

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

FRANCESCO ANTONINO LANERI

Il dialogo tra le Corti in tema di *ne bis in idem*: alla ricerca di un punto d'equilibrio in un percorso ancora incompiuto

Le recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte costituzionale forniscono una rappresentazione del *ne bis in idem* sostanziale ancora non del tutto lineare, nell'affannosa e complessa ricerca di un equilibrio tra efficienza sanzionatoria imposta dalla legislazione settoriale di derivazione europea e massimizzazione delle garanzie individuali consacrate nell'ambito del costituzionalismo multilivello.

The dialogue between the Courts on ne bis in idem: seeking a balance in a still unfinished path

The recent case law of European Court of Justice and the sentence n. 149/2022 of Italian Constitutional Court don't clarify the uncertainty regarding the application of the new principles related to the prohibition of double jeopardy, in the laborious and complex search for a balance between sanctioning efficiency imposed by european legislation and the maximisation of the individual rights enshrined in the framework of multilevel constitutionalism.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il percorso seguito dalla giurisprudenza eurounitaria e convenzionale in tema di *ne bis in idem* - 3. Le sentenze *bpost* e *Nordzucker*: il bilanciamento compiuto dalla Corte di giustizia tra diritto della concorrenza e *ne bis in idem* - 4. Le criticità emergenti dalle pronunce della Grande Camera. L'ennesima occasione sprecata? - 5. Il *ne bis in idem* nuovamente al vaglio della Corte costituzionale con la sentenza n. 149 del 2022. Quale futuro per i doppi binari sanzionatori? - 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*. Il tema del *ne bis in idem* europeo, inteso nella duplice accezione eurounitaria e convenzionale, tiene vivo uno dei più interessanti dibattiti continentali degli ultimi anni. Un dialogo pressoché costante tra le Corti nazionali e le Alte Corti europee ha in poco tempo stravolto i canoni tradizionali di comprensione - e, quindi, di applicazione - di un principio che nell'ordinamento italiano ha sempre assunto una valenza processuale in chiave garantistica, quale espressione del giusto processo *lato sensu* inteso. Tale dibattito, ben lontano dall'essersi sopito, è costantemente alimentato dall'aggiunta di elementi nuovi, seppur forse insufficienti, volti a realizzare un doveroso coordinamento tra le garanzie previste dal diritto nazionale e quelle presenti in ambito europeo e racchiuse, segnatamente, nella C.E.D.U. e nella C.D.F.U.E.

Con le sentenze *bpost* e *Nordzucker* del 22 marzo 2022 la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea è tornata a pronunciarsi in materia di *ne bis in idem*. Ha, così, fornito importanti indicazioni in ordine allo sviluppo di quei criteri, elaborati dalla Corte in occasione delle sentenze

Menci, Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca, funzionali al coordinamento tra procedimenti sanzionatori punitivi riconducibili all'ampia nozione di *matière pénale* elaborata dalle Alte Corti¹.

Entrambe le pronunce traggono origine da domande di rinvio pregiudiziale e vertono sull'applicazione delle norme del diritto dell'Unione a tutela della concorrenza. Le incertezze manifestate dai giudici del rinvio sull'interpretazione dell'art. 50 C.D.F.U.E. confermano una difficoltà diffusa nel recepimento dei principi formulati dalla giurisprudenza europea in materia, considerata, inoltre, l'estrema vastità dei campi in cui la legislazione degli Stati membri fa ricorso alle sanzioni amministrative punitive. Le due soluzioni prospettate dalla Corte alle questioni pregiudiziali consentono di realizzare *funditus* una ricostruzione delle varie sfumature delle condotte e degli effetti da esse scaturenti che possono andare incontro ad una duplice sanzione. Le due pronunce, pertanto, contribuiscono a fornire un ulteriore elemento nella comprensione dei principi elaborati dalla giurisprudenza eurounitaria, i cui spunti potranno orientare anche la prassi applicativa nostrana.

Le difficoltà diffuse nel recepimento degli arresti della giurisprudenza europea sono confermate da una recente pronuncia della Corte costituzionale (la n. 149 del 2022) che trae origine da un'ordinanza di rimessione - formulata dal Tribunale di Verona - in ordine alla compatibilità dell'art. 649 c.p.p. in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 C.E.D.U., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato per reati connessi alla violazione del diritto d'autore, ai sensi della disciplina fissata dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, quando, con riguardo ai medesimi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un nesso materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale in base ai criteri elaborati dalla Corte EDU in occasione del celebre caso *Engel c. Paesi Bassi* del 1976. La pronuncia in esame conferma il costante esercizio da parte dei giudici nazionali di un sindacato diffuso di compatibilità eurounitaria e convenzionale dei binari sanzionatori doppi, di matrice penale e amministra-

¹ Il riferimento è ai criteri *Engel* elaborati dalla Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*. Per l'adesione della Corte di giustizia dell'Unione Europea ai criteri *Engel* v.: Corte giust. UE, 5 giugno 2012, *Bonda* (C-489/10, EU:C:2012:319).

tiva, nel tentativo certamente complesso di coniugare efficienza sanzionatoria e tutela dei diritti fondamentali.

2. *Il percorso seguito dalla giurisprudenza eurolunitaria e convenzionale in tema di ne bis in idem.* Prima di valutare quali spunti sono stati offerti sul tema dalla più recente giurisprudenza, occorre dedicare alcuni cenni alle sentenze capostipite della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte EDU in materia di ne bis in idem: principio garantito sia dall'art. 50 della Carta di Nizza, sia dall'art. 4 protocollo n. 7 C.E.D.U. È necessario osservare, infatti, come le sentenze *bpost* e *Nordzucker* costituiscano soltanto la più recente applicazione di una serie di principi che si sono consolidati negli ultimi anni e che trovano fondamento, in primo luogo, nella giurisprudenza convenzionale.

Con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, la Grande Chambre della Corte EDU ha inaugurato un orientamento, cui poi aderirà anche la giurisprudenza eurolunitaria, che ha mutato i canoni classici nell'interpretazione del ne bis in idem, transitando verso un modello flessibile che considera compatibile con la garanzia in esame l'avvio di due procedimenti aventi - alla luce dei criteri *Engel* - carattere sostanzialmente penale, ammettendo il cumulo punitivo qualora vi sia una sufficiente connessione temporale e materiale tra i due procedimenti e purché si giunga all'irrogazione di sanzioni conformi a canoni di proporzionalità. Per quanto concerne la connessione materiale occorre, in particolare, verificare se i diversi procedimenti perseguano scopi complementari e se considerino non solo in astratto, ma anche in concreto, aspetti diversi dell'atto pregiudizievole; se il cumulo sanzionatorio sia una conseguenza prevedibile della condotta del soggetto; se i procedimenti condotti abbiano evitato, per quanto possibile, qualsiasi ripetizione nella raccolta e nella valutazione degli elementi di prova, anche mediante una cooperazione tra le autorità coinvolte; se le sanzioni inflitte nel corso del primo procedimento siano state prese in considerazione nell'irrogazione delle sanzioni all'esito del secondo, onde prevenire un carico eccessivo nei confronti dell'interessato. Il requisito della connessione temporale, invece, non implica che i due procedimenti si svolgano contestualmente, né che si concludano in maniera simultanea, in quanto la giurisprudenza convenzionale suole attribuire maggiore rilievo al momento iniziale, rimanendo irrilevante la circostanza che tali procedimenti si concludano anche a distanza di anni l'uno dall'altro, come d'altronde accade in ma-

niera pressoché costante nella prassi, data la significativa durata dei procedimenti penali rispetto ai più celeri procedimenti amministrativi².

In verità, con la sentenza A. e B. c. Norvegia, la Grande Chambre della Corte EDU ha messo a sistema i principi emergenti da talune precedenti decisioni, che avevano progressivamente allargato le maglie del giudizio di compatibilità del cumulo punitivo con l'art. 4 protocollo n. 7 C.E.D.U.³. Tale pronuncia si inseriva all'interno di una vicenda concernente l'evasione dell'imposta sul valore aggiunto, sebbene fosse di immediata evidenza l'intento di formulare dei principi di carattere generale, destinati a trovare applicazione in ogni settore che implicasse l'adozione da parte del legislatore nazionale di un doppio binario sanzionatorio a carattere punitivo.

Con le sentenze Menci⁴, *Garlsson Real Estate e a.*⁵, *Di Puma e Zecca*⁶, la Corte di giustizia aderiva agli arresti precedentemente inaugurati in ambito convenzionale, addivenendo ad una sostanziale convergenza di interpretazioni⁷.

Le tre pronunce dei Giudici lussemburghesi del 20 marzo 2018, ancorché concernenti materie tra loro eterogenee (evasione delle imposte e applicazione di sanzioni ad opera della Consob per la commissione di abusi di mercato), conducono a conclusioni analoghe, derivanti dalle indicazioni provenienti dalla Grande Chambre della Corte EDU. Affinché i procedimenti esperibili per i medesimi fatti possano dirsi coordinati è necessaria, oltre una stretta connessione temporale, anche la complementarità degli scopi perseguiti. In occasione del caso Menci, concernente - come si è già anticipato - la materia tributaria, la Grande Sezione ha ritenuto legittima la scelta degli Stati membri di prevedere delle sanzioni amministrative per fini dissuasivi e di repressione per l'inadempimento delle imposte, nonché delle sanzioni penali per reprimere le violazioni più gravi che determinino conseguenze particolarmente deleterie per la società. Gli arresti della giurisprudenza europea se, da un lato, sembrano aver dismesso nei confronti del singolo una garanzia individuale di tipo processuale, dall'altro consegnano all'interprete un più ampio margine di

² v., in tal senso, Corte EDU, 8 ottobre 2020, *Bajić c. Croazia*, par. 45.

³ v. Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*.

⁴ Corte giust. UE, 20 marzo 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197).

⁵ Corte giust. UE, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.* (C-537/16, EU:C:2018:193).

⁶ Corte giust. UE, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca* (C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192).

⁷ cfr. NASCIBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 98.

apprezzamento in ordine al trattamento sanzionatorio, rimuovendo quelle preclusioni automatiche del cumulo punitivo, che rispondono alla tradizionale funzione processuale del *ne bis in idem*⁸, come riconosciuta dall'art. 649 c.p.p.

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea sono state immediatamente recepite dalla Corte costituzionale, che in merito ha così argomentato: «il *ne bis in idem* cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato ad un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una “close connection” è possibile proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro. Inoltre, neppure si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata»⁹. Orbene, alla luce dell'iter giurisprudenziale che si è appena ricostruito, risulta evidente come i confini del principio in esame siano da ritenersi quanto mai incerti e mutevoli, tanto da indurre alcuni autori a sostenere che il *ne bis in idem* si sia de facto tramutato in un contenitore vuoto di principi eterogenei, tra cui, in primis, quello di proporzionalità della pena¹⁰. L'ambito di operatività della garanzia in commento ha così subito una progressiva dilatazione, travalicando i binari del processo penale come tradizionalmente inteso¹¹ e valorizzando una piattaforma condivisa dell'orizzonte punitivo che prescinde dai nomina attribuiti dai singoli ordinamenti¹².

D'altronde, è sempre più radicata la consapevolezza della sostanziale inidoneità dello strumento repressivo penale per talune forme di criminalità, come quella finanziaria o tributaria, che impongono una risposta celere ed efficace

⁸ N. MADIA, *Il ne bis in idem europeo nella sua “nuova” veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell'ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 6.

⁹ Corte cost., n. 43 del 2018.

¹⁰ L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi e regole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2020, 3, 127.

¹¹ Sulla sempre decrescente rilevanza della funzione processuale del *ne bis in idem*: MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *Il ne bis in idem*, a cura di Mangiaracina, Torino, 2021, 220 ss.

¹² GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 6.

al fatto di reato; da qui discende l'esigenza, avvertita dallo stesso legislatore europeo, di predisporre dei procedimenti sanzionatori innanzi all'autorità amministrativa, caratterizzati da maggiore celerità e snellezza - o meglio, da un minore ventaglio di garanzie nei confronti dell'individuo¹³ - e da un numero di sanzioni con una connotazione particolarmente afflittiva, talora contraddistinte da un grado di severità maggiore delle stesse sanzioni penali¹⁴.

Esempio paradigmatico di modelli punitivi a doppio binario è il Capo III del T.U.F., relativo alle sanzioni amministrative in tema di abusi di mercato. Con riferimento a tale settore, ritenuto particolarmente esposto a gravi forme di criminalità, il legislatore ha espressamente previsto ed imposto il cumulo tra sanzioni penali e sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali. Invero, gli artt. 187-bis e 187-ter T.U.F., in materia di abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, prevedono espressamente la convergenza in idem dello strumento repressivo penale e di quello di matrice amministrativa, escludendo ogni margine di apprezzamento in capo all'interprete¹⁵. L'esigenza di adeguare l'attivazione del doppio binario punitivo alle esigenze di proporzionalità imposte, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha indotto il legislatore italiano a riformare con il d.lgs. n. 107/2018 l'art. 187-terdecies T.U.F., la cui vigente formulazione stabilisce che 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

¹³ Sulla difficoltà, in concreto, a coordinare il sistema amministrativo con quello penale in relazione alle garanzie tipiche di quest'ultimo: v. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in questa *Rivista*, 2019, 3, 46 ss.

¹⁴ SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in questa *Rivista*, 2019, 1, 1.

¹⁵ La natura sostanzialmente penale delle fattispecie formalmente amministrative contenute nel T.U.F. è stata recentemente ribadita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 63 del 2019 che, in relazione all'art. 187-bis, ha ritenuto applicabili le garanzie tipiche della materia penale, tra cui la retroattività della *lex mitior*; cfr. Cort cost. n. 223 del 2018, in relazione all'opposta prospettiva dell'irretroattività della legge più sfavorevole, 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 per l'insider trading secondario)*, in www.penalecontemporaneo.it.

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.

Il legislatore nostrano, in ossequio all'esigenza di garantire un certo margine di flessibilità nella dosimetria sanzionatoria di cui si è detto, introduceva tali meccanismi di scomputo automatico delle sanzioni qualora uno dei due procedimenti (per ovvie ragioni quello amministrativo) si fosse già concluso¹⁶. Tale meccanismo è stato censurato dalla Corte di giustizia, che è ben poco incline a valorizzare quegli automatismi legislativi che prescindano dalla specificità del caso concreto; si predilige, così, un diverso approccio casistico che possa anche far fronte ad una delle lacune della riforma del 2018, ovvero sia l'assenza di un meccanismo di scomputo delle sanzioni eterogenee, detentive e pecuniarie. La giurisprudenza italiana ha così fatto tesoro delle indicazioni provenienti dalla Corte di Lussemburgo, arrivando ad ammettere la diretta applicabilità dell'art. 50 della Carta, alla luce dell'interpretazione fornita dalla Grande Camera nelle pronunce che si sono poc'anzi richiamate, giungendo sino alla disapplicazione dei minimi edittali o addirittura della sanzione penale tout court, qualora siano già state definitivamente inflitte le sanzioni amministrative e nella prospettiva in cui il disvalore della condotta si ritenga completamente assorbito¹⁷. La disapplicazione in mitius dei minimi edittali trova il suo limite nell'art. 23 c.p., ritenuto dalla Corte di cassazione norma di sistema che assicura il rispetto del principio di legalità delle pene¹⁸.

Orbene, ricostruita brevemente la saga giurisprudenziale sviluppatasi in anni recenti e i primi risvolti prodotti nel nostro ordinamento, è di agevole comprensione la ragione per cui le Corti sovranazionali si astenero dall'individuazione di regole che consentissero in maniera puntuale di effettuare il giudizio di compatibilità tra i binari sanzionatori doppi e il ne bis in idem, considerata l'estrema eterogeneità dei campi in cui tale test può trovare applicazione. Se tale premessa è certamente condivisibile nei suoi presupposti

¹⁶ Per una prospettiva critica sulla riscrittura dell'art. 187-terdecies T.U.F.: BASILE, *Mini-riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini del d. lgs. n. 107/2018*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 3, 336.

¹⁷ Cass. Pen., sez. V., 30 settembre 2019, n. 39999.

¹⁸ Cass. Pen., sez. V., 21 settembre 2018, n. 49869.

teorici, svariate sono le incertezze emerse dalla prassi applicativa, conducendo, come nel caso di specie, a nuove pronunce volte a fornire ulteriori strumenti ermeneutici ai giudici degli Stati membri.

3. Le sentenze bpost e Nordzucker: il bilanciamento compiuto dalla Corte di Giustizia tra diritto della concorrenza e ne bis in idem. - Come in precedenza osservato, la Grande Camera della Corte di giustizia è tornata di recente a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 50 della Carta, fornendo delle indicazioni in ordine ai criteri di coordinamento tra i procedimenti sanzionatori nell'ottica della convergenza in idem di due sanzioni sostanzialmente penali. Il caso bpost verte sull'abuso di posizione dominante da parte della principale impresa di distribuzione postale in Belgio. Mediante l'adozione di un nuovo piano di tariffazione, la bpost imponeva delle condizioni economiche più onerose alla categoria degli intermediari, ossia a coloro i quali svolgono a monte il servizio di distribuzione postale, tramite la preparazione della corrispondenza e il deposito degli invii. L'adozione del nuovo piano di tariffazione comportava l'avvio di un procedimento innanzi all'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), l'autorità belga di regolazione del settore. Contestualmente, l'autorità garante della concorrenza avviava nei confronti della bpost un ulteriore procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, sanzionato ex art. 102 TFUE e in base all'art. 3 della legge belga a tutela della concorrenza. Il giudice del rinvio promuoveva, quindi, domanda di rinvio pregiudiziale, al fine di verificare la compatibilità con l'art. 50 della Carta dell'avvio di due procedimenti aventi carattere sostanzialmente penale, quando il medesimo fatto per il quale si procede è tutelato tanto da una normativa settoriale, e segnatamente nell'ambito del settore postale, quanto dalla normativa di derivazione europea a tutela della concorrenza. In altre parole, il giudice belga si chiede se i due scopi perseguiti dalle fonti legali sopracitate possano dirsi complementari, rispettando quei parametri elaborati dalla Corte in occasione delle sentenze del 20 marzo 2018, *Menci, Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca*.

Questioni in parte analoghe emergono dall'analisi della sentenza *Nordzucker*, mediante la quale la Grande Sezione ha affrontato il tema dell'osservanza del ne bis in idem in relazione alle intese limitative della concorrenza all'interno del mercato dell'Unione. Anche in questo frangente, la vicenda de qua verte su una domanda di rinvio pregiudiziale. Tramite la conclusione di intese anti-

concorrenziali, due società concordavano la ripartizione del mercato tedesco e austriaco nel campo della distribuzione dello zucchero. In un arco temporale alquanto limitato, sia l'autorità austriaca garante della concorrenza, sia l'autorità tedesca in materia avviavano due distinti procedimenti nei confronti della Nordzucker e della Südzucker, le due società coinvolte, al fine di accertare un'infrazione dell'art. 101 TFUE e delle rispettive disposizioni del diritto nazionale. Con decisione del 18 febbraio 2014, divenuta definitiva, l'autorità tedesca condannava le imprese sopraccitate al pagamento di un'ammenda pari ad euro 195 500 000. Tale pronuncia ormai irrevocabile conduceva l'Oberlandesgericht Wien (Tribunale superiore del Land, Vienna, Austria) a rigettare il ricorso presentato dall'autorità austriaca garante della concorrenza, in virtù dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*. La decisione è stata appellata innanzi l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), che è giudice del rinvio.

La questione pregiudiziale verte, in particolare, sull'interpretazione della componente "idem" del principio in esame alla luce delle due pronunce provenienti dalle autorità nazionali. Occorre comprendere, pertanto, se una decisione che accerta la natura anticoncorrenziale di una condotta in relazione agli effetti prodotti nell'ordinamento di uno Stato membro, precluda che la medesima condotta sia oggetto di un secondo procedimento, vertente sugli effetti anticoncorrenziali prodottisi nel territorio di un altro Stato membro. Il caso *bpost*, invece, conduce a interrogarsi se il medesimo fatto naturalisticamente inteso possa essere sanzionato due volte da due autorità distinte, quando la medesima condotta violi più norme poste a presidio di interessi e materie differenti.

Ricostruite le vicende oggetto dei procedimenti principali, la Corte svolge delle osservazioni preliminari comuni ad entrambe le questioni. La Corte procede in primo luogo all'esame delle singole componenti del principio del *ne bis in idem*, allo scopo di fornire delle nozioni preliminari che verranno successivamente utilizzate per argomentare la *ratio decidendi*. Orbene, affinché si possa stabilire se una condotta illecita sia stato oggetto di due differenti decisioni, occorre verificare se tali decisioni abbiano acquisito il carattere della definitività e se nel corso del primo procedimento si sia giunti a definire la questione nelle sue componenti di merito. In altri termini, affinché possa sussistere la componente "bis" del principio in esame, è necessario che sussista una decisione definitiva anteriore ottenuta all'esito di un distinto procedimen-

to che non si sia arrestato ad una pronuncia sul rito. La componente “idem”, invece, verte sull’identità dei fatti materiali oggetto delle fattispecie penali o amministrative punitive, rimanendo irrilevante la qualificazione giuridica attribuita. La Corte aderisce, quindi, ad un approccio di tipo sostanzialistico, che prescinde dal nomen iuris e considera l’identità dei fatti materiali non solo in relazione alla coincidenza naturalistica delle azioni od omissioni poste in essere, ma anche in base alle conseguenze effettuali scaturenti dalla condotta, come meglio verrà esaminato nel corso della trattazione.

Esaurita l’esegesi delle componenti del principio in analisi, la Corte osserva che il *ne bis in idem* costituisce un diritto fondamentale dell’Unione, suscettibile di rientrare nell’alveo dei diritti derogabili solo in casi di stretta necessità ed in relazione al perseguimento di finalità di interesse generale garantite dal diritto dell’Unione, in base all’art. 52, paragrafo 1, della Carta¹⁹. L’importanza attribuita dall’ordinamento europeo al principio in oggetto è resa manifesta anche dalla recente giurisprudenza della Corte, che ascrive al *ne bis in idem* una funzione di garanzia della certezza del diritto e dell’equità, quali diretti corollari della *res judicata*²⁰. Tali finalità di interesse generale perseguite attraverso l’avvio di due procedimenti distinti non possono essere coincidenti, dal momento che ne scaturirebbe un’ingiustificata duplicazione della sanzione, ma devono essere complementari. Come a più riprese evidenziato dalla giurisprudenza della Corte, l’avvio di due procedimenti è compatibile con il principio del *ne bis in idem* nella misura in cui vengano assicurati dei mezzi di coordinamento, materiali e temporali, e si giunga ad una risposta sanzionatoria proporzionata al disvalore del fatto.

La Corte di giustizia dell’Unione Europea si era in altre occasioni espressa sull’applicazione del principio del *ne bis in idem* in tema di diritto della concorrenza. In *Toshiba Corporation e a.*²¹ è stato sostenuto che tale principio può trovare applicazione soltanto nell’ipotesi in cui vengano soddisfatti tre criteri cumulativi: l’identità dei fatti, l’identità dei contravventori e l’identità dell’interesse giuridico tutelato. In altre pronunce, concernenti materie diffe-

¹⁹ La prima occasione in cui la Corte riconobbe una limitazione del *ne bis in idem* in virtù dell’art. 52, paragrafo 1, della Carta: CGUE, sentenza del 27 maggio 2014, *Spasic* (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586).

²⁰ Corte giust. UE, sentenza del 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, (C-617/17, EU:C:2019:283, punti 29 e 33).

²¹ Corte giust. UE, sentenza del 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e a.* (C-17/10, EU:C:2012:72, punto 97)

renti, si è optato per un approccio maggiormente garantistico, escludendo l'identità dell'interesse giuridico tutelato dai requisiti necessari per l'applicazione dell'art. 50 della Carta²². Tuttavia, la necessaria sussistenza dei tre criteri continua ad essere ribadita in tema di diritto della concorrenza, come appare confermato da recenti pronunce della Corte.²³ La sentenza Nordzucker si colloca in sostanziale continuità, dal momento che la Grande Sezione omette di compiere una puntuale analisi sugli interessi tutelati mediante i procedimenti avviati rispettivamente dall'autorità tedesca e dall'autorità austriaca garanti della concorrenza, limitandosi ad una disamina circa la delimitazione territoriale degli effetti scaturenti dalle intese anticoncorrenziali concluse dalle imprese coinvolte, valutazioni concernenti la medesimezza dei fatti per cui si procede e non la corrispondenza degli interessi protetti. Tuttavia, in occasione del caso *Toshiba Corporation e a.* l'Avvocato generale manifestava l'intento di superare il triplice requisito di cui si è fatto poc'anzi cenno, in ragione di una disparità di trattamento in materia di concorrenza ritenuta priva di giustificazione²⁴. Subordinare l'operatività dell'art. 50 della Carta di Nizza in materia di concorrenza alla contestuale presenza dell'identità dei fatti, dei contravventori e degli interessi coinvolti potrebbe, infatti, segnare un arretramento delle tutele nei confronti del singolo, dal momento che un'interpretazione restrittiva dei beni giuridici protetti dalle fattispecie aumenterebbe i casi di cumulo sanzionatorio, con possibili ricadute sul versante della proporzionalità.

Tali valutazioni, se risultano decisive ai fini del caso Nordzucker, non sono di stretta pertinenza nel caso *bpost*, in cui il primo tra i due procedimenti esperiti nei confronti del medesimo soggetto è giustificato dall'esigenza di tutelare la liberalizzazione del mercato postale. Nel caso *bpost*, infatti, si è ritenuto che gli interessi generali perseguiti nel corso dei due procedimenti fossero differenti, dal momento che la normativa interna di regolazione del settore postale risponde all'esigenza di garantire la liberalizzazione del servizio nel mercato belga, mentre le norme di derivazione europea a tutela della concorrenza ri-

²² Corte giust. UE, sentenze del 9 marzo 2006, *Van Esbroeck* (C-436/04, EU:C:2006:165, punto 36), e del 20 marzo 2018, *Menci* (C-524/15, EU:C:2018:197, punto 35)

²³ Corte giust. UE, sentenza del 25 febbraio 2021, *Slovak Telekom* (C-857/19, EU:C:2021:139, punto 43).

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, 8 settembre 2011, *Toshiba Corporation e a.* (C-17/10, EU:C:2012:72; punti 117 e 118).

sultano funzionali a prevenire effetti distorsivi che precludano l'ingresso di eventuali nuovi concorrenti²⁵. In più occasioni la Corte di giustizia ha osservato, infatti, che gli artt. 101 e 102 TFUE costituiscono norme di ordine pubblico di diritto dell'Unione, finalizzate alla tutela della concorrenza all'interno del mercato comune²⁶. Secondo le conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso Nordzucker, affinché si possa valutare l'identità degli interessi tutelati, è necessario porre a raffronto il diritto degli Stati membri e il diritto dell'Unione, onde riscontrare una sostanziale convergenza della tutela. Tale sovrapposibilità si realizza sovente, anche in virtù dei meccanismi di coordinamento predisposti in materia mediante l'istituzione di una "rete europea della concorrenza", che prevede la partecipazione sia della Commissione sia delle autorità garanti della concorrenza, con lo scopo di rendere uniforme l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE.

Con riguardo al principio di proporzionalità, la Corte impone che il cumulo di procedimenti e sanzioni non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi stabiliti dalla normativa in esame e che il complesso delle sanzioni irrogate corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse. Tali valutazioni dovranno essere in concreto compiute dai giudici degli Stati membri, i quali dovranno verificare se il cumulo tra i procedimenti sia fondato sul perseguimento di interessi generali, tra loro complementari, e se il cumulo delle sanzioni penali possa ritenersi proporzionato in relazione agli scopi tutelati dal diritto nazionale. La valutazione richiede una comparazione astratta tra le fattispecie, che preclude qualsivoglia sindacato sulla proporzionalità in concreto qualora si ritenga che una delle due fattispecie incriminatrici assorba integralmente il disvalore del fatto²⁷. La proporzionalità sanzionatoria connessa al ne bis in idem sostanziale presupporrebbe, pertanto, un rapporto di assorbimento tra fattispecie astratte, sulla base di analogie

²⁵ v., in tal senso: Corte giust. UE, sentenze del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punto 36), nonché del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.* (da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punto 31).

²⁶ v., in tal senso: Corte giust. UE, sentenze del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.*, (da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punto 31), nonché del 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, punti da 20 a 22).

²⁷ Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, par. 48.

strutturali o valoriali²⁸. Conseguentemente, una pena proporzionata al disvalore del fatto è altresì una pena coerente con la sua funzione rieducativa, come anche è stato messo in luce con la sentenza n. 236 del 2016 della Corte costituzionale²⁹. Ne bis in idem sostanziale e proporzionalità della pena, alla luce di quanto esposto, costituirebbero due riflessi di un fenomeno unitario, volto ad assicurare una risposta adeguata dell'ordinamento alla condotta antidoverosa³⁰. Si tratta di un sindacato di stampo casistico certamente complesso, ma sostanzialmente inevitabile, come meglio si analizzerà nel corso della trattazione, in ragione della progressiva diffusione negli ordinamenti degli Stati membri di meccanismi sanzionatori fondati sul doppio binario. Tuttavia, i diritti riconosciuti in ambito eurounitario dagli atti normativi di rango primario consentono ai giudici nazionali di orientare le loro valutazioni, verificando se gli interessi tutelati dal diritto nazionale corrispondano ai diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione.

Alcuni interessanti spunti, ai fini di una più adeguata comprensione dei principi poc'anzi esposti, provengono dalla recente giurisprudenza della Corte EDU. Occorre rammentare, infatti, che il ne bis in idem trova tutela anche nel sistema della Convenzione, ai sensi dell'art. 4 del protocollo n. 7 C.E.D.U., e che, in base all'art. 52, paragrafo 3, della Carta di Nizza, ove un diritto trovi analogo riconoscimento tanto nel diritto dell'Unione quanto nel sistema della Convenzione, l'interpretazione del suddetto diritto è da ritenersi corrispondente. Orbene, importanti indicazioni nella definizione dei criteri che governano l'applicazione del ne bis in idem europeo possono evincersi dal caso *Velkov c. Bulgaria*³¹, in occasione del quale la Corte EDU ha osservato che l'elemento della sufficiente connessione materiale non può ritenersi soddisfatto allorquando i due procedimenti non perseguano scopi complementari, dal momento che il coordinamento è funzionale ad assicurare una risposta unitaria dell'ordinamento in base ai vari profili di disvalore della condotta. Ciascun procedimento deve, pertanto, perseguire scopi differenti o

²⁸ N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo di insieme*, Milano, 2020, 205.

²⁹ cfr. Corte costituzionale n. 251 e 68 del 2012.

³⁰ Contra, SILVA, *op. cit.*, 35, che circoscrive l'operatività del principio di proporzionalità alla sola fase dell'applicazione in concreto della sanzione, mentre il *ne bis in idem* opererebbe nella fase della comparazione astratta tra le fattispecie.

³¹ Corte EDU, 21 luglio 2020, *Velkov c. Bulgaria*.

comunque sanzionare profili della condotta che non siano parimenti presi in considerazione dall'altra autorità.

Alla luce di tali considerazioni, ben si comprende l'iter logico seguito dalla Grande Sezione nel caso Nordzucker: l'ammenda inflitta dall'autorità tedesca si limitava, infatti, a punire gli effetti anticoncorrenziali della condotta con riferimento alle sole ripercussioni prodotte sul mercato tedesco, senza che gli effetti della condotta prodottisi sul mercato austriaco venissero presi in considerazione. Il criterio della complementarità degli scopi perseguiti attraverso l'avvio dei due procedimenti, richiamato in occasione del caso *Velkov c. Bulgaria*, permette di comprendere altresì la ratio decidendi della sentenza bpost: la normativa del settore postale risulta orientata alla tutela di interessi diversi da quelli garantiti dalle norme in materia di tutela della concorrenza, assicurando la complementarità dei procedimenti.

In conclusione, la recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea fornisce degli ulteriori strumenti di interpretazione dell'*idem factum*, che costituisce una delle due componenti del principio sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza. Affinché, pertanto, l'avvio di un secondo procedimento o il cumulo delle sanzioni si ponga concretamente in contrasto con il principio del *ne bis in idem*, è necessaria una verifica da parte del giudice di uno Stato membro degli interessi tutelati dalla fattispecie costituente la base legale del primo procedimento e del perimetro degli effetti scaturenti dalla condotta esaminata dall'autorità procedente. Tali considerazioni costituiscono la chiave di lettura anche per la comprensione della sentenza della Corte costituzionale che verrà esaminata in seguito.

4. Le criticità emergenti dalle pronunce della Grande Camera. L'ennesima occasione sprecata? - In verità, la recente giurisprudenza europea conferma talune preoccupazioni derivanti dall'adesione alla versione sostanzialistica del *ne bis in idem*; in particolare, il timore è che l'adesione incondizionata ad un modello forse eccessivamente flessibile possa tradire la ratio garantistica dell'istituto in esame, che costituisce uno dei capisaldi del diritto europeo, nella duplice dimensione unionista e convenzionale. E proprio dall'analisi delle Carte dei diritti sovranazionali si segnalano taluni aspetti che appaiono meritevoli di maggiori considerazioni. L'art. 50 della Carta di Nizza, in particolare, prevede espressamente che «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione

a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Con un esplicito riferimento testuale, la disposizione in esame estende l'operatività del divieto di bis in idem all'ordinamento europeo considerato nel suo complesso, al di là, pertanto, dei confini nazionali. Tale interpretazione è sostenuta dalle Spiegazioni relative alla Carta³², mediante le quali si sottolinea che la regola del ne bis in idem non si applica solo all'interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri³³. Il ne bis in idem finisce in sostanza col costituire un presidio ulteriore, secondario rispetto ai conflitti di giurisdizione, onde prevenire che un individuo venga perseguito due volte per il medesimo fatto all'interno dello spazio giuridico dell'Unione³⁴. Pertanto, il diritto eurolunitario assicura degli standard di protezione più elevati rispetto alla C.E.D.U., che intende ancora il divieto di doppio giudizio in una dimensione esclusivamente nazionale³⁵, come si legge dall'art. 4 del protocollo 7 C.E.D.U., a tenore del quale «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato [...]». L'interpretazione della suddetta disposizione è letterale, come conferma una rilevante pronuncia della Corte EDU del 20 febbraio 2018, *Krombach c. Francia*, con cui la Quinta sezione ha dichiarato l'irricevibilità di un ricorso presentato da un cittadino tedesco, dapprima assolto in Germania per insufficienza di prove e poi condannato in Francia per il medesimo fatto, chiarendo che l'art. 4 protocollo 7 C.E.D.U. non assume una dimensione transnazionale e non impedisce l'avvio di un secondo procedimento in un altro Stato aderente alla Convenzione, rimanendo irrilevante la circostanza che i due Paesi considerati siano entrambi membri dell'Unione Europea³⁶.

Tali assunti non devono far dubitare sullo spazio di applicazione dell'art. 50 della Carta, che rimane comunque invariato, soprattutto alla luce della clausola di cui al terzo paragrafo dell'art. 52, a tenore della quale, ferma la coincidenza contenutistica di un diritto garantito a livello europeo quando questo

³² G.U.U.E., C-303/17; cfr. Corte Giust. UE, sentenza 11 dicembre 2008, *Bourquain* (C-297/07, EU:C:2008:708) sul carattere transfrontaliero del divieto di punire due volte il medesimo fatto ai sensi dell'art. 54 CAAS.

³³ GALGANI, *Ne bis in idem e spazio giudiziario europeo*, op. cit., a cura di Mangiaracina, 234 ss.

³⁴ DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *Legisl. Pen.* (web), 24 luglio 2015, 17.

³⁵ GALGANI, *Ne bis in idem e spazio giudiziario europeo*, op. cit., a cura di Mangiaracina, 247.

³⁶ Corte EDU, 20 febbraio 2018, *Krombach c. Francia*, par. 38.

trovi tutela anche nel sistema della Convenzione, non è precluso che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Eventuali difformità contenutistiche tra i diritti sanciti sia a livello europolitano che convenzionale vanno superate, pertanto, secondo una prospettiva strettamente garantistica, che assicuri all'individuo la protezione più ampia. Alla luce di tali considerazioni, la decisione della Grande Sezione in relazione al caso Nordzucker non appare del tutto in armonia con tali statuizioni, dal momento che la formulazione dell'art. 50 della Carta conferisce al diritto in esame una connotazione manifestamente eccedente i confini nazionali, nella chiara prospettiva di assicurare un'incisiva protezione dell'individuo nell'ipotesi in cui la fattispecie possa essere perseguita da più autorità all'interno dello spazio giuridico dell'Unione. La decisione della Grande Sezione desta ulteriori perplessità se si rammenta quanto poc'anzi evidenziato in relazione al caso Toshiba e a., ovvero sia la triplice condizione dell'identità dei fatti materiali, dei contravventori e dell'interesse giuridico tutelato che è posta dalla costante giurisprudenza della Corte ai fini dell'operatività del *ne bis in idem* in materia di concorrenza. Come è stato opportunamente sottolineato dall'Avvocato Generale nella formulazione delle Conclusioni, tale disparità di trattamento risulta priva di giustificazione e finisce progressivamente col rendere sempre più angusti gli spazi di tutela nei confronti dell'imputato.

Altre criticità emergono dallo studio della componente *idem* del principio di cui all'art. 50 della Carta. Come si è in precedenza accennato, una ben consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia aderisce ad una versione sostanzialistica della nozione in esame, riferendosi non all'*idem* legale bensì all'*idem factum*. Tale ricostruzione supera il tenore letterale delle disposizioni che, all'interno dello spazio giuridico europeo, si riferiscono al concetto di reato, richiamando la portata giuridica e non materiale del *idem*. Non-dimeno, con il celebre caso *Zolothukin c. Russia* del 10 febbraio 2009, la Grande Chambre della Corte EDU ha sottolineato che, allo scopo di assicurare la finalità garantista propria del principio in commento, è necessario guardare all'identità materiale degli accadimenti considerati, attribuendo rilevanza all'*idem factum* e non all'*idem* legale, contrariamente al tenore letterale dell'art. 4 del protocollo 7 C.E.D.U.

Come è noto, la pronuncia appena richiamata ebbe un'eco notevole anche nell'ordinamento italiano, dal momento che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2016, dichiarò l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nella parte

in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. La questione di legittimità costituzionale trae origine da un'ordinanza di rimessione, formulata dal GUP del Tribunale di Torino, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di rinvio a giudizio di una persona imputata per omicidio doloso, la quale in un distinto procedimento veniva prosciolta per prescrizione dai reati previsti dagli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, del codice penale, disciplinanti rispettivamente la fattispecie di disastro innominato aggravato e l'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro. Il giudice a quo, pur rilevando che nell'interpretazione fornita dal diritto vivente dell'art. 649 c.p.p. il divieto di doppio giudizio investiva la dimensione giuridica del reato commesso, nella triplice prospettiva della condotta, dell'evento e del nesso di causalità, prendeva atto nondimeno dei recenti arresti della Corte EDU e del ribaltamento di prospettiva tracciato con la sentenza *Zolothukine c. Russia*. Malgrado una condivisione delle premesse di fondo della questione, la Consulta effettuava una ricostruzione di *idem factum* non esclusivamente ancorata ai profili materiali dell'azione o dell'omissione, ma adottava un approccio che includeva nel ragionamento in esame anche i profili oggettivistici del fatto, ovvero sia il bene leso dal comportamento dell'agente, inteso in un'accezione normativa. Particolarmente perspicua è la definizione che la Consulta conferisce, in tale decisione, alla componente in esame: «Il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di bis in *idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal gergo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi». Con le argomentazioni riportate, la Corte costituzionale effettua una ricostruzione della componente *idem* di cui all'art. 649 c.p.p. che travalica l'impostazione del codice Rocco in tema di concorso formale, dal momento che il riferimento operato dall'art. 81 c.p. alle azioni od omissioni evoca una sfera esclusivamente empirica, priva di riferimenti agli ulteriori elementi della fattispecie³⁷.

³⁷ ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale, I, Artt. 1-84*, Milano, 2004, 727; ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, Milano, 1976, 91.

Ed in verità non sembra esservi nulla di nuovo sotto il sole, dal momento che la Corte costituzionale, ben prima delle ulteriori indicazioni fornite dalle Alte Corti nel corso degli anni successivi, aveva sì abbandonato il concetto di *idem legale* in favore dell'*idem factum*, ma in una prospettiva secondo la quale in presenza di un concorso formale di reati l'identità empirica dei fatti incriminati non sarebbe stata automaticamente ostativa all'avvio di un secondo procedimento. Orbene, la Consulta ha osservato che, nel caso in cui le due condotte naturalisticamente considerate presentino difformità sul piano dell'evento naturalistico o del nesso di causalità, il cumulo punitivo potrebbe essere prevenuto ab origine solo nei casi in cui sia possibile far ricorso al principio di specialità o del concorso apparente di norme.

A queste conclusioni era pervenuta tempo addietro anche la giurisprudenza di legittimità. Nella sua più ampia e autorevole composizione, la Suprema Corte aveva affermato che «ai fini della preclusione connessa al principio "ne bis in idem", l'identità del fatto sussiste 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»³⁸. Si tratta di una ferma presa di posizione con la quale si è inteso segnalare la necessità di conciliare le istanze garantistiche con le esigenze di protezione dei beni giuridici, trovando un difficile punto di equilibrio che anticipa, seppur con altri termini e diversi presupposti, gli arresti della giurisprudenza europea.

I profili problematici connessi a tale impostazione sono ravvisabili, tuttavia, nella non sempre agevole individuazione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, specialmente in relazione a quegli articolati normativi che sono posti a presidio di molteplici interessi e non sempre del tutto omogenei. Le perplessità emergono, ad esempio, in relazione alle osservazioni formulate dalla Grande Sezione nel caso *bpost*, in cui si sono esclusi punti di frizione con l'art. 50 della Carta di Nizza, poiché la normativa a tutela del settore postale si porrebbe a protezione di interessi diversi dalla concorrenza. *Quid iuris*, a questo punto, qualora si dovesse ritenere che l'interesse tutelato da una fattispecie incriminatrice si collochi in un rapporto di continenza con il bene protetto da un'altra fattispecie applicabile per il medesimo fatto? Si potrebbe giungere a sostenere che le finalità di liberalizzazione del mercato

³⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 28 settembre 2005, n. 34655.

postale perseguano, indirettamente, anche degli scopi di tutela della concorrenza del mercato interno? La risposta sembrerebbe essere affermativa, dal momento che potrebbe ravvisarsi nel caso di specie un rapporto di genere a specie tra l'interesse tutelato dalla normativa belga, che costituisce la trasposizione della direttiva 97/67/CE, e quello protetto a livello eurounitario, ai sensi dell'art. 102 TFUE, che vanta un perimetro di applicazione certamente più ampio. Oltre ai numerosi richiami alla sfera della concorrenza, la direttiva 97/67/CE prevede espressamente, al considerandum 26, che «per garantire una corretta gestione del servizio universale ed evitare distorsioni della concorrenza, le tariffe applicate per il servizio universale dovrebbero essere obiettive, trasparenti, non discriminatorie, e correlate ai costi». Emerge così un evidente rischio di duplicazione sanzionatoria qualora non si proceda ad una ponderata valutazione dei beni giuridici tutelati da norme che incriminano i medesimi fatti naturalisticamente intesi. Inoltre, qualora si ritenga che una fattispecie sia posta a presidio della sfera della concorrenza si restringerebbero i margini di applicazione dell'art. 50 della Carta, alla luce dei rilievi che si sono poc'anzi formulati in relazione al caso Toshiba e a., con evidenti ricadute sul piano della compatibilità con il principio di uguaglianza.

Si potrebbe sostenere, in conclusione, che con le due pronunce in commento la Grande Sezione abbia voluto consolidare ulteriormente i principi in precedenza formulati; tuttavia, non può non segnalarsi la rinuncia, ancora una volta, alla formulazione di regole operative che possano orientare la prassi applicativa degli Stati membri. Sembra che stia maturando la consapevolezza, come si evince dalle note di delusione con cui le due decisioni sono state salutate da taluni commentatori³⁹, che la Corte di giustizia voglia mantenere un atteggiamento di self-restraint particolarmente eloquente, considerata la profonda cautela che ha accompagnato la Corte di Lussemburgo nell'esercizio della sua funzione nomofilattica in materia penale.

Il rischio che emerge dalle riflessioni che sono state sviluppate dal presente contributo – e che sembrano essere ben note anche agli operatori del diritto – è quello di una progressiva erosione del campo di applicazione dell'art. 50 della Carta e di una costante dilatazione, in via pretoria, della clausola della

³⁹ SOUSA FERRO, *Analysis: "Bpost and Nordzucker: More Ashes on the Fire of Ne Bis in Idem in EU Antitrust Law"*, in www.eulawlive.com, (ultimo accesso: 13 giugno 2022); HARRISON, ZDZIEBORSKA, WISE, *Ne Bis in Idem: The Final Word?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, (ultimo accesso: 13 giugno 2022).

sufficiently close connection in substance and time ai fini della convergenza in idem di due sanzioni punitive. Nonostante tali conclusioni siano piuttosto evidenti, non mancano quegli episodi in cui l'exasperazione dell'efficientismo sanzionatorio cede il passo a rinnovate esigenze di garanzia della posizione dell'imputato. Particolarmente sensibile, in tal senso, è la Corte costituzionale italiana che, con la sentenza n. 149 del 2022, ha escluso in tema di violazioni del diritto d'autore l'esperibilità di due procedimenti, penale ed amministrativo-punitivo, poiché non avvinti da una connessione temporale e materiale sufficientemente stretta e in quanto finalizzati alla repressione di due condotte sostanzialmente analoghe quanto al concetto di idem factum poc'anzi esaminato.

5. Il ne bis in idem nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. Quale futuro per i doppi binari sanzionatori? – Come detto, i Giudici della Consulta sono stati chiamati a verificare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato, al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei relativi protocolli», in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.).

Nel giudizio a quo, il Giudice rimettente era chiamato a giudicare della responsabilità penale di un imputato per il delitto di riproduzione abusiva e vendita di opere letterarie abusivamente riprodotte di cui all'art. 171-ter, primo comma, lettera b), della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio). Per i medesimi fatti l'imputato era già stato sanzionato, in via definitiva, con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 174-bis della medesima legge n. 633 del 1941.

Il primo profilo di interesse che occorre richiamare è quello relativo alla riconducibilità della fattispecie amministrativa di cui all'art. 174-bis della legge n. 633 del 1941 alla nozione di materia penale elaborata dalla Corte EDU e poi adottata anche dalla Corte di giustizia. L'ordinanza di rimessione compie, infatti, un'accurata analisi in ordine ai profili di afflittività delle suddette san-

zioni, a partire del quantum di sanzione pecuniaria comminabile per ogni violazione del diritto d'autore, parametrata sul multiplo del valore di mercato dell'opera illegittimamente utilizzata, per un importo comunque non inferiore ad euro 103, ovvero, nel caso di valore indeterminabile dell'opera, un valore compreso da 103 a 1032 euro per ciascuna violazione. La severità di tali sanzioni, volte a reprimere duramente anche fatti di modesta entità, manifesterebbe una finalità afflittiva e non meramente restitutoria delle medesime, nonché la loro natura repressiva e deterrente. Tale interpretazione, condivisa dalla Consulta, trova avallo nei lavori preparatori della legge 18 agosto 2000, n. 248 (Nuove norme di tutela del diritto di autore), la quale ha inserito l'art. 174-bis nel corpo della legge n. 633 del 1941, nell'intento di «incrementare il grado di dissuasività delle misure di contrasto, introducendo, in aggiunta alle sanzioni penali già previste dalla legislazione esistente, alcune sanzioni e misure amministrative che appaiono, riprendendo la terminologia usata dal legislatore "dotate di autonoma deterrenza in quanto rapidamente applicabili"».

Lo stretto collegamento tra la fattispecie amministrativa di cui all'art. 174-bis e lo strumento repressivo penale è ulteriormente avvalorato dalla circostanza relativa alla destinazione del 50 per cento degli introiti derivanti dalla riscossione alla costituzione di un fondo destinato al potenziamento delle strutture e degli strumenti impiegati nell'accertamento dei reati contro il diritto d'autore. L'apparato sanzionatorio predisposto dal legislatore è, ad avviso del rimettente, del tutto sproporzionato, dal momento che la legge n. 633 del 1941 non contempla meccanismi di coordinamento tra i procedimenti sanzionatori esperibili, con l'art. 133 c.p. che rappresenterebbe in sede penale l'unico mezzo per rendere meno gravoso il trattamento da infliggere, ma con un naturale limite costituito dal minimo edittale. Tali valutazioni conducono ad un'altra questione nodale dell'ordinanza di rimessione, ovvero sia la prospettata ipotesi della diretta applicabilità dell'art. 50 della Carta di Nizza, come mezzo teso a ripristinare la proporzionalità della pena disapplicando, analogamente a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione in relazione agli abusi di mercato⁴⁰, i minimi edittali. Senonché, tale opzione ermeneutica non è - ad avviso della Corte costituzionale - da ritenersi percorribile, avendo ribadito il proprio ruolo nel valutare la legittimità di disposizioni che, pur costituendo

⁴⁰ cfr. Cass. Pen., sez. V., 30 settembre 2019, n. 39999; Cass. Pen., sez. V., 21 settembre 2018, n. 49869.

recepimento del diritto derivato⁴¹, sono poste a presidio di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. Tale attività, che costituisce l'essenza del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi, non si sostituisce ma si aggiunge, al contrario, al sindacato diffuso esercitato dai giudici comuni nel valutare la compatibilità delle disposizioni del diritto nazionale con le norme del diritto europeo direttamente applicabili⁴².

La Consulta, dopo aver ripercorso sinteticamente le più rilevanti decisioni della Corte EDU e della Corte di giustizia in materia, constata l'assenza di adeguati meccanismi di coordinamento materiali e temporali tra i procedimenti previsti dagli artt. 171-ter e 174-bis della legge n. 633 del 1941. Oltre a non prevedere meccanismi di scomputo della pena pecuniaria nel caso di avvenuta irrogazione in via definitiva della sanzione amministrativa, la disciplina in esame incrimina due fatti che sono giudicati strutturalmente identici, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte EDU nel caso *Zolotoukhine*, senza che siano ravvisabili finalità complementari che giustificano il ricorso al doppio binario sanzionatorio. In altri termini, la Corte costituzionale ritiene che, a differenza delle fattispecie esaminate nelle sentenze *bpost* e *Nordzucker*, la disciplina nostrana del diritto d'autore sanziona due volte i medesimi aspetti della condotta, elidendo la ratio giustificativa del cumulo tra i procedimenti.

Efficace sintesi di tali argomentazioni è racchiusa in uno dei passi finali della decisione, con cui i Giudici delle leggi rilevano che «il sistema di "doppio binario" in esame non è normativamente congegnato in modo da assicurare che i due procedimenti sanzionatori previsti apprestino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria agli illeciti in materia di violazioni del diritto d'autore, già penalmente sanzionati dall'[art. 171-ter della legge n. 633 del 1941](#). I due procedimenti originano dalla medesima condotta, ma seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al ne bis in idem».

Appare evidente il complesso lavoro a cui sono chiamati i giudici di merito nel prevenire le cosiddette frodi delle etichette commesse alla nozione sostan-

⁴¹ Il riferimento è alla direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, che costituisce la base giuridica della disciplina sul diritto d'autore.

⁴² Tali conclusioni sono ribadite da una recente pronuncia della Corte costituzionale, con la sentenza n. 67 del 2022, la quale ha espresso il seguente principio: il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo.

zialistica di *matière pénale*; invero, l'interprete è quotidianamente gravato dell'oneroso compito di scovare gli indici sintomatici dei criteri Engel, onde scongiurare a monte l'insorgenza di cumuli punitivi che possano tradursi in pene sproporzionate al disvalore del fatto, compiendo un sindacato estensibile a un numero imprecisato di disposizioni contenute all'interno della legislazione speciale. Gli inconvenienti che si segnalano sono sostanzialmente i seguenti: rimettere esclusivamente allo zelo dell'interprete l'affannosa ricerca di tutte quelle fattispecie penali nascoste che recano un *nomen iuris* amministrativo; onerare la Corte costituzionale del compito di confermare tali valutazioni e stabilire, se del caso, se i due procedimenti sostanzialmente penali in esame siano avvinti da una connessione materiale e temporale sufficientemente stretta, tale da giustificare il cumulo punitivo; erodere la funzione di certezza rappresentata dall'art. 649 c.p.p., disposizione che risulterebbe applicabile ad un numero non precisato di ipotesi, subordinatamente alle prime valutazioni di cui si è detto.

Particolarmente eloquente è il monito formulato nei confronti del legislatore al termine della decisione, che manifesta una certa preoccupazione per le sorti dei doppi binari sanzionatori nel nostro ordinamento. Lungi dal formulare principi di carattere generale applicabili a tutte le possibili tipologie di doppio binario, l'interprete non può che adeguarsi ad un approccio casistico - in conformità con le indicazioni della Corte di giustizia - che sicuramente presenta delle criticità in termini di prevedibilità delle decisioni e ragionevolezza del sistema. Come lasciato intendere dalla sentenza in esame, il doppio binario si traduce sovente in un'ingiustificata duplicazione sanzionatoria che, oltre a ledere il principio di proporzionalità della pena, contrasta con il principio di sussidiarietà dell'intervento penale.

Appare, quindi, che la Corte costituzionale reputi insufficienti i meccanismi di risoluzione a valle del conflitto tra binari sanzionatori doppi, quali il ricorso al principio di specialità di cui all'art. 9 della legge n. 689 del 1981 o a un concetto di proporzionalità in concreto della pena, se del caso anche mediante disapplicazione dei minimi edittali. Tali soluzioni ermeneutiche hanno rappresentato per alcuni anni il modo attraverso il quale dottrina e giurisprudenza hanno tentato di superare le criticità messe in evidenza; senonché, tali criteri non appaiono sufficienti per superare delle problematiche strutturali che rischiano di compromettere le garanzie del giusto processo.

6. Considerazioni conclusive. - Già da tempo non manca chi auspica, con riferimento agli abusi di mercato, il superamento del doppio binario sanzionatorio o, quanto meno, un complessivo ripensamento dei sistemi punitivi doppi, optando piuttosto per una differenziazione tra fattispecie penali e fattispecie amministrative⁴³. Essa andrebbe operata tenendo in considerazione l'elemento soggettivo e la gravità dell'illecito; attribuendo, così, all'autorità giudiziaria la cognizione dei fatti di maggiore gravità connotati dal dolo e riservando all'autorità amministrativa quella relativa ai fatti di natura colposa⁴⁴. Si tratta, invero, di un'impostazione che non offre ampie garanzie, in quanto rimette all'autorità amministrativa la ricostruzione di un concetto complesso e talvolta profondamente problematico quale quello della colpa.

Si ritiene che il percorso più coerente da seguire sia quello che si fonda sulle differenze teleologiche tra i procedimenti. In tal senso, alcune preziose indicazioni possono essere desunte dalla ratio decidendi delle pronunce qui analizzate.

La sentenza n. 149 del 2022 della Corte costituzionale, pur attraverso un iter argomentativo non certo sovrapponibile a quello dei Giudici lussemburghesi, approda a conclusioni armoniche rispetto ai recenti arresti della Corte di giustizia. Entrambi sottolineano come l'aspetto decisivo ai fini della compatibilità tra i cumuli punitivi e il divieto di bis in idem sia la complementarità degli scopi perseguiti dalle fattispecie incriminatrici. In altri termini, è necessario che le fattispecie siano poste a presidio di beni giuridici differenti, ancorché complementari, tali da giustificare la convergenza in idem di due distinte sanzioni.

Si è già avuto modo di constatare quanto l'individuazione del bene protetto sia un compito talvolta arduo, specialmente in un periodo di generale decadimento nella qualità delle tecniche di redazione legislativa. Le difficoltà riscontrate dai giudici comuni nel garantire l'applicazione del doppio binario nella rigorosa osservanza del ne bis in idem sono una conseguenza pressoché inevitabile del fenomeno di cui si è fatto cenno, con conseguenti ricadute sul versante della tassatività e della sufficiente determinatezza della fattispecie. Il rischio, in concreto, è che l'interprete profonda uno sforzo ricostruttivo ai

⁴³ VIGANO', *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 200.

⁴⁴ MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 319.

limiti dell'analogia legis, individuando una complementarità degli scopi delle fattispecie incriminatrici anche ove essa sia assente e individuando ex post il bene protetto anche a fronte di fattispecie oggettivamente oscure e che costituiscono sovente il recepimento di direttive o altri atti di diritto derivato⁴⁵.

Tale minaccia, a nostro avviso, si è già concretizzata in occasione del recente caso bpost al vaglio della Grande Sezione della Corte di giustizia, in cui l'esigenza di liberalizzazione del mercato postale è stata ritenuta una finalità del tutto distinta dall'interesse alla tutela della concorrenza nel mercato dell'Unione, sebbene siano state in merito formulate delle riserve.

Ben più agevole è parso il sindacato esercitato dalla Corte costituzionale in relazione agli artt. 171-ter e 174-bis della legge 633 del 1941, disposizioni che manifestamente assolvono alla medesima funzione, ovvero sia la tutela del diritto d'autore e della proprietà intellettuale.

In altri termini, le pronunce esaminate sono accomunate da un fil rouge che manifesta la sostanziale illegittimità di quei meccanismi punitivi che si traducono in mera duplicazione priva di apprezzabili interessi da tutelare⁴⁶. Occorrerebbe, quindi, comprendere quali criteri potrebbero orientare il legislatore nella differenziazione tra illeciti penali ed illeciti amministrativi in relazione al bene protetto.

Qualora si decidesse di tipizzare degli illeciti formalmente amministrativi per tutelare degli interessi comparativamente meno rilevanti verrebbe meno uno degli indici rivelatori della matiere pénale, con la conseguenza che il grado di afflittività della sanzione rimarrebbe l'unico criterio in forza del quale riscontrare la natura sostanzialmente penale della fattispecie amministrativa⁴⁷. Al contrario, qualora si decidesse di assegnare alle fattispecie amministrative il compito di tutelare beni giuridici del tutto corrispondenti a quelle penali potrebbe prefigurarsi una violazione del principio di sussidiarietà, dal momento che verrebbero meno le ragioni di opportunità connesse all'incriminazione di una condotta il cui disvalore risulta integralmente assorbito da una fattispecie

⁴⁵ Sull'estrema versatilità del concetto di connessione teleologica tra procedimenti v. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 4, 133.

⁴⁶ VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. contemp.* 2014, 3-4, 238.

⁴⁷ L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 117.

appartenente ad un altro ramo dell'ordinamento⁴⁸, oltre alle potenziali ricadute sul versante della proporzionalità della pena.

La completa convergenza degli interessi protetti nella dimensione dei procedimenti misti è purtroppo riscontrabile in molti settori, senza che ciò abbia suscitato particolari riflessioni nelle decisioni delle Alte Corti nel valutarne la compatibilità con il principio del *ne bis in idem*. Emblematico è, in tal senso, il riferimento contenuto nella celebre sentenza *Grande Stevens c. Italia* emessa dalla Corte EDU, in relazione all'interesse tutelato dall'art. 187-ter T.U.F. relativo all'illecito formalmente amministrativo della manipolazione del mercato. La Grande Chambre, ritenendo che la ratio della disposizione fosse quella di tutelare gli investitori e il corretto e trasparente sviluppo dei mercati borsistici, ravvisava il perseguimento di finalità di interesse generale, tipiche della materia penale⁴⁹ e del tutto analoghe a quelle perseguite dalla distinta fattispecie formalmente penale contenuta nell'art. 185 T.U.F⁵⁰: testimonianza nitida di come, anche nel settore degli abusi di mercato (campo privilegiato di applicazione dei procedimenti a doppio binario), non siano riscontrabili i presupposti indicati dalla Corte costituzionale per addivenire al cumulo sanzionatorio.

Seguendo questa impostazione non si può che prendere atto di una strutturale inadeguatezza di gran parte dei procedimenti misti presenti nel nostro ordinamento.

In una prospettiva di superamento delle criticità messe in luce si impone, pertanto, un'analisi delle ragioni che hanno condotto all'adozione dei doppi binari sanzionatori.

La direttiva 2014/57/UE, che costituisce la base giuridica delle disposizioni penali vigenti in tema di abusi di mercato, sottolinea l'essenzialità dell'introduzione delle sanzioni penali ai fini di un'efficace protezione degli interessi dell'Unione (considerandum 8), sottolineando l'inadeguatezza delle sanzioni amministrative - tanto sul versante preventivo, quanto su quello repressivo - rispetto all'esigenza di presidiare l'integrità del mercato (conside-

⁴⁸ Si parla di "macro-illeciti amministrativi" per definire la predisposizione di fattispecie amministrative a tutela di interessi di rilevanza collettiva. Così SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, 4, 44.

⁴⁹ N. MADIA, *op. cit.*, 296.

⁵⁰ La decisione destò parecchie perplessità, come testimoniano le *dissenting opinions* dei giudici Pinto de Albuquerque e Karakaş, che già in *illo tempore* segnalavano l'esigenza di una riforma legislativa del sistema.

randa 5 e 6). D'altronde, gli obblighi di fonte europea impongono esclusivamente la criminalizzazione delle condotte lesive degli interessi ritenuti di maggiore rilievo, rimanendo facoltativa la tipizzazione del medesimo illecito anche in sede amministrativa.

Il regolamento (UE) 596/2014 (considerandum 72) conferma tale dato, escludendo espressamente l'obbligatorietà del doppio binario sanzionatorio e rimettendo la sua eventuale adozione alla discrezionalità degli Stati membri. Il medesimo regolamento precisa che, anche laddove il legislatore nazionale ritenga di accompagnare le sanzioni penali con le sanzioni amministrative, deve in ogni caso essere garantito il principio del *ne bis in idem* (considerandum 23).

La crescente diffusione dei doppi binari punitivi si deve in buona parte alla consapevolezza circa la sostanziale inidoneità dei procedimenti penali classici nel garantire, in tempi ragionevoli, la definizione del procedimento nonché l'esecuzione del provvedimento emesso; i procedimenti amministrativi, al contrario, a fronte di un sistema di garanzie individuali senz'altro più rudimentale, si concludono in tempi estremamente più brevi e garantiscono maggiori chances di giungere all'applicazione della sanzione⁵¹. Alla luce di queste considerazioni, il superamento dei modelli procedurali di tipo amministrativo si porrebbe in contrasto con le concrete esigenze imposte dal diritto dell'Unione, sebbene si tratti di una via astrattamente percorribile⁵².

Più coerente appare, invece, la prospettiva della depenalizzazione, che consentirebbe di coniugare le istanze repressive con le esigenze efficientiste di cui s'è detto. Senonché, anche tale opzione presta il fianco a numerosi rilievi critici. In primo luogo, una completa depenalizzazione si porrebbe in aperto contrasto con gli obblighi di fonte europea in taluni settori che, come si è già osservato, impongono l'adozione di sanzioni penali, facoltizzando, invece, l'adozione di sanzioni amministrative. Tale obiezione, tuttavia, potrebbe essere facilmente superata proprio facendo ricorso ai cd. criteri Engel, che escludono la decisività del *nomen iuris* attribuito ad una determinata fattispecie

⁵¹ SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in www.sistemapenale.it (ultimo accesso: 2 agosto 2022).

⁵² Nel senso del superamento del doppio binario mantenendo le fattispecie penali in luogo di quelle amministrative v. TORTORELLI, *L'illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *questa Rivista*, 2018, 2, 21.

qualora questa contempra delle sanzioni particolarmente afflittive e sia posta a presidio di interessi di carattere generale.

Inoltre, proprio considerando la nozione di *matière pénale*, il legislatore nostrano dovrebbe compiere una complessa opera di rimaneggiamento delle fattispecie amministrative garantendo il rispetto dei fondamentali principi penalistici. Tali assunti concernono non solo le tecniche di redazione della fattispecie, che dovrebbero raggiungere degli standard di tassatività particolarmente rigorosi, ma anche i profili contenutistici di tali disposizioni, che dovrebbero prevedere nei confronti del soggetto sottoposto al procedimento sanzionatorio un ventaglio di garanzie assimilabile, se non del tutto corrispondente, allo standard previsto dalla legislazione penale. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla necessità di un giudice terzo e imparziale, alla presunzione di innocenza, al principio del contraddittorio nella formazione della prova³³. In altri termini, la depenalizzazione e la conseguente dismissione dei procedimenti misti, dovrebbe comportare, quale conseguenza imprescindibile, un drastico innalzamento delle garanzie individuali all'interno di una *sedes materiae* nella quale tali istanze garantistiche non sono mai state percepite con particolare forza³⁴.

Il tema dell'estensione delle garanzie tipiche del processo penale all'interno dei procedimenti amministrativi punitivi si è concretamente posto di recente in relazione all'art. 187-quinquiesdecies del T.U.F., nella parte in cui prevedeva la responsabilità della persona fisica che non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse. A seguito di una domanda di rinvio pregiudiziale promossa dalla Corte costituzionale, la Grande Sezione della Corte di Giustizia con sentenza del 2 febbraio 2021 ha sottolineato che il diritto al silenzio, che è al centro della nozione di equo processo, osta, in particolare, a che una persona fisica imputata venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire

³³ Sull'esigenza di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti amministrativi punitivi v. CANESCHI, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale*, in *Dir. Pen. contemp.*, 2016, 2, 121.

³⁴ Si osserva come, malgrado le autorità amministrative non possano emettere delle decisioni incidenti sulla libertà personale, le sanzioni da esse inflitte presentino un grado di afflittività tale da comprimere i diritti fondamentali dell'individuo a tal punto da essere interamente assimilabili a delle pene: CANESCHI, *Il diritto al silenzio rispetto all'illecito per il quale è prevista una sanzione amministrativa di natura "punitiva"*, in *Cassazione Penale*, 2020, 2, 62.

all'autorità competente, a titolo della direttiva 2003/6 o del regolamento n. 596/2014, risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale. La disposizione richiamata si traduceva, in sostanza, in una violazione del diritto al silenzio, la cui affermazione anche in quella sede è stata ritenuta imprescindibile partendo proprio dalla premessa della natura sostanzialmente penale dei procedimenti che si svolgono innanzi la Consob. Come si evince chiaramente, la traslazione delle garanzie dell'imputato nell'ambito dei procedimenti amministrativi punitivi costituisce un processo già in essere, i cui sviluppi devono certamente essere incoraggiati. La Corte costituzionale ha da tempo manifestato una certa attenzione nel garantire l'applicabilità delle garanzie peculiari della materia penale anche ai procedimenti amministrativi, a partire dall'estensione del principio del *nul-lum crimen, nulla poena sine lege* alla materia dei procedimenti amministrativi punitivi (Corte cost. n. 196 del 2019), nonché il principio di retroattività della *lex mitior*, compiendo un'ulteriore equiparazione con le fattispecie penali⁵⁵.

Nell'attesa di un'eventuale novella legislativa, decisivo sarà il prosieguo del già incessante dialogo tra le Corti e il contributo che a tal fine verrà offerto dalla dottrina. Assodata l'esigenza di assicurare anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi punitivi il rispetto delle garanzie penalistiche, occorrerà interrogarsi sull'opportunità di osservare il rispetto di tali principi al massimo della loro estensione – con prevedibili interrogativi sulle distinzioni, anche ontologiche, tra procedimenti punitivi e procedimenti penali – o mantenere uno statuto debole di tali garanzie, riservandone il solo nucleo essenziale⁵⁶.

In conclusione, in una prospettiva *de lege ferenda* che punti a superare in via definitiva le criticità strutturali che sono state evidenziate nel corso della trattazione, la dismissione del doppio binario sanzionatorio nel senso della depenalizzazione appare, probabilmente, la soluzione più ponderata e maggiormente compatibile con le indicazioni provenienti in ambito europeo. Tale operazione, se difficilmente ipotizzabile a causa delle costanti instabilità politiche, non potrà non tener conto dell'esigenza di assicurare, anche nell'ambito

⁵⁵ MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 106.

⁵⁶ VIGANO', *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, 4, 42.

di procedimenti formalmente amministrativi, le garanzie tipiche della materia penale. Dovrà assistersi, in sostanza, alla crescente diffusione di percorsi giurisdizionali paralleli che sottrarranno progressivamente il monopolio della potestà punitiva all'autorità giudiziaria, attribuendola ad autorità amministrative la cui legittimazione - e la cui legittimità dell'operato - sarà tutta da verificare.