



(<http://www.pisauniversitypress.it/>)



Archivio Penale ^(/)

Rivista Scientifica dell'Area 12 Anvur (https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2020/08/Elenco-riviste-scientifiche_Area12_VIquad.pdf) - Fondata da Remo Pannain (<http://www.pannain.com/>) - Diretta da David Brunelli

Home ^(/) / Rivista / Fascicolo n. 1 – Gennaio-Aprile 2023 (Web)

Fascicolo n. 1 – Gennaio-Aprile 2023 (Web)

Archivio penale

ISSN: 0004-0304 | e-ISSN: 2384-9479

Data pubblicazione: 09 January 2023

Sottoposto a [peer review \(/peer-review/contenuti/6492\)](/peer-review/contenuti/6492)

VEDI TUTTI I FASCICOLI (</RIVISTA-A-STAMPA/RIVISTA/3>)

Indice

Editoriale

Confronto di idee

L'Opinione

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS

I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale: verso un sistema ad azione pilotata legislativamente? (</i-criteri-di-priorita-nellesercizio-dellazione-penale-verso-un-sistema-ad-azione-pilotata-legislativamente/articoli/38476>)

Simone Lonati

Pubblicato il 12 January 2023

Cultura penale e spirito europeo

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Il dialogo tra le Corti in tema di ne bis in idem: alla ricerca di un punto d'equilibrio in un percorso ancora incompiuto (/il-dialogo-tra-le-corti-in-tema-di-ne-bis-in-idem-alla-ricerca-di-un-punto-dequilibrio-in-un-percorso-ancora-incompiuto/articoli/39508)

Francesco Antonio Laneri

Pubblicato il 15 March 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità (/la-vittima-della-legalita-violata-spunti-in-tema-di-vulnerabilita/articoli/39487)

Francesco Trapella

Pubblicato il 30 January 2023

Orientamenti

Dibattiti

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Il ricorso per cassazione fra autosufficienza e legalità processuale (/il-ricorso-per-cassazione-fra-autosufficienza-e-legalita-processuale/articoli/40516)

Amalia Mariana Buzura

Pubblicato il 13 April 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Un nuovo arresto politico della Corte costituzionale: la sentenza n. 2 del 12 gennaio 2023 (/un-nuovo-arresto-politico-della-corte-costituzionale-la-sentenza-n-2-del-12-gennaio-2023/articoli/40515)

Fabiana Falato

Pubblicato il 04 April 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Il sindacato dell'atto amministrativo nell'esercizio della giurisdizione penale, fra garanzie dell'imputato e tutela dell'amministrazione e del suo giudice (/il-sindacato-dellatto-amministrativo-nellesercizio-della-giurisdizione-penale-fra-garanzie-dellimputato-e-tutela-dellamministrazione-e-del-suo-giudice/articoli/39488)

Melania D'Angelosante

Pubblicato il 31 January 2023

Quesiti

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Il periculum in mora nel sequestro preventivo a fini di confisca: luci ed ombre nei recenti approdi giurisprudenziali (/il-periculum-in-mora-nel-sequestro-preventivo-a-fini-di-confisca-luci-ed-ombre-nei-recenti-approdi-giurisprudenziali/articoli/40526)

Alessandro Nascimbeni

Pubblicato il 30 April 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Appunti sulla compatibilità del reato continuato con la non punibilità per fatto tenue: spazi applicativi per un giudizio equitativo in alcune ipotesi di continuazione omogenea tra più (di due) reati (/appunti-sulla-compatibilita-del-reato-continuato-con-la-non-punibilita-per-fatto-tenue-spazi-applicativi-per-un-giudizio-equitativo-in-alcune-ipotesi/articoli/40520)

Carla Iavarone

Pubblicato il 14 April 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Una finestra sui diritti processuali delle persone con disabilità (/una-finestra-sui-diritti-processuali-delle-persone-con-disabilita/articoli/39493)

Alessandro Gerardi

Pubblicato il 13 February 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Minority report sull'art. 116 c.p. Le variabili sistemiche della responsabilità oggettiva e della colpa (/minority-report-sullart-116-cp-le-variabili-sistemiche-della-responsabilita-oggettiva-e-della-colpa/articoli/39491)

Maria Antonella Pasculli

Pubblicato il 09 February 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Diversi titoli di reato per un medesimo fatto concorsuale? Il rompicapo della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato: osservazioni a margine di Cass., Sez. III, ord. n. 20563 del 12 maggio 2022 (/diversi-titoli-di-reato-per-un-medesimo-fatto-concorsuale-il-rompicapo-della-disciplina-del-concorso-eventuale-di-persone-nel-reato-osservazioni-a-m/articoli/39485)

Alessandro Morelli

Pubblicato il 25 January 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Per una tipizzazione della produzione e diffusione di "pedo-pornografia domestica" (/per-una-tipizzazione-della-produzione-e-diffusione-di-pedo-pornografia-domestica/articoli/39477)

Malaika Bianchi

Pubblicato il 16 January 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

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 (/la-consulta-dichiara-la-parziale-illegittimita-dellart-649-cpp-per-violazione-del-ne-bis-in-idem-in-materia-di-diritto-dautore-la-natura-ectoplasmatica-del-test-di-close-connection/articoli/38477)

Luca Carraro

Pubblicato il 13 January 2023

Questioni aperte

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Le notificazioni al difensore d'ufficio che ha rifiutato la domiciliazione: una lettura garantista (/le-notificazioni-al-difensore-d-ufficio-che-ha-rifiutato-la-domiciliazione-una-lettura-garantista/articoli/40523)

Elisa Bei

Pubblicato il 21 April 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Il tabù del sesso in carcere torna dinanzi alla Corte costituzionale. (/il-tabu-del-sesso-in-carcere-torna-dinanzi-alla-corte-costituzionale/articoli/40513)

Giulia Moscatelli

Pubblicato il 27 March 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

I diritti partecipativi della persona offesa nel procedimento cautelare: violazioni e rimedi al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (/i-diritti-partecipativi-della-persona-offesa-nel-procedimento-cautelare-violazioni-e-rimedi-al-vaglio-delle-sezioni-unite-della-corte-di-cassazione/articoli/39499)

Filippo Marchetti

Pubblicato il 08 March 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Art. 8 C.E.D.U. e obblighi positivi in tema di violenza domestica (/art-8-cedu-e-obblighi-positivi-in-tema-di-violenza-domestica/articoli/39496)

Lorenzo Pelli

Pubblicato il 28 February 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

Nuove regole e nuovi problemi ma l'inammissibilità, come sempre, la soluzione (/nuove-regole-e-nuovi-problemi-ma-linammissibilita-come-sempre-la-soluzione/articoli/39490)

Alessandro Gerardi

Pubblicato il 05 February 2023

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

QUESITI

LUCA 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*.

Il contributo prende abbrivio dalla recente sentenza della Corte Costituzionale 10.05.2022 (dep. 16.06.2022), n. 149 con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con specifico riferimento al sistema di doppio binario sanzionatorio a tutela del diritto d'autore, onde ricostruire il tortuoso percorso del *ne bis in idem* nella giurisprudenza sovranazionale. Il contributo si concentra inoltre sull'attuale assetto interpretativo, marcatamente sostanziale, della garanzia convenzionale e propone delle riflessioni critiche sul c.d. test di *close connection* valorizzando infine una possibile lettura del *ne bis in idem* nell'ambito del concorso apparente di norme.

The Constitutional Court declares the partial no legitimacy of the art. 649 c.p.p. for violation of the ne bis in idem in copyright matters: the "ectoplasmic" nature of the close connection test

The paper takes start to the recent sentence of the Italian Constitutional Court 10.05.2022 (dep. 16.06.2022) n. 149 that declared the partial incostitutionality of art. 649 c.p.p. in relation with the specific national double double sanctioning track to protect copyright, in order to reconstruct the tortuous path of ne bis in idem in supranational jurisprudence. The paper also focuses on the current interpretative framework, markedly substantial, of the conventional guarantee and proposes critical reflections on the so-called close connection test, finally enhancing a possible reading of the ne bis in idem in the context of the apparent competition of rules.

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. - 2. Una breve digressione sui tracciati del *ne bis in idem*. - 2.1. Il *ne bis in idem* nella "grande Europa". - 2.2. Il *ne bis in idem* nella "piccola Europa". - 3. La sentenza della Corte Costituzionale. - 3.1. Le questioni preliminari. - 3.2. *Idem factum e matière pénale*. - 3.3. Il test di *close connection*. - 3.4. L'elasticità della *close connection*: la fumosità dei primi tre sub-criteri. - 3.5. "And above all" ... la proporzione e il suo rapporto con il *ne bis in idem*. - 4. Note conclusive.

1. *Il caso di specie.* Con una densa sentenza¹, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede

¹ Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 22.06.2022 e reperibile anche in www.sistemapenale.it, 16 giugno 2022 (comunicato stampa). Per i primi commenti alla pronuncia (apparsi nelle more di pubblicazione del presente scritto) si vedano SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in www.sistemapenale.it, 23 giugno 2022; APRILE, "Doppio sistema sanzionatorio" e *ne bis in idem*: un primo intervento della Consulta sull'art. 649 c.p.p., in *Cass. pen.*, 2022, 10, 3370 ss. e

che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-*ter* della legge 22 aprile 1941, n. 633 (in materia di diritto d'autore), qualora, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-*bis* della medesima legge.

Benché, come appare evidente, la Consulta si premuri di circoscrivere immediatamente la portata della declaratoria di illegittimità costituzionale, limitando il (così creato) nuovo spazio operativo dell'art. 649 c.p.p. esclusivamente al rapporto tra le violazioni di cui all'art. 171-*ter* e 174-*bis* della l. 22 aprile 1941, n. 633, la pronuncia presenta indubbio interesse² per l'incedere argomentativo e per la capacità di impiegare, nella valutazione di una norma fondamentale del diritto processuale penale italiano, il complesso - e assai duttile - *test* afferente alla c.d. "*close connection*" di matrice europea.

La pronuncia in commento trae abbrivio dalla vicenda processuale del titolare di una copisteria al quale veniva notificato un decreto penale di condanna in relazione al reato di cui all'art. 171-*ter*, co. 1, lett. *b*), della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), per avere, a fini di lucro, detenuto per la vendita e riprodotto abusivamente opere letterarie fotocopiate oltre il limite consentito, in numero pari a quarantanove testi. Il medesimo soggetto, tuttavia, era già stato destinatario di una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad € 5.974,00³, applicata

CHIANELLO, *Il Sistema a doppio binario in materia di diritto d'autore e il ne bis in idem: la Corte Costituzionale recupera la dimensione processuale del divieto*, in *Cass. pen.*, 2022, 10, 3381 ss.

² Del resto, si tratta della prima pronuncia di accoglimento (con natura manipolativo-additiva) di una questione relativa all'art. 649 c.p.p. dopo le molteplici declaratorie di inammissibilità: cfr. Corte cost., 8 marzo 2016, n. 112, in *Giur. comm.*, 2017, 346 ss.; Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102, in *Cass. pen.*, 2016, 3184 ss.; Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, *ivi*, 1916 ss., con nota di CALAVITA, *La Corte costituzionale di nuovo sul rapporto tra processo penale e amministrativi tributario: ancora una volta viene salvato il doppio binario sanzionatorio*.

³ Sanzione così quantificata, come si vedrà nel prosieguo, secondo il seguente criterio di calcolo: si tratta del doppio della sanzione minima (€ 103,00) moltiplicato per venticinque libri di testo, dei quarantanove totali, dal prezzo non determinabile, al quale è stata sommato «un terzo dell'importo massimo previsto per le opere il cui prezzo di vendita era conosciuto». Come si approfondirà meglio *infra*, la criteriologia di calcolo, indicata dal medesimo art. 174-bis l. 22 aprile 1941, n. 633 esibisce una finalità - confermata dall'esame dei lavori parlamentari - latamente dissuasiva, caricandosi di un'afflittività tale da superare la logica meramente risarcitorio-ripristinatoria, per rifluire nel liquido concetto di *matière pénale*.

dal Prefetto, per lo stesso fatto storico (per aver cioè detenuto e fotocopiato abusivamente i predetti libri di testo oltre il limite consentito), in relazione alla violazione amministrativa di cui all'art. 174-*bis* della citata legge.

Il Tribunale ordinario di Verona, competente in ordine alla proposta opposizione al decreto penale suddetto, veniva investito della questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui si limita a prevedere il divieto di celebrazione di un procedimento penale dopo la compiuta celebrazione di un precedente procedimento, anch'esso formalmente penale, senza invece contemplare l'ipotesi in cui il secondo procedimento, formalmente penale, segua alla celebrazione di un altro procedimento che abbia condotto all'irrogazione di una sanzione solo formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale⁴.

Il Giudice remittente, nell'ordinanza con la quale ha ritenuto - su sollecitazione della difesa dell'imputato - di portare al vaglio della Consulta la sopra richiamata questione, ha dedicato un'ampia analisi ai profili afferenti alla non manifesta infondatezza della questione sollevata e alla rilevanza della stessa nel caso di specie, approfondendo un certo impegno nel confrontarsi con la giurisprudenza di matrice europea in tema di *ne bis in idem*, mediante un serrato vaglio della c.d. *close connection*. Del resto, la stessa sentenza qui in commento ha ampiamente confermato la ricostruzione giuridica offerta dal Tribunale di Verona, seguendo per larghi tratti le modularità argomentative del (e raccordando le stesse al) formante giurisprudenziale europeo con conferme e temperamenti di tutto rilievo.

⁴ Va rammentato che in dottrina, si presentano favorevoli ad un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p. (un'interpretazione cioè che consenta di estendere l'art. 649 c.p.p. sino a ricomprendervi anche la considerazione di un secondo procedimento "punitivo" ancorché formalmente amministrativo), TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazioni di mercato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014, 3 ss.; D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 629 ss.; FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 settembre 2014, 14; VIGANÒ, *Sanzione penale, sanzione amministrativa e ne bis in idem*, in *Treccani, Il libro dell'anno del diritto*, 2015, 11, ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (A margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3, 2019 ss., spec. 227; per un confronto con altre soluzioni, cfr. FLICK-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 *Riv. assoc. it. cost.*, 2014, 3, 972-973.

Appare dunque utile soffermarsi, sia pur brevemente, sulle principali tappe evolutive del percorso compiuto nella “grande” e nella “piccola Europa” dal *ne bis in idem*, in modo da poter cogliere, nella prismatica complessità del tema, la forte influenza che la giurisprudenza sovranazionale ha impresso al principio. Solo in tal modo – si è persuasi – sarà possibile apprezzare la reale consistenza della sentenza della Consulta e, senza infingimenti, coglierne anche i passaggi problematici, sui quali si ritiene sia più che mai utile sollecitare una riflessione. Benché il tema del *ne bis in idem* non sia, infatti, una novità assoluta, è necessario ricordare come la sua emersione sia fenomeno relativamente recente e, a ben vedere, ancora *in itinere*: è sufficiente scorrere le più recenti sentenze di legittimità italiane per avvedersi di come il tema, pur potendo beneficiare di solide basi concettuali e di una serie di importanti e approfonditi studi, presenti ancora varie zone di incertezza, in cui la discrezionalità giudiziale rischia di cedere il passo all’arbitrio interpretativo, rendendosi ben evidente lo scontro tra il piano prettamente tecnico-giuridico del *ne bis in idem* con quello politico-criminale dei sistemi a doppio binario sanzionatorio, anche (e, forse, soprattutto) laddove siffatti doppi binari siano, in un certo senso, “nascosti”⁵.

2. *Una breve digressione sui tracciati del ne bis in idem*. Ripercorrere, pur ad ampie “falcate”, l’itinerario compiuto dal *ne bis in idem* nel dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo è operazione tanto necessaria per comprendere la sentenza in commento quanto ardua da affrontare in uno spazio ridotto; operazione, in altri termini, che, nell’economia di questo contributo, richiede di adottare uno “schematismo spinto, quasi una *percursorio*”⁶, limitandosi a porre in luce gli snodi fondamentali che, guadagnati sul piano del formante giurisprudenziale della “grande” e della “piccola Europa”, han-

⁵ Evidente il riferimento all’interessante lavoro monografico di MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

⁶ L’espressione si deve a GAETA, *Appunti su ne bis in idem e sanzione autonoma*, in www.questionegiustizia.it, tratto dalla relazione all’incontro di studio tra le Corti italiane e la Corte europea dei diritti dell’uomo sul tema: “*Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane*”, svoltosi presso la Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l’11 gennaio 2019.

no poi guidato (e, a dire il vero, affannato non poco) il rigore e la profondità teorico-applicativa del Giudice interno.

La sentenza della Corte Costituzionale qui in esame, infatti, si inserisce a pieno titolo nella “*never ending story*” giurisprudenziale avente ad oggetto la consistenza e i confini del principio (ove si concordi nel ritenerlo tale⁸) del *ne bis in idem*. Siffatto percorso evolutivo, del resto, ha tratto alimento dall’operare sinergico di due fattori: (i) l’espansione sempre più capillare del concetto (già di per sé fluido) di *matière pénale*, propiziato dal consolidarsi dei c.d. *Engel criteria*⁹; (ii) la strutturazione della tutela di interessi rilevanti (sovente economici) mediante sistemi a doppio binario sanzionatorio cumulativo¹⁰ (di cui emblematica esemplificazione italiana si rinviene in materia di *market abuse*, ove, pur dopo la riforma del 2018¹¹, coesistono, rispetto alla medesima violazione, sanzioni amministrative e penali¹²).

Proprio questi due “reagenti” hanno innescato – e poi alimentato – l’interesse per il *ne bis in idem* che, in un moto quasi pendolare, si è manifestato ora maggiormente spostato sull’asse processuale (in concomitanza a una valorizzazione dell’*idem factum* in termini storico-naturalistici) ora su quello sostanziale (in concomitanza al peso preponderante accordato alla *proporzione* del

⁷ Cfr. 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.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2016.

⁸ Cfr. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, il quale, come il titolo stesso suggerisce, ritiene che il *ne bis in idem*, in particolare nella sua accezione sostanziale, non possa definirsi un principio autonomo, quanto piuttosto una declinazione di altri principi in specifiche regole che assumono la forma del *ne bis in idem*.

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

¹⁰ Cfr. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss., spec. 1055 ss., il quale, rettamente, distingue tra doppi binari sanzionatori alternativi e cumulativi: è evidente come siano questi ultimi a far emergere punti di frizione con il *ne bis in idem*, essendo invece i primi una possibile, razionale, strategia legislativa, di strutturare la tutela di interessi rilevanti mediante una stratificazione crescente e legata alla gravità della violazione.

¹¹ Cfr. 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.*, 2019, 3.

¹² Per un interessante scorcio comparatistico sul tema del doppio binario in materia di abuso di informazioni privilegiate si veda TITOLA, *Doppio binario sanzionatorio in materia di abuso di informazioni privilegiate e délit d’initié: elementi di comparazione e condivise frizioni con il divieto di bis in idem*, in www.giurisprudenzapenale.com, 21 settembre 2021.

complessivo carico sanzionatorio nel *test* di “*sufficiently close connection in substance and in time*” fra i due procedimenti presi in considerazione).

Il quadro, già in partenza complesso, si arricchisce ulteriormente ove si consideri che, nonostante gli sforzi di razionalizzazione della dottrina, Giudice di Strasburgo e Giudice di Lussemburgo rivendicano con fermezza, anche su tale delicato tema, la rispettiva autonomia interpretativa (e l'autonomia dei rispettivi referenti normativi: art. 4 par. 7 prot. CEDU; art. 50 CDFUE); un'autonomia interpretativa che, tuttavia, si è tradotta in criteri non sempre perfettamente sovrapponibili o corrispondenti, dando vita a una sorta di doppio sistema valutativo che finisce, sovente, per disorientare – anziché guidare – l'interprete nazionale, costretto a impiegare (più o meno volentieri) una amplissima discrezionalità nel valutare gli indici (provenienti dalla Corte EDU e/o dalla CGUE) di sussistenza di una violazione del divieto di *bis in idem*.

Appare dunque opportuno soffermarsi, sia pur in modo rapido e “cursorio”, sui principali snodi interpretativi del *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle due Corti europee¹³, onde poter poi apprezzare lo sforzo argomentativo profuso dalla Consulta nella sentenza in commento.

2.1. *Il ne bis in idem nella “grande Europa”*. Adottando il preannunciato marcato schematico, si potrebbe affermare che, nella “grande Europa”, dopo il momento forse più fortunato per il *ne bis in idem*, raggiunto con la celebre sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 2014, la parabola del principio si sia avviata lungo un crinale discendente, in cui la fissità e l'assolutezza del divieto di doppio giudizio (letto in chiave strettamente processuale) è venuta a sfumarsi, temperandosi con altri interessi e dando vita (*recte*: ritornando) a una declinazione per larghi tratti *sostanziale* del *ne bis in idem*, come emblematicamente emergente dalla altrettanto nota sentenza *A e B. c. Norvegia* del 2016¹⁴.

Nella giurisprudenza di Strasburgo, infatti, sullo sfondo di una contrapposizione tra lo Stato, sovrano nel “se” e nel “come” punire, e la Corte EDU, paladina dei diritti dell'uomo, il concetto fluido di *matière pénale* e la consisten-

¹³ Cfr. GARO, voce *Ne bis in idem (profili europei)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. XI, Torino, 2021, 461 ss.

¹⁴ C. EDU, *Gran. ch.*, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*.

za (naturalistica o legale) dell'*idem factum* hanno rappresentato i perni attorno ai quali, come si è detto, è venuta a svilupparsi un'intensa attività giurisprudenziale capace di dischiudere nuovi spazi operativi per il *ne bis in idem*. Se infatti la *matière pénale* - vero e proprio "catalizzatore ermeneutico"¹⁵ del *ne bis in idem* - non si sarebbe più misurata solamente sul piano delle qualificazioni formali e l'*idem factum*, sempre più slegato dal raffronto strutturale tra fattispecie, sarebbe divenuto quell'insieme di circostanze "*inextricably linked together in space and time*" di cui parlava la sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia* (2009)¹⁶, allora è evidente come il *ne bis in idem* non avrebbe potuto potenziarsi e avviarsi a guadagnare spazi sempre più ampi nel diritto *lato sensu* punitivo: sarebbero infatti rimasti attratti nell'area di tutela del *ne bis in idem* anche quei fatti - storicamente intesi (*idem factum*) - che accedono a sanzioni nominalmente amministrative ma sostanzialmente - secondo gli *Engel criteria (bis)* - penali.

Del resto, varie pronunce¹⁷ della Corte di Strasburgo avevano accertato la sussistenza della violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU¹⁸ al ricorrere di due (sole)

¹⁵ 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.*, 2019, 3.

¹⁶ 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 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*».

¹⁷ Cfr., oltre alla già citata C. EDU, *Gran. ch.*, *Grande Stevens c. Italia* 4 marzo 2014, ricorsi riuniti nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10; C. EDU, sez. V, 27 novembre 2014, ricorso n. 7356/10, *Lucky Dev. c. Svezia*; C. EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, ricorso n. 11828/11, *Nykänen c. Finlandia*; C. EDU, sez. IV, 10 febbraio 2015, ricorso n. 53573/12, *Küveri c. Finlandia*. Per simili riferimenti giurisprudenziali si veda G. ARDIZZONE, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria: un'occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem "europeo"*, in *Sist. pen.*, 14 luglio 2022, 3 e 4. Cfr. anche Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, ricorso n. 758/11, *Häkkä c. Finlandia*; Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, ricorso n. 37394/11, *Glantz c. Finlandia*; Corte EDU, sez. IV, 20 maggio 2014, ricorso n. 35232/11 *Pirttimäki c. Finlandia*.

¹⁸ L'art. 4, Prot. 7 CEDU, rubricato «Diritto di non essere giudicato o punito due volte», recita: «1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in

condizioni, ovvero (i) che l'illecito formalmente amministrativo avesse manifestato, dal punto di vista sostanziale, natura penale secondo gli *Engel criteria* (come noto basati sulla valutazione, anche in via alternativa, di (a) qualificazione giuridica interna dell'illecito, (b) natura dell'offesa - ai fini della quale rilevano elementi quali l'offesa, il bene giuridico tutelato, l'Autorità competente per accertare la violazione - e, infine, (c) natura e il grado di severità della sanzione); (ii) che i due procedimenti avessero ad oggetto (e conducessero dunque a sanzionare) il medesimo fatto, da intendersi secondo un'accezione storico-naturalistica¹⁹.

grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione».

¹⁹ Non è possibile in questo contributo ripercorrere analiticamente il lungo e complesso dibattito in ordine alla consistenza logico-giuridica dell'*idem factum* (per un approfondito esame della giurisprudenza di Strasburgo sul tema, si veda ALLEGREZZA, *Sub art. 4 Prot. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartoli-Conforti-Zagrebelsky, Padova, 2012, 890 ss.) ma è ai nostri fini sufficiente ricordare come la sentenza *Zolothukine c. Russia* (2009) rappresenti un punto di approdo in Corte EDU, seguito peraltro - almeno in via di approssimazione - dalla Corte Costituzionale italiana con delle importanti prese di posizione in occasione del celebre caso *Eternit-bis*: Corte cost., 31 maggio 2016 (dep. 21 luglio 2016), n. 200, Pres. Grossi, Rel. Lattanzi, con la quale veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui tale disposizione limita(va) l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico", con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Gli ampi e acuti commenti a tale pronuncia (senza alcuna pretesa di esaustività si vedano GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2016, 6 ss.; LABIANCA, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 20 e ss.; SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 4 ss.; FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, *Illegittimità costituzionale dell'art. 349 c.p.p. nella parte in cui esclude il bis in idem nel caso del concorso formale con il reato già giudicato - C. cost., 21/7/2016, n. 200*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 78 ss.; GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1209; ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, nota a Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 luglio 2016. In termini più generali sull'*idem factum*, permettono di cogliere quanto ancora, a voler scandagliare il tema, sia problematico il rapporto tra la consistenza storico-naturalistica del fatto e la sua "canalizzazione conoscitiva", rilevante ai fini dell'accertamento dell'*idem factum*, attraverso gli elementi di condotta, evento e nesso causa le di matrice evidentemente normativa i contributi di CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, 28 e VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, 525 ss., spec. 527 e 528.

Come anticipato, è stata la celebre sentenza *Grande Stevens c. Italia* (2014) ad inaugurare – usando l’espressione di Federico Consulich²⁰ – la c.d. versione *Maior* del *ne bis in idem*. La pronuncia ha infatti censurato il doppio binario sanzionatorio italiano in materia di abusi di mercato per violazione dell’art. 4 par. 7 CEDU, dando alla norma convenzionale la massima estensione interpretativa a favore dell’individuo: la Corte EDU individuava un vizio di carattere strutturale nella normativa interna consistente nella previsione di un doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) in relazione al medesimo fatto che, sul piano processuale, si sarebbe tradotto in una duplicità di procedimenti aventi ad oggetto lo stesso accadimento storico (una falsa comunicazione di mercato). Tale architettura si poneva, secondo la Corte EDU, in stridente frizione con il *ne bis in idem* processuale, per il quale sarebbe stato inibito un secondo procedimento, dopo la definizione del primo e a prescindere dall’esito di quest’ultimo. La Corte EDU, in definitiva, ferma restando l’accezione storica di *factum*, interveniva apertamente sul concetto di *bis* e conferiva al principio una chiara declinazione *processuale*, capace di imprimere allo stesso la massima espansione possibile nel vietare, *ab origine* e a prescindere dagli esiti, la celebrazione di due procedimenti in ordine al medesimo fatto.

A seguito di un periodo di fibrillazione dei sistemi sanzionatori interni, tenacemente difesi dalle magistrature nazionali, il moto espansivo della portata del *ne bis in idem* pareva tuttavia subire una battuta d’arresto, entrando in una fase di contrazione la cui storia prende avvio dalla richiamata sentenza *A e B c. Norvegia* (2016)²¹: la Corte di Strasburgo, con un inaspettato *revirement*,

²⁰ 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 www.giurisprudenzapenale.it, 22 aprile 2018, 8.

²¹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016. La sentenza è stata oggetto di molti contributi e approfondimenti; senza pretesa di esaustività, 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.; 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.; SCARCELLA, *Ne bis in idem tributario: la Cedu fissa le regole sul doppio binario*, in *Quot. giur.*, 16 novembre 2017; TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit.; SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, *passim*; DE FRANCESCHI, *Ne*

escludeva la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU nel caso di due ricorrenti sottoposti, conformemente alla legislazione norvegese, a due distinti procedimenti - amministrativo e penale - per la medesima violazione in ambito fiscale. La *Grande Chambre* inaugurava così la c.d. versione *minor* del *ne bis in idem*, ritenendo che non vi sarebbe stata violazione del principio nella celebrazione di un processo penale, e nell'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti dello stesso soggetto già sanzionato in via definitiva per il medesimo fatto dall'amministrazione tributaria con sanzione riconducibile alla *matière pénale*, a condizione che tra i due procedimenti fosse stata rinvenibile una *sufficiently close connection in substance and in time*, ovvero sia ove si fosse superato un *test*, basato su un ventaglio di indici da "pesare" cumulativamente, volto a verificare la *sussistenza di una effettiva duplicazione procedimentale e sanzionatoria* a carico del medesimo soggetto per il medesimo fatto.

Il parametro della *close connection* (in realtà non nuovo²² ma mai prima di allora enucleato in modo così chiaro ed esplicito) si fonda, secondo l'elaborazione della Corte, sulla verifica di due elementi: (i) la connessione cronologica tra i due procedimenti (parametro utilizzato in modo eterogeneo dalla Corte) e (ii) la connessione materiale tra gli stessi, a sua volta indagata mediante quattro criteri: 1) prevedibilità *ex ante* del doppio procedimento; 2) complementarità dello scopo dei procedimenti (e delle sanzioni) in quanto volti a sanzionare aspetti diversi del medesimo fatto; 3) contesto unitario nella raccolta e nella valutazione delle prove mediante meccanismi di coordinamento procedimentale; 4) meccanismi che consentano di tener conto, nella determinazione del *quantum* della seconda sanzione, dell'entità (anche qualitativa) della prima: la complessiva proporzionalità sanzionatoria.

Orbene, anche a prescindere, per il momento, dalla consistenza e dall'estrema evanescenza dei parametri in cui si articola la *close connection*, il dato che qui preme porre in risalto è il mutamento del significato attribuito al principio del *ne bis in idem*, venendo esso ad essere declinato in una versione

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.

²² Cfr. C. EDU, sez. II, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia* e 21 settembre 2006, *Mazni c. Romania*.

sostanziale (peraltro fortemente calibrata sull'elemento della proporzionalità): se nella versione *maior* del *ne bis in idem* (quella processuale della sentenza *Grande Stevens c. Italia*) ad un procedimento (formalmente o sostanzialmente penale) definitivamente concluso non poteva farne seguito un altro sul medesimo fatto e a carico del medesimo soggetto, con la sentenza *A e B c. Norvegia* non vi è alcuna preclusione all'apertura e alla celebrazione di un secondo procedimento, purché sia rispettato il limite della proporzione del complessivo carico sanzionatorio e il "binomio procedimentale" si sia sviluppato «nel contesto di una reazione statale unitaria e prevedibile»²³.

In altri termini, la logica di fondo impiegata dalla Corte EDU, superando il formalismo, è quella di leggere nei due procedimenti giuridicamente distinti un unico procedimento sostanziale, nel quale confluiscono le caratteristiche dei due "segmenti procedimentali" avvinti dalla *close connection*.

Se, tuttavia, la lettura antiformalistica della Corte EDU non rappresenta certo una novità, il fatto che tale impronta sostanziale operi in questo caso a detrimento dell'individuo, comprimendo l'estensione del *ne bis in idem*, rappresenta una vera e propria virata rispetto alla precedente giurisprudenza formata sulla sentenza *Grande Stevens*.

Ad uno sguardo più analitico, poi, i criteri della *close connection* - che la successiva sentenza *Johannsson e altri c. Islanda* (2017) ha chiarito doversi intendere come cumulativi e riferiti al caso concreto - si presentano eterogenei quanto alle matrici sostanziali o processuali²⁴: come è agevole notare, taluni sono di chiara derivazione sostanziale (ad es. i nn. 2 e 4); altri di chiara forgia processuale (ad es. la connessione temporale e il n. 3 della connessione materiale). È pertanto evidente come l'anima processuale del *ne bis in idem* della grande Europa abbia finito, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, per inglobare al proprio interno aspetti di indubbia valenza sostanziale, tra i quali è venuto ad assumere un ruolo preponderante - emblematicamente espresso

²³ CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem*, cit., 8.

²⁴ Cfr., *ex multis*, MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *www.discrimen.it*, 3 agosto 2020.

dalla ricorrente formula “*and above all*” – il riferimento alla *proporzione sanzionatoria*²⁵.

Siffatta “contaminazione” sostanziale del *ne bis in idem* processuale, tuttavia, lungi dal garantire maggiori tutele per l’individuo, ha finito per recare con sé almeno tre effetti negativi: (i) sul piano teorico, *ne bis in idem* sostanziale e processuale rispondono a logiche ed esigenze irriducibilmente differenti²⁶; se infatti il principio processuale si volge ad evitare la duplicazione procedimentale per ragioni di certezza del diritto (in senso oggettivo o soggettivo²⁷), la de-

²⁵ Cfr. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, cit., 27 ss.; TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1065 ss.; TORTORELLI, *L’illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, 7; VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale nei percorsi disegnati dalle Corti*, cit., 537; 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, II, Milano, 2019, 1913; BASILE, *Il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, 1, 129; BIN, *Anatomia del ne bis in idem*, cit., 126.

²⁶ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 463 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 293 ss. e 313 ss.; SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, cit., 29 ss.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 101; CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 1181.

²⁷ Nella nostra tradizione giuridica, il *ne bis in idem* è intimamente connesso al giudicato, inteso nel suo “significato sostanziale”, la cui *ratio* consiste nella tutela della certezza del diritto. Cfr., sul punto, DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 124; ID., voce “*Giudicato*”, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, XVI, 1; LOZZI, voce “*Giudicato (dir. pen.)*”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, XVIII, 912 e 923; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, Milano, 2009, 131 ss., 175 ss. e 197 ss.; in ordine al significato formale di giudicato, che invece denoterebbe la definitività della sentenza all’interno del processo –intesa alla stregua di divieto per le parti di impugnare ulteriormente e per il giudice di pronunciare nuovamente sentenza –, si vedano cfr., *ex multis*, ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale*, Modena, 1900, 202 ss.; CONSO-GUARINIELLO, *L’autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1, 45; RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 2, 481 ss.; D’ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di inammissibilità*, Padova, 2003, 23 ss.; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, Torino, 2011, 41 ss.

Dagli studi di LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 175 ss. e 193 ss., la dottrina maggioritaria inclina per una lettura volta a valorizzare la certezza in senso soggettivo, quale presidio a tutela del singolo (e, in quanto tale, più conforme all’assetto democratico dell’ordinamento), rispetto alla declinazione della certezza in senso oggettivo (che, invece, valorizza maggiormente un interesse pubblico-statale). Cfr., *ex multis*, DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 92; LOZZI, voce “*Giudicato (dir. pen.)*”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, XVIII, 913 ss.; ID., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2016, 798; BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, Milano, 2017, 102. Per ulteriori posizioni in ordine al giudicato penale, con peculiare riferimento alle letture costituzionalmente e “convenzionalmente” orientate (in specie con riferimento al rispetto dell’art. 6 CEDU) si rinvia alla ricca bibliografia citata da BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 99, nota n. 8.

clinazione sostanziale del *ne bis in idem* risponde a logiche di equità e proporzione della sanzione; (ii) sul piano pratico, possibili esiti contraddittori, giacché se il *ne bis in idem* sostanziale è teso a evitare che un soggetto possa essere sottoposto a una pluralità di sanzioni o, comunque, a una sanzione complessivamente non proporzionata all'entità dell'unico fatto anche laddove due ipotetiche condanne intervengano all'esito del medesimo procedimento, il *ne bis in idem* processuale sarebbe invece da considerarsi violato anche - in linea teorica - in presenza di due assoluzioni, ove esse fossero derivanti da due procedimenti distinti sul medesimo fatto; correlativamente il rispetto del *ne bis in idem* processuale non assicurerebbe ancora il rispetto del divieto di duplicazione qualificatoria e sanzionatoria che potrebbe, a ben vedere, ancora verificarsi²⁸; (iii) sul piano dell'applicazione giudiziale, il disorientamento ingenerato tra i giudici nazionali (Corti costituzionali, Corti di legittimità e Giudici di merito) nel dare applicazione alla giurisprudenza europea, dal cui approccio marcatamente casistico si è cercato affannosamente (e a volte forse anche ingenuamente) di trarre principi e categorie capaci di travalicare il singolo caso concreto: la criteriologia mediante la quale verificare la presenza o meno della *close connection* (sulla quale si tornerà infra, ai §§ 4 e 5) rappresenta emblematicamente la difficoltà - e la correlativa amplissima discrezionalità²⁹ - che si dischiude nel dare attuazione ad un principio basilare nel sistema giuridico occidentale; un principio che dovrebbe essere di immediata afferrabilità per chiunque, ma che, al contrario, rischia di perdersi nelle tortuose vie del labirinto interpretativo derivante dalle indicazioni giurisprudenziali europee³⁰. Tentando di porre taluni punti fermi nell'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, dunque, si potrebbe dire che la linea di tendenza manifestata dalla Corte Edu si dirige verso una lettura sempre più sostanziale del *ne bis in*

²⁸ Cfr. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, cit., 33 ss.

²⁹ Cfr. CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 12, ove si afferma: «La versione del principio da ultimo promossa dalla Corte Edu veicola, dunque, una delega al formante giurisprudenziale».

³⁰ Come segnalato da ARDIZZONE, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, cit., 6, nota n. 23, per avvedersi dell'estrema "elasticità" - *recte*: dell'ampia discrezionalità accordata al singolo Giudice mediante l'impiego - del test di *close connection*, è sufficiente richiamare la C. EDU, sez. III, 31 agosto 2021, ricorso n. 12951/18, *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda*, in cui la Corte Suprema islandese ha ritenuto sussistente la *close connection*, mentre la Corte EDU ha concluso in senso diametralmente opposto (nonostante una *dissenting opinion* di alcuni membri del collegio).

idem, allentandone però, in certa misura, la portata garantistica: è proprio il formante giurisprudenziale della Corte Edu a far risaltare il passaggio “dall’età dell’oro”³¹ (rappresentato dalla *Grande Stevens c. Italia*, culmine del *climax* avviato dalla sent. *Zolotukhin c. Russia*) – in cui il fronte processuale del *ne bis in idem* vietava in modo categorico la celebrazione di un secondo processo dopo la conclusione del primo – al *revirement* della *A e B c. Norvegia*, in cui il principio viene reso molto più esangue e l’asse del divieto viene spostato sul profilo sostanziale mediante il peso preponderante conferito alla proporzione del complessivo carico sanzionatorio tra i criteri che nutrono la c.d. *close connection*.

Il volto attuale del *ne bis in idem* si presenta, pertanto, come un inedito *tertium genus*, in cui la convergenza³² di matrici sostanziali e processuali³³ impone all’interprete difficili considerazioni marcatamente discrezionali³⁴, capaci di rendere l’applicazione della garanzia convenzionale oltremodo imprevedibile³⁵.

³¹ Espressione di TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1048.

³² Notano, pur con espressioni differenti (“trasformazione”, “trasmutazione” “interferenza”, etc.) la convergenza di profili sostanziali e processuali, PEPE, *La Corte Costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 2, 525; 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, 288; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 115 ss.; CONSULICH-GENONI, *L’insostenibile leggerezza*, cit., 17-18; GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, 167 ss.; SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 27 ss.; MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un’occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. Pen.*, 2017, 12, 4578 ss.

³³ Cfr. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. Pen.*, 2019, 2, 662 ss.; ID., *Il ne bis in idem europeo nella sua “nuova” veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell’ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi*, in *Arch. pen.*, 2019, 3; ID., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Milano 2020.

³⁴ Cfr. Tribunale di Milano, sez. I, ord. 6 dicembre 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 514, con nota di MANACORDA, *Equazioni complesse: il ne bis in idem “incipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, ivi, 515 e ss. Il Tribunale di Milano, in tal caso, ha ritenuto sussistente prevedibilità del duplice procedimento, ha rilevato come i due procedimenti fossero astretti da comuni coordinate temporali e provvisti di meccanismi (i) di coordinamento tra organi procedenti, in forza dell’art. 187-*decies* TUF, e (ii) di contemperamento della sanzione amministrativa ai sensi dell’art. 187-*terdecies*.

³⁵ Si pensi, per un’esemplificazione dell’estrema fumosità del test di *close connection* e della conseguente estrema discrezionalità nel peso attribuito ai vari sub-criteri di cui esso si compone a Cass., Sez. III, 14 febbraio 2018, n. 6993, che ha dato luogo, come notato in dottrina, ad un rovesciamento

2.2. *Il ne bis in idem nella “piccola Europa”*. Sul fronte dell’Unione Europea, l’evoluzione del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE), è apparsa molto più lineare rispetto a quella di Strasburgo, esprimendo una evidente prudenza nell’armonizzare la fisionomia del principio divisato nell’art. 50 della Carta di Nizza alle istanze di tutela del primato e dell’effettività del diritto dell’Unione³⁶.

Nonostante dal punto di vista normativo (art. 50 cit.) il *ne bis in idem* dell’Unione Europea appaia esibire una matrice processuale³⁷, la CGUE ha fatto mostra di privilegiare un approccio (e una criteriologia) dai tratti latamente sostanziali.

Prendendo avvio dalla sentenza Van Esbroeck³⁸ (2006) – assimilabile alla sentenza *Zoloutukhine c. Russia* in ordine al concetto storico-naturalistico di *idem factum* – e dalla sentenza Bonda³⁹ (2021) – sostanzialmente corrispondente alla sentenza *Engel c. Paesi Bassi* in ordine al concetto di *matière péna-*

dell’approccio della Corte Edu nel caso *Johannesson e altri c. Islanda*, giungendo a ritenere legittimo ogni cumulo sanzionatorio e procedimentale in cui almeno uno dei requisiti indicati nella sentenza *A e B c. Norvegia* sia presente nel caso concreto (in specie, la contemporanea pendenza). In questo senso si vedano le riflessioni di 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.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 marzo 2018, 3, e di CONSULICH-GENONI, *L’insostenibile leggerezza*, cit., 12.

³⁶ Come viene esplicitato in maniera molto chiara e diretta da CONSULICH-GENONI, *L’insostenibilità leggerezza*, cit., 13, «storicamente la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, per il penalista nostrano, ha restituito spesso l’immagine di un giudice non imparziale, *engagé* rispetto ad una funzione promozionale delle istituzioni di cui è parte, specificamente a infittire la tutela di interessi istituzionali dell’Unione. Dalla tutela penale dell’ambiente alla tentazione di prevalere sulle discipline nazionali ritenute disnomiche per il contrasto agli attacchi alle finanze comunitarie (Taricco *doce*) i casi non sono pochi».

³⁷ Art. 50 Carta di Nizza: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Ai sensi dell’articolo 50 citato, il *ne bis in idem* non si applica solo all’interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri. Ciò corrisponde all’*acquis* del diritto dell’Unione, come emerge dall’analisi degli artt. da 54 a 58 della Convenzione di Applicazione dell’accordo di Schengen (cfr. CGUE, 11 febbraio 2003, causa C-187/01 Gözütok e Brügger C-385/01 riunite), dell’art. 7 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e dell’art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione. Le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare al *ne bis in idem* sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell’art. 52, par. 1, sulle limitazioni.

³⁸ CGUE, sez. II, 9 marzo 2006, C-436/04, Van Esbroeck.

³⁹ CGUE, Grande sez., 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda.

le - è con la sentenza Fransson⁴⁰ (2013) che si può scorgere la diversa prospettiva dalla quale la CGUE guarda al *ne bis in idem* rispetto alla Corte EDU; la sentenza Fransson, infatti, escludeva che l'art. 50 CDFUE impedisse *tout court* l'irrogazione di una sanzione penale dopo l'applicazione di una sanzione nominalmente amministrativa (ma formalmente penale) per il medesimo fatto e ricordava, per contro, come il *ne bis in idem* fosse sì un diritto fondamentale ma che, ai sensi dell'art. 52 CDFUE, esso potesse anche subire alcune limitazioni funzionali al conseguimento degli interessi generali dell'Unione. In altri termini, la Corte di Lussemburgo enunciava una declinazione del *ne bis in idem* molto più debole e relativa rispetto a quella che, in quel momento storico, alimentava la versione *maior* della Corte di Strasburgo; e ciò perché la tutela riconosciuta al principio veniva bilanciata con la tutela accordata ad altri interessi dell'Unione, risultandone dunque la possibilità di un secondo procedimento e di una seconda sanzione in ordine al medesimo fatto, purché sussistessero determinate condizioni, tra le quali emergeva (sia pur in una declinazione del tutto peculiare) la proporzione.

In particolare, la Corte di Giustizia - con la citata sentenza Fransson - veniva chiamata a valutare se il principio sancito all'art. 50 Carta di Nizza potesse essere di ostacolo all'avvio di un procedimento penale a carico di un soggetto una volta che egli fosse stato già destinatario di una sovratassa per gli stessi fatti di falsa dichiarazione. I Giudici di Lussemburgo, nel dare risposta, prendevano posizione affermando che «l'art. 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materie di IVA, una combinazione di sovratasse e sanzioni penali (§ 34). Nel contempo, tuttavia, la Corte chiariva come spettasse al «giudice del rinvio valutare [...] se occorr[esse] procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali» con la conseguenza di poter arrivare a ritenere «tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive» (§ 36).

⁴⁰ CGUE, Grande sez., 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, in *Dir pen. cont.*, 2013, 3, con nota di MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "a la carte"?*, 242 ss.; 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*, *ivi*, 297 ss.

In un'articolata motivazione – che non è qui possibile ripercorrere nemmeno per cenni – la CGUE impiegava dunque, per effettuare il suddetto bilanciamento, il criterio della *proporzione sanzionatoria*, confermando un approccio di matrice evidentemente sostanziale al *ne bis in idem*, affatto diverso rispetto alla concomitante “giurisprudenza *Grande Stevens*” di Strasburgo (ove, come sopra ricordato al §2.1, veniva privilegiata una versione processuale e tendenzialmente assoluta del principio).

Preme peraltro osservare la diversa prospettiva (rispetto a quella della grande Europa) con la quale opera in tal caso la proporzione: essa, infatti, in *Fransson* e nella seguente giurisprudenza della CGUE, “lavora” come limite minimo (non massimo) della sanzione. In altri termini, se nella *close connection* della “grande Europa” l'importanza attribuita alla proporzione trova linfa nel ruolo di “custode del limite massimo” del complessivo carico sanzionatorio in modo che questo *non* possa essere *superiore* al disvalore espresso nel fatto, nella sentenza *Fransson* la CGUE si dimostra interessata a che la sanzione non possa essere *inferiore* a quanto necessario per il soddisfacimento delle esigenze di dissuasività, efficacia e effettività della sanzione rispetto ad una violazione che lede gli interessi UE. La proporzione, dunque, si disvela qui legata intimamente all'interesse tutelato dalla sanzione, più che alla tutela del *ne bis in idem*.

Su questa temperie storico-culturale di evidente disallineamento nella giurisprudenza delle due Corti europee, interveniva un trittico di sentenze⁴¹ nel quale si riponevano ampie speranze di giungere a un componimento capace di dare vita a una conformazione armonica del *ne bis in idem* nella “grande” e nella “piccola Europa”. Va rammentato che lo scenario era particolarissimo, dischiudendo un'eventualità che solo la fantasia della Storia poteva creare: i

⁴¹ 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 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.

rinvii alla CGUE⁴² erano stati formulati prima del *revirement* in Corte EDU avvenuto con la sentenza *A e B c. Norvegia* (quando dunque il parametro di riferimento convenzionale era una versione forte e prettamente processuale del *ne bis in idem*, cioè quella della sentenza *Grande Stevens*); la CGUE doveva tuttavia pronunciarsi dopo la sentenza *A e B c. Norvegia*, nel frattempo intervenuta.

In tale situazione, ci si attendeva fondamentalmente una duplice alternativa: (i) un allineamento della CGUE al nuovo orientamento della Corte EDU mediante un avallo del *test* di *close connection* (soluzione che, al netto di eventuali critiche di merito, avrebbe consentito quantomeno di creare una “salutare uniformità interpretativa”), e al contempo di “salvare” i doppi binari sanzionatori funzionali a garantire, in quest’ottica, gli interessi finanziari dell’UE⁴³ oppure (ii) un’affermazione – auspicata dall’avvocato generale Campos Sánchez Bordona – di autonomia volta a potenziare il *ne bis in idem* dopo “l’arretramento” registratosi nella “grande Europa”.

Con una soluzione sincretistica e contro le attese, la Corte di Giustizia riaffermava la propria autonomia, elaborando una serie di indici solo parzialmente sovrapponibili a quelli della *close connection*, ma non dava affatto vita ad un *ne bis in idem* più forte e definito. Anzi, dopo l’ingresso nella fucina della CGUE, il *ne bis in idem* si presentava con contorni concreti ancor più sfumati e sfuggenti.

In particolare, riassumendo gli snodi nevralgici delle sentenze richiamate, la Corte di Giustizia, dopo aver riaffermato la convergenza di vedute rispetto alla Corte EDU sia in ordine al concetto di *idem factum* sia in ordine alla criteriologia con cui definire i contorni della *matière pénale*, confermava la posizione assunta sin dalla sentenza *Fransson* rispetto al *ne bis in idem* europolitano: al sussistere di determinate condizioni (solo in parte corrispondenti a

⁴² Rinvii, peraltro, tutti italiani: ciò denota, da un lato, la vivacità del dialogo e della riflessione giuridica italiana; dall’altro, quanto siffatta vivacità sia sollecitata da un ordinamento in cui è quanto mai avvertita l’esigenza di una maggiore afferrabilità del *ne bis in idem* posta la vasta presenza di sistemi a doppio binario cumulativo.

⁴³ Cfr. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 aprile 2017, 335, parla di «provvidenziale via d’uscita» per non minare gli assetti punitivi fondati su una struttura integrata cumulativa di sanzioni multilivello.

quelle della *close connection*), la celebrazione di un doppio procedimento (e l'irrogazione di una doppia sanzione afflittiva) non costituisce una violazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE, bensì una limitazione, ammissibile, del divieto. Affinché siffatta limitazione sia conforme al diritto dell'Unione (in specie all'art. 52 CDFUE), è tuttavia necessario che essa sia contenuta nei limiti di quanto strettamente necessario per il conseguimento delle finalità generali dell'UE e che non comprima, dunque, in maniera sproporzionata i diritti fondamentali del singolo.

Se dunque la CGUE si presenta ampiamente conservativa rispetto alla propria giurisprudenza, l'aspetto più innovativo dell'orientamento espresso nel tritico di pronunce del 2018 si sostanzia nell'elaborazione di un autonomo *test*, articolato in criteri la cui sussistenza rende la limitazione conforme al diritto UE. Tali criteri, in uno sforzo di sintesi e razionalizzazione, impongono: 1. che i procedimenti riguardino scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta; 2. che il doppio binario sia disciplinato da norme chiare e precise (*rectius*: il cumulo di procedimenti e sanzioni risulti prevedibile al soggetto); 3. che siano presenti disposizioni finalizzate a ridurre l'onere supplementare del cumulo di procedimenti a quanto strettamente necessario (come, per esempio, la duplicazione in ambito probatorio); 4. che la severità del cumulo sanzionatorio imposto al soggetto non sia superiore alla gravità del reato contestato⁴⁴.

È evidente come la CGUE sia ben consapevole di quanto il *revirement A e B c. Norvegia* della Corte EDU abbia avvicinato le logiche delle due giurisprudenze; eppure, senza voler cedere alcuno spazio di autonomia interpretativa, la Corte del Lussemburgo elabora dei criteri per il proprio *test* che, per quanto vicini e "assonanti" a quelli della *close connection*, non vi corrispondono *in toto*, nemmeno nella nomenclatura, ricordando anzi come la propria lettura dell'art. 50 CDFUE «non incide (sul livello di tutela) garantito all'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. CGUE, Grande. sez., 20 marzo 2018, C-524/15, Menci, §§ 44, 49, 52, 53 e 55.

⁴⁵ *Ibid.*, § 62.

Nonostante possa *prima facie* apparire che sussista un riallineamento tra la giurisprudenza delle due Corti, infatti, uno sguardo più attento pare consegnare un “panorama” più complesso, ove alcuni punti di armonia convivono con altri punti di perdurante lontananza.

Ciò non deve stupire. I rapporti tra la giurisprudenza EDU e il diritto comunitario⁴⁶, infatti, si presentano – soprattutto con riferimento alla (mancata) adesione formale dell’Unione Europea alla CEDU – tutt’altro che lineari e immediati.

Se è infatti certamente vero che l’art. 6 TUE⁴⁷ conferisce alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (CDFUE) – dunque anche all’art. 50 ivi contenuto – lo stesso valore giuridico dei Trattati (co. 1), al successivo comma (co. 2) prescrive anche l’obbligo, per l’UE, di aderire alla CEDU, per poi affermare (co. 3) che i diritti in essa riconosciuti e risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati Membri assurgono al rango di diritti *principi generali* dell’UE. Proprio nella richiamata sentenza *Fransson*, tuttavia, la CGUE ribadiva come, nonostante l’art. 6 TUE prevedesse un vincolo di adesione alla CEDU, quest’ultima «non costituisce, fintantoché l’Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento giuridico dell’Unione». Ciò implica che, in questa rivendicazione di autonomia interpretativa da parte della CGUE⁴⁸ rispetto ai diritti tutelati da entrambe le Carte, anche il *ne bis in idem* potrà venire ad assumere fisionomie differenti.

⁴⁶ Cfr. MASIERO, *L’adesione dell’Unione Europea alla CEDU. Profili penali. Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7, 79 ss.; cfr. anche, ANDRÒ, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU. L’evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015.

⁴⁷ Art. 6 TUE: «1. L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali».

⁴⁸ Pone bene in evidenza tale aspetto PEZZI, *Il ne bis in idem sostanziale nella convergenza di fattispecie incriminatrici*, Trento, 2019, 91 ss. il quale richiama, sul tema, MASIERO, *L’adesione dell’Unione Eu-*

Ci si potrebbe dunque chiedere sino a che punto questa differenziazione possa spingersi e, correlativamente, se sia possibile rinvenire un'area comune tra le tutele offerte a Lussemburgo e a Strasburgo.

La risposta all'interrogativo, in specie sotto il profilo che stiamo qui indagando, deve prendere abbrivio dall'art. 52, co. 3, CDFUE, che, nel tracciare una connessione tra i due sistemi (diritto UE e CEDU), impone un'interpretazione conforme nello standard minimo: ove cioè un medesimo diritto trovi riconoscimento in entrambe le Carte, lo standard di tutela accordato dalla Corte di Strasburgo dovrà essere quantomeno eguagliato dal diritto UE, fermo restando che l'Unione potrà poi sempre accordare a quello stesso diritto un livello di salvaguardia più elevato⁴⁹. Proprio questa possibile differenziazione nelle forme di tutela, del resto, spiega il diverso approccio manifestato rispetto ai contorni del *ne bis in idem* dalle due Corti e, nel contempo, anche le aree di allineamento interpretativo esistenti.

Sebbene dal punto di vista teorico e astratto, quanto detto rappresenti una rassicurazione, capace di far intravedere una volontà di coerenza nella tutela apprestata (quantomeno in ordine al livello minimo di protezione di un diritto fondamentale), quando si giunga alla prova della concreta esperienza giudiziaria, la diversità di criteri, resa ancora più complessa da un linguaggio sovente molto ellittico della giurisprudenza europea, ha finito per ingenerare un certo "disorientamento" nelle Corti nazionali o - secondo altre voci⁵⁰ - per offrire il destro ad atteggiamenti favorevoli alla massima espansione dei doppi binari sanzionatori, rinvigoriti nella loro legittimità sul presupposto di un preteso rispetto dei duttili parametri europei della *close connection*.

ropea, cit., 84 ss. e la ricca bibliografia ivi citata. È interessante osservare, inoltre, come l'art. 6 TUE risulti fortemente ridimensionato da una serie di fattori, quali l'assenza di ogni meccanismo che "punisca" l'inottemperanza a quanto da esso previsto e la circostanza che sia proprio la CGUE a presentarsi depositaria del potere di sanzionare eventuali inadempimenti da parte delle Istituzioni UE.

⁴⁹ Peraltro, non va dimenticato che l'art. 50 CDFUE rientra nell'*acquis* comunitario: ne consegue che il *ne bis in idem*, oltre ad elevarsi a rango di principio generale dell'Unione, deve ritenersi dotato di copertura costituzionale in quanto diritto fondamentale degli Stati membri, essendo esso principio identitario dello Stato di diritto espressamente sancito nella Carta di Nizza; cfr. sul punto COSTANZO-TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem"* nello spazio giuridico nazionale ed europeo, in *www.giurcost.org*, 21 dicembre 2015, 866, richiamando le conclusioni presentate il 7 settembre 2010 dall'Avvocato Generale Yves Bot nel caso n. C-261/09 (Gaetano Mantello).

⁵⁰ Cfr. CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 12 ss.

Del resto, le divergenze tra le due Corti – e le relative implicazioni pratiche – emergono ove si rifletta sulle ragioni che si avvertono sussistere alla base delle rispettive interpretazioni.

Da un lato, la Corte di Giustizia riconosce che “l’integrazione procedimentale” rappresenta una *compressione* (*recte*: una limitazione) del *ne bis in idem*, ma la ritiene tollerabile ai sensi dell’art. 52 CDFUE ove sussistano le condizioni sopra ricordate; dall’altro, la Corte di Strasburgo, più radicalmente – ed in questo senso restringendo ancor più l’area operativa del *ne bis in idem*⁵¹ – esclude addirittura, ove sussista la *close connection*, che si possa parlare di duplicazione procedimentale (e sanzionatoria) rilevante ai fini dell’art. 4 prot. 7 CEDU ragionando in maniera binaria: la violazione del divieto: (i) può sussistere *tout court*, ed allora andrà rilevata come tale; oppure (ii) non può sussistere in quanto vi è *close connection*, ed allora andrà esclusa.

I due *test*, dunque, hanno finalità differenti: a Lussemburgo il *test* serve a modulare il *quantum* di limitazione possibile del *ne bis in idem*; a Strasburgo il *test* di *close connection* serve ad identificare la sussistenza o meno della violazione.

Andando ancor più a fondo, è agevole rinvenire una profonda differenza nelle finalità di base che muovono la giurisprudenza delle due Corti europee. Se la Corte EDU, pur nella versione “depotenziata” della sentenza *A e B c. Norvegia*, mira a tutelare il diritto del singolo a non essere sottoposto a una duplicazione procedimentale (e sanzionatoria) per lo stesso fatto, la CGUE appare maggiormente spinta dalla necessità di apprestare una tutela efficace e proporzionata al perseguimento degli interessi finanziari dell’UE, esibendo peraltro un percorso che sempre più porta ad invertire i termini del rapporto: se in passato la limitazione del principio era un’ipotesi residuale e da percorrere ove strettamente necessaria, oggi sembra che sia il *ne bis in idem* a rappresen-

⁵¹ Ne consegue, pertanto, che la tutela accordata dalla Corte di Giustizia si presenta addirittura, ove letta sotto questo profilo, superiore rispetto a quella offerta dalla Corte di Strasburgo, trovando così pieno rispetto l’art. 52, par. 3, CDFUE, in base al quale, fermo lo standard minimo, è sempre possibile riconoscere ai principi fondamentali una salvaguardia più elevata.

tare la limitazione della tutela degli interessi finanziari dell'Unione⁵² e dunque il fattore da riconoscere con "oculata parsimonia"⁵³.

Cosa rimane allora di comune nella giurisprudenza delle Corti Europee? Quale è, in altri termini, l'area di vera convergenza di CGUE e Corte EDU?

Si potrebbe rispondere, con il conforto di larga parte della dottrina⁵⁴, che il denominatore comune consiste nella "translitterazione" in chiave sostanziale del *ne bis in idem*, attuata mediante i *test* enucleati dalle Corti, a loro volta affidati al ruolo preponderante accordato al giudizio di proporzione, rimesso alla valutazione del singolo Giudice di merito.

Una conferma di tale lettura deriva dalla giurisprudenza italiana: in specie con riferimento ai settori che più marcatamente impiegano sistemi a doppio binario (*in primis* il settore degli abusi di mercato o la materia degli illeciti tributari), il Giudice interno si è confrontato oramai molte volte con possibili violazioni del *ne bis in idem* e, tanto in sede di merito⁵⁵ quanto in sede di legittimi-

⁵² In modo analogo cfr. PEPE, *La Corte Costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 2, 525.

⁵³ Cfr. GAETA, *Appunti su ne bis in idem e sanzione autonoma*, cit., 356 ove, registrando la distanza tra la Corte di Giustizia e la Corte Edu, il chiaro Autore afferma: «sono distanze immanzitutto culturali e di "ruolo" giudiziale, poiché Strasburgo è giudice delle garanzie individuali, mentre Lussemburgo è giudice dell'effettività della repressione delle violazioni agli interessi finanziari dell'Unione, e interessato quindi essenzialmente alle alchimie sanzionatorie».

⁵⁴ Pongono ben in luce la commistione tra profili sostanziali e processuali e il ruolo di primario rilievo attribuito al criterio di proporzionalità, *ex multis*, BONTEMPELLI, *Il doppio binario in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 115 ss.; PEPE, *La Corte Costituzionale*, cit., 525; GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2018, e in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 288; CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 12; GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 1, 215 ss.; MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem*, cit., 4578 ss.; SILVA, *Sistema punitivo*, cit., *passim*; MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2019, 2, 662 ss.; TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1064; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 313 ss.

⁵⁵ Ci si riferisce, in particolare, ad un'importante sentenza del Tribunale di Milano: Trib. Milano, sent. 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), Pres. Zucchetti, Est. Secchi (con nota di MUCCIARELLI, *"Doppio binario sanzionatorio" degli abusi di mercato e bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2019; cfr. anche SCOZZARELLA, *La questione del ne bis in idem nella giurisprudenza della CEDU e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della Corte Costituzionale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2019, 14), coraggiosa nel tracciare una via capace di incidere sul minimo edittale (*in mitius*) onde riportare a proporzionalità il complessivo carico sanzionatorio in ossequio al preponderante sub-criterio della proporzione sanzionatoria nel *test* di *close connection*.

tà⁵⁶, pur con percorsi argomentativi e con esiti non sempre sovrapponibili, ha impiegato il *test* di *close connection*, secondo un approccio marcatamente sostanziale.

Se “lo stato dell’arte” nella giurisprudenza, europea e nazionale, è quello sopra riassunto, preme ora concentrarsi sulla sentenza della Consulta in commento, onde poter comprendere come il Giudice delle leggi abbia padroneggiato i *test* europei e la “contaminazione” sostanziale del *ne bis in idem*.

3. *La sentenza della Corte Costituzionale.* La sentenza della Consulta, indubbiamente molto densa e dallo stile espositivo molto efficace, riesce a confrontarsi con maestria con le doglianze del remittente, con le eccezioni del Governo e con le argomentazioni addotte in memoria scritta (e in discussione) dalla difesa dell’imputato del procedimento principale, suddividendosi, dal punto di vista logico-argomentativo, in tre parti: in prima battuta vengono analizzate e sciolte, in rapida in successione, (par. 3.1.) una serie di questioni prodromiche al vero fulcro dell’incedere argomentativo, cui è dedicata la seconda parte, tutta incentrata (par. 3.2.) sull’individuazione dei due “catalizzatori ermeneutici del *ne bis in idem*” (*idem factum* e *matière pénale*) e la terza parte, dedicata (par. 3.3.) alla verifica dei sub-criteri di *sufficiently close con-*

⁵⁶ Molte sono oramai le pronunce della Suprema Corte di Cassazione in materia di *ne bis in idem* e, a dire il vero, molto interessante sarebbe anche una corale analisi delle stesse: nell’economia di questo contributo non è possibile soffermarsi approfonditamente su tale indagine, ma è nondimeno doveroso osservare come scorrendo la criteriologia impiegata per il vaglio circa il rispetto della garanzia convenzionale (sovente la verifica ha ad oggetto la compatibilità con il solo art. 4 prot. 7 CEDU poiché così sollecitata dai ricorsi), i percorsi del giudice di legittimità non si presentano sempre perfettamente allineati. In taluni casi viene dato spazio alla sola connessione temporale, lasciando in ombra i sub-criteri della connessione materiale (tra i quali anche la proporzione complessiva); in altri, viene dato peso preponderante alla proporzione, senza quasi soffermarsi a verificare gli altri sub-criteri della *close connection* (cfr., ad esempio, Cass., Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, Franconi; Cass., Sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, Casoni; Cass., Sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27564, Ricucci, ma anche Cass., Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 397). In altre ancora, pur richiamandosi in via teorica i percorsi sovranazionali e gli snodi del *test* per appurare il rispetto del *ne bis in idem*, al riscontro della concretezza applicativa i criteri della *close connection* vengono annacquati, sino a risultare poco più che un esercizio stilistico privo di reale efficacia selettiva (cfr. Cass., Sez. 3, 22 settembre 2017, n. 6693). Non va sottaciuto, tuttavia, che sussistono anche sentenze capaci di applicare con attenzione e con concretezza i sub-criteri della *close connection* e i convergenti parametri elaborati dalla CGUE (cfr. Cass., Sez. III, 22 settembre 2017, n. 6993).

nection, che condurrà la Consulta alla declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p.

3.1. *Le questioni preliminari. In primis*, confutando l'eccezione governativa secondo cui il remittente avrebbe omesso di motivare in ordine alla ritenuta responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli (con conseguente difetto di rilevanza della questione), la Consulta pone le basi teoriche del proprio ragionamento, prendendo posizione sulla declinazione da attribuirsi alla garanzia convenzionale: la sentenza afferma che «il diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU mira infatti, in primo luogo, a tutelare la persona contro le sofferenze e i costi di un nuovo procedimento per i medesimi fatti già oggetto di altro procedimento definitivamente concluso. Pertanto, nella prospettiva del rimettente, la mera circostanza della pendenza di un secondo procedimento per i medesimi fatti una volta divenuta definitiva la sanzione irrogata in esito al primo procedimento è sufficiente a rendere operante la garanzia, in assenza di una stretta connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti. A prescindere - dunque - dall'esito del secondo»⁵⁷. Ciò significa, pertanto, che, almeno dal punto di vista teorico, pare essere dato prioritario rilievo alla declinazione *processuale* del principio, con conseguente superamento - sotto il profilo concreto - dell'eccezione di inammissibilità poco sopra ricordata: se la tutela convenzionale mira a garantire il singolo soggetto dal peso (umano ed economico) di un duplice procedimento *in idem factum*, la sola apertura di un secondo procedimento - a prescindere dalla ritenuta sussistenza di una responsabilità dal punto di vista sostanziale - è sufficiente a ritenere lesa la garanzia.

Già sciogliendo questo primo nodo, la Corte Costituzionale mostra di voler dare un'interpretazione lata al *ne bis in idem*, garantendo la massima espan-

⁵⁷ Poco dopo, il medesimo concetto viene riaffermato con altrettanta chiarezza: «la garanzia convenzionale in parola 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».

sione - nei limiti della compatibilità alla giurisprudenza di Strasburgo - al diritto di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Un ulteriore tema, poi, viene esaminato con attenzione data la sua evidente valenza pregiudiziale: si tratta della possibilità - richiesta in via subordinata anche dalla difesa della parte privata nella discussione - di una sentenza interpretativa di rigetto sul presupposto che il giudice *a quo* già disponga di un rimedio volto ad evitare la lesione del diritto convenzionale; tale rimedio consisterebbe nella diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE⁸ e, conseguentemente, nella disapplicazione *in mitius* (in tutto o in parte) delle disposizioni penali previste dalla legge n. 633 del 1941, senza alcun bisogno di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

Sebbene l'effetto diretto dell'art. 50 CDUE - derivante dal fatto che la disciplina sanzionatoria prevista dagli artt. 174-*bis* e 171-*ter* l. 633/1941 ricada nell'ambito di attuazione del diritto UE ai sensi dell'art. 51 CDFUE con conseguente obbligo di rispettare i diritti sanciti dalla Carta, ivi compreso il *ne bis in idem* - sia stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia (sentenze 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri*, § 66) e dalla giurisprudenza di legittimità italiana (Cass. Pen., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999; 9 novembre 2018, n. 5679; 21 settembre 2018, n. 49869), la sentenza in commento afferma a chiare lettere come tale effetto diretto non possa essere «di ostacolo all'intervento di questa Corte» (§2.2.2.), giacché rimane pur sempre compito esclusivo di essa scrutinare nel merito, una volta sollevate, le questioni afferenti ai possibili contrasti tra una disposizione nazionale e i diritti riconosciuti dalle Carta, i quali peraltro “intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana”. Inoltre, sottolinea correttamente la Corte, l'eventuale accoglimento della questione proposta, a differenza della mera disapplicazione della norma ritenuta contrastante con il diritto UE percorribile dal singolo giudice nazionale, spiegherebbe effetti *erga omnes*, con ciò contribuendo alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Del resto, come ben posto in evidenza in sentenza, il sindacato costitu-

⁸ La questione, invero, non è nuova: già nella sentenza *Garlsson*, tale via era stata indicata come possibile strumento risolutivo, con conseguente emissione da parte del giudice italiano di sentenza di non doversi procedere *ex art. 529 c.p.p.*; cfr. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 396 ss.; SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 11.

zionale su un possibile contrasto tra una norma interna e un diritto fondamentale dell'individuo riconosciuto a livello europeo si pone quale rimedio *ulteriore* rispetto a quello della disapplicazione della norma interna contrastante e, pertanto, quale strumento aggiuntivo di una strategia di tutela integrata che procede secondo una logica di “*et-et*” e non di “*aut-aut*”.

Ancora - rileva la Corte - il proprio intervento si rende necessario (e non sostituibile dal meccanismo della disapplicazione) in quanto il remittente ha posto la questione solamente con riferimento all'art. 4 prot. 7 CEDU e non rispetto all'art. 50 CDFUE, la cui diretta applicabilità, dunque, non verrebbe (almeno direttamente) in gioco.

Un ultimo profilo preliminare - la cui trattazione si è resa necessaria per superare le eccezioni del Governo - concerne, poi, la scelta del remittente di individuare, quale strumento per porre rimedio alla ritenuta violazione del *ne bis in idem*, proprio la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 649 c.p.p. e non invece dell'art. 174-*bis* l. 633/1941 nella parte in cui recita «ferme le sanzioni penali applicabili ...». Sul punto spiega bene la Corte Costituzionale che, oltre a non venire in gioco, nel caso di specie, l'art. 174-*bis* cit. - poiché il giudice *a quo* non è chiamato a fare applicazione di tale disposizione, avente ad oggetto le sanzioni amministrative già applicate in via definitiva all'imputato, e non sarebbe, pertanto, legittimato a sollevare questione su tale disposizione - la semplice ablazione dell'inciso in parola a seguito di una questione di legittimità costituzionale proposta, in ipotesi, da altro giudice su tale norma «condurrebbe a una situazione di radicale incertezza sulla disposizione in concreto applicabile tra quella di cui all'art. 171-*ter* e quella di cui all'art. 174-*bis* della legge n. 633 del 1941, posto che entrambe hanno quali presupposti i medesimi fatti, di talché nessuna potrebbe dirsi speciale rispetto all'altra ai sensi dell'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689. In altri termini, l'attivazione dell'uno o dell'altro procedimento, con la conseguente irrogazione dell'una o dell'altra sanzione, dipenderebbe da circostanze del tutto casuali di priorità temporale. Per contro - prosegue la Consulta - appare oculata la scelta del remittente di fare oggetto della propria doglianza di legittimità proprio l'art. 649 c.p.p., giacché, in tal modo «il giudice rimettente non ha posto in discussione la coesistenza delle due norme sanzionatorie né la loro

concreta applicabilità, ma si è – del tutto plausibilmente – limitato a invocare un rimedio idoneo a evitare lo svolgimento (o la prosecuzione) di un giudizio penale allorché l'imputato sia già stato sanzionato in via definitiva per il medesimo fatto, in violazione del suo diritto al *ne bis in idem*. Il rimedio, peraltro, è già previsto nell'ordinamento – pronuncia di proscioglimento o non luogo a procedere – benché con riferimento al solo caso in cui l'imputato sia già stato giudicato *penalmente*, in via definitiva, per il medesimo fatto: l'estensione di tale rimedio anche alle ipotesi di previo procedimento formalmente amministrativo (ma diretto ad applicare una sanzione sostanzialmente penale) rappresenterebbe dunque la soluzione più equilibrata⁵⁹. Infine, l'ultimo snodo preliminare prima di entrare nel merito della questione proposta dinanzi alla Giudice delle leggi, è dedicato a precisare il perimetro del *petitum* formulato dal giudice *a quo*.

Il dispositivo dell'ordinanza di rimessione, infatti, incentrando la questione da portare all'attenzione della Consulta solamente sull'art. 649 c.p., poteva indurre a pensare che il remittente intendesse censurare detta disposizione con riferimento a tutti i casi in cui, rispetto ad un *idem factum*, fosse stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da una connessione materiale e temporale sufficientemente stretta, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della giurisprudenza CEDU.

L'impianto argomentativo dell'ordinanza di rimessione⁶⁰, tuttavia, rende lapalissiano – come non ha mancato di porre in evidenza sia la difesa dell'imputato, sia la Consulta stessa – che il giudice *a quo* abbia inteso censurare l'art. 649 c.p. con specifico riferimento al doppio binario sanzionatorio previsto dalla l. 633/1941 in materia di tutela del diritto d'autore. Pertanto solo in questi termini la questione ha trovato trattazione nella sentenza in commento.

Siffatta precisazione, sia pur contenuta nelle questioni preliminari, gioca un ruolo di fondamentale importanza ove riguardata nell'ottica generale

⁵⁹ Soluzione, inoltre, interpretativa e non demolitiva.

⁶⁰ Del resto, per orientamento consolidato della stessa Corte Costituzionale, l'oggetto del *petitum* – e del conseguente vaglio di costituzionalità – deve essere individuato interpretando il dispositivo alla luce della motivazione che sorregge l'ordinanza di rimessione.

dell'ordinamento italiano: da un lato, la Consulta, nel motivare tale passaggio, ha fatto ben intendere di essere consapevole della sussistenza di «variegate altre ipotesi [...] di doppio binario sanzionatorio per i medesimi illeciti»; dall'altro, questa limitazione del *petitum* e della conseguente area interessata dalla declaratoria di incostituzionalità traluce anche una certa cautela - non priva di talune preoccupazioni politico-criminali - nell'apprestare un rimedio che, ove applicabile in via generale ad ogni ipotesi di procedimento penale che segua una potenziale irrogazione sanzionatoria solo formalmente amministrativa (*i.e.* sostanzialmente penale), avrebbe avuto una portata così dirompente da travolgere, *de facto*, ogni regime a doppio binario sanzionatorio italiano. Evidente si presenta dunque la preoccupazione della Consulta - pur molto "discreta" nell'indicare la via al legislatore senza imboccarla direttamente - così come evidente ne risulta la consapevolezza circa la perdurante attualità e capillarità del problema.

3.2. *Idem factum e matière pénale*. Superati i temi preliminari e ribadita la necessità del proprio intervento in relazione alla questione proposta nei termini sopra richiamati, il Giudice delle leggi entra finalmente *in medias res* (§§ 5.2.1. e ss.).

Ripercorrendo con sintesi efficace la giurisprudenza europea di Strasburgo (in specie *A e B c. Norvegia*; 18 maggio 2017, *Jóhannesson e altri contro Islanda*; 16 aprile 2019, *Bjarni Ármannsson contro Islanda*; 6 giugno 2019, *Nodet contro Francia*, 6 aprile 2021, *Tsonyo Tsonov contro Bulgaria*: tutte sentenze con le quali è stata riconosciuta la lesione del *ne bis in idem*; ma anche 29 settembre 2020, *Faller e Steinmetz contro Francia* e sentenza 8 ottobre 2020, *Bajčić contro Croazia*, in cui, per contro, non è stata riscontrata la violazione della garanzia convenzionale) e di Lussemburgo (in specie, sentenze *Menci*, *Garlsson Real Estate SA e altri*, *Di Puma e Zecca*), nonché richiamando le sentenze n. 43 del 2018 e 145 del 2020 della C. Cost. stessa (citate anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica dai difensori

dell'imputato⁶¹), la Consulta segue un incedere argomentativo molto ordinato e ben percepibile.

Il primo passaggio consiste nel vaglio dell'*idem factum*, un vaglio che la Corte dichiara *expresse* di dover condurre alla stregua della connotazione storico-naturalistica consolidatasi in seno alla Corte EDU a partire dalla (più volte richiamata) sent. *Zoloutukhin c. Russia*, il cui orientamento, a ben vedere, è stato fatto proprio dalla giurisprudenza italiana costituzionale (sent. n. 200 del 2016) e di legittimità (Cass. Pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655), benché non senza alcune zone di incertezza⁶².

La Corte Costituzionale, dunque, prendendo ad esame l'insieme delle circostanze inestricabilmente connesse tra loro che performano la condotta storicamente verificatasi, conclude per la piena coincidenza - quantomeno in ordine alle fattispecie dolose - della vicenda concreta, la quale, dunque, verrebbe contemporaneamente ricondotta sia all'art. 174-*bis* sia all'art. 171-*ter*, co. 1, lett. *b*), legge n. 633 del 1941: la Corte ricorda infatti come, da un lato, l'art. 171-*ter* della legge n. 633 del 1941 preveda, nei primi due commi, una vasta gamma di fattispecie delittuose, punite con la pena della reclusione (da sei mesi a tre anni per le ipotesi del primo comma, e da uno a quattro anni per quelle del secondo comma) congiunta con la multa da euro 2.582 a euro

⁶¹ Si veda il testo integrale di Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., spec. §§ 4 ss.

⁶² Le latenti incertezze in tema di *idem factum*, pur nella (apparentemente) raggiunta stabilità della considerazione naturalistica nelle componenti di condotta, nesso causale ed evento sono ben compendiate in FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., *passim.*, ove molto acute e ficcanti sono anche le critiche di metodo: l'autorevole Studioso afferma infatti «l'idea che nelle sentenze della Corte EDU ogni passo della motivazione in tema di diritto si converta in un dictum vincolante sarebbe semplicemente bizzarra, se non fosse anche sovversiva, capace di eclissare la sovranità della Convenzione, sostituita da quella dei giudici di Strasburgo». Ed ancora, egli ricorda come, in prospettiva costituzionale, il giudice sia sottoposto al rispetto della sola legge, non certo al precedente che, certamente avrà un alto valore persuasivo, ma non è dotato, ad oggi, di efficacia vincolante *erga omnes*, altrimenti il giudice diverrebbe un para-legislatore, con il potere di trasformare il «diritto vivente» in «diritto vigente». Ancora, Ferrua pone in evidenza come il tentativo di estrapolare le interpretazioni della Corte EDU - che peraltro ricorre a criteri valutativi estranei al nostro diritto (si pensi al pregiudizio in concreto subito dal ricorrente, alla lealtà processuale manifestata, etc.) - richiede ormai un impegno tale da parte degli studiosi da potersi definire autonoma scienza che «nondimeno resta una fragile scienza dell'imprevisione o dell'imprevedibile, esposta, com'è, a continue delusioni dei suoi stessi cultori». Si vedano, sul tema, anche le considerazioni di PULITANO, *La Corte Costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 60 ss. Interessanti aspetti critici sul concetto di *idem factum* oggi accolto sono posti in luce anche da LAVARINI, *Il 'fatto' ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedue: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, 60 ss.

15.493, e, dall'altro, come l'art. 174-*bis* legge n. 633 del 1941 disponga che, «ferme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione» - incluse, dunque, anche le fattispecie penalistiche di cui al precedente art. 171-*ter* - «è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria».

Da tale osservazione deriva, dunque, la conclusione inconfutabile che le due fattispecie, per come strutturate, finiscano per configurare necessariamente una duplicazione procedimentale rispetto al medesimo fatto (*i.e.* un *bis in idem*) ogniqualvolta, dopo la prima irrogazione sanzionatoria (quale essa sia) divenuta definitiva, prenda avvio (o prosegua) un ulteriore procedimento. Del resto, l'art. 174-*bis* stabilisce espressamente che le sanzioni amministrative da esso previste si applichino «ferme le sanzioni penali», esprimendo dunque «l'inequivoca volontà del legislatore di cumulare in capo al medesimo trasgressore le due tipologie di sanzioni (così anche Cass. Civ., Sez. II, 18 dicembre 2017, n. 30319)» (§ 5.2.1.).

Appurato allora che il fatto, storicamente inteso, è il medesimo, e che la disciplina sanzionatoria del diritto d'autore crea strutturalmente le condizioni perché uno stesso soggetto possa essere processato e sanzionato per la medesima condotta due volte, la sentenza si concentra sul successivo passaggio del proprio *iter* argomentativo, ovvero sulla natura punitiva (*recte*: sostanzialmente penale) della sanzione formalmente amministrativa di cui all'art. 174-*bis* legge n. 633 del 1994 alla luce dei celebri criteri *Engel*⁶³.

Anche su tale aspetto la Consulta sembra non nutrire dubbio alcuno: condividendo le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione, viene posto in evidenza come la sanzione pecuniaria di cui all'art. 174-*bis* cit. debba normativamente essere determinata assumendo come base del calcolo il doppio del

⁶³ Si veda, sul punto, il § 5.1.3 della sentenza in commento nel corpo di testo, ove si afferma: «per quanto poi la lettera dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU enunci un divieto di «perseguire» o «punire» nuovamente taluno dell'ambito di «procedimenti penali» per un «reato», la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo afferma che tali concetti devono essere interpretati alla luce dei noti criteri *Engel*, da tempo utilizzati dalla Corte EDU per fissare il perimetro applicativo della «materia penale» ai fini degli artt. 6 e 7 della Convenzione (sentenze *Zolotoukhin*, paragrafo 52; *A e B contro Norvegia*, paragrafi 105-107). Decisiva non è, dunque, la qualificazione della procedura e della sanzione come «penale» da parte dell'ordinamento nazionale, ma la sua natura sostanzialmente «punitiva» da apprezzarsi, appunto, sulla base dei criteri *Engel*».

prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, moltiplicando la risultante per il numero di esemplari abusivamente duplicati o replicati, in modo da infliggere al trasgressore un sacrificio economico superiore al profitto ricavato dall'illecito⁶⁴. Siffatto sistema di computo e la direzione teleologica verso cui si dirige, espressamente identificata nella ricerca di un effetto afflittivo e dissuasivo, consegnano una sanzione che, secondo gli *Engel criteria* (sopra specificamente richiamati al § 2.1.), assume un'indubbia natura punitiva. Del resto, come osservato dal remittente, la funzione accentuatamente dissuasiva della sanzione si può ben evincere dalla relazione al disegno di legge A.S. 1496 (poi sfociato nella legge n. 248 del 2000 alla quale si deve l'introduzione dell'art. 174-*bis*), ove viene chiaramente sottolineato come l'obiettivo perseguito dal legislatore tramite la sanzione in parola sia quello di «incrementare il grado di dissuasività delle misure di contrasto» alle violazioni del diritto d'autore, puntando quindi alla «deterrenza» ingenerata dalla maggiore rapidità di irrogazione di simili sanzioni «a prescindere [...] dai “benefici” che si possono ottenere in sede penale».

La constatazione di una siffatta finalità, evidentemente rifluente nelle tradizionali funzioni della pena⁶⁵ e rientrante nei criteri *Engel*, conduce dunque la Consulta ad affermare, senza esitazione alcuna, la natura punitiva (*recte*: sostanzialmente penale) della sanzione di cui all'art. 174-*bis* cit.

⁶⁴ La sanzione è infatti pari al «doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto».

⁶⁵ Per un'efficace “affresco” delle funzioni della pena, si vedano, COCCO, *Teorie sulla pena e applicazione pratica*, in *Punibilità e pene*, diretto da Cocco-Ambrosetti, Milano, 2022, 3 ss., 42 ss.; RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, *passim*; ID., *Retribuzione e prevenzione generale*, in *Scritti patavini*, Torino, 2017, 1433 ss.; ID., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, *ivi*, 1453 ss.; ID., *Persona, colpa e pena*, *ivi*, 1501 ss.; ID., *Le ragioni della giusta pena*, *ivi*, 1513 ss.; PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2011, 313 ss. Di vivo interesse, anche in ordine al tema delle moltiplicazioni sanzionatorie, è il saggio di DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 7, 2284 ss. Per una prospettiva che allarga il *ne bis in idem* alle sanzioni irrogate agli enti nell'ambito dell'applicazione del d.lgs. 231/2001 si veda TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *www.sistemapenale.it*, 28 dicembre 2020, poi in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di Catenacci-D'Ascola-Rampioni, Roma, 2021, 1927 ss.

La Corte Costituzionale giunge pertanto a ritenere sussistenti gli elementi di fondo - *idem factum* e sanzione sostanzialmente penale - per reputare il regime a doppio binario italiano dedicato alla tutela del diritto d'autore in potenziale conflitto strutturale con il *ne bis in idem* di matrice convenzionale. Accogliendo integralmente le indicazioni di Strasburgo, tuttavia, la Corte ritiene di non poter dichiarare *sic et simpliciter* la violazione della garanzia convenzionale, dovendo per contro procedere, sia pur dalla prospettiva astratta e generale congeniale al giudizio di costituzionalità, a verificare se tra i due procedimenti (penale e amministrativo) sussista una sufficiente connessione temporale e materiale tale da rendere siffatti procedimenti, nella sostanza, un *unicum* compatibile con la più recente versione del *ne bis in idem* europeo in quanto non suscettibile di produrre effetti sproporzionati sui diritti fondamentali dell'imputato.

3.3. *Il test di close connection*. Una volta affrontate le questioni afferenti alla *matière pénale* e all'*idem factum* sopra richiamate, la sentenza afferma con chiarezza: «resta dunque soltanto da verificare, alla luce dei criteri enunciati dalla Corte EDU nella sentenza A e B contro Norvegia, se i due procedimenti [...] possano ritenersi avvinti da una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta [...] ove così fosse il sistema di “doppio binario” disegnato dal legislatore non risulterebbe di per sé incompatibile con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e, conseguentemente, con l'art. 117, primo comma, Cost.» (§ 5.3.2.). Infatti, dopo aver precisato che «una violazione del *ne bis in idem* sarà tanto meno probabile quanto meno i procedimenti concorrenti comportino la stigmatizzazione caratteristica del “nucleo duro” del diritto penale, e sarà invece tanto più probabile quanto più lo stesso procedimento formalmente “amministrativo” presenti connotati stigmatizzanti simili a quelli propri del processo penale in senso stretto», la sentenza in commento, giunge nelle ultime pagine a porre il sistema a “doppio binario cumulativo” previsto dalla disciplina sulla protezione del diritto d'autore al vaglio del *test di close connection*. Un *test* di cui la Corte aveva, nei paragrafi precedenti dell'*iter* motivazionale, ricostruito a livello teorico i passaggi, ricordando come il giudice nazionale debba verificare (i) se i diversi procedimenti perseguano 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 in modo da evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova; (iv) 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; (v) se sussista una sufficiente connessione cronologica⁶⁶.

Senza ulteriori preamboli la Consulta entra nel vivo del *test*, affermando che, in primo luogo, non possono rinvenirsi nei due procedimenti in analisi scopi complementari che concernano aspetti differenti del contegno illecito: lo scopo perseguito dal legislatore mediante la sanzione amministrativa di cui all'art. 174-*bis* l. 633/1941 si presenta dichiaratamente convergente con l'effetto dissuasivo di stampo general-preventivo che, a sua volta, permea la corrispondente sanzione penale di cui all'art. 171-*ter* l. 633/1941.

Le due sanzioni, dunque, esibiscono – secondo la Corte – la stessa finalità e si appuntano sui medesimi elementi della condotta.

Ribadito, pertanto, che la condotta sanzionata dalle due disposizioni è esattamente la medesima e posta in evidenza l'assenza – al contrario di quanto tipicamente avviene in materia tributaria – di soglie di punibilità in grado di selezionare le sole condotte meritevoli di risposta penale in un'ottica di gradualità sanzionatoria, la sentenza passa ad analizzare l'eventuale sussistenza di strumenti di coordinamento procedimentale e/o probatorio, ma, anche sotto questo profilo, finisce per dover constatare l'assenza di ogni meccanismo volto ad evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova.

Parimenti, afferma la Corte, risulta assente ogni meccanismo diretto a salvaguardare una connessione temporale, con la conseguenza che appare frustrata l'esigenza di garantire una ragionevole coordinazione tra procedimenti anche

⁶⁶ Sul punto, più precisamente, la Corte Costituzionale ben ricorda come «anche allorché tra i due procedimenti sussista un nesso sostanziale sufficientemente stretto, una violazione del diritto convenzionale in parola potrebbe ugualmente verificarsi allorché difetti, in concreto, una sufficiente connessione cronologica tra gli stessi: requisito, quest'ultimo, funzionale a tutelare la persona contro una ingiustificatamente protratta situazione di incertezza circa la propria sorte» (§ 5.1.3.).

sotto il profilo cronologico, giacché una volta avviato o concluso il procedimento penale (o, nell'ipotesi inversa, quello formalmente amministrativo) in ordine ai fatti di cui all'art. 171-ter cit., nulla impedirebbe, stando all'attuale assetto normativo in materia di diritto d'autore, che si instauri, sul medesimo fatto, un ulteriore procedimento a carico del medesimo soggetto, privo di ogni correlazione o preclusione temporale con quello già celebratosi (o in corso).

Infine, la Consulta giunge - pur senza dedicarvi spazi particolarmente ampi - al sub-criterio per eccellenza, al c.d. "*above all*": la proporzione sanzionatoria⁶⁷. Anche in tal caso, la sentenza si limita a constatare il difetto di ogni strumento che consenta al giudice penale - o, nell'ipotesi inversa, all'autorità amministrativa - di tenere in considerazione la sanzione già irrogata in via definitiva nel momento di commisurazione della pena - o, specularmente, della sanzione amministrativa - al fine di evitare un trattamento sanzionatorio eccessivamente gravoso rispetto all'entità del fatto e, conseguentemente, sproporzionato nel suo complesso.

A conti fatti, dunque, l'unico indice di *close connection* sussistente nel sistema a "doppio binario" previsto dalla legislazione italiana in materia di protezione del diritto d'autore sembra essere la prevedibilità; per contro, tutti gli altri sub-criteri rifluenti nella connessione materiale e temporale risultano inesorabilmente assenti.

Ricordando, dunque, come le condizioni del *test* di *close connection* siano cumulative - e che, dunque, l'assenza di anche una soltanto di esse debba comportare l'esito negativo del *test* e la conseguente ritenuta violazione della garanzia convenzionale - la Corte conclude per il contrasto tra il sistema a "doppio binario" congegnato dal legislatore italiano a tutela del diritto d'autore e il diritto sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU (con conseguente violazione dell'art. 117, co. 2, Cost.), dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sen-

⁶⁷ Come noto, l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale in tema di proporzionalità è articolata e molto nutrita: per una disamina in termini più generali rispetto a quello qui trattati si veda MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1427 ss. e ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2021.

tenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge».

3.4. *L'elasticità della close connection: la fumosità dei primi tre sub-criteri.* Pur nell'apprezzare una sentenza che, con attenzione e zelo, ha ricostruito con rigore e chiarezza le coordinate dell'attuale volto del *ne bis in idem*, giungendo coraggiosamente a dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., residuano talune perplessità sullo strumento – come si è sopra visto, di derivazione sovranazionale – con il quale viene indagato il rispetto della garanzia convenzionale: il *test* di *close connection*.

Volendo dunque, senza ulteriori indugi, sottoporre ad una breve – ma puntuale – prova di torsione i sub-criteri della *close connection* va, in primo luogo, posta l'attenzione sulla (i) prevedibilità del doppio binario processuale e sanzionatorio.

A tal riguardo è sufficiente osservare che laddove si intenda prendere in considerazione la prevedibilità astratta di un duplice procedimento e, correlativamente, di una duplice sanzione, la mera strutturazione normativa consentirebbe sempre di ritenere sussistente siffatto requisito, il quale si rivelerebbe, per ciò stesso, tautologico e privo di reale efficacia selettiva. Ove, invece, si intendesse la prevedibilità in termini concreti, quale declinazione del principio di legalità⁶⁸, la stessa sussistenza dei successivi sub-criteri renderebbe oltremodo arduo ritenere che sia possibile, *ex ante*, prevedere se, nel caso specifico, si possa incorrere in un doppio procedimento (e in una doppia sanzione), frustrando dunque un'esigenza che trascende il piano di verifica del *ne*

⁶⁸ Per ampie riflessioni in ordine al ruolo della prevedibilità nell'ambito del principio di legalità, si vedano CARUSO, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in www.sistemapenale.it, 20 aprile 2021; ID., *Per un lessico di questioni definitorie in tema di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di Catenacci-D'Ascola-Rampioni, Roma, 2021, 35 ss.; MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019.

bis in idem e rifluisce verso un principio logicamente prioritario, ovvero sia la legalità.

Proseguendo nei requisiti del *test*, (ii) la complementarietà dello scopo dei procedimenti (e delle sanzioni) non è sempre agilmente apprezzabile, giacché nella realtà concreta le funzioni di due procedimenti e delle due sanzioni tendono sempre più a convergere e a presentare fisionomie notevolmente simili; ma, anche approfondendo il necessario impegno nella ricerca di una linea teleologica discreta, si rischierebbe, a ben vedere, di entrare in contraddizione con (o di duplicare) una verifica già eseguita: quella relativa alla sussistenza di una sanzione che rifluisca nella *matière pénale*. Si tratta infatti, come si ricorderà, di una verifica preliminare, che logicamente precede, insieme alla sussistenza di un *idem factum*, l'esigenza di impiegare il *test* di *close connection*. Dunque, ove si riconoscesse la convergenza di funzioni tra le due sanzioni, si giungerebbe a duplicare una valutazione già svolta; ove invece si giungesse a una soluzione opposta, si rischierebbe di entrare in stridente contraddizione con quanto appurato nel momento di valutazione dell'afferenza della sanzione *sub iudice* all'orbita della *matière pénale*. In entrambi i casi, pertanto, la verifica del requisito in parola creerebbe più problemi di quanti ne riuscirebbe a risolvere.

Un ulteriore elemento del *test* si appunta, poi, (iii) sull'esistenza di un contesto unitario nella raccolta e nella valutazione delle prove mediante meccanismi di coordinamento procedimentale. Sebbene, nella logica del *test*, siffatto requisito rappresenti una garanzia volta ad evitare all'imputato i costi (umani ed economici) di un doppio procedimento, nella realtà applicativa tale requisito potrebbe prestare il fianco ad alleggerimenti di garantismo nella raccolta delle prove penalmente rilevanti: riflettendo sull'ingresso, *ex art. 234 c.p.p.*, *sub specie* di documenti, di molti atti formati nel corso di un procedimento amministrativo prima che l'interessato venga iscritto nel registro delle notizie di reato e prima che sia aperta un'indagine penalistica, si avverte il rischio che la sussistenza di elementi di raccordo probatorio non risulti sempre funzionale a tutelare le garanzie difensive dell'imputato; anzi: va rammentato che la formazione della prova nel procedimento amministrativo si presenta sovente meno penetrante e meno corredata di presidi garantistici rispetto a quella pe-

nalistica⁶⁹, con la conseguenza che, celebrandosi di norma prima il procedimento amministrativo rispetto a quello penale, si rischierebbe di dare surrettizio ingresso in quest'ultimo a prove assunte in difetto delle corrispondenti garanzie.

Ancora una volta, dunque, un sub-criterio di *close connection* rischia di condurre ad escludere la violazione del *ne bis in idem* sulla base di elementi che non necessariamente comportano un innalzamento delle garanzie dell'individuo e che, per contro, sembrano addirittura poterle erodere.

3.5. “And above all”... *la proporzione e il suo rapporto con il ne bis in idem*. Si giunge così all'ultimo criterio del *test di close connection*, (iv) la proporzione sanzionatoria, sulla quale è necessario dedicare una più profonda riflessione.

Si è sopra detto come, a partire dal 2018, vi è stato un fondamentale passaggio di prospettiva nello studio del *ne bis in idem*, essendosi esso venuto a declinare, negli orientamenti di Strasburgo e Lussemburgo, nella sua matrice più spiccatamente sostanziale⁷⁰. E si è posto in evidenza come siffatto spostamento del *ne bis in idem* dall'asse processuale a quello sostanziale abbia finito per concentrarsi in via pressoché esclusiva sul requisito della proporzione sanzionatoria, quale sub-criterio che, “*above all*”, permetterebbe di soppesare l'equilibrio tra le esigenze di salvaguardia del diritto a non essere processati due volte e sanzionati in maniera superiore al disvalore effettivamente esibito dal fatto, da un lato, e quelle di tutela di determinati beni mediante arsenali sanzionatori complessi e plurilivello, dall'altro. In tal modo è stato creato e, via via alimentato, uno statuto “forte” della proporzione; uno statuto, cioè, che in Italia si è rivelato addirittura capace di sorreggere forme di disapplica-

⁶⁹ Simili aspetti critici, rilevati già nella *dissenting opinion* al caso *A. & B. c. Norvegia* espressa da Pinto de Albuquerque – secondo il quale siffatto parametro, in ragione della diversità di standard probatori richiesti nei due versanti, avrebbe potuto permettere la surrettizia e insidiosa elusione, da parte degli Stati membri, delle garanzie tipiche del procedimento penale – vengono posti in luce anche da CHIANELLO, *Il Sistema a doppio binario in materia di diritto d'autore e il ne bis in idem*, cit., 3386, ove si afferma «occorre evidenziare come i due procedimenti, penale e amministrativo-tributario, siano caratterizzati da *standard* garantistici e probatori completamente differenti che non permettono l'integrazione del “parametro A. e B.” che richiede di evitare ogni duplicazione nella valutazione delle medesime prove».

⁷⁰ Cfr. SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 27.

zione *in mitius* del minimo edittale sanzionatorio da parte del giudice penale⁷¹: attraverso il ricorso al criterio della proporzionalità, in altri termini, la seconda sanzione è stata modulata (elidendo i minimi legali) in maniera tale da risultare integrativa rispetto alla prima, in un ideale concetto di sostanziale *unicum* sanzionatorio, proporzionato al disvalore espresso nel fatto.

La proporzione, dunque, è divenuta così centrale, nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale⁷², da farne il referente costituzionale al cui interno troverebbe posto il *ne bis in idem*⁷³: in altri termini non sarebbe più la proporzione ad essere uno degli indici del rispetto del *ne bis in idem*, ma, al contrario, sarebbe quest'ultimo a costituire una manifestazione del più generale principio di proporzione, inteso quale necessità di non eccedere, nel trattamento sanzionatorio, il disvalore esibito dalla condotta.

Per quanto la proporzione si presenti legata "a doppio filo" con il divieto in parola⁷⁴, tuttavia, autorevoli studi condotti in materia di *ne bis in idem* hanno messo ben in luce i limiti insiti nel vaglio di proporzionalità a cagione della evanescenza dei relativi referenti e della complessità del suo accertamento⁷⁵, rendendo dunque evidente il rischio di inversione logica sotteso ad

⁷¹ Il riferimento è alla nota sentenza del Tribunale di Milano con la quale, in un'ipotesi di previa applicazione di sanzione amministrativa non ritenuta idonea a saturare l'intero disvalore punibile del fatto, veniva irrogata una (successiva) sanzione penale il cui minimo edittale, tuttavia, risultando eccessivo rispetto al disvalore complessivo da colpire, veniva derogato *in mitius*. Cfr. Trib. Milano, sent. 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), Pres. Zucchetti, Est. Secchi, con nota di MUCCIARELLI, "Doppio binario sanzionatorio" degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 marzo 2019. Cfr. anche PAGELLA, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell'insider di sé stesso*: la Corte d'Appello di Milano sul caso Cremonini, commento a Corte App. Milano, Sez. II, sent. 15 gennaio 2019, n. 284, Pres. Correrà, Rel. Puccinelli, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019.

⁷² *Ex multis*, si veda PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di Conte-Landini, Mantova, 311 ss.

⁷³ Cfr. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1047 e ss. Pur in termini parzialmente differenti, valorizzano fortemente il ruolo della proporzione MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem*, cit., 4578 ss., e MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive*, cit., 328.

⁷⁴ SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva di divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, 471; CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 1-2, 73.

⁷⁵ Il riferimento è, in particolare, a PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 75 ss.

un'operazione argomentativa volta a invertire i termini del rapporto e a ricostruire il *ne bis in idem* come elemento derivativo rispetto al principio di proporzione.

V'è infatti da chiedersi se ed entro che limiti il giudice penale possa fruire di parametri verificabili per soppesare il grado di proporzionalità del complessivo carico sanzionatorio. Così come non pare superfluo domandarsi se e in che termini il singolo giudice penale possa intervenire sul dato normativo in maniera così penetrante da giungere addirittura a derogare i limiti edittali (pur *in mitius*), senza allontanarsi troppo dai tracciati del principio di legalità.

In dottrina, al proposito, Francesco Mucciarelli non ha mancato di notare 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 atto di mera creatività equitativa»⁷⁶.

Orbene, siffatti "esercizi ermeneutici" – che diventano sovente vere e proprie "acrobazie ermeneutiche" degne di plauso per la capacità di setacciare il sistema alla ricerca dei più nascosti e originali appigli normativi – derivano dall'esigenza di rendere conformi ai canoni della proporzionalità regimi sanzionatori multipli che, ove applicati in via cumulativa senza correttivi, non lo sarebbero. Se ciò è vero, tuttavia, la proporzione, che rappresenta l'emblema di quel correttivo, diviene allora addirittura il grimaldello interpretativo tramite il quale il giudice nazionale riesce a "salvare" un regime a doppio binario cumulativo che si presenterebbe illegittimo intervenendo direttamente, in relazione al singolo caso concreto, sulla norma. E, si badi, in tal modo ciò che si eviterebbe sarebbe (solamente) il cumulo sanzionatorio, non certo la duplice condanna, né tantomeno il duplice procedimento.

Anche la proporzione, dunque, per quanto requisito di primario rilievo e spia fondamentale di un sistema conforme ai canoni della garanzia convenzionale,

⁷⁶ MUCCIARELLI, *Doppio binario sanzionatorio" degli abusi di mercato e ne bis in idem*, cit., par. 1.

si rivela, a ben vedere, un elemento del *ne bis in idem* e non, invece, l'*ubi consistam* di esso.

Va infatti messo a fuoco come, sebbene la virata in senso sostanziale del *ne bis in idem* abbia impresso allo studio (e alla verifica) del canone convenzionale una concentrazione pressoché univoca sulla proporzione, sussista pur sempre un altro piano, sino ad ora poco sondato, sul quale il *ne bis in idem* potrebbe essere indagato: è infatti sovente rimasta in ombra la stretta connessione sussistente con il più ampio problema del concorso apparente di norme⁷⁷.

Come è stato rettamente osservato in dottrina⁷⁸, solo nella *dissenting opinion* dei giudici KarakasÇ e Pinto de Albuquerque (sentenza *Grande Stevens c. Italia*) è stato preso in considerazione di studiare e risolvere il problema del *ne bis in idem* sostanziale sul piano del confronto strutturale tra norme, al lume (quantomeno) del criterio di specialità⁷⁹.

Volgendo, infatti, lo sguardo al percorso che si è sopra cercato di ricostruire (quantomeno nelle linee di tendenza), è agevole cogliere come la tutela del profilo processuale del *ne bis in idem*, su cui si è innestato lo sviluppo del tema, abbia certamente esibito, in passato, una portata fortemente garantistica nell'escludere la celebrazione di un secondo procedimento a prescindere da articolate e sfuggenti valutazioni; ma, nel contempo, una siffatta considerazione puramente processuale del principio, in assenza di precisi referenti norma-

⁷⁷ Cfr. SILVA, voce *Ne bis in idem (sostanziale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, Torino, 2018, 443 ss.

⁷⁸ SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 27; per uno studio approfondito e ricco del tema nella prospettiva del concorso apparente di norme, si veda ID., *Sistema punitivo*, cit., *passim*; tale prospettiva viene presa in considerazione anche da MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 318 ss.

⁷⁹ La sovente richiamata *dissenting opinion*, infatti, recita «sebbene il procedimento penale ed il procedimento amministrativo riguardassero esattamente la stessa situazione, La Corte di cassazione e la Corte d'appello di Torino hanno ripetutamente dichiarato, in modo non convincente, che il principio di specialità non trovava applicazione nei loro confronti. Il reato previsto dall'art. 185 e l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter hanno entrambi per oggetto una violazione derivante da una sola condotta e le relative norme tutelano lo stesso "bene giuridico", ossia la trasparenza del mercato. La differenza tra l'uno e l'altro è che il primo è un "reato di pericolo concreto" ed il secondo un "reato di pericolo astratto". È quindi evidente che il principio di specialità doveva essere applicato: la norma relativa a un rischio reale rappresentava la disposizione speciale rispetto a quella concernente un rischio astratto di pregiudizio allo stesso "bene giuridico" e di conseguenza il procedimento penale doveva prevalere sul procedimento amministrativo ed escluderlo. La sovrapposizione materiale di sanzioni penali e amministrative non soltanto sovraccarica lo Stato, che deve farsi carico di due inchieste autonome, con il rischio di giungere a conclusioni differenti sui medesimi fatti, ma viola altresì il principio di specialità».

tivi di priorità, ha anche mostrato di potersi rivelare lesiva del profilo sostanziale del *ne bis in idem*: salvo l'area di contingente coincidenza di profilo sostanziale e processuale, il divieto di celebrare il procedimento sorto per secondo, a prescindere da quale esso sia, non assicura affatto che venga applicata la sanzione che, in astratto o in concreto, sia quella capace di esprimere l'intero disvalore del medesimo fatto considerato. Ne consegue che deve salutarci con favore il rinvigorito interesse per la declinazione sostanziale del *ne bis in idem*, a patto però che esso non finisca per confinare alla (pur rilevante) proporzionalità del complessivo carico sanzionatorio l'intera area significativa del principio.

Come si è sopra anticipato, infatti, forte è l'impressione che la chiave di volta ermeneutica dei problemi che il *ne bis in idem* comporta all'atto applicativo dei "sistemi sanzionatori plurilivello" possa essere rintracciata, in attesa che il legislatore si determini ad un intervento di ampio respiro⁸⁰, sul piano del concorso apparente di norme.

Tentando di individuare una soluzione che non si accontenti di un (troppo) discrezionale correttivo nel momento commisurativo o addirittura esecutivo della sanzione, ma che, al contrario, intervenga "a monte", nel momento di individuazione della corretta qualificazione giuridica del fatto - alla luce dei criteri di specialità ed eventualmente di consunzione⁸¹ - si ritiene che possa essere meglio tutelata l'essenza di equità radicata al fondo del *ne bis in idem*. Come è stato osservato⁸², infatti, «nei settori interessati dall'attenzione della giurisprudenza e della dottrina, la chiave di risoluzione del *ne bis in idem* an-

⁸⁰ Cfr. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, cit., 238 ss.; PULITANÒ, *Ne bis in idem*, cit., 1594; DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, cit., 201.

⁸¹ Per un'ampia disamina sul tema si veda AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di Ronco-Ambrosetti-Mezzetti, Bologna, 2016, 439 ss.; fondamentali, in ordine al concorso apparente di norme, sono i lavori di PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind pen.*, 1976, 217 ss.; ID., voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss.; ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 179 ss.; VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 517. Per una disamina del *ne bis in idem* sostanziale, proprio alla luce delle contrapposizioni tra tesi moniste e pluraliste, cfr. SILVA, voce *Ne bis in idem (sostanziale)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 443 ss.; DELBONO, *Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1 febbraio 2016, 3 ss.

⁸² Cfr. SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 298 ss.

drebbe individuata proprio nei principi che regolano la risoluzione del concorso apparente di norme- infra-sistematico»⁸³, giacché una tale linea ermeneutica permetterebbe di giungere, secondo un percorso più rispettoso del corretto ordine logico tra declinazione sostanziale e processuale⁸⁴, a soluzioni più appaganti e non ancorate a fattori contingenti come la priorità cronologica⁸⁵ di apertura dei procedimenti.

Alla base di un tale incedere logico-argomentativo si pone, evidentemente, un presupposto teorico-dogmatico: il *ne bis in idem* non deve essere inteso quale elemento derivativo, interno al principio di proporzione e da esso discendente, bensì un principio costituzionale inespresso⁸⁶, implicato dai principi di legalità, personalità della responsabilità penale e offensività, nell'esigenza che ogni soggetto risponda penalmente nei limiti del disvalore esibito dalla propria condotta⁸⁷. Si è infatti persuasi che, pur presentando delle innegabili correlazioni con la proporzionalità, il *ne bis in idem* possa assurgere ad una autonoma consistenza categoriale⁸⁸. E tale consistenza autonoma non sarebbe priva di importanti riflessi applicativi: una semplice derivazione del *ne bis in idem* dal principio di proporzione porterebbe ad un intervento dello stesso solamente in fase sanzionatoria, nel momento commisurativo della/e sanzione/i. Ove invece venisse riconosciuta dignità di principio al *ne bis in idem* sostanziale, esso potrebbe rivestire un ruolo preponderante già sul piano astratto, nel raffronto strutturale tra norme: la funzionalità del principio non sarebbe cioè relegata alla mera limitazione di una risposta sanzionatoria duplice (mediante interventi di "ortopedia ermeneutica" sui minimi edittali che destano più d'una perplessità sul piano della legalità), ma verrebbe a manife-

⁸³ SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 30.

⁸⁴ Cfr. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 197; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 423. *Contra*, TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1051.

⁸⁵ BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale nel processo contro gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 393 e ss.; ID., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 131 ss.; DE AMICIS-GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 483; CORSO, *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 18.

⁸⁶ Cfr. SILVA, *Sistema punitivo*, cit., 187 ss.

⁸⁷ In questi termini, SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 35.

⁸⁸ MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, cit., *passim*.

starsi già sul piano astratto della norma, evitando a monte la duplicazione qualificatorio-sanzionatoria (e, per questa via, anche la duplicazione processuale). Ragionando in tal modo, inoltre, la proporzione sanzionatoria sarebbe in ogni caso salvaguardata, giacché se il *ne bis in idem*, comunicando con legalità, autoria personale e offensività, impedirebbe una duplicazione di qualificazione giuridica mediante i criteri risolutivi del concorso apparente di norme, solo una sarebbe la fattispecie da applicarsi al caso *sub iudice* e, di conseguenza, solo uno sarebbe il trattamento sanzionatorio irrogato (peraltro commisurato, più coerentemente, sulla base dei medesimi coefficienti⁸⁹). Ciò eviterebbe al giudice di doversi impegnare nelle “torsioni interpretative” necessarie al recupero della proporzione nel convergere di due sanzioni differenti, in un quadro infra-sistematico abbandonato dal legislatore (anche nei criteri commisurativi). Evidentemente, dunque, sarebbe proprio la proporzione sanzionatoria, in fase applicativa, a essere garantita dal previo rispetto del *ne bis in idem*, realizzato sul piano astratto della teoria della norma, nel momento di risoluzione del concorso apparente di fattispecie. Non viceversa.

Utilizzando questa lente nel caso portato all’attenzione della Consulta, in effetti, ben si potrebbe rintracciare, sul piano del raffronto strutturale tra le fattispecie, un rapporto di interferenza tra le stesse in cui potrebbe essere individuato, quale elemento specializzante, il gradiente soggettivo necessariamente richiesto per l’integrazione della fattispecie penalistica (il dolo)⁹⁰. Ne conseguirebbe che, al lume del principio di specialità – specialità da intendersi, in accordo con la giurisprudenza⁹¹ e la dottrina⁹² maggioritarie, in astratto, calibrata

⁸⁹ Come ben messo in luce da MUCCIARELLI, *Doppio binario sanzionatorio” degli abusi di mercato e ne bis in idem*, cit., § 7, un tema problematico afferisce infatti all’individuazione di criteri coerenti e omogenei con i quali addivenire alla determinazione della complessiva proporzionalità sanzionatoria, ove essa sia la risultante di un intervento del giudice penale su una previamente già irrogata (e, dunque, già commisurata al metro di altri parametri) sanzione amministrativa (o viceversa).

⁹⁰ Si vedano, a proposito dell’area di sovrapposizione delle fattispecie, le considerazioni spese dalla Consulta nella sentenza in commento al § 5.2.2.

⁹¹ Molto nutrita è la giurisprudenza al riguardo: *ex multis* si vedano Cass., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass., Sez. un., 19 aprile 2007, n. 16568; da ultimo, si veda, per una conferma dell’orientamento prevalente, Cass., Sez. I, 8 aprile 2022, n. 13649.

⁹² Cfr. CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 1009; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954, 37 ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 50 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 59 ss.

cioè nel rapporto tra disposizioni – dovrebbe considerarsi speciale la disposizione penale con conseguente applicazione solamente di quest’ultima. La sanzione ivi prevista, poi, permetterebbe di assorbire l’intero disvalore del fatto, conducendo quindi ad un trattamento sanzionatorio proporzionato e, soprattutto, evitando in radice la duplicazione qualificatoria e la conseguente duplicazione procedimentale, senza costringere il giudice a “peripezie interpretative” sui minimi edittali onde dimostrare di aver “tenuto in considerazione” la sanzione amministrativa già irrogata. Una siffatta soluzione, tuttavia, viene ad oggi impedita dalla sussistenza della clausola di cumulo che compare all’art. 174-*bis* c.p. ove si prescrive «*ferme le sanzioni penali applicabili*» traducendo, siffatto sintagma, una evidente volontà legislativa di cumulo, i cui esiti si pongono in stridente frizione con il principio del *ne bis in idem* così come sopra declinato.

Ove, al contrario, si ritenesse di non inquadrare il problema del *ne bis in idem* sostanziale nel quadro paradigmatico del concorso apparente di norme, seguitandosi a confidare nelle potenzialità applicative del *test* di *close connection*, quantomeno non ci si dovrebbe nascondere quanto siffatta criteriologia, oltre che priva di chiari referenti normativi, si presenti così elastica da divenire “ectoplasmatica”: un insieme di criteri così sfumati e problematici consegna infatti al giudice una discrezionalità così ampia da consentirgli di affermare, rispetto al medesimo contesto, il rispetto e, nel contempo, sulla base di una lettura divergente di quei medesimi criteri, la violazione del *ne bis in idem*⁹³. Del resto, anche un solo rapido sguardo all’evoluzione giurisprudenziale recente permette di avvertire con urgenza siffatta incertezza. Si confrontino, per rimanere a pronunce che hanno avuto molta risonanza, la sentenza Galrsson della Corte di Giustizia e la pronuncia n. 45829/2018 emessa dalla

⁹³ Particolarmente critico in ordine alla *close connection* si presenta il contributo di CONSULICH-GENONI, *L’insostenibile leggerezza*, cit., 12 ove si afferma, a proposito del nuovo volto del *ne bis in idem* sostanzialmente identificato con la *close connection*: «Esso si presta più che alla critica, alla conservazione dell’esistente. Non è un caso che la nostra giurisprudenza, di legittimità e merito, sia rimasta sorda alla prima versione della garanzia convenzionale, mentre abbia recepito con ammirevole reattività la seconda», per poi aggiungere che, così concepito, esso finisce per trasformarsi in una sorta di delega “aperta” a favore della creazione giurisprudenziale.

Corte di Cassazione⁹⁴ in tema di *market abuse*: come è stato notato in dottrina, nonostante la priorità cronologica del procedimento penale (posto all'attenzione della Corte di Cassazione) abbia certamente giocato un ruolo di rilievo, rimane «interessante notare come sia stata proprio la stessa norma, l'art. 187-*terdecies* TUF, a fondare un giudizio, in un caso [quello deciso dalla CGUE], di non idoneità e dunque di non proporzionalità sanzionatoria complessiva, e a motivare, in questo caso [quello dinanzi alla Cassazione italiana], invece un giudizio diametralmente opposto»⁹⁵.

4. *Note conclusive*. Volendo trarre talune conclusioni, inevitabilmente interlocutorie su di un tema in continua evoluzione, va certamente riconosciuto alla sentenza che ha propiziato le riflessioni sopra svolte il merito di aver fatto saggio governo delle indicazioni sovranazionali. Attenta e scrupolosa si è dimostrata infatti la Consulta nel sottoporre al *test* di *close connection* il doppio binario a tutela del diritto d'autore, riconoscendo senza "sconti" tutti i punti di frizione dello stesso con l'art. 4 Prot. 7 CEDU e, conseguentemente, con l'art. 117 Cost., giungendo infine alla sopra richiamata pronuncia di parziale illegittimità dell'art. 649 c.p.p. (nei termini anzidetti).

Nonostante l'esito - che si ritiene certamente condivisibile - raggiunto dal Giudice delle leggi e il cauto percorso seguito per pervenirvi, ci pare degno di tutto interesse quanto la Consulta comunica rivolgendosi indirettamente al legislatore. Nelle battute finali della sentenza, infatti, si legge che il rimedio apprestato con la declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p., pur necessario a evitare la violazione del *ne bis in idem* nelle ipotesi in cui il

⁹⁴ Nello specifico, la Suprema Corte afferma che «il principio affermato dalla sentenza *Carlsson*, secondo il quale l'art. 187-*terdecies* non garantisce che la severità nell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario e proporzionato rispetto alla gravità del reato, non appare aderente alla peculiarità del caso in esame, caratterizzato da una significativa incidenza dell'attività degli imputati sul prezzo del titolo anche a causa della sua protrazione per un lungo periodo, rispetto al disvalore del quale, invece, la sola sanzione penale inflitta [...] non appare idonea a reprimere il delitto in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva ed il trattamento sanzionatorio derivante dall'insieme delle pene in concreto applicate non risulta eccessivamente oneroso per i soggetti interessati».

⁹⁵ SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 26. Per ulteriori esemplificazioni di come la giurisprudenza interna abbia variamente interpretato e "pesato" i sub-criteri della *close connection*, si vedano 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.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 marzo 2018, 3; CONSULICH-GENONI, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 12.

procedimento penale segua quello amministrativo, non è comunque «idoneo a conferire razionalità complessiva al sistema, che consente comunque l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all'interessato dei costi personali ed economici di cui si è detto» (§ 7). Ne consegue, dunque, che la Consulta ritiene non superabile la strutturale incompatibilità tra questo sistema a doppio binario e la garanzia convenzionale, spettando inderogabilmente «al legislatore rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, *nel quadro di un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio* alla luce dei principi ermeneutici enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di Giustizia e da questa stessa Corte» (§ 7; enfasi aggiunta).

Non è necessario particolare acume per comprendere come la Corte stia invitando il legislatore a mettere mano, in maniera razionale e organica, ai vigenti sistemi che prevedono la convergenza di fattispecie (e correlativamente di sanzioni) penali e amministrative sui medesimi fatti, alla luce del complesso di studi, oramai stratificato e poderoso, e di indicazioni giurisprudenziali, parimenti stratificate e penetranti, sul tema.

Il problema allora, lungi dall'essere in radice risolto, si sposterebbe sul diverso piano dei criteri ai quali il legislatore dovrebbe ispirarsi nella auspicata "rimediazione complessiva" dei vigenti sistemi a doppio binario. Di certo non si potrebbe pretendere di edificare la struttura di un nuovo sistema alla luce della *close connection*, la quale si presenta come strumento applicativo pragmatico e, come si è più volte cercato di porre in luce, talmente "ectoplasmatico"⁹⁶ da non poter costituire solido basamento di un'articolata strategia di tutela.

Dove trovare allora gli strumenti per il "*design*" di un nuovo e razionale sistema di tutela?

⁹⁶ In termini analogamente critici, cfr. PAGELLA, *L'inafferrabile concetto di "commissione sostanziale e temporale sufficientemente stretta": la Cassazione ancora su ne bis in idem e insider trading*, nota a Cass., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999 (già sopra richiamata), in www.sistemapenale.it, 9 gennaio 2020.

Una risposta⁹⁷ potrebbe essere ricercata – ci pare – proprio nei principi che regolano il concorso apparente.

In primo luogo si renderebbe necessario affrontare un preliminare “bivio politico-criminale”, decidendo se (a) rinunciare a un binario (verosimilmente quello amministrativo) e potenziare l’altro (quello penalistico); oppure (ii) mantenere una doppia strategia sanzionatoria ma strutturata sin dalla base normativa nel rispetto del principio di sussidiarietà e frammentarietà, mediante l’edificazione di fattispecie penalistiche e amministrative differenziate, in cui la tipicità astratta rifletta il carico di maggior o minor disvalore cui corrisponderà la risposta penale o amministrativa.

Del resto, in dottrina, già da tempo l’intervento legislativo viene indicato come la “via maestra” per la risoluzione dei problemi di contrasto tra doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*⁹⁸, con la conseguenza che l’individuazione chiara dei criteri cui ispirare il nuovo auspicato assetto diviene problema di urgente attualità. Solo così, in fondo, eliminando cioè le incertezze inevitabilmente implicate dall’impiego di criteri troppo fumosi ed elastici, la pregevole tendenza europea e nazionale alla valorizzazione dell’aspetto sostanziale del *ne bis in idem* potrebbe trovare completo coronamento, superando la prospettiva – di certo importante, ma pur sempre parziale – della proporzione sanzionatoria.

In questo modo si giungerebbe a “riscoprire” la forza razionalizzatrice della tipicità: ove il legislatore riuscisse a tradurre in fattispecie precise le differenti cariche di disvalore che intende colpire mediante una saggia tipizzazione degli illeciti (idonea quindi ad esprimere sul piano della teoria della norma una determinata matrice valoriale), la convergenza di qualificazioni giuridiche multiple sullo stesso fatto sarebbe esclusa a monte, potendosi impiegare, in ipotesi

⁹⁷ Una proposta alternativa è quella formulata da CHIANELLO, *Il Sistema a doppio binario in materia di diritto d'autore e il ne bis in idem*, cit., 3389, il quale – partendo da una considerazione marcatamente processuale del *ne bis in idem* – ritiene che una soluzione per evitare inutili e deleterie duplicazioni procedurali potrebbe ottenersi «attribuendo al giudice penale la competenza ad accertare l'illecito amministrativo ed irrogare, nell'ambito dello stesso binario penale, oltre alla pena, anche la sanzione amministrativa».

⁹⁸ Cfr. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem*, cit., 17; MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale”*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 luglio 2015, 15.

di concorso apparente, il criterio di specialità (il cui presupposto di corretto funzionamento è proprio un legislatore capace di strutturare *ab imis* le fattispecie in modo coerente con il risultato di tutela perseguito), eliminando così in radice il problema di una complessiva proporzionalità delle convergenti sanzioni che oggi, in difetto degli anzidetti presupposti strutturali, si presenta come terreno di soluzione del *ne bis in idem* sostanziale.