

**NE BIS IN IDEM E DIRITTO PENALE  
DELL'ECONOMIA: PROFILI SOSTANZIALI E  
PROCESSUALI \***



*Francesco Mazzacuva*

SOMMARIO 1. Rilievi introduttivi. — 2. Profili sostanziali: le insufficienze del principio di specialità. — 3. (Segue) Le varie forme di neutralizzazione del cumulo delle sanzioni. — 4. Profili processuali: un *ne bis in idem* dimezzato?

### **1. Rilievi introduttivi**

L'estensione operativa del principio del *ne bis in idem* che discende dalla sua “combinazione” con la nozione autonoma di *materia penale* elaborata della Corte europea dei diritti dell'uomo, ed accolta dalla Corte di giustizia<sup>1</sup>, ha generato inevitabili tensioni rispetto alle discipline caratterizzate da c.d. “doppi binari” punitivi, ossia dall'accostamento di sanzioni penali ed amministrative. Tale architettura normativa si riscontra soprattutto in alcuni ambiti del diritto penale economico dato che proprio in tale settore si avverte comunemente l'ineffettività della sola risposta penale e, di conseguenza, l'esigenza di diversificazione delle strategie punitive, con una particolare valorizzazione delle sanzioni aventi contenuto patrimoniale. Inoltre, l'esistenza di soggetti amministrativi incaricati di compiti di vigilanza o di accertamento delle violazioni, cui è stato quasi naturale affiancare poteri sanzionatori, ha certamente favorito l'espansione di veri e propri sistemi punitivi paralleli ed alternativi rispetto a quello penale, come avvenuto soprattutto nella materia fiscale ed in quella finanziaria.

Nel settore tributario, in particolare, al diritto penale spetta la repressione degli illeciti più rilevanti – con una valutazione di maggior disvalore spesso incentrata sul

---

\* Il contributo è destinato al volume “*Ne bis in idem*” a cura di A. Mangiaracina, Torino, Giappichelli, 2020, in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Sull'estensione del concetto di materia penale nella giurisprudenza sovranazionale, cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018, 25 ss., nonché sia consentito il rinvio, anche con riguardo alle ricadute in tema di *ne bis in idem*, a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim* e in ptc. 95 ss e 287 ss.

superamento di una determinata soglia quantitativa –, mentre alle sanzioni amministrative è affidato il contrasto delle violazioni meno gravi. Naturalmente, tale costruzione normativa ha fatto presto emergere il problema della sovrapposizione tra i due “binari”, cui la riforma operata dal d.lgs. n. 74/2000 ha tentato di porre rimedio attraverso il ricorso al principio di specialità<sup>2</sup> in luogo del cumulo delle sanzioni che caratterizzava la legislazione previgente (art. 10 del d.l. n. 429/1982 convertito con la legge n. 516/1982). D'altra parte, come avviene diffusamente anche al di fuori della materia tributaria, nella giurisprudenza si è manifestata una certa svalutazione dell'esigenza di scongiurare una duplicazione di addebiti per il medesimo fatto in assenza di un chiaro ed evidente rapporto di genere a specie. Ciò è avvenuto, in particolare, in materia di omesso versamento sin da quando nelle cc.dd. “sentenze gemelle” del 2013 le Sezioni Unite hanno ammesso il concorso tra le fattispecie penali previste dagli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 74/2000 e quella amministrativa stabilita dall'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997 sulla scorta dell'argomento che talune differenze riscontrabili con riguardo alle soglie rilevanti ai fini dell'omissione, alla natura certificata delle ritenute (richiesta dalla sola fattispecie penale) ed ai termini per l'adempimento imporrebbero una ricostruzione dei rapporti tra i predetti illeciti non già in termini di specialità, bensì di *progressione*<sup>3</sup>. Peraltro, come si vedrà, anche laddove sia riconosciuto un rapporto di

<sup>2</sup> Replicando la soluzione prevista in via generale dall'art. 9 della legge n. 689/1981 in ordine ai rapporti tra reati e ed illeciti amministrativi, infatti, l'art. 19 del d.lgs. n. 74/2000 dispone che «quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni penali del titolo secondo e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale».

<sup>3</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, sul reato di omesso versamento di ritenute, e Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, sul reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto. In particolare, si legge nella prima pronuncia (§ 5.1) che la fattispecie penale costituisce «una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur *contenendo necessariamente* quest'ultima (poiché senza almeno una violazione del termine mensile non si possono evidentemente determinare i presupposti del reato), la *arricchisce* di elementi essenziali (certificazione, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali (in riferimento al rilascio della certificazione – che erroneamente la sentenza Germani colloca nell'anno di effettuazione delle ritenute – e al protrarsi della condotta omissiva) che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo». Il Massimo Collegio, peraltro, si cura di precisare che «la conclusione così assunta in ordine al rapporto sussistente, in via generale, fra le disposizioni in discorso non si pone in contrasto né con l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, né con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sanciscono il principio del *ne bis in idem* in materia penale. Anzitutto, invero, nella specie, come si è visto, non si può parlare di identità del fatto; in ogni caso, poi, il principio suddetto si riferisce solo ai procedimenti penali e non può, quindi, riguardare l'ipotesi dell'applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa tributaria (in tal senso, espressamente, Corte di giustizia U.E., 26/02/2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*)».

specialità tra le diverse fattispecie, la legge espressamente ammette la celebrazione di due distinti procedimenti sanzionatori (v. *infra*, § 4).

A differenza di quanto avviene nel settore tributario, in materia di abusi di mercato il doppio binario punitivo rappresenta il frutto di una precisa scelta legislativa che emerge anzitutto dalla clausola “salve le sanzioni penali” con cui esordiscono, all’esito della riforma del 2005, le fattispecie di illecito amministrativo di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f. Invero, come è stato osservato da più parti, l’espressione non è univoca ed alla stessa potrebbe anche essere attribuito un significato diametralmente opposto, ossia in termini di sussidiarietà degli illeciti amministrativi rispetto a quelli penali, ma alla luce del combinato disposto con altre previsioni del t.u.f., tra cui in particolare gli artt. 187-*duodecies* e 187-*terdecies* (su quest’ultimo si tornerà diffusamente), essa va effettivamente interpretata come volta ad ammettere il concorso tra illeciti penali ed amministrativi, e la conseguente celebrazione di più procedimenti<sup>4</sup>. Si tratta, peraltro, di un’opzione confermata anche in occasione della recente riforma operata dal d.lgs. n. 107/2018, sebbene le stesse fonti europee richiamassero all’osservanza del divieto di doppio giudizio<sup>5</sup>.

Ora, come si è detto, tali discipline hanno mostrato evidenti profili di tensione con il principio del *ne bis in idem* dal momento in cui, grazie alla giurisprudenza della Corte europea, si è affermata una concezione “panpenalistica” delle sanzioni amministrative, tale da rendere evidentemente inadeguata la tesi dell’*indifferenza* tra i due

---

<sup>4</sup> Gli aspetti problematici di tale riforma sotto l’angolo della proporzione erano già stati sottolineati in sede di primo commento da M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 707 ss.. Come osservato da F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 230 s., tale doppio binario non era neanche realmente imposto dalla direttiva 2003/6/CE, la quale si limitava ad affermare la necessaria applicazione delle sanzioni amministrative.

<sup>5</sup> La direttiva 2014/57/UE, infatti, obbliga gli Stati membri ad adottare sanzioni penali e lascia ai medesimi la facoltà di irrogare altresì sanzioni amministrative richiamando, per l’appunto, al rispetto del *ne bis in idem*, cosicché è stato notato che il legislatore avrebbe potuto cogliere l’occasione per superare il sistema a doppio binario (cfr. A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 864 ss.). D’altra parte, è stato anche osservato che il difetto di coordinamento con le sanzioni amministrative imposte dal regolamento 2014/596/UE finisce per comportare comunque problemi di *ne bis in idem* anche a livello eurounitario (cfr. R. KERT, *The relationship between administrative and criminal sanctions in the new market abuse provisions*, in F. GALLI-A. WEYEMBERGH (a cura di), *Do labels still matter?*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2014, 103 ss.; M. LUCHTMAN, *Inter-state cooperation at the interface of administrative and criminal law*, ivi, 204 ss.; nella dottrina italiana, cfr. M. SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le soc.*, 2016, 218 ss.; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3, 2018, 178 ss.).

sistemi<sup>6</sup> e riportare in primo piano il tema della *unitarietà della funzione afflittiva*<sup>7</sup>. D'altra parte, pur muovendo dal medesimo presupposto rappresentato dall'accoglimento della nozione ampia di materia penale ai fini della determinazione dello spettro operativo del divieto di *bis in idem*, tra l'orientamento della Corte europea e quello della Corte di giustizia sono nel tempo emerse significative asimmetrie, le quali hanno peraltro dettato il "passo indietro" dei giudici di Strasburgo nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*, in cui a tale garanzia è stata accordata una tutela "relativa" e non più assoluta<sup>8</sup>.

Di fronte ad un quadro così complesso ed instabile, si comprende come, anche a seguito dei recenti interventi della Corte di giustizia specificamente concernenti la legislazione italiana in materia tributaria e finanziaria (e sui quali, pertanto, si tornerà diffusamente), non sia tuttora chiara la sorte dei descritti doppi binari sanzionatori. Al fine di valutare la compatibilità di tali discipline con la giurisprudenza delle Corti europee, nonché di comprendere meglio i termini dei segnalati disallineamenti tra la giurisprudenza di Strasburgo e quella di Lussemburgo, risulta peraltro imprescindibile, da un punto di vista metodologico, muovere dalla nitida distinzione dei significati sostanziale e processuale del *ne bis in idem* atteso che, come ora si vedrà, i fondamenti e i contenuti della garanzia nelle due prospettive sono talmente eterogenei da rendere inopportuna qualsiasi interferenza tra i medesimi.

---

<sup>6</sup> Una paradigmatica esposizione della teoria dell'indifferenza, con riguardo a risalenti ipotesi di "doppio binario", emerge nei termini di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, Torino, 1924, 153 s., secondo cui «quando la responsabilità penale concorre con quella amministrativa, ciascuna delle due opera nel proprio campo in modo affatto indipendente dall'altra», nonché, nella manualistica, nei termini di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte generale*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1980, 25, secondo cui «se le norme penali e le norme amministrative avessero davvero lo stesso scopo, dove vi fosse perfetta coincidenza di fattispecie, l'applicazione delle une dovrebbe escludere l'applicazione delle altre, sotto pena di violare l'elementare principio del *ne bis in idem* sostanziale (...). Ma così non è, perché, al contrario, norme penali e norme amministrative possono benissimo concorrere a determinare una doppia responsabilità – penale e amministrativa – anche se il contenuto delle rispettive fattispecie sia del tutto identico». Nello stesso senso, cfr. anche S. LARIZZA, *Profili critici della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 89, in cui si afferma che «nessuno del resto ha mai sostenuto che, in caso di convergenza su un fatto concreto di più schemi di illecito delineati nei diversi rami dell'ordinamento (illecito penale, civile, amministrativo), si imponga la logica del *ne bis in idem* sostanziale, alla cui attuazione è predisposto, fra i tanti, il criterio di specialità: la diversità dei beni giuridici tutelati dalle diverse figure di illecito spinge, anzi, verso il cumulo della responsabilità (penale, civile, amministrativa)».

<sup>7</sup> In questi termini, cfr. M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012.

<sup>8</sup> Sul punto, v. *infra*, § 4.

## 2. Profili sostanziali: le insufficienze del principio di specialità

Sul versante sostanziale, il *ne bis in idem* rappresenta l'istanza superiore che nel diritto penale informa la disciplina del *concorso apparente di norme*, dalle regole espressamente stabilite dal codice sino ai criteri "evolutivi" elaborati dalla dottrina<sup>9</sup>. Tale canone, quindi, risponde alla fondamentale esigenza di scongiurare che le interferenze tra fattispecie conducano ad una plurima considerazione delle medesime note di disvalore del fatto, per ragioni che nel tempo sono state individuate soprattutto nelle fondamentali esigenze di *giustizia sostanziale*<sup>10</sup> e di *proporzionalità* del trattamento sanzionatorio<sup>11</sup>. In effetti, la progressiva attribuzione di rango costituzionale a quest'ultimo principio quale autonoma proiezione garantistica dell'art. 27 Cost. nel diritto *stricto sensu* penale e dell'art. 42 Cost. rispetto alle sanzioni amministrative aventi contenuto patrimoniale (in entrambi i casi, quindi, al di là di quell'ancoraggio all'art. 3 Cost. che impone l'individuazione di un *tertium comparationis*)<sup>12</sup> conferisce

---

<sup>9</sup> La concezione pluralistica, infatti, prevale oramai su quella monistica, secondo cui il concetto di *ne bis in idem* sostanziale sarebbe chiamato proprio a risolvere in seconda battuta le ipotesi non inquadrabili nei suddetti parametri. Sul punto, cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966, 424 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, Cedam, Padova, 2002, 44 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2004, 179; A. VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 853.

<sup>10</sup> In questo senso, con varietà di accenti, cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, 71 e 592 ss.; G. VASSALLI, voce *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 835; G. NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 204 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 179.

<sup>11</sup> Cfr. B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, 280 ss.; A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 551. Tale argomento, peraltro, è stato anche recepito in alcuni progetti di riforma: sul punto, cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 75 ss.

<sup>12</sup> Nel diritto penale, infatti, da tempo la dottrina ne ha sottolineato i collegamenti tra principio di proporzione e principio di colpevolezza (cfr. tra tutti E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, 257 ss.), tanto che in epoca recente la Corte costituzionale ha inquadrato il primo come autonoma proiezione garantistica dell'art. 27 Cost. (v. ad esempio le sentenze Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, 14 aprile 2014, nn. 105 e 106 e 21 settembre 2016, n. 236, su cui V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2108 ss.). Facendo leva sul collegamento con l'art. 42 Cost., peraltro, la Corte costituzionale ha recentemente affermato la rilevanza costituzionale del principio di proporzione anche con riguardo a sanzioni amministrative aventi contenuto patrimoniale, in quanto comunque incidenti sulla proprietà privata (v. Corte cost., 6 marzo 2019, n. 112). Il riconoscimento del rango sovralegislativo del principio di proporzione tra fatto e sanzione, peraltro, trova riscontri nel panorama sovranazionale: da un lato, infatti, la Corte europea ha talvolta ricollegato tale canone, seppur nella versione meno "impegnativa" della non manifesta sproporzione, al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 Cedu (v. Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*, con conclusioni poi richiamate dalla successiva Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno*); dall'altro, esso è stato

al *ne bis in idem* sostanziale, anche in assenza di un'espressa enunciazione nell'ordinamento, una dimensione cogente e ne giustifica l'estensione sino ai confini della nozione ampia di materia penale<sup>13</sup>.

Rispetto ai doppi binari sanzionatori, allora, si tratta di valutare se tra gli illeciti penali e quelli amministrativi astrattamente applicabili ad un medesimo fatto storico (qualificazione giuridica plurima che integra il *bis*) uno di essi (normalmente quello penale) non ne "esaurisca" l'intero contenuto di disvalore. In questa prospettiva, quindi, il concetto di *idem* rinvia essenzialmente ad un apprezzamento dei profili di offensività della condotta<sup>14</sup>, cosicché la convergenza tra i diversi illeciti dovrebbe es-

---

riconosciuto espressamente dall'art. 49 Cdfue, significativamente accostato agli altri principi del diritto penale sostanziale (il che rinvia ad un'accezione della proporzionalità che, come è stato puntualmente sottolineato in dottrina, è del tutto diversa da quella tradizionalmente considerata nella giurisprudenza della Corte di giustizia: v. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 1, 2012, 118).

<sup>13</sup> Sulla doverosa estensione "orizzontale" del principio, cfr. soprattutto A. VALLINI, *Giusti principi*, cit., 854, il quale osserva che, sebbene illeciti penali e amministrativi producano effetti "punitivi" ipoteticamente cumulabili, il fondamento del *ne bis in idem* sostanziale è certamente riferibile anche al concorso tra tali sistemi sanzionatori. In questo caso, anzi, la necessità di limitare la qualificazione multipla del medesimo illecito diviene ancor più imperativa per l'impossibilità di ricorrere all'istituto del cumulo giuridico che in ambito penale, come già osservato, consente se non altro di stemperare i rigori del concorso di reati quando realizzati con un'unica azione. Sul punto, sia ancora consentito il rinvio anche a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 317 ss.

<sup>14</sup> In questi termini, cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 179 e 184 ss., il quale osserva come tale aspetto sia evidente soprattutto nell'elaborazione del criterio della consunzione o assorbimento, facendo riferimento al concetto di "disvalore globale del singolo accadimento concreto". Nella letteratura, poi, non sono mancate ricostruzioni più marcatamente "naturalistiche" anche sul piano sostanziale (tra cui in particolare l'elaborazione della "specialità in concreto" prospettata da F. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 1 ss.), su cui tuttavia risultano puntuali le osservazioni critiche già formulate da F. MANTOVANI, *op. cit.*, 167, secondo cui «coll'incentrare la categoria del concorso sulla contemporanea corrispondenza di una situazione concreta a più fattispecie legali, si confondono i distinti momenti, astratto e concreto, in cui il diritto viene in considerazione, e ci si sofferma alla semplice constatazione del fenomeno di convergenza, senza cogliere il perché e il come del suo verificarsi» (nello stesso senso, cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Giuffrè, Milano, 1980, 7 ss.). Gli ultimi Autori citati tentano quindi di superare i limiti della specialità in astratto proponendo un approccio "strutturalista" volto a comprendere il rapporto tra le fattispecie incriminatrici nel senso della "prevalenza" alla luce dei rispettivi elementi costitutivi, il che a ben vedere implica una componente valutativa non diversa come si vorrebbe rispetto a quella che caratterizza il giudizio di assorbimento (in questo senso, cfr. le puntuali osservazioni di L. MASERA, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Diz. dir. pubb.*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1167; si cura di distinguere l'approccio strutturale dalle valutazioni in termini di offensività invece A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale nei percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 531 ss.). Proprio quest'ultimo approccio, in effetti, è stato valorizzato nelle più recenti ricostruzioni in materia: cfr. V.B. MUSCATIELLO, *op. cit.*, 383 ss., e B. ROMANO, *op. cit.*, 200 ss., 265 ss. e 309 ss.

sere risolta ricorrendo ai medesimi criteri che regolano l'alternativa tra concorso formale di reati e concorso apparente di norme nel diritto penale "classico".

A quest'ultimo proposito, peraltro, si deve sottolineare che, proprio come avviene nel diritto penale, una piena valorizzazione delle logiche che informano il *ne bis in idem* sostanziale dovrebbe condurre a recepire quei criteri evolutivi che permettono di ritenere i profili di disvalore dell'illecito amministrativo "assorbiti" in quello penale anche in assenza di un rapporto di *genus ad speciem* tra le norme rilevanti<sup>15</sup>. D'altra parte, sarebbe errato ritenere che l'espressione "stesso fatto punito" utilizzata nell'art. 9 della legge n. 689/1981 (e replicata nell'art. 19 d.lgs. n. 74/2000) in luogo della locuzione "stessa materia" che compare nell'art. 15 c.p. implichi un'adesione del legislatore alle concezioni "naturalistiche" della nozione di *idem*<sup>16</sup>, invece rilevanti sul piano processuale (v. *infra*, § 4).

L'insufficienza del principio di specialità, in effetti, emerge proprio nella già segnalata giurisprudenza che, in tema di omesso versamento, afferma il concorso tra le fattispecie penali previste dagli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 74/2000 e quella amministrativa stabilita dall'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997. A parte il rinvio inconferente alla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>17</sup>, infatti, tale orientamento risulta insoddi-

---

<sup>15</sup> In questo senso, v. le considerazioni di M. SINISCALCO, *Commento all'art. 9 della legge n. 689/1981*, in *Legisl. pen.*, 1982, 227 s., e E. DOLCINI, *Art. 9*, in *Aa.Vv.*, *Commentario delle "modifiche al sistema penale": Legge 24 novembre 1981, n. 689*, Ipsoa, Milano, 1982, 59 s. Le riserve espresse da taluni settori della dottrina rispetto all'accoglimento del principio di consunzione in questo ambito (Cfr. A. VALLINI, *Giusti principi*, cit., 851 s.; F. CINGARI, *Acquisto e detenzione di supporti «piratati»: tra ricettazione e repressione della circolazione di «cose illecite»*, in *Cass. pen.*, 2006, 3211), in effetti, sembrano più che altro dettate dal timore che tale apprezzamento consenta al ricorrente argomento della diversità di bene giuridico tutelato di escludere il concorso apparente di norme anche laddove vi sia un rapporto di specialità (se non in astratto, almeno "strutturale") tra le fattispecie, ma è chiaro invece che, come detto, tale valutazione dovrebbe essere logicamente successiva.

<sup>16</sup> Tale sostituzione, infatti, si deve semplicemente alla circostanza che sarebbe stato equivoco parlare di "stessa materia" con riguardo a corpi normativi distinti e, pertanto, analogamente a quanto avviene in tema di concorso apparente tra disposizioni penali, anche in questo caso deve essere esclusa la validità degli inquadramenti storico-naturalistici del fatto (cfr. A. VALLINI, *Giusti principi*, cit., 849, e già E. DOLCINI, *Art. 9*, cit., 58). In effetti, anche nelle letture dottrinali che hanno fatto leva su tale differenza testuale al fine di superare i limiti della specialità in astratto, non sembra veramente scorgersi un'adesione a tali tesi estreme, quanto semmai una valorizzazione proprio di quei criteri "evolutivi" che si fondano su valutazioni di disvalore del fatto concretamente realizzato (M. SINISCALCO, *op. cit.*, 227 s.; R. BAJNO, *Il concorso apparente di illeciti*, in *Aa. Vv.*, *L'illecito penale amministrativo: verifica di un sistema*, Cedam, Padova, 1987, 153 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 1993, 204).

<sup>17</sup> È infatti errato ritenere che la Corte di giustizia abbia inteso restringere, proprio in questo ambito, l'operatività del *ne bis in idem* ai soli procedimenti penali in senso stretto. Per quanto il dispositivo della sentenza *Fransson* sia formulato in termini negativi (il principio *non* osta a che uno Stato membro

sfacente proprio con riguardo al tema della relazione tra le fattispecie di omesso versamento poiché – per quanto non sia evidente la sussistenza di un rapporto di specialità in astratto tra la norma penale e quella amministrativa<sup>18</sup> – proprio il rapporto di *progressione* tra violazioni riconosciuto dal Massimo Collegio sulla scorta della circostanza che la fattispecie penale “contiene necessariamente” quella amministrativa dovrebbe portare ad escludere qualsiasi concorso formale tra le stesse, altrimenti verificandosi inevitabilmente una qualificazione multipla del medesimo nucleo di disvalore<sup>19</sup>.

La sensazione, in effetti, è che il predetto orientamento sia sintomatico di una certa difficoltà della giurisprudenza a confrontarsi con una legislazione che continua a puntare sul principio di *specialità in astratto* invece che su quello di *prevalenza*, il quale è previsto in diversi sistemi europei ma viene accolto nella legge n. 689/1981

---

imponga, per le medesime violazioni, una sanzione tributaria e una penale, qualora la prima *non* sia di natura penale), da tale proposizione si desume chiaramente che, qualora la sanzione amministrativa abbia una finalità prevalentemente punitiva alla luce dei parametri elaborati dalla Corte di Strasburgo, il principio del *ne bis in idem* deve senz'altro rilevare (R. CONTI, *Ne bis in idem*, in R. GAROFOLI-T. TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, Roma, 2015, 440; A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs 'illecito penale personale'. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 20). Il fatto che la valutazione sulla natura delle sanzioni amministrative sia rimessa al giudice nazionale, poi, è naturalmente dovuto alle peculiarità dello strumento del rinvio pregiudiziale, che porta la Corte di Lussemburgo ad interpretare il diritto eurounitario, riservando al giudice nazionale le conseguenti valutazioni di compatibilità con la legislazione nazionale. Sorprende, allora, che questa parte dell'argomentazione delle Sezioni Unite, nonostante gli ampi commenti che la dottrina ha dedicato alla materia, sia stata reiterata dalla Suprema Corte anche in pronunce più recenti in cui, oltre a ribadire l'assenza di specialità tra illeciti, si è cercato di sostenere addirittura la natura “non penale”, anche nella prospettiva europea, delle sanzioni amministrative previste in materia tributaria (Cass. civ., Sez. VI, 13 gennaio 2014, n. 510; Cass., Sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266).

<sup>18</sup> Che potrebbe però essere affermato sottolineando che tutti gli elementi della fattispecie penale sono aggiuntivi (ancorché le scadenze non corrispondano e la certificazione, come osservano le Sezioni Unite, si collochi temporalmente in un momento successivo rispetto alla commissione dell'illecito amministrativo), tanto che non vi può essere reato senza che sia stata integrata almeno una violazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997. In questa direzione, cfr. M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2015, 3 s., il quale giudica “esile” la ricostruzione in termini di progressione criminosa anziché di specialità; da ultimo, nel senso della specialità tra gli illeciti, cfr. anche C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, n.1, 2019, 23.

<sup>19</sup> Si tratta di una conclusione su cui la dottrina è concorde: cfr. A. TRIPODI, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, 111; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 2014, 11; M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. GULLO-F. MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, Cacucci, Bari, 2016, 116 s.; sul punto, sia consentito il rinvio anche a F. MAZZACUVA, *I reati tributari nel contesto europeo*, in R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli, Torino, 2017, 585 ss..



soltanto in materia igienico-alimentare e rispetto agli illeciti amministrativi previsti dalle fonti regionali al fine di scongiurare surrettizie depenalizzazioni a livello locale<sup>20</sup>. Tale opzione, infatti, da un lato crea inconvenienti laddove gli elementi specializzanti che contraddistinguono la fattispecie amministrativa non attestino effettivamente un minor disvalore della stessa; dall'altro, conduce ad un'indebita duplicazione di addebiti nelle situazioni in cui, come in materia di omesso versamento, non emerge in maniera lampante un rapporto di genere a specie tra disposizioni<sup>21</sup>. Come osservato, invece, il fondamento ultimo del *ne bis in idem* sostanziale rappresentato dall'esigenza di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivo, imporrebbe una valorizzazione dei criteri evolutivi della sussidiarietà e della consunzione/assorbimento, il che consentirebbe di scongiurare il concorso tra le fattispecie penali e quelle amministrative laddove le prime esauriscano l'intero disvalore del fatto (indipendentemente, peraltro, dalla circostanza che esso dia luogo ad uno o più procedimenti) senza dover necessariamente fare affidamento al solo principio di specialità.

Oltreché in prospettiva ermeneutica, peraltro, il canone della proporzione, visto il suo attuale riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale<sup>22</sup>, potrebbe essere efficacemente invocato in chiave dimostrativa nel giudizio di legittimità con riguardo alle disposizioni legislative che non consentono un'interpretazione adeguatrice. Quest'ultimo discorso vale, ad esempio, per la disciplina prevista in materia di abusi di mercato, in relazione alla quale, anche alla luce delle insufficienze dell'art. 187-*terdecies* t.u.f. (v. *infra*, § 3), si potrebbe far valere l'illegittimità costituzionale della mancata previsione di una clausola di sussidiarietà espressa degli illeciti amministrativi rispetto a quelli penali, senza contare che, se tra i medesimi si ravvisasse un rapporto di specialità, si potrebbe anche chiamare in causa il *tertium comparationis* rappresentato dall'art. 9 della legge n. 698/1981, rilevando l'irragionevolezza della deroga a quest'ultima disposizione generale<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Art. 9*, cit., 61 ss.; A. DI MARTINO, *Dalla "campana senza battaglia" al concorso di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1020 ss.

<sup>21</sup> Osserva E.M. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. GIARDA-A. PERINI-G. VARRASO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, 545, come la giurisprudenza in tema di omesso versamento sia il sintomo più evidente che essa non ha funzionato.

<sup>22</sup> V. *supra*, nota 12.

<sup>23</sup> Che la materia degli abusi di mercato ponga evidenti problemi di rispetto del *ne bis in idem* sostanziale ancor prima che di quello processuale è stato in effetti puntualmente sottolineato nell'opinione separata dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque nella sentenza *Grande Stevens*, in particolare al § 27, in cui si osserva come evidentemente avrebbe dovuto valere la logica della specialità sancita dall'art. 9 della legge n. 689/1981. Tale osservazione è stata ampiamente condivisa da vari settori della

### 3. (Segue) Le varie forme di neutralizzazione del cumulo delle sanzioni

Alla luce dell'esigenza di assicurare la proporzione del trattamento sanzionatorio, d'altra parte, ci si deve chiedere se i profili di violazione del *ne bis in idem* sostanziale permangono anche qualora, a fronte dell'applicazione di più fattispecie che considerino le medesime note di offensività del fatto, siano previste forme di neutralizzazione del conseguente cumulo di sanzioni. Proprio questo aspetto, in effetti, sembra avere avuto un ruolo decisivo nelle pronunce *Menci* e *Garlsson* della Corte di giustizia, concernenti rispettivamente la compatibilità della disciplina tributaria e di quella finanziaria con l'art. 50 CDFUE<sup>24</sup>.

Nella prima, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno escluso un contrasto con la normativa eurounitaria valorizzando soprattutto il fatto che l'art 21 del d.lgs. n. 74/2000 – secondo cui l'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, le quali però non sono eseguibili nei confronti dei soggetti diversi da quelli indicati dall'articolo 19, comma 2, del medesimo decreto salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto – parrebbe neutralizzare l'esecuzione delle sanzioni amministrative in caso di condanna in sede penale. Tale affermazione, in effetti espressa in maniera dubitativa («sembra desumersi»), non pare tuttavia considerare il collegamento tra la predetta disposizione ed il principio di specialità stabilito dal precedente art. 19, nel senso che tale peculiare forma di coordinamento pare costituire il *pendant* processuale del principio di specialità affermato sul

---

dottrina nei commenti successivi alla sentenza: cfr. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 226; A. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 630; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *op. cit.*, 8 ss. Una focalizzazione della questione sul piano sostanziale, anziché su quello processuale (ossia indicando come *petitum* l'estensione operativa "secca" dell'art. 649 c.p.p.), potrebbe in effetti consentire il superamento delle incertezze manifestate dalla Consulta nella sentenza Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102 (un "*non liquet*", nei termini di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 2016).

<sup>24</sup> Cfr. in particolare Corte Giust. UE, Grande sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, e Corte Giust. Ue, Grande sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, mentre risulta meno rilevante la questione affrontata nella sentenza Corte Giust. Ue, Grande sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*.

piano sostanziale<sup>25</sup>. Il problema del *ne bis in idem* in materia tributaria, tuttavia, si è manifestato principalmente in tema di omesso versamento ove, come si è visto, la giurisprudenza esclude che operi il principio di specialità, motivo per cui l'art. 21 non sembra destinato a trovare applicazione in tale ipotesi. È vero, d'altra parte, che la *littera legis* non sembra ostare ad una interpretazione "disgiunta" degli artt. 19 e 21 tale da rendere quest'ultima previsione operativa indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie. Si tratterebbe di una ricostruzione ermeneutica certamente asistemica ma probabilmente sollecitata dalla "riserva di verifica da parte del giudice nazionale" espressa dalla Corte di giustizia dato che, in qualche modo, assicurerebbe il "risultato utile" rappresentato dalla neutralizzazione "a valle" del cumulo sanzionatorio derivante dall'ammissione "a monte" del concorso tra le fattispecie di omesso versamento.

Quest'ultimo risultato, d'altra parte, potrebbe essere garantito anche dalla nuova formulazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000 che prevede che i reati di cui agli articoli 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, comma 1, del medesimo decreto non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprensivi delle sanzioni amministrative e degli interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso. La qualificazione del pagamento integrale come causa di non punibilità – anziché quale circostanza attenuante, come nella formulazione previgente della norma considerata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Menci* – potrebbe infatti costituire un rimedio indiretto rispetto alla menzionata giurisprudenza in materia di omesso versamento, consentendo comunque a colui che abbia corrisposto le sanzioni amministrative di evitare l'applicazione di quelle penali<sup>26</sup>. Tuttavia, si deve anche sottolineare che tale esito è subordinato da un lato al pagamento del debito tributario e degli interessi sulle sanzioni e, dall'altro, al rispetto del termine rappresentato

---

<sup>25</sup> In questo senso, puntualmente, cfr. V. NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, Ipsoa, 2000, 275 ss.; di recente, sul punto, v. anche V. FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3, 2018, 131 s., e A. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in 16 marzo 2018, 275, che osserva come l'art. 21 operi in *funzione servente* del principio di specialità affermato dall'art. 19.

<sup>26</sup> Tale aspetto, in effetti, è emerso in diversi primi commenti alla riforma: v. M. DOVA, *Articolo 19. Principio di specialità*, in S. PUTINATI-C. NOCERINO (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, 388; A. INGRASSIA, *op. cit.*, 104; E.M. MANCUSO, *Ne bis in idem*, cit., 554.

dall'apertura del dibattimento. Tali requisiti, pertanto, fanno sì che tuttora possano verificarsi duplicazioni di sanzioni, laddove il *ne bis in idem* sostanziale imporrebbe che il pagamento della sola sanzione amministrativa, in qualsiasi momento esso avvenga, condizioni l'applicazione di quella penale, il che peraltro dovrebbe valere anche rispetto alle sanzioni "da reato" ora applicabili alle persone giuridiche ai sensi dell'art. 25-*quinqüesdecies* del d.lgs. n. 231/2001<sup>27</sup>.

Proprio quest'ultima soluzione, in effetti, è quella adottata dal legislatore nella disciplina degli abusi di mercato attraverso il meccanismo previsto dall'art. 187-*terdecies* t.u.f. secondo cui quando per lo stesso fatto sono state applicate una multa ed una sanzione amministrativa pecuniaria, l'esazione della prima è limitata alla parte eccedente rispetto all'importo della seconda. Con la riforma del 2018, peraltro, è stato esplicitato che tale soluzione vale anche per lo specifico doppio binario sanzionatorio previsto per le persone giuridiche in virtù del combinato tra l'art. 187-*quinqües* t.u.f. e l'art. del d.lgs. n. 231/2001<sup>28</sup>. Proprio sulla scorta di tale previsione, in effetti, all'indomani della sentenza *A. e B. c. Norvegia* – che ha delineato una tutela relativa del *ne bis in idem* facendo riferimento, tra l'altro, al criterio della proporzione del trattamento sanzionatorio complessivo<sup>29</sup> – la giurisprudenza interna si era affrettata a ritenere i doppi binari sanzionatori previsti nella legislazione interna conformi alle nuove indicazioni della Corte di Strasburgo<sup>30</sup>.

D'altra parte, è stato anche osservato che l'art. 187-*terdecies* t.u.f. non ammette espressamente la possibilità di modulare la pena detentiva e, quindi, non assicura lo scomputo integrale della sanzione amministrativa precedentemente applicata laddove l'importo di quest'ultima sia superiore a quello della pena pecuniaria. Proprio questo

<sup>27</sup> Tale norma, introdotta dal d.l. n. 124/2019, convertito dalla legge n. 157/2019, estende infatti la responsabilità "da reato" delle persone giuridiche a diverse fattispecie penali previste dal d.lgs. n. 74/2000 (anche se tra queste non compaiono proprio quelle di omesso versamento). In proposito, la dottrina non ha tardato a evidenziare un nuovo profilo di tensione con il principio del *ne bis in idem* (cfr. A. DELL'OSSO, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 330 ss.), analogo a quello che, come ora si dirà, era già emerso in materia di abusi di mercato.

<sup>28</sup> Tale specifico problema di duplicazione sanzionatoria era stato infatti segnalato criticamente dalla dottrina all'indomani della riforma del 2005 (cfr. M. VIZZARDI, *Manipolazione del mercato*, cit., 707 s.).

<sup>29</sup> Come già segnalato, sul punto si tornerà *infra*, § 4.

<sup>30</sup> A distanza di circa un mese dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, infatti, il Tribunale di Milano aveva già modo di affermare la piena conformità della disciplina degli abusi di mercato con i parametri indicati dalla Corte europea (Trib. Milano, 6 dicembre 2016, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, con nota di E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*).

aspetto, in effetti, ha condotto la Corte di giustizia ad affermare l'insufficienza di tale rimedio e, di conseguenza, a rilevare il contrasto del doppio binario sanzionatorio previsto in materia di abusi di mercato con l'art. 50 Cdfue, almeno nelle ipotesi in cui il procedimento amministrativo venga celebrato dopo quello penale<sup>31</sup>. In proposito, peraltro, non è chiaro se tali limiti siano superabili alla luce della recente modifica della disposizione apportata dal d.lgs. n. 107/2018, con cui è stato aggiunto un inciso secondo cui in ogni caso l'autorità giudiziaria deve "tenere conto" delle misure punitive già irrogate<sup>32</sup>.

Nella giurisprudenza interna, allora, è stato dapprima sostenuto che, se non altro nelle ipotesi (più frequenti) in cui il processo penale sia successivo rispetto a quello amministrativo, l'art. 133 c.p. consentirebbe comunque al giudice penale di commisurare la pena in maniera adeguata e proporzionata nell'ambito del potere discrezionale attribuitogli<sup>33</sup>. In un secondo momento, tuttavia, si è fatto largo un indirizzo volto ad affermare la possibilità di disapplicazione delle sanzioni penali, laddove quelle amministrative già applicate siano da sole proporzionate al disvalore del fatto, ovvero dei relativi minimi edittali, qualora il trattamento sanzionatorio complessivo risulterebbe incompatibile con il principio del *ne bis in idem*<sup>34</sup>. Proprio quest'ultima soluzione,

---

<sup>31</sup> Il dispositivo della pronuncia, in effetti, è specificamente circoscritto a questa ipotesi, meno frequente, tanto che in dottrina è stato osservato un carattere "asimmetrico" del *ne bis in idem* eurounitario, alla luce del quale l'ipotesi opposta e più frequente di procedimento penale celebrato dopo quello amministrativo potrebbe essere ritenuta compatibile con l'art. 50 Cdfue (v. F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018).

<sup>32</sup> Su tale aspetto, v. soprattutto la ricostruzione di L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2019, 31 ss. Con varietà di accenti, sottolineano che la disposizione, anche all'esito della riforma del 2017, non parrebbe comunque consentire al giudice penale di derogare alla cornice edittale E. DESANA, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 2019, 354, e F. MUCCIARELLI, *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019, il quale osserva che, eventualmente, la medesima potrebbe al più suggerire il riconoscimento delle attenuanti generiche. In senso contrario, pur segnalando perplessità circa il rispetto del principio di legalità della pena, v. M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le soc.*, 2019, 544 s.

<sup>33</sup> Cfr. la già citata Cass., 16 luglio 2018, n. 45829.

<sup>34</sup> V. Cass., 21 settembre 2018, n. 49869, nella quale la Suprema Corte ha precisato che la prima eventualità è peraltro del tutto remota laddove la prima sanzione applicata, come spesso avviene, sia quella amministrativa, ipotesi in cui può invece venire in rilievo la seconda soluzione (con giudizio che la Corte ritiene di non potere compiere, rinviando pertanto al giudice della sentenza annullata). Nello stesso senso, cfr. Cass., 30 settembre 2019, n. 39999, in *Giur. it.*, 2020, 932, con nota di A. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*.

quindi, è stata adottata dal Tribunale di Milano che – da un lato riferendosi alla modifica dell’art. 187-*terdecies* t.u.f. ma dall’altro, a fronte delle segnalate incertezze circa l’esatta portata di tale clausola, ricorrendo espressamente allo strumento della *disapplicazione* del diritto nazionale incompatibile con quello dell’Unione europea (come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Garlsson*) – ha derogato *in mitius* al minimo edittale stabilito dall’art. 185 t.u.f. in modo da imputare alla pena detentiva la quota di sanzione amministrativa non detraibile da quella pecuniaria (in quanto eccedente) sulla base del criterio di ragguaglio di cui all’art. 135 c.p.<sup>35</sup>. Sempre nella medesima prospettiva compensativa, poi, non è stata disposta la confisca di cui all’art. 187 t.u.f., in quanto l’omologa misura amministrativa prevista dall’art. 187-*sexies* t.u.f. era già stata applicata dalla Consob<sup>36</sup>.

Ora, nella prospettiva del *ne bis in idem* sostanziale, queste ultime dinamiche giurisprudenziali sono per molti versi apprezzabili poiché prendono atto dell’insufficienza del riferimento al potere discrezionale esercitato sulla base dell’art. 133 c.p. al fine di soddisfare compiutamente le esigenze di proporzionalità della sanzione<sup>37</sup>. E se è vero che, com’è stato osservato, tale meccanismo può tradursi in una “monetizzazione” della pena detentiva e finanche comportare una totale erosione della medesima,

<sup>35</sup> Cfr. Trib. Milano, 15 novembre 2018, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019, con nota di F. MUCCIARELLI, “*Doppio binario*”, cit. Nello specifico, una volta determinata la pena irrogabile agli imputati per il reato di manipolazione di mercato in due anni di reclusione e 40.000 euro di multa e preso atto che i medesimi erano già stati destinatari della sanzione amministrativa di 100.000 euro per l’illecito previsto dall’art. 187-*ter* t.u.f., il giudice ambrosiano ha disposto la non applicazione della pena pecuniaria ai sensi dell’art. 187-*terdecies* t.u.f. e, proprio valorizzando la *ratio* di quest’ultima previsione, ammesso anche un ulteriore “scomputo” dalla pena detentiva del residuo importo di euro 60.000 (quantificato in otto mesi di reclusione sulla base del criterio di conversione previsto dall’art. 135 c.p.). Il risultato, come detto, è una sostanziale disapplicazione del minimo edittale previsto dall’art. 185 t.u.f. (sul punto, sia consentito il rinvio anche a F. MAZZACUVA, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e dissolvimento della dimensione processuale*, in *Giur. comm.*, in corso di pubblicazione, in cui sono state formulate conclusioni che verranno integralmente riprese *infra*, § 4).

<sup>36</sup> Tale soluzione, peraltro, viene motivata in due righe della pronuncia, pur non essendo affatto scontata, da un lato perché la legge tace sul punto (anche dopo l’ultima riforma) e, dall’altro, perché essa rinvia all’articolato dibattito in ordine alla natura prevalentemente ripristinatoria o punitiva della confisca in parola (sul punto, sia consentito il rinvio a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 166 ss.).

<sup>37</sup> In primo luogo, infatti, anche l’autorità amministrativa ha poteri discrezionali nell’applicazione della sanzione non tanto diversi da quelli stabiliti dall’art. 133 c.p., ma ciò non ha impedito alla Corte di giustizia di rilevare una violazione del *ne bis in idem* in *tutti* i casi in cui il procedimento amministrativo segua quello penale. Inoltre, si deve considerare che i parametri di cui all’art. 133 c.p. sono volti a regolare un potere discrezionale del giudice all’interno della cornice di pena stabilita dalla fattispecie incriminatrice ed affermare la sufficienza di tale potere equivale a sostenere che il minimo edittale già contempla l’applicazione della sanzione amministrativa, il che non può essere validamente affermato (se non altro proprio sulla base di quanto previsto dall’art. 187-*terdecies* t.u.f.).

così da rendere di fatto inutile la celebrazione del procedimento penale<sup>38</sup>, tali esternalità negative appaiono “tollerabili” a fronte della prevalente esigenza di porre rimedio ad una scelta legislativa del tutto disarmonica con le esigenze di proporzionalità del trattamento sanzionatorio<sup>39</sup>.

Una soluzione per certi versi analoga, peraltro, si fa largo anche in altri settori della legislazione tra cui, da ultimo, la disciplina del trattamento dei dati personali recentemente riformata dal d.lgs. n. 101/2018. Infatti, anche in questo caso disattendendo le raccomandazioni del regolamento GDPR<sup>40</sup>, il legislatore da un lato ha configurato un ulteriore doppio binario tra i reati previsti dal codice della *privacy* e gli illeciti amministrativi stabiliti dallo stesso codice e dal regolamento<sup>41</sup> ma, dall'altro, ha stabilito una peculiare circostanza attenuante (art. 167 comma 6 del codice della *privacy*) laddove nei confronti dell'imputato sia già stata applicata e riscossa una sanzione amministrativa pecuniaria “per lo stesso fatto”. Per quanto sulla base di un diverso meccanismo rispetto a quello delineato nella recente giurisprudenza in materia finanziaria, quindi, viene consentito al giudice di “modulare” l'entità della pena detentiva al di sotto del minimo edittale in ragione del “presofferto amministrativo”<sup>42</sup>.

Sul terreno sostanziale, quindi, si può conclusivamente osservare che sarebbe senz'altro auspicabile un corretto “funzionamento” del *ne bis in idem* già sul piano del rapporto tra illeciti penali ed amministrativi, in modo da valorizzare i criteri risolutivi della convergenza di fattispecie che rispondono alle logiche di assorbimento/consunzione anche al di là dei limiti operativi del principio di specialità<sup>43</sup>. D'altra parte, se è vero che da un punto di vista individual-garantistico il fine ultimo del principio è rappresentato dalla proporzionalità del trattamento sanzionatorio, anche i rimedi in

---

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. F. MUCCIARELLI, “Doppio binario”, cit.

<sup>39</sup> Per un punto di vista favorevole rispetto a tale soluzione, cfr. N. MADIA, *op. cit.*, 330 ss.

<sup>40</sup> Il quale infatti si limita a stabilire sanzioni amministrative per una serie di violazioni (art. 83) indicando come facoltativo il ricorso ad “altre sanzioni” e precisando che queste ultime dovrebbero riguardare *in particolare* le violazioni non soggette a sanzioni amministrative, coerentemente con la valorizzazione del principio del *ne bis in idem* enunciata nel considerando n. 149.

<sup>41</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a V. MANES-F. MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 176 ss.

<sup>42</sup> D'altra parte, è anche vero che lo scomputo integrale della sanzione amministrativa potrebbe in certi casi avere una portata più favorevole in concreto rispetto ad una circostanza attenuante, incidendo in misura più significativa sulla quantificazione della pena pecuniaria.

<sup>43</sup> Tale soluzione è valorizzata soprattutto da C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli, Torino, 2018, 326 ss. (con conclusione ribadite più di recente in ID., *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35 ss.).

grado di scongiurare “a valle”, purché in maniera effettiva, il cumulo di sanzioni derivanti dal concorso di illeciti sembrano idonei ad escludere profili di violazione del medesimo<sup>44</sup>.

#### 4. Profili processuali: un *ne bis in idem* “dimezzato”?

Si deve ora evidenziare che quanto osservato con riguardo al problema della proporzione del trattamento sanzionatorio ha poco a che vedere con il tema del rispetto del *ne bis in idem* processuale. In questa diversa prospettiva, infatti, il principio è dettato essenzialmente da istanze di tutela del singolo dal pericolo di una reiterata persecuzione (certezza in senso “soggettivo”) e da esigenze pubblicistiche di economia e di certezza in senso “oggettivo” dei rapporti giuridici (*res judicata pro veritate habetur*) che ostano alla proliferazione di accertamenti giudiziari sul medesimo accadimento<sup>45</sup>. Chiaramente, poi, è stata soprattutto la prospettiva individual-garantistica ad aver consentito l’affermazione di tale garanzia in numerosi documenti internazionali sulla protezione dei diritti dell’uomo, tra cui in particolare l’art. 4 Prot. n. 7 Cedu e l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Il diverso fondamento del divieto di doppio giudizio, naturalmente, incide sulla fisionomia delle relative categorie. Sul piano del *bis*, infatti, viene in rilievo essenzialmente il problema della duplicazione di giudizi e, quindi, la violazione del principio si cristallizza nel momento dell’apertura del secondo procedimento (*ne sit actio*) avente ad oggetto il medesimo fatto, indipendentemente dall’esito dello stesso (e di

<sup>44</sup> In quest’ottica, accoglie con favore le recenti evoluzioni giurisprudenziali, auspicando una compiuta teorizzazione della compensazione sanzionatoria, A. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading*, cit., 939; nella stessa direzione, cfr. anche le considerazioni di M. DONINI, *op cit.*, 2297 e 2300.

<sup>45</sup> Nell’ampia letteratura sul tema, valorizzano il fondamento individual-garantistico G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 1963, 90 ss.; N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 97 ss.; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 479 ss.; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2012, 406 ss., mentre quello pubblicistico da S. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1951, 96 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1955, 101; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 421; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali – Vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, 861 ss., F. CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., Giuffrè, Milano, 2012, 1205. Da ultimo, sul fondamento del *ne bis in idem* processuale e sulla distinzione con la *ratio* dell’omonima garanzia sostanziale, cfr. A. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1048 ss.



quello precedente)<sup>46</sup>, tanto che in giurisprudenza si ammette l'applicazione analogica dell'art. 649 c.p.p. ai casi di litispendenza<sup>47</sup>. Il concetto di *idem*, poi, assume caratteri storico-naturalistici (*eadem res*), il che emerge già dalla lettera dell'art. 649 c.p.p., in cui si sancisce l'irrilevanza del titolo, oltre che del grado e delle circostanze<sup>48</sup>. Si comprende allora il motivo per cui, muovendo da disposizioni che sanciscono il *ne bis in idem* proprio nella sua accezione processuale, le Corti europee abbiano sposato un approccio incentrato sull'identità dei fatti contestati e non sul raffronto tra fattispecie giuridiche applicate<sup>49</sup>. E se rimane tuttora aperto il dibattito sugli elementi che devono

---

<sup>46</sup> L'art. 649 c.p.p., infatti, impone al giudice di pronunciare una sentenza di proscioglimento o non luogo a procedere "in ogni stato e grado del processo", ossia non appena rilevi la sussistenza della duplicazione di procedimenti (sul punto, tra i tanti, cfr. F. CORBI-F. NUZZO, *Guida pratica dell'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2003, 52 s.). Che il *bis* si sostanzi già nell'apertura del procedimento, d'altra parte, è confermato anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale cristallizza proprio nel momento della "poursuite" o "prosecution" la violazione del *ne bis in idem* (cfr. Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*, §§ 98 ss.; Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*, § 220; sul punto, cfr. S. ALLEGREZZA, *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, 899 s.).

<sup>47</sup> Sempre che non sia possibile ricorrere al conflitto di competenza: Cass., Sez. Un., 28.6.2005, n. 34655 (sul punto, cfr. F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2011, 69).

<sup>48</sup> Cfr. G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 2° ed., Jovene, Napoli, 1952, 369, secondo cui il fatto va guardato nella sua individualità storica, nella sua accezione naturalistica, fissando "energeticamente" l'art. 90 c.p.p. (e, quindi, l'odierno 649 c.p.p.) la "disincarnazione" del fatto storico dalla sua valutazione giuridica (tale impostazione è richiamata da M. LA ROCCA, *Studi sul problema del "fatto" nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1954, 101 ss., e A. PAGLIARO, voce *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, 964 s.). Anche nel diffuso riferimento da parte della dottrina al concetto di "fattispecie giudiziale" – che corrisponde alla sintesi degli elementi del fatto rilevanti al cospetto della fattispecie legale e, quindi, oggetto dell'accertamento processuale –, la nozione di *idem* conserva, in effetti, forme del tutto eterogenee rispetto a quelle che assume nella dimensione sostanziale (in proposito, cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, 396 ss.; M. PAPA, *op. cit.*, 34 s., e già G. DE LUCA, voce *Giudicato - II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Vol. XV, Treccani, Roma, 1989, 10).

<sup>49</sup> Con riguardo alla giurisprudenza della Corte europea, v. l'evoluzione maturata nella sentenza Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*. Sul punto, cfr. ancora S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, 900 ss., e, nella letteratura straniera, A. GARIN, *Ne bis in idem et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2016, 416 ss.; C. KARAKOSTA, *Ne bis in idem: une jurisprudence peu visible pour un droit intangible*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2007, 34 ss.; M. PUÉCHAVY, *L'arrêt Zolotoukhine c. Russie*, in M. PUÉCHAVY (a cura di), *Le principe ne bis in idem*, Anthemis, Limal, 2012, 20 ss.. Anche la Corte di giustizia, che pur aveva già elaborato una nozione storico-naturalistica del fatto sul terreno del *ne bis in idem* transnazionale nella sentenza Corte Giust., 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, §§ 27 ss. (in proposito, cfr. R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1143 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale*

comporre la nozione di *idem factum*<sup>50</sup>, tale questione appare meno rilevante nei settori tributario e finanziario poiché, essendo le fattispecie penali di mera condotta, appare indubbio che esse vertano sul medesimo fatto storico oggetto di quelle amministrative.

Sulla base di queste premesse, allora, si deve anzitutto rilevare che in materia tributaria, anche laddove venga riconosciuta la sussistenza di un rapporto di specialità tra i diversi illeciti, risulta comunque inevitabile una duplicazione di procedimenti da quando il legislatore ha sancito la completa autonomia tra il giudizio penale e quello amministrativo. Con la riforma apportata dalla legge n. 516/1982, infatti, è stato superato il meccanismo della “pregiudiziale tributaria” (non essendo più richiesta la determinazione dell’imposta evasa per valutare la rilevanza penale della condotta), con soluzione confermata (nonostante la reintroduzione delle soglie) dall’art. 20 del d.lgs. n. 74/2000, a norma del quale «il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione»<sup>51</sup>. Si verifica, pertanto, una duplicazione di procedimenti paralleli che non è evidentemente risolta dal già segnalato meccanismo correttivo previsto dall’art. 21 del d.lgs. n. 74/2000, il quale consente esclusivamente di scongiurare il cumulo di sanzioni, ma presuppone che il procedimento amministrativo si attivi comunque “in attesa” delle valutazioni del giudice penale. Naturalmente, poi, nel sistema degli abusi di mercato la duplicazione di procedimenti non è scongiurata dai descritti “esperimenti” giurisprudenziali volti a conseguire uno scomputo integrale della sanzione amministrativa valorizzando la *ratio* dell’art. 187-*terdecies* t.u.f. o mediante disapplicazione del minimo della pena (v. *supra*, § 3).

Ci si deve allora interrogare sull’attuale dimensione garantistica del *ne bis in idem* processuale rispetto ai sistemi caratterizzati da un doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo, anche alla luce delle incertezze emerse nella recente giurisprudenza sovranazionale. Dopo essere stato proiettato dalla Corte europea in questa nuova orbita, infatti, il principio è stato progressivamente ridimensionato attraverso

---

*transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 52; P.P. PAULESU, *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 645 s.).

<sup>50</sup> Sul punto, cfr. E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 442; P.P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1411 ss.

<sup>51</sup> Sulle implicazioni di tale scelta legislativa, v. M. STAGNO, *Articolo 20. Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in S. PUTINATI-C. NOCERINO (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, 389 ss.

il riferimento alla proporzionalità della sanzione, con un'evidente interferenza tra i profili sostanziali e processuali che trae origine da una certa "insofferenza" diffusamente avvertita rispetto al divieto di doppio giudizio laddove la sanzione applicata nel primo procedimento non appaia sufficientemente adeguata rispetto al disvalore del fatto commesso.

Non sorprende, in effetti, che di tale preoccupazione si sia fatta portavoce la Corte di giustizia<sup>52</sup> che, a fronte delle "accelerazioni" della Corte europea, nella sentenza *Fransson* ha ritenuto l'applicazione cumulativa di sanzioni penali ed amministrative per il medesimo fatto contraria all'art. 50 Cdfue a condizione che quelle applicate per prime abbiano un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo<sup>53</sup>. Proprio questa presa di posizione, oltreché le critiche provenienti da diversi governi europei, ha probabilmente condotto gli stessi giudici di Strasburgo, riuniti in Grande Camera, a compiere un "passo indietro" nella nota sentenza *A. e B. c. Norvegia*. In tale pronuncia, in particolare, da un lato è stata confermata la validità della nozione ampia di materia penale ai fini dell'applicazione dell'art. 4 Prot. n. 7 Cedu ma, dall'altro, tale estensione è stata controbilanciata "agendo interpretativamente" sul concetto di *bis*<sup>54</sup>, ossia affermando che la duplicazione di procedimenti non configurerebbe una violazione della predetta disposizione in presenza di un collegamento temporale e materiale sufficientemente stretto (*sufficiently close connection in substance and time*) tra i medesimi che permetterebbe di distinguere i "sistemi sanzionatori integrati" da quelli che presentano una mera "reiterazione dell'accusa". E, tra i diversi presupposti che consentono di ravvisare tale collegamento viene indicata, per l'appunto, l'esistenza di meccanismi volti a scongiurare un cumulo sproporzionato delle sanzioni<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Sull'influenza dell'approccio efficientista della Corte di giustizia sulle soluzioni elaborate sul terreno del *ne bis in idem*, cfr. F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 955.

<sup>53</sup> Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-617-10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, § 36. Sulla rilevanza di tale condizione e sulla sua portata innovativa rispetto alle precedenti indicazioni della Corte europea, cfr. D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3, 2013, 297 s.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3-4, 2014, 205 e 208 s.; E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 2926).

<sup>54</sup> In questi termini, cfr. A. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1064.

<sup>55</sup> Cfr. Corte EDU, Grande camera, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*. Tali condizioni, in particolare, vengono individuate nell'esistenza di un legame *temporale* – il che non richiede però che i procedimenti avanzino a braccetto (§ 126-128) –, e *materiale*. Quest'ultimo aspetto, è valutato alla luce dei seguenti indici: a) la finalità complementare delle procedure, le quali dovrebbero considerare

Quest'ultimo aspetto, infine, è stato ampiamente valorizzato nelle già menzionate sentenze della Grande sezione della Corte di giustizia concernenti la disciplina dei settori tributario e finanziario. Tali pronunce, infatti, sono accomunate da una premessa di principio in cui i giudici di Lussemburgo affermano che la garanzia del *ne bis in idem* può subire limitazioni ai sensi dell'articolo 52 Cdfue purché queste siano previste dalla legge, non incidano sul contenuto essenziale del principio, rispondano ad interessi generali e rispettino il principio di proporzionalità. In linea di principio, quindi, la Corte di giustizia richiama le cadenze "classiche" del giudizio di proporzionalità emerse nel tempo nella propria giurisprudenza, caratterizzate da una valutazione trifasica in termini di idoneità (congruità tra mezzi e scopi), necessità (inesistenza di altri strumenti meno invasivi) e proporzione in senso stretto (bilanciamento tra gli interessi in gioco)<sup>56</sup>. Muovendo da tali premesse argomentative, peraltro, la Corte di giustizia tratteggia condizioni di legittimità dei doppi binari sanzionatori non tanto diverse da quelle esposte dalla Corte europea nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*<sup>57</sup> anche se, alla fine, la valutazione dei giudici di Lussemburgo finisce per appiattirsi esclusivamente sul tema della proporzionalità della sanzione<sup>58</sup>, con gli esiti che sono stati sopra descritti (v. *supra*, § 3).

---

"aspetti diversi" del fatto illecito; b) la prevedibilità della duplicazione degli accertamenti; c) l'esistenza di un'interazione tra autorità precedenti nella raccolta e valutazione delle prove che faccia "apparire" che il secondo accertamento dei fatti si basi su quello precedente; d) soprattutto, come detto, un meccanismo compensatorio che eviti un cumulo sproporzionato delle sanzioni (§ 132). Nota come la comparsa di quest'ultimo criterio rappresenti una novità nella giurisprudenza di Strasburgo sul *ne bis in idem* L. BARON, *op. cit.*, 23.

<sup>56</sup> Sulla copiosa giurisprudenza elaborata in materia sin dalla celebre sentenza Corte giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, cfr. T. TRIMIDAS, *The General Principles of EU Law*, 2° ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, 139; O. KOCH, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, 198 ss.; K. LENAERTS-P. VAN NUFFEL-R. BRAY, *Constitutional Law of the European Union*, 2° ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, 100 ss.

<sup>57</sup> Cfr. B. NASCIBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sist. pen.*, n. 4, 2020, 98.

<sup>58</sup> Sul punto, cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus*, 22 marzo 2018, il quale osserva puntualmente come la Corte enunci soltanto parametri quali le finalità complementari dei procedimenti e il coordinamento tra i medesimi (tralasciando invece il tema della connessione temporale), senza poi procedere ad una loro verifica nei casi sottoposti al suo esame (tale aspetto è sottolineato anche da E. BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 139). Il risultato è un'assoluta centralità della proporzione della sanzione, giustamente ritenuta dall'Autore artificiosamente ascritta al *ne bis in idem* anziché a quanto sancito dall'art. 49 comma 3 Cdfue.

A quest'ultimo proposito, in effetti, in dottrina si è parlato di una "trasfigurazione"<sup>59</sup>, di uno "sviamento"<sup>60</sup> e di una "ibridazione concettuale"<sup>61</sup> del *ne bis in idem* processuale in ragione dell'"ingerenza" del volto sostanziale nella sua dimensione processuale<sup>62</sup>. A ben vedere, tuttavia, se davvero si intende valutare l'osservanza di tale garanzia sulla base di un giudizio di proporzione del trattamento sanzionatorio, viene da chiedersi se non sia allora più "sincero" affermare che essa semplicemente non opera al di fuori del processo *stricto sensu* penale<sup>63</sup>. Nessuno dei fondamenti della preclusione processuale, infatti, è sotteso neanche in via mediata al canone della proporzione della sanzione, il quale ha referenti assiologici ben diversi tanto nella Costituzione, quanto nelle Carte dei diritti<sup>64</sup>.

Con quest'ultima considerazione, peraltro, non si intende sostenere l'opportunità di un'estensione "secca" del *ne bis in idem* processuale rispetto alle sovrapposizioni tra sistemi sanzionatori penali e amministrativi<sup>65</sup>, soluzione che pare essere stata valorizzata in alcuni commenti dottrinali soprattutto al fine di risolvere "ancor più a valle" le descritte tensioni con il *ne bis in idem* sostanziale manifestatesi nella legislazione tributaria e finanziaria (v. *supra*, §§ 2 e 3)<sup>66</sup>. In altri termini, si può effettivamente ritenere che tale garanzia debba avere una portata relativa e "mediata" dal canone

<sup>59</sup> Cfr. E. BASILE, *op. cit.*

<sup>60</sup> Cfr. A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem*, cit., 537.

<sup>61</sup> Cfr. L. BARON, *op. cit.*, 11.

<sup>62</sup> Cfr. A. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1074.

<sup>63</sup> Si tratta, in effetti, della posizione sostenuta da diversi governi terzi intervenuti durante il procedimento davanti alla Corte europea sfociato nella sentenza *A. e B. c. Norvegia* e diffusamente affermata negli ordinamenti continentali (sul punto, cfr. C. KARAKOSTA, *L'article 4 du protocole n. 7: un droit à portée incertaine*, in S. BRAUM-A. WEYEMBERGH (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, 112), compreso quello tedesco contraddistinto dalla più ampia estensione dello statuto garantistico penale alle sanzioni amministrative (con riguardo alla garanzia stabilita dall'art. 103 III GG, infatti, la nozione "variabile" di materia penale ricostruita nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* torna a restringersi: sul punto, cfr. H. SCHULZE-FIELTIZ, *Art. 103*, in H. Dreier (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, III, Mohr, Tübingen, 2000, 676 ss.; C. DEGENHART, *Art. 103*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 6° ed., Verlag C.H. Beck, München-Frankfurt A.M., 2011, 2080).

<sup>64</sup> V. *supra*, nota 12.

<sup>65</sup> Questa impostazione, risalente alla giurisprudenza della Corte europea antecedente alla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, è stata peraltro ripresa dall'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni presentate il 12 settembre 2017 proprio nelle cause sfociate nelle tre coeve sentenze della Corte di giustizia più volte menzionate (sul punto, cfr. F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2017).

<sup>66</sup> Ciò appare evidente anche nella questione di legittimità costituzionale sfociata nella recente sentenza Corte cost., 15 luglio 2019, n. 222, la quale era volta ad ottenere l'estensione dell'operatività

della proporzionalità al di fuori del diritto penale “classico”<sup>67</sup> ma, in questa prospettiva, agli Stati dovrebbe almeno essere attribuito l’onere di illustrare le specifiche ragioni per cui il medesimo compendio sanzionatorio (che si assume proporzionato rispetto alla violazione commessa) non possa essere applicato concentrando le contestazioni in un unico procedimento ovvero prevedendo forme di coordinamento istruttorio ben più avanzate rispetto a quelle attualmente previste negli ambiti tributario e finanziario<sup>68</sup>.

Proprio le premesse argomentative dei giudici di Lussemburgo, in effetti, avrebbero dovuto condurre gli stessi a richiedere una specifica giustificazione, in termini di *necessità e proporzionalità in senso stretto* rispetto agli scopi perseguiti, della previsione “istituzionale” di procedimenti punitivi autonomi e paralleli seppur concernenti il medesimo fatto, la quale non può essere rappresentata *sic et simpliciter* dall’esistenza di forme di neutralizzazione o temperamento del cumulo delle sanzioni. Se il nucleo

---

dell’art. 649 c.p.p. con riguardo al doppio binario che emerge in materia di omesso versamento non soltanto per via dell’identità del fatto storico da cui esso trae origine, ma anche sulla base di valutazioni politico-criminali in termini di offensività che rinviano al problema del mancato rispetto del *ne bis in idem* sostanziale (v. *supra*, § 2). Analogo riferimento alla categoria processuale dell’*idem factum* al fine di risolvere il problema avente natura eminentemente sostanziale emerge d’altra parte anche in alcuni recenti contributi dottrinali (proprio a commento della predetta sentenza della Corte costituzionale, ad esempio, v. M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2657), tradendo quella confusione tra i diversi piani segnalata anche da M. DONINI, *Septies in idem. Dalla “materia penale” alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 2287.

<sup>67</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 330 ss. In senso dubitativo rispetto all’opportunità dell’estensione della garanzia processuale rispetto alla nozione ampia di materia penale, v. successivamente anche M. ROMANO, *Parole introduttive*, in M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, 5 s.

<sup>68</sup> Se, infatti, è vero che in entrambi i settori esistono meccanismi di circolazione del materiale probatorio (sottolineati, rispettivamente in materia finanziaria e tributaria, da P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2017, 12, e O. CALAVITA, *La Corte Costituzionale di nuovo sul rapporto tra processo penale e amministrativo tributario: ancora una volta viene salvato il doppio binario sanzionatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, 1928) essi riguardano per lo più la fase delle indagini, mentre in quella del giudizio, per quanto ad esempio in ambito tributario la giurisprudenza consenta l’acquisizione di sentenze ai sensi dell’art. 238-*bis* c.p.p. e verbali di accertamento ai sensi dell’art. 234 c.p.p. (come ricordato dalla Consulta nella recente sentenza Corte cost., 15 luglio 2019, n. 222), vale come noto il principio di autonomia tra procedimenti e, quindi, non trova spazio alcuna forma di pregiudizialità (tanto che l’utilizzabilità dei predetti verbali è circoscritta alle parti relative alla fase anteriore all’emersione di indizi di reato, come stabilito dall’art. 220 disp. att. c.p.p.). Di conseguenza, all’accusato viene comunque richiesto di contrastare due volte il medesimo materiale probatorio dato che esso dovrà essere nuovamente valutato dal giudice penale, mentre l’indicazione della Corte europea, coerentemente con la *ratio* del *ne bis in idem* processuale, sembra essere proprio quella di scongiurare duplicazioni istruttorie nelle fasi del giudizio.

essenziale del giudizio di *proporzionalità* è infatti rappresentato – una volta ammessa la legittimità degli scopi e l'idoneità dei mezzi impiegati – dalla logica del “minimo sacrificio necessario” (o “minimo mezzo”, “mezzo più mite”, ecc.)<sup>69</sup>, la mera *proporzione* del trattamento sanzionatorio non è evidentemente in grado di spiegare perché lo Stato debba ricorrere a due distinti procedimenti punitivi<sup>70</sup>. Rimane senza risposta, infatti, l'interrogativo circa le ragioni per cui le varie sanzioni – anche ammettendo che alla fine esse risultino complessivamente proporzionali alla gravità della violazione – non possano venire applicate in un unico procedimento, atteso che la sottoposizione di un individuo ad un duplice giudizio costituisce *di per sé* (indipendentemente dall'esito di ciascuno e, *a fortiori*, dall'entità delle sanzioni applicate) una violazione del principio del *ne bis in idem* processuale<sup>71</sup>.

La stessa Corte europea, peraltro, ha da ultimo opportunamente precisato che il discorso sul *ne bis in idem* non può essere ridotto al tema della proporzione della sanzione<sup>72</sup>, tanto da ravvisare una violazione dell'art. 4 Prot. n. 7 Cedu proprio in un'ipotesi di cumulo di procedimenti in relazione ad abusi di mercato sebbene nel giudizio penale si fosse tenuto conto della sanzione pecuniaria già irrogata all'esito del procedimento amministrativo<sup>73</sup>. Risulta allora fin troppo avventata l'affermazione che si riscontra talvolta nella giurisprudenza interna secondo cui nella stessa prospettiva con-

---

<sup>69</sup> Si tratta, peraltro, del nucleo essenziale dell'omologo giudizio di ragionevolezza: sul punto, tra i tanti, cfr. le considerazioni di G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 270 ss., ed i relativi riferimenti bibliografici di teoria del diritto (sugli analoghi requisiti della “congruità” e del “divieto di eccedenza rispetto allo scopo”, v. anche A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 202 ss.).

<sup>70</sup> Sulla trasmutazione nel riferimento al test di proporzionalità nella giurisprudenza sovranazionale, cfr. da ultimo N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Cedam, Padova, 2020, 174 ss.

<sup>71</sup> Sull'opportunità di unificazione dei procedimenti, proprio ai fini di un migliore funzionamento dei meccanismi di compensazione sanzionatoria, cfr. le riflessioni di M. DONINI, *op cit.*, 2300.

<sup>72</sup> Cfr. sentenza Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2019, con nota di A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem*. Seppur in maniera meno esplicita, peraltro, la stessa indicazione pare emergere anche dalla più recente sentenza Corte EDU, Grande Camera, 8 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019, con nota di A. CARERI, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, in cui infatti le ragioni di adeguatezza della risposta sanzionatoria, che avevano condotto le autorità nazionali a celebrare nei confronti del ricorrente un procedimento penale dopo l'applicazione di una sanzione amministrativa, non sono valse ad escludere una violazione della Convenzione.

<sup>73</sup> V. sentenza Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019, con nota di M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: La corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*.

venzionale la garanzia del *ne bis in idem* avrebbe oramai una natura meramente sostanziale e che il parametro decisivo sarebbe quindi “pacificamente” individuato in quello della proporzionalità tra il cumulo delle sanzioni irrogate e la gravità dell’illecito<sup>74</sup> laddove, come si è visto, tale aspetto si riscontra semmai nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Le prospettive di una tutela reale, per quanto relativa o attenuata, del principio del *ne bis in idem* processuale sembrano allora dipendere dalla ponderazione degli altri parametri di giudizio indicati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*, tra cui in particolare la finalità complementare (*complementary purposes*) delle procedure, le quali dovrebbero considerare “aspetti diversi” del fatto illecito (*different aspects of the social misconduct*), l’esistenza di un’interazione tra autorità precedenti finalizzata ad evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove (*as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence*) e la natura “non stigmatizzante” e “specificata” dell’accertamento amministrativo, in modo che il cumulo con quello penale non comporti oneri eccessivi (*disproportionate burden*) per l’accusato<sup>75</sup>. Ed è soprattutto quest’ultimo aspetto che, in effetti, meriterebbe una decisa valorizzazione atteso che, come osservato, il fondamento individual-garantistico del *ne bis in idem* processuale si ricollega proprio all’invasività ed alla dimensione stigmatizzante dello stesso procedimento, ancor prima che della sanzione applicata<sup>76</sup>. In proposito, si può osservare che nel giudizio

---

<sup>74</sup> In questi termini, cfr. Cass., 16 luglio 2018, n. 45829, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale*, cit.; in modo altrettanto avventato, ancora, nella citata sentenza Trib. Milano, 15 novembre 2018, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019, si afferma che nella giurisprudenza di Strasburgo si sarebbe assistito ad un ridimensionamento del *ne bis in idem* ed un confinamento del principio alla “dimensione eminentemente esecutiva”. In effetti, anche nella più recente Cass., 30 settembre 2019, n. 39999, si assiste ad una certa sottovalutazione degli altri criteri considerati dalla Corte europea nell’ambito del giudizio di connessione sostanziale e temporale (come rileva A. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading*, cit., 936), mentre in precedenti occasioni questi ultimi erano stati maggiormente valorizzati (cfr. Cass., 22 settembre 2017, n. 6993, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2018, con nota di A. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie*, cit., in cui si punta sulla contiguità temporale), a conferma dei rischi di incertezza applicativa derivanti dalla scelta della Corte europea di indicare criteri così numerosi ed eterogenei (si tratta, in effetti, di un rischio che era già segnalato in F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 336).

<sup>75</sup> Non dovrebbe rilevare più di tanto il criterio cronologico, eppur talvolta valorizzato dalla stessa Corte europea (come ad esempio nella sentenza Corte EDU, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*), nonché dalla dottrina (cfr. M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto*, cit., 2658) e dalla giurisprudenza interna (v. quanto segnalato alla nota precedente), né evidentemente quello della “prevedibilità” della sottoposizione a duplice procedimento (requisito dettato semmai dal principio di legalità).

<sup>76</sup> Significativamente, sul punto, nella sentenza *A. e B. c. Norvegia* la Corte europea afferma che «the fact that the administrative proceedings have stigmatising features largely resembling those of ordinary



Ne bis in idem e diritto penale dell'economia

dinanzi alla Consob ed in quello tributario tali caratteri sono decisamente più accentuati rispetto alla generalità delle procedure amministrative, cosicché nuove ombre sembrano addensarsi sui cumuli punitivi previsti nel diritto penale economico, la cui compatibilità con il divieto di *bis in idem*, anche volendo sperimentare le più diverse soluzioni per rendere proporzionato il trattamento sanzionatorio, appare tutt'altro che scontata.

---

criminal proceedings enhances the risk that the social purposes pursued in sanctioning the conduct in different proceedings will be duplicated (*bis*) rather than complementing one another» (§ 133).