

Rivista N°: 4/2017  
DATA PUBBLICAZIONE: 26/11/2017

AUTORE: Piersabino Salvemini\*

## RIFLESSIONI SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE ED EUROPEA DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO A MARGINE DI CORTE COST. NN. 102 E 112 DEL 2016

*Sommario: 1. Le questioni di legittimità costituzionale. – 2. Le garanzie nazionali e i principi europei. – 3. I rimedi di diritto interno. – 4. Le scarse indicazioni della Consulta. – 5. Double jeopardy e doppio binario nell'esperienza nordamericana. – 6. L'intervento del legislatore e la protezione delle Corti.*

Il principio del *ne bis in idem* è espressamente riconosciuto, nell'ordinamento italiano, solo nell'ambito del diritto processuale penale. Tale impostazione è stata messa in discussione dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha accolto una concezione sostanziale della «materia penale», rilevando taluni indici la cui ricorrenza impone la qualifica della natura penale della sanzione e, di conseguenza, l'applicazione delle specifiche garanzie previste dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora innanzi Convenzione e.d.u.). Fra queste garanzie, vi è il diritto di non essere giudicato o punito due volte per il medesimo fatto, previsto dall'art. 4 Prot. n. VII alla Convenzione e.d.u. In taluni settori del diritto punitivo, il legislatore nazionale ha ritenuto di articolare, nei confronti delle medesime condotte, un doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale. La discrepanza fra principi europei e diritto nazionale si è resa evidente con riferimento alle sanzioni previste nel diritto dei mercati finanziari e del diritto tributario. È stato, dunque, richiesto l'intervento della Corte Costituzionale che, con due decisioni a firma dei medesimi relatori, ha fornito alcune indicazioni sulla legittimità di tale doppio binario.

---

\* Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

## **1. Le questioni di legittimità costituzionale.**

Gli incidenti di legittimità costituzionale sono stati promossi da due distinte autorità giurisdizionali: la Corte di Cassazione<sup>1</sup> e il Tribunale di Bologna<sup>2</sup>. Essi hanno riguardato due diverse questioni di diritto che si andrà ad esaminare congiuntamente per la sostanziale affinità del parametro e dell'oggetto del giudizio.

Quanto alla prima, la Suprema Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione al parametro interposto dell'art. 4 Prot. n. VII alla Convenzione e.d.u., dell'art. 187-bis, co. 1, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria; d'ora innanzi T.U.F.) nella parte in cui, cominando l'applicazione della sanzione amministrativa per l'abuso di informazioni privilegiate, non dispone «Salvo che il fatto costituisca reato», così ammettendo la congiunta applicazione delle pene previste per il delitto dell'art. 184, co. 1, lett. b) T.U.F. che incrimina la medesima condotta. In via subordinata, i giudici di legittimità, a fronte del medesimo parametro, spostano l'oggetto della *quaestio* sull'art. 649 cod. proc. pen., rilevando che esso garantisce il divieto di *bis in idem* solo in caso di plurimi procedimenti promossi dall'autorità giudiziaria e non anche a fronte di provvedimenti sanzionatori, comunque adottati, afferenti all'area dell'«accusa sostanzialmente penale». In definitiva, argomenta la Corte, dovendosi considerare sostanzialmente penale anche la sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-bis, deve trovare applicazione il divieto di secondo giudizio, anche se la misura punitiva non è stata adottata dal giudice penale. Viene, tuttavia, esclusa la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme della lettera della legge poiché l'art. 649 cod. proc. pen. fa espressamente riferimento alle categorie di sentenza, decreto e procedimento, senza mai dimenticare l'attributo «penale». Osserva, pertanto, la Corte remittente, che saremmo di fronte ad una «incompatibilità sistemica» fra diritto europeo e nazionale<sup>3</sup>, in quanto i cd. criteri *Engel*, ormai consolidati nella giurisprudenza europea, sarebbero resi inoperanti, dall'impossibilità di rinvenire un rimedio in grado di fornire la conseguente applicazione delle garanzie convenzionali. Inoltre, né il diritto europeo<sup>4</sup> né quello costituzionale<sup>5</sup> impongono al legislatore la previsione di un duplice

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. V, ord. 15 gennaio 2015 n. 3333, in G.U. 1a Serie Speciale - Corte Costituzionale, 25 marzo 2015, n. 12 e Cass. civ., Sez. Trib., ord 21 gennaio 2015, in *ivi*, 15 aprile 2015, n. 15, nonché in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 23 Gennaio 2015, con breve commento di F.V.

<sup>2</sup> Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), con nota di M. CAIANELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte Costituzionale*. Identica questione è sollevata, ma non definita con la decisione n. 112, da Trib Treviso, ord. 18 febbraio 2015 in *Riv. Pen.*, 2015, 7-8, pag. 621.

<sup>3</sup> Cfr. § 1.5 della sentenza n. 102 del 2016.

<sup>4</sup> Vedi *infra* § 2.

<sup>5</sup> Le misure di carattere afflittivo-sanzionario dovrebbero seguire la medesima disciplina sostanziale delle sanzioni penali in senso stretto, rileva la Corte di Cassazione nel § 1.5.1, portando a sostegno anche la pronuncia della Corte Cost. 4 giugno 2010, n. 196 (in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2010, 7-8, pag. 581) con cui venne dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 186, co. 2, lett. c) D. Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (cd. Codice della Strada), nella versione antecedente alla L. 29 luglio 2010, n. 120. Tuttavia, a mio avviso, giova ricordare che la Consulta in quell'occasione ha fatto applicazione della concezione europea sostanziale di sanzione penale, onde rinvenirne il divieto di retroattività della misura, pur con evidenti distinguo, già in quella decisione, per es. con rife-

sistema sanzionatorio in materia di *market abuse*. Sotto analogo profilo, si è tentato di colpire la disposizione che disciplina l'illecito amministrativo ed infatti, con distinta ordinanza di rimessione, la sezione tributaria della Corte di Cassazione ha sollevato la questione, in relazione al citato parametro di costituzionalità, per quanto concerne l'art. 187-ter T.U.F. laddove ne venga autorizzata l'applicazione, congiuntamente alle sanzioni penali previste dall'art. 185.

Riguardo ad un diverso ambito del diritto punitivo, si è posto il problema della legittimità del doppio binario con riferimento alla applicazione, in caso di omesso versamento I.V.A., delle pene previste dall'art. 10-ter D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 congiuntamente alla sanzione amministrativa pecuniaria stabilita dall'art. 13 D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471. Il Tribunale di Bologna, chiamato a pronunciarsi sulla colpevolezza dell'imputato già sanzionato in sede amministrativa, ha dubitato della costituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen., in relazione al parametro interposto dell'art. 4 Prot. n. VII alla Convenzione e.d.u., laddove non estende la protezione anche in caso di sanzioni sostanzialmente penali. Il giudice *a quo* osserva, inoltre, che il sistema penale tributario è complessivamente privo di strumenti per prevenire tale eventualità. Invero, il legislatore, con l'art. 19 D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 fissa il principio di specialità fra sanzioni amministrative e penali, senza prevedere alcuno specifico criterio regolatore del conflitto mentre ai successivi artt. 20, 21 e 22 rende del tutto autonomi i procedimenti sanzionatori, vietandone la sospensione<sup>6</sup>.

## 2. Le garanzie nazionali e i principi europei.

Il divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto è previsto dall'art. 649 cod. proc. pen. ma questa disposizione, limitata al processo penale, è stata ritenuta espressione di un più ampio e immanente principio dell'ordinamento<sup>7</sup> che permea anche la procedura civile e il diritto amministrativo<sup>8</sup>.

---

rimento alle misure di sicurezza, escluse perché governate dall'art. 200 cod. pen., dal principio *tempus regit actum*, oltre che in arresti successivi.

<sup>6</sup> In realtà, l'art. 13 D. Lgs. cit. prevede una causa di non punibilità per l'ipotesi in cui, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari per cui si sia proceduto ai sensi dell'art. 10-ter, siano stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso. Al comma terzo del medesimo articolo, inoltre, è stabilito che qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, anche ai fini dell'applicabilità dell'articolo 13-bis, è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo ed, in tal caso, la prescrizione è sospesa. In argomento, vds. S. MULEO, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2016, pagg. 260-261. Peraltro, la specialità non trova sempre applicazione, e questo anche per ragioni estranee alla volontà legislativa: si pensi, a titolo esemplificativo, al cumulo di sanzioni, ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza, fra il reato di indebita compensazione previsto dall'art. 10-quater D. Lgs. cit. e l'illecito amministrativo introdotto dall'art. 27, co. 18, D. L. 29 novembre 2008, n. 185 conv. con modd. in L. 28 gennaio 2009, n. 2, che punisce l'utilizzo di crediti inesistenti in compensazione per il pagamento delle somme dovute. Così Cass. pen., Sez. III, 11 novembre 2010, n. 42462, in *Guida Dir.*, 2011, 4, pag. 95.

<sup>7</sup> G. BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in F. R. DINACCI (cur.), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, pagg. 544-547. In giurisprudenza, chiaramente Cass. pen., SS.UU., 28 giugno 2005, n. 34655: «un sistema che non riconoscesse al divieto del *bis in idem* il carattere di principio generale dell'ordinamento potrebbe dischiudere la via a prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio

Questa prospettiva, considerata ancora aperta e poco studiata<sup>9</sup>, impone una riflessione sul rango di tale principio, in considerazione della sua eventuale rilevanza costituzionale. In argomento, la dottrina si è variamente interrogata sulla questione, finendo per dare ad essa risposta positiva. La Costituzione non contiene un diretto riconoscimento della garanzia ma essa è rintracciabile, in via indiretta, attraverso una lettura estensiva di altre disposizioni<sup>10</sup>. Tutt'altro che conclusa appare invece la discussione in ordine alle norme costituzionali da considerare al fine di attribuire alla garanzia rango costituzionale autonomo e, dunque, crisma di parametro del giudizio di costituzionalità per le fonti sottordinate<sup>11</sup>. È stato proposto l'art. 2 Cost. nella sua capacità di fornire tutela atipica ai diritti fondamentali dell'individuo<sup>12</sup> ma la sua genericità e astrattezza sembrano non renderlo idoneo a fornire copertura al principio in esame<sup>13</sup>. Altri autori, sul presupposto che la garanzia avrebbe nel diritto internazionale portata consuetudinaria e cogente, ne hanno proposto la penetrazione

---

“abuso del processo”, perché idonee a vulnerare la regola dell’immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l’ordine processuali», nonché la recente Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. Pen. Web*, 2016, 7-8 e Corte Cost., ord. 5 maggio 1995, n. 150, in *DeJure*, ove viene definito «principio di civiltà giuridica, oltre che di generalissima applicazione».

<sup>9</sup> Nel diritto processuale civile, il principio si potrebbe rinvenire negli artt. 2909 cod. civ. e 324 cod. proc. civ. In dottrina vds. M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale ed il processo italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, I, pag. 558. Quanto al diritto amministrativo, la giurisprudenza ha affermato chiaramente che la garanzia in esame costituisce principio generale del nostro ordinamento ed è applicabile a «qualsiasi procedura coinvolgente, sotto qualche aspetto afflittivo, la posizione del cittadino, come singolo o appartenente ad ordinamenti speciali, quali quelli del pubblico impiego e del personale militare». Così Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2816, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2005, pag. 1440. È pacifico, per quanto qui interessi, che la preclusione legale operi in special modo con riguardo ai cdd. procedimenti sanzionatori. Senza presa di completezza, oltre alla giurisprudenza già citata nella nota 7; v., con riferimento alle sanzioni disciplinari, Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 1994, n. 907, in *Cons. Stato*, 1995, I, pag. 993; con riguardo alle sanzioni delle Autorità di vigilanza nell’ambito delle pratiche commerciali scorrette, ove si era posto un problema di conflitto di competenze, vds. Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6522, in *Treccani. Il libro dell’anno del diritto*, 2013, pag. 233, con commento di R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*; in materia di sanzioni per violazione della libera concorrenza, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2010, pag. 2766. Una dottrina, confermata da alcune pronunce del Consiglio di Stato, ha ritenuto annullabile per violazione di legge il provvedimento di diniego emesso dopo la maturazione del silenzio assenso, atteso che il principio del *bis in idem* determinerebbe la consumazione del potere di provvedere. Così F. CARINGELLA, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO. PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI*, Milano, 2011, pag. 1686 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>10</sup> F. VIGANÒ, *Omissus versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 11 Luglio 2016, § 6.

<sup>11</sup> In altre Carte Costituzionali, è invece presente una esplicito riconoscimento del principio: si pensi all'art. 103, par. 3, Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania, all'art. 29, co. 5, della Costituzione repubblicana portoghese, all'art. 39 della Costituzione giapponese, all'art. 20, par. 2, della Costituzione indiana, all'art. 13 della Costituzione del Pakistan, all'art. 13 dalla Costituzione della Corea del sud, all'art. 35, par. 3, lett. m) dalla Costituzione della Repubblica Sudafricana, all'art. 23 della Costituzione Messicana, all'art. 11, lett. h) del *Constitution Act* canadese o, ancora, al V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, su cui ci si soffermerà nel § 5.

<sup>12</sup> Sulla possibilità per la Consulta di utilizzare come parametro nel giudizio incidentale di legittimità, non solo disposizioni della Carta Costituzionale, secondo quanto previsto dall'art. art. 23, L. 11 marzo 1953, n. 87, ma principi ricavati dal combinato disposto di più disposizioni o dalla lettura di singole norme, vds. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, pagg. 75-76.

<sup>13</sup> G. BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, cit., pag. 557.

nell'ordinamento interno attraverso l'art. 10 Cost<sup>14</sup>. A ben vedere, il *ne bis in idem* non è affatto ascrivibile alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute<sup>15</sup>. Ulteriore possibilità interpretativa è stata rinvenuta nei principi di legalità (art. 25, co. 2, Cost.) e di rieducazione della pena (art. 27, co. 3, Cost.), dai quali sarebbe desumibile un generale diritto alla quiete penale<sup>16</sup>. Altri ancora, seguendo la medesima impostazione volta a riconoscere importanza preminente alla dimensione individuale della garanzia, hanno proposto di prendere in considerazione gli artt. 13 e 27, co. 2, Cost. ove è espressa la regola di trattamento della presunzione di innocenza, declinata poi anche nei successivi artt. 14, 15 e 17 Cost<sup>17</sup>. Una impostazione differente, autorevolmente sostenuta, ha ritenuto di fondare la garanzia sul diritto di difesa, garantito dall'art. 24 Cost.<sup>18</sup>, nonché sul novellato art. 111

<sup>14</sup> Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, pag. 1506, con nota di M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*.

<sup>15</sup> J. VERVAELE, *European criminal law and general principles of Union law*, in *Id. (ed.), European Evidence Warrant: Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen - Oxford, 2005, pag. 138; G. BISCARDI, *op. cit.*, pag. 557; C. AMALFITANO, *Dal Ne Bis in Idem Internazionale al Ne Bis in Idem Europeo*, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 2002, pag. 931; F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012, pag. 131. In senso contrario, vds. A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, pagg. 766-767; *Id.*, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (cur.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, pagg. 192 ove vengono svolte interessanti considerazioni sulla possibilità di interpretare l'art. 14, par. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici congiuntamente alle eleborazioni pretorie convenzionali sulla nozione di «materia» e «accusa penale».

<sup>16</sup> M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, pagg. 160 ss. L'A. ritiene che vada riconosciuto a ciascun consociato un diritto consistente nel poter «contare su un quadro penalsitico (sostanziale e processuale) stabile». Inoltre, con considerazioni di stampo strettamente processualpenalistico, desume la natura esclusivamente processuale del principio, che formulerebbe un divieto rivolto al giudice. La portata sostanziale della garanzia non atterebbe al vincolo per il successivo giudice ma essa riguarderebbe la sola sentenza di condanna, poiché solo questa pronuncia può superare la presunzione di innocenza. Quanto alla sentenza di assoluzione, essa non può avere l'effetto di accertamento dell'innocenza, poiché tale statuizione definitiva non sembra prevista dal nostro ordinamento. Cfr. anche Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200, cit., spec. *folio 5*. Critico, E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G. P. Voena, Milano, 2012, pag. 24. Quest'ultimo studioso non condivide l'impostazione sistematica, poiché finirebbe per attribuire al momento giurisdizionale di accertamento ad un piano marginale, ove la disciplina del giudicato opera unilateralmente in favore del soggetto già sottoposto a processo. In ultima analisi, si finirebbe per separare nettamente «l'esercizio della potestà punitiva dall'esigenza di certezza del diritto».

<sup>17</sup> Vds. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, pagg. 101 ss. nonché P. MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, pagg. 56 ss. In giurisprudenza: Corte cost., 24 gennaio 1969, n. 1, *Giur. cost.*, 1969, pag. 12; Corte cost., 20 giugno 2008, n. 219, in *ivi*, 2008, pag. 2456, con nota di M. G. COPPETTA, *Riparazione per l'ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompente?* Sul giudicato quale fonte di sicurezza per i diritti dei cittadini, vds. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, pag. 92; G. LOZZI, *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, XVIII, pag. 913. Altri autori hanno dubitato della correttezza di tale tesi, osservando che essa avrebbe senso solo con riferimento alle pronunce favorevoli all'imputato e non in caso di formazione di un giudicato di condanna e, dunque, appare contraddittorio ancorare i valori di libertà e certezza di cui si diceva, indifferentemente «ora sul *ne bis in idem* ora al suo contrario, il *bis in idem*». Così E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in *Le impugnazioni, Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretto da M. Chiavario ed E. Marzaduri, Torino, 2005, pag. 597. Con riguardo all'art. 27, co. 2, Cost., cfr. G. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in G. DEAN (cur.), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, pag. 134.

<sup>18</sup> Così M. SCAPARONE, *sub Art. 24, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, pag. 82. Critico E. M. MANCUSO, il quale ritiene si tratti di una norma a struttura aperta che richiede un costante bilanciamento con gli altri valori costituzionali dell'ordinamento (*in ult. op. cit.*, pag. 25), così come anche G. BISCARDI, il quale osserva che non vi sarebbe piena coincidenza fra i

Cost. che sancisce il diritto ad un processo equo, caratterizzato da una durata ragionevole e dalla parità delle armi fra le parti processuali, demandandone l'attuazione al legislatore ordinario che vi avrebbe provveduto con una serie di strumenti fra cui l'art. 649 cod. proc. pen<sup>19</sup>. Inoltre, riconoscendo rango costituzionale alla garanzia, si eliderebbe l'intereferenza con un altro principio di rango costituzionale, dettato dall'art. 112 Cost., il quale sancendo l'obbligatorietà dell'azione penale, ammetterebbe solo le deroghe provenienti da una fonte pariordinata<sup>20</sup>.

La giurisprudenza, dal canto suo, risultando troppo angusta la portata delle singole disposizioni nazionali e non riuscendo in via pretoria nel compito di costruire autonomamente le coordinate del principio, ha valorizzato ex art. 117, co. 1, Cost. l'art. 4 Prot. VII alla Convenzione di Roma, al duplice scopo di rinvenire una legittimazione costituzionale e, contemporaneamente, circoscriverne in modo certo l'ambito applicativo<sup>21</sup>. L'applicazione della garanzia in esame ruota attorno alla nozione di procedimento per l'irrogazione di una sanzione penale e si applica, pertanto, solo nell'area di quelle condotte che il legislatore ha formalmente incriminato secondo quanto previsto dall'art. 25, co. 1, Cost<sup>22</sup>. Infatti, anche a voler concedere che si tratti di un principio generale, il principale dato positivo che abbiamo a disposizione, l'art. 649 cod. proc. pen., è evidentemente applicabile nel solo settore processuale penale. L'ambito oggettivo di applicazione della preclusione diventa più incerto nel momento in cui si osserva che la Corte e.d.u., ormai da tempo risalente, ha accolto una nozione sostanziale di «materia» e «accusa penale», che non tiene conto delle categorie adoperate dal legislatore. Il riconoscimento della natura sostanzialmente penale di un illecito, cui la riqualificazione convenzionale può accedere, comporta la necessaria applicazione

---

valori tutelati dall'art. 24 e la garanzia in esame, benché la plurima sottoposizione a procedimenti *de eadem re* possa in astratto porre problemi di effettività nell'esercizio del diritto difesa. Tuttavia, per assurdo, «potrebbe immaginarsi una generalizzata liceità del *bis in idem*, e tuttavia non attentare, in alcuno dei procedimenti "duplicati", al pieno dispiegamento dei diritti difensivi», poiché tale effetto si verificherebbe solo in caso di contestualità dei procedimenti, anche parziale (in *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, cit., pagg. 557-558, nota 80).

<sup>19</sup> E. M. MANCUSO, *ult. op. cit.*, pagg. 24-30; G. NEPPI MODONA, *L'innocenza non si ridiscute*, ne *Il Sole 24 Ore*, 6 gennaio 2009. In giurisprudenza, vds. Cass. pen., SS.UU., 28 giugno 2005, n. 34655, spec. § 5.1; Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200, cit. In senso contrario potrebbe osservarsi che la ragionevole durata si riferisce al singolo procedimento e non ad una pluralità di questi. Inoltre, risulta comunque difficile rinvenire nel principio di parità delle parti un dovere per il giudice, poiché questo non sembra essere considerato come destinatario del precezzo dal legislatore costituzionale. Così G. BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, cit., pagg. 559-560.

<sup>20</sup> G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003, pagg. 297 ss.; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pagg. 31-38. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, pag. 1223: il preeffuso esercizio dell'azione penale consuma il potere per una eventuale reiterazione. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., SS.UU., 28 giugno 2005, n. 34655: «sussistendo tali condizioni, il vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà ex art. 112 della Costituzione rende l'azione penale non solo irretrattabile, ma anche non reiterabile, se non nei casi previsti dalla legge, ad opera del medesimo ufficio della pubblica accusa».

<sup>21</sup> Si vedano, per es., le stesse pronunce oggetto di questa nota. In dottrina, tale ricorso alla fonte convenzionale è condiviso da E. M. MANCUSO, in *Il giudicato nel processo penale*, cit., pagg. 35-36, nonché da G. BISCARDI, *ult. op. cit.*, pag. 555.

<sup>22</sup> A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano, 2007, pag. 13. Invero, altri autori, sembrano spingersi verso una concezione costituzionalmente orientata del reato, che pure senza cedere in punto di legalità formale, non trascura i limiti alla potestà legislativa incriminatrice che la Carta Fondamentale ha fissato. A riguardo, vds. G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2014, pagg. 157 ss.

delle garanzie convenzionali dettate in materia di giusto processo, principio di legalità e, in particolare, di divieto di un secondo giudizio<sup>23</sup>.

I giudici europei hanno avuto modo di occuparsi della questione con riferimento alle sanzioni amministrative irrogate nei settori della vigilanza amministrativa sui mercati regolamentati e del diritto tributario, affermandone la natura sostanzialmente penale<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> *Ex multis*, cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel c. Olanda*; *id.*, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*; Corte e.d.u., 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90; *id.*, 30 maggio 2006, ric. n. 38184/03, *Matyjec c. Polonia*. I criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo per operare tale riqualificazione posso essere così schematizzati. In primo luogo, deve avversi riguardo alla qualificazione operata dal diritto nazionale, sebbene, come si è detto, essa non sia vincolante. Un provvedimento soggettivamente pubblico di carattere sanzionatorio deve essere considerato sostanzialmente penale tenendo conto della sua natura ed in particolare dello scopo afflittivo-deterrente nonché della sua applicabilità alla generalità dei consociati piuttosto che ad una singola categoria sociale. Deve altresì avversi riguardo alla severità ed alla intensità della sanzione, ovvero dell'incisione dei diritti che può astrattamente essere inflitta, a nulla rilevando la natura esclusivamente patrimoniale della sanzione. In dottrina, senza pretesa di completezza, si veda W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, pagg. 277 ss; B. EMMERSON, A. ASHWORTH e A. MACDONALD, *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2012, pagg. 211 ss. Inoltre, gli scopi ripristinatori o preventivi della misura amministrativa, di cura concreta dell'interesse pubblico, non sono ostativi rispetto all'estensione delle garanzie convenzionali, quando essa abbia, anche a carattere sussidiario e residuale, una funzione punitiva. Solo nel caso in cui il provvedimento amministrativo imponga una sanzione pecuniaria correlata esclusivamente al danno-conseguenza dell'illecito potrebbe escludersi lo scopo punitivo. Così, P. VAN DICK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN e L. ZWAAK, *Theory and practice of European Convention on Human Rights*, Antwerpen - Oxford, 2006, pag. 546. Ciò varrà ad escludere la ricorrenza del criterio dello scopo ma potrebbero soccorrere altri dei cc.dd. criteri *Engel*. Sembra di questo avviso anche F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative*, Torino, 2014, pag. 12. Su queste basi, per es., la responsabilità amministrativo-contabile ed il giudizio contabile sono stati ritenuti di carattere non penale; cfr. Corte e.d.u., 14 maggio 2014, ric. n. 20148/09, *Rigolio c. Italia*. Per quanto, deve osservarsi che il principio di legalità ed il principio del giusto procedimento amministrativo trovano applicazione anche nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, anche a prescindere da una riqualificazione penalistica. La Corte europea, infatti, non ha delineato una nozione unitaria di sanzione penale ma ha preferito, ad oggi, seguire un'impostazione casistica, a fronte della quale l'interprete nazionale non riesce a trarre indirizzi esegetici univoci. In argomento, cfr. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pagg. 8 e 9; *Id.*, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pagg. 351 ss.

<sup>24</sup> In materia di sanzioni CONSOB, vds. Corte e.d.u., 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*. Dei numerosi commenti si consente il rinvio a A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, pag. 855; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nel nostro ordinamento*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 3-4, 2010, pag. 201; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *ivi*, pag. 219; G. M. FLICK e V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2010, pag. 953; *Id.*, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *ivi*, 2015, pag. 868; A. F. TRIPOLDI, *La Corte e.d.u. condanna l'Italia per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, pag. 78; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, pag. 693. Si ricorda, inoltre, che la decisione è stata oggetto di studio da parte delle Supreme Corti nazionali: CORTE COSTITUZIONALE - SERVIZIO STUDI, *Il principio del ne bis in idem*, giugno 2016, reperibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); CORTE DI CASSAZIONE - UFFICIO DEL RUOLO E DEL MASSIMARIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, 8 maggio 2014. Con riferimento alle sanzioni tributarie: Corte e.d.u., 20 maggio 2014, ric. n. 11828/11, *Nykaken c. Finlandia*; *id.*, 27 novembre 2014, ric. n. 7356/10, *Lucky Dev c. Svezia*. Gli interessi statali alla vigilanza o l'importanza della pretesa fiscale, per quanto fondamentali per il funzionamento dello Stato, non giustificano, ad avviso della Corte, «la rimozione delle garanzie procedurali nell'imposizione di sanzioni punitive in questa sfera», proprio in quanto «necessarie per garantire l'efficacia del sistema» e la coerenza «con lo spirito e gli obiettivi della Convenzione» (Corte e.d.u., 9 aprile 2013, ric. n. 40174/08, *Cecchetti c. San Marino*, § 22). In dottrina, vds. A. PODDIGHE, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la*

L'uso di questo potere riqualificatorio è stato recepito anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il cui ordinamento conosce il principio generale del *ne bis in idem*, così come disciplinato dagli artt. 54 e 55 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS) e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE)<sup>25</sup>. Tali disposizioni hanno contenuto affine se non identico rispetto all'art. 4 Prot. VII Convenzione e.d.u<sup>26</sup>. Va tenuto altresì presente l'art. 52, par. 3, CDFUE, ove è stabilito che, in caso attribuzione di diritti di contenuto similare alla Convenzione di Roma, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione, salvo che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Le disposizioni citate, tuttavia, si presentano ciascuna con funzioni, ambiti applicativi, deroghe, riserve ed eccezioni differenti e questo scenario non contribuisce all'enucleazione di un principio costituzionale transazionale di matrice europea<sup>27</sup>.

La Corte di Lussemburgo, salvo rari casi in cui è stato preferito un approccio formalistico<sup>28</sup>, ha potuto giovarsi dell'interpretazione pretoria già elaborata con gli *Engel criteria*, al fine di superare le differenti qualificazioni giuridiche nazionali e pervenire ad una applicazione unitaria alla «materia penale» delle principali garanzie processuali<sup>29</sup>. L'applicazione prospettata dalla Corte è precettiva solo con riferimento alle materie di pertinenza del diritto dell'U.E. ma alcuni interpreti hanno ipotizzato una possibile via di estensione della preclusione, anche oltre il ristretto ambito entro cui il diritto positivo italiano la contempla.<sup>30</sup> Ad ogni modo, per quanto anche la Curia sia giunta ad affermare l'esistenza

---

*Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in Riv. dir. trib., 2014, IV, pagg. 104 ss.; M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2005.

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 54 CAAS, «una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita». Le disposizioni CDFUE citate prevedono che: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» ma è dirimente ricordare che esse trovano applicazione alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Sui profili di difformità e conformità fra le norme CAAS e CDFUE, vds. N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in Dir. pen. cont. - Riv. trim., 2015, 3, pagg. 73-74 e 76-79.

<sup>26</sup> Può accadere che le disposizioni della Convenzione e della CDFUE attribuiscano «essentially equivalent right». Cfr. P. LEYLAND e G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, 2016, pag. 84.

<sup>27</sup> «Siamo in presenza di un apparato multiforme di principi del *ne bis in idem* aventi carattere transnazionale: un principio generale del diritto comunitario nel diritto sulla concorrenza; un principio contenuto nell'art. 54 CAAS nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; un principio contenuto nelle previsioni negli strumenti di cooperazione giudiziaria e di mutuo riconoscimento e, infine, il *ne bis in idem* consacrato dall'art. 50 CDFUE». Lo osserva J. VERVAELE, in *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transazionale in UE*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, pagg. 59 e 63.

<sup>28</sup> In materia di sanzioni *antitrust*, nega la copertura dell'art. 6 Convenzione e.d.u., Corte di Giustizia U.E., 17 giugno 2010, causa 413/08, *Lafarge SA c. Commissione Europea*, spec. §§ 74-75.

<sup>29</sup> S. PEERS, T. K. HERVEY, A. WARD e J. KENNER, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, pag. 385.

<sup>30</sup> Una siffatta adesione alla nozione convenzionale di sanzione penale da parte dell'ordinamento dell'U.E. «non può che reagire sul rilievo più complessivo dei precetti europei in tema di garanzie penali», determinando l'estensione al diritto amministrativo punitivo di tutte le garanzie penalistiche previste dalla Carta di Niz-

di un diritto soggettivo al *ne bis in idem*, che non dipenda dall'armonizzazione della legislazione penale o dalla cooperazione giudiziaria nell'area europea<sup>31</sup>, deve altresì escludersi che la garanzia in esame sia caratterizzata da assolutezza e inderogabilità<sup>32</sup>. D'altronde, ai nostri fini è importante notare, che i giudici di Lussemburgo hanno affermato che, quand'anche il doppio binario sia stato previsto per attuare obblighi di incriminazione di fonte europea, non è possibile infliggere una combinazione di sanzioni considerate sostanzialmente penali alla luce dei criteri Engel<sup>33</sup>. La dottrina ha desunto, con maggiore sistematicità, il principio di diritto per cui la Carta di Nizza osterebbe ad una disciplina nazionale restrittiva del *ne bis in idem* al solo ambito formalmente penale, nelle materie di applicazione e attuazione del diritto europeo<sup>34</sup>, dovendo essere estesa la sfera di protezione anche agli illeciti sostanzialmente penali<sup>35</sup>.

### 3. I rimedi di diritto interno.

I principi europei innanzi descritti configgono con lo scenario normativo nazionale che, pure in presenza dell'*idem factum*<sup>36</sup>, in taluni settori contempla la duplicazione sanzionatoria. La giurisprudenza nazionale, dal canto suo, quando è chiamata a conoscere

---

za. Tali garanzie non si limitano al diritto a non essere giudicato e punito due volte per lo stesso reato, ma comprendono anche il Diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale (art. 47), la Presunzione di innocenza e diritti della difesa (art. 48), il Principio della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49). In questo senso, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative*, cit., pagg. 25-26. Peraltro, sarebbe opportuno interrogarsi circa la sovrapponibilità fra le garanzie europee convenzionali ed unionali, sempre alla luce della previsione contenuta nell'art. 52, par. 3, CDFUE.

<sup>31</sup> J. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transazionale in UE?*, cit., pag. 65.

<sup>32</sup> Al legislatore non è precluso in assoluto di prevedere un doppio binario sanzionatorio: Corte di Giustizia U.E., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Causa C-617/10, *Akerberg Fransson*; Corte di Giustizia U.E., 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*. Inoltre, il principio potrà trovare applicazione solo laddove il procedimento abbia presentato una approfondita istruttoria e questo si sia concluso con un provvedimento decisivo motivato a carattere definitivo. In questi termini, Corte di Giustizia U.E., Grande Sezione, 29 giugno 2016, Causa C-486/14, *Kosowski*, in *Guida Dir.*, 2016, pagg. 104-106, con nota di M. CASTELLANETA, *Il principio del ne bis in idem si applica solo se ci sono stati un'istruzione approfondita e un provvedimento definitivo*.

<sup>33</sup> Corte di Giustizia U.E., *Akerberg Fransson*, cit.

<sup>34</sup> L'esatta ampiezza della nozione non è mai stata precisamente definita dalla Corte di Giustizia ed è oggetto di vivace dibattito dottrinale. Si veda J. KOKOTT e C. SOBOTTA, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2010, pag. 265.

<sup>35</sup> J. VERVAELE, *ult. op. cit.*, pagg. 58-59; T. RAFARACI, *Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union* in M. C. BASSIOUNI, V. MILITELLO e H. SATZGER (eds.), *European Cooperation in criminal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, pagg. 364 ss.

<sup>36</sup> Per quanto, in materia di *idem factum*, potrebbe registrarsi un conflitto fra la nozione europea convenzionale, tendente a privilegiare la concezione naturalistica del requisito, e le ondivaghe adesioni della giurisprudenza talvolta ad una concezione normativa, talaltra a tesi dottrinali tendenti a temperare il peso dato alla condotta materiale. Si veda a riguardo, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, pagg. 972-976; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e limiti*, cit., pagg. 135 ss.; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pagg. 448 ss. e opinioni *ivi* citate, spec. nelle note 28 e 29. Il conflitto fra giurisprudenza nazionale e convenzionale sembra essere stato risolto con la già cit. Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200, ove è stato esclusa ogni operatività della preclusione in caso di concorso formale fra *res iudicata* e *res iudicanda* (e ciò può essere interessante ai fini delle nostre osservazioni conclusive, come si vedrà *supra* in § 6) e si è anche aderito alla concezione naturalistica triadica dell'*idem factum* basato sugli elementi della condotta, del nesso e dell'evento, ove previsto dalla norma incriminatrice.

dell'imposizione di sanzioni amministrative, sembra attestarsi a tutt'oggi su posizioni largamente formaliste<sup>37</sup>, in cui viene privilegiata l'analisi delle posizioni giuridiche coinvolte, la conseguente individuazione dell'autorità fornita di giurisdizione e l'esatta ampiezza del sindacato sulla discrezionalità<sup>38</sup>. Tuttavia, gli interpreti che accolgono l'impostazione europea, si sono interrogati sulla possibilità di rendere operativi tali principi e, pertanto, hanno variamente proposto il ricorso ad una gamma di strumenti giuridici volti a superare la discrasia con le disposizioni interne<sup>39</sup>.

In primo luogo, la strada seguita dalla giurisprudenza è stata la promozione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., onde ottenere una pronuncia addittiva della Consulta in grado di estenderne l'applicazione anche oltre l'area del diritto processuale penale<sup>40</sup>. La Corte di Cassazione, invece, seguendo una impostazione

<sup>37</sup> Fatta eccezione, naturalmente, per i casi in cui non è stata direttamente colpita da pronunce europee volte a sancire l'incompatibilità del diritto nazionale con i richiamati principi: si pensi al caso *Grande Stevens*.

<sup>38</sup> Sui poteri del giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità e sulla sua distanza dalla *full jurisdiction* richiesta dalla Corte e.d.u., vds. Cass., SS. UU., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pagg. 1057 ss., con commento di B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi*; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pagg. 119-129. Un parziale superamento della distinzione fra sindacato intrinseco cd. forte o debole si è avuto con la decisione della S. C. prima indicata, ove è affermato che «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (...); detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini». Nel senso di una non necessaria tipicità dei procedimenti amministrativi sanzionatori, cfr. Cass., SS. UU., 30 settembre 2009, n. 20933, in *Giur. it.*, 2010, pag. 1823 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507, *Foro amm. - CDS*, 2010, pag. 1075; Cass. civ., Sez. II, 21 febbraio 2013, n. 4342, in *DeJure*, nonché in dottrina le considerazioni di F. Goisis, in *ult. op. cit.*, pagg. 40-51 sulla debolezza del sistema italiano. L'A. osserva che con alcune recenti ordinanze del Consiglio di Stato sarebbe stata recepita l'equazione per cui ricorrendo i requisiti convenzionale per la qualificazione della materia sostanzialmente penale, corrisponderebbe la necessaria applicazione delle garanzie dell'equo processo (F. Goisis, in *ult. op. cit.*, pagg. 62-63, ove sono indicate Cons. Stato, Sez. VI, ord., 9 luglio 2014, nn. 3496, 3497, 2498, 3499). Di fondamentale importanza anche Cons. Stato, Sez. VI, ord. 2 ottobre 2014, n. 4492, in *GiustAmm.it*, 2014, pagg. 1-11, con nota di E. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*. Interessante apertura si è registrata anche in Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 24 Luglio 2016, con brevi riflessioni di G. L. GATTA, *La Corte costituzionale su sanzioni amministrative e principio di retroattività della lex mitior*, in cui è aperta la strada alla retroattività della norma più favore, ove sia riconosciuta la natura sostanzialmente penale della sanzione formalmente amministrativa. A riguardo, si veda P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, pag. 877.

<sup>39</sup> A meno di non voler ritenere, come parte della dottrina, il ricorso alla Corte e.d.u. un mezzo di impugnazione ordinaria e un effettivo quarto grado nell'ordinamento giudiziario. Si veda, non con esclusivo riferimento al processo penale, M. CAIANELLO, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES e V. ZAGREBELSKY (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 547; F. GIUNCEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Cedu: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 2013, pag. 113. In senso contrario, F. CALLARI, *La revisione la giustizia penale tra forma e sostanza*, Torino, 2012, pag. 303 che pone l'accento sulla natura straordinaria del ricorso volto a fare valere un diritto convenzionale leso dalla decisione nazionale.

<sup>40</sup> L'applicazione del rimedio anche a fronte di provvedimento amministrativo inoppugnabile permetterebbe al giudice penale di definire in rito ex art. 549 cod. proc. pen. il procedimento penale. Cfr. la già cit. Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015.

diversa, ha individuato l'oggetto del giudizio di costituzionalità nella disposizione che prevede l'illecito amministrativo, nella parte in cui non ne sia autorizzata la disapplicazione, ove la medesima condotta presenti anche tutti gli elementi costitutivi previsti dalla norma penale incriminatrice<sup>41</sup>.

Una terza e affine possibilità, seguita dalla giurisprudenza di merito, è stata ravvisata nel rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al fine di ottenere una decisione sulla compatibilità del diritto nazionale con la normativa europea da cui trae origine<sup>42</sup>. Oppure, sulla scorta della primazia del diritto unionale, si potrebbe ipotizzare una diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE in combinato disposto con le clausole di specialità talvolta contenute nelle norme sanzionatorie amministrative al fine di evitare l'effetto cumulativo che queste consentono<sup>43</sup>. A ben vedere, quale che dovesse essere la risposta della Corte di Lussemburgo, questa soluzione sarebbe limitata alle materie di pertinenza del diritto dell'Unione e non potrebbe trovare applicazione ai settori regolamentati dal solo diritto interno, purtuttavia sottoposti all'applicazione dei principi della Convenzione di Roma<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> In questo modo, argomenta la Corte, laddove la questione fosse accolta, verrebbe meno il presupposto applicativo del *ne bis in idem* e, superando il giudicato formatosi sulla legittimità del provvedimento sanzionatorio, sarebbe possibile intervenire ai sensi dell'art. 30, co. 4, L. 11 marzo 1953, n. 87. Si avrebbe, in definitiva, un automatico recesso del diritto punitivo amministrativo, di fronte al sistema penale, in apparente coerenza con l'obbligatorietà dell'azione ex art. 112 Cost. e con il divieto di *bis in idem* confinato in questa area dell'ordinamento. Si può osservare, che a prescindere dalla formazione del giudicato, l'Amministrazione sarebbe gravata del dovere di intervenire sul provvedimento, rimuovendone gli effetti mediante esercizio del potere di autotutela. In senso contrario, sembra ritenere l'intervento non doveroso, M. L. LARNÉ, in *Gli effetti di una decisione di incostituzionalità sugli interessi legittimi*, in AA. Vv. (cur.), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010, pagg. 42-43.

<sup>42</sup> Trib. Bergamo, Sez. Dibattimento in composizione monocratica, 16 settembre 2015, Dott. A. Bertoja, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), nonché in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 28 Settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 11 maggio 2015, in G.U.U.E., 27 luglio 2015; Trib. Torino, Sez. V, ord. 27 ottobre 2014, Dott. E. Pio, in [www.archivioopenale.it](http://www.archivioopenale.it).

<sup>43</sup> Con riferimento alle sanzioni in materia di abusi di mercato, vds. P. SORBELLO, *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano. Dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3/2015, pag. 99. L'A. propone, inoltre, laddove questa soluzione risulti inidonea, anche il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE di cui si è già detto. È stato anche prospettato un intervento sulla disciplina del procedimento sanzionatorio al fine di disapplicare la norma che ne vieta la sospensione in caso di contemporanea pendenza di un procedimento penale per i medesimi fatti, di talché, conclusasi l'attività amministrativa, le risultanze sarebbero trasmesse all'autorità giudiziaria ordinaria. Per quanto interessante, questa impostazione è criticabile poiché «l'eventuale assoluzione impedirebbe poi all'Autorità di vigilanza di riprendere il procedimento poiché l'interessato è già stato giudicato e gli elevati limiti edittali delle sanzioni amministrative afferiscono alla "materia penale"». Vds. P. SORBELLO, *op. cit.*, pag. 100, ove l'A., tuttavia, sembra apprezzare tale dialogo procedimentale in quanto garantirebbe la possibilità per la magistratura inquirente l'ausilio di professionalità qualificate.

<sup>44</sup> Di contrario avviso, v. Corte di Giustizia U.E., Sez. IX, ord. 15 aprile 2015, causa C-497/14, con cui è stata declinata la competenza, atteso che nessuna questione interpretativa del diritto unionale era stata posta al vaglio della Curia; nonché Cass. pen., Sez. III, 11 febbraio – 11 maggio 2015, n. 19334, *Andreatta*, Rv. 264810: «non è esperibile il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per stabilire se sia conforme al diritto "eurounitario" la disposizione di cui all'art. 10-bis del D. Lgs. n. 74 del 2000 - nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto che, per lo stesso fatto, sia stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all'art. 13 del D. Lgs. n. 471 del 1997, deducendosene la natura "sostanzialmente penale" - in quanto la materia erariale, in cui rientra l'illecito amministrativo in oggetto, non ricade, fatta eccezione per la particolare normativa in materia di IVA, nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione». Peraltra, si tenga conto, anche nell'ipotesi remota di ottenere una pronuncia della Corte di Lussemburgo, della natura ambigua dell'area coinvolta dal possibile *dictum*. A riguardo, cfr. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*,

In una ottica diversa e più snella, è stata vagliata la possibilità di una diretta applicabilità dei principi convenzionali sul divieto di doppia punizione. Una giurisprudenza di merito, infatti, ha ritenuto di poter applicare ugualmente l'art. 649 cod. proc. pen., andando di fatto oltre ogni possibile interpretazione estensiva della *littera legis*<sup>45</sup>. Giova ricordare, inoltre, che tale isolato filone giurisprudenziale non ha ricevuto l'avallo della Suprema Corte<sup>46</sup>.

Una parte minoritaria della dottrina, invece, fonda la diretta applicabilità, qualificando i principi enunciati come norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, tali da poter fare ingresso nel nostro ordinamento attraverso la clausola di adeguamento automatico dell'art. 10 Cost, ma la giurisprudenza è unanime nel negare questa via di ingresso<sup>47</sup>.

Un'altra autorevole tesi, invece, fonda la diretta applicabilità dei principi europei sulla duplice considerazione che la Convenzione è stata incorporata nel nostro ordinamento attraverso la legge di ratifica e, conseguentemente, l'art. 4 Prot. VII, in quanto disposizione *self executing*, si limita ad imporre un divieto al potere pubblico, ed è (doverosamente)

---

in *Corte Suprema di Cassazione. Atti dell'incontro di studio "Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno"*, 23 giugno 2014, pag. 13, reperibile su [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it): «nella giurisprudenza eurounitaria la "materia penale" può essere definita, allo stato, secondo una "geometria variabile", le cui linee ricostruttive possono essere diversamente tracciate a seconda del tipo di rinvio pregiudiziale sollevato, del parametro normativo oggetto di interpretazione, del contesto normativo e fattuale di riferimento e, ovviamente, dell'interpretazione operata nel caso concreto sottoposto alla cognizione della Corte». Vds. anche D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 15 aprile 2013.

<sup>45</sup> Fanno applicazione esclusiva della giurisprudenza e.d.u., senza richiamarsi ad altre fonti, circa i rapporti fra il reato di cui all'art. 5 D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e le sanzioni amministrative di cui agli artt. 1 e 5 del D.Lgs. 471/1997, Tribunale di Asti, Sez. Penale, 7 maggio 2015 (ud. 10 aprile 2015), n. 717, Dott. G. Corato, in <http://www.giurisprudenzapenale.com>; in materia di omesso versamento IVA, Trib. Terni, 12 giugno - 1 settembre 2015, Dott. A. M. Soccì, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2 dicembre 2015, con nota di S. CONFALONIERI, *Ancora in tema di omesso versamento di IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*. Sulla generale prospettiva della disapplicazione, v. A. CIERVO, *È possibile disapplicare norme nazionali in contrasto con la Cedu? Brevi riflessioni su un filone giurisprudenziale minoritario*, in A. Vv., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del Seminario di Ferrara, 9 marzo 2007*, Torino, 2007, pag. 71.

<sup>46</sup> «Il principio del "ne bis in idem", finalizzato ad evitare che per lo stesso fatto si svolgano più procedimenti e si adottino più provvedimenti anche non irrevocabili, l'uno indipendentemente dall'altro, assume portata generale nel vigente diritto processuale penale, trovando espressione nelle norme sui conflitti positivi di competenza - art. 28 e segg. cod. proc. pen. -, nel divieto di un secondo giudizio - art. 649 cod. proc. pen. - e nell'ipotesi di una pluralità di sentenze per il medesimo fatto - art. 669 cod. proc. pen. Gli strumenti preventivi e riparatori che compongono il quadro sistematico all'interno del quale si colloca la disciplina di cui all'art. 649 cod. proc. pen. presuppongono tutti la comune riferibilità dei più procedimenti per il medesimo fatto all'autorità giudiziaria penale: è dunque tale quadro sistematico, in uno con la considerazione del tenore letterale della disposizione codicistica, che preclude un'interpretazione di quest'ultima che ne estenda l'ambito applicativo a sanzioni irrogate l'una dal giudice penale, l'altra da un'autorità amministrativa». Così si esprime Cass. pen., Sez. III, 21 aprile 2016 (dep. 22 giugno 2016), n. 25815, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 Luglio 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?* ma cfr. anche, in tema di abusi di mercato, Cass. pen., Sez. V, ord. 15 gennaio 2015 n. 1782, in *DeJure*, nonché in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it).

<sup>47</sup> *Ex multis*, cfr. Corte Cost., 18 aprile 1967, n. 48, in *Giur. Cost.*, 1967, pag. 299; *Id.*, 8 aprile 1976, n. 69, in *ivi*, 1976, pag. 432; Cass. pen., Sez. I, 2 dicembre 1998, Nocera, in CED n. 212060; *id.*, 21 marzo 1988, n. 647, in Cass. pen., 1988-II, pag. 1859, con nota di A. FERRARO, *Brevi note sul ne bis in idem internazionale*. Sul dibattito dottrinale vds. *supra* § 2, spec. note 14 e 15.

applicabile ex art. 101, co. 2, Cost. dal giudice penale<sup>48</sup>. Questa affascinante prospettazione non ha ricevuto ascolto dalla giurisprudenza<sup>49</sup>.

Da ultimo, è doveroso fare menzione della possibilità di ricorrere alla clausola di specialità prevista dall'art. 9 L. 24 novembre 1981, n. 689<sup>50</sup> che, in taluni casi, è stata seguita dalla giurisprudenza<sup>51</sup>. D'altronde, la dottrina si è mostrata fortemente critica a riguardo, sia perché si finirebbe per legittimare una sorta di «fungibilità fra sistema penale e sistema amministrativo»<sup>52</sup>, sia perché si attribuirebbe al giudice la possibilità di decidere in concreto quale sanzione applicare<sup>53</sup>, in violazione degli artt. 101 e 112 Cost<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> F. VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, cit., spec. § 9; *Id.*, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, 8 febbraio 2016, pagg. 16 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., SS. UU., 8 maggio 1989, *Polo Castro*, in Cass. pen., 1989, pagg. 1418 ss.; *Id.*, 12 maggio 1993, *Medrano*, in *ivi*, 1994, pagg. 440 ss.; *Id.*, 14 luglio 2011, n. 27918, in Cass. pen., 2012, pag. 872, con nota di P. SILVESTRI, *Le Sezioni Unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*. Si veda altresì, per una prospettiva più ampia sulla diretta applicabilità della Convenzione del 1950, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in questa Rivista, 2013, 4, peraltro cit. dal Viganò in nota n. 9 del primo saggio richiamato; A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della Cedu (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in *Id.*, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2012*, Torino, 2012, pag. 284.

<sup>49</sup> F. VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, cit., ove l'A. osserva che la Cassazione non dedichi «neppure una riga» a questa possibilità ermeneutica.

<sup>50</sup> E. PENCO, *Il principio di specialità "amministrativa". Tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3/2015, pagg. 64 ss.

<sup>51</sup> *Ex multis*, cfr. Corte cost., 3 aprile 1987, n. 97, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, pag. 772, e *Giur. cost.*, 1987, pagg. 718 ss., con nota di I. GORLANI, *Cala il sipario sugli illeciti venatori?*, in cui viene negato il concorso apparente di norme fra una sanzione statale amministrativa ed una penale, oltreché tra queste ed una sanzione regionale amministrativa; nonché Cass., pen., SS. UU., 21 gennaio 2011, n. 1963, in *Arch. giur. circ. e sin. strad.*, 2011, pag. 199 e, in materia tributaria, cfr. Cass. pen., SS. UU., 28 marzo 2013, nn. 37424 e 37425, in *Riv. dir. trib.*, 2013, pag. 207, nonché in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 settembre 2013, con nota di A. VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un interessante precisazione sull'elemento soggettivo. Contra*, sorpassa la questione della specialità, Cass. pen., SS. UU. 28 marzo 2013, n. 37424. In argomento si mostra critico M. DOVA, in *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 Febbraio 2016, ove l'A. auspica la soluzione della sovrapposizione tra reati e illeciti amministrativi di omesso versamento attraverso il ricorso al principio *de quo*.

<sup>52</sup> S. LARIZZA, *Profili della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pag. 61.

<sup>53</sup> E. PENCO, *Il principio di specialità "amministrativa". Tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, cit., pag. 64, nonché vds. pag. 66 ove l'A. dimostra come la giurisprudenza abbia usato tale clausola come uno strumento di «selezione politica della sanzione», piegandola ad esigenze di «giustizia del caso concreto». Si è, infatti, finito per accogliere «un approccio sterilmente legalistico che ha cercato di far dire *ex post* alla norma ciò che l'interprete aveva per altre vie elaborato». Così M. PELISSERO, *Frodi ed abusi nei finanziamenti pubblici: interferenze tra fattispecie e questioni aperte in tema di concorso apparente di norme*, in AA. Vv., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, I, pag. 551. In giurisprudenza, per un approccio strettamente formale ed astratto al rapporto di specialità, condotto alla luce della verifica strutturale degli elementi costitutivi delle fattispecie coinvolte, che nega l'applicabilità dell'art. 9, rilevando piuttosto un rapporto di progressione criminosa fra gli artt. 10-bis e 10-ter D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e 13, co. 1, D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, cfr. Cass., SS. UU., 28 marzo 2013, nn. 37424 e 37425, in *Cass. pen.*, 2014, pagg. 40 ss.

<sup>54</sup> Inoltre, la Corte di Strasburgo ha eloquentemente mostrato che tale disposizione non ha dato buona prova nel campo degli abusi di mercato, risultando inidonea ad assicurare tutela contro le duplicazioni sanzionatorie. Cfr. la già cit. decisione *Grande Stevens e altri c. Italia*. Vds. E. PENCO, *Il principio di specialità "amministrativa". Tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, cit., pagg. 68-69.

#### **4. Le scarse indicazioni della Consulta.**

Il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 102 del 2016, ha avuto modo di valutare le prime due strade interpretative, esprimendosi in senso negativo, mediante una duplice declaratoria di inammissibilità. Infatti, laddove la norma sanzionatoria amministrativa (nella specie l'art. 187-*bis* T.U.F.) fosse dichiarata incostituzionale, ciò non permetterebbe l'applicazione del divieto ad un procedimento penale successivamente iniziato, poiché il definitivo esaurirsi della vicenda amministrativa imporrebbe all'A.G.O. di proseguire il giudizio, atteso che quest'ultimo è fondato sulla norma incriminatrice, non attinta dalla *quaestio*. Gli eventuali effetti favorevoli di cui potrebbe giovarsi l'imputato consistenti nell'esperimento della richiesta di revoca ex art. 30, co. 4, L. 11 marzo 1953, n. 87 non vengono vagliati, poiché le risultanze del procedimento amministrativo sono ritenute estranee all'oggetto del giudizio. Deve, dunque, essere esclusa la percorribilità di questo rimedio in quanto porterebbe ad aggravare la violazione dei principi convenzionali. Inoltre, con specifico riferimento all'art. 187-*ter* T.U.F., la Corte Costituzionale osserva che il giudice *a quo* non avrebbe opportunamente vagliato la possibilità di disapplicare la normativa interna<sup>55</sup> e quali conseguenze l'adesione alla lettura convenzionale del *ne bis in idem* possa portare rispetto all'adempimento degli obblighi europei di sanzionare determinate condotte in modo effettivo, adeguato e dissuasivo<sup>56</sup>. La carente impostazione dell'ordinanza di rimessione si sarebbe tradotta in un *petitum* poco chiaro, tale da non soddisfare i requisiti di rilevanza e non manifesta infondatezza, necessari per la proposizione del giudizio. Identica sorte, della definizione in rito, subisce la possibilità di intervenire con pronuncia additiva sull'art. 649 cod. proc. pen. Ciò essenzialmente per due ragioni: in primo luogo, l'accoglimento della questione ed il conseguente ampliamento della garanzia anche alle sanzioni non formalmente penali, lascerebbe il sistema punitivo privo di un criterio di coordinamento fra procedimenti. In questo modo la preclusione del secondo procedimento finirebbe per operare in base all'aleatoria circostanza della maggiore celerità della prima autorità precedente. Dunque, una siffatta soluzione, pur astrattamente idonea a porre rimedio al singolo caso concreto, andrebbe a porsi strutturalmente in contrasto con altri principi di rango costituzionale, come la determinatezza e legalità della pena, la parità di trattamento e la ragionevolezza, nonché con gli obiettivi sanzionatori europei.

In definitiva, la Corte Costituzionale si è limitata ad enunciare, quasi in via di *obiter dictum*, il principio di diritto utile a superare il contrasto evidenziato. La Corte, partendo dalla considerazione che il diritto riconosciuto dall'art. 4 Prot. VII ha carattere esclusivamente processuale e non sostanziale, ha affermato che il doppio binario sanzionatorio non è vietato

---

<sup>55</sup> Di contrario avviso, E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in Cass. pen., 2015, pag. 2930, che riteneva doveroso un intervento manipolativo del testo dell'art. 187-*ter* T.U.F.

<sup>56</sup> Ritiene indispensabile la previsione anche di sanzioni penali, congiuntamente alle sanzioni amministrative, per ottemperare agli obblighi della Direttiva 2003/6/CE, F. CONSULICH, in *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010, pag. 185.

in via assoluta. Uno stesso fatto può essere punito «a più titoli» e con una pluralità di sanzioni<sup>57</sup>, purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) le sanzioni sostanzialmente penali devono essere irrogate al termine di unico procedimento o di una pluralità di procedimenti fra loro coordinati; b) la definitiva conclusione di un procedimento esclude la possibilità di dare impulso ad altro di identico contenuto punitivo. Dopo avere enunciato questo duplice requisito di legittimità per il doppio binario, la Corte prosegue osservando che spetta al legislatore ordinario l'individuazione delle regole di coordinamento e di limitazione alla risposta sanzionatoria<sup>58</sup>.

Il principio di diritto che abbiamo ora desunto non è stato ripetuto nella decisione n. 112. In questa causa, la Corte ha ritenuto di restituire gli atti al giudice *a quo*, in considerazione dell'intervento normativo operato con D. Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, volto alla revisione del sistema sanzionatorio tributario. Lo *ius superveniens*, infatti, impone la necessità di un nuovo scrutinio sulla legittimità dello scenario normativo così innovato, che il giudice dovrà condurre, a mio avviso, anche alla luce dei principi di diritto enunciati nell'altra, sopra esaminata, pronuncia.

In entrambi i giudizi, dunque, la Consulta ha voluto assicurare il rispetto della discrezionalità legislativa nella modulazione della risposta punitiva, senza ingerirsi con interventi sostanzialmente nomopoitici.

## 5. **Double jeopardy e doppio binario nell'esperienza nordamericana.**

I sistemi di *common law* hanno previsto la regola del *ne bis in idem* sin dalla loro origine<sup>59</sup>. Ai tempi della conquista normanna del 1066 veniva introdotta una norma che vietava l'introduzione o la prosecuzione di un processo a carico di una persona già prosciolta

---

<sup>57</sup> Non è dato comprendere se di natura e contenuto strutturalmente differente. Si pensi ad es. ad una sanzione amministrativa pecunaria congiuntamente applicata all'ammenda o alla multa. In questo caso, se non altro, a venire meno sarebbe il principio di buon andamento (art. 97 Cost.).

<sup>58</sup> Vds. *infra* nota 101.

<sup>59</sup> Alcuni autori ritengono che l'origine del principio vada effettivamente rinvenuta nel diritto canonico inglese. Così N. GALANTINI, *Il divioto di doppio processo come diritto della persona*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pag. 103 ss. Di diverso avviso, P. FIORE, *Sentenze straniere ed atti*, in *Dig. it.*, XXI, 1896, pag. 766 che fa, invece, riferimento alle Decretali di Gregorio (L. 9 Cod. de. *accusationibus et inscript.*) nonché analogo preceitto è rinvenibile nel Concilio di Magonza: «De his criminibus de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari». A ben vedere sarebbe possibile guardare ancora più indietro, al diritto greco (Demostene, *Adversus Leptinem*, 147: «οἱ νόμοι δὲ οὐκ ἔωσι δις πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὕτε δίκας οὐτέ εὔθύνας οὕτε διαδικασίαν οὐτέ ἄλλο τοιοῦτ’ οὐδὲν εἶναι») o alle *Legis actiones*: F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen rechts*, Leipzig, 1848, VI, pagg. 26 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, XVIII, pag. 727 e bibliografia *ivi* citata. Quanto al diritto romano, II MANZINI sostiene che la preclusione potesse operare solo riguardo al giudicato civile e non riguardo ai procedimenti penali (in *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1972, IV, pag. 573, nota 1) ma analisi storiche più recenti hanno contraddetto tale tesi, osservando che si sarebbe operata una confusione indebita con la possibilità di esperire mezzi di impugnazione e che la regola del *ne bis in idem* avesse applicazione tanto in campo civile quanto in campo penale. Vds. F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, pagg. 62 ss. nonché 76-77.

o condannata per lo stesso reato<sup>60</sup>. Blackstone ne fa menzione nei *Commentaries*, considerandolo un istituto di ormai pacifica applicazione<sup>61</sup>.

L'ordinamento statunitense, diversamente da quello inglese<sup>62</sup>, è dotato di una Costituzione scritta e al V Emendamento attribuisce, congiuntamente ad altre garanzie processuali penali, il diritto in questione<sup>63</sup>. Viene adoperata l'espressione «*double jeopardy*», che pone l'accento sul doppio pericolo per l'incolumità che potrebbe subire l'imputato in caso di nuova incriminazione<sup>64</sup>.

Il problema dell'estensione del diritto anche a sanzioni non strettamente penali si è posto ben prima rispetto ai sistemi di *civil law*, poiché fin dal primo Novecento, il Congresso ha istituito una serie di *agencies*, cui è stata affidata la vigilanza ed il controllo di determinati settori economici<sup>65</sup>. Questi organi amministrativi, quasi da subito, sono stati dotati di potere sanzionatorio. Le sanzioni che hanno il potere di irrogare per l'inosservanza delle regolamentazioni imposte, non sono molto diverse da quelle che può comminare il giudice penale. Queste colpiscono diritti patrimoniali e hanno natura di *civil sanctions*, distinguendosi in *monetary penalties*, che potremmo assimilare alle sanzioni pecuniarie e *non monetary penalties*, con cui vengono imposti obblighi positivi o negativi di carattere inibitorio o

---

<sup>60</sup> Laddove vi fosse stato un precedente proscioglimento, l'imputato poteva contare su un *plea di autrefois acquit*; altrimenti, ove fosse stato condannato, si sarebbe avvalso di un *plea di autrefois convict*.

<sup>61</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, V, 26-27, 335-338; G. C. THOMAS III, *Double Jeopardy: The History, The Law*, New York - London, 1998, pagg. 27 ss. Ed anche prima, altri eminenti giuristi, quali Henry de Bracton, Sir Edward Coke e Sir Matthew Hale, ritenevano operante la garanzia ma viene qui citato, in particolare modo, il passo di Blackstone per la sua decisiva influenza sul pensiero giuridico nordamericano. Cfr. O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters: Re-characterisation in International Criminal Law*, Antwerp - Oxford, 2004, pag. 31.

<sup>62</sup> S. PASETTO, *Inghilterra*, in CORTE COSTITUZIONALE - SERVIZIO STUDI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., pagg. 55-56.

<sup>63</sup> «Nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb».

<sup>64</sup> Tuttavia, è stato osservato che, nel diritto inglese, l'espressione avrebbe anche un secondo significato. Essa riguarderebbe il diritto dell'accusa di proporre appello e riaprire il caso, anche laddove i termini siano scaduti o tutti i ricorsi siano stati già esperiti. Così, LAW COMMISSION, *Double Jeopardy: A Consultation paper*, Consultation paper n. 156, 2001, §§ 1.12 e 1.13.

<sup>65</sup> A partire dai primi del Novecento, l'esecutivo ha dovuto costruire una macchina burocratica composta di varie *agencies*, dotandole di poteri essenzialmente aggiudicatori per fare fronte alla necessità di competenze tecniche specifiche per il controllo e la vigilanza su taluni settori economici. Tale esigenza si è particolarmente acuita negli anni Trenta, con il *New Deal* ed il maggior intervento dello Stato nella politica economica. Ciò ha comportato non solo la costituzione di nuove agenzie ma anche l'attribuzione di poteri di controllo, regolazione e, ciò che qui interessa, sazionatori. Roscoe Pound, pure sostenitore dello Stato regolatore, si mostrò critico rispetto a tali nuovi poteri, ampiamente discrezionali, temendo che avrebbero potuto determinare una limitazione delle libertà individuali, in assenza di garanzie procedurali e del controllo delle Corti. Successivamente, dagli anni Settanta in poi, l'influenza della Scuola di Chicago e la *Reaganomics*, hanno condotto ad una rimodernizzazione del ruolo interventista dello Stato federale. Sono così state sciolte alcune agenzie e complessivamente ridotte le loro competenze. Tuttavia altre agenzie sono state costituite e in parte hanno acquisito le competenze degli enti estinti. Come ha osservato Richard Posner, pioniere della *economic analysis of law*, questo processo non ha portato ad una effettiva riduzione della burocrazia e delle autorità amministrative: «there is plenty of administrative regulations, probably more than ever». Compreso che dal conferimento di poteri regolatori e sazionatori alle autorità amministrative non si torna indietro, dagli anni Novanta in poi il legislatore nordamericano ha tentato una *Regulatory Reform* volta a snellire le procedure e aumentare le garanzie. A riguardo, vds. G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in *ID*. (cur.), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, pagg. 44-50.

ripristinatorio<sup>66</sup>. Una categoria di illecito amministrativo (*administrative offence*) e di sanzione amministrativa (*administrative enforcement*) non sembra essere unanimemente accolta<sup>67</sup>, benché in taluni casi si adoperi tale espressione con riferimento ai poteri interdittivi o di ritiro di atti amministrativi favorevoli al destinatario<sup>68</sup>. In taluni casi, è talvolta previsto un doppio binario sanzionatorio, in cui oltre alle *sanctions* di cui si è detto, la condotta è anche oggetto di incriminazione e, quindi, di *criminal penalties*. Dunque, si è posto il problema di estendere la garanzia del *double jeopardy* anche laddove la doppia punizione richiesta o inflitta abbia come fonte sanzioni civili imposte dal *regulator*.

La Corte Suprema si è occupata dell'ambito applicativo del V Emendamento già a partire dalla decisione *Ex parte Lange* del 1873, ritenendolo applicabile non solo ai casi di *double prosecution* ma anche di *double punishment*, e non solo ai casi in cui «life or limb» fossero in pericolo ma altresì avverso «prosecution for felonies, minor crimes, and misdemeanors alike»<sup>69</sup>. Lo scudo protettivo viene ancora esteso con la sentenza *Mitchell*, in materia di evasione fiscale penalmente rilevante, ritendosi applicabile la garanzia anche in caso di sanzioni civili, ove queste siano «sufficiently punitive» ed emesse a seguito di un procedimento avente tale natura. La Corte prende esplicitamente posizione sulla legittimità del doppio binario, ritenendo che «Congress may impose both a criminal and a civil sanctions in respect to the same act or omission; for the double jeopardy clause prohibits merely punishing twice, or attempting a second time to punish criminally for the same

---

<sup>66</sup> Per una approfondita disamina riguardo alle sanzioni civili nel diritto federale statunitense, vds. K. MANN, *Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, in *Yale L. Journal*, 1992, 101, pagg. 1862 ss. nonché, F. E. ZIMRING *The Multiple Middlegrounds between Civil and Criminal Law*, in *ivi*, 1991, pagg. 1902 ss. Sul concorso fra *civil penalties* in caso di reato, con esclusivo riferimento al *corporate criminal law*, cfr. R. S. Gruner, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, New York, 2004, pag. 13-5. P. S. NOLAN, *Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions After United States v. Ursery*, in *Marq. L. Rev.* 1997, pag. 1081, nota 6, propone questa definizione per la nozione di sanzione civile: «[a] civil enforcement tool brought by the government against a criminal defendant or the criminal defendant's material possessions to force compliance with the law or administrative regulations. Civil sanctions take a variety of procedural forms and can include in rem forfeiture actions which are brought to recover the proceeds, instrumentalities, or contraband involved in the defendant's criminal activities. Civil sanctions can also include in personam actions which are brought personally against the defendant to recover restitution for the defendant's offense. Civil tax actions as well as various other administrative penalties can also fall within the realm of civil sanctions». Altri tentativi di categorizzazione, con risultati interpretativi simili, sono rinvenibili in M. M. CHEH, *Can Something This Easy, Quick, and Profitable Also Be Fair? Runaway Civil Forfeiture Stumbles on the Constitution*, in *New York Law School L. Rev.*, 1994, pagg. 14-15; J. C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models - And What Can be Done about It*, in *Yale L. Rev.*, 1992, pagg. 1875 ss. Con riguardo al diritto inglese, vds. S. PASETTO, *Inghilterra*, cit., pagg. 66-67: nel *Regulatory Enforcement and Sanctions Act* del 2008 viene operata una quadripartizione, assieme anche a *a discretionary requirement, stop notices*, intesi come avvisi di cessazione e, da ultimo, *enforcement undertaking*, ovvero accordi cui addivengono l'autorità di vigilanza ed il privato trasgressore, rispetto all'adozione di obblighi ripristinatori o preventivi.

<sup>67</sup> Con riferimento al diritto inglese, una categoria separata non ha diritto di cittadinanza. Tale scelta è stata preferita sia per non appesantire l'ordinamento con una nuova categoria di illeciti e la conseguente complessa distinzione, che sarebbe potuta dipendere anche da questioni politiche e non strettamente giuridiche. Cfr. LAW COMMISSION, *Criminal Liability in Regulatory Contexts: A Consultation Paper*, Consultation Paper n. 195, 2010, § 3.20.

<sup>68</sup> Si pensi, per es., al ritiro della patente a seguito dell'accertamento della guida in stato di ebrezza. Vds. L. TAYLOR e S. OBERMAN, *Drunk Driving Defense*, New York, 2006, pagg. 123-129.

<sup>69</sup> *Ex Parte Lange*, 85 U.S., 163 (1873).

offence. The question for decision is thus whether [the relevant statute] imposes a criminal sanction. The question is one of statutory construction»<sup>70</sup>.

Queste argomentazioni sono approfondite in *Hess*<sup>71</sup> e *Rex Trailer Co.* in cui il *reasoning* della Corte si sofferma sulla natura punitiva della sanzione, affermandone la sussistenza ove il *quantum debeatur* non sia parametrato rispetto ai danni cagionati dall'autore dell'illecito<sup>72</sup> ma venga determinato in modo indipendente<sup>73</sup>. Inoltre, viene messo a fuoco il confine entro cui è possibile verificare la discrezionalità dell'esecutivo nel disciplinare i procedimenti punitivi: «Our inquiry in this regard has traditionally proceeded on two levels. First, we have set out to determine whether Congress, in establishing the penalizing mechanism, indicated either expressly or impliedly a preference for one label or the other. Second, where Congress has indicated an intention to establish a civil penalty, we have inquired further whether the statutory scheme was so punitive either in purpose or effect as to negate that intention»<sup>74</sup>. Il *test* per la valutazione si arricchisce di nuovi elementi, oltre al già noto requisito della proporzionalità rispetto al danno, deve avversi riguardo a: 1) l'intenzione del legislatore; 2) una connotazione deterrente tale per cui non sia sostenibile, nonostante l'intenzione del legislatore, la natura civilistica della sanzione<sup>75</sup>.

A ben vedere questa giurisprudenza, per quanto utile ai fini di un inquadramento sistematico e teorico del problema e dell'imposizione di limiti costituzionali al Congresso, aveva in concreto finito sempre per negare la natura punitiva della sanzione civile e la conseguente tutela contro il *bis in idem*<sup>76</sup>. Un cambio di passo è possibile riscontrarlo con le sentenze *Halper*<sup>77</sup> e *Kurth*<sup>78</sup>. In queste decisioni vengono definitivamente autorizzate le Corti inferiori a superare la forma della sanzione («statutory language, structure, and intent»), in favore di un approccio sostanziale che consideri l'effetto prodotto. Osservano i Supremi Giudici che «(...) punishment servers the twin aims of retribution and deterrence. Furthermore, retribution and deterrence are not legitimate nonpunitive governmental objectives. From these premises, it follows that a civil sanction that cannot fairly be said solely to serve a remedial purpose, but rather can only be explained as also serving either

<sup>70</sup> *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S., 399 (1938). Successivamente, in *United States v. Ward*, 448 U.S. 242 (1980) e soprattutto, *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S., 168-169 (1963), la Corte elabora un test di riqualificazione basato sulla compresenza di sette elementi: «Whether the sanction involves an affirmative disability or restraint, whether it has historically been regarded as a punishment, whether it comes into play only on a finding of scienter, whether its operation will promote the traditional aims of punishment-retribution or deterrence, whether the behavior to which it applies is already a crime, whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it, and whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned are all relevant to the inquiry, and may often point in differing directions».

<sup>71</sup> *Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537 (1942).

<sup>72</sup> D'altronde, quando i danni sono incerti o di difficile liquidazione, la sanzione può anche non riflettere «actual damages». Così *Rex Trailer Co.*, 350 U.S., 153-154 (1956).

<sup>73</sup> *Ibidem*, 152.

<sup>74</sup> *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S., 362-363 (1984).

<sup>75</sup> J. VERVAELE, *Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3, pagg. 972-973.

<sup>76</sup> P. S. NOLAN, *Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions After United States v. Ursery*, cit., pagg. 1093-1094.

<sup>77</sup> *United States v. Halper*, 490 U.S. 435, 441 (1989).

<sup>78</sup> *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S. 767 (1994).

retributive or deterrent purposes, is punishment, as we have come to understand the term»<sup>79</sup>. In questo modo, quindi, si abbassa la soglia di rilevanza idonea a giustificare la qualificazione criminale<sup>80</sup> ma, nel contempo, si amplia la discrezionalità valutativa dell'organo giudicante<sup>81</sup>.

La tendenza ad estendere la protezione contro il *multipunishment* non è rimasta ininterrotta. In primo luogo, la Corte Suprema si è mostrata contraria alla possibilità di estendere la tutela in caso di sanzioni *in rem*<sup>82</sup>, sulla scorta della considerazione per cui ad essere colpito non sarebbe il proprietario ma la proprietà in quanto tale<sup>83</sup>. In secondo luogo, la Corte di Washington, con la sentenza *Hudson*, ha rilevato che a partire dal caso *Halper*, si era finito per obliterare l'accertamento della soglia necessaria per integrare la natura punitiva<sup>84</sup>. Il *test* viene così limitato, affermando che sia necessario dare prevalente rilevanza all'intenzione del legislatore ed alla forma impiegata. Inoltre, lo *standard* probatorio richiesto alla parte privata viene elevato, in quanto essa deve fornire «the clearest proof» della natura punitiva<sup>85</sup>. In particolar modo, è interessante osservare che dall'opinione maggioritaria non emerge alcuna interferenza fra il V Emendamento e la previsione di casi di *multiple punishment* o *prosecution*, atteso che le sanzioni civili sono normalmente estranee a tale protezione costituzionale<sup>86</sup>.

---

<sup>79</sup> *Halper*, 490 U.S., 448. Vds. P. S. NOLAN, *Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions After United States v. Ursery*, cit., pagg. 1110-1111, nota 249, per una disamina dell'uso da parte della giurisprudenza federale e statale della dottrina *Halper-Austin-Kurth*.

<sup>80</sup> Infatti chiaramente la Corte afferma che «(...) under the Double Jeopardy Clause, a defendant who already has been punished in a criminal prosecution may not be subjected to an additional civil sanction to the extent that the second sanction may not fairly be characterized as remedial, but only as a deterrent or retribution». Di questo avviso, vds. P. S. NOLAN, *Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions After United States v. Ursery*, in *Marq. L. Rev.*, 1997, 80, pag. 1096.

<sup>81</sup> A. Z. GLICKMAN, *Civil Sanctions and the Double Jeopardy Clause: Applying the Multiple Punishment Doctrine to Parallel Proceedings After United States v. Halper*, in *Va. L. Rev.*, 1990, pagg. 1267-1268.

<sup>82</sup> Diversamente, in *United States v. Austin*, 509 U.S. 602 (1993), è stato limitato l'effetto di una sanzione *in rem*, in virtù non del V Emendamento ma dell'VIII, che prevede la *Excessive Fines Clause*. Per un approfondimento vds. P. S. NOLAN, *Double Jeopardy's Multipunishment Protection and Regulation of Civil Sanctions After United States v. Ursery*, cit., pagg. 1099-1100.

<sup>83</sup> La dottrina della *guilty property* è fortemente criticata dal Justice Stevens, che non riesce a giustificare la mancata estensione dei principi enunciati nel trittico *Halper*, *Austin* e *Kurth Ranch* anche in caso di confisca *in rem*. Un atteggiamento formalistico non permette di assicurare una adeguata protezione giuridica, cui più opportunamente può giungersi, superando il dualismo *criminal - civil*, per orientarsi sulla concezione sostanziale indennizzo - punizione (*remedia - punitive*). *Ursery*, 116 S. Ct., 2152-2163. La sanzione reale avente ad oggetto l'abitazione personale, in particolar modo, è vista con particolare sfavore: cfr. J. VERVAELE, *Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, cit., pagg. 972-973.

<sup>84</sup> *Hudson v. United States*, 118 S. Ct. 488, 494 (1997).

<sup>85</sup> *Ibidem*, 493-495. Nella sua *dissenting opinion*, il Justice Stevens afferma che «the Government cannot use the "civil" label to escape entirely the Double Jeopardy Clause's command (...) that proposition is extremely important because the States and the Federal Government have an enormous array of civil administrative sanctions at their disposal that are capable of being used to punish persons repeatedly for the same offense, violating the bedrock double jeopardy principle of finality» (499).

<sup>86</sup> L. MELEYZER, *Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1998-1999, pag. 1030 e 1044. L'A. osserva che nella *post-Hudson era*, caratterizzata da una presunzione («a prima facie evidence») sulla natura civile delle sanzioni e di legittimità della qualificazione operata dal legislatore, vi sarà «[a] less vigorous review by the federal court system, and the lesser protections available to the defendant all contribute to a greater burden on the citizen and greater opportunity for governmen-

In conclusione, da una veloce ricognizione dei precedenti in materia, si possono registrare simili e confliggenti sentimenti nella giurisprudenza U.S.A., dimidiata fra la preoccupazione di fornire uno strumento di arbitrio nelle mani delle corti inferiori, quanto di evitare abusi del potere esecutivo nel ricorso alle sanzioni civili, cui apparentemente ha risposto con ondivaghe prese di posizione, solo parzialmente capaci di costruire una giurisprudenza unitaria.

## 6. L'intervento del legislatore e la protezione delle Corti.

Dall'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, possiamo trarre pochi ma significativi dati certi. Il principio del *ne bis in idem* non ha fondamento nel diritto internazionale consuetudinario, non fa parte dei principi europei a carattere transazionale né ha portata autonoma nella nostra Carta Fondamentale. Le Corti Supreme nazionali e sovranazionali hanno dovuto fare ricorso ai principi tracciati dalla Corte e.d.u. per assicurare protezione avverso le duplicazioni sanzionatorie. Tuttavia, la forza garantistica ed innovativa della Convenzione non sta nel dato positivo dell'art. 4 Prot. VII ma nella possibilità di guardare oltre il dato formale dell'illecito, avvalendosi dei criteri *Engel*. D'altronde, lo strumento riqualificatorio, per quanto sia una soddisfacente soluzione contro gli abusi del potere pubblico, è al contempo la causa del problema che abbiamo affrontato, agendo come sabbia negli ingranaggi della macchina punitiva e rendendo, in definitiva, incerto l'*an* e il *quomodo* dell'operatività della preclusione.

Kelsen osservava che «sanctions are coercitive acts, and sanctions inflicted upon individuals by administrative organs are certainly encroachments upon the property, freedom, and even life of the citizens»<sup>87</sup>. Le sanzioni amministrative e quelle penali sono funzionalmente identiche nel loro contenuto afflittivo, fatta eccezione che per l'organo che le adotta<sup>88</sup>. In considerazione della loro equipollente capacità di incidere su valori

---

tal abuse of power». Il Congresso, dal canto suo, ha già previsto un vasto numero di sanzioni civili e sarà portato a ricorrere ancora più frequentemente a questo modello punitivo.

<sup>87</sup> H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, pag. 278; trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, pag. 283. Vds., inoltre, J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, Clark, 2005, pagg. 312-314, ove è compiuta una panoramica del pensiero, non solo di Kelsen, ma anche di Bentham ed Austin sulla natura e la funzione delle sanzioni. Quest'ultimo studioso osservava che «the difference between criminal and civil sanctions was only procedural one, namely, the civil sanction "is enforced at the discretion of the party whose right has been violated, while criminal sanction "is enforced at discretion of Sovereign or State"». A riguardo, J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, New York, 1879, pag. 518.

<sup>88</sup> E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, pagg. 1 ss. L'A. ritiene che la categoria «sanzione» sia priva *tout court* di contenuto strutturale e normativo, nonché carente di un effettivo contenuto descrittivo. In senso critico, rispetto alla elaborazione di una nozione valida (in particolare) ai fini dello studio del processo civile, osserva che «lungi invero dal costituire qualcosa di strutturalmente preciso, per Benvenuti la sanzione coincide colla "garanzia" della giuridicità della norma, per Mandrioli colla "necessarietà" di questa, per Cornelutti col giudizio di conformità d'un atto al diritto. Così il concetto di generalizza; la sanzione cessa d'identificarsi in un'idea definita (ad es.: l'idea di una menomazione giuridica di un contenuto esattamente caratterizzato), per sfumare in qualcosa di vago, sulla cui presenza nella norma è forse arduo non trovarsi, in largo e determinato senso, d'accordo, ma che non aggiunge alla definizione della norma nulla di tangibile né di rilevante». Nello stesso senso, v. anche F. C. PALAZZO, *CORSO DI DIRITTO PENALE: PARTE GENERALE*, Torino, 2016, pag. 48, ove tuttavia vengono evidenziate alcune differenze operative; G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione*

costituzionalmente protetti, non sarebbe coerente permettere al legislatore di sottrarsi alle garanzie ordinarie, per il solo fatto di aver scelto un diverso *nomen iuris*<sup>89</sup>.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, come la Corte e.d.u., ha preferito un approccio sostanziale, volto a riconoscere le stesse garanzie costituzionali previste per i procedimenti penali, anche a quei procedimenti e a quelle sanzioni che, nella qualificazione del legislatore, penali non sono ma attuano una pretesa sanzionatoria identica. Lo osserva chiaramente la Corte Suprema, quando afferma che l'approccio formale «is not well suited to the context of

---

*amministrativa*, Milano, 1984, pag. 207 che si esprime in termini di «identità del carattere punitivo della sanzione nei due rami del diritto»; cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, pag. 65, che non a caso, riferendosi alle sanzioni amministrative, parla di «pena in senso tecnico»; cfr. E. CAPACCIOLI, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative*, in Aa. Vv., *Le sanzioni amministrative (Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione)*, Varese, 18-20 settembre 1980, Milano, 1982, pag. 11, che pone l'accento sulla ontogenesi di derivazione penalistica di molte sanzioni amministrative, in particolare dopo la depenalizzazione avvenuta con L. 24 novembre 1981, n. 689; nonché, con riferimento al sistema punitivo tributario, R. CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996, pag. 50. Questo profilo dogmatico, nel *civil law*, sembra essere stato affrontato solo dal legislatore tedesco, che al § 1(1) del *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, sente il bisogno di dare un'espresa definizione di sanzione amministrativa: «condotta antijuridica e colpevole che integra le circostanze previste dalla legge per l'irrogazione di una sanzione amministrativa». Si tratta, è evidente, ancora una volta di una nozione tautologica e formale, basata sul *contenuto* della misura. Quanto alla dottrina tedesca, con particolare riguardo alle tesi del Roxin, vds. C. C. LAUTERWEIN, *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, New York, 2016, pagg. 18 ss. nonché R. TITOMANLO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, pag. 439, nota 5 e bibliografia *ivi* citata. Inoltre, volendo provare ad offrire uno spunto di riflessione, non senza un certo spirito di preveggenza, questioni analoghe di sostanziale identità funzionale con conseguente riqualificazione della misura afflittiva in senso sostanzialmente penale ed operatività del *ne bis in idem* convenzionale, potrebbero porsi con riferimento al diritto punitivo civile. Si pensi alle (inedite) sanzioni pecuniarie civili previste dal D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 o alla responsabilità aquiliana nell'ipotesi in cui il risarcimento imposto al danneggiante abbia funzione punitiva. L'ingresso dei cd. *punitive damages* nel nostro ordinamento, infatti, sempre negato dalla giurisprudenza di legittimità, sembra oggi vedere qualche spiraglio di apertura, a seguito di Cass. civ., Sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978 (in *Foro it.*, 2016, 6, I, pag. 1981, con nota di E. D'ALESSANDRO), con cui è stata rimessa al Primo Presidente, affinché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione della non riconoscibilità, per contrarietà con l'ordine pubblico, della sentenza straniera che conceda danni punitivi. Tale ultima questione si è già posta nel diritto nordamericano, ove la giurisprudenza ha ritenuto operante la *Double Jeopardy Clause* quando l'azione civile sia stata promossa dallo Stato. Diffusamente, sul diritto U.S.A., P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*. *Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, pagg. 42 ss. La possibilità qui prefigurata non è così remota se si tiene conto che l'art. 187-undecies T.U.F. riconosce alla CONSOB la facoltà di costituirsi parte civile nel procedimento per il reato previsto dall'art. 184, e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito. Peraltro, la locuzione del co. 2 dell'art. 187-undecies rappresenta uno di quei rari casi in cui l'ordinamento attribuisce al giudice il potere di applicare danni punitivi: in questo senso, vds. G. LUNGHI, *L'aggiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. soc.*, 2007, pag. 482; C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 6, pagg. 1760B ss., nonché G. G. SANDRELLI, *Costituzione di parte civile nel processo penale per market abuse*, in *Giur. Merito*, 2013, pag. 1847 ss. ove si osserva che il potere attribuito all'ente, conferisce maggiore «peso nella dialettica processuale e nell'istanza repressiva per questo tipo di illeciti». In senso contrario, minoritarie, si esprimono in termini di vero e proprio risarcimento del danno, cfr. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. prat. soc.*, 2007, pag. 67; *Id.*, 25 ottobre 2006, in *Corr. merito*, 2007, pag. 767.

<sup>89</sup> F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pag. 132: la disciplina convenzionale europea ci permette di ritrovare un «principio di civiltà giuridica e di coerenza logica», nonché, in fine, il *proprium* del diritto amministrativo, ovvero «la consapevolezza della comune matrice imperativa di ogni principale espressione di funzione pubblica», avverso la quale il cittadino ha diritto ad identiche garanzie. O, per dirla con le parole di una common lawyer, «double jeopardy protection from the power of the State may be needed equally in the civil and criminal arenas» (L. MELENZER, *Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States*, cit., pag. 1044).

the “human interests” safeguarded by the Double Jeopardy Clause’s proscription of multiple punishments. This constitutional protection is intrinsically personal. Its violation can be identified only by assessing the character of the actual sanctions imposed on the individual by the machinery of the state»<sup>90</sup>.

Sullo sfondo, però, rimane la pretesa punitiva dello Stato, di cui l’interprete non può disinteressarsi: determinate condotte restano offensive per altri valori protetti dall’ordinamento<sup>91</sup>. Per avere un sistema sanzionatorio efficace, in che modo e fino a che punto, queste devono essere punite? Il Pubblico Ministero della causa *Ursery*, prima che venisse emessa la sentenza, ammonisce la Corte Suprema: «questo caso ha delle implicazioni disastrose, tanto per le autorità punitive dello Stato federale quanto per quelle degli Stati e per il sistema giudiziario». Se dovesse essere seguito il criterio riqualificatorio sostanziale, prosegue, «le autorità punitive stanno per perdere uno degli strumenti più preziosi nella lotta contro la criminalità»<sup>92</sup>. Altra, non secondaria, questione: l’adozione di criteri sostanziali di valutazione delle fattispecie di illecito, come abbiamo visto, porta con sé il rischio dell’arbitrio nell’esperimento dei *tests* elaborati dalle Corti superiori e la possibile vanificazione degli sforzi disciplinatori del legislatore.

Ad ogni modo, il potere legislativo non ha predisposto strumenti per adeguarsi in via generale alla giurisprudenza convenzionale né gli altri formanti sembrano essere stati in grado di fornire una via d’uscita interpretativa. Come si è avuto modo di osservare, la renitenza della giurisprudenza ad un pieno accoglimento delle elaborazioni pretorie della Corte di Strasburgo viene di rado sottoposta a censura (se non avallata) dalla Corte Costituzionale. Riguardo alla questione, non distante, dell’applicabilità della confisca urbanistica prevista dall’art. 44, co. 2, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, anche in mancanza dell’addebito di responsabilità penale contenuto in una decisione di condanna, la Corte e.d.u., partendo dalla qualificazione in senso sostanzialmente penale della misura ablativa, ha ravvisato un contrasto con gli artt. 6 e 7 della Convenzione. Il Giudice delle Leggi, adito sulla possibilità di applicare la sanzione reale anche nel caso in cui il reato si estingua per prescrizione, ritenendo non opportuno un intervento manipolativo, ha preferito, con la decisione n. 49/2015, dichiarare inammissibile la *quaestio* ed affermare in via incidentale, alcune condizioni di legittimità per l’applicazione *borderline* della norma denunciata<sup>93</sup>. Il

---

<sup>90</sup> *Helper*, 490 U.S., 447.

<sup>91</sup> In taluni casi, è il diritto dell’Unione Europea a prevedere obblighi di incriminazione. Ma non solo: essi potrebbero provenire dalla Convenzione europea (il *Preambolo* prescrive che le Alte parti contraenti si obbligano a «prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale») o dalla stessa Costituzione del 1948 (si pensi all’art. 13, co. 4, Cost.). Quanto agli obblighi di fonte europea, essi si pongono come vincoli di costituzionalità rilevanti ex art. 117, co. 1, Cost. Vds. M. PELISERO, *Principi generali di politica criminale*, in C. F. GROSSO, M. PELISERO, D. PETRINI e P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, pagg. 71-72; A. PAGLIARO, *Diritto penale e cultura europea*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, 2009, IV, 2, pag. 554.

<sup>92</sup> NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL, *Financial Crimes - Report*, 1996/1L cit. in J. VERVAELE, *Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell’ordinamento degli Stati Uniti d’America*, cit., pag. 972.

<sup>93</sup> Sull’argomento della confisca urbanistica, solo al fine di una comparazione delle argomentazioni svolte dalla Corte Costituzionale con il caso che qui ci occupa, vds. M. SANTISE e F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di*

*reasoning* del Giudice delle leggi è simile a quanto abbiamo visto nella sentenza n. 102: enunciare regole ulteriori per rendere compatibile il dato positivo con le garanzie convenzionali<sup>94</sup>.

Tuttavia, le decisioni in commento non si pongono in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte e.d.u. I criteri *Engel* sono ormai un dato acquisito e la Consulta non ne ha affatto ipotizzato un abbandono. L'*obiter dictum* della Corte, infatti, riguarda il doppio binario, la cui legittimità era stata messa in dubbio alla luce della portata dell'art. 4 Prot. VII. Si dovrà convenire, tuttavia, che la Corte di Strasburgo non ha mai esplicitamente vietato l'astratto ricorso ad una doppia previsione sanzionatoria<sup>95</sup>. Nello stesso senso, si è visto, si sono poste la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E. e della Corte Suprema U.S.A. Di quest'ultimo organo giurisdizionale giova ricordare quanto affermato nel caso *Helvery*: «Congress may impose both a criminal and a civil sanction in respect to the same act or omission; for the double jeopardy clause prohibits merely punishing twice, or attempting a second time to punish criminally for the same offense»<sup>96</sup>. Inoltre, si può osservare che è costituzionalmente legittima l'opzione di politica criminale per cui «un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della

---

*Diritto penale*, Torino, 2016, pagg. 474 ss; P. TANDA, *Sub art. 30*, in M. A. SANDULLI, (cur.), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, pagg. 742 ss. e, sulle sanzioni, V. POLI, *Sub art. 44*, in *ivi*, pagg. 968 ss.

<sup>94</sup> Tuttavia, come si dirà appena più avanti, la Consulta, non giunge, nelle sentenze in commento, ad affermare che i criteri *Engel* non facciano parte di quella giurisprudenza consolidata di cui i giudici nazionali devono tenere conto ed anzi, a ben vedere, non adopera affatto tale strumento ermenutico. Sulla nozione di giurisprudenza convenzionale consolidata, cfr. Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49, con nota di G. RAGONE, *Giurisprudenza Cedu e ordinamento interno: nuove istruzioni per l'uso da parte della Corte costituzionale italiana*, in *DPCE online*, 2015, 2, nonché di V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, art. 117 Cost., *obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. Pen.*, 2015, 6, pagg. 2204 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *The Margin of Appreciation of National Judges on Issues Covered by Judgments of the European Court of Human Rights*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pagg. 13 ss.; F. VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, pagg. 177 ss.

<sup>95</sup> Nei confronti del medesimo fatto materiale possono essere applicate, al termine di diversi procedimenti, pure condotti da diverse autorità, differenti sanzioni sostanzialmente penali, senza determinare una violazione dell'art. 4 Prot. VII, fintanto che fra i procedimenti sanzionatori vi sia «sufficiently close connection in substance and in time». Tale requisito è presente se il secondo *iter* procedimentale non dia luogo ad un nuovo ed autonomo accertamento ma si fondi sulle risultanze istruttorie già esistenti. In questo senso si veda Corte e.d.u., 13 dicembre 2005, ric. n. 73661/01, *Nilsson c. Svezia*, §42. Sul punto, in senso conforme, vds. D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES e C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, pagg. 971-972, il quale osserva che «In principle, Article 4 does not preclude separate offences being tried by the same or even different courts if they were part of a single criminal act. But whilst in some cases identifying what are separate offences will be a straightforward exercise, in other the issue is very complicated». Inoltre, il Supremo consesso della giustizia amministrativa ha di recente osservato che «l'art. 4, Prot. n. 7 implica soltanto la *tendenziale* messa al bando del c.d. "doppio binario" sanzionatorio, vale a dire la previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo» (corsivo mio). Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4, in *Foro Amm.*, 2016, pagg. 1158 ss., con osservazioni di S. SILVERIO, *Il parziale revirement del Consiglio di Stato in tema di specialità «per settori»*.

<sup>96</sup> È interessante osservare che l'espressione della Corte Suprema faccia eco alla formulazione proposta da James Madison della *Double Jeopardy Clause*: "No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or one trial for the same offense" (in *Annals of Congress*, James Gales ed., 1789), poi, come è noto, non adottata nel V Emendamento.

discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati»<sup>97</sup>. Il Giudice delle leggi, dopo aver ricordato la natura processuale della preclusione<sup>98</sup>, chiarisce che essa non osta ad una previsione multipunitiva, *a fortiori* da considerarsi legittima laddove una delle sanzioni sia formalmente amministrativa, purché queste siano adottate al termine di un *iter* procedimentale unitario e non soggetto a frazionamenti o riaperture. E, dunque, a prescindere dai motivi in rito, è per salvaguardare la discrezionalità nella scelta della risposta punitiva<sup>99</sup> che la Corte sembra aver definito in questo modo i giudizi, auspicando un intervento del legislatore che disciplini la specialità fra le norme sanzionatorie e ne coordini i procedimenti<sup>100</sup>. L'eventuale riforma, nel rispetto delle *regulae iuris* enunciate, dovrà essere in grado di coprire integralmente l'offensività delle condotte<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200, cit. In dottrina, cfr. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2013, pag. 794, ove l'A. esclude l'operatività del *ne bis in idem*, sia nella sua portata sostanziale che processuale, in caso di concorso formale di reati, in quanto «non tutti gli elementi e i requisiti della situazione storica sono presi in considerazione da entrambi gli schemi legali», nonché, nello stesso senso P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pagg. 973 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 15 aprile - 17 giugno 2009, n. 25141, CED 243908.

<sup>98</sup> F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, cit., pagg. 114 ss.; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pagg. 454-455; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pag. 1223; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pag. 394; C. LOSANA, *Reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, pagg. 1189 ss. Per un approccio analogo nel diritto statunitense, vds. G. C. THOMAS III, *Double Jeopardy: The History, The Law*, cit., pagg. 7 - 17. Benché evidentemente vi sia una coincidenza, perlomeno parziale, nella portata garantistica degli istituti. V. inoltre, G. Lozzi, *op. loc. cit.*: l'A. osserva che, benché i due profili abbiano diversa portata, «non significa che il *ne bis in idem* sostanziale non avvalori l'interpretazione del *ne bis in idem* processuale come principio diretto ad assicurare la certezza in senso soggettivo». Dunque, «il *ne bis in idem* sostanziale e quello processuale escludono che due fattispecie giudiziali identiche, sia pure con diverso *nomen iuris* (...), vengano in concreto ambedue addebitate all'autore del fatto storico».

<sup>99</sup> Bobbio pone l'accento su questo profilo, osservando che la sanzione sia una «risposta» o una «reazione», intesa quale modalità «di restaurazione dell'ordine turbato», di «ristabilimento dell'equilibrio» lesi dal comportamento antigiuridico. In questo modo, avviene un «rafforzamento dell'osservanza della norma» che passa attraverso l'istituzionalizzazione, nel sistema normativo, del meccanismo di conservazione del sistema nei confronti di coloro i quali non ne osservino le prescrizioni. Tale procedimento, che si compone di quattro fasi: «la specificazione dei comportamenti che richiedono una risposta; b) la determinazione della misura, se pure entro una certa approssimazione, in cui deve essere contenuta la risposta; c) la designazione della persona o delle persone cui viene attribuita la funzione di decidere se l'atto compiuto sia tra quelli che richiede una risposta e in quale misura; d) la fissazione di regole in base alle quali deve svolgersi in processo di decisione», culmina nella previsione di attribuzione del potere sanzionatorio, che pertiene alla discrezionalità legislativa. Vds. N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVI, pagg. 537-540.

<sup>100</sup> Rriguardo alle sanzioni tributarie, il legislatore ha già provveduto con il D. Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, giustificando la restituzione degli atti con l'ordinanza n. 112/2016 di cui si è detto, mentre, riguardo alle sanzioni per market abuse, si attende l'attuazione della Direttiva 2014/57/UE, che esclude le sanzioni amministrative in favore del solo binario sanzionatorio penale. Quanto alle materia del *market abuse*, cfr. la L. delega 9 luglio 2015, n. 114, ove la lett. m) ordina di «evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla CONSOB di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate», ma alla lett. i) si legge il seguente principio: «prevedere che siano individuate, fermo restando un sistema di sanzioni amministrative proporzionato, efficace e dissuasivo, condotte dolose gravi di abuso di mercato punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive».

<sup>101</sup> I possibili scenari normativi che potrebbero delinearsi sono i seguenti: a) un sistema sanzionatorio che si esaurisca in un'unica sanzione sostanzialmente penale o i una pluralità di sanzioni sostanzialmente amministrative, secondo i criteri *Engel*; b) un sistema a doppio binario sanzionatorio, in cui la legge puntualmente definisce i casi di applicazione dell'una o dell'altra disposizione punitiva; c) un sistema a doppio binario sanzionatorio,

che si intende sanzionare, senza tuttavia superarla, infliggendo punizioni ingiuste<sup>102</sup>. Visto in questa prospettiva, l'atteggiamento prudente del Giudice delle leggi non sembra del tutto criticabile purché, se tale inerzia dovesse protrarsi, a fronte di un nuovo giudizio incidentale, venga presa una posizione netta, volta a censurare l'inadempienza parlamentare, colmando le lacune dell'ordinamento, ed al contempo dettando criteri guida per uniformare l'estensione applicativa della garanzia da parte della giurisprudenza.

---

con criteri elastici che permettano all'autorità precedente di adottare entrambe le sanzioni al termine di un unico procedimento o di procedimenti coordinati. L'opzione *sub a*) sembra essere quella preferita dal legislatore europeo nel campo del *market abuse* e sul punto cfr. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 2015, 1, pagg. 18-25; F. CONSULICH e F. MUCCIARELLI, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Società*, 2016, 2, pag. 179. Quanto all'opzione *sub b*), è quella prevista da alcuni ordinamenti europei, come quello inglese nel *Regulatory Enforcement and Sanctions Act* del 2008. In argomento vds. S. PASETTO, *Inghilterra*, cit., pagg. 64 ss. La strada indicata *sub c*), invece, potrebbe essere fondata su una varietà di possibili principi in grado di dare coerenza e giustizia sostanziale all'operare dell'azione pubblica. Si pensi all'*Anrechnungsprinzip*, anche noto come *Principle of "set off"* o *Principle of "taking into account"*, secondo cui l'autorità che irroga la seconda sanzione deve tenere conto del contenuto afflittivo della prima. A riguardo, cfr. B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, cit., pagg. 32-33. Sulla graduabilità come elemento intrinseco della sanzione, cfr. F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, XLI, pag. 322, ove sembra essere esclusa dal *genus* la nullità *ex art. 1418 cod. civ.* poiché priva di tale qualità.

<sup>102</sup> Infatti, sembra essere questo l'*ubi consistam* delle sanzioni giuridiche, tale da differenziarle da altre tipologie di sanzioni. Così N. BOBBIO, *Sanzione, ad vocem*, pag. 539: «le sanzioni giuridiche differiscono dalle altre sanzioni unicamente per le modalità della loro applicazione». Tali modalità comprendono, in particolar modo, le garanzie formali e sostanziali del giusto procedimento. Lo osserva anche la Corte e.d.u. nell'arresto *Grande Stevens* al § 38, ove critica l'impostazione della nostra Corte Suprema secondo cui «le disposizioni costituzionali in materia di giusto processo e di diritto alla difesa si applicavano soltanto ai procedimenti giudiziari, e non al procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative».