

ATTUALITÀ

LUCA CARRARO

Tutela dei beni culturali e paesaggistici: la creazione di un (altro) doppio binario cumulativo. Considerazioni a prima lettura sulla Legge 22 gennaio 2024, n. 6

Il contributo vuole sollecitare la riflessione e il dialogo in ordine alla recentissima introduzione, con Legge 22 gennaio 2024, n. 6, di un nuovo doppio binario cumulativo in materia di tutela del patrimonio culturale e paesaggistico. L'analisi a prima lettura qui condotta si snoda lungo due direttrici: (i) una rapida ricostruzione dell'attuale volto del *ne bis in idem*, europeo e italiano; (ii) un'analisi esegetico-sistematica dell'art. 1, co. 7, L. 22 gennaio 2024, n. 6 condotta in parallelo con le acquisizioni ermeneutiche formatesi sull'art. 187-terdecies TUF che ne rappresenta il modello strutturale. L'itinerario argomentativo permetterà dunque di sottoporre al test di *close connection* il nuovo doppio binario e di giungere così a talune prime considerazioni critiche sul prodotto legislativo.

Protection of cultural and landscape assets: the creation of a (another) double cumulative track. Considerations at the first reading on Law 6 January 2024, n. 6.

The contribution aims to encourage reflection and dialogue regarding the very recent introduction, with Law 22 January 2024, n. 6, of a new cumulative double track regarding the protection of cultural and landscape heritage. The first reading analysis conducted here follows two directions: (i) a rapid reconstruction of the current face of ne bis in idem, European and Italian; (ii) an exegetical-systematic analysis of the art. 1, co. 7, L. 22 January 2024, n. 6 conducted in parallel with the hermeneutic acquisitions formed on the art. 187-terdecies TUF which represents the structural model. The argumentative itinerary will therefore allow the new double track to be subjected to the close connection test and thus arrive at some first critical considerations on the legislative product.

SOMMARIO: 1. La recentissima Legge 22 gennaio 2024, n. 6 e la creazione di un nuovo doppio binario sanzionatorio cumulativo. - 2. L'art. 1 comma 7 della Legge 22 gennaio 2024, n. 6: il meccanismo di coordinamento che dovrebbe escludere la violazione del *ne bis in idem*. - 3. Un breve riepilogo di un tortuoso itinerario. Il *ne bis in idem* dall'Europa alla Consulta: la declinazione processuale della sentenza n. 149 del 2022 della Corte costituzionale. - 4. Un rapido confronto con la disciplina degli abusi di mercato: l'art. 187-terdecies TUF, il "*restyling*" del 2018 e i suoi (persistenti) limiti. - 5. L'art. 1 comma 7 della Legge 22 gennaio 2024, n. 6 e le possibili frizioni con il *ne bis in idem* "sagomato" dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2022. - 6. La nuova disciplina alla prova del test di *close connection*. - 7. Conclusioni.

1. *La recentissima Legge 22 gennaio 2024, n. 6 e la creazione di un nuovo doppio binario sanzionatorio cumulativo.* Dopo un *iter*¹ legislativo capace di

¹ Il d.d.l. A.C. 1297 («Disposizioni sanzionatorie in materia di distruzione, dispersione, deterioramento,

assorbire varie proposte normative, la L. 22 gennaio 2024, n. 6 – sotto la rubrica *Disposizioni sanzionatorie in materia di distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici* – ha rinforzato l’arsenale punitivo dedicato alla materia dei beni culturali e paesaggistici.

Il testo di legge risulta di particolare interesse – in specie nei commi 1, 2 e 7 dell’art. 1² – in quanto viene a creare un nuovo doppio binario cumulativo in un settore che era già stato di recente interessato dalla, importante e ampia, L. 9 marzo 2022, n. 22³, la quale, a sua volta, aveva arricchito il Codice Rocco del Titolo VIII-*bis*, integralmente dedicato ai delitti contro il patrimonio culturale.

Onde svolgere talune osservazioni – che rifluiscono verso il perimetro del *ne bis in idem*, ulteriormente sollecitato dall’inedito sistema di duplicazione sanzionatoria – appare opportuno riportare testualmente i primi due commi del

deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici e modifiche agli artt. 518-*duodecies*, 635 e 639 del codice penale») presentato dal Ministro della Cultura, dopo aver assorbito il disegno C.789, è stato approvato in data 18 gennaio 2024, recependo in larga misura il testo approvato dal Senato in data 12 luglio 2023 (si veda S. n. 693 che, a sua volta, assorbiva S.364 e S.645). L’incedere dei lavori parlamentari è integralmente consultabile nel sito della Camera, nella sezione “XIX Legislatura – Lavori – Progetti di legge” (www.documenti.camera.it).

² La L. 22 gennaio 2024, n. 6, inoltre, nei 4 articoli di cui si compone, introduce ulteriori novità, modificando talune disposizioni del Codice penale. In particolare, l’art. 3 modifica l’art. 635 c.p. prevedendo la sostituzione del co. 3 come segue: «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa fino a 10.000 euro». L’art. 4, invece, prevede due modifiche all’art. 649 c.p.: la prima consiste nell’innalzare il massimo edittale previsto per la multa portandola da euro 103 a euro 309, mentre la seconda consiste nell’introduzione di un periodo al secondo comma, il quale recita: «Chiunque, fuori dei casi preveduti dall’articolo 635, deturpa o imbratta cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con le pene di cui ai commi precedenti, raddoppiate». Nel presente contributo, tuttavia, si concentrerà l’attenzione in via esclusiva sulla creazione di un nuovo sistema a doppio binario, non essendo obiettivo di questo studio condurre un’approfondita e globale esegesi della novella normativa, ma trarre da alcune parti di essa l’abbrivio per talune riflessioni di respiro più generale.

³ Per una ampia e attenta analisi delle disposizioni penalistiche di cui al recente Titolo VIII-*bis* del Codice penale introdotto con L. 9 marzo 2022, n. 22, si veda DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis*, in www.sistemapenale.it, 29 aprile 2022; PONZONI-DIMAGGIO, *I reati contro il patrimonio culturale e l’aggiornamento dei Modelli 231*, in *Giur. pen. (web)*, 2023, 4; SANTORO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: commento alla L. n. 22 del 2022*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 7, 872 ss.; TROYER-TETTAMANTI, *Reati contro il patrimonio culturale e responsabilità degli enti: questioni interpretative e suggerimenti pratici*, in *Le Società*, 2022, 10, 1174 ss.; Relazione ufficio del massimario del 21 giugno 2022.

novum legislativo.

Essi dispongono:

«1. Ferme le sanzioni penali applicabili, chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende in tutto o in parte inservibili o, ove previsto, non fruibili beni culturali o paesaggistici propri o altrui è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 20.000 a euro 60.000.

2. Ferme le sanzioni penali applicabili, chiunque, fuori dei casi di cui al comma 1, deturpa o imbratta beni culturali o paesaggistici propri o altrui, ovvero destina i beni culturali ad un uso pregiudizievole per la loro conservazione o integrità ovvero ad un uso incompatibile con il loro carattere storico o artistico, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 40.000».

Orbene, le clausole di cumulo⁴ - «ferme le sanzioni penali applicabili» - che aprono le disposizioni appena riportate (ricalcando il medesimo modello impiegato in materia di abusi di mercato o di tutela del diritto d'autore) suggeriscono di prendere immediatamente in considerazione le corrispondenti fattispecie penalistiche onde identificare le aree di interferenza strutturale.

Non servono, sul punto, particolari sforzi ermeneutici per avvedersi della completa e integrale sovrapposizione delle disposizioni riportate rispetto a quelle di cui all'art. 518-*duodecies* c.p.; dopo l'intervento ad opera dell'art. 2 della stessa L. 6/2024 (che ha inserito anche nella fattispecie penale l'inciso «ove previsto»), infatti, le condotte tipiche penalmente rilevanti appaiono esattamente le medesime sanzionate in via amministrativa: «chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende in tutto o in parte inservibili o, ove previsto, non fruibili beni culturali o paesaggistici propri o altrui è punito da due a cinque anni e con la multa da euro 2.500 a euro 15.000. Chiunque, fuori dei casi di cui al primo comma, deturpa o imbratta beni culturali o paesaggistici propri o altrui, ovvero destina beni culturali a un uso incompatibile con il loro caratte-

⁴ Si tratta di clausole che, nel far salva l'applicazione delle fattispecie penalistiche, risultano espressamente derogatorie dell'art. 9, co. 1, L. 689/81 e, dunque, del principio di specialità ivi diviso, impedendo di percorrere ermeneuticamente la via del concorso apparente di norme: sul punto, si veda SILVA, *Sistema punitivo e concorso di illeciti*, Torino, 2018, *passim*, e sia consentito il rinvio a CARRARO, *La Consulta dichiara la parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p. per violazione del* ne bis in idem *in materia di diritto d'autore: la natura "ectoplasmatica" del test di close connection*, in *Arch. pen. web*, 2023, 1, 42 ss.

re storico o artistico ovvero pregiudizievole per la loro conservazione o integrità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 10.000».

È pertanto del tutto evidente come il legislatore abbia scientemente inteso prevedere, a fronte della medesima condotta tipica, una duplicazione sanzionatoria, comminando contemporaneamente una sanzione penale e una sanzione amministrativa.

Che l'intento legislativo, poi, fosse esattamente quello di creare un nuovo doppio binario cumulativo, emerge con chiarezza sin dalla relazione che accompagnava l'originario d.d.l. in Senato⁵: «il presente disegno di legge intende introdurre una ipotesi di sanzione amministrativa che “doppia” quella già prevista nell'art. 518-*duodecies* del codice penale, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. b) della legge 9 marzo 2022, n. 22, che ha inserito l'intero titolo VIII-bis del predetto codice penale, in vigore a decorrere dal 23 marzo 2022, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 7, comma 1, della medesima legge n. 22 del 2022».

Consapevole, dunque, appare la scelta del legislatore di apprestare un doppio livello di risposta sanzionatoria senza impegnarsi in alcuno sforzo di effettiva differenziazione strutturale delle fattispecie; al contrario, affrancandosi da qualsiasi concezione gradualistica tra fattispecie penale e amministrativa⁶, il

⁵ Cfr. Relazione al Disegno di Legge n. 693 (approvato dal Senato in data 11 luglio 2023 e confluito nel d.d.l. 1297), 3.

⁶ Parlando di “concezione gradualistica” tra fattispecie penale e amministrativa si intende evocare la tematica, molto complessa e variamente articolata, del rapporto sussistente tra illecito penale e illecito amministrativo sviluppatasi (o meglio, rinvigoritasi) in Italia a seguito dell'introduzione della L. 689/1981 e del correlativo art. 9. In estrema sintesi, siffatta concezione tratteggia l'illecito amministrativo e l'illecito penale non come due monadi del tutto distinte, ontologicamente differenti, bensì come forme di tutela quantitativamente e qualitativamente differenti rispetto ai beni giuridici di riferimento, ponendosi in un rapporto di progressione di tutela. Come noto, la concezione gradualistica del reato è stata per primo formulata in Italia da PALIERO, “Minima non curat praetor”. *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Milano, 1985, 693 ss.; ID., *La legge 689 del 1981: prima “codificazione” del diritto penale-amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 122-123; si vedano inoltre, tra i molti sul tema, i contributi di PEDRAZZI, *Relazione di sintesi*, in AA.Vv., *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (Profili penalistici e processuali)*, Atti del Convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985, Milano, 1987, 202; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 604-605. Più di recente, ha ripreso la tematica, nel quadro del concorso apparente di illeciti, SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 42 ss., 242 ss. Nella dottrina di matrice tedesca, si vedano JESCHECL-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, 58; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner*

legislatore italiano ha optato – anche in questo peculiare settore – per una espansione del diritto punitivo, la cui reale perimetrazione viene consegnata (come meglio si vedrà *infra*) ancora una volta nelle mani della magistratura, onerata del difficile compito di ri-equilibrare un sistema sanzionatorio in partenza (i) sproporzionato e (ii) “incompleto” in quanto continuamente necessitante di un intervento para-creativo volto a salvarne la (dubbia) legittimità convenzionale e costituzionale.

2. *L’art. 1 comma 7 della Legge 22 gennaio 2024, n. 6: il meccanismo di coordinamento che dovrebbe escludere la violazione del ne bis in idem.* La stessa relazione che accompagnava il testo originario, dichiarandosi consapevole dei più recenti approdi giurisprudenziali in tema di *ne bis in idem*, poneva in evidenza come il settimo comma del d.d.l. presentato (ora divenuto il co. 7 dell’art. 1 L. 6/2024) volesse rispondere all’esigenza di coordinamento, procedimentale e sostanziale, funzionale ad evitare eventuali contrasti con la garanzia convenzionale e, ancora una volta in via espressa, dichiarava di essersi servita, onde conseguire un siffatto risultato, del modello di coordinamento già vigente in materia di abusi di mercato rappresentato dall’art. 187-*terdecies* del TUF.

L’art. 1, co. 7 L. 6/2024, infatti, esattamente come il suo “archetipo” del *market abuse*, prevede che, nel neo-introdotta doppio binario a tutela dei beni culturali e paesaggistici, «quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo o dell’autore della violazione, la sanzione amministrativa pecuniaria indicata ai commi 1 e 2 ovvero una sanzione penale:

- a) l’autorità giudiziaria e l’autorità amministrativa *tengono conto*, al momento dell’irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle *misure punitive* già irrogate;
- b) l’*esazione* della pena pecuniaria ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall’au-

Teil, Band I, 4. Auflage, München, 2006, 58-59; STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München, 2011, 20-21; BAUMANN-WEBER-MITSCH-EISELE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Bielefeld, 2016, 35-36; TIEDEMANN, *La recente evoluzione del diritto penale dell’economia in Germania con particolare riferimento al diritto penale delle società commerciali*, trad. di Dolcini, in AA.Vv., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1978-79, 113.

torità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».

In tal senso, leggendo la A.I.R. (analisi di impatto regolamentazione), di forgia parlamentare, emergono ulteriormente le ragioni dell’inserimento di tale meccanismo di raccordo sanzionatorio: viene ricordato come la giurisprudenza abbia ritenuto che non sussista violazione del *ne bis in idem* in caso di doppio procedimento, amministrativo (ma sostanzialmente penale) e penale, per lo stesso fatto, se fra i due procedimenti esiste una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta (*ex multis*, viene richiamata, in particolare, Cass. Pen., Sez. III, 4.02.2021, n. 4439⁷) rievocando così, in via sostanziale, il concetto di *close connection*. Una *close connection* che, non senza talune perplessità, il legislatore riterrebbe di scorgere nel meccanismo di cui all’art. 187-*terdecies* TUF (“nuova” formulazione) in modo così nitido da riproporlo, a calco diretto, anche in materia di tutela del patrimonio culturale e paesaggistico.

A fronte di questa netta scelta legislativa – la creazione di un doppio binario sanzionatorio, munito di un meccanismo di scomputo, modellato su quello previsto per il *market abuse* – si ritiene utile, sia pur svolgendo delle considerazioni a prima lettura, interrogarsi sulla effettiva rispondenza di un modello siffatto al formante giurisprudenziale in materia di *ne bis in idem* e, soprattutto, ai moniti (anche recenti) della Consulta.

3. *Un breve riepilogo di un tortuoso itinerario. Il ne bis in idem dall’Europa alla Consulta: la declinazione processuale della sentenza n. 149 del 2022 della Corte costituzionale.* Sintetizzare il tortuoso e articolato percorso svolto dal *ne bis in idem* nel panorama europeo e nazionale, passando attraverso il dialogo tra CGUE, Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione è opera-

⁷ Il principio di diritto qui rilevante è stato così massimato: «Va esclusa la violazione del principio del “*ne bis in idem*” nel caso in cui, a fronte di una contestazione per dichiarazione infedele, siano contemporaneamente irrogate una sanzione amministrativa tributaria ed una sanzione penale, purché i due procedimenti siano strettamente connessi dal punto di vista materiale e temporale». E ciò in quanto, in ambito tributario, «il sistema del doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, è giustificato dalla rilevanza degli interessi nazionali e dalla diversità dei fini perseguiti dalle due procedure, atteso che il procedimento amministrativo è volto al recupero a tassazione delle imposte non versate, mentre il procedimento penale è teso alla prevenzione e alla repressione dei reati in materia tributaria, con la conseguenza che non può ritenersi sussistente il principio del *ne bis in idem* per la dichiarazione infedele».

zione che, oltre al rischio di imprecisione (attesa la necessità di assoluto rigore nel delineare i “prismatici” profili di analisi del principio) finirebbe per richiedere spazi contrastanti con gli intenti di questo contributo.

Rinviando dunque ad approfondimenti svolti altrove⁸, ci limiteremo in questa sede a richiamare, in modo del tutto cursorio e descrittivo, le principali e più recenti posizioni ermeneutiche assunte dalla Consulta.

Nella c.d. grande Europa, la parabola del *ne bis in idem* veniva propiziata dall’interazione tra due fattori: da un lato, l’espansione della *matière pénale* (a sua volta originata dallo sviluppo della giurisprudenza sugli *Engel criteria*⁹); dall’altro, il dibattito sulla concezione naturalistica o legale dell’*idem factum* (“risolto” dalla sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia*, 2009¹⁰). Sulla spinta di

⁸ Per un interessante scorcio del tortuoso percorso del *ne bis in idem* con particolare riferimento al rapporto del principio con i sistemi a doppio binario cumulativo, si vedano VIGANÒ, A never-ending story? *Alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2016 e GATTO, voce *Ne bis in idem (profili europei)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2021, Agg., vol. XI, 461 ss. Tra i primi a notare l’emersione di profili più spiccatamente sostanziali del *ne bis in idem*, TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss.; VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, 525 ss.; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018 e ID., *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, *passim*; LABIANCA, *Il ne bis in idem rivisitato: appunti sulla svolta proporzionalista della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Diritto penale dell’economia*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Milano, 2019, vol. II, 1913, i quali, da angolazioni differenti, pongono in luce il ruolo crescente della proporzionalità all’interno del *test di close connection* e ne rapportano la consistenza con la natura (sostanziale, processuale, di principio autonomo, di principio derivativo, etc.) del *ne bis in idem*. Una prospettiva peculiare quanto alla consistenza del *ne bis in idem*, ricostruita non in termini di principio, bensì in termini di “trasformatore di principi in regole”, è proposta da BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, 2020. In termini critici rispetto all’apparente convergenza ermeneutica di CGUE e di Corte EDU, si vedano le considerazioni di CONSULICH-GENONI, *L’insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giur. pen.*, 2018; in un quadro di più ampio respiro, capace di tratteggiare le varie problematiche dischiuse dal *ne bis in idem* con il continuo dialogo tra Corti, si vedano le ampie riflessioni di MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Padova, 2020. Più di recente, con specifico riferimento alle persistenti frizioni dei sistemi a doppio binario cumulativo e il *ne bis in idem*, nonostante l’affinamento interpretativo delle Corti europee e nazionali, si veda SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di Amalfitano-D’Amico-Leone, Torino, 2022, anche in *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, 180 ss. Per ulteriori riferimenti sulla tematica sia consentito il rinvio a CARRARO, *La Consulta*, cit., 6 ss.

⁹ C. EDU, 8 giugno 1976, ricorso 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*.

¹⁰ C. EDU, *Gran. ch.*, 10 febbraio 2009, ricorso 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, in www.echr.coe.int, §§ 80-84: secondo la quale «article 4 Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution of trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the

tali due elementi, la garanzia convenzionale giungeva al momento di massimo fulgore¹¹ in concomitanza alla Sentenza *Grade Steven c. Italia* (2014): la pronuncia censurava il doppio binario sanzionatorio italiano in materia di abusi di mercato per violazione dell'art. 4 par. 7 CEDU, dando al principio la massima estensione interpretativa a favore dell'individuo. La Corte EDU, infatti, individuava un vizio di carattere strutturale nella normativa interna in ragione della presenza di un doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) in relazione al medesimo fatto; una normativa, cioè, che, sul piano processuale, si sarebbe tradotta in una duplicità di procedimenti aventi ad oggetto lo stesso accadimento storico (una falsa comunicazione di mercato) a carico del medesimo soggetto.

Ben presto, tuttavia, la parabola del *ne bis in idem* iniziava la propria discesa: con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*¹² veniva a registrarsi un importante *revirement*. Il divieto netto di un doppio processo lasciava infatti il posto alla necessità che tra due processi – tesi all'irrogazione di sanzioni sostanzialmente punitive – sussistesse una *sufficiently close connection in substance and in time*, ammettendosi così la possibilità di una duplicazione procedimentale ma solo al sussistere di tutti gli indici della suddetta stretta connessione. E, tra siffatti indici, uno spazio di assoluto rilievo – come evocato dalla ricorrente formula «*and above all*» – veniva accordato alla *proporzione* del complessivo esito sanzionatorio.

same... the Court inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings».

¹¹ CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 8.

¹² C. EDU, *Gran. ch.*, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A. e B. c. Norvegia*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANO, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016. La sentenza è stata oggetto di molti contributi e approfondimenti che hanno lucidamente posto in evidenza il *revirement* della Corte EDU. Si vedano, *ex multis*, DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 471 ss.; SCARCELLA, *Ne bis in idem tributario: la Cedu fissa le regole sul doppio binario*, in *Quot. giur.*, 16 novembre 2017; PERRONE, *Il criterio della "sufficiently close connection" ed il suo rapporto con il principio del ne bis in idem sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. e prat. trib.*, 2018, 3, 1128 ss.; TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit.; SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, cit., 1, *passim*; DE FRANCESCHI, *Ne bis in idem e reati tributari: nel dialogo tra Corti trionfa il criterio della "sufficiently close connection in substance and time"*, in www.giurisprudenzapenale.it, 12 aprile 2018.

Nonostante la virata ermeneutica avesse portato alla luce (anche) il versante sostanziale (soprattutto valorizzando il canone della proporzione), la successiva giurisprudenza della Corte EDU, pur contro i pronostici iniziali, riconosceva in più di un'occasione la violazione del *ne bis in idem*¹³ rispetto a vari sistemi a doppio binario cumulativo. E, più in particolare, riconosceva tale violazione non sulla base del criterio della proporzionalità, ritenuto per contro presente, ma in virtù del difetto di altri indici di *close connection*, quali l'assenza di connessione temporale e di coordinamento nell'acquisizione e nella valutazione della prova¹⁴ o, ancora, l'assenza di un differente e complementare scopo¹⁵.

Anche al sussistere della complessiva proporzionalità sanzionatoria, dunque, la giurisprudenza della Corte EDU nondimeno giungeva a riscontrare la violazione del *ne bis in idem* per difetto di altri requisiti della *close connection*. Per contro, nella parallela giurisprudenza della CGUE – alimentata sulla base della nota e sempre rinverdata autonomia interpretativa delle due Corti europee – le celebri sentenze del 2018¹⁶ avviavano un orientamento che faceva della proporzione il perno fondamentale e, nei fatti, esclusivo¹⁷ del *ne bis in idem* eurounitario: il principio è così venuto a identificarsi nella complessiva

¹³ Cfr. Corte EDU, sez. I, 18.05.2017, *Johannesson e a. c. Islanda*, n. 22007/11; Corte EDU, sez. II, 16.04.2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, n. 72098/14; Corte EDU, 06.06.2019, sez. V, *Nodet c. Francia*, n. 47342/13, con nota di SCOLETTA, *Il ne bis in idem 'preso sul serio': la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in tema di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2019.

¹⁴ Corte EDU, sez. II, 16.04.2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit., con nota di GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 maggio 2019.

¹⁵ Corte EDU, sez. IV, 06.04.2021, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, n. 35623/11, § 40, nell'ambito della quale, a dire il vero, è stato rilevato anche il difetto di meccanismi di compensazione/scomputo sanzionatorio ma senza ritenere inficiato, nel concreto, il criterio di proporzionalità in quanto la (prima) sanzione, già molto esigua, non era mai stata eseguita.

¹⁶ Cfr. CGUE, Grande. sez., 20 marzo 2018 C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate* e altri; C-597-597/16 *Di Puma e Zecca*, con nota di CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 7, 949 ss.; CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza*, cit., *passim*; GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 286 ss.; SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 8 e ss.; TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1071 ss. in cui l'autore preannuncia le questioni pregiudiziali inerenti ai sistemi a "doppio binario cumulativo" formulate dai giudici italiani. Cfr. anche RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in www.eurojus.it, 22 marzo 2018.

¹⁷ Cfr. Corte Giust. UE, sez. I, 05.05.2022, *BV*, C-570/20, in *Riv. dott. comm.*, 2022, 3, 505.

proporzionalità sanzionatoria, assumendo una veste eminentemente sostanziale.

Dinanzi a queste sfuggenti e diversificate sembianze del *ne bis in idem*, la giurisprudenza di legittimità italiana, disorientata (come tutti gli interpreti) a fronte della continua ibridazione concettuale tra elementi processuali e sostanziali (il cui risultato è stato solo quello di indebolire la portata garantistica del principio¹⁸) si è manifestata (almeno in un primo momento) maggiormente incline a recepire il modello ermeneutico della CGUE¹⁹, incentrando sovente la verifica circa il rispetto del *ne bis in idem* sul (solo) criterio della proporzionalità del complessivo carico sanzionatorio.

Su questo sfondo, tuttavia, è intervenuta una – sistematicamente importantissima – sentenza della Corte costituzionale che, nel riconoscere l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p. rispetto al doppio binario previsto dalla disciplina sanzionatoria sul diritto d’autore, ha fornito delle coordinate fondamentali per la successiva evoluzione interpretativa; coordinate che possono essere così riassunte²⁰: da un lato, il *ne bis in idem* è stato ricollocato, dal punto di vista teorico-sistematico, nell’ambito processuale, venendo declinato come divieto di duplicazione procedimentale, teso ad evitare la moltiplicazione dei costi e delle sofferenze in capo al medesimo soggetto (cfr. § 5.1.1.), a prescindere dalla proporzione del complessivo carico punitivo sostanziale; dall’altro, è stato chiarito come la proporzione sanzionatoria non debba e non possa essere identificata con il *ne bis in idem*, avendo essa il preciso ruolo sostanziale di impedire una reazione eccessiva rispetto alla gravità del fatto commesso, peraltro in sintonia con la tendenza della CGUE a considerare il cumulo sanzionatorio, non alla stregua dell’art. 50 CDFUE, bensì in stretta connessione

¹⁸ Cfr. SILVA, *La proporzionalità*, cit., 14, che, in chiave decisamente critica, afferma «Di fatto, la tutela del *ne bis in idem* – per come attualmente interpretata – è del tutto rimessa alla discrezionalità giudiziale, che rischia facilmente di sconfinare nella piena arbitrarietà».

¹⁹ Ad esempio, si veda Cass., Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45829, in *dejure.it*, § 4.1, ove si legge che «tra questi il sub-criterio prevalente per verificare la presenza della stretta connessione è pacificamente individuato da tutte le pronunzie in quello della “proporzionalità” tra il cumulo di sanzioni irrogate (di cui quella amministrativa pecuniaria è ormai considerata di natura penale)». Cfr., in dottrina, TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 marzo 2018, 3.

²⁰ Sia consentito rinviare, per l’approfondimento specificamente dedicato a tale pronuncia, a CARRARO, *La Consulta*, cit., *passim*.

con (*recte*: in diretta applicazione²¹ del)l'art. 49, par. 3, della Carta.

Su tale linea - guadagnata mediante il tortuoso dialogo tra Corti - dovrà allora essere soppesato il reale grado di rispetto del *ne bis in idem* da parte dei sistemi a doppio binario. Un rispetto che richiede, quantomeno, un «adeguato coordinamento» non solo sul piano sanzionatorio, bensì anche su quello «procedimentale», in armonia con il deciso riconoscimento della dimensione (in primo luogo) processuale della garanzia del divieto di *bis in idem*²².

Il portato maggiormente innovativo della pronuncia n. 149 del 2022, infatti, sembra consistere in una implicita reazione all'orientamento giurisprudenziale che ha letto riduttivamente il *ne bis in idem* in chiave esclusivamente sostanziale, identificandolo con la proporzionalità. E ciò - ci pare - non solo per ragioni di corretta perimetrazione concettuale del principio convenzionale, ma anche, e forse ancor prima, per una condivisibile preoccupazione ben più profonda: la pretesa di relegare il rispetto del *ne bis in idem* ad una complessiva proporzione sanzionatoria, la cui realizzazione viene casisticamente affidata al singolo giudice (autorizzato a modificare i limiti edittali sino a disapplicarli interamente secondo una criteriologia inespressa), consegna nelle mani della magistratura ordinaria un potere discrezionale altissimo, sottraendolo specularmente alle prerogative costituzionalmente attribuite al legislatore. Tale scenario dischiude ben altri problemi afferenti alla legalità della pena (che non è qui possibile prendere in considerazione) e giustifica il monito che la Corte costituzionale ha rivolto al legislatore nelle battute finali della sentenza, sospingendolo a porre mano, in maniera sistematica e razionale, a tutti i sistemi a doppio binario vigenti nell'ordinamento italiano, smettendo di confidare nelle tendenze di "legislazione vicaria" della giurisprudenza.

Nella ripristinata logica processuale del *ne bis in idem* e alla luce dell'altrettanto rilevante ruolo, ma sul piano proprio, della proporzionalità sanzionatoria, appare dunque possibile procedere con l'analisi qui proposta

²¹ Cfr. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2022.

²² Cfr. SCOLETTA, *Riaccentramento del sindacato di legittimità ed effettività dei diritti fondamentali europei: l'esempio della garanzia del ne bis in idem*, in *Osservatorio cost.*, 2023, 1, 346; SILVA, *La proporzionalità della pena in materia di abusi di mercato. Profili problematici di un sindacato diffuso di riequilibrio sanzionatorio*, in www.sistemapenale.it, 22 giugno 2023.

del nuovo doppio binario forgiato dal legislatore italiano.

4. *Un rapido confronto con la disciplina degli abusi di mercato: l'art. 187-terdecies TUF, il "restyling" del 2018 e i suoi (persistenti) limiti.* Avendo il legislatore del 2024 preso esplicitamente a modello del nuovo doppio binario il sistema di coordinamento individuato in materia di *market abuse*, volgere lo sguardo – sia pur brevemente e limitatamente al profilo qui considerato – verso la soluzione adottata mediante l'art. 187-terdecies TUF sembra poter offrire una certa utilità al fine di tesaurizzare l'esperienza guadagnata in tale settore.

Come da più parti segnalato, in materia di abusi di mercato la strada tracciata a livello sovranazionale, dopo MAD II²³, era stata quella di una «sorta di gradualismo sanzionatorio tra illecito amministrativo e penale»²⁴ in virtù del quale la scelta di istituire (o mantenere) un doppio binario sanzionatorio sarebbe stata rimessa ai singoli Stati membri²⁵, *a fortiori* in considerazione dell'attenzione crescente che era riuscito ad attrarre il percorso del *ne bis in idem*²⁶. In tale contesto, il legislatore italiano, guardandosi bene dal porre mano alla struttura del sistema vigente – emblema dei doppi binari cumulativi –, si limitava ad una riformulazione dell'art. 187-terdecies TUF, che veniva ad assumere il ruolo di meccanismo di coordinamento (solamente “compensativo-sostanziale”²⁷) volto a ricalibrare in qualche modo la draconiana²⁸ risposta

²³ Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano, per una panoramica lucida e precisa in ordine all'evoluzione della disciplina degli abusi di mercato, MUCCIARELLI-BASILE, *Market abuse evolution after the MAD II and the MAR: how Italy amended its legislation in light of Regulation (EU) 596/2014*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 23 novembre 2018; D'ANDREA, *Abuso di informazioni privilegiate*, in *Il diritto penale dell'economia in trasformazione*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2020, 318 ss.; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, 301 ss.

²⁴ SILVA, *La proporzionalità della pena*, cit., 4.

²⁵ Sebbene l'introduzione di sanzioni amministrative fosse in realtà raccomandata: cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 ottobre 2018, 6 ss. Prima della riforma del 2018, cfr. VIGANÒ, *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; a proposito dell'atteggiamento assunto con MAD II, parla di «posizione in qualche modo pilatesca» SILVA, *La proporzionalità della pena*, cit., 4.

²⁶ Si veda, al proposito, il considerando n. 23 di MAD II.

²⁷ Con tale espressione si intende dire, come meglio si vedrà *infra*, che il meccanismo individuato dall'art. 187-terdecies TUF si limita a determinare un effetto compensativo sulla complessiva sanzione irrogata, lasciando tuttavia sussistere tanto la duplicazione qualificatoria quanto la duplicazione proce-

sanzionatoria complessiva, derivante dal convergere inesorabile degli artt. 184 e 185 TUF (delitti) e degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF (illeciti amministrativi)²⁹ sul medesimo fatto storico.

La disposizione di cui all'art. 187-*terdecies* TUF – sulla quale dunque è venuto a pesare l'importante e gravoso compito di evitare la violazione del *ne bis in idem*³⁰ – individua un meccanismo di scomputo volto a limitare la sanzione (sia essa penale o amministrativa) intervenuta per seconda, senza tuttavia che sussista una precisa criteriologia valoriale idonea a dare priorità ad una sanzione rispetto all'altra.

Più dettagliatamente, nell'attuale formulazione, l'art. 187-*terdecies* TUF³¹ impone all'autorità giudiziaria o a Consob di «tener conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate» (co. 1 lett. a) e, con riferimento alla fase esecutiva, limita l'esazione della sanzione (comunque qualificata) pecuniaria alla «parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa o da quella giudiziaria» (co. a, lett. b).

Va ricordato che l'originaria previsione normativa contenuta nell'articolo in

dimentale.

²⁸ Peraltro, come è stato ben posto in luce da TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in www.sistemapenale.it, 28 dicembre 2020, 1-32, e da SILVA, *La proporzionalità della pena*, cit., 6, partecipano al complessivo carico sanzionatorio anche i paralleli illeciti amministrativi derivanti da reato *ex art. 25-sexies* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e gli illeciti amministrativi derivanti, a loro volta, dagli illeciti amministrativi di cui all'art. 187-*quinqües* TUF: si tratta, a ben vedere, di un sistema “a quattro binari” che, oltre a moltiplicare a dismisura la risposta sanzionatoria, ingenera non semplici problematiche di sovrapposizioni, la cui sussistenza viene peraltro confermata dal riferimento, nell'ambito del sistema di “scomputo” di cui all'art. 187-*terdecies* TUF, alla responsabilità dell'ente e non solo a quella individuale.

²⁹ Per alcune lucide osservazioni sugli irrazionali esiti sanzionatori di una simile disciplina cfr. NAPOLEONI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 603.

³⁰ Risultato che, come a breve si vedrà, non sembra essere stato conseguito. Cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 1 ss.

³¹ Per chiarezza espositiva si riporta di seguito il disposto normativo:

Art. 187-*terdecies* TUF: «Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative

1. 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».

parola - ovvero sia la formulazione³² precedente al d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 - prevedeva un sistema compensativo limitato esclusivamente alla sanzione *pecuniaria*³³ (non esteso, dunque, ai plurimi *strumenti punitivi* previsti dalla disciplina degli abusi di mercato) e alla fase *esecutiva* di essa. Ciò rappresentava uno strumento insufficiente a garantire una connessione sanzionatoria effettiva e capace di tradursi in una irrogazione concretamente proporzionata. Del resto, la stessa sentenza Garlsson³⁴ giudicava la disciplina del *market abuse* non idonea a garantire che il complessivo carico sanzionatorio, limitandosi a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione, si rivelasse conforme all'art. 49, co. 3 CDFUE.

Anche la giurisprudenza interna³⁵, d'altro canto - dopo aver acutamente colto la torsione in chiave sostanziale del *ne bis in idem*, in ragione del peso attribuito alla proporzionalità in seno al *test* di *close connection* -, aveva lucidamente posto in evidenza come l'art. 187-*terdecies* TUF (almeno nella versione precedente alla riforma) non potesse fornire un utile strumento al giudice

³² L'originaria formulazione recitava così: «quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies*, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa».

³³ Va sul punto ricordato che, tuttavia, molte e autorevoli voci della dottrina ritengono che anche nell'attuale formulazione il sistema di "scomputo" possa operare solamente con riferimento alle sanzioni pecuniarie o, comunque, non si estenda alle sanzioni interdittive: MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 21; ID., *Illecito penale, illecito amministrativo*, cit., § 6, e ID., "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato, cit., § 7; FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 130; SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 14. *Contra* SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercè degli interpreti*, in *Soc.*, 2019, 533 ss.

³⁴ Corte EDU, GS, 20.03.2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA* e altri, in *Dir. Pen. Cont.*, § 60: «[...] dal momento che l'articolo 187-*terdecies* sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione, risulta che detto articolo non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione». Si ricordi, tuttavia, che nella di poco successiva giurisprudenza interna, volta a recepire il *test* di *close connection* della sentenza *A & B c. Norvegia* emessa dalla Corte Edu, si è ritenuta conforme al detto *test* - e dunque non in contrasto con il *ne bis in idem* - la disciplina in materia di abusi di mercato proprio sul presupposto che sussistesse il meccanismo compensativo di cui all'art. 187-*terdecies* TUF: cfr. Trib. Milano, Sez. I Penale, ord. 6 dicembre 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, con nota di MANACORDA, *Equazioni complesse: il ne bis in idem "incipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, 520.

³⁵ Cass. pen., sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, Franconi, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2018, con nota di MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*.

nella ricerca di una adeguata proporzione sanzionatoria, giacché il principio della computabilità in esso racchiuso era limitato al solo versante pecuniario delle sanzioni e non prendeva, per converso, in considerazione il cumulo tra sanzione pecuniaria e detentiva.

Al riguardo, al fine di dare una portata operativa all'originario art. 187-*terdecies* TUF, la giurisprudenza aveva fatto ricorso al ben collaudato - ed "ermeneuticamente confortevole" - art. 133 c.p.³⁶: il giudice avrebbe in tal modo potuto beneficiare di una criteriologia elastica con la quale dare concreta "esecuzione" al sistema di scomputo di cui all'art. 187-*terdecies* TUF. Quest'ultimo, infatti, sarebbe venuto a costituire un parametro aggiuntivo tra i coefficienti di commisurazione sanzionatoria nella misura in cui avrebbe permesso di soppesare, in seno al giudizio di gravità del fatto e in vista di una determinazione proporzionata della complessiva risposta statale, (anche) la sanzione punitiva già irrogata dall'Autorità intervenuta per prima. Con un vantaggio: l'art. 133 c.p. sarebbe divenuto il "salvagente operativo" idoneo a conferire un appiglio di legalità nell'estrema incertezza e nebulosità interpretativa della proporzione e del *test* di *close connection*³⁷.

Anche la nuova formulazione dell'art. 187-*terdecies* del TUF, tuttavia, non ha superato i problemi esistenti³⁸, manifestandosi per certi versi contraddittoria: come è stato efficacemente sostenuto, «i profili di maggiore innovatività *astratta* del "nuovo" art. 187-*terdecies* t.u.f. risultano racchiusi proprio all'interno di quelle locuzioni legislative che rivelano il tasso di maggiore equivocità *concreta*, al punto che il rinnovato art. 187-*terdecies* pare attraversato da un profondo sfasamento tra efficacia *potenziale* ed efficacia *effettiva*»³⁹.

La dottrina, sin da subito schieratasi in senso tendenzialmente molto critico sul nuovo testo⁴⁰, non ha invero dimenticato di sottolineare come la più recen-

³⁶ Il tema viene lungamente e precisamente analizzato da BARON, *Test di proporzionalità*, cit., 29 ss.

³⁷ Cfr. MUCCIARELLI, *Doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem*, cit., § 5; BARON, *Test di proporzionalità*, cit., 30.

³⁸ Sembra essere caduta nel vuoto anche la sollecitazione - proveniente da Consob durante l'*iter* parlamentare - a individuare una regolamentazione del cumulo procedimentale e sanzionatorio in via legislativa, in modo da consegnare nelle mani del giudice (o dell'Autorità amministrativa) uno strumento chiaro e non l'ennesima "delega decisoria". Sul punto, cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 6.

³⁹ BARON, *Test di proporzionalità*, cit., 40 (corsivi originali).

⁴⁰ MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 21, parla addirittura di «norma-simbolo delle que-

te formulazione dell'art. 187-*terdecies* TUF abbia in qualche misura tentato di rendere più rigorosa ed effettiva la connessione tra i sistemi punitivi incidenti sul *market abuse*, intervenendo su due piani: da un lato, è stata espressamente presa in considerazione non solo la fase di *esazione* della pena pecuniaria ma anche quella, logicamente precedente, di *determinazione* della sanzione da irrogare; in secondo luogo, l'oggetto della ponderazione giudiziale - sebbene solo in fase di commisurazione - non è più stato limitato alle sole sanzioni pecuniarie ma, dato il tenore testuale, si è ampliato, permettendo un'interpretazione capace di ricomprendere nell'ampia portata semantica del sintagma "sanzione penale" - cui fa da *pendant* quella successiva di "misure punitive" - anche la pena detentiva, le pene accessorie e in genere ogni sanzione che possa qualificarsi "penale".

Quando, tuttavia, si valuti come, dal punto di vista pratico-operativo, queste due forme di potenziamento della "connessione punitiva" possano concretamente essere maneggiate dal giudice, ecco rendersi evidente l'insufficienza della disposizione: cosa significa, *in primis*, "tenere conto"? E «sanzioni penali»? E «misure punitive»?

Sin dall'*incipit*, infatti, la disposizione mira a disciplinare, secondo le indicazioni europee, il fenomeno della convergenza di sanzioni sul medesimo fatto ("quando per lo stesso fatto") in capo al medesimo soggetto⁴¹, senza però of-

stioni irrisolte»; ID., *Illecito penale, illecito amministrativo*, cit., § 6. Parimenti critica si manifesta SILVA, *La proporzione*, cit., 9 e ID., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 13, ove viene posto bene in luce come sia la stessa relazione illustrativa al d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 ad aver riconosciuto, sia pur implicitamente, l'inidoneità della riforma a garantire la risoluzione del problema del *ne bis in idem*, laddove afferma che «dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono intervenute le sentenze della CGUE del 20 marzo 2018 sulla nota questione del *ne bis in idem*. Pertanto, in attesa di ulteriori approfondimenti sulla corretta applicazione dei principi contenuti nelle sentenze della Corte, l'intervento modificativo che si propone nel TUF è quello minimale rispetto alla norma vigente. Qualora, ad esito dei procedimenti in corso, risulti necessario apportare ulteriori modifiche non solo all'articolo 187-*terdecies* ma anche ad altri articoli contenuti nel Capo V del TUF, che disciplina i rapporti tra procedimenti (artt. da 187-*decies* a 187-*terdecies*), occorrerà valutare se il criterio di delega di cui sopra è sufficiente oppure è necessaria una nuova delega legislativa». Ancora, in toni critici, cfr. MADIA, *Ne bis in idem europeo*, cit., 677-678 e ROCCATAGLIATA, *La riforma del diritto sanzionatorio per illeciti finanziari. Guida ragionata al D. lgs. 107/2018*, in *Giur. pen.* (web), 2018, 11, 16 ss.

⁴¹ Si noti che, nella disciplina del *market abuse*, l'art. 187-*terdecies* TUF, nell'attuale formulazione, si riferisce anche alle sanzioni irrogabili a carico dell'ente, che potrebbe subire una sanzione amministrativa tanto in via diretta ex art. 187-*quinquies* TUF, quanto in seno alla responsabilità amministrativa derivante da reato ex art. 25-*sexies* d.lgs. 231/2001. Cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato*, cit., 21; TRIPOLI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., *passim*; SILVA, *La proporzionalità della pena*, cit., 6.

frire indicazioni chiare: in entrambi gli elementi di novità, la disposizione, pur nella nuova formulazione, si rivela inidonea a creare le certezze necessarie a conseguire il ricercato equilibrio tra doppio binario e *ne bis in idem*.

In primo luogo, come anticipato, nella fase di commisurazione sanzionatoria (lett. a), è complesso delineare chiaramente cosa significhi “tener conto”: sebbene il significato più plausibile – indiziato anche dalla disposizione di cui alla lett. b) del medesimo articolo – sia quello di “scomputare” dalla sanzione irroganda una quota corrispondente a quella già applicata, ciò lascia completamente in ombra l’operazione concreta da effettuarsi allorquando si sia al cospetto di sanzioni eterogenee. E, anche tra sanzioni omogenee (pecuniarie), una (mera) attività di scomputo, *sic et simpliciter* condotta sulla base di un criterio puramente algebrico, rischierebbe forse di annacquare la differente portata, sul piano stigmatizzante, della reazione penale rispetto a quella amministrativa, tradendo così come nell’idea legislativa, in fondo, si tratti solo di “etichette formali”.

È dunque del tutto evidente che, pur nel pregio di anticipare alla fase commisurativa la ricerca di una complessiva proporzione sanzionatoria, la disposizione si rivela del tutto generica e astratta, non consegnando alcun concreto criterio con il quale sia possibile effettuare le complesse operazioni di “compensazione sanzionatoria” ivi previste, *a fortiori* quando trattasi di sanzioni eterogenee, con ulteriori ampi rischi di ineffettività o, peggio, di arbitrio applicativo: in assenza di ogni parametro positivo, infatti, quali sarebbero i criteri mediante i quali verificare l’*iter* logico-argomentativo seguito veramente dal giudice?¹²

¹² Cfr. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.la-legislazione-penale.eu*, 29 gennaio 2016, 7, ove si afferma «Le teorie ermeneutiche non hanno un intento prescrittivo, ma cercano piuttosto di disvelare la realtà effettiva dell’attività interpretativa liberandola dal velo di ignoranza (o di ipocrisia) che riduce l’interprete a cieco braccio esecutivo di un legislatore onnipotente». In ordine, poi, ai risultati dell’attività giurisprudenziale, più recentemente, con grande chiarezza e posizione nitida, si veda COCCO, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia penale nello stato di diritto. Contributo a un riordino dei principi*, in *Res. civ. e prev.*, 2023, 5, 1398 ss. e ID., *L’interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari*, in *www.sistemapenale.it*, 25.01.2024, ove viene affermata, a valle di un’analisi comparata di casi giurisprudenziali statunitensi e italiani, la necessità che «la interpretazione giurisprudenziale non si limiti a proporre la soluzione del caso concreto in termini ritenuti convincenti, ma si preoccupi di non lasciare, per ampiezza e indeterminatezza del principio affermato, ampie zone grigie capaci di ricomprendere attività estranee all’illecito».

In secondo luogo – dischiudendo la tematica che ci pare di maggior respiro – la più recente disposizione pone un evidente problema interpretativo che, di fatto, consegna nella mani del giudice (o dell'autorità amministrativa, ancorché con minor frequenza statistica) un enorme potere discrezionale: nel prescrivere che l'autorità intervenuta per seconda (sempre sulla sola base di un casuale criterio temporale) debba tener conto delle “misure punitive” già irrogate, la disposizione finisce per delegare al giudice l'individuazione dei contorni della sanzione punitiva e, con essi, della “materia penale”, abdicando al proprio ruolo nomopoietico.

E, a riprova dell'assenza di una chiara indicazione legislativa, è sufficiente notare come, con riferimento alla fase esecutiva della sanzione (lett. b), anche la nuova versione dell'art. 187-*terdecies* TUF continui a limitare lo scomputo algebrico alle sole sanzioni pecuniarie⁴³, disorientando così l'interprete con un'indicazione che pare andare nella direzione opposta rispetto a quella, pur generica e fumosa, offerta con riferimento alla fase commisurativa (lett. a).

Pur dopo la riforma del 2018⁴⁴, dunque, l'art. 187-*terdecies* TUF continua a risultare inidoneo a fronteggiare la lesione del *ne bis in idem* che viene a consumarsi in materia di abusi di mercato (e, come vedremo, a simili conclusioni giungeremo anche con riferimento alla tutela dei beni culturali e paesaggistici). Prestando attenzione al ruolo sistematicamente strategico della disposizione, infatti, è presto evidente come essa fornisca solamente un «minimale, ambiguo e inadeguato»⁴⁵ parametro (“tener conto”) al quale il giudice può ricorrere per orientarsi nella “caccia alla complessiva proporzione sanzionatoria”, senza offrirgli tuttavia alcuna indicazione modale. E non è tutto.

Nonostante queste lacune rappresentino, già di per sé, motivo di profonda riflessione, i limiti dell'art. 187-*terdecies* TUF, con riguardo al rispetto del *ne bis in idem*, ci paiono ben più radicali e profondi.

La disposizione del 2018, infatti, se già fatica, per le ragioni anzidette, a realizzare una complessiva proporzione sanzionatoria – intorno alla quale una certa

⁴³ BARON, *Test di proporzionalità*, cit., 31 ss.; SILVA, *La proporzionalità della pena*, cit., 9.

⁴⁴ Non potendoci dilungare sul punto per esigenze di coerenza con gli intenti del presente contributo, sia consentito rinviare, per una chiara disamina del tema, a BARON, *Test di proporzionalità*, cit., in specie 26 ss.

⁴⁵ BARON, *Test di proporzionalità*, cit., 26.

giurisprudenza ha individuato l'*ubi consistam* del *ne bis in idem* in chiave sostanziale⁴⁶ - *a fortiori* si scontra inequivocabilmente con ogni declinazione processuale⁴⁷ del principio convenzionale: come si è sopra visto, l'art. 187-terdecies TUF presuppone la sussistenza di un duplice procedimento a carico del medesimo soggetto per il medesimo fatto, limitandosi a indurre il giudice (o l'autorità amministrativa) a ricercare, con ampia libertà di mezzi e risultati concreti, una qualche forma di proporzione sanzionatoria. Una proporzione che, tuttavia, anche laddove recuperata mediante acrobazie interpretative e incursioni giudiziarie nel potere legislativo, non risolve in alcun modo il *vulnus* alla declinazione processuale del *ne bis in idem*. La norma, infatti, non è in grado di evitare né la duplicazione di contestazione al medesimo soggetto per il medesimo fatto (piano sostanziale) né la corrispondente duplicazione procedimentale (piano processuale).

È ben vero che, ad oggi, la disciplina del *market abuse* ha potuto beneficiare del (sopra richiamato) allentamento del principio del *ne bis in idem* e della graduale trasfigurazione che esso ha subito - nella lettura di "seconda generazione"⁴⁸ di matrice sovranazionale⁴⁹ - intorno all'elemento della proporzione.

⁴⁶ SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, cit., *passim*, ove si segue il percorso di progressiva identificazione ermeneutica del *ne bis in idem* con la proporzione sanzionatoria; ID., *La proporzionalità della pena*, cit., 13, ove, invece, si pone in luce come la tendenza a polarizzare il *ne bis in idem* intorno al sub-criterio della proporzione (che, formalmente, continua a non essere l'unico) sia principalmente eurounitaria, avendo per converso la Corte di Strasburgo in più occasioni rivelato un'interpretazione maggiormente incline a garantire in modo più robusto il *ne bis in idem* convenzionale, riconoscendone la violazione anche in ipotesi in cui, pur risultando la sanzione complessivamente proporzionata, difettavano altri requisiti della *close connection* (cfr. Corte EDU, sez. I, 18.05.2017, *Jhoanneson e al. c. Islanda*, n. 22007/11; Corte EDU, Sez. II, 16.04.2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, n. 72098/14; Corte EDU, 6.06.2019, sez. V, *Nodet c. Francia*, n. 47342/13, con nota di SCOLETTA, *Il ne bis in idem preso sul serio: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in tema di abusi di mercato*, cit., *passim* (la *close connection* viene in tal caso negata in quanto mancavano, nel sistema francese, strumenti di connessione nella raccolta e nella valutazione probatoria e mezzi di raccordo temporale). Più di recente, il concetto dell'insufficienza della sola proporzione viene ricordato anche in *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, n. 35623/21, § 11. Per ulteriori e più specifici riferimenti, sia consentito il rinvio a CARRARO, *La Consulta*, cit., nt. 82, 84 e 85.

⁴⁷ Cfr., oltre alla celebre sentenza Grande Stevens (Corte EDU, sez. II, 04.03.2014, *Grande Stevens c. Italia*, nn. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/10), tra le altre, Corte EDU, sez. II, *Kiivari c. Finlandia*, 20.02.2015, n. 53753/12; Corte EDU, sez. V, 27.11.2014, *Lucky Dev. c. Svezia*, n. 7356/10; Corte EDU, Sez. IV, 20.05.2014, *Nykänen c. Finlandia*, n. 11828/11; Corte EDU, sez. IV, 20.05.2014, *Glantz c. Finlandia*, n. 37394/11.

⁴⁸ L'espressione si deve a CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem*, cit., 17.

⁴⁹ Si veda, al § 3, il *revirement* registratosi con la sentenza *A. e B. contro Norvegia* nell'ambito della quale il *test* di *close connection* ha inaugurato una versione sostanziale del *ne bis in idem*, fortemente

Ed è altrettanto vero che la giurisprudenza interna, preoccupata (più o meno esplicitamente) da esigenze di politica criminale dinanzi all'ipotesi di collasso dei sistemi a doppio binario cumulativo, si è mostrata rapidissima nel recepire detto *revirement* sostanziale. Eppure, la recente sentenza della Consulta e la esplicita presa di posizione per una declinazione processuale del *ne bis in idem* - in uno con la contestuale declaratoria di illegittimità dell'art. 649 c.p.p. (sia pur limitatamente alla disciplina in materia di diritto d'autore) - non può che far riflettere in ordine al modello divisato nell'art. 187-terdecies TUF impiegato anche per la recente novella, ponendo un interrogativo così sintetizzabile: la disposizione di cui all'art. 1, co. 7 L. 6/2024 - che, come il suo "gemello omozigote" di cui all'art. 187-terdecies TUF, presuppone una duplicazione procedimentale - sarà sufficiente ad evitare un *vulnus* al *ne bis in idem* così come delineato dalla Consulta nel 2022?

5. *L'art. 1 comma 7 della Legge 22 gennaio 2024, n. 6 e le possibili frizioni con il ne bis in idem "sagomato" dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2022.* Tentando di portare a frutto le due linee tematiche sin qui condotte - (i) l'attuale volto del *ne bis in idem* nell'interpretazione delle Corti Europee e della Consulta e (ii) i limiti dell'art. 187-terdecies TUF che ha rappresentato il modello di riferimento per la creazione di un sistema di raccordo procedimentale nella tutela dei beni culturali e paesaggistici - si dovrebbero poter, a questo punto, svolgere alcune considerazioni.

Ripartendo dall'interrogativo sopra proposto, infatti, è necessario domandarsi se una disciplina come quella di cui all'art. 1, co. 7 L. 6/2024 - tratta a calco pressoché diretto da quella dell'art. 187-terdecies TUF - possa rivelarsi conforme alla declinazione del *ne bis in idem* fatta propria dalla Consulta con la sentenza n. 149 del 2022, verificando così se il legislatore italiano abbia adeguatamente ponderato la propria scelta o se, come a noi pare, abbia piuttosto "scelto di non scegliere", delegando ancora una volta alla magistratura il compito di evitare frizioni con il principio del *ne bis in idem* a fronte di un siste-

calibrata sul requisito della complessiva proporzionalità sanzionatoria: la sussistenza di due procedimenti a carico del medesimo soggetto in ordine al medesimo fatto, ove tali procedimenti siano sufficientemente "*close connected*", non sarebbe (più) da considerarsi di per sé lesiva della garanzia convenzionale del *ne bis in idem*.

ma che, in partenza, le presuppone.

Onde procedere con ordine nella risposta a tale interrogativo, deve essere osservato come la disciplina di cui all'art. 1, co. 7 L. 6/2024 sia identica - anche dal punto di vista lessicale - all'art. 187-*terdecies* "nuova" formulazione³⁰, fatta eccezione per i riferimenti alla responsabilità amministrativa derivante da reato *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 a carico dell'ente: circostanza questa di non poco momento se si pone mente al fatto che, con il d.lgs. 9 marzo 2022, n. 22 istitutivo del Titolo VII-*bis* nel Codice penale, è stato (ulteriormente) rinfoltito il catalogo dei reati presupposto, prevedendosi, all'art. 25-*septiesdecies* d.lgs. 231/2001, che vi rientri anche il reato di cui all'art. 518-*duodecies* c.p. ovvero sia la fattispecie di reato con la quale sono state sanzionate in via penale le medesime condotte previste come illecito amministrativo dalla L. 6/2024. Ciò implica che, nel disegno legislativo, sarebbe ben possibile individuare, a fronte del medesimo fatto - riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 518-*duodecies* c.p. e, contemporaneamente (giusta le clausole di cumulo), all'art. 1, co. 1 e 2 L. 6/2024 - una responsabilità penale e una responsabilità amministrativa, con correlative sanzioni, a carico della persona fisica (la quale sarebbe al riparo dal rischio di *bis in idem* grazie al sistema di scomputo disegnato mediante l'art. 1, co. 7 L. 6/2024), alle quali si assommerebbe

³⁰ Onde rendere più agevole e immediato il confronto, si riportano le due disposizioni come segue:

Art. 1, comma 7 Legge 26 gennaio 2024, n. 6	Art. 187- <i>terdecies</i> TUF
<p>1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo o dell'autore della violazione, la sanzione amministrativa pecuniaria indicata ai commi 1 e 2 ovvero una sanzione penale:</p> <p>a) l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate;</p> <p>b) l'esazione della pena pecuniaria ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».</p>	<p>1. 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-<i>septies</i> ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato:</p> <p>a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate;</p> <p>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.</p>

anche una possibile responsabilità amministrativa derivante da reato a carico dell'ente, ovviamente al sussistere delle condizioni di cui al d.lgs. 231/2001. Tale differenziazione tra la disciplina del *market abuse* e quella del patrimonio culturale e paesaggistico, del resto, si spiega con l'assenza, nel secondo ambito, di una diretta responsabilità amministrativa – indipendente dal reato perpetrato dalla persona fisica che abbia agito, come apicale e come sottoposto, nel suo interesse e a suo vantaggio – in capo all'ente. E ciò a differenza di quanto previsto, invece, nel settore degli abusi di mercato, dove, creandosi un parallelo (rispetto a quello che incombe sulla persona fisica) doppio binario a carico dell'ente, coesistono la responsabilità amministrativa derivante da reato di cui all'art. 25-*sexies* d.lgs. 231/2001 e la responsabilità amministrativa a sua volta derivante in via diretta dagli illeciti amministrativi di cui all'art. 187-*quinqüies* TUF⁵¹.

Salvo quanto ora chiarito, pertanto, se la disciplina di cui all'art. 1, co. 7 L. 6/2024 si presenta integralmente sovrapponibile a quella di cui all'art. 187-*terdecies* TUF, integralmente sovrapponibili sembrano anche i limiti che sono stati sopra posti in evidenza.

In particolare, devono essere rimarcate:

- (i) l'estrema nebulosità dell'espressione «tengono conto» di cui alla lett. a), *a fortiori* ove raccordata con l'evidente significato di “scomputo algebrico” di cui alla lett. b);
- (ii) la genericità del riferimento alla «sanzione penale» (e del correlativo richiamo alle «misure punitive») la cui potenziale latitudine ermeneutica viene minata dall'esigenza di coordinamento con quanto indicato nella lett. b) – che evidentemente si riferisce alla sola sanzione pecuniaria – e dall'assenza di alcun concreto indice o criterio al quale debba rifarsi l'autorità procedente onde comparare sanzioni eterogenee;
- (iii) la fallacia dell'impostazione di fondo che, quasi paradossalmente, presuppone la sussistenza di una duplicazione procedimentale e qualificatoria, concentrandosi esclusivamente sull'individuazione di un ri-equilibrio sanzionatorio complessivo, incapace tuttavia di evitare sia i costi (economici e umani) di un doppio procedimento, sia la convergenza di molteplici illeciti, privi

⁵¹ Cfr. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati*, cit., 21; SILVA, *La proporzionalità*, cit., 6.

di un adeguata e razionale progressione offensiva, sul medesimo fatto.

Queste essendo, in termini riassuntivi, le principali critiche al tentativo del legislatore italiano di individuare un coordinamento tra tutela penale e amministrativa del patrimonio culturale e paesaggistico capace di evitare un *vulnus* al *ne bis in idem*, preme ora dedicarsi al possibile esito di un ipotetico vaglio della Consulta su tale sistema, partendo proprio dalla posizione espressa con la sentenza n. 149 del 2022.

Il Giudice delle leggi, con chiarezza cristallina, aveva infatti affermato, quanto alla declinazione sostanziale o processuale del *ne bis in idem*, che «la garanzia convenzionale in parola [art. 4 Prot. 7 CEDU] mira – lo si è già poc’anzi osservato – a tutelare l’imputato non solo contro la prospettiva dell’inflizione di una seconda pena, ma *ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto*. E ciò a prescindere dall’esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un’assoluzione. La *ratio* primaria della garanzia – declinata qui non quale principio “ordinamentale” a valenza oggettiva, funzionale alla certezza dei rapporti giuridici, ma quale diritto fondamentale della persona – è dunque quella di *evitare l’ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo* in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata»⁵².

Ciò significa che, almeno dal punto di vista teorico, la Consulta ha conferito prioritario rilievo alla declinazione *processuale* del principio⁵³: se la tutela convenzionale mira a garantire il singolo soggetto dal peso (umano ed economico) di un duplice procedimento *in idem factum*, il solo sussistere di un secondo procedimento – a prescindere dal contenuto concretamente sanzionatorio del primo – è sufficiente a ritenere “trafitta” la garanzia.

Nel contempo la sentenza ricordava come la proporzione sanzionatoria, rivestendo pur sempre un ruolo di garanzia, benché differente, non potesse identificarsi con il principio del *ne bis in idem*: la proporzione, infatti, fondata in particolare sugli artt. 3 e 27 Cost. (piano interno) e sull’art. 49, par. 3 CDFUE (piano unionale), si protende ad impedire che il convergere sullo stesso fatto

⁵² Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149, § 5.1.1 (corsivo aggiunto).

⁵³ In termini simili anche SILVA, *La proporzionalità*, cit., 15 ove l’Autrice afferma: «la Corte colloca l’identità del principio convenzionale nell’alveo processuale, riportandolo chiaramente a principio di garanzia processuale».

di due o più sanzioni distinte (detentive, pecuniarie, interdittive etc.) travalichi il limite della gravità di quanto commesso e delle esigenze sottese alle dette sanzioni, ma non si oppone di per sé alla celebrazione di un secondo processo rispetto a quel fatto⁵⁴.

Conseguentemente, l'ideazione di un sistema di raccordo sanzionatorio come quello previsto dall'art. 1, co. 7, L. 6/2024 potrebbe non rivelarsi per nulla sufficiente – ancorché necessario sotto il (differente) profilo della proporzione, assurta ad un'autonoma garanzia⁵⁵ – a scongiurare la lesione del *ne bis in idem*, per la cui verifica è necessario continuare a rifarsi al *test* di *close connection*.

6. *La nuova disciplina alla prova del test di close connection.* Preso atto della declinazione prettamente processuale che il *ne bis in idem* ha assunto nella prospettiva (quantomeno) della Consulta, si ritiene possa essere interessante porre sul banco di prova – mediante il *test* di *close connection* – la nuova disciplina, replicando lo stesso incedere che ebbe a seguire il Giudice delle leggi in tema di tutela “integrata” (penale e amministrativa) del diritto d'autore.

I primi due elementi di verifica sono rappresentanti dalla sussistenza di un *idem* e di un *bis*.

Quanto all'*idem*, tanto nella declinazione soggettiva – stesso soggetto – quanto in quella oggettiva – da intendersi in senso naturalistico, come *idem fac-*

⁵⁴ Cfr. Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149, § 5.1.1, ove si legge: «Il *ne bis in idem* non si oppone, invece, alla possibilità che l'imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena: garanzia, quest'ultima, fondata su basi giuridiche distinte da quelle su cui si fonda il diritto al *ne bis in idem* (in particolare, sugli artt. 3 e 27 Cost., a livello interno, e sull'art. 49, paragrafo 3, CDFUE a livello unionale)».

⁵⁵ Interessantissimo e acuto lo spunto di riflessione di SILVA, *La proporzionalità*, cit., 22, ove si inizia a paventare l'ipotesi di una valorizzazione della proporzione in chiave di *an debeat* e non solo di *quantum* sanzionatorio. In altri termini, se la proporzionalità sta venendo ad assumere una centralità così rilevante da essere posta dal giudice nazionale alla base della disapplicazione della norma sanzionatoria interna – quale conseguenza della diretta applicazione dell'art. 49 CDFUE (cfr. Corte di Giustizia UE, GS, 8.03.2022, NE, C-250/20, con nota di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta*, cit., *passim*) – un tentativo di recuperare una tutela forte del *ne bis in idem* potrebbe passare per una proporzione sanzionatoria impiegata, non per individuare il *quantum* del cumulo sanzionatorio (in termini di limite massimo), bensì alla stregua di parametro cui rapportare la giustificazione dell'esistenza stessa del doppio binario.

tum, a fronte della notissima giurisprudenza derivante dalla pronuncia *Sergey Zolotukhin c. Russia* (2009)⁵⁶ - appare di immediata evidenza che la disposizione di nuovo conio sanzioni esattamente le medesime condotte materiali già oggetto della fattispecie penalistica di cui all'art. 518-*duodecies* c.p. Del resto, le clausole di cumulo - «ferme le sanzioni penali» - di cui all'art. 1 L. 6/2024 indicano in maniera inequivocabile la volontà legislativa di far convergere più sanzioni sul medesimo trasgressore in ordine al medesimo fatto.

Parimenti sussistente sembra potersi dire il profilo del *bis*, emergendo il carattere punitivo della sanzione (formalmente) amministrativa di nuovo conio: sebbene nell'A.I.R. (Analisi impatto regolamentazione) che accompagnava il d.d.l. si affermi che l'intervento normativo «punta a far sì che il trasgressore si faccia carico (almeno in parte) degli oneri derivanti dalla riparazione dei beni danneggiati» prevedendosi che i proventi delle sanzioni introdotte siano devoluti dal Ministero della cultura prioritariamente al ripristino di tali beni, siffatta finalità viene esplicitamente inserita per seconda, dando primario rilievo («in primo luogo») all'esigenza di «garantire un'azione più tempestiva da parte dello Stato nei confronti delle condotte sanzionate» giacché «i tempi previsti per l'avvio e per la conclusione dei procedimenti penali non si prestano alle esigenze di speditezza poc'anzi richiamate». In altri termini, l'introduzione di tali sanzioni amministrative si rende funzionale, in prima battuta, ad esigenze di celerità ed efficienza nella risposta sanzionatoria: non, dunque, ad una funzione differente rispetto a quella cui tende la sanzione penale, bensì a conseguire la medesima finalità in via più rapida (e, verrebbe da dire, con minori garanzie). Il fatto poi che i proventi debbano essere destinati con priorità al ripristino dei beni danneggiati afferisce alla destinazione dei cespiti recuperati, ma non si connette in via diretta al danno concretamente cagionato dal trasgressore, considerando che l'individuazione della sanzione pecuniaria - che il giudice dovrà determinare nell'ambito dell'escursione edittale compresa tra € 20.000,00 ed € 60.000,00 (co. 1) e tra € 10.000,00 ed € 40.000,00 (co. 2) - non esibisce alcuna diretta correlazione con l'entità di siffatto danno (se non attraverso il criterio commisurativo di cui all'art. 133 c.p., il quale opererebbe,

⁵⁶ C. EDU, *Gran. ch.*, 10 febbraio 2009, ricorso 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, in www.echr.coe.int, §§ 80-84: si veda la nota n. 10 del presente contributo.

peraltro, solamente in sede penale).

Le suddette sanzioni, dunque, sembrano trovare cittadinanza nel concetto (già di per sé fluido) di *matière pénale* giacché presentano: (i) un carattere evidentemente afflittivo, indiziato dalla loro entità, e (ii) una finalità dissuasiva, general-preventiva, perseguita con intenti di maggiore celerità rispetto alla sanzione formalmente penale.

Presenti, pertanto, i due «catalizzatori ermeneutici»⁵⁷ del *ne bis in idem*, è possibile procedere con una – rapida e sintetica – analisi dei sub-criteri del *test* di *close connection* verificando: (i) se i diversi procedimenti perseguono scopi complementari e, pertanto, concernano aspetti diversi del comportamento illecito in questione; (ii) se la duplicità di procedimenti in conseguenza della medesima condotta sia prevedibile, tanto in astratto quanto in concreto; (iii) se i due procedimenti prevedano dei meccanismi di coordinamento idonei ad evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova; (iv) se sussista una sufficiente connessione cronologica; (v) se sussista un qualche strumento normativo volto a permettere di tenere in considerazione la sanzione già irrogata nel primo procedimento, onde evitare un trattamento sanzionatorio sproporzionato per eccesso.

In ordine al primo elemento di verifica, come si è sopra posto in evidenza, non sembra che il procedimento volto a condurre all'irrogazione delle sanzioni amministrative di nuova introduzione sia, nella realtà, diretto a conseguire scopi differenti rispetto a quelli che si perseguono mediante il procedimento penale: semplicemente, al di là dei proclami di stile, le recenti sanzioni amministrative mirano a colpire più rapidamente il trasgressore, beneficiando delle più agili cadenze dell'accertamento amministrativo, la cui competenza è attribuita, ai sensi del comma 4 dell'art. 1 L. 6/2024, al Prefetto. L'esigenza di rapidità – che dunque non connota una finalità differente da quella penalistica, ma solo una più rapida tempistica nel conseguirla – emerge anche dall'art. 1, co. 5 della novella legislativa, laddove si ammette il trasgressore al pagamento in misura ridotta quando vi provveda (e dunque non attivi un contraddittorio sulla contestazione) entro trenta giorni dalla notifica del verbale di accertamento.

⁵⁷ L'espressione è di BARON, *Test di proporzionalità*, cit., 3.

Quanto alla prevedibilità, l'esistenza delle clausole di cumulo, potrebbe essere interpretata – analogamente a quanto viene fatto rispetto agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF – come un presidio sufficiente a rendere conoscibile la duplicazione (*recte*: nella prospettiva della *close connection*, la scansione o l'articolazione) procedimentale. Tale requisito, dunque, potrebbe essere ritenuto sussistente.

Quanto al coordinamento nelle fasi di raccolta e valutazione della prova, non emerge un sistema parificabile a quello delineato mediante gli artt. 187-*decies*, 187-*octies* e 187-*undecies* TUF (peraltro posto in evidenza dalla Suprema Corte di cassazione nella ormai nota sentenza Chiaron Casoni⁵⁸) che assicura un raccordo volto a regolare lo scambio informativo tra Consob e Guardia di Finanza.

Parimenti, in ordine alla connessione temporale, non sembra in tal caso sussistere tra autorità amministrativa e Procura della Repubblica alcun obbligo informativo assimilabile a quelli previsti dall'art. 187-*quingiesdecies* TUF, con la conseguenza che potrebbe determinarsi una sfasatura cronologica, anche sensibile, tra i due procedimenti.

Con riferimento, infine, al parametro della complessiva proporzionalità sanzionatoria, l'art. 1, co. 7 L. 6/2024 si presenta come una perfetta replica (per questo in precedenza lo si è definito come il “gemello omozigote”) dell'art. 187-*terdecies* TUF, esplicitamente impiegato dal legislatore come modello normativo di riferimento per conseguire l'effetto di assicurare una risposta punitiva complessivamente proporzionata all'entità del fatto. Sul punto, rinviandosi a quanto sopra detto circa la discrasia tra le potenzialità astratte della disposizione e le sue carenze nella concretezza operativa, va rilevato come il pur presente sistema di raccordo potrebbe, ad un approfondito esame, non risultare sufficiente a garantire un reale rispetto della proporzionalità: la duplicazione sanzionatoria, infatti, richiede al giudice una forma di integrazione equitativa tra le misure punitive, imponendogli di tenere in considerazione componenti non matematicamente misurabili o comparabili pur in assenza di ogni criterio o parametro cui ancorare il percorso ermeneutico da seguire. Ciò inevitabilmente finisce per dare spazio a prospettive personali, soggettive,

⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869.

che ogni giudice – pur animato dai migliori intenti – sarà portato a seguire nel silenzio del legislatore sui temi veramente cruciali (ad esempio: come bilanciare un’ipotetica sanzione amministrativa di € 30.000,00 rispetto ad un’ipotetica sanzione penale detentiva di mesi 6 di reclusione in termini di “scomputo”? Il solo riferimento all’art. 135 c.p. – impiegato in passato dalla giurisprudenza – sarebbe sufficiente?). Di conseguenza, lo stesso complessivo carico sanzionatorio sconterebbe un altissimo grado di discrezionalità (per non dire di arbitrio), così potendo risultare, nella realtà applicativa, sproporzionato.

Alla luce dell’analisi dei singoli sub-parametri, il complessivo *test* di *close connection*, sebbene con risultati migliori rispetto a quelli raggiunti dal sistema a doppio binario cumulativo in tema di diritto d’autore (con il quale si era già confrontata la Consulta nella sentenza n. 149 del 2022), non pare in ogni caso superato.

Ricordando infatti come, almeno stando alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, *tutti* gli elementi del *test* debbano sussistere affinché sia riconosciuta una *sufficiently close connection in substance and in time*, nel caso di specie difetta quantomeno (i) un sistema di raccordo procedimentale che escluda forme di duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova e (ii) un coordinamento cronologico che impedisca l’apertura e la celebrazione, in successione o comunque in momenti diversi, di due procedimenti. È ben vero che entrambi questi elementi rifluiscono verso una prospettiva processuale del *ne bis in idem*, ma è altrettanto vero che, come sopra posto in evidenza, quella processuale è proprio la prospettiva assunta dalla Corte costituzionale italiana: è l’apertura e la celebrazione di un secondo processo a carico dello stesso soggetto per il medesimo fatto a ledere il *ne bis in idem*. E ciò indipendentemente dalla sussistenza – pur possibile – di proporzione nella complessiva risposta sanzionatoria, giacché la proporzione sarà sì *necessaria* per poter ritenere legittima l’inflizione della sanzione, ma non sarà ancora *sufficiente* a ritenere rispettata la garanzia convenzionale del *ne bis in idem*.

Ne consegue allora, che – proprio alla luce di siffatte indicazioni della Consulta – il sistema a doppio binario delineato dal legislatore del 2024 a tutela dei beni culturali e paesaggistici si pone in frizione con il principio anzidetto.

Pur tentando di prevedere qualche forma di connessione (soprattutto sul piano della proporzione sanzionatoria), la L. 6/2024 consente nondimeno l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all'interessato dei costi e delle sofferenze conseguenti all'esperienza processuale. Ciò, a ben vedere, rappresenta esattamente il risultato che la Consulta, con la sentenza n. 149 del 2022, aveva ritenuto essere di ostacolo alla «razionalità complessiva del sistema» (§ 7) e aveva giustificato l'invito, esplicito e chiaro, rivolto al legislatore, ad «un'auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi a doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di Giustizia e da questa stessa Corte» (parimenti § 7).

D'altro canto, anche ove si volesse resistere sulle “barricate” di una versione di *ne bis in idem* tutta concentrata sulla proporzione – opzione, tuttavia, espressamente esclusa dalla Corte costituzionale⁵⁹, come si è sopra visto – si dovrebbe nondimeno constatare l'insufficienza dell'art. 1, co. 7 L. 6/2024, giacché il sistema di scomputo sanzionatorio ivi previsto non risulta idoneo – per le ragioni sopra esposte con riguardo al “gemello” art. 187-*terdecies* TUF – a guidare compiutamente il giudice nell'operazione commisurativa, rendendo ancora valida l'osservazione, svolta da attenta dottrina, secondo cui va riconosciuto come «l'interprete sia chiamato, nella attuale condizione afflitta per un verso dalla inadeguatezza (beninteso: si tratta di un eufemismo) del legislatore e, per l'altro, dai vincoli ad un tempo fissati dal legislatore stesso e dalla giurisprudenza delle Corti “superiori” (tanto nazionali quanto europee), ad esercizi ermeneutici di singolare difficoltà, rispetto ai quali unico soccorso può essere tratto dal proprio acume esegetico e dalla ricerca di parametri normativi che non trasformino l'applicazione delle disposizioni di legge in un

⁵⁹ Come chiarito anche in altra sede (cfr. CARRARO, *La Consulta*, cit., 25-26), la Corte costituzionale ha infatti recuperato la dimensione processuale del *ne bis in idem*, quasi reagendo, sia pur in modo implicito, a quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità interna che, sulla scia soprattutto della CGUE, ha finito per relegare il *ne bis in idem* alla (sola) proporzionalità sanzionatoria. In termini del tutto analoghi, cfr. SCOLETTA, *La Corte costituzionale sulla illegittimità del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in www.sistemapenale.it, 23 giugno 2022, 8, ove si afferma «è dunque chiaro il recupero della dimensione che tradizionalmente definiamo processuale della garanzia [...] in questo modo, peraltro, la Corte Costituzionale sembra volere correggere, indirettamente (non vi è infatti alcun richiamo immediato), quell'orientamento giurisprudenziale – ormai consolidato nella nostra giurisprudenza ordinaria – che tende a ridurre il *ne bis in idem* a proporzionalità».

atto di mera creatività equitativa»⁶⁰.

7. *Conclusioni.* Volendo trarre alcune conclusioni, pur sempre interlocutorie, dal percorso qui proposto, deve subito essere detto come l'impressione avvertita dinanzi al *novum* legislativo sia ben poco confortante.

Da un lato, infatti, la strutturazione di un nuovo doppio binario cumulativo sul modello previsto per il settore degli abusi di mercato sembra consegnare l'immagine di un legislatore rimasto indifferente agli inviti, molto chiari, della Consulta. Anziché procedere alla auspicata «rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi a doppio binario sanzionatorio», il legislatore italiano si è infatti limitato a crearne uno di nuovo, replicando la – tormentata e criticatissima – disposizione di coordinamento di cui all'art. 187-*terdecies* TUF, verosimilmente perché convinto che simile norma sia bastevole a salvaguardare un principio prismatico e dinamico come il *ne bis in idem*.

Dall'altro lato, così facendo, il sistema italiano continua a consegnare ai giudici un potere discrezionale (e un onere) amplissimo, giacché l'art. 1, co. 7 L. 6/2024 – così come l'art. 187-*terdecies* TUF – affida al giudice: (i) l'individuazione delle misure punitive (dunque, in ultima analisi, la delimitazione del perimetro della *matière pénale*); (ii) la determinazione della misura proporzionata di reazione statale; (iii) dal punto di vista metodologico, la criteriologia cui affidarsi nel soppesare tale proporzionalità; (iv) la “delegificazione sostanziale” (*i.e.* la disapplicazione) delle disposizioni ritenute non conformi ai precedenti elementi da lui stesso individuati, fruendo dello strumento dell'applicazione diretta – ormai riconosciuta⁶¹ – dell'art. 49, par. 3 CDFUE.

A tale “potere oscuro” affidato al giudice – oscuro in quanto idoneo ad essere esercitato in assenza di una trasparente e predeterminata criteriologia ermeneutica – si somma la tendenza ad una concreta indifferenza, manifestata dalla giurisprudenza di nomofilachia, per la dimensione processuale del *ne bis in idem*. E si tratta di un'indifferenza paradossale: se infatti, sulla scorta

⁶⁰ MUCCIARELLI, *Doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem*, cit., § 1.

⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, GS, 8.03.2022, *NE*, C-250/20, con nota di VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., *passim*.

dell'orientamento della Corte di Giustizia successivo al 2018 – curiosamente seguito in modo molto rapido dalla Cassazione italiana – la valorizzazione della prospettiva sostanziale del principio era venuta a farlo coincidere, di fatto, con la proporzione sanzionatoria, le indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo e, in ultimo, dalla Corte costituzionale italiana – altrettanto curiosamente non recepite con la stessa solerzia dalla nostra giurisprudenza di legittimità – hanno chiaramente posto in evidenza la immutata valenza, *in primis*, processuale del *ne bis in idem*. Sebbene non nella versione assoluta della sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 2014, anche la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, ad uno sguardo attento, non ha mai rinnegato la veste processuale del principio, tratteggiando un *test* che, pur nei suoi tratti inafferrabili, presuppone una prospettiva processuale. E la pur richiesta attenzione per il requisito della proporzione non ha annichilito le altre componenti (spiccatamente processuali) della *close connection*, rendendone comunque necessaria⁶² la verifica ai fini del rispetto del *ne bis in idem*⁶³.

La centralità esclusiva che tuttavia viene con tale insistenza accordata al requisito della proporzione reclama allora una più profonda e strutturale riflessione: il salvataggio dei sistemi a doppio binario – che, nella misura in cui necessitano di una costante attività giurisdizionale di riequilibrio sanzionatorio, tradiscono il loro essere, *ab origine*, sproporzionati – può giustificare una trasfigurazione del sistema penalistico di tale portata? Può, cioè, giustificare un si-

⁶² Come condivisibilmente affermato da SCOLETTA, *La Corte costituzionale*, cit., 9, la Consulta, nel 2022, ha preso le distanze dalla «tendenza riduttiva della garanzia, dimostrando la limitatezza di tale approccio: la proporzionalità è solo “uno” degli indici che può essere valorizzato al fine di valutare il carattere integrato di un doppio binario sanzionatorio (la *close connection in substance*), *ex se* autonomamente inidoneo a legittimare i cumuli di procedimenti punitivi sullo stesso fatto illecito». Sia consentito rinviare, per ulteriori considerazioni sul punto, anche a CARRARO, *La Consulta*, cit., 39 ss.

⁶³ Sia ben chiaro: non si vuole sostenere che ogni problema concernente il *ne bis in idem* vada risolto sul piano processuale; anzi, come in altra sede espresso, si è convinti che la priorità logica vada accordata proprio alla matrice sostanziale del principio, la quale gode di radici di rango costituzionale e vieta la duplicazione, *in primis*, di qualificazioni giuridiche sul medesimo fatto, rifluendo verso il quadro concettuale del concorso apparente di illeciti. In tale contributo, tuttavia, si intende porre in luce (quella che si ritiene essere) una discrasia tra le recenti indicazioni della Consulta e le nuove “scelte” legislative in materia di tutela dei beni culturali e paesaggistici, imponendosi dunque di privilegiare il versante processuale. Per una puntuale analisi – che si condivide – del rapporto tra le due declinazioni del *ne bis in idem*, si veda GIACONA, *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *www.sistemapenale.it*, 5 ottobre 2023, spec. § 6. In precedenza, FLICK-NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Riv. soc.*, 2015, 868 ss., e SILVA, *Sistema punitivo*, cit., *passim*.

stema in cui il giudice sia dotato non solo del potere di individuare ciò che è materia penale, ma anche quello di plasmarne il contenuto sostanziale in termini quantitativi alla luce di criteri inespressi, giungendo sino a disapplicare il prodotto legislativo in modo corrispondente alla propria valutazione? *A fortiori* ricordando che il collega-magistrato della porta accanto potrebbe ragionare in altro modo e approdare a una soluzione difforme?

L'interrogativo, noi crediamo, impone di riconoscere, senza infingimenti, che il sistema a doppio binario qui in discussione (così come gli altri doppi binari dell'ordinamento italiano), nella realtà concreta, si presenta funzionale ad esigenze di *law enforcement*⁶⁴: la maggiore celerità della sanzione amministrativa permette di sopperire al *deficit* di effettività della sanzione penale, evitando i tempi richiesti dall'esercizio delle garanzie difensive. Nel contempo, la sanzione formalmente penale continua a svolgere un ruolo fortemente simbolico.

In tale quadro, dunque, anche il sistema di "riequilibrio proporzionale" disciplinato dall'art. 1, co. 7 L. 6 del 2024 si manifesta quale «meccanismo perverso»⁶⁵, che da un lato assicura la permanenza della simbologia del diritto penale e, dall'altro, beneficia dell'agilità parallela della sanzione amministrativa, comportando indiscutibilmente una duplicazione procedimentale senza una reale e complementare necessità processuale. Anzi, proprio questo meccanismo - identico, lo ripetiamo, a quello dell'art. 187-*terdecies* TUF - pone in luce l'indifferenza del legislatore italiano rispetto alla dimensione processuale del *ne bis in idem*⁶⁶ giacché non elimina - ed anzi presuppone come avvenuta - la duplicazione procedimentale che conduce al cumulo sanzionatorio.

In conclusione, dunque, appare evidente che, con la novella del 26 gennaio 2024, il legislatore italiano si sia limitato a duplicare la condotta già prevista nell'art. 518-*duodecies* c.p. e a giustapporci una sanzione nominalmente amministrativa, corredando il risultato con una clausola di raccordo tratta a calco diretto dall'art. 187-*terdecies* TUF. Quest'ultima, a sua volta, per le ragioni

⁶⁴ L'espressione viene usata in simile contesto argomentativo da SCOLETTA, *La Corte costituzionale*, cit., 12.

⁶⁵ L'espressione è di SILVA, *La proporzionalità della pena*, cit., 5.

⁶⁶ Con riferimento al testo riformulato dell'art. 187-*terdecies* TUF, si esprimeva in termini del tutto analoghi BARON, *Test di proporzionalità*, cit., 26.

anzidette, più che fugare i dubbi di duplicazione sanzionatoria e procedimentale, dischiude un problema, a nostro modo di vedere, ben più ampio e radicale: se, ed entro che limiti, il legislatore possa (continuare a) richiedere l'intervento integrativo del giudice nel delineare i contorni di tipicità sanzionatoria di una fattispecie dai contenuti evidentemente punitivi. Si tratta, dunque, di un orizzonte problematico che, intercettando i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario nel quadro dell'attuale legalità penale, reclama una continua riflessione, oggi più che mai ineludibile, volta a individuare difficili, ma necessari, equilibri.