁹⁶ Si veda su punto considerando n. 7 Direttiva 2014/47/Ce. Così anche MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 15.

⁹⁷ In argomento diffusamente SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le società*, 2016, 219.

⁹⁸ MUCCIARELLI, *Abusi di mercato riformati*, cit., 13.

Si è, peraltro, già rilevato come a confermare tale assunto possa porsi l'art 187 *terdecies* T.U.F., secondo il quale, qualora per lo stesso fatto sia stata applicata a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente, una sanzione amministrativa pecuniaria, ovvero una sanzione penale o amministrativa dipendente da reato, l'autorità giudiziaria o la Consob devono, da un lato, tener conto delle misure punitive già irrogate e, dall'altro, provvedere all'esazione della pena pecuniaria, nei limiti della parte eccedente a quella già irrogata⁹⁹.

Analizzando la norma, parte della dottrina si avvede tuttavia dei limiti connaturati in una tale disposizione: in primo luogo, desta perplessità l'indeterminatezza della locuzione "tenere conto", che non fornisce criteri risolutivi certi per ovviare al problema del *ne bis in idem*, in secondo luogo la norma sembra riferirsi al solo problema del *ne bis in idem* sostanziale¹⁰⁰, incentrando la propria attenzione sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria avente ad oggetto la comminazione di una pena pecuniaria¹⁰¹.

In conclusione, dunque, quella che poteva rappresentare un'occasione per riformare definitivamente le fattispecie amministrative sugli abusi di mercato, eliminando il regime del doppio binario sanzionatorio, si è trasformata in una conferma del disinteresse del legislatore al rispetto dei più basilari principi della materia penale, tra cui figura non solo il principio

⁹⁹ In argomento diffusamente BASILE, 279 s, secondo cui il problema si sposterebbe dunque sul principio di proporzionalità. Invero, secondo l'autore, l'art. 187 *terdecies* T.U.F. non sarebbe sufficiente a dirimere il problema del *ne bis in idem*, anche in considerazione del fatto che le misure amministrative accessoria previste dall'art. 187 *quater* si aggiungano in modo indiscriminato alle pene accessorie previste 186 T.U.F.

¹⁰⁰ Sul punto VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e per i giudici italiani*, in *penale contemporaneo*, 1, 2016, 198; MUCCIARELLI, *Abusi di mercato*, cit., 21.

¹⁰¹ MUCCIARELLI, *Abusi di mercato riformati*, op. loc. ult. cit., secondo cui l'interpretazione maggiormente accreditata sia quella di considerare doveroso per l'autorità giudiziaria e la Consob provvedere ad uno scomputo dalla pena da irrogare della sanzione già irrogata. Inoltre l'autore su avvede del fatto che la norma non contempra il problema delle sanzioni interdittive, sebbene queste, sul piano amministrativo, assumano una portata sempre più afflittiva.

di legalità, inteso come principio di tassatività e di precisione della norma, ma altresì il rispetto del *ne bis in idem*, che dovrebbe veicolare l'operatore del diritto nel perseguimento di obiettivi conformi al canone della ragionevolezza e alle istanze di rieducazione del condannato.

5. Dall'individuo all'ente: la questione del *ne bis in idem* nella responsabilità da reato degli enti; natura della responsabilità e afflittività delle pene

Superato il noto brocardo "*societas delinquere non potest*"¹⁰² e tramontata la visione antropocentrica del diritto penale¹⁰³, attraverso il D.lgs. 231/2001 viene ammessa la possibilità che anche gli enti rispondano penalmente dell'illecito commesso dai propri dipendenti.

Il problema diviene, dunque, quello della natura da riconoscere ad una siffatta responsabilità, soprattutto in considerazione del fatto che il principio di colpevolezza sembrerebbe mal conciliarsi con una responsabilità penale della persona giuridica. Sarebbero, infatti, la natura stessa della

¹⁰² Più che al diritto romano, ove l'incapacità di agire delle persone giuridiche rappresentava già un dato pacifico, tale espressione deve essere fatta risalire ai canonisti: per un'attenta disamina delle svolte storiche sul punto si rinvia a ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, 2017, 52 ss. Svolge un'analitica ricostruzione in merito al superamento del brocardo *societas delinquere non potest*, per il periodo a cavallo tra il XIX ed il XX secolo, analizzando in particolare il pensiero di Savigny, Gierke e Von Litsz, MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 104 ss.

¹⁰³ BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970, 951 ss. Sul piano dell'analisi comparatistica, per una valutazione del problema della responsabilità penale degli enti, si veda, tra gli altri, TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 615 ss; MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 445 ss; MARINUCCI, *Societas delinquere potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 1193 ss.

pena e le funzioni da essa perseguite a presupporre come esclusivo destinatario la persona fisica¹⁰⁴. A supporto di tale argomentazione si porrebbe altresì l'art. 27 della Costituzione, che esprime il principio di personalità nella responsabilità penale, mettendo in dubbio, di fatto, l'ammissibilità di una responsabilità strettamente penale delle persone giuridiche.

Per ovviare a tali inconvenienti dogmatici la dottrina ha quindi cercato di qualificare in modo diverso la responsabilità delle persone giuridiche, asserendo talvolta che si tratti di una responsabilità amministrativa¹⁰⁵, in ossequio alla denominazione legislativa, altre volte che debba qualificarsi come una sorta di *tertium genus*¹⁰⁶.

Altra parte della dottrina, al contrario, non ravvisa alcun tipo di incompatibilità tra la responsabilità dell'ente e l'art 27 della Costituzione. Si è affermato, in tal senso, che non sussisterebbe un contrasto tra questo tipo di

¹⁰⁴ ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 1036 ss, che condivide il pensiero di Bricola, il quale, pur ammettendo una responsabilità degli enti dal punto di vista oggettivo, si arrestava di fronte alla possibilità di ravvisare una responsabilità colpevole in capo alla persona giuridica. Secondo l'autore, invero, la responsabilità colpevole si innesta su una serie di fattori psicofisici che precedono la colpevolezza in senso stretto e che possono evidentemente essere imputati solo alle persone fisiche. Di qui la necessità, per evitare una responsabilità meramente oggettiva, che la responsabilità dell'ente si innesti in quella della persona fisica, ravvisando, qualora l'individuo abbia agito in nome e per conto dell'ente, un rapporto di immedesimazione organica. Il riferimento d'obbligo è, inoltre, alla concezione psicologica e naturalistica della colpevolezza, che di fatto ha rappresentato una delle ragioni per le quali la dottrina era tendenzialmente contraria ad ammettere una responsabilità della persona giuridica: PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, 53.

¹⁰⁵ Cass. SU, 23 giugno 2011, n. 34476, Deloitte e Touche; Cass. SU, n. 10561, 30 gennaio 2014, Gubert.

¹⁰⁶ Si tratterebbe, pertanto, di un *tertium genus* di responsabilità, che affianca tratti propri della responsabilità amministrativa con i principi della materia penale: così Cass., 16 luglio 2010, n. 27735 e Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 28299. Sul punto MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 68. Così anche Cass. Sez. Un., 22 aprile 2014, n. 38343 Thyssenkrup, secondo cui, sebbene tale responsabilità debba considerarsi come appartenente ad un *tertium genus* del diritto criminale, nondimeno la contiguità con il l'ordinamento penale è tale da dover appurare la compatibilità con i principi costituzionali dell'ordinamento penale. Tale vicinanza sarebbe infatti innegabile «per via, soprattutto, della commissione di un reato, che ne costituisce il presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità del suo accertamento».

responsabilità ed il primo comma dell'articolo 27 Cost., in quanto tale responsabilità non darebbe luogo ad una responsabilità per fatto altrui, trattandosi di una responsabilità fondata sulla cosiddetta colpa d'organizzazione e quindi conforme alla responsabilità per fatto proprio così come declinata dalla giurisprudenza costituzionale nelle sentenze n. 364 e 1088/88. Allo stesso modo, non sarebbe ravvisabile alcun conflitto tra la responsabilità da reato dell'ente ed il terzo comma dell'art. 27 Cost. Né potrebbe considerarsi ravvisabile una frizione con il terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione: dando un'interpretazione evolutiva e non oggettiva della norma, si può infatti ritenere che il meccanismo dei *compliance programs* sia in grado di salvaguardare l'impresa, svolgendo di fatto una funzione risocializzatrice¹⁰⁷. La conseguenza sarebbe quella di poter riconoscere il carattere eminentemente penale della responsabilità da reato degli enti, proprio valorizzando in parte gli stessi aspetti che la giurisprudenza evidenzia per affermare che si tratti di un *tertium genus* di responsabilità criminale, di cui valutare, pertanto, la compatibilità con i principi costituzionali della materia penale¹⁰⁸. Tra questi, *in primis*, la considerazione per cui tale responsabilità si origini proprio dalla commissione di un fatto di reato, in secondo luogo valorizzando l'autonomia della responsabilità dell'ente, nonché i principi che governano la materia, la severità delle rispettive sanzioni e le garanzie processuali di stampo penalistico adottate¹⁰⁹. Seguendo una prospettiva simile, ma non equivalente, si è fatto riferimento al concetto di

¹⁰⁷ Per tutte queste osservazioni volte a salvaguardare la compatibilità tra responsabilità penale dell'ente e l'art. 27 della Costituzione si rinvia all'analitica disamina di MANNA, *la responsabilità penale dell'ente*, cit., 23. Cfr. anche DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 377 ss.

¹⁰⁸ Si rinvia sul punto a Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, ThyssenKrupp.

¹⁰⁹ In argomento anche Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343 e a Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2015, n. 36083. Sostiene la natura penale della responsabilità da reato degli enti Cass. SU, 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia impianti. Così, in dottrina, anche MANNA, *La responsabilità*, cit., 25, secondo cui sebbene tale responsabilità non possa configurarsi come formalmente penale, allo stesso modo sarebbe strettamente connessa anche al diritto penale. Sul punto anche ALESSANDRI-SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, I, I principi

Sanktionenrecht, ossia di diritto punitivo-sanzionatorio da affiancare al diritto penale in senso stretto¹¹⁰.

In disparte di tutti i problemi classificatori che sono emersi nel corso del tempo, tanto da indurre parte della dottrina a definire in maniera più semplice la responsabilità in questione come una “responsabilità da reato” tout court¹¹¹, preme sottolineare come tali opzioni ermeneutiche incidano di fatto sul riconoscimento del *bis in idem*.

Ed invero se la natura – penale o parapenale – della responsabilità dell’ente viene riconosciuta evidenziando, tra i diversi indici, quello della severità delle sanzioni che vengono comminate all’ente a causa del reato commesso dalla persona fisica; e, d’altra parte, se è vero che la contiguità al diritto penale comporta il necessario rispetto dei principi costituzionali in materia, unitamente alle garanzie processuali che devono essere rispettate durante il processo che si svolge dinnanzi al giudice penale, allora, nondimeno, anche il principio del *ne bis in idem* dovrà essere necessariamente rispettato nel momento in cui vengano irrogate le sanzioni da reato all’ente.

Del resto, più che concentrarsi solo sulla classificazione dogmatica della natura della responsabilità dell’ente, che ha dato luogo ad *empasse* dottrinali e giurisprudenziali difficilmente superabili¹¹², sembrerebbe utile anche questa volta analizzare i cosiddetti criteri Engel per valutare se tale

generali, Torino, 2018, 87; MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445 ss.

¹¹⁰ A richiamare questa teoria è MANNA, *La responsabilità*, cit., 24. L’autore provvede anche ad un’attenta critica dell’interpretazione in questione, asserendo che la stessa non sia in grado di aggirare il problema di una cosiddetta truffa delle etichette, che interesserebbe dunque anche lo schema della responsabilità degli enti.

¹¹¹ In argomento ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 64, che richiama la posizione “neutra” assunta da PALIERÒ-PULITANÒ, *Imprese, una responsabilità su misura*, in *Il Sole-24 ore*, 12 luglio, 2001, 20, secondo cui la questione inerente alla definizione della responsabilità degli enti sia meramente simbolica.

¹¹² In argomento ZANNOTTI, *Diritto penale dell’economia*, op. loc. ult. cit., secondo cui la realtà, in considerazione di tutte le soluzioni proteiformi che sono state proposte nel corso del tempo, è che l’analisi del dato normativo non consenta una classificazione certa e precisa della natura della responsabilità.

sistema possa rientrare nella nozione sostanziale di materia penale, applicando tutti i principi che necessariamente ne conseguono¹¹³.

Il primo criterio, basato sul *nomen iuris* dell'illecito, non sembra idoneo a risolvere la questione: è, infatti, proprio dalla qualificazione della rubrica come "responsabilità amministrativa" e dal conflitto che sembra generare con l'utilizzo delle regole procedurali e dei principi propri del diritto penale che sorge questo problema interpretativo. Inoltre, la stessa relazione di accompagnamento al decreto qualifica, in maniera del tutto contraddittoria, tale responsabilità come appartenente ad un *tertium genus*, lasciando di fatto l'interprete di fronte ad un problema classificatorio di non poco conto. Di qui, parte della dottrina ha inteso dare rilievo al secondo criterio fondato sulla natura dell'illecito. Si è affermato, in tal senso, che, analizzandone la struttura, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, gli illeciti inseriti nell'elenco previsto dal D.Lgs. 231 dovrebbero intendersi alla stregua di illeciti penali, senza alcuna differenziazione di sorta¹¹⁴. In realtà, sia consentita l'osservazione, non appare in alcun modo dubitabile che gli illeciti previsti dal D.lgs. 231/2001 abbiano natura penale. Non a caso, infatti, la sezione seconda del D.Lgs. 231/2001 viene rubricata come "responsabilità amministrativa da reato", così chiarendo che il presupposto sia dato propriamente dalla commissione di un illecito penale da parte della

¹¹³ In ordine alla valorizzazione dei cosiddetti criteri Engel, per la particolare affermazione del riconoscimento della natura penale della responsabilità degli enti, si veda MANNA, *La responsabilità*, cit., 26 ss. Ritiene che si tratti di una responsabilità para-penale, al fine di evidenziare che le garanzie applicabili siano quelle della materia penale, precisando altresì che non debba considerarsi dubitabile la natura sostanzialmente penale delle sanzioni e dell'illecito da reato dell'ente: FIORELLA, *I problemi fondamentali della responsabilità dell'ente: un'introduzione*, in AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 350 S.

¹¹⁴ Così MANNA, *La responsabilità*, cit., 27, secondo cui il richiamo all'ordinario rapporto di causalità penale, così come al principio di colpevolezza, qui inteso come colpa d'organizzazione o meglio come agevolazione colposa del fatto commesso dalla persona fisica a causa del mancato o inefficiente controllo del suo operato da parte dell'ente, farebbe propendere per una responsabilità di sicura matrice penalistica.

persona fisica, la quale, legata funzionalmente all'ente, agisce nel suo interesse o a suo vantaggio. Seppure il *nomen iuris* attribuito agli illeciti non fosse considerato dirimente, ad apparire rilevante, dal punto di vista sostanzialistico, sarebbe la stessa finalità perseguita dall'illecito. Tale requisito, elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo nella sentenza Ozturk¹¹⁵ viene tuttavia assorbito dall'indagine sul terzo criterio Engel, riguardante la gravità e la natura della sanzione.

Le sanzioni previste dal D.Lgs. 231/2001 - e qualificate formalmente come sanzioni amministrative - presentano, infatti, un connotato fortemente afflittivo, sia in ragione dell'entità che la sanzione pecuniaria può raggiungere, sia in virtù dei pregiudizi economici che possono conseguire all'applicazione di una sanzione interdittiva. Anche la finalità cui mira la sanzione amministrativa sembra ricalcare quella delle sanzioni propriamente penali: in primo luogo la funzione preventiva¹¹⁶, sia nella sua accezione di specialprevenzione, volta ad evitare che l'ente consenta nuovamente alle persone fisiche che operano al suo interno, di commettere l'illecito, che nella sua accezione di generalprevenzione, evidentemente ravvisabile in considerazione della severità delle sanzioni imposte, tese a rendere esemplare la pene e ad indirizzare la corretta gestione dei *compliance programs* anche da parte di altre persone giuridiche. Si è già detto, peraltro, come la critica relativa all'impossibilità di svolgere una funzione risocializzatrice sia in realtà superabile grazie alla funzione svolta dai *compliance programs* che avrebbero la capacità di rimettere *in bonis* l'impresa¹¹⁷. A ciò si aggiunga la considerazione, di non poco conto, secondo cui la sanzione

¹¹⁵ In argomento MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 37 ss.

¹¹⁶ Sulla natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate all'ente e la conseguente necessità di applicare le garanzie sostanziali che regolano la materia penale, anche FIORELLA, *I Problemi fondamentali della responsabilità dell'ente*, cit., 350 s.

¹¹⁷ MANNA, *La responsabilità*, cit., 26.

viene irrogata dall'autorità giudiziaria penale nell'ambito del relativo processo penale. Al sistema della responsabilità degli enti, non sembra estranea, del resto, nemmeno una funzione retributiva: nonostante il principio di proporzionalità sia messo a repentaglio dai sistemi di doppio binario sanzionatorio che possono direttamente o indirettamente interessare la responsabilità dell'ente, tuttavia, sussiste una diversa gamma di disposizioni che modulano un sistema di imputazione delle circostanze volto a salvaguardare la proporzione della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'ente¹¹⁸.

Pertanto, sia in virtù della natura e delle finalità dell'illecito, che della natura e delle finalità della sanzione, appare chiara la riconducibilità della responsabilità dell'ente alla materia penale, con la conseguente esigenza di rispettare i principi propri di tale ordinamento.

Tra questi, oltre al principio di legalità ed irretroattività della norma penale, già espressamente richiamati dall'art. 1 del D.Lgs. 231/2001, si annoverano il principio di colpevolezza, che deve essere accertato dalla sussistenza di una colpa di organizzazione dell'ente¹¹⁹, ed il rispetto delle garanzie processuali, da cui deriverebbe la necessaria applicazione dell'art. 112 della Costituzione che prevede l'obbligatorietà dell'azione penale da parte del pubblico ministero¹²⁰.

Non minor rilievo ha il necessario rispetto del *ne bis in idem*¹²¹, volto a salvaguardare la proporzionalità tra offesa arrecata attraverso l'ille-

¹¹⁸ In questo senso analiticamente FIORELLA, *I Problemi fondamentali della responsabilità dell'ente*, cit., 353 s

¹¹⁹ In tale prospettiva si dubita della legittimità costituzionale dell'art. 6 della Legge 231/2001 nella parte in cui prevede una responsabilità pressoché automatica dell'ente. In argomento MANNA, *La responsabilità*, cit., 31 s.

¹²⁰ MANNA, *La responsabilità*, cit., 32.

¹²¹ Per una valorizzazione innovativa del sistema del doppio binario si rinvia a DONINI, *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in DONINI-FOFFANI, *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, 225 ss.

cito penale commesso dalle persone che agiscono nell'interesse o a vantaggio dell'ente e la risposta sanzionatoria comminata. La valorizzazione di tale principio sarebbe stata a ben vedere possibile anche a prescindere dalla conduzione di un'indagine sulla struttura e conseguentemente sulla natura dell'illecito e della relativa responsabilità dell'ente. Il che non significa ammettere la possibilità che la sanzione non qualifichi l'illecito, salvo che si tratti di illeciti da cui derivano sanzioni di diversa natura, ma piuttosto alleggerire l'interprete di una serie di questioni dogmatiche che ai fini pratici potrebbero risolversi con maggiore semplicità¹²².

6. Responsabilità degli enti e abusi di mercato: un problema di possibile quadruplicazione della risposta sanzionatoria

Si è affermato, nel paragrafo precedente, come il problema del *ne bis in idem* interessi anche la responsabilità degli enti. Invero, sia analizzando la natura dell'illecito che la finalità delle sanzioni irrogate, si evince chiaramente l'appartenenza di tale sistema di responsabilità alla materia penale. Inoltre, anche soffermandosi esclusivamente sull'afflittività dell'apparato sanzionatorio, il principio in questione troverebbe sicuri margini di operatività.

Ovviamente, affinché possa sorgere un problema di duplicazione sanzionatoria, è essenziale che vengano integrati tutti i presupposti richiesti per la sussistenza di una responsabilità in capo all'ente.

In tal senso, il D.lgs. 231/2001 è chiaro nel richiedere il rispetto di condizioni oggettive e soggettive di imputazione della responsabilità dell'ente.

¹²² Sulla valorizzazione della risposta sanzionatoria piuttosto che della struttura dell'illecito, DONINI, *Septies in idem*, cit., 226.

Tra i presupposti oggettivi si pone in primo luogo la commissione di uno degli illeciti previsti dal catalogo da parte di soggetti che siano funzionalmente legati all'ente. E' infatti evidente che la persona giuridica non possa agire in via autonoma ma esclusivamente per il tramite di persone fisiche, che devono commettere il fatto di reato nel suo interesse o a suo vantaggio¹²³. Una connotazione marcatamente oggettiva sembrerebbe, tuttavia, essere suggerita esclusivamente dal requisito del vantaggio in capo all'ente: tale risultato deve accertarsi *ex post*, e può ritenersi sussistente anche qualora il soggetto non abbia agito nell'interesse della persona giuridica¹²⁴. Al contrario, il requisito dell'interesse pare caratterizzare in senso soggettivo la responsabilità dell'ente, indicando una connotazione volontaristica della persona fisica, che deve essere accertata in una prospettiva *ex ante*, indipendentemente dai risultati conseguiti¹²⁵.

I presupposti soggettivi, come noto, sono inoltre dettati dagli artt. 6 e 7 del D.lgs. 231 2001: le norme si incentrano sulla cosiddetta colpa di organizzazione dell'ente, che consente la commissione del reato da parte del soggetto posto in posizione apicale o subordinata. In realtà, il regime di imputazione della responsabilità in capo alla persona giuridica subisce delle differenti declinazioni nel caso in cui il reato sia commesso dal soggetto posto in posizione apicale ovvero da un subordinato. Nella prima ipotesi, la responsabilità si palesa come una responsabilità tendenzialmente assoluta, nel secondo caso - invece - l'ente potrà essere chiamato a rispondere

¹²³ Cfr. sul punto SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006; SILVESTRI, *L'interpretazione dei concetti di "interesse" o "vantaggio" dell'ente*, in *Rivista* 231, 2014, 221 ss.

¹²⁴ In argomento FIORELLA, voce "*Responsabilità da reato dell'ente collettivo*", in A.A.V.V., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, 5102

¹²⁵ AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 62.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2010, 62 s.

solo qualora sia riscontrabile un'agevolazione colposa nel reato¹²⁶. Analizzando le due norme appare infatti evidente l'inversione dell'onere probatorio che si palesa nei confronti dell'impresa: solo qualora il fatto sia stato commesso dal soggetto che si trova in posizione apicale, può sussistere una presunzione di responsabilità in capo all'ente. Con la conseguenza, di non poco conto, per cui sarà l'ente a doversi disculpare, provando di aver adottato una serie di comportamenti precauzionali tassativamente elencati dall'art. 6. Tra questi, la circostanza di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di gestione e di organizzazione idonei a prevenire reati della specie di quello che poi si è effettivamente realizzato; di aver provveduto ad un controllo efficace sul funzionamento e l'osservanza di tali modelli; ed infine che, ciononostante, vi sia stata un'elusione fraudolenta di tali modelli da parte della persona fisica. In tal caso, pertanto, la posizione dell'ente subisce un evidente aggravio, dovendo, la persona giuridica, fornire una *probatio diabolica* per essere esonerata da una responsabilità che sorge in via pressoché automatica¹²⁷. Nel caso in cui il fatto sia commesso dal soggetto subordinato, invece, nel processo penale saranno applicati gli ordinari criteri di ripartizione dell'onere probatorio, spettando all'accusa l'onere di provare la colpa dell'ente, senza alcuna presunzione di sorta¹²⁸.

Fatte tali premesse, ai nostri fini, risulta utile ricordare come il problema del *ne bis in idem* in tema di *market abuse* sia sorto partire dalla

¹²⁶ AMBROSETTI-MEZZETTI-ROCCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 65.

¹²⁷ La giurisprudenza ha, tuttavia, tentato di correggere una tale "inversione" dell'onere probatorio, ripristinando il normale criterio di riparto della prova anche in caso di fatto commesso dal soggetto in posizione apicale, ed affermando, quindi, che gravi comunque sull'accusa l'onere di provare la colpevolezza dell'ente: così, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, n. 27735, 16 luglio 2010.

¹²⁸ MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 43.

riforma del 2005: occasione in cui il legislatore ha introdotto una responsabilità amministrativa cumulativa in tema di abusi di mercato e inserito tali illeciti nel catalogo dei reati presupposto.

Il sistema a doppio binario sembra quindi interessare non solo la persona fisica ma anche la persona giuridica. A quest'ultima possono infatti essere inflitte sanzioni per i medesimi fatti ai sensi dell'art. 187 *quinquies* TUF e 25 *sexies* del Dlgs. 231/2001¹²⁹.

Affinché possa discutersi di violazione del *ne bis in idem* a carico dell'ente non basta, tuttavia, che vengano rispettati tutti i requisiti di imputazione oggettiva e soggettiva della responsabilità previsti dal decreto, ma occorre che le rispettive sanzioni siano qualificabili come sostanzialmente penali.

Del resto, si è già argomentato in ordine all'afflittività dell'impianto sanzionatorio complessivo della responsabilità dell'ente e a tali connotati non pare estraneo neppure l'art. 25 *sexies*. La norma dispone, infatti, che in relazione ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato si applichi all'impresa la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote, che può essere aumentata fino a dieci volte l'entità del profitto conseguito dalla commissione del reato qualora questo sia di rilevante entità.

¹²⁹ Sul punto si veda l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque sentenza Grande Stevens, punto 23, il quale si avvede di come, per giurisprudenza costante della Cassazione, «l'articolo 187 *quinquies* del TUF e l'articolo 6 della legge n. 689/1981 possono essere applicati alla stessa persona giuridica per i medesimi fatti» in quanto il primo concerne la «responsabilità amministrativa diretta della persona giuridica» mentre il secondo è un «caso speciale di debito senza colpa (*debt without responsibility*), poiché l'ente è responsabile della violazione commessa da uno dei suoi organi interni e direttamente responsabile in quanto *adiectus solutionis causa*». Ora, visto che le due imprese sono state accusate di un altro illecito «amministrativo» in virtù dell'articolo 25 *sexies* del decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001, esse avrebbero dovuto pagare per gli stessi fatti tre diverse pene pecuniarie di importo sproporzionato. Per cui, come è stato osservato, nella sua stessa struttura concettuale, questo sistema di sanzioni rimette in questione nel caso delle persone giuridiche i diritti garantiti dagli articoli 1 del Protocollo n. 1 e 7 della Convenzione.

Non resta, quindi, che interrogarsi sul contenuto dell'art. 187 *quinquies* per valutare se, effettivamente, anche tale norma possa ascriversi al novero delle sanzioni punitive.

La disposizione, nel suo primo alinea, risulta completamente riformulata per effetto del D.lgs. 10 agosto 2018 n. 107, attestandosi anch'esso sulla tecnica del rinvio al regolamento n. 596/2014.

Invero, si stabilisce attualmente che l'ente sia punito con una sanzione di importo molto elevato (che può giungere fino a quindici milioni di euro o al quindici per cento del fatturato), qualora sia stata commessa a vantaggio o nell'interesse dell'ente una violazione del divieto di cui all'art. 14 e 15 del Regolamento, riguardanti, rispettivamente, l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione di mercato. Il comma 4 dispone poi che in relazione a tali illeciti si applichino, in quanto compatibili, gli artt. 6, 7, 8 e 12 del D.lgs. 231/01, che prevedono, appunto, il meccanismo di imputazione della responsabilità da reato dell'ente e i casi di riduzione della sanzione pecuniaria. La norma ammette, quindi, la possibilità di un'applicazione cumulativa nei confronti dell'ente delle due sanzioni, rispettivamente derivanti dalla commissione di un illecito (almeno formalmente) amministrativo e di un reato in tema di abusi di mercato¹³⁰.

Dalla severità della risposta sanzionatoria prevista dal legislatore si evince, inoltre, il carattere intimamente penale della sanzione, che andrebbe a cumularsi illegittimamente con la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 25 *sexies* del D.lgs. 231/2001.

Peraltro, anche a non voler ritenere la natura sostanzialmente penale delle predette sanzioni, risulterebbe comunque violato il principio di proporzionalità, da intendersi quale canone ermeneutico in grado di abbracciare tutto l'apparato sanzionatorio inter-ordinamentale.

¹³⁰ Sul punto anche Grande Stevens, opinione in parte concordante e in parte dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, considerando n. 25.

Una palese violazione del principio di proporzionalità sarebbe, ad ogni buon conto, riscontrabile anche qualora l'ente venga sanzionato non solo in virtù dell'art. 187 *quinquies* del T.U.F., ma anche in ragione dell'art. 6 della legge 689/81, norma che esprime la responsabilità dell'ente per la violazione commessa da uno dei suoi organi. Tale disposizione stabilisce infatti il principio di solidarietà, precisando che, qualora la violazione sia stata commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o comunque da un imprenditore nell'esercizio delle sue incombenze, l'ente sia obbligato in solido con l'autore della violazione, fatto salvo il diritto di regresso nei confronti della persona fisica. Si tratta, pertanto, di una responsabilità oggettiva che aumenta il carico sanzionatorio previsto in capo all'ente, determinando un evidente squilibrio tra i due opposti elementi della gravità del fatto e della colpevolezza della persona giuridica, da una parte, e delle relative sanzioni, dall'altra. A tale forma di responsabilità potrebbe aggiungersi quella disposta dall'art. 197 c.p., che prevede in capo all'ente una responsabilità sussidiaria per la sanzione penale pecuniaria rivolta alla persona fisica.

Pertanto, a fronte di un unico fatto di reato, all'ente potrebbero comminarsi addirittura tre sanzioni, arrivando a realizzare un'ipotesi non di *bis* ma di *ter in idem*, cui potrebbe aggiungersi la sanzione della confisca per equivalente prevista dall'art. 187 *sexies* del D.Lgs. 231/2001, e quella sussidiaria contemplata dall'art. 197 c.p., determinando l'abnorme esito di una quadruplicazione (o quintuplicazione) della risposta sanzionatoria.

7. Illecito commesso dal soggetto apicale e rapporti di immedesimazione organica. Verso un *ne quater* (o *septies*) *in idem* per gli abusi di mercato?

Un ulteriore profilo che sembra d'obbligo indagare è quello relativo al *ne bis in idem* corredato dall'imputazione di una sanzione nei confronti dell'individuo e della società per lo stesso fatto di reato. Come noto, tuttavia, affinché possa configurarsi una violazione del divieto di *bis in idem* è essenziale non solo che le sanzioni siano occasionate dalla commissione dello stesso fatto storico, ma altresì che il fatto sia commesso dallo stesso soggetto.

Su tali basi potrebbe affermarsi che la stessa configurabilità di una responsabilità penale dell'ente implichi in via automatica una violazione del *ne bis in idem*. Potendo agire solo per il tramite dei suoi organi, infatti, ente e persona fisica rappresenterebbero, in via pratica, lo stesso soggetto cui imputare differenti sanzioni per il medesimo fatto¹³¹. A questa asserzione parte della dottrina obietta che non sussisterebbe alcuna violazione del *ne bis in idem*, trattandosi di due soggetti comunque distinti sul piano giuridico, come confermato dal principio di autonomia della responsabilità

¹³¹ In argomento, seppur in termini parzialmente diversi, si rinvia a PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 290 ss. L'autore sottolinea i rapporti di interdipendenza tra responsabilità individuale e dell'ente, soffermandosi sulla corrispondenza per contenuti e criteri di accertamento tra il difetto organizzativo dell'ente e quello dell'ente collettivo. Di qui la possibilità, sia pure espressa in termini dubitativi, di ravvisare un medesimo fatto e potenzialmente una violazione del *ne bis in idem*, valorizzando l'interpretazione sostanzialistica del divieto di secondo giudizio fornita dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

dell'ente¹³², ed in considerazione del fatto che la persona fisica finirebbe per subire le sanzioni comminate a carico dell'ente solo in via indiretta¹³³.

Il problema sembra però acuirsi, non solo qualora si tratti di enti di piccole dimensioni in cui vi sarebbe un'identificazione tra individuo che commette il fatto e socio di controllo¹³⁴, ma anche qualora – per le altre imprese – l'illecito sia commesso da un soggetto che si trovi in posizione apicale.

Invero, come affermato in precedenza, in una siffatta ipotesi l'articolo 6 del D.Lgs. 231/2001 prevede una responsabilità tendenzialmente automatica dell'ente, di cui la persona giuridica può esonerarsi solo qualora dia prova sia di aver adottato ed efficacemente attuato tutti i modelli organizzativi idonei a prevenire il reato della specie di quello effettivamente realizzatosi, sia che sussista un adeguato organo di vigilanza deputato al controllo sulla corretta applicazione dei protocolli previsti dal modello.

La giustificazione ad un sistema di imputazione della responsabilità così severo, in cui si richiede un'inversione dell'onere probatorio, viene talvolta rintracciata nella cosiddetta teoria dell'immedesimazione organica¹³⁵.

¹³² Per un'analitica ed esaustiva analisi del principio di autonomia della responsabilità dell'ente, prestando particolare attenzione anche ai profili di diritto comparato, si rinvia, tra gli altri, a MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 332 ss. L'autore arriva ad affermare che, anche in caso di autore non individuato, ed ancorché non sia possibile dimostrare la sussistenza di una colpevolezza individuale, sia necessaria «la prova di un fatto tipico (connotato oggettivamente che soggettivamente) ed antiggiuridico». Inoltre, con precipuo riferimento alla fase investigativa, asserisce che il principio di autonomia di cui all'art. 8 del D.lgs. 231/2001 non debba rappresentare l'occasione, per l'autorità inquirente, di risparmiare risorse volte ad individuare l'identità della persona fisica colpevole, soprattutto qualora vengano in riferimento reati dolosi particolarmente gravi: ID., *La responsabilità*, cit., 365.

¹³³ Così DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, 620, il quale provvede ad un'attenta disamina delle posizioni assunte dalla dottrina d'oltralpe sul punto.

¹³⁴ Sottolinea il problema del *ne bis in idem* e della proporzionalità della risposta sanzionatoria con riferimento alle società di piccole dimensioni e alle società unipersonali MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 448, il quale evidenzia l'opportunità di una modifica normativa che introduca un principio di compensazione, idoneo a risolvere il problema.

¹³⁵ Sul punto AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit. 70 s., secondo cui, in tale prospettiva, appariva più coerente la legge delega ove non si faceva riferimento

Secondo questa teoria l'azienda si identificherebbe con gli stessi organi di vertice, determinando così un'imputazione automatica del fatto commesso dalla persona fisica.

Del resto, la teoria dell'immedesimazione organica, che trova una sua compiuta valorizzazione in epoca moderna negli ordinamenti di *common law*¹³⁶, viene utilizzata dalla dottrina sia per ovviare ai problemi che si riscontrano nella valutazione della responsabilità per fatto proprio, e quindi per giustificare l'incapacità d'azione dell'ente, sia per l'accertamento della sua colpevolezza¹³⁷.

Seguendo una tale impostazione, l'ente non risponderebbe per un fatto altrui perché si identificherebbe con la persona fisica che ha commesso il fatto; d'altro canto, non sussisterebbe nemmeno una violazione del principio di colpevolezza in quanto la persona giuridica mutuerebbe la colpevolezza dalla persona fisica¹³⁸.

Questa interpretazione condurrebbe, tuttavia, ad una certa violazione del *ne bis in idem*¹³⁹.

Si ritiene, dunque, condivisibile l'opinione di quella parte della dottrina che si esprime in senso critico nei riguardi di una siffatta teoria, affermando, da un lato, che la teoria dell'immedesimazione organica non sia in grado di spiegare la realtà delle società più complesse¹⁴⁰ e, dall'altro, che

nemmeno alle ipotesi di esonero della responsabilità dell'ente. In parziale difformità a quanto previsto dalla legge delega, invece, la relazione di accompagnamento giustifica la previsione di clausole di esonero della responsabilità al fine di rendere maggiormente conciliabile il sistema con i principi stabiliti dalla Costituzione.

¹³⁶ Per un'analitica disamina della cosiddetta "*identification doctrine*", comprensive delle pronunce giurisprudenziali più importanti sul punto, tra cui il noto caso *Tesco Supermarket Ltd v. Nattrass*, si veda MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 124.

¹³⁷ DE SIMONE, *Persone*, cit., 614 ss; MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 27. In giurisprudenza si sono pronunciate in merito alla teoria dell'immedesimazione organica: Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36082; Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735 in *www.rivista231.it*

¹³⁸ ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano, 1984, 56.

¹³⁹ Cfr. anche MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 129.

¹⁴⁰ Sul punto MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 127 ss.

non consenta di superare né il problema della personalità della responsabilità penale, né quello attinente al principio di colpevolezza¹⁴¹.

Del resto, la teoria dell'immedesimazione organica non sembra condivisibile anche in ragione delle conseguenze che produrrebbe nel caso in cui la persona fisica fosse considerata responsabile di un illecito in tema di *market abuse*. E' anzi, in tale ipotesi, che sembrerebbero emergere i problemi di maggior rilievo pratico: in capo alla persona fisica, le attuali clausole di apertura degli illeciti amministrativi determinerebbero -infatti- la possibile ascrizione sia dell'illecito penale che dell'illecito amministrativo; direttamente in capo all'ente, invece, potrebbero essere ascritti sia le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 25 *sexies* del D.lgs. 231/2001, che le sanzioni disposte dall'art. 185 *quinquies* T.U.F., prevedendo poi la confisca di cui all'art. 187 *sexies*, da ritenersi anch'essa di natura sostanzialmente penale, soprattutto qualora sia imputata nella forma della confisca per equivalente¹⁴², nonché l'obbligazione solidale e sussidiaria prevista ora dall'art. 6 della Legge 689/81, ora dall'art. 197 c.p. Di conseguenza, accogliendo la teoria dell'immedesimazione organica, tutte le predette "sanzioni" sarebbero di fatto rivolte nei confronti del medesimo soggetto, con la conseguenza di violare in maniera dirimpente il principio di proporzionalità.

¹⁴¹ MONGILLO, *La responsabilità*, cit., 133 ss. Secondo l'autore, per superare tali obiezioni ed assicurare il rispetto del principio di personalità e del *ne bis in idem*, la responsabilità deve essere oltretutto aggiuntiva rispetto a quella della persona fisica, fondata su requisiti autonomi. In primo luogo, dovrebbe dunque apprezzarsi il contributo agevolatore della *societas* (nel senso di un omesso apprestamento delle misure preventive) che vale ad individuare il fatto colposo in senso oggettivo dell'ente, in secondo luogo dovrebbe valorizzarsi l'«esigibilità soggettiva dell'assetto organizzativo conforme ai parametri di diligenza oggettiva», che individua propriamente la colpevolezza dell'ente. Inoltre, lo stesso autore afferma, quanto al problema del fatto commesso dal soggetto in posizione apicale, come la norma sembri suggerire una colpa organizzativa presunta, ma pur sempre ascrivibile all'illecito punitivo dell'ente, e superabile fornendo la prova contraria: ID., *La responsabilità*, cit., 125.

¹⁴² Sul problema della proporzionalità della confisca per equivalente, soprattutto in considerazione della obbligatorietà della sua applicazione, si rinvia alla recente pronuncia della Cass. pen, sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999.

In conclusione, potrebbe realizzarsi un *ne quater* o persino un *ne septiesin idem*, laddove, oltre alle sanzioni penali e amministrative, fosse comminata anche la confisca di cui all'art. 187 *sexies* T.U.F. e richiesto l'adempimento delle obbligazioni suddette. Soluzione, questa, che tradirebbe di fatto non solo i precetti stabiliti, a livello interno, dal *ne bis in idem* sostanziale e dall'art. 649 c.p.p., nonché, a livello comunitario, quelli previsti dagli artt. 4 protocollo n. 7 CEDU e 50 CDFUE, ma altresì le finalità proprie della pena. A ben vedere, un apparato sanzionatorio tanto gravoso, se sembra funzionale alla realizzazione di una funzione general-preventiva, osta alla realizzazione di qualsivoglia esigenza special-preventiva e di ogni istanza retributiva. L'ente, per il tramite dei suoi organi, riterrebbe infatti la sanzioni ingiusta e non sarebbe in grado di rimodulare in maniera efficace le sue carenze organizzative o di vigilanza intera. D'altro canto, ogni istanza retributiva verrebbe meno: la violazione del principio di proporzionalità tra male commesso e sanzione inflitta pregiudicherebbe qualsivoglia obiettivo di giustizia sociale che venga intimamente perseguito sia dal legislatore, nel momento di creazione della norma, sia dall'autorità giudiziaria, nel momento di commisurazione della pena.

CONCLUSIONI

Obiettivo del presente lavoro, si è detto, era quello di valutare la compatibilità tra la nozione di illecito e di sanzione sostanzialmente penale, elaborate dalla Corte EDU, con il principio di legalità formale ed il criterio nominalistico di pena previsto dall'art. 17 c.p. Ciò al fine di perimetrare l'ambito di operatività dei concetti propri della materia penale, tra cui rientra il *ne bis in idem*, sia esso inteso in senso sostanziale o processuale.

In questo senso deve attualmente ammettersi la prevalenza dei criteri stabiliti dalla Corte EDU per la valorizzazione della sanzione sostanzialmente penale, in un'ottica rivolta all'europeizzazione e all'armonizzazione del diritto. Del resto, una tale opzione non si rivela del tutto nuova nel nostro ordinamento: anche la dottrina amministrativa aveva affermato, da tempo, che la qualificazione dell'illecito dipendesse dalla natura della sanzione, ponendosi così in linea con la giurisprudenza europea, che dà prevalenza al terzo criterio Engel.

Sicché sarebbe lo scopo della sanzione a determinare la natura dell'illecito¹, consentendo l'applicabilità dei principi propri del diritto penale, a discapito del *nomen iuris* ad essa attribuito. L'obiettivo è evidentemente quello di evitare la legittimazione di una "truffa delle etichette", che indurrebbe l'interprete a negare le garanzie proprie del diritto penale, sulla sola base delle scelte discrezionali compiute dal legislatore.

In tal modo, inoltre, potrebbero garantirsi più ampi margini di operatività per il principio del *ne bis in idem*, di cui si è pure indagata la forza intrinseca avendo cura di distinguere il *ne bis in idem* interno dal *ne bis in idem* convenzionale.

¹ Cfr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 3 ss.

Il principio del *ne bis in idem* viene, infatti, previsto a livello eurounitario dall'art. 4 prot. n. 7 CEDU e dall'art. 50 CDFUE: nonostante la rubrica, che riconosce la duplice dimensione del principio, le disposizioni sembrano concentrarsi in via esclusiva sulla dimensione processuale dell'istituto, ferma restando la sua recente valorizzazione sostanzialistica, per effetto dell'importanza assunta dal principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria. Al contrario, il diritto interno attribuisce immediato rilievo sia alla connotazione sostanziale che a quella processuale del *ne bis in idem*, contemplando autonomi fondamenti normativi per entrambi i principi, riscontrabili ora nell'art. 15 c.p., ora nell'art. 649 c.p.p.

Come è stato precisato nel corso del lavoro, un ulteriore elemento di diversificazione tra *ne bis in idem* interno ed eurounitario è ravvisabile nella forza assunta dai due principi: solo il *ne bis in idem* europeo assume la valenza di diritto fondamentale dell'individuo²; al contrario, il *ne bis in idem* interno viene legittimato sul piano del diritto positivo dalla legge ordinaria, sebbene più voci suggeriscano il rinvenimento di un suo fondamento Costituzionale, ancorché espresso in via indiretta.

In ogni modo, partendo dal presupposto per cui anche nel nostro ordinamento si stia progressivamente affermando una nozione sostanziale di illecito e di sanzione punitiva, non si è mancato di indagare le problematiche sottese al principio in questione. Nell'ottica dell'importanza assunta dal *ne bis in idem* sostanziale si è dato conto, quindi, della validità dei criteri risolutivi del concorso apparente, arrivando a condividere l'indirizzo a sostegno della teoria monista. In tal senso si è affermata l'esigenza di rinvenire un criterio che abbia un adeguato fondamento normativo e che non dia adito alle incertezze applicative derivanti dai criteri di assorbimento e di consunzione. Il criterio d'elezione per la risoluzione del concorso apparente

² Cfr. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem*, cit., 6 ss; QUATTROCCOLO, *La giurisprudenza della Corte Europea*, cit., 143; SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 272.

resterebbe, dunque, quello della specialità, di cui si è pure dubitato in merito alla sua possibile declinazione nei termini della specialità in concreto e quindi della specialità bilaterale.

Nei casi limite in cui non sussista un elemento specializzante, il cumulo sanzionatorio potrebbe, comunque, essere ridimensionato per effetto dei criteri di commisurazione della pena, previsti dall'art. 133 c.p.

Pertanto, sulla base di tali considerazioni, può desumersi come la violazione del *ne bis in idem* (sostanziale) non si traduca necessariamente in una violazione del principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria³.

Da questo punto di vista, la proporzionalità rappresenterebbe al contempo premessa ed esito del divieto di *bis in idem*: premessa, in quanto in essa potrebbe individuarsi la *ratio* stessa del divieto di cumuli punitivi; conseguenza (non necessaria) poiché, ordinariamente, la violazione del principio del *ne bis in idem* causa una sproporzione della risposta sanzionatoria. Pertanto, non sembrerebbe neppure azzardato affermare che la proporzionalità potrebbe essere eletta quale principio di natura inter-ordinamentale, solo parzialmente sovrapponibile al principio del *ne bis in idem*, il quale deve ritenersi invece operante entro i confini (seppur ampi) della materia penale.

In una prospettiva analoga, ma non sovrapponibile, si pone la giurisprudenza europea, la quale, interpretando cumulativamente il principio del *ne bis in idem* sostanziale e quello processuale, afferma che non solo la

³ Sul punto cfr. anche SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 313.

connessione sufficientemente stretta tra i procedimenti, ma soprattutto il rispetto del principio di proporzionalità consentirebbe di escludere la violazione del suddetto principio⁴.

In ogni caso, la possibilità - e anzi il dovere - per il giudice *a quo* di attenuare le derive dei cumuli punitivi appare anche in sintonia con la considerazione per cui, all'interno del sistema penale, la proporzionalità della pena tenda a preservare il principio di colpevolezza, agevolando il perseguimento delle finalità di special-prevenzione e rappresentando lo stesso cardine del principio di retribuzione. Una risposta sanzionatoria eccessiva rispetto alla gravità del fatto di reato e alla colpevolezza del soggetto, ancorché si traduca nell'applicazione congiunta di sanzioni penali e di sanzioni amministrative punitive, non consentirebbe, infatti, all'individuo di percepire la correttezza della decisione giudiziale, vanificando di fatto qualsivoglia finalità di rieducazione e di reinserimento sociale dell'individuo.

La valorizzazione del principio di proporzionalità e la sua funzionalizzazione rispetto alla garanzia offerte dal principio di offensività e alle istanze della prevenzione speciale, si è ritenuta utile anche nell'indagine concernente il concorso tra norme appartenenti ad ordinamenti diversi.

Nondimeno, si è rilevato come una particolare ipotesi di concorso apparente inter-ordinamentale sia stabilita già dall'art. 9 della legge 689/81, di cui potrebbero facilmente ravvisarsi le differenze rispetto alla specialità stabilita dal codice penale.

Ed invero, accogliendo la teoria della specialità in astratto e, per contro, affermando che solo l'art. 9 della legge 689/81 si riferisca alla medesima del fatto in concreto, risulterebbe evidente la dicotomia sussistente tra i due criteri risolutivi. In tal senso si è ribadito come i dubbi ermeneutici

⁴ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; C-537/16 Real Garlsson Real estate e a; C-596/16 e C-597/16, e Di Puma e Zecca.

della specialità in concreto si riprodurrebbero pedissequamente nel concorso tra norma penale e norma amministrativa punitiva, onde la predilezione per una lettura che, anche in tal caso, tenga conto dei rapporti in astratto sussistenti tra le fattispecie. Inoltre, un ulteriore elemento di diversificazione potrebbe scorgersi nell'assenza, all'interno dell'art. 9 della legge 689/81, dell'inciso finale "*salvo sia altrimenti stabilito*", che invece viene previsto dall'art. 15 c.p. Ciononostante, accedendo alla teoria monista, si è affermato come tale clausola non giustificerebbe l'operatività di criteri ulteriori rispetto a quello di specialità, ma la sola prevalenza di clausole che, risolvendo *ab origine* il problema della norma applicabile, escludono di per sé il problema del concorso apparente.

Sulla base di tali rilievi sembrerebbe insussistente qualsivoglia differenziazione tra la specialità penale e la specialità inter-ordinamentale. La duplicazione della norma non troverebbe, pertanto, alcuna ragion d'essere nell'ordinamento, se non quella di ribadire la validità del solo criterio di specialità nella risoluzione del problema del concorso apparente con l'illecito amministrativo di stampo punitivo.

Laddove, al contrario, volesse darsi una lettura acritica della norma e strettamente ancorata al testo di legge, dovrebbe evidenziarsi come il riferimento allo stesso "fatto punito", anziché alla stessa "materia", determinerebbe la valorizzazione, da parte dell'art. 9 della legge 689/81, di una specialità in concreto, volta alla risoluzione delle frequenti ipotesi di specialità bilaterale sussistente tra norma penale e norma amministrativa.

Il che condurrebbe, tuttavia, ad un'altra considerazione: quella secondo cui tale criterio risolutivo (e l'intero assetto dei principi stabiliti dalla legge 689/81) debba essere relegato alle sole sanzioni amministrative punitive, non potendo abbracciare tutto il novero delle sanzioni sostanzialmente

penali⁵. Quest'ultime, laddove considerate penali alla stregua dei criteri stabiliti dalla Corte di Strasburgo, vedrebbero applicarsi i principi propri della suddetta materia, *ivi* compreso il principio del *ne bis in idem* inteso in senso eurounitario e, pertanto, strettamente connesso alla proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Nondimeno, il problema della validità del criterio di specialità previsto dalla legge 689/81 si complica in ragione della sussistenza di clausole ad esso derogatorie, come avviene per la disciplina del *market abuse*. Trattandosi di una legge ordinaria ed in applicazione del criterio cronologico, l'art. 9 della legge 689/81 soccomberebbe di fronte a clausole che legittimino il doppio binario, come avviene per la disciplina degli abusi di mercato.

Né potrebbe ammettersi, sulla scorta di quanto rilevato, una diversa interpretazione della clausola di apertura degli illeciti amministrativi in tema di *market abuse*. Dal tenore letterale della norma, si desume – infatti – l'accoglimento di un sistema di doppio binario cumulativo e non anche alternativo tra le fattispecie. Questo nonostante l'occasione di riforma che si era prospettata a seguito degli indirizzi disposti dal legislatore comunitario, che richiedeva agli Stati membri di prediligere la sanzione penale ed eventualmente irrogare una sanzione amministrativa solo qualora tale meccanismo non avesse violato il principio del *ne bis in idem*.

Pertanto, con specifico riferimento agli abusi di mercato, la soluzione potrebbe ravvisarsi nella declaratoria di illegittimità costituzionale delle clausole predette, per contrasto con l'art. 117 c.p., in riferimento all'art. 4 prot. n. 7 CEDU. Solo un tale meccanismo, o in alternativa una riformulazione delle fattispecie amministrative, consentirebbe la rinnovata operatività del principio di specialità previsto dall'art. 9 della legge 689/81⁶.

⁵ Cfr. sul punto SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 92.

⁶ In argomento, tra gli altri, SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 309.

In tal senso, si è osservato come, dopo la riforma del 2018, già in applicazione della teoria della specialità in astratto entrambi gli illeciti penali presentino elementi specializzanti rispetto alle più generiche fattispecie amministrative in tema di *market abuse*.

Di qui la considerazione per cui, *de iure condito*, sebbene il recupero del principio di proporzionalità sanzionatoria, da realizzarsi in applicazione dei criteri stabiliti dall'art. 133 c.p. e della clausola di bilanciamento prevista dall'art. 187 *terdecies* TUF, possa apparire idoneo a dirimere il problema del *ne bis in idem* inteso in senso convenzionale, esso rappresenterebbe soltanto un mezzo per lenire gli effetti della violazione del *ne bis in idem* interno.

In un panorama già di per sé complesso, ancora più ardua sembra la ricerca di soluzioni idonee a risolvere la questione del *ne bis in idem* con riferimento alla responsabilità da reato dell'ente.

Con particolare riguardo alla disciplina degli abusi di mercato, invero, per il medesimo fatto all'impresa potrebbero essere inflitte congiuntamente sanzioni pecuniarie conseguenti all'illecito amministrativo o dipendenti da reato, previste ai sensi dell'art. 187 *quinquies* TUF. e dall'art. 25 *sexies* del D.Lgs. 231/2001. A tale norma si aggiunge la possibilità di riconoscere, per la sola sanzione amministrativa, una responsabilità solidale e oggettiva dell'ente ai sensi dell'art. 6 della legge 689/81; nonché la possibilità di disporre la confisca per equivalente di cui all'art. 187 *quinquies*, cui potrebbe persino seguire la previsione di un'obbligazione sussidiaria per la sanzione penale prevista dall'art. 197 c.p. Alla stregua dei cumuli sanzionatori menzionati, sembra evidente la difficoltà insita nella salvaguardia dello stesso principio di proporzionalità: in tal modo si realizzerebbe, infatti, una violazione che va ben oltre i connotati del divieto di *ne bis in idem*, arrivando ad integrare talvolta un *quater* o, addirittura, un *quinquies in idem*.

Esito, questo, che viene aggravato nel caso di società unipersonali ovvero accedendo alla teoria dell'immedesimazione organica, per effetto della quale in capo all'ente sarebbero virtualmente comminate non solo le sanzioni applicabili nei confronti della persona fisica, ma anche il novero delle sanzioni previste in via esclusiva per la persona giuridica.

In una siffatta ipotesi, pertanto, non sembrerebbe dirimente alcun attenuamento del rigore sanzionatorio in sede di commisurazione della pena, richiedendosi, al contrario, un intervento del legislatore teso ad eliminare alcune delle sanzioni attualmente irrogabili nei confronti dell'ente. Di qui, l'auspicata introduzione di clausole volte a cristallizzare sistemi di doppio binario alternativo; e, nondimeno, la previsione di un generale attenuamento del rigore delle sanzioni attualmente applicabili nei confronti dell'ente per il fatto commesso, a suo vantaggio o nel suo interesse, da parte del soggetto funzionalmente legato all'impresa.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veicolo* in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 Dicembre 2010
- ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 855 ss
- ALESSANDRI-SEMINARA, *Diritto penale commerciale, I, I principi generali*, Torino, 2018
- AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012
- AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge*, in RONCO-AMBROSETTI-MEZZETTI (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016
- AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1969
- ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1948, I, 1 ss
- BARTOLE, (voce), *Principi del diritto (diritto cost)*, in *Enc. Giur.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss
- BAJINO, *Il concorso apparente di illeciti: principio di specialità in AA.VV., L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (profili penalistico e processuali)*, Atti del convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985, Milano, 1987, 149 ss
- BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in *penalecontemporaneo*, 5, 2017, 271 ss
- BELL-RICHMAN, "Double Jeopardy", in *Annual Review of Criminal Procedure*, 25, 1996, 1076 ss
- BELLACOSA, "Insider trading": *manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, in *Dir. prat. Soc.*, 2005, 11, 20 ss
- BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale* in BERNARDI-CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, 24 febbraio 2017*, 17 ss
- BERNARDI-VINCIGUERRA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008
- BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978
- BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982
- BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986

- BIN, *Taricco tango: quale sarà il prossimo passo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2018
- BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio riflessioni a margine di cass., sez. ii, sent. 14 ottobre 2015 (dep. 13 novembre 2015), n. 45324 e cass., sez. iii, sent. 10 maggio 2016 (dep. 20 settembre 2016), n. 38857* in *dirittopenale contemporaneo*, 5, 2017, 51 ss
- BOBBIO, (voce) *Principi generali del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, XIII, Torino, 887 ss
- BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. Pen*, 9, 2014, 3099 ss
- BRICOLA, *Commento all'art. 25 cost., comma 2*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1981
- BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 28 novembre 1981 n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, in *Pol. Del dir.*, 1982, 3, 359 ss
- BRICOLA, *Legalità e crisi. L'art. 25 comma 2 della Costituzione rivisitato la fine degli anni 70*, in *La questione criminale*, 1980, 225 ss
- BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, *Funzioni e limiti del diritto penale*, in DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale alternative di tutela*, Padova, 1984, 3 ss
- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss
- BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000
- CANNADA BARTOLI, *Illecito (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, X, 112 ss
- CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il Fisco*, 2014, 2374 ss
- CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953
- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016
- CERBO, *Le sanzioni amministrative punitive*, in DONINI-FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 117 ss
- CHRISTIE, GEORGE C., "Current Trends in the American Law of punitive damages." in *Anglo-American Law Review*, vol. 20, no. 3, 1991, 349 ss
- COMPORTELLI, *La nuova disciplina sugli abusi di mercato: una prima ricognizione*, in *Dir. Banca e merc. Fin.*, 2005, 62 ss
- CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, *Nss. d.I.*, Vol. III, 1959, 1007 ss
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012
- CUPELLI, *Ecco taricco ii. fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della corte di giustizia*, in *dirittopenalecontemporaneo*, 12, 2017, 177 ss
- CUPELLI, *Il caso taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in ALESSANDRO BERNARDI (a cura di), *I controlimiti primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del*

- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara Ferrara, 7-8 aprile, Jovene, 2016, 331 ss
- CUPELLI, *La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre un diritto penale europeo "certo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6, 2018, 227 ss
- D'ALESSANDRO, *L'aggiotaggio e la manipolazione di mercato*, in A.A.V.V., *Diritto penale delle società*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), II ed., Padova, 2016, 729 ss
- D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *diritto pen. proc.*, 2014, 614 ss
- DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 201 ss
- DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 1, 16 ss.
- DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, 416 ss
- DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980
- DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002
- DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, 605 ss
- DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 1095 ss
- DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. dir. Pen.*, 1934, 6, 104 ss
- DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, 2011, 2197 ss
- DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2010, 3 ss
- DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 Novembre 2012
- DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979
- 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, 1956 ss
- DOLCINI, *sub art 9*, in DOLCINI-GIARDA-MUCCIARELLI-PALIERO (a cura di) *Commentario delle «modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982, 55 ss
- DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 1984, 589 ss
- DOLCINI-PALIERO, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1980, 1154 ss
- DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu, La responsabilità dello Stato per carenza*

- di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria, in Riv. It. dir. proc. pen., 1, 2016, 346 ss*
- DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitiva" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2018*
- DONINI, *Lettura critica di Corte Costituzionale 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2018*
- DONINI, *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo, in DONINI- FOFFANI (a cura di), La materia penale tra diritto nazionale ed europeo, Torino, 2018, 225 ss*
- DONINI, (voce) *Teoria del reato, in Digesto discipline penalistiche, Torino, 1999, 221 ss*
- DONINI, *Teoria generale del reato. Una introduzione, Padova, 1996*
- FERRUA, *La sentenza Costituzionale sul caso eternit: il "ne bis in idem" tra diritto vigente e diritto vivente, in Cass. pen., 2017, 78 ss*
- FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione, in Riv. ital. dir. proc. pen., 1987*
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2019*
- FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come problema di diritto criminale, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1982, 42 ss*
- FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia in Diritto penale contemporaneo, 2, 2017, 5 ss*
- FINOCCHIARO, *La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione? in diritto penale contemporaneo, 2, 2018, 131 ss*
- FIGURELLA, *I problemi fondamentali della responsabilità dell'ente: un'introduzione, in AMBROSETTI (a cura di), Studi in onore di Mauro Ronco, Torino, 2017, 350 ss.*
- FIGURELLA, (voce) *Responsabilità da reato dell'ente collettivo, in A.A.V.V., Dizionario di diritto pubblico, diretto da Cassese, Milano, 2006, 5101 ss.*
- FLICK, *Insider trading: una tappa significativa – anche se controversa - nella lunga marcia verso la trasparenza, in Riv. Soc., 1991, 974 ss*
- FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affare Grande Stevens: dal ne bis in idem al ne pluris unum? In Riv. delle società, 5, 2015, 868 ss*
- FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto, in rivistaaic, 3, 2014*
- FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, in SGUBBI*
- FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni, in Studi in onore di Mario Romano, vol. III, Napoli, 2011, 1507 ss*

- FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2016, 135 ss
- FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971
- FUSCO- BAGGIO, *Recenti pronunce in tema di market abuse. Qualche punto fermo in una materia ancora in attesa di un moderno assetto normativo*, in *penalecontemporaneo*, 1, 2019
- GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1, 1981, 97 ss
- GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in *penalecontemporaneo*, 1, 2017, 167
- GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. 1, 2014
- GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *diritto penale contemporaneo*, 7, 2018, 221 ss
- GALLUCCIO, *La grande sezione della corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *diritto penale contemporaneo*, 3, 2018, 286 ss
- GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la corte edu ancora sul bis in idem*, (nota a C. edu, sez. ii, sent. 16 aprile 2019, bjarni armannsson c. islanda) in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2019
- GAMBARDELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, in ALESSANDRO BERNARDI (a cura di), *I controlimiti primato delle norme europee e, e difesa dei principi costituzionali. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara Ferrara, 7-8 aprile, Jovene*, 2016, 397 ss
- GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario in www. penalecontemporaneo.it.*, 13 dicembre 2018
- GATTA-VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? riflessi sostanziali e processuali in www.penalecontemporaneo.it*, 9 Dicembre 2010
- GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1932
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947
- HASSMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973
- HOPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, I, Berlin, 1901
- HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, 2008, New York

- JOHNSTON – OWENS – SACKS, "Double Jeopardy." in *Annual Review of Criminal Procedure*, 29, 2000, 1272 ss
- LATTANZI-LUPO, *Depenalizzazione e disciplina illecito amministrativo*, Milano, 2001
- LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu,: la Corte Costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1, 60 ss
- LIPKE, "Modifying Double Jeopardy." in *New Criminal Law Review*, vol. 15, no. 4, 2012, 511 ss
- LONGO, *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, in *Archivio penale*, n. 1, 2018, 1 ss
- LUPO, *La sentenza europea c.d. taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro in diritto penale contemporaneo*, 12, 2017, 109 ss
- MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005
- MANES, *La "svolta Taricco" e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in ALESSANDRO BERNARDI (a cura di), *I controlimiti primato delle norme europee e, e difesa dei principi costituzionali. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara Ferrara*, 7-8 aprile, Jovene, 2016, 331 ss
- MANES, *La confisca "senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015
- MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" (Note minime sull'ordinanza n. 24 del 2017)*, in BERNARDI-CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, 24 febbraio 2017, 207 ss
- MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2017, 988 ss
- MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2016
- MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria 2004*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2005, 659 ss
- MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017
- MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e*

- tendenze del diritto costituzionale. *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 444 ss
- MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 445 ss
- MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1999, 776 ss
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Milano, 2019
- MARTIELLO, *Market abuse e profili di responsabilità penale individuale*, in *Dir. Prat. Soc.*, 2006, 6, 38 ss
- MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018
- MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga sé stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni*, in *Archivio penale*, 3, 2017
- MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico funzionale della materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015
- MASUCCI, *Gli abusi di mercato. Tutela dell'investitore e "profilassi morale" dell'economia nelle nuove policy d'intervento penale*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 291 ss
- MASUCCI, *L'abuso di informazione privilegiata*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 299 ss
- MASUCCI, *La manipolazione del mercato*, FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 325 ss
- MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la corte europea condanna l'Italia per mancanza di qualità della legge, ma una rondine non fa primavera (nota a corte edu, grande camera, sent. 23 febbraio 2017)* in *penale contemporaneo*, 3, 2017, 15 ss
- MAYER, *Die allgemeinen Strafscharfungsgrunde des Deutschen Militar - Strafgesetzbuches*, Leipzig, 1903
- MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7Cedu* in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2013
- MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2013, 1899 ss
- MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017
- MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.4, 2015, 231 ss
- MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018
- MELCHIONDA, *Aggiotaggio e manipolazioni di mercato*, in LANZI, CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 di-cembre*

- 2005 n. 262, Padova, 2007, 241 ss
- MENARDO, *Interferenze tra illecito penale e illecito amministrativo nei reati di market abuse* in *www.giurisprudenzapenale.com*, 19 giugno 2018
- MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena armonizzazione e la compatibilità convenzionale delle misure di prevenzione*, in *penale contemporaneo*, 4, 2017, 127 ss
- MENDITTO, *Novità in materia di misure di prevenzione*, voce per il libro dell'anno "treccani", 2017, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 gennaio 2017
- MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2017
- MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea*, Padova, 1994
- MEZZETTI-SESTIERI, *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *Archivio penale*, 1, 2016
- MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 2011
- MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018
- MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, II ed., Padova, 1951
- MUCCIARELLI, *Art. 184. Abuso di informazioni privilegiate*, in FRATINI-GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, III, Torino, 2319 ss
- 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 in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2019
- MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e i persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2018
- MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità* in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2018
- MUCCIARELLI, *L'insider trading nella nuova disciplina del D.lgs. 58/1998*, in *Riv. trim. diritto penale economia*, 2000, 927 ss
- MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *penale contemporaneo*, 4, 2015, 295 ss
- MUCCIARELLI, *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in DONINI-FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 275 ss
- MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974
- NANNA-VACCA-FUSCO *Depenalizzazione e sanzioni amministrative: commento teorico pratico alla legge 24 novembre 1981 n. 689*, Napoli, 1982
- NAPOLEONI, *Insider Trading*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 36 ss
- NICHOLSON, *Sarbanes Oxley act purported over-criminalization of corporate offenders*, in *Journal of business and technology law*, vol. 2, no. 7, 2007

- NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982
- NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, Torino, 1984
- NUVOLONE, *Le misure di prevenzione e di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, 1977, 643 ss
- NUVOLONE, *Pena*, in *Enc. del diritto*, XXXII, 787 ss
- PADOVANI, *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981
- PADOVANI, *La scelta tra sanzioni penali e amministrative e la circol. 19/12/83* in *Riv. Giur. pol. loc.*, 1984, 21 ss
- PAGELLA, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell'"insider di sé stesso": la corte d'appello di Milano sul caso Cremonini*, in *www.penalecotemporaneo.it*, 20 giugno 2019
- PAGLIARO, *Concorso di norme*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 545 ss
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000
- PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Indice penale*, 1976, 217 ss
- PALAZZO, *Corso di diritto penale parte generale*, Torino, 2016
- PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.
- PALIERO, *La sanzione amministrativa tra pena criminale e garanzie processuali*, in DONINI-FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 209 ss
- PALIERO, *Il diritto penale amministrativo: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1254 ss
- PALIERO, *Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. Mer.*, 2005, n. 7, 809 ss
- PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988
- PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997
- PASETTO, *Inghilterra*, in PASSAGLIA (a cura di), *Il principio del ne bis in idem (Corte Costituzionale, servizio studi. Area di diritto comparato)*, giugno 2016, 56 ss
- PEDRAZZI, *Scritti di diritto penale economia*, in *Diritto penale*, IV, Milano, 2000
- PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo*, in *La giustizia penale*, 1985, 367 ss
- PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo*, in ALESSANDRO BERNARDI (a cura di), *I contro limiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara: Ferrara 7-8 aprile 2016*, Napoli, 2017, 445 ss

- PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2016
- PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo* 2, 2015, 318 ss
- PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Consulta e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1588 ss
- PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Riv. it. proc. pen.*, 1983, II, 484 ss
- PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2015, 46 ss
- PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2017, 108 ss
- QUATTROCCOLO, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di ne bis in idem e i suoi effetti sull'ordinamento italiano.*, in DONINI-FOFFANI, *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 135 ss
- RAFARACI, (voce) *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Milano, 857 ss
- RAINALDI-GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, 1, 2017
- RICCARDI, *La corte di giustizia tra "dialogo" e "monologo" nella "saga taricco": silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette* in *www.dirittopenale contemporaneo.it*, 26 Maggio 2018
- RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 476 ss
- ROCCATAGLIATA, *La riforma del diritto sanzionatorio per illeciti finanziari. Guida ragionata al Dlgs. 107/2018* in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 11
- ROCCO, *Sul cosiddetto diritto penale amministrativo*, in *Riv. It. dir. Pubbl.*, 1909, I, 385 ss
- ROMANO, *Prevenzione e prospettive di riforma del codice penale* in ROMANO-STELLA, *Teoria e prassi della prevenzione generale*, Bologna, 1980, 151 ss
- ROMANO, *Sub art. 15*, in ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, 15 ss
- ROSSI, *Le fattispecie penali di agiotaggio e manipolazioni di mercato (artt. 2637 cc e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive* in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2637 ss
- RUGGERI, *Fissati nuovi paletti della Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno* in *diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015
- SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e*

- procedimentali*, Napoli, 1983
- SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti* in *Le Società*, 5, 2019, 533 ss
- SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le società*, 2, 2016, 218 ss
- SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte Costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2014
- SCOLETTA, *Retroattività favorevole retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della corte costituzionale*, in *www.diritto penalecontemporaneo.it.*, 2 aprile 2019
- SEIDERS, *Double Jeopardy in Dickinson Law Review*, vol. 63, no. 4, 1959, 355 ss.
- SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006
- SEMINARA, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca e Borsa*, 2008, I, 331 ss
- SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni di mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 9 ss.
- SEMINARA, *Il diritto penale del mercato mobiliare* in SEMINARA (a cura di), *Il diritto penale commerciale*, 3, 2018
- SEMINARA, *Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate* in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1998, 32 ss
- SEMINARA, *Insider Trading e diritto penale*, Milano, 1989
- SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, 513 ss
- SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Indice penale*, 1983, 253 ss
- SGUBBI, *La manipolazione del mercato*, in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, 71 ss
- SGUBBI-TRIPODI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, 31 s
- SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, in *Archivio penale*, 1, 2019
- SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2017
- SILVESTRI, *L'interpretazione dei concetti di "interesse" o "vantaggio" dell'ente*, in *Rivista* 231, 2014, 221 ss
- SORBELLO, *Il ne bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario in diritto penale contemporaneo*, 3, 2015, 83 ss

- SOTIS, *“Tra Antigone e Creone io sto con Porzia”*. Riflessioni su Corte Costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco) in BERNARDI-CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara*, 24 febbraio 2017, 435 ss
- SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in ALESSANDRO BERNARDI (a cura di), *I controlimiti primato delle norme europee e, e difesa dei principi costituzionali. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara Ferrara*, 7-8 aprile, Jovene, 2016, 495 ss
- TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie*, in *Le Società*, 2018, 1, 80 ss
- TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012
- TRIPODI, *L’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate* in SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziari*, Padova, 2013, 113 ss
- TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, 9 marzo 2014
- TONINI, *Manuale breve diritto processuale penale*, Milano, 2018, 851
- UFFICIO DEL MASSIMARIO PENALE, *Ne bis in idem percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, rel. n. 26/ 2017
- URBINATI, *L’epilogo di “Taricco bis”*: la Corte di Giustizia cede all’ordinanza della Consulta, in *Archivio penale*, 3, 2017
- VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, 505 ss
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss
- VASSALLI, *La punizione dell’insider trading*, in *A.A.V.V., Studi in onore di Franco Piga*, II, Milano, 1992, 1969 ss
- VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. giur.*, XXIV, Milano, 1985, 793 ss
- VIGANÒ, *A never-ending story? Alla corte di giustizia dell’unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016
- VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva?*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 14 settembre 2015
- VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta*

- applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU), in diritto penale contemporaneo, 3-4, 2014, 219 ss*
- VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della corte Edu, in penale contemporaneo, 26 aprile 2016*
- VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 Aprile 2017*
- VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, in AA.VV. (a cura di), La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali, Napoli, 2016, 213 ss*
- VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost. sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca e terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, in Diritto penale contemporaneo, 2, 2015, 333 ss*
- VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali in penale contemporaneo, 3, 2017, 370 ss*
- VIGANÒ, *La grande camera di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario, in www.penalecontemporaneo.it, 18 Novembre 2016*
- VIGANÒ, *Ne bis in idem e abusi di mercato: una sfida per il legislatore ed i giudici italiani, in dirittopenalecontemporaneo, 1, 2016, 186 ss*
- VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016*
- VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza della Corte EDU è ormai definitiva, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014*
- VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, in diritto penale contemporaneo, 2, 2017, 61 ss*
- VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte EDU, in Dir. prat. trib., 2015, 2, 337 ss*
- VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato, Padova, 1983, 27 ss*
- VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte Costituzionale, in www.federalismi.it, 10, 2019, 22 maggio 2019*
- WELLS-O. QUICK, *Reconstructing criminal law, Cambridge, 2010*
- ZAGREBELSKY, *La definizione della materia penale ai fini della Convenzione Europea dei diritti umani, in DONINI-FOFFANI (a cura di), "La materia penale tra diritto nazionale ed europeo", Torino, 2018, 21 ss*
- ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu, in Giur. it., 2014, 1196 ss*

- ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017
- ZANNOTTI, *L'insider trading finisce al vaglio della Corte costituzionale. Fattispecie indefinita, pene irrazionali, eccesso di delega*, in *Dir. e giust.*, 28, 2003, 74 ss.
- ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997
- ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924
- ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955
- ZANON, *Matière penale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in DONINI-FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 27 ss
- ZIRULIA, *Ne bis in idem: la consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit bis prosegue)*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 24 luglio 2016

GIURISPRUDENZA CONSULTATA

Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 1995, n. 12058
Cass. pen., Sez. I, 16 novembre 1998, n. 12595
Cass. pen., Sez. Un., 9 aprile 2007, n. 16568
Cass. pen., sez. II, 31 marzo 2008, n. 16649
Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36082
Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, Giordano
Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735
Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963
Cass. pen., Sez. Un., 23 giugno 2011, n. 34476, Deloitte & Touche s.p.a.
Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561
Cass. pen., Sez. Un., 22 aprile 2014, n. 38343 Thyssenkrupp
Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 28299
Cass. pen., sez. IV, 25 novembre 2014, n. 45132
Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880
Cass. pen., sez. IV, 25 novembre 2014, n. 45132
Cass. pen., sez. III, 4 gennaio 2015, n. 31378
Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2015, n. 9168
Cass. pen., sez. III, 23 marzo 2015, n. 36350
Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2015, n. 36083
Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539
Cass. pen., sez. III, 22 giugno 2016, n. 25815
Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993
Cass. pen. sez. II, 22 maggio 2018, n. 41007
Cass. pen. sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869
Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2018, 45829
Cass. pen., sez. IV, 8 novembre 2018, n. 52376
Cass. pen, sez. V, 15 aprile 2019, n. 3999
Cass. pen., sez. V, 19 novembre 2019, n. 5679

Corte App. Milano, sez. ii, 15 gennaio 2019, n. 284

Corte Cost, 26 marzo 1986, n. 62
Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364
Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360
Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196
Corte Cost., 5 novembre 2012, n. 251
Corte Cost., 20 maggio 2016, n. 109
Corte Cost., 31 maggio 2016, n. 200
Corte Cost., 7 febbraio 2017, n. 68

Corte Cost., 25 novembre 2018, n. 223

Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63

Corte EDU, Ad. Plen., 8 giugno 1976 caso n. 5100/71, Engel and others v. the Netherlands

Corte EDU, Ad. Plen., 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia

Corte EDU, Ad. Plen., 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania

Corte EDU, 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia

Corte EDU, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia

Corte EDU, 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia

Corte EDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito

Corte EDU, 23 settembre 1998, Welch e Malige c. Francia

Corte EDU, 23 novembre 2006 Jussilia c. Finlandia

Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zoloutoukhinne c. Russia

Corte EDU, seconda sezione, 20 gennaio 2009, causa Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia

Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia

Corte EDU (grande camera), 15 novembre 2016, A e B c Norvegia

Corte di Giustizia (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åkerberg Fransson

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-537/16 Real Garlsson estate e a

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e 597/16 Di Puma e Zecca

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-524/15 Menci

House of Lord, Connelly v Director of public prosecutions [1964] AC 1254

Trib. Milano, 15 novembre 2018, n. 14767

U.S Supreme Court Dowling v. United States 493 U.S. 342, 347-50 (1990)