# Legalità e diritto penale dell'economia

# STUDI
## in onore di
# ALESSIO LANZI

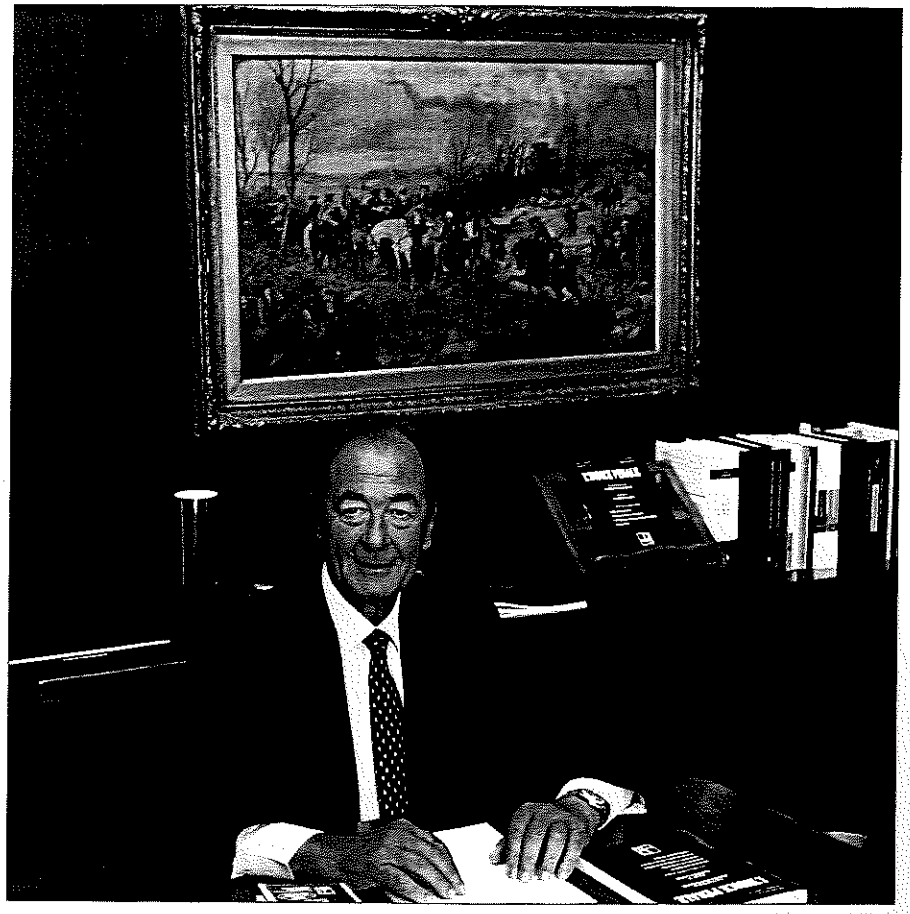
DIKE
Nihil difficile volenti
GIURIDICA

**© Copyright – DIKE Giuridica Editrice, S.r.l. Roma**
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservate per tutti i Paesi.

**Progetto grafico della copertina**
Chiara Damiani

**Realizzazione editoriale**
Studio Editoriale Cafagna, Barletta

**Finito di stampare nel mese di novembre 2020**
Tipografia Ostiense, Roma



PRI
CU

Deli
lega
*Salv*

Inter
inco
*Gius*

1.
2.

3.

4.

5.

# INDICE

PRESENTAZIONE ..... XXI
CURRICULUM VITAE *del prof. Alessio Lanzi* ..... XXIII

**PARTE PRIMA**
**LEGALITÀ**

Delitti associativi, teoria dell'organizzazione, modello della legalità ..... 3
*Salvatore Aleo*

Interdittive antimafia generiche: davvero superati i dubbi di incostituzionalità? ..... 19
*Giuseppe Amarelli*

1. Premessa ..... 19
2. La sentenza Corte EDU 2017 De Tommaso c. Italia e le interdittive generiche ..... 20
3. La riforma del 2017 delle interdittive e la misura del controllo giudiziario volontario: nessuna incidenza sulla soluzione del problema ..... 21
4. L'interpretazione tassativizzante del Consiglio di Stato 2019 ..... 23
5. I perduranti dubbi di incostituzionalità ..... 27
   5.1. I possibili riflessi della sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019 in materia di misure di prevenzione ..... 30

Giudici legislatori? Il nuovo ruolo della Corte Costituzionale in materia penale ..... 33
*Enrico Mario Ambrosetti*

1. La pronuncia della Corte Costituzionale in tema di aiuto al suicidio (il c.d. caso Cappato) ..... 33
2. L'ordinanza n. 207/2018: il nuovo approccio nel dialogo fra Corte Costituzionale e Parlamento ..... 36
3. Le sentenze manipolative in materia penale: le tradizionali posizioni della dottrina ..... 38
4. La giurisprudenza della Corte Costituzionale: le sentenze in *bonam partem* ..... 40
5. Il ruolo delle sentenze manipolative nel sistema penale: vecchi e nuovi aspetti problematici ..... 45
6. Considerazioni conclusive ..... 51

Il diritto al rifiuto e alla rinuncia ai trattamenti sanitari nell'ambito della legge n. 219/2017 ..... 53
*Stefano Canestrari*

1. Il rifiuto e la rinuncia all'interno della relazione paziente – medico ..... 53
2. Trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza e ruolo del medico ..... 55
3. Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte ..... 60
4. Disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione condivisa delle cure ..... 61

Legalità ed offensività negli orientamenti politico-criminali della normativa europea ..... 64
*Antonio Cavaliere*

1. Le tendenze repressive della normativa europea e il necessario richiamo ai principi ..... 64
2. Legalità penale ..... 71
   2.1. Deficit democratico ..... 71
   2.2. Problemi di determinatezza ..... 73
3. Offensività: beni giuridici protetti e soglie di tutela ..... 76
   3.1. Lo sganciamento dal bene giuridico e i suoi effetti deleteri ..... 76
   3.2. Offensività e 'iperanticipazione' della tutela penale ..... 79

Garantismo penale oggi ..... 83
*Massimo Donini*

1. Epistemologie garantiste dichiarate del sistema penale. ..... 83
2. Garantismo *in the facts* e dottrina dello Stato ..... 87
3. Il garantismo penale tra politica e scienza. Vincoli giuridico-costituzionali e programmi politico-costituzionali ..... 88
4. Culture garantiste del secondo Novecento italiano. Scienza e politica del diritto da Bricola a Baratta ..... 89
5. (*segue*). Il paradigma del garantismo di Luigi Ferrajoli ..... 93
6. Contro il normativismo integrale e il separatismo Sein/Sollen: l'unica base epistemologica del diritto oggi possibile ..... 100
7. Dalla Costituzione-legge alla Costituzione-fonte ..... 101
8. *Lex e ius* in un paradigma post-illuministico, tra vittimo-centrismo e giurisprudenza-fonte ..... 103
9. Il garantismo penale a tre soggetti, tra *leges minus quam perfectae* e limiti ermeneutici ..... 104
10. Prassi e garantismo: a) le colpe della dottrina penalistica; b) la passione estensivo-punitiva della magistratura; c) i doveri ermeneutici del giudice ..... 106
11. Perché il diritto penale è una politica, e la scienza penale una piccola parte di questa politica ..... 112

Qualcosa sulle circostanze personali di esclusione della pena ..... 114
*Marcello Gallo*

In difesa di Teramene ..... 127
*Gaetano Insolera*

1. Giustizia e legalità ..... 127
2. Processo alla storia come esercizio di antropologia storica ..... 128
3. Atene nello scorcio finale del V secolo a.C. ..... 129
4. Il *Thema decidendum* ..... 129
5. Il problema delle fonti ..... 130
6. Quale il quesito posto alla Corte? ..... 130
7. Altri miti. Sulla natura della democrazia ateniese ..... 131
8. L'imputazione mossa a Teramene ..... 132
9. Conclusioni ..... 135

I chiaroscuri della legalità nelle sentenze costituzionali post De Tommaso ..... 136
*Vincenzo Maiello*

1. Le sentenze post De Tommaso nello spirito del tempo ..... 136
2. Lo statuto costituzionale della prevenzione personale tra *legge* e *giudice* ..... 138
3. Tassativizzazione processuale vs. legalità? ..... 143
4. Quomodo della prova e principio di legalità ..... 145
5. I caratteri della fattispecie salvata e la loro dubbia determinatezza ..... 147
6. Una trasfigurazione della confisca di prevenzione? ..... 148
7. Le fragili basi della natura non punitiva della confisca di prevenzione ..... 150
8. La riaffermazione della riserva di legge e della divisione dei poteri nella sentenza 25 ..... 151
9. Questioni nuove all'orizzonte ..... 152

Il controllo di costituzionalità e il congedo dalle "rime obbligate": il difficile equilibrio tra legalità e proporzionalità ..... 153
*Vittorio Manes*

1. Premessa ..... 153
2. L'evoluzione del principio di eguaglianza come canone di controllo delle scelte sanzionatorie ..... 155
   2.1. L'irragionevolezza delle cornici edittali alla luce del principio rieducativo ..... 156
   2.2. La crescente insofferenza alla vincolatività dello schema triadico ..... 157
3. La portata liberatoria del principio di proporzionalità ..... 158
4. Il "nuovo corso" del sindacato di costituzionalità ..... 160
   4.1. Il nodo, ancora attuale, del *tertium comparationis* ..... 161
   4.2. Il carattere intrinsecamente comparativo del giudizio di proporzionalità ..... 162
5. *Judicial activism* in materia penale ..... 163
   5.1. I benefici in termini di legalità sostanziale ..... 163
   5.2. I rischi per la tenuta della legalità formale ..... 165
6. Il complessivo innalzamento dello standard di tutela dei diritti fondamentali ..... 166
7. Conclusioni ..... 168

Il principio di stretta legalità, tra giurisprudenza nazionale e comunitaria: analisi di tre casi problematici ..... 170
*Adelmo Manna*

1. Introduzione ..... 170
2. Il caso Contrada ..... 173
3. Il caso Taricco ..... 176
   3.1. La risposta di Lussemburgo ..... 177
   3.2. La sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018 ..... 180
4. Il caso De Tommaso ..... 182
5. La risposta della Corte costituzionale attraverso le sentenze nn. 24 e 25 del 2019, anche con riferimento alla natura giuridica delle misure di prevenzione ..... 183
6. Riflessioni conclusive e di sintesi ..... 187

Prospettive attuali del fare pericoloso precedente ..... 190
*Marco Mantovani*

1. Premessa ..... 190
2. La negazione, da parte della dottrina dominante, dell'attitudine del fare pericoloso precedente a fondare obblighi rilevanti ex art. 40, cpv., c.p. ..... 191
3. Repliche ..... 193
4. La sua recezione ad opera della giurisprudenza ..... 196
5. Fare pericoloso precedente e delitti aggravati dall'evento ..... 198
6. La loro riconduzione nell'àmbito della preterintenzione: critica ..... 200
7. Le linee di un loro collegamento con la posizione di garanzia fondata dal fare pericoloso precedente ..... 202
   7.1. Precisazioni ..... 202
   7.2. L'inquadramento dei delitti aggravati dall'evento nell'alveo del reato complesso ..... 204
8. Reato complesso e delitti aggravati dall'evento nei quali è indifferente la volizione o meno dell'evento più grave ..... 206

Gli eccessi del legislatore e l'irrilevanza autoreferenziale della dottrina penalistica ..... 208
*Enrico Mezzetti*

1. Prodromi su un'analisi tecnica e politico-criminale di scienza della legislazione in materia penale ..... 208

2. Il piglio neo-autoritario del legislatore: diritto penale e proselitismo ..... 214
2.1. (*Segue*). Il diritto penale "dei nemici" ..... 215
3. Un'esiziale inversione metodologica che marginalizza il ruolo della scienza nel processo di formazione legislativa ..... 217
4. Partita a tre: le ambiguità del legislatore, la propensione espansiva della giurisprudenza e la (sempre più) flebile partecipazione della dottrina ..... 220
5. Chiusura: il diritto penale "in cerca di autore". Autori e fatti sulla scena della nomodinamica penalistica ..... 222

La dommatica nella crisi della legalità costituzionale ..... 224
*Sergio Moccia*

La crisis de la legalidad penal en la "nueva edad media" ..... 237
*Fermín Morales Prats*

1. Prefacio ..... 237
2. La Nueva Edad Media ..... 237
3. La crisis de la legalidad ..... 239
4. La nueva "Inquisición" ..... 240
5. Consenso político y primado de la ley penal ..... 240
6. "La sociedad judicial" ..... 241
7. El poder judicial salvador ..... 242
8. El papel de la Unión Europea ..... 242

Lo sfregio, da aggravante a delitto ..... 246
*Tullio Padovani*

1. Il nuovo titolo di reato di deformazione dell'aspetto della persona ..... 246
2. Fondamento e limiti della scelta legislativa ..... 247
3. La frettolosa abrogazione dell'aggravante di sfregio ..... 249

Ricognizione esegetica sul delitto di tortura (art. 613-*bis* c.p.) ..... 250
*Carlo Paterniti*

1. L'abolizione della tortura processuale ..... 250

2. La lenta evoluzione verso il delitto di tortura ..... 251
3. *Segue*. Il momento storico in cui il delitto è stato introdotto nel nostro sistema ..... 252
4. I limiti degli stimoli sovranazionali alla formulazione della fattispecie di reato ..... 253
5. Le scelte di politica legislativa a base della nuova previsione ..... 254
6. *Segue*. La descrizione della condotta di rilievo penale ..... 255
7. Il soggetto attivo del reato ..... 256
8. I presupposti costituzionali di condotta e oggetto di tutela ..... 256
9. Il peso delle convenzioni internazionali ..... 257
10. L'apporto descrittivo del contesto d'azione ..... 259
11. Gli elementi valutativi della fattispecie astratta ..... 260

Il bene oggetto dell'offesa nel diritto penale ..... 262
*Mauro Ronco*

1. L'oggetto del reato ..... 262
2. Il bene comune ..... 266
3. L'aporia del diritto penale liberale ..... 270
4. La razionalità della pena ..... 275
5. Per il festeggiato ..... 278

Brevi note in tema di irretroattività in materia penale tra forma e sostanza ..... 279
*Luigi Stortoni*

1. Introduzione ..... 279
2. La (ir)retroattività delle norme "processuali" che incidono sulla libertà ..... 280
3. L'irretroattività tra art. 11 Preleggi e art. 25.2 Cost. ..... 281
4. Interpretazione costituzionalmente orientata *versus* eccezione di incostituzionalità ..... 284
5. Il fondamentale ruolo della riserva di legge in materia pena ..... 285

## PARTE SECONDA
## DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

Corporate criminalità, compliance d'impresa e personalità del white-collar offender ..... 289
*Marta Bertolino*

1. Questioni di personalità dell'autore del reato nella giurisprudenza sul crimine economico ..... 289
2. Indici soggettivi, tratti di personalità e triade oscura ..... 295
3. Prove di resistenza: la formula di Frank, la teoria dei segnali d'allarme, i *compliance programs* a confronto con le caratteristiche personologiche dei delinquenti economici ..... 302

Brevi note in tema di ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza ..... 310
*Roberto Borgogno*

1. Profili critici dell'attuale formulazione dei reati di ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza ..... 310
2. La nozione di "autorità di vigilanza" nella più recente giurisprudenza di legittimità ..... 312
3. Critiche all'estensione della tutela prevista dall'art. 2638 c.c. all'attività di vigilanza esercitata dalla Co.Vi.So.C. ..... 317
4. Ulteriori contributi della più recente giurisprudenza di legittimità: il caso del Monte dei Paschi di Siena ..... 320
5. I profili di offensività dei reati di ostacolo alle funzioni di vigilanza secondo l'analisi sviluppata dalla Suprema Corte ..... 322
6. Conseguenze che ne discendono sul piano sistematico e pratico-applicativo ..... 323
7. Limiti dei contributi giurisprudenziali sin qui analizzati e possibili soluzioni ..... 326
8. Conclusioni ..... 328

La corruzione tra privati: una fattispecie (ancora) in *progress* o un reato (già) al capolinea? ..... 330
*Guido Casaroli*

1. L'*iter* legislativo ..... 330

2. Le aspettative e le novità della prima riforma ..... 332
3. Le persistenti criticità della fattispecie e le positività dell'intervento riformatore del 2012 ..... 334
4. Il novissimo art. 2635 c.c.: un traguardo raggiunto o un'altra tappa di avvicinamento? ..... 336
5. Sintesi delle innovazioni introdotte dal d. lgs. n. 38/2017. Il "micro/maxi" intervento della L. 9-1-2019, n. 30 ..... 341

Spunti sistematici sulla sanzione della causazione del dissesto nel nuovo codice dell'insolvenza ..... 343
*Giovanni Cocco*

1. Introduzione: le novità legislative e il ruolo dell'apertura della liquidazione giudiziale nella bancarotta ..... 343
2. La previsione di chiusura della causazione fraudolenta del dissesto ..... 346
3. La causazione dolosa ..... 347
4. Le operazioni dolose ..... 349
5. L'elemento soggettivo nelle operazioni dolose ..... 352
6. La causazione colposa del dissesto. La condotta ..... 353
7. Il nesso causale con l'evento di dissesto ..... 357
8. L'elemento soggettivo ..... 358
9. Le condotte tenute dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale ..... 359

Dal riciclaggio all'autoriciclaggio: un'analisi critica, nello specchio del concorso nel reato ..... 361
*Giovannangelo De Francesco*

1. Riciclaggio, autoriciclaggio, e 'clausole di riserva' ..... 361
2. La funzione propria di determinate clausole oltre i confini del concorso apparente. L'equivoco concettuale del 'reato proprio' ..... 364
3. La portata del c.d. 'reato presupposto' e il problema dell'oggetto del dolo ..... 366
4. La natura del rapporto tra le clausole e la definizione della *ratio puniendi* nelle figure di *money laundering* ..... 368
5. La diversificazione tra i titoli di responsabilità e l'evoluzione della giurisprudenza in materia ..... 369

Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti ..... 372
*Giovanni Flora*

1. Considerazioni introduttive ..... 372
2. L'individuazione delle fattispecie lesive degli interessi finanziari della U.E. ..... 373
3. L'impatto sul "minisistema" penale tributario ..... 374
   3.1. La previsione della abrogazione espressa delle norme che escludono la punibilità del tentativo e del concorso di persone in relazione ai delitti tributari posti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione (art. 3, lett. c)) ..... 378
4. Verso la introduzione di una responsabilità amministrativa da reato degli enti anche per i reati tributari: una strada complicata e piena di insidie ..... 380

Gli incerti confini della "materia penale" e i poteri della Consob ..... 383
*Luigi Foffani*

1. Diritto penale dell'economia e ruolo della Consob ..... 383
2. Poteri "conformativi" della Consob e "materia penale" ..... 386
3. Il potere di rettificazione del prezzo di un'OPA: la posizione del Consiglio di Stato ..... 388
4. Conclusioni: collusione fra offerente e venditore e manipolazione del mercato ..... 391

Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale ..... 393
*Alberto Gargani*

1. Premessa ..... 393
2. Le applicazioni del disastro innominato in materia ambientale ..... 394
3. a validazione legislativa della prassi giurisprudenziale: il disastro ambientale nominato (art. 452-*quater* c.p.) ..... 398
4. La coesistenza di due fattispecie di disastro ambientale ..... 399
5. La sostanziale intercambiabilità delle due figure delittuose nel diritto vivente ..... 402
6. L'incompatibilità tra le fattispecie di cui agli artt. 434 e 452-*quater* c.p. ..... 403
7. Prospettive ..... 405

Un tipo indeterminato e disposto a tutto ..... 408
*Fausto Giunta*

L'evoluzione della confisca nei reati tributari ..... 411
*Roberto Guerrini*

1. Un primo bilancio della riforma del 2015 in tema di confisca tributaria ..... 411
2. Le principali questioni problematiche sorte in sede di interpretazione dell'art. 12-*bis* ..... 418
3. Il risparmio di spesa come oggetto della confisca. La sentenza Gubert e la questione dei rapporti tra confisca tributaria e responsabilità degli enti. ..... 422

La "nuova" bancarotta fraudolenta societaria per effetto di operazioni dolose: tra crisi, dissesto, insolvenza e liquidazione giudiziale dell'impresa ..... 429
*Nicola Mazzacuva*

1. I 'nuovi' reati fallimentari tra 'continuità normativa' e mutamenti lessicali ..... 429
2. La bancarotta fraudolenta societaria mediante la commissione di 'operazioni dolose' ..... 434
3. Bancarotta impropria societaria e bancarotta per effetto di operazioni dolose ..... 436
4. Le operazioni dolose 'oggettivamente' rilevanti ..... 440
5. L'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta per effetto di operazioni dolose ..... 441
6. Il 'dissesto' (e non il fallimento) quale effetto delle operazioni dolose ..... 443

La nuova dimensione tipica del delitto di "corruzione tra privati" dopo la riforma "spazzacorrotti": l'esito di una metamorfosi ancora viziata ed incompiuta ..... 446
*Alessandro Melchionda*

1. Premessa ..... 446
2. La riforma penale-societaria del 2002 e la nascita della prima incriminazione in tema di "corruzione tra privati" ..... 447
3. Le critiche "comunitarie" alla disciplina del 2002 ..... 450
4. La modifica del reato di "corruzione tra privati" introdotta con la riforma del 2012 ..... 452

5. Le rinnovate critiche "comunitarie" alla disciplina del 2012 e la radicale riconfigurazione dei reati in tema di "corruzione tra privati" introdotta con la riforma del 2017 ..... 460
6. I problematici effetti delle ultime correzioni introdotte dalla "legge spazzacorrotti" del 2019: i segni di una "metamorfosi" ancora viziata ed incompiuta ..... 465

Crisi di liquidità e reati tributari: l'omesso versamento dell'Iva alla vigilia dell'entrata in vigore del Codice della crisi ..... 470
*Andrea Perini*

1. Premessa ..... 470
2. Il delitto di omesso versamento dell'Iva dichiarata: lineamenti generali della fattispecie ..... 472
3. Omesso versamento e crisi di liquidità: i limiti della questione ..... 475
4. La posizione delle Sezioni Unite: l'obbligo di "accantonare" l'Iva riscossa sulle operazioni attive ..... 478
5. L'omesso versamento dell'Iva nell'impresa in crisi, tra bancarotta semplice e bancarotta preferenziale ..... 483
6. Codice della crisi e procedure di allerta ..... 489
7. Riflessioni conclusive: l'impatto del Codice della crisi sulla fattispecie prevista dall'art. 10-*ter*, D.Lgs. n. 74/2000 ..... 492

Rischio consentito e discrezionalità amministrativa: un confine conteso della responsabilità penale per il «modo» di produzione ..... 495
*Chiara Perini*

1. «Abusivamente»: *l'occasione della riflessione* ..... 495
   1.1. Le diverse letture ..... 497
2. La contesa sul confine del rischio consentito nel sindacato penale della discrezionalità amministrativa ..... 502
3. Rilievi conclusivi ..... 508

Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le corti? ..... 510
*Lorenzo Picotti*

1. Introduzione: sul ricorso al "doppio binario" sanziona-

torio nel diritto penale dell'economia e sull'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di *ne bis in idem* ..... 510
2. La svolta della Corte di Strasburgo nel definire presupposti ed effetti del divieto di bis in idem convenzionale ..... 513
3. L'adeguamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea alla nuova interpretazione della Corte di Strasburgo ..... 515
4. Il recepimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale del "diritto vivente europeo" ..... 516
5. I criteri per l'applicazione dell'attuale orientamento giurisprudenziale europeo enunciati dalla Corte di Cassazione ..... 518
6. Valutazioni conclusive ..... 524

Non per soldi, ma per denaro: il glifosato tra Italia, UE e USA ..... 531
*Vito Plantamura*

1. Introduzione ..... 531
2. Principio di precauzione e glifosato ..... 533
3. Il glifosato tra Italia e UE ..... 535
4. Il glifosato negli USA ..... 537
5. *Punitive damages*, *class action* e possibili ambiti di rilevanza penale ambientale di attività autorizzata, nell'ordinamento italiano ..... 540
6. Conclusioni ..... 544

El autoblanqueo, un caso de incerteza del derecho ..... 547
*Gonzalo Quintero Olivares*

1. Introducción ..... 547
2. El camino al autoblanqueo ..... 549
3. El problema particular del autoblanqueo en el delito tributario ..... 551
   3.1. Corrupción y delito fiscal como problemas diferentes: dinero negro y dinero sucio ..... 552
   3.2. Tributación del "dinero negro" ..... 554
   3.3. El delito fiscal como delito antecedente ..... 554
4. La jurisprudencia española y la admisión del delito tributario como precedente ..... 556
   4.1. El cambio de criterio ..... 557

5. La "permanencia" del blanqueo ..... 558
6. La prescripción del delito fiscal previo como óbice material a la persecución del blanqueo y del autoblanqueo ..... 559

Abuso del diritto e diritto penale: un pericoloso ossimoro ..... 563
*Bartolomeo Romano*

1. Considerazioni introduttive ..... 563
2. L'originaria nozione di abuso del diritto ..... 564
3. I tentativi di trasposizione in sede penale ..... 565
4. L'abuso del processo penale ..... 568
5. L'abuso nel diritto penale tributario: a) l'impostazione tradizionale ..... 569
6. b) Il d.lgs. n. 128 del 2015 ..... 571
7. Rilievi conclusivi ..... 573

Falsità, decettività e significatività nel giudizio di illiceità penale dei bilanci societari ..... 574
*Marco Scoletta*

1. Introduzione: l'accertamento della falsità in bilancio tra presente, passato e futuro ..... 574
2. Il "vero legale" come necessario "vero relativo" ..... 579
3. La "verità coerente": l'idoneità ingannatoria come predicato del falso tecnicamente irriconoscibile ..... 585
   3.1. La centralità della nota integrativa nella giurisprudenza successiva dalla sentenza Passarelli ..... 587
   3.2. La 'base' e il 'metro' del giudizio di idoneità ingannatoria: i destinatari standard dell'informazione bilancistica ..... 591
4. La significatività del falso come alterazione rilevante del "quadro d'insieme" oggetto di rappresentazione ..... 594
5. Relatività del vero legale, revisione contabile del bilancio e accertamento del dolo ..... 598

Nuova prescrizione e nuova confisca penale-tributaria (un connubio che inquieta) ..... 602
*Filippo Sgubbi*

1. Premessa ..... 602
2. Una prima riflessione incidentale ..... 603

3. Il diritto penale quale strumento di espropriazione coattiva dei beni privati ..... 603
4. Un altro esempio di insensatezza e contraddittorietà legislativa: patteggiamento e confisca allargata in materia tributaria ..... 606
5. Confisca allargata e nuova prescrizione: apice di inciviltà giuridica ..... 608
6. Nuova prescrizione e profili patrimoniali ..... 608
7. Un ulteriore esempio di tecnica approssimativa nella redazione di una norma ..... 609
8. Conclusione ..... 610

# PRESENTAZIONE

Con grande piacere diamo alle stampe il presente volume di Studi in onore di Alessio Lanzi, in occasione del suo settantesimo compleanno. Non è certo compito nostro, quali allievi, tessere le lodi del nostro Maestro. Con questo tributo desideriamo solo ringraziarlo sinceramente per gli insegnamenti che ci ha impartito in tutti questi anni, per la pazienza e la perizia con cui ha seguito, specie nei primi tempi, i nostri lavori scientifici, e per esserci stato di continua ispirazione anche nello stile di vita, non certo facile da imitare.

Vale la pena dire due parole, piuttosto, sulla scelta dei temi che trovano riscontro nello stesso titolo del volume: la legalità e il diritto penale dell'economia. Il professor Lanzi, come si sa, è stato allievo di Pietro Nuvolone, al punto da ereditarne meritatamente la direzione della rivista da Lui fondata, *L'indice penale*. Ebbene, non è un caso che le tematiche prescelte per questi studi ricalchino alcuni degli argomenti più amati dal grande Maestro piacentino. Nuvolone ha sempre lottato per il rispetto assoluto della legalità, anche se in alcuni suoi scritti giovanili post-bellici si riscontrano interessanti aperture verso i sistemi di *common law*, le cui ragioni in quei tempi drammatici erano facilmente comprensibili. E lo stesso Nuvolone è stato uno dei precursori del diritto penale dell'economia, disciplina che si può dire abbia "fondato" negli anni Cinquanta dello scorso secolo, in Italia, assieme ad altri suoi autorevoli colleghi.

Alessio Lanzi, allo stesso modo, nella sua carriera scientifica ha sempre avuto particolarmente a cuore le due tematiche di cui si è detto: sulla legalità, specie in questi ultimi anni, si è schierato con decisione contro le crescenti tendenze all'espansione del diritto penale giurisprudenziale, per riaffermare, nella prospettiva di un "neo-illuminismo penale", il fondamentale valore del *nullum crimen sine lege*. Quanto al diritto penale dell'economia, ne è indi-

scutibile Maestro, e ha potuto affinarne la conoscenza anche sul campo, in tanti anni di esercizio della professione forense, ambito nel quale ha raggiunto successi pari a quelli scientifici. In generale – e sicuramente con particolare riferimento ai due temi considerati – ci sentiamo di rilevare che la stella polare che ha sempre guidato il pensiero del professor Lanzi è il *garantismo*, che si può dire il vero filo conduttore di tutta la sua produzione scientifica, e di una battaglia civile che ha portato avanti nel corso di tutta la sua carriera, anche al di fuori delle sue pubblicazioni giuridiche.

Desideriamo ringraziare di cuore tutti i colleghi che hanno partecipato a questi studi, sacrificando parte del loro tempo per dedicare all'amico un loro cammeo, una loro riflessione sui due temi di cui sopra. A questo proposito, va precisato che le predette tematiche sono state intese fin dall'inizio, sia dai curatori che dagli autori, in senso ampio, e per questo motivo sono stati inseriti nell'ambito dell'una o dell'altra anche alcuni contributi solo indirettamente ad esse pertinenti.

Conclusivamente, uno speciale ringraziamento va ai giovani che hanno partecipato al lavoro di redazione del volume: in particolare, a Francesco Pio Lasalvia, a Claudia Ciulli e a Letizia d'Altilia. Va inoltre ringraziato sentitamente Luigi Cameriero, per aver seguito con entusiasmo, per oltre dieci anni, gli interessi scientifici ed editoriali del prof. Lanzi, nell'ambito di una giovane ma promettente Casa editrice qual è la Dike, alla quale altresì va un sincero grazie per aver aderito, non senza sacrifici, a questo *liber amicorum*. Infine, non va dimenticato il generoso patrocinio al finanziamento di questo volume da parte del Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia dell'Università degli Studi di Milano Bicocca, presso il quale il Professore ha svolto gli ultimi ventidue anni di insegnamento.

Da quando un giovanissimo Alessio Lanzi, neo-professore straordinario, varcò la soglia dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma, sono trascorsi quarant'anni. Ma sembra ieri.

Auguri, caro Maestro, e ... *ad maiora*!

Parma-Milano, novembre 2020

ALBERTO CADOPPI
PAOLO VENEZIANI
PAOLO ALDROVANDI
STEFANO PUTINATI

# *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le corti?*

Lorenzo Picotti

SOMMARIO: 1. Introduzione: sul ricorso al "doppio binario" sanzionatorio nel diritto penale dell'economia e sull'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di *ne bis in idem* – 2. La svolta della Corte di Strasburgo nel definire presupposti ed effetti del divieto di *bis in idem* convenzionale – 3. L'adeguamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea alla nuova interpretazione della Corte di Strasburgo – 4. Il recepimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale del "diritto vivente europeo" – 5. I criteri per l'applicazione dell'attuale orientamento giurisprudenziale europeo enunciati dalla Corte di Cassazione – 6. Valutazioni conclusive.

## 1. Introduzione: sul ricorso al "doppio binario" sanzionatorio nel diritto penale dell'economia e sull'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di *ne bis in idem*

Nella marcata evoluzione che ha caratterizzato il diritto penale dell'economia negli ultimi decenni, dal campo del diritto penale societario e della crisi d'impresa, a quello degli abusi di mercato e del diritto penale tributario, di cui il collega che onoriamo con questo scritto è un sapiente Maestro, spicca la tendenza del legislatore, non solo nazionale, a ricorrere al c.d. "doppio binario" sanzionatorio. Vale a dire a prevedere, accanto ad un già severo quadro di fattispecie penali, un parallelo sistema di sanzioni amministrative aventi natura *punitiva* da ricondurre alla "materia penale" secondo la classificazione e la terminologia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[1], cui si è doverosamente allineata sia la giurisprudenza della

[1] Si tratta della nozione basata sui famosi "criteri Engel", che la Corte EDU ha enunciato la prima volta nell'omonimo caso (Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *www.hudoc.echr.coe.int)* ed ha poi sempre applicato (cfr. Corte e.d.u., Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894, con nota C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione*

## 2. La svolta della Corte di Strasburgo nel definire presupposti ed effetti del divieto di bis in idem convenzionale

Il punto di svolta della giurisprudenza europea nel definire presupposti ed effetti del divieto di *bis in idem* convenzionale è segnato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo in data 16 novembre 2016, nel caso A. e B. contro Norvegia[4]. Come ha espressamente sottolineato la nostra Corte costituzionale, vi è con essa stato un "*mutamento del significato della normativa interposta*", vale a dire dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU contenente il principio del *ne bis in idem*[5], al punto da doversi parlare di un nuovo "*diritto vivente europeo*"[6].

Ed in effetti è stato pressoché rovesciato il precedente orientamento, espresso dalla sentenza Grande Stevens del 2014, che tante difficoltà e problemi aveva creato negli Stati aderenti per la sua formale rigidità nel proibire *qualsiasi duplicazione di procedimenti* per il medesimo "fatto", a prescindere dall'analisi delle diversità strutturali dei procedimenti stessi ed, ancor più, delle pene, rispetto alle sanzioni amministrative punitive per esso previste.

Nella sentenza del 2016, la Grande Camera ha preso le mosse dal riconoscimento "politico" che gli Stati devono potere adottare risposte giuridiche complementari, di fronte ad alcuni comportamenti socialmente inaccettabili, per mezzo di procedure diverse, purché formino un insieme *coerente*, in ma-

---

p. 1281 s.; e volendo L. Picotti, *Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in A. Bernardi (cur.), *I controlimiti*, cit. p. 444 s.

[4] Sulla sentenza della Grande camera della Corte **e.d.u., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, si veda, fra i numerosi commenti, F. Viganò,** *La Grande Camera della Corte di Strasburgo* su ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016.

[5] Tale mutamento giurisprudenziale è stato precisato e consolidato con successive pronunce: cfr. **Corte e.d.u., Sez. I, 18 maggio 2017, Jóhannesson e a. c. Islanda, ric. n. 22007/11,** con commento di F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su* ne bis in idem *e reati tributari*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2017; **Corte e.d.u., Sez. V, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia,** ric. N. 47342/14, su cui si veda il commento di M. Scoletta, *Il* ne bis in idem *"preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 giugno 2019; Corte e.d.u., Grande Camera, 8 luglio 2019, Mihalache v. Romania, ric. n. 54012/10, che si può leggere in *www.sistemapenale.it*, 12 dicembre 2019, con annotazione di A. Careri, *I presupposti della garanzia convenzionale al* ne bis in idem*: dalla Grande Camera nuove precisazioni*.

[6] Corte cost., 24 gennaio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 43, che leggesi anche in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2018, con commento di A. Galluccio, Ne bis in idem *e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*.

niera tale da trattare in tempi ravvicinati nei suoi *diversi aspetti* il fatto illecito da sanzionare, con un unico limite sostanziale riconducibile al divieto di *bis in idem*: che le risposte combinate non rappresentino un onere eccessivo e sproporzionato per il soggetto interessato e punito[7].

La stessa natura del *ne bis in idem* convenzionale è così profondamente cambiata: da principio eminentemente *processuale*, consistente nel divieto di doppio processo, ancor prima che di una doppia sanzione "punitiva", a garanzia di tipo *sostanziale*, per cui i due procedimenti non solo possono iniziare, ma anche concludersi entrambi, con irrogazione definitiva delle sanzioni di rispettiva competenza, a condizione che la risposta punitiva, derivante dal "cumuló" delle due sanzioni, sia *complessivamente proporzionata* alla gravità del fatto e *prevedibile*, oltre che "temporalmente e sostanzialmente" *connessa*.

Secondo la Corte europea, nulla nella Convenzione vieta infatti ai legislatori di predisporre il "doppio binario" sanzionatorio ed alle autorità preposte di percorrerlo fino alle rispettive decisioni. Viene però affidato al giudice nazionale il compito di stabilire quando ci si trovi o meno in presenza di un *bis in idem*, valutando in specie se, avuto riguardo alle peculiarità dei casi concreti, i procedimenti che vengono in rilievo presentino – oltre ai due presupposti dell'identità del fatto storico e della natura sostanzialmente penale di entrambe le sanzioni – l'ulteriore requisito di un "*nesso materiale e temporale sufficientemente stretto*" (*«sufficiently close connection in substance and time*")[8].

A tal fine la Corte europea ha individuato alcuni criteri, che i Giudici nazionali devono prendere in considerazione, vale a dire, sotto il profilo del *nesso sostanziale*: a) il perseguimento, da parte dei procedimenti sanzionatori, di scopi differenti e il loro tenere conto di profili diversi della medesima condotta antisociale; b) la "prevedibilità" del doppio giudizio; c) la conduzione dei procedimenti che deve essere tale da evitare, per quanto possibile, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; d) la "proporzione complessiva" del trattamento sanzionatorio; e) l'appartenenza delle fattispecie incriminatrici al "nucleo duro" del diritto penale e, dunque, caratterizzate da forme accentuate di stigma sociale; ed infine, sotto il profilo del *nesso temporale*: f) la presenza di un collegamento cronologico fra i procedimenti, che devono essere sufficientemente vicini nel senso di non protrarsi eccessivamente nel tempo, così che la persona sottoposta alla giustizia non lo sia per un periodo irragionevolmente prolungato[9].

---

[7] Corte e.d.u., 16 novembre 2016, cit., in specie par. 121-122.
[8] Corte e.d.u., 16 novembre 2016, cit., par. 130.
[9] Corte e.d.u., 16 novembre 2016, cit., in specie par. 132.

## 3. L'adeguamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea alla nuova interpretazione della Corte di Strasburgo

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, muovendo dall'art. 50 della Carta, in cui il divieto di *bis in idem* è dichiarato, in linea di principio, in termini pressoché identici quale diritto fondamentale della persona, ha tenuto conto della mutata interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, per garantire un livello *non inferiore* di tutela, come impone l'art. 52 della stessa Carta. Di conseguenza ha adeguato la propria interpretazione a quella del Giudice convenzionale, aggiungendo però una motivazione che si è fatta carico di fondare, sulle specifiche previsioni della stessa Carta, la riconosciuta "limitazione" della portata astratta del principio, discendente dall'operatività, parimenti ritenuta di per sé legittima, di un sistema di "doppio binario".

In particolare la Corte di Lussemburgo, nella prima delle tre sentenze[10] contestualmente pronunciate dalla Grande Camera all'esito dell'udienza del 20 marzo 2018, ha preso le mosse dall'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo nel menzionato caso A. e B. contro Norvegia, per sancire la legittimità di una "limitazione" della portata del divieto di doppio processo e di doppia sanzione per i medesimi fatti, evincibile dalla lettera dell'art. 50 della Carta.

Da un lato ha, infatti, ribadito che tale norma "vieta di infliggere, per fatti identici, più sanzioni di natura penale" (considerando tali anche quelle amministrative di natura *punitiva*) "a seguito di procedimenti differenti svolti a tal fine", fermo restando che il concetto di "medesimo fatto" (l'*idem*) va letto quale "identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato"[11]: dunque a prescindere dall'elemento soggettivo dell'intenzionalità, richiesto dalla fattispecie delittuosa, perché la circostanza secondo cui l'irrogazione della sanzione

[10] Corte Giust. UE, Grande Camera, 20 marzo 2018, cause Garlsson Real Estate, Ricucci e Magiste C-537/16; Menci C-524/15; Di Puma e Zecca, C-596/16, concernenti altrettanti rinvii pregiudiziali rispettivamente in materia di *insider trading*, manipolazione del mercato ed illeciti tributari, che ponevano questioni di doppio binario sanzionatorio, seppur da differenti presupposti. In proposito si veda il commento di A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di* bis in idem, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2018, cui si rinvia per la ricostruzione delle sottese vicende processuali per essenziali richiami bibliografici.

[11] Corte Giust. UE, 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate Ricucci, C-537/16, punto 37, con rinvii alle precedenti sentenze del 18 luglio 2007, Kraaijenbrink, C367/05, punto 26 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 16 novembre 2010, Mantello, C261/09, punti 39 e 40.

penale dipende da un elemento costitutivo aggiuntivo, rispetto alla sanzione amministrativa pecuniaria di natura punitiva, non sarebbe, di per sé sola, tale da mettere in discussione l'identità dei fatti materiali interessati[12].

Dall'altro, però, la Corte di Giustizia ha affermato che "una limitazione del principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 della Carta" – qual è indubbiamente il "cumulo di sanzioni" penali ed amministrative punitive per il medesimo fatto (nella specie: abuso di informazioni privilegiate, oggetto del procedimento principale) – "*può essere giustificata sulla base dell'articolo 52, par. 1, della medesima Carta*" alle condizioni ivi stabilite: vale a dire allorché sia prevista dalla legge, rispetti il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà garantite dalla Carta e, nel rispetto del principio di proporzionalità, sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui[13].

In questa evoluzione giurisprudenziale europea, emerge e si rinforza quindi una marcata *flessibilizzazione* del principio, la cui forte limitazione, nei singoli ordinamenti, è riconosciuta come legittima dalle due Corti, che pur muovono da fondamenti normativi parzialmente diversi, alle condizioni che comunque devono essere accertate, nella loro concreta portata, dai giudici nazionali, ai quali vengono così, in definitiva, demandate le risposte ultime alle questioni in materia.

E la nostra Corte costituzionale si è prontamente allineata a tale nuovo orientamento, già con la sentenza del 2018 sopra richiamata, interagendo a sua volta con la Corte di Cassazione, che con alcune significative pronunce, rese non solo in sede penale, ma anche civile (in quanto investita di ricorsi avverso l'irrogazione di sanzioni amministrative), ha adattato e precisato i criteri che devono concretamente orientare i giudici, fin dai gradi di merito, nell'applicazione del divieto di *bis in idem* alla stregua del nuovo "*diritto vivente europeo*", nelle sue peculiarità di diritto convenzionale, da un lato, e di diritto dell'Unione, dall'altro.

## 4. Il recepimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale del "diritto vivente europeo"

Con la menzionata sentenza n. 43 del 2018 la Corte costituzionale ha espressamente accettato ed, anzi, sottolineato tale profondo cambiamento del "*diritto vivente europeo*" tanto da restituire gli atti, nel caso al suo esa-

[12] Così Corte Giust. UE, 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate Ricucci, C-537/16, punto 40.
[13] Così Corte Giust. UE, 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate Ricucci, C-537/16, punto 43.

me, al Tribunale penale di Monza, che quale giudice *a quo* aveva posto il problema della conformità dell'art. 649 c.p.p. all'art. 117 Cost., sulla base dell'ipotizzata violazione della "norma interposta" rappresentata dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità sollevata.

In particolare il Giudice delle leggi ha mutato il fondamento su cui si basava la sua precedente sentenza del 2016, con cui aveva dichiarato "*inammissibile*" analoga questione, pur autorevolmente sollevata dalla Corte di Cassazione[14], come emerge dalla ben diversa motivazione. Allora muoveva ancora dalla sentenza Grande Stevens, espressamente richiamata anche se di fatto disattesa nei suoi effetti concreti, perché avrebbe richiesto un intervento "additivo" rispetto alla norma censurata, che avrebbe comunque lasciato "un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria (amministrativa o penale) che l'ordinamento [avrebbe dovuto] ricollega[re] al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente", visto che non avrebbe potuto determinare "un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti"[15].

Nel 2018 ha invece potuto evidenziare semplicemente che – alla stregua della nuova giurisprudenza di Strasburgo – non può più affermarsi che è vietata la celebrazione di un "secondo" processo penale per un delitto (quale, nella specie, quello di omessa dichiarazione annuale ai fini delle imposte IVA ed IRPEF di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), dopo la già definitiva applicazione della sanzione amministrativa, pur qualificata di natura punitiva, prevista per il medesimo "fatto" sanzionato (anche) quale

[14] La Corte di Cassazione, con ordinanze assai articolate della Sez. V penale, 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015) n. 1782/2015 – nel caso Chiarioni Casoni, poi deciso con la sentenza della stessa sezione 21 settembre 2018, n. 49869, di cui si dirà – e della Sezione tributaria civile del 6 novembre 2014 (dep. 21 gennaio 2015), n. 950/2015 – nel caso Garlsson Real Estate, Ricucci, Megiste, poi portato alla Corte di Giustizia dell'Unione europea con ordinanza di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE della stessa Sezione tributaria civile in data 20 settembre 2016 n. 20675 – aveva sollevato parallele questioni di legittimità costituzionale degli artt. 187-*bis*, comma 1, e 187-*ter*, comma 1, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), che sanzionano come illeciti amministrativi rispettivamente l'abuso di informazioni privilegiate (c.d. *insider trading*) e la manipolazione del mercato, puniti anche come delitti ai sensi degli artt. 184 e 185 TUF, censurando in particolare le clausole: «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», anziché quelle suggerite: «Salvo che il fatto costituisca reato», che avrebbero garantito il rispetto del *ne bis in idem* nell'interpretazione all'epoca datane dalla Corte di Strasburgo con la sentenza Grande Stevens del 2014; in subordine dell'art. 649 c.p.p., chiedendo una pronuncia additiva che estendesse il divieto di un secondo processo, che comunque concernesse "sanzioni punitive".

[15] C. cost. 8 marzo 2016 (dep. 12 maggio 2016), n. 102, in specie punto 6.2.

illecito amministrativo ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471. E quindi ha richiesto al giudice *a quo* di riconsiderare la questione alla luce degli specifici criteri enunciati dalla Corte EDU, con la conclusione che se esso giudice "ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità [...] di introdurre nell'ordinamento alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto" incidendo (additivamente) sull'art 649 c.p.p., come era stato prospettato nell'ordinanza di rimessione[16].

Dunque, un allineamento alla giurisprudenza della Corte EDU in termini letteralmente coincidenti, con riferimento ad un campo di materia peraltro non rientrante nelle competenze del diritto dell'Unione.

## 5. I criteri per l'applicazione dell'attuale orientamento giurisprudenziale europeo enunciati dalla Corte di Cassazione

Il recepimento del nuovo "*diritto vivente europeo*" in materia di *ne bis idem* si è celermente consolidato anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, con un primo intervento in materia di illeciti tributari del settembre 2017 con cui è stato rigettato il ricorso avverso una condanna per i delitti di dichiarazione fraudolenta mediante indicazione di elementi passivi fittizi ed emissione di fatture per operazioni inesistenti (*ex* artt. 2 e 8 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), che era basato essenzialmente sulla violazione del divieto di *bis in idem*. Il nostro giudice di legittimità ha escluso "*alla luce degli orientamenti interpretativi espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU*" sopravvenuti nelle more del giudizio "la violazione dell'art. 4 prot. 7 della Convenzione EDU, sussistendo quella stretta connessione temporale tra i due procedimenti che costituisce l'elemento per ritenere che le due sanzioni irrogate possano essere considerate quali parti di un unico sistema sanzionatorio adottato da uno Stato per sanzionare la commissione di un fatto illecito"[17].

Ma in questa prima pronuncia la Corte si è invero limitata a rilevare la stretta connessione temporale, ed anzi la sostanziale *contemporaneità* fra l'irrogazione divenuta definitiva delle sanzioni amministrative (nel luglio 2014) e la condanna penale di primo grado (pronunciata in rito abbreviato nel dicembre dello stesso anno e confermata dalla Corte d'appello nel maggio 2015), senza spendere parole sulla ritenuta *proporzionalità complessiva*

[16] C. cost. 24 gennaio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 43, punto 8.

[17] Cass. sez. III pen., 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6993, S.G.A., punto 6.

del trattamento sanzionatorio irrogato (2 anni e 8 mesi di reclusione, dopo la sanzione amministrativa di diversi milioni di euro).

Più articolate sono state invece due successive sentenze della sezione V penale, che hanno riguardato l'ambito degli abusi di mercato, rientrante quindi nel diritto dell'Unione, per i quali le stesse fonti europee delineano un possibile, seppur non obbligatorio, sistema di "doppio binario" sanzionatorio adottabile dagli Stati membri[18].

Ebbene, pur muovendo da una premessa motivazionale comune, le due sentenze sono pervenute ad esiti differenti: la prima di rigetto del ricorso, l'altra di annullamento con rinvio al giudice di merito.

Nel primo caso[19], la Corte ha recepito la richiamata giurisprudenza europea, concludendo che "non sussiste violazione del principio di *ne bis in idem* nel caso in cui le sanzioni complessivamente irrogate rispettino il principio di 'proporzionalità', alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (causa C-524/15, Menci; causa C-537/16, Garlsson Real Estate e a.) e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. N. 24130/11 e 29758/11)" precisando che essa Corte, in sede di vaglio di legittimità, "può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in applicazione dell'art. 620, comma 1, lett. l) c.p.p., qualora non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto e facendo riferimento ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen."[20].

---

[18] Il sistema di sanzioni amministrative è previsto dal Regolamento 596/2014 del 16 aprile 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le Direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE. In forza dell'art. 30, par. 1 di detto Regolamento gli Stati membri potevano però decidere, entro il 3 luglio 2016, di *non* comminare proprie sanzioni amministrative per abusi che fossero già soggetti a sanzioni penali nel rispettivo diritto nazionale, dovendo in ogni caso, entro tale data, essere recepita la coeva Direttiva 16 aprile 2014, 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che prevede invece l'obbligo di introdurre sanzioni penali contro gli abusi di mercato specificamente formulati. Ma l'Italia non si è avvalsa di questa possibilità.

[19] Cass., Sez. V pen., 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, Franconi, per il cui attento commento, che evidenzia anche gli intervenuti aggiornamenti normativi, si veda F. 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.

[20] Nella menzionata decisione, i Giudici di legittimità hanno ritenuto di poter affermare direttamente, alla luce del nuovo art. 620, lett. l) c.p.p., che fosse stato rispettato il criterio di proporzionalità del peso derivante dal cumulo delle sanzioni inflitte agli interessati rispetto alla gravità dei fatti addebitati, con l'ausilio degli elementi già disponibili nelle sentenze di merito, richiamandosi alla modifica introdotta dalla legge n. 103/2017 (con l'art. 1, comma 67) che ha integralmente sostituito la disposizione di cui alla lett. l) dell'art. 620 c.p.p.

Viceversa la seconda pronuncia, di poco successiva, si è astenuta da una tale valutazione e pur ribadendo che il divieto di una seconda sanzione è "assoluto solamente nel caso che la precedente condanna penale 'sia idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo" ha rimesso detta valutazione alla Corte d'appello competente, cui ha rinviato il processo, giacché il giudizio di "congruità (...) della complessiva risposta sanzionatoria, penale e amministrativa, all'illecito di manipolazione del mercato" implica una valutazione di merito, che non può essere svolta dalla Corte di Cassazione.

È da sottolineare che tale esito si è avuto dopo che la stessa sezione aveva rinviato per ben due volte la propria decisione in attesa delle sentenze della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso A. e B. contro Norvegia, prima, e della Corte di Giustizia nei tre casi citati, poi.

Il ricorso degli imputati è stato dunque accolto parzialmente, muovendo dall'affermazione che il principio del *ne bis in idem* opera ormai solo sulla base di un "*apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria*" che pur dovendosi esercitare sotto molteplici profili, la Corte tenta di ricondurre ad un unico fondamento, ravvisato nel "*canone di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio*", che avrebbe quale essenziale termine di confronto la "gravità del fatto" commesso[21].

Per la Corte, infatti, anche in ordine al *nesso* sostanziale tra il procedimento penale e quello solo formalmente amministrativo "il criterio eminente per affermare o negare il legame tra detti procedimenti è quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata" visto che già alla stregua del diritto positivo interno il giudice deve "tene[r] conto, con riguardo alla pena della multa, del meccanismo 'compensativo' di cui all'art. 187-*terdecies* TUF"[22]:

[21] Cass., sez. V pen., 21 settembre 2018, dep. 31 ottobre 2018, n. 49869, ric. Casoni Chiarioni, punto 8.5, nonché 8.2, in cui fa testuale espresso richiamo alle sentenze della Corte Giust. UE, 20 marzo 2018, Menci, punto 55, e Garlsson Real Estate et al., punto 56.

[22] Cass., Sez. V pen., 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, ric. Casoni Chiarioni, punto 10.1. Peraltro il testo dell'art. 187-*terdecies* TUF è stato novellato, anche nella rubrica, in particolare con la nuova previsione di cui alla lettera a), dall'art. 4 d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 – contenente "norme di adeguamento" della normativa nazionale alla nuova disciplina europea, di cui si è fatto cenno alla precedente nota 18 – ed oggi così recita: "*Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative.* Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria". Per un

a tal fine, pr
è "da apprez
(quello penal
interessi gen
il profilo dell
fiducia del pu
La Corte
*finitiva* appli
valutazione f
sanzionatorio
conseguenze,
zione di quel
contestato: in
cazione diret
fondamentali
niscono il tra
Affermazi
pi di compete
forza del prin
porta l'obblig
non potrebbe
tributari.
Va aggiun
cisa che "sol
'assorbire' il
sapplicare *in*
le, così esclu
sarebbero "p
valutazione c
ministrativa,
preso in cons
nale, evidente
disvalore com

primo commento
*e le persistenti c*
*legislativo 10 ag*
[23] *Ibidem.*
[24] Cass., Sez
Chiarioni, punto
[25] *Ibidem.*

a tal fine, precisa la Corte, la proporzionalità rispetto al disvalore del fatto è "da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello "formalmente" amministrativo) e, in particolare, agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato (anche sotto il profilo dell'incidenza del fatto sull'integrità dei mercati finanziari) e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari)"[23].

La Corte fa dunque carico al giudice penale, che intervenga dopo la *definitiva* applicazione della sanzione amministrativa, non solo di operare la valutazione finale di "compatibilità" o meno del complessivo trattamento sanzionatorio con la garanzia del *ne bis in idem*, ma anche di trarne radicali conseguenze, con applicazione diretta del diritto dell'Unione e disapplicazione di quello interno, laddove ravvisi una sproporzione rispetto al fatto contestato: infatti, conclude la Corte, il giudice "dovrà dare corso all'applicazione diretta del principio garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, disapplicando le norme interne che definiscono il trattamento sanzionatorio"[24].

Affermazione che può valere soltanto per le materie che rientrino in campi di competenza del diritto dell'Unione, quali sono gli abusi di mercato, in forza del principio di primazia di tale ordinamento sovranazionale, che comporta l'obbligo di disapplicazione delle norme interne contrastanti: mentre non potrebbe valere per materie ad esse estranee, quali quelle degli illeciti tributari.

Va aggiunto che la Corte distingue due possibili scenari, in quanto precisa che "solo in presenza di una sanzione irrevocabile idonea, da sola, ad 'assorbire' il complessivo disvalore del fatto, il giudice comune dovrà disapplicare *in toto* la norma che commina la sanzione non ancora irrevocabile, così escludendone l'applicazione". Ad avviso della Corte queste ipotesi sarebbero "potenzialmente suscettibili di venire in rilievo nel caso in cui la valutazione circa la violazione del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile quella penale (ossia nel caso preso in considerazione dalla sentenza Garlsson Real Estate): sanzione penale, evidentemente, determinata in termini di particolare severità rispetto al disvalore complessivo del fatto"[25].

---

primo commento all'articolata novella si veda F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2018.

[23] *Ibidem*.

[24] Cass., Sez. V pen., 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, ric. Casoni Chiarioni, punto 11.

[25] *Ibidem*.

Invece, "nel caso opposto in cui (...) la sanzione divenuta irrevocabile sia quella irrogata da Consob, la disapplicazione *in toto* della norma sanzionatoria penale può venire in rilievo in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione amministrativa – evidentemente attestata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di gravità, sotto il profilo penale, affatto contenuta – risponda, da sola, al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti. Fuori dall'ipotesi del tutto eccezionale appena richiamata, l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni – non già *in toto*, ma – solo nel minimo edittale"[26].

Su tali basi, la Corte di legittimità è conclusivamente giunta ad enunciare un importante *principio di diritto*, che recita come segue: "In tema di abusi di mercato, 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 esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione in mitius* della norma che commina dette sanzioni solo nel minimo edittale, con esclusione della multa, in virtù del meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-*terdecies* TUF, e, con riguardo alla reclusione, fermo restando il limite minimo insuperabile dettato dall'art. 23 cod. pen."[27].

Dunque vi è stato un importante approdo nomofilattico della Corte di Cassazione, che ha cercato di fornire criteri di portata generale, che vanno oltre le questioni inerenti la fattispecie concreta al suo esame e lo stesso ambito di competenza strettamente penale, investendo necessariamente quello del rapporto con le sanzioni amministrative punitive. Criteri che hanno già avuto significativa applicazione in sede di merito[28].

---

[26] *Ibidem*.

[27] Cass., Sez. V pen., 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, ric. Casoni Chiarioni, punto 11.3. Corsivi aggiunti.

[28] Cfr. Trib. Milano, sez. III, 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), n. 14767, che in un'ipotesi di manipolazione del mercato ha valutato come interamente assorbita dalla sanzione pecuniaria amministrativa, già irrogata da CONSOB, la multa e determinata perciò la

Per completezza va segnalato che con successiva sentenza depositata il 5 febbraio 2019, la stessa Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 e ss. c.p.p. nei confronti di un imputato di manipolazione del mercato, affermando, sia pure nei limiti della sindacabilità in sede di legittimità delle sentenze di patteggiamento, che la proporzionalità rispetto alle condotte contestate delle sanzioni penali ed amministrative complessivamente comminate all'imputato può essere desunta valorizzando la prossimità delle sanzioni al minimo edittale, oltre che la stessa richiesta di applicazione di una pena quantificata dal medesimo imputato, tenendo conto della diminuzione per il rito prescelto: "se è stato lo stesso imputato, pur già destinatario della sanzione amministrativa, ad accedere alla definizione alternativa sul versante penale proponendo quello specifico trattamento sanzionatorio, egli ha implicitamente riconosciuto la non sproporzione della dosimetria complessiva. (...) Un mero raffronto aritmetico evidenzia (...) come tutte le sanzioni applicate si collochino decisamente in prossimità dei rispettivi minimi edittali (...). Per concludere sul punto deve quindi essere escluso che, all'esito e nei limiti delle valutazioni consentite a questa Corte quale Giudice di legittimità su una sentenza di patteggiamento, sia emersa (...) una violazione del divieto del doppio binario sanzionatorio di cui all'art. 50 CDFUE, nella lettura fornitane dalla Corte di Lussemburgo e dalla Corte di Cassazione»[29].

I principi elaborati dalla Corte di Giustizia hanno ovviamente interessato anche la giurisprudenza delle Sezioni civili della Corte di Cassazione, competenti a giudicare dei ricorsi concernenti l'applicazione delle sanzioni amministrative "punitive". Qui basti menzionare che in un caso è stato sbrigativamente affermato, di fronte alla "non intervenuta irrevocabilità delle [...] sentenze penali (e, in particolare, per quella intervenuta propriamente nei confronti dell'odierna ricorrente)" che addirittura non potrebbe "trovare spazio [...] l'applicazione del cosiddetto principio del *ne bis in idem*".[30]

---

pena della reclusione al di sotto del minimo edittale di anni due, stabilito dall'art. 185 TUF, tenuto conto dell'eccedenza – sulla base del parametro di conversione di cui all'art. 135 c.p. – rispetto al principio di proporzione imposto dal divieto di *bis in idem*. Per un favorevole commento si veda F. Mucciarelli, *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *www.penaleconemporaneo.it*, 15 marzo 2019.

[29] Cass., Sez. V pen., 9 novembre 2018 (dep. 5 febbraio 2019), n. 5679, ric. Erbetta, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 2019, n. 2.

[30] La sentenza è menzionata nella Relazione del Presidente CONSOB per l'anno 2018 (in data 31 marzo 2019), disponibile al sito www.consob.it, in specie "Riquadro 2: *Le prime sentenze della Corte di Cassazione emesse a seguito delle sentenze della Corte di Giustizia sul* ne bis in idem", p. 94 ss., 97, da cui sono tratte anche le successive citazioni.

In diversa fattispecie, nella quale si era invece "in presenza di una sentenza penale di assoluzione 'perché il fatto non sussiste' (...)", la Suprema Corte ha affermato che "la portata precettiva dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (...) consente il pieno dispiegarsi del divieto di perseguire (...) in sede amministrativa fatti già giudicati in sede penale. Da ciò deriva l'impossibilità di proseguire l'accertamento dell'illecito amministrativo configurato dagli stessi fatti storici giudicati (e ritenuti insussistenti) in sede penale; impossibilità che impone l'arresto del procedimento amministrativo (e di quello giudiziario di opposizione alla sanzione amministrativa) prima dell'accertamento definitivo dell'illecito e dell'applicazione della relativa sanzione»[31].

Infine la Corte è intervenuta anche con riferimento alla responsabilità dell'ente prevista, da un lato, dagli artt. 5 e 23-*sexies* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e, dall'altro, dall'art. 187– *quinquies* TUF, escludendo che si possa ravvisare il presupposto dell'*idem factum*. Infatti è stato affermato che non si potrebbe "configurare alcuna violazione del principio del ne bis in idem nei confronti della società ricorrente alla stregua della diversità del fatto, discendente dalla 'alterità soggettiva' degli autori, rispettivamente, del reato e dell'illecito amministrativo presupposti. È, infatti, chiaro che, sia nel sistema previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001, sia ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 187-*quinquies* Tuf, il 'fatto' oggettivo per il quale l'ente può essere chiamato a rispondere deve identificarsi con la stessa condotta ascritta all'autore dell'illecito presupposto, in tutte le sue componenti costitutive, ragion per cui la differenza soggettiva degli autori del reato (presupposto) rispetto ai responsabili dell'illecito amministrativo (presupposto) comporta la conseguenza della diversità del fatto materiale ascritto alla sfera di responsabilità dell'ente nei due casi".[32]

## 6. Valutazioni conclusive

Muovendo dall'ipotesi più frequente di definitiva irrogazione della sanzione amministrativa prima della conclusione del processo penale, la Cassazione ha in sintesi stabilito che non è preclusa la prosecuzione di quest'ultimo fino alla condanna, salva la delimitazione del carico sanzionatorio complessivo alla stregua del principio di *proporzionalità*.

Per rispettare in concreto tale principio, il giudice di merito dovrà, se del caso, *disapplicare direttamente* gli stessi limiti edittali *minimi* della pena

[31] *Ibidem*.
[32] *Ibidem*.

detentiva stabiliti dalla legge nazionale, laddove impediscano tale risultato, in quanto si tratti di materia rientrante nella sfera di competenza del diritto dell'Unione, come quella degli abusi di mercato, in cui in forza della sua "primazia" sorge un obbligo di applicazione diretta, che ha effetti *in bonam partem* e non pone problemi di compatibilità con la garanzia della riserva di legge. L'assunto non sembra però possa valere per il campo del diritto penale tributario, se non nei limiti della disciplina delle frodi al bilancio europeo, che rientrino esplicitamente nelle competenze dell'Unione[33].

Viceversa, nell'ipotesi – più rara – di previa applicazione definitiva della sanzione penale, si potrebbe giungere ad un completo "assorbimento" in essa dell'istanza punitiva, che determini l'inapplicabilità di quella amministrativa e l'estinzione del relativo procedimento, previa verifica – ovviamente – della "proporzione" del carico sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto all'unico fatto commesso.

In definitiva si può ritenere che le Corti abbiano raggiunto un importante punto d'approdo, nel lungo percorso giurisprudenziale di riconoscimento, dapprima, e di drastica perimetrazione, poi, della portata concreta del principio o, meglio, del "diritto fondamentale" rappresentato dal divieto di *bis in idem* di fonte europea, sia convenzionale che "comunitaria".

Per arrivare alle indicazioni sopra richiamate, è stata necessaria una ricostruzione assai attenta del lungo "dialogo fra le Corti", sviluppatosi su più livelli: quello "convenzionale" della Corte di Strasburgo, che muove dall'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU; quello della Corte di giustizia dell'Unione europea, che muove invece dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ma deve necessariamente tener conto dell'interpretazione del medesimo diritto data dalla Corte di Strasburgo, per garantire un livello non inferiore di tutela, come impone l'art. 52 della Carta citata; quello del fondamentale diritto alla "proporzione" fra reato e pena, sancito dall'art. 49 della stessa Carta; e quello nazionale, articolato fra gli interventi della Corte costituzionale, via via adeguatasi agli sviluppi del diritto europeo "vivente", sia convenzionale che dell'Unione, come richiedono gli

[33] Si veda l'esplicita attribuzione di competenza (anche penale) di cui all'art. 325 TFUE, e, in materia, la direttiva UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativo alla lotta alle frodi agli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, per un commento della quale sia consentito rinviare, anche per notazioni critiche sulla base giuridica scelta dal legislatore europeo per ragioni prevalentemente politiche, a L. Picotti, *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'era post-Lisbona: la direttiva PIF nel contesto di una riforma "di sistema"*, in G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Milano, 2018, p. 17 s.

artt. 11 e 117 Cost.; e quelli, infine, della Corte di Cassazione, che ha dimostrato di volersi pienamente conformare all'interpretazione del giudice delle leggi, oltre che delle menzionate Corti europee.

In conclusione, si possono evidenziare due passaggi argomentativi, che rendono in linea di massima accettabile, seppur con innegabili aspetti problematici, il punto d'approdo dell'esaminata evoluzione giurisprudenziale.

Innanzitutto va "recuperata" la distinzione fra sanzione *penale* in senso stretto e sanzione (almeno formalmente) *amministrativa*, che pur potendo presentare un contenuto "punitivo" e, dunque, rientrare nella "materia penale" ai fini delle garanzie convenzionali da applicare, sulla base dei c.d. criteri Engel da tempo adottati dalla Corte di Strasburgo, non è però tale da sostituire o far venir meno la specifica ragion d'essere della prima, la cui precipua natura "personalistica", che giunge fino alla privazione della libertà individuale, se funzionale a scopi di prevenzione generale e speciale, è necessario ribadire, pur nei classici limiti espressi dai principi di offensività ed *extrema ratio*.

Le sanzioni amministrative, viceversa, sono essenzialmente pecuniarie e, dunque, strutturalmente "fungibili", potendo solo eventualmente essere (anche) ablative od interdittive, in ogni caso caratterizzandosi quale strumento di immediato intervento, non solo repressivo, bensì principalmente special-preventivo rispetto al protrarsi di condotte illecite od all'aggravarsi dei loro effetti, restando di competenza di un'Autorità amministrativa specializzata nel settore, qual è la CONSOB, per quanto riguarda gli abusi di mercato, ovvero l'Agenzia delle Entrate, con la Guardia di Finanza, per quanto riguarda gli illeciti tributari, ovvero anche l'Autorità garante della privacy, per quanto riguarda la disciplina dei dati personali, che pur si può menzionare in questa sede a titolo esemplificativo.

Tali Autorità operano sulla base di specifiche competenze tecniche e con modalità di accertamento agili e meno formali di quelle stabilite per il processo penale, muovendo ad esempio dalla conoscenza sempre attualizzata delle prassi di mercato, da analisi specifiche e da informazioni acquisite dagli operatori interessati, in ogni caso tenendo conto di un complesso di raccomandazioni, provvedimenti, protocolli interni, regole di *soft law*, nonché valutazioni economico-imprenditoriali ed organizzative, talora anche presuntive, cui si ancorano le stesse sanzioni da esse direttamente irrogate in via amministrativa. Queste hanno dunque riguardo soprattutto all'entità economica degli effetti delle violazioni, alla dimensione delle imprese cui si applicano, all'impatto sulle prassi degli operatori e degli utenti, in modo da garantirne l'efficacia sia special-preventiva, sia general-preventiva. Spetta poi all'Autorità giudiziaria civile una verifica solo eventuale e successiva.

Viceversa le pene, per lo più di natura detentiva, vengono irrogate dall'Autorità giudiziaria penale secondo le comuni regole, forme e garanzie del processo penale, perseguendo finalità di più energica repressione e prevenzione, generale oltre che speciale, che sono loro proprie, nel rispetto degli *scopi rieducativi* che devono avere per la *persona* del colpevole: tanto da doversi commisurare alle sue caratteristiche, condizioni e vicende soggettive, compresa la prognosi circa comportamenti futuri, oltre che alla gravità oggettiva dell'offesa, in conformità all'esplicito dettato costituzionale, che riguarda esse soltanto.

Tale distinzione sostanziale, seppur sommariamente richiamata, fra le due diverse tipologie di sanzioni non può essere superata ed annullata dall'esigenza che le garanzie tradizionalmente concepite ed applicate alle pene siano *estese* anche alle sanzioni amministrative c.d. punitive, riconducibili alla "materia penale" per la loro riferibilità a fatti che hanno altresì un tale od equivalente rilievo, oltre che per la loro gravità e forte incidenza su diritti fondamentali, ma per lo più di natura economico-patrimoniale, diversi dalla libertà personale, come la consolidata giurisprudenza europea ha da tempo affermato, allo scopo precipuo di andare oltre un approccio meramente nominalistico, che resterebbe subordinato alle mere qualificazioni formali date dai diversi legislatori nazionali, con evidente possibilità di "frode delle etichette".

Se di questa non vi sono gli estremi, è dunque legittimo il "doppio binario" sanzionatorio che in specifici campi di intervento, quali quelli esaminati, sia stabilito dal legislatore nazionale, in conformità alle previsioni dello stesso diritto dell'Unione europea: come avviene in quello degli abusi di mercato, ma anche in quello, molto simile, degli illeciti in materia finanziaria, oppure in quello peculiare della disciplina del trattamento e della circolazione dei dati personali.

Ne consegue che il principio del *ne bis in idem* subisce una necessaria flessibilità applicativa, dovendosene salvaguardare l'essenziale nucleo *sostanziale* (il diritto a non subire una duplicazione di *identiche* sanzioni per lo *stesso* fatto), piuttosto che *processuale* (in quanto si può dare invece, nei limiti precisati, una duplicazione di procedimenti, peraltro *diversi*, per lo stesso fatto), sulla base di un necessario *bilanciamento* concreto fra i diversi diritti ed interessi meritevoli di rilievo pubblico, che spetta al giudice nazionale definire, come del resto accade per stabilire i limiti di tutela di ogni diritto che, seppur "fondamentale", non sia (e solitamente non può mai essere) assoluto.

In secondo luogo, occorre riconoscere il rischio del fattore temporale, evidenziato già dalla Corte EDU, che porta ad affermare che gli effetti pratici

del principio possono dipendere dalla successione temporale, oltre che dalla "vicinanza", che si abbia in concreto nell'applicazione definitiva delle due specie di sanzioni. È in forza di tale fattore che può pervenirsi all'assorbimento della sanzione amministrativa in quella penale già irrevocabilmente irrogata, oppure giungersi all'esclusione o al contenimento di quella penale, anche detentiva, al di sotto dei suoi stessi limiti edittali, nell'ipotesi (più frequente) in cui sia divenuta prima definitiva la sanzione amministrativa, in ogni caso nel rispetto del canone generale di *proporzione* del complessivo trattamento sanzionatorio inflitto per il medesimo "fatto".

Restano due domande di fondo, per il penalista, che questo non irragionevole epilogo suscita e che attengono all'ampio potere discrezionale del giudice esercitato ed espressamente attribuitogli dalle varie Corti.

Innanzitutto esso emerge già dal decisivo ruolo, consapevolmente avuto dalla stessa giurisprudenza, sia europea che nazionale, nel definire in concreto il contenuto, la portata e le condizioni applicative del diritto fondamentale del *ne bis in idem* in "materia penale", nella sua dimensione sostanziale, piuttosto che processuale. Tanto che la stessa Corte costituzionale ha fatto riferimento ad un "diritto vivente europeo" il cui innegabile mutamento ha determinato la necessità di riesame delle questioni di legittimità precedentemente sollevate in un diverso contesto interpretativo.

In secondo luogo, altrettanto incisivo è lo spazio riconosciuto alla discrezionalità giudiziale in senso stretto, da esercitare in concreto, che viene affidata dalle Corti (ed in ultimo ribadito dalla nostra Corte di Cassazione) al giudice del merito, *dominus* della definitiva valutazione di "*proporzionalità*" del complessivo carico sanzionatorio originato dal possibile cumulo fra sanzione amministrativa e sanzione penale: discrezionalità tale da poter "imporre" perfino di disapplicare la sanzione amministrativa ovvero di derogare ai limiti edittali minimi della pena detentiva, stabiliti dalla legge nazionale, come già si è verificato. Dunque una discrezionalità che può superare il perimetro edittale legale, seppur *in bonam partem*.

Certamente oggi occorre andare oltre la tradizionale e riduttiva lettura del fondamentale principio di legalità in materia penale in termini di riserva assoluta di legge statale, quale unica e stabile fonte del diritto penale, di fronte al nuovo assetto "multilivello" delle stesse fonti, che appare legittimo, sia costituzionalmente, che convenzionalmente. Di conseguenza non può non riconoscersi l'ampliamento del corrispondente ruolo della giurisprudenza, che deve esercitare, ai rispettivi plurimi livelli di competenza, la necessaria funzione d'interpretazione ed armonizzazione delle diverse istanze di protezione e di garanzia.

Non per questo può però la giurisprudenza come tale assurgere (o venir innalzata) al rango di "autonoma" *fonte* del diritto, pur nel "labirinto" di nor-

me e principi, di diversa origine ed efficacia, in cui deve piuttosto districarsi, per definire ragionevolmente le soluzioni *ermeneutiche* più appropriate[34].

Senza deviare dal solco metodologico dell'insegnamento dei comuni Maestri, il cui ricordo ci lega particolarmente al Collega che festeggiamo, si deve riconoscere che l'attività *interpretativa* va sempre distinta dall'opera del legislatore: ma resta un momento imprescindibile dell'esperienza giuridica, anche in campo penale, con il solo limite del divieto di analogia, quantomeno *in malam partem*[35]. E questo riconoscimento non può non valere oggi, anche con riferimento all'interpretazione *delle* o "conforme" *alle* fonti europee, così come nel dopoguerra il riferimento era stato (pioneristicamente) dai nostri Maestri proiettato nei rapporti fra legge ordinaria e novella Carta costituzionale.

Nel contempo, vanno ribaditi i limiti essenziali del ruolo del giudice, discendenti dalla logica stessa del "sistema" che impone il rispetto di principi e criteri sovraordinati, cui deve restare soggetto.

Lungi quindi da ogni aprioristico rigetto dell'opera preziosa delle Corti, indispensabile proprio per l'inevitabile complessità giuridica dei nostri tempi e la necessità di costruire ed adeguare *sistemi* il più possibile "armonizzati" a livello sovranazionale, occorre ribadire l'esigenza di distinguere gli spazi ed ambiti di tali interventi, in conformità alle rispettive sfere d'azione.

In particolare, il momento strutturalmente valutativo, di "commisurazione" della pena, di sicura pertinenza dell'attività giudiziaria di merito, deve restare distinto e non confondersi con il precedente momento dell'interpretazione della portata del precetto e dei suoi limiti, che rimane attratto nella sfera della legalità, sia pur *in action*, da cui vanno derivati i criteri di orientamento propri dello stesso momento commisurativo, in coerenza con le diverse finalità e connotazioni delle sanzioni da applicare. Criteri che dovrebbero rispecchiarsi infine nella motivazione, attraverso cui soltanto può esserne controllato il legittimo esercizio, dovendosi rifuggire da quelle formule pigre che ne eludono l'obbligo e si connotano come meramente apparenti.

---

[34] Su tale tensione che percorre l'esperienza giuridica, non solo penalistica, si vedano esemplarmente, con diverse prospettive, i contributi di A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, II ed., Torino, 2014; e da ultimo di M. Donini, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in www.sistemapenale.it. Sull'argomento, per la felice espressione, vedi anche V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

[35] P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova 1982, p. 131; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 303.

Soltanto se queste distinzioni e condizioni siano nella prassi rispettate, potrà dirsi che il necessario e – sul tema esaminato, sostanzialmente proficuo – "dialogo fra le Corti" può condurre ad un progresso non solo di *efficienza* degli interventi sanzionatori, ma anche di *garanzia* dei diritti fondamentali, tutelati ed incisi ad un tempo dall'arma "a doppio taglio" del potere punitivo.

Il test di resistenza di queste garanzie dovrebbe allora essere rappresentato dall'esigenza, parimenti di derivazione europea, di *prevedibilità* della decisione, che dovrebbe estendersi, pur in questo contesto, alla qualità e quantità della complessiva sanzione punitiva, in concreto applicabile.

€ 50,00

ISBN 9788858212325