



**Ruggero Rudoni \***

**Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e *ne bis in idem* (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativa al ‘doppio binario’ in materia di diritto d’autore) \*\***

SOMMARIO: 1. Una prima pronuncia di incostituzionalità per incompatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale di un sistema di ‘doppio binario’ punitivo: osservazioni preliminari. – 2. I tratti del sistema punitivo di ‘doppio binario’ in materia di diritto d’autore e i termini della questione di legittimità costituzionale. – 3. Il contenuto della garanzia convenzionale, evocata quale parametro interposto di costituzionalità, e la sua operatività rispetto alle ipotesi di ‘doppio binario’. – 4. La mancata evocazione della corrispondente garanzia europea del *ne bis in idem* e le relative implicazioni nel giudizio di costituzionalità. – 5. La limitazione del *petitum* allo specifico ‘doppio binario’ oggetto del giudizio *a quo* quale condizione necessaria per l’esame nel merito (e per il conseguente accoglimento) della questione di legittimità costituzionale. – 6. I peculiari caratteri del giudizio ‘bifasico’ di compatibilità del sistema punitivo con il *ne bis in idem* convenzionale. – 7. La contestualizzazione della pronuncia nella complessiva giurisprudenza costituzionale: nuovo paradigma decisorio o *unicum* coerente con i precedenti? – 8. La difficile giustiziabilità della proporzionalità procedimentale e sanzionatoria dei cumuli punitivi eterogenei: i limiti di intervento della giurisdizione costituzionale e gli ‘spazi’ (inevitabili) aperti alla giurisdizione comune.

**1. Una prima pronuncia di incostituzionalità per incompatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale di un sistema di ‘doppio binario’ punitivo: osservazioni preliminari**

La decisione annotata<sup>1</sup> è l’ultima di una serie di pronunce in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare la conformità alla garanzia del *ne bis in idem* sancita dall’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU di sistemi punitivi di ‘doppio binario’, in quanto istitutivi di un cumulo di procedimenti e sanzioni di diversa natura, penali ed extrapenali, tesi a reprimere

\* Assegnista di ricerca in diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

<sup>1</sup> Corte cost., sent. n. 149/2022, Pres. Amato, Red. Viganò; già annotata da M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore*, in *sistemapenale.it*, 2022.

una medesima condotta illecita<sup>2</sup>. La problematica, che aveva investito diversi settori ordinamentali, tra cui abusi di mercato<sup>3</sup>, violazioni tributarie<sup>4</sup>, aiuti comunitari nel settore agricolo<sup>5</sup>, obblighi di mantenimento a carico di genitori<sup>6</sup> e ora anche quello in materia di diritto d'autore, trae origine dalle più recenti elaborazioni della Corte europea dei diritti – in séguito sostanzialmente condivise, pur se non senza qualche distonia, anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'interpretazione della corrispondente tutela riconosciuta all'art. 50 CDFUE – secondo cui siffatti sistemi punitivi si giustificano se i procedimenti e le sanzioni di

<sup>2</sup> Sulla problematica, per un approfondimento, anche in chiave comparatistica, si vedano i contributi apparsi nella sezione monografica, a cura di E. GROSSO, del fascicolo n. 4/2019 della rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*: ID., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, *ivi*, 1003-1014; E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati finanziari ed equo processo*, *ivi*, 1049-1072; A. PROCACCINO, *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, *ivi*, 1073-1112; C. PETTERUTI, *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, *ivi*, 1113-1138; M. OROFINO, *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, *ivi*, 1139-1174; E. CECCHERINI-S. RODRIQUEZ, *Politiche vaccinali, sanzioni ed esenzioni. Riflessioni di diritto comparato*, *ivi*, 1175-1220; F. BAILO, *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, *ivi*, 1221-1238; e, volendo, R. RUDONI, *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, *ivi*, 1015-1048. La letteratura è ampia: fra i molti, cfr. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e «doppio binario sanzionatorio»: prime riflessioni sugli effetti della sentenza «Grande Stevens» nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 201 ss.; ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento interno. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2016, 515 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 219 ss.; ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 186 ss.; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» della sentenza*, in *Quad. cost.*, 2014, 740 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani*, in E. DESANA-P. MONTALENTI-M. SALVADORI (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio CONSOB al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 15 ss.; R. CONTI, *Ne bis in idem*, in *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 438 ss.; G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 469 ss., 469 ss.; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Riv. AIC*, 3, 2015; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del «doppio binario» sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2014, 82 ss.; A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss.; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali, in federalismi.it*, 2018; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2020; M. SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi «a doppio binario»*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2021, 180 ss.; A. LONGO-F.M. DI STEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *federalismi.it*, 2017; G. ANGIOLINI, *Una questione irrisolta: il ne bis in idem «europeo» e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss.

<sup>3</sup> Si v. Corte cost., sent. n. 102/2016, su cui cfr. anche A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1498 ss.; F. VIGANÒ *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni, in penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org); e volendo anche R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, 2016; sent. n. 240/2018, sulla quale cfr. G. FIDONE, *Sulla qualificazione sostanziale del potere della CONSOB di cui al previgente art. 55 comma 2 del t.u. finanza: misura cautelare o sanzionatoria?*, in *Giur. cost.*, 2019, 443 ss.

<sup>4</sup> Si v. Corte cost., ord. n. 112/2016, su cui cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org); ord. n. 209/2016; ord. n. 229/2016; sent. n. 43/2018, con note di F. PEPE, *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 520 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, 530 ss.; sent. n. 222/2019, su cui E. BINDI, *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, reperibile in [giurcost.org](http://giurcost.org); M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2649 ss.; E. APRILE, *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il «doppio binario sanzionatorio», penale e amministrativo, per lo stesso fatto*, in *Cass. pen.*, 2020, 596 ss.; A. DE LIA, *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 2020; ord. n. 114/2020; ord. n. 136/2021.

<sup>5</sup> Corte cost., ord. n. 54/2018.

<sup>6</sup> Corte. Cost., sent. n. 145/2020, con nota di E. MALFATTI, *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6, 2020.

diversa veste formale che li costituiscono diano luogo, in concreto, a un'unica risposta punitiva prevedibile, integrata e coordinata. In effetti, nelle ipotesi in cui il cumulo punitivo coinvolge anche procedimenti e sanzioni esterni al diritto propriamente penale, diviene centrale il grado di 'connessione' eventualmente sussistente fra i due àmbiti sanzionatori<sup>7</sup>.

In questa occasione, a dare luogo ai dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con la norma interposta convenzionale erano i peculiari caratteri della disciplina sanzionatoria in materia di violazioni del diritto d'autore, recata dalla legge n. 633 del 22 aprile 1941<sup>8</sup>, che affianca a ipotesi delittuose previste dagli artt. 171, 171-*bis* e 171-*ter*, per le quali sono comminate anche pene detentive, omologhe figure di illecito amministrativo di cui all' art. 174-*bis* dal perimetro applicativo pressoché coincidente, alle quali sono associate consistenti sanzioni pecuniarie<sup>9</sup>. Il concorso di procedimenti e di sanzioni predisposto dal legislatore è stato ritenuto contrastante con i rinnovati contenuti della garanzia fondamentale proprio per la mancata integrazione del criterio, di origine giurisprudenziale, della 'connessione sufficientemente stretta' materiale e temporale fra i due 'binari' punitivi, i quali percorrono traiettorie parallele senza raccordo alcuno né sul piano processuale, visto che la conclusione del procedimento amministrativo non ha alcuna incidenza sul processo penale e viceversa, né sotto il profilo sostanziale, stante l'assenza di speciali meccanismi che consentano di commisurare le sanzioni tenendo conto di quelle già irrogate nel procedimento venuto per primo a conclusione<sup>10</sup>.

La rilevata incompatibilità del sistema punitivo in esame con i contenuti del *ne bis in idem* convenzionale ha portato la Corte costituzionale ad accogliere la questione sollevata sull'art. 649 cod. proc. pen. per impedire l'operatività del sistema di tale 'doppio binario' sanzionatorio in caso di conclusione del procedimento amministrativo sanzionatorio, impedendo che il processo penale continui a celebrarsi. La portata della norma processuale viene estesa, attraverso una pronuncia additiva (di regola)<sup>11</sup>, all'ipotesi in cui un soggetto, già soggetto a procedimento amministrativo, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-*bis* l. cit., sia imputato per taluno dei corrispondenti delitti previsti dall'art. 171-*ter* dello stesso corpo legislativo<sup>12</sup>.

Si tratta della prima pronuncia di incostituzionalità dovuta all'accertamento del contrasto fra un sistema sanzionatorio interno di 'doppio binario' e la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale. Essa riguarda una disposizione processuale che in precedenza era già stata oggetto di questioni di legittimità costituzionale – originate in procedimenti, penali o extrapenali, relativi ad altri sistemi sanzionatori – che, però, non erano mai state esaminate nel merito per ragioni di carattere

<sup>7</sup> Vi si tornerà *funditus*, si v. *infra*, §§ 3 e 4.

<sup>8</sup> L. n. 633/1941, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

<sup>9</sup> L'art. 174-*bis* l. cit., prevede, infatti, che «[f]erme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1.032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto».

<sup>10</sup> Sul giudizio nel merito condotto dalla Corte costituzionale, si v. *infra*, § 6.

<sup>11</sup> Cfr., *ex multis*, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, il Mulino, 2018, 231-233.

<sup>12</sup> La pronuncia di incostituzionalità, cioè, ha esteso la disciplina processuale del divieto di secondo giudizio penale all'ipotesi oggetto del giudizio *a quo*, come si vedrà *infra*, § seguente.

processuale<sup>13</sup>. Il diverso esito realizzatosi nella specie induce a soffermarsi, anzitutto, sulla specifica fattispecie oggetto del giudizio *a quo* e sul modo in cui la questione di legittimità costituzionale sia stata, in tale ambito, sollevata e, più in generale, sulle caratteristiche di operatività del sistema punitivo in materia di violazione del diritto d'autore, onde poterne comprendere i relativi, particolari profili di attrito con la tutela fondamentale, giudicati sussistenti nella pronuncia in commento<sup>14</sup>.

## **2. I tratti del sistema punitivo di 'doppio binario' in materia di diritto d'autore e i termini della questione di legittimità costituzionale.**

La questione di legittimità costituzionale veniva sollevata dal Tribunale di Verona nell'ambito di un procedimento penale in cui era contestata, quale reato *ex art.* 171-ter, comma 1, lett. b), l. n. 633/1941<sup>15</sup>, la condotta di detenzione per la vendita e l'abusiva riproduzione di opere letterarie fotocopiate oltre il limite di legge consentito nei confronti di un soggetto già destinatario di una sanzione pecuniaria, in quanto ritenuto autore dell'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis l. cit. con sentenza passata in giudicato<sup>16</sup>. Il processo penale, avviato a séguito dell'opposizione alla richiesta del pubblico ministero di emissione di decreto penale di condanna, verteva sul medesimo fatto illecito alla base dell'irrogazione della sanzione amministrativa, secondo il modello legislativo<sup>17</sup>.

La norma sanzionatoria extrapenale, introdotta dalla legge n. 248 del 18 agosto 2000<sup>18</sup>, prevede infatti l'applicazione di sanzioni pecuniarie amministrative per le ipotesi di violazione delle disposizioni previste nella Sezione II della l. n. 633/1941, in aggiunta, perciò, alle sanzioni già riconnesse alle esistenti fattispecie di illecito, come dimostra la relativa clausola di apertura della norma sanzionatoria, che esplicitamente mantiene «ferme le sanzioni penali applicabili». La precisa scelta di duplicare la risposta punitiva è confermata cristallinamente anche dai lavori

<sup>13</sup> Sul tema, si v. *infra*, § 7.

<sup>14</sup> La problematica compatibilità di sistemi di 'doppio binario' punitivo con la garanzia del *ne bis in idem* costituisce un esempio cristallino degli attriti insorgenti dalla contrapposizione delle diverse prospettive nazionale (formalistica) e sovranazionale (sostanzialistica). Sul tema generale, V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi*, 2018, 7, evidenzia l'interesse costituzionalistico di una ricerca sui profili di tensione in atto fra due esigenze difficilmente conciliabili: da un lato, l'armonizzazione del diritto penale a livello europeo e, dall'altro, la conservazione di modelli penalistici espressivi di particolari sistemi interni. Sull'incidenza del diritto giurisprudenziale e convenzionale nella materia delle sanzioni punitive, cfr., *ex multis*, G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2016; C.E. PALIERO-F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013; V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011; E. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2011; E. NICOSIA, *Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006.

<sup>15</sup> La disposizione punisce, «se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque a fini di lucro: [...] abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati».

<sup>16</sup> Per la medesima condotta illecita era già stata irrogata in via definitiva, nei confronti dell'imputato, una sanzione amministrativa pecuniaria pari a euro 5.974.

<sup>17</sup> Nei due procedimenti venivano contestate la detenzione per la vendita e l'abusiva riproduzione di quarantanove testi fotocopati oltre il limite consentito presso la copisteria di cui l'imputato era titolare.

<sup>18</sup> Cfr. art. 8 l. n. 248/2000, *Nuove norme di tutela del diritto di autore*.

preparatori della riforma della disciplina in materia –valorizzata, come si vedrà, anche nella pronuncia della Corte costituzionale<sup>19</sup> – dai quali emerge che la previsione di sanzioni amministrative si inserisce in una prospettiva di cumulo, procedimentale e sanzionatorio, con la finalità di rafforzare l'efficienza repressiva del sistema punitivo. In effetti, l'addizione, si spiegava nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, è giustificata in una logica di rafforzamento del «grado di dissuasività delle misure di contrasto» per «perseguire con maggiore tempestività gli autori degli illeciti, a prescindere [...] dai “benefici” che si possono ottenere in sede penale»<sup>20</sup>.

A fronte di un sistema punitivo siffatto, il remittente giudice penale riteneva necessario sollevare questione di legittimità costituzionale sull'art. 649 cod. proc. pen. per consentire la conclusione del secondo procedimento, nella specie penale, neutralizzando così il cumulo punitivo, giudicato incompatibile con le condizioni di ‘connessione’ materiale e temporale richieste dai più recenti approdi giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>21</sup>. Difatti, chiarita la natura sostanzialmente penale, sempre ai fini convenzionali, della sanzione amministrativa irrogata nei riguardi dell'imputato, in ragione della sua gravità<sup>22</sup> nonché della finalità prevalentemente deterrente<sup>23</sup> e pubblicistica<sup>24</sup> da essa perseguita, il giudice penale rilevava l'assenza di meccanismi di raccordo e collegamento fra i due apparati e procedimenti sanzionatori.

Sotto il primo aspetto, veniva attribuito rilievo all'impossibilità di tener conto in sede penale della già avvenuta irrogazione della sanzione amministrativa, se non entro i ristretti spazi di discrezionalità previsti in base ai criteri di commisurazione *ex art.* 133 cod. pen., e alla quasi perfetta coincidenza delle due fattispecie di illecito, penale e amministrativa<sup>25</sup>. Con riguardo al secondo, si riscontrava che il diritto vivente escludeva, ed esclude, che fra le ipotesi sanzionatorie possa sussistere quella cd. connessione obiettiva per pregiudizialità richiesta per l'operatività

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 149/2022, n. 5.2.2. *Cons. dir.*, su cui si v. *infra*, § 6.

<sup>20</sup> Si v. relazione al disegno di legge A.S. 1496, che ha portato all'approvazione della l. n. 248/2000.

<sup>21</sup> Nell'ordinanza si affermava che l'art. 649 cod. proc. pen. sarebbe «l'unica norma astrattamente applicabile per neutralizzare la duplicazione dei giudizi», visto che «preclude la possibilità di un secondo procedimento penale nei confronti dell'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili in relazione al medesimo fatto»; e che, tuttavia, il tenore letterale della disposizione «non ne consente un'interpretazione convenzionalmente orientata, in virtù dell'univoco riferimento all'autorità giudiziaria penale, che non permette di allargarne lo spettro applicativo agli accertamenti di natura amministrativa». Quindi, il giudice *a quo* non riteneva di accogliere la soluzione interpretativa, volta a rendere operante l'art. 649 cod. proc. pen. anche nei rapporti fra processo penale e procedimento amministrativo sanzionatorio, diversamente da quanto compiuto in isolate pronunce di merito: cfr. Trib. Asti, Sez. pen., sent. 10-4-2015, in *giurisprudenzapenale.com*, 2015, annullata da Cass. pen., Sez. III, sent. 21-4-2016, n. 25815, *P.G. in proc. Scagnetti*, in *C.E.D.*, n. 267301-01; e Trib. Brindisi, Sez. pen., sent. 17-10-2014, in *penalecontemporaneo.it*, 2014 (oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*), pronuncia poi annullata da Cass. pen., Sez. II, sent. 15-12-2016, n. 9184, *P.G. in proc. Pagano*, in *C.E.D.*, n. 269237-01.

<sup>22</sup> Sotto tale profilo si sottolineava come la sanzione amministrativa già irrogata ammontasse a oltre il doppio della multa prevista per l'illecito penale, nel suo minimo edittale, secondo il particolare meccanismo di calcolo basato sul numero di violazioni e sul prezzo dell'opera o del supporto oggetto della violazione.

<sup>23</sup> La funzione prevalentemente deterrente risultava, in effetti, pacificamente ammessa dalla stessa relazione al disegno di legge, sopra citata.

<sup>24</sup> La finalità pubblicistica, invece, era dimostrata dalla destinazione degli importi versati a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria, devoluti per il 50 per cento alla costituzione di un fondo per il potenziamento delle strutture e degli strumenti impiegati nell'accertamento dei reati contro il diritto d'autore e nella restante parte come contributo per campagne di pubblica informazione.

<sup>25</sup> L'assenza di meccanismi di raccordo e collegamento fra le due risposte sanzionatorie comporta che il giudice penale procedente potesse tenere conto dell'avvenuta irrogazione della sanzione amministrativa solo nell'esercizio di quella che definisce come discrezionalità «vincolata» *ex art.* 133 cod. pen., e quindi senza mai poter giungere a non applicare la sanzione penale pecuniaria o commisurarne l'entità al di sotto del limite minimo edittale.

dell'art. 24 della legge n. 689 del 24 novembre 1981, proprio in ragione della sovrapposibilità dei due ambiti applicativi, e che pertanto possa radicarsi la competenza del giudice penale *ivi* prevista ad accertare l'illecito amministrativo e irrogare le relative sanzioni<sup>26</sup>. Si rilevava, inoltre, che le modalità di svolgimento del procedimento penale erano del tutto indipendenti rispetto a quello amministrativo, come confermato dal fatto che, sul piano temporale, la prima udienza dello stesso si fosse celebrata a distanza di oltre cinque anni dall'emissione della sentenza relativa alla sanzione extrapenale divenuta irrevocabile<sup>27</sup>.

### **3. Il contenuto della garanzia convenzionale, evocata quale parametro interposto di costituzionalità, e la sua operatività rispetto alle ipotesi di 'doppio binario'.**

Nell'ordinanza di rimessione la garanzia del *ne bis in idem* veniva evocata nel significato attribuitole dai più recenti approdi della giurisprudenza convenzionale, che richiedono, come noto, l'accertamento della sussistenza dei relativi ordinari elementi costitutivi, secondo un consueto schema quadripartito. Viene in rilievo, anzitutto, la nozione autonoma<sup>28</sup> di 'procedimento penale'<sup>29</sup>, che – nonostante qualche pronuncia in un certo qual modo distonica<sup>30</sup> – è stata ricostruita in modo coincidente a quella di 'materia penale' elaborata ai fini dell'applicazione delle altre garanzie penalistiche, quali il diritto a un equo processo e il principio di legalità ed irretroattività<sup>31</sup>, con la conseguenza che gli illeciti e le sanzioni che siano oggetto dei

<sup>26</sup> In tal senso, Cass. civ., Sez. II, sent. 7-11-2017, n. 30319.

<sup>27</sup> La prima udienza si era celebrata, infatti, in data 10 febbraio 2021, mentre la sentenza del giudice di pace passata in giudicato era stata emessa in data 7 gennaio 2016.

<sup>28</sup> Sull'elaborazione, da parte della Corte europea dei diritti, di nozioni autonome degli istituti e dei beni giuridici previsti dai testi convenzionali rispetto ai corrispondenti istituti e beni di cui agli ordinamenti nazionali, e sulla creazione di un linguaggio giuridico proprio, cfr. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano, Giuffrè, 2012, 28-29, e, per una ricostruzione in chiave anche filosofica, G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>29</sup> Il testo della disposizione convenzionale in questione afferma che la garanzia del *ne bis in idem* può trovare applicazione solo in 'materia penale'. Chiara la scelta in tal senso, come sottolineato peraltro anche dal Rapporto esplicativo al Protocollo n. 7 alla CEDU. Rapporto esplicativo al Protocollo n. 7 alla CEDU, § 28. Quindi, la Corte europea, nel giudicare la ricevibilità di un ricorso mediante il quale si lamenta la violazione del divieto di *bis in idem*, anzitutto valuta se i due procedimenti ai quali il ricorrente sia stato sottoposto rientrino nella materia penale e siano, dunque, da considerarsi come procedimenti penali. Tale verifica, a rigor di logica, dovrebbe rientrare nella valutazione circa la ricevibilità di un ricorso, determinando, in caso di esito negativo, l'inapplicabilità della garanzia, così precludendo un esame nel merito della questione; spesso, però, essa è effettuata congiuntamente all'esame del merito del ricorso.

<sup>30</sup> Si v., ad esempio, in C. Edu, *Haarvig c. Norvegia* (dec.), ric. n. 11187/05, 11-12-2007.

<sup>31</sup> Il problema dell'individuazione dei confini degli illeciti extrapenalici è stato affrontato in stretta connessione con il tema delle garanzie cui essi sono, o dovrebbero essere, assoggettati: sul tema cfr., fra gli altri, V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.; ID., *Sub art. 7*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017; ID., *La materia penale e il «doppio binario» della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.; M. DONINI-L. FOFANI, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli, 2018; C.E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, Cedam, 2001. NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., 48.

procedimenti nazionali debbono integrare i già menzionati *Engel criteria*<sup>32</sup>. Superata questa prima valutazione, si passa all'analisi dell'identità dei fatti contestati nei due procedimenti in base al criterio dell'*idem factum* – accolto pacificamente a partire dalla sentenza resa dalla *Grande Chambre* nel caso russo *Zolotukhin*<sup>33</sup> – alla cui stregua rilevano gli elementi materiali delle condotte illecite oggetto di accertamento, ossia quelle concrete circostanze inscindibilmente legate tra loro che compongono il fatto naturalisticamente inteso<sup>34</sup>. Segue l'esame del terzo elemento costitutivo, rappresentato dalla definitività della sentenza resa in uno dei due procedimenti, concetto che – in conformità al tenore letterale della disposizione contenuta nei trattati – è riempito di significato attraverso il rinvio al diritto processuale nazionale disciplinante i mezzi ordinari per l'impugnazione di una pronuncia e il suo passaggio in giudicato<sup>35</sup>. Infine, viene valutata l'effettiva

<sup>32</sup> Si v. C. Edu, *Göktan c. Francia*, ric. n. 33402/96, 2-7-2002, §§ 44-48; anche ai fini del *ne bis in idem* operano, cioè, i criteri Engel: cfr. C. Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/718, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8-6-1976. L'approdo, tuttavia, è stato oggetto delle riflessioni di C. WONG, *Criminal sanctions and administrative penalties: the quid of the ne bis in idem principle and some original sins*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, Eclan, 2014, 219 ss.; più in generale, C. KARACOSTA, *L'article 4 du protocole n. 7: un droit à portée incertaine*, in S. BRAUM-A. WEYEMBERGH (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, 111 ss.

<sup>33</sup> Rispetto a questa valutazione, la Corte europea dei diritti si è trovata di fronte ad una scelta di campo, ossia definire la nozione di *idem* come *idem factum* ovvero come *idem legale*. Secondo la prima interpretazione proposta, vengono valorizzati gli elementi materiali di fatto caratterizzanti le condotte illecite oggetto di accertamento nei due procedimenti. Con la seconda opzione ermeneutica, invece, è la definizione legale degli illeciti a fungere da criterio-guida, dunque il confronto è condotto tra le fattispecie legali, e i rispettivi elementi costitutivi, dei due illeciti contestati allo stesso soggetto. Per quanto la lettera della disposizione *prima facie* non sembri sollevare particolari problematiche, indirizzando l'interpretazione verso una nozione di *idem legale*, stante l'utilizzo di termini quali «*infraction*» e «*offence*» (rispettivamente, nella versione francese e in quella inglese), la giurisprudenza convenzionale fino al 2009 è stata piuttosto incerta sul punto, tanto da potersi individuare tre diversi filoni interpretativi.

Le diverse posizioni interpretative emerse nella giurisprudenza convenzionale hanno trovato una propria ricomposizione nel 2009 con la sentenza resa nel caso russo *Zolotukhin*, con la quale la *Grande Chambre* ha inteso porre fine alla situazione di incertezza giuridica venutasi a creare (ric. n. 14939/03, 12 febbraio 2009) e ha accolto la nozione di *idem factum*, sia adoperando i canoni ermeneutici dell'interpretazione teleologica ed evolutiva, che ispirandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee (oggi, dell'Unione europea) e dalla Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo dell'Unione europea. Sotto il primo profilo, la Corte europea dei diritti ha chiarito che la scelta di inserire il termine «*offence*» nella versione inglese del testo della disposizione non giustifica l'adozione di un orientamento restrittivo, quale è quello che si basa sul confronto in astratto fra gli elementi essenziali delle fattispecie legali degli illeciti; tale opzione ermeneutica rischierebbe di indebolire la garanzia, in quanto sarebbe altrimenti possibile essere sottoposti a due distinti procedimenti per il solo fatto che i due illeciti addebitati abbiano una differente caratterizzazione dal punto di vista della fattispecie legale, o addirittura abbiano esclusivamente una diversa denominazione ed una diversa qualificazione secondo le categorie del diritto interno. Quanto al secondo profilo, nella pronuncia, oltre a dar conto dei propri contraddittori precedenti, la Corte ha altresì preso in considerazione la giurisprudenza in tema di *idem element* elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: da tale analisi è emerso come vi fosse, a livello internazionale, un certo favore verso una soluzione interpretativa che desse rilievo unicamente all'identità dei fatti materiali, senza aver riguardo della qualificazione giuridica degli stessi: una soluzione che, anche in una logica di tutela del singolo individuo, rigetta, in definitiva, il confronto in astratto fra le fattispecie legali. In questo modo, si è pervenuti alla conclusione che la garanzia preclude un duplice processo o una duplice condanna per illeciti che hanno origine da fatti identici o da fatti che siano sostanzialmente gli stessi.

<sup>34</sup> In questo senso, S. ALLEGREZZA, *Sub art. 4 Prot. 7*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 900. Sulla nozione di 'fatto', si veda, per quanto concerne il nostro ordinamento, nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. n. 200/2016, con la nota di D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466 ss.; e, nella giurisprudenza comune, da ultimo, Cass. pen., Sez. II, sent. 6-12-2018, n. 1144, *Delle Vergini*, in C.E.D. n. 175068-01; in letteratura, N. GALANTINI, *Il «fatto» nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1205 ss.; e B. LAVARINI, *Il «fatto» ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e just.*, 2017, 60 ss.

<sup>35</sup> A tal proposito, un ruolo centrale è rivestito dal tenore letterale della disposizione, secondo cui una sentenza può essere considerata come definitiva ai fini convenzionali quando sia passata in giudicato secondo le regole di diritto interno: si cfr., da ultimo, C. Edu, [GC], *Mihalache c. Romania*, ric. n. 54012/10, 8-7-2019, §§ 87-126. Il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 7 rinvia al Rapporto esplicativo della Convenzione europea sul valore dei giudizi repressivi, nel quale si afferma che una decisione

sussistenza di una duplicazione procedimentale, disamina che, quantomeno in principio, era solitamente effettuata in modo inflessibile, quasi automatico, tanto che l'operatività della garanzia era negata solamente in presenza di situazioni eccezionali, ad esempio in caso di immediata interruzione del secondo procedimento penale erroneamente avviato<sup>36</sup>.

Quando, però, il cumulo sanzionatorio è interamente o parzialmente esterno al diritto propriamente penale, in quanto derivi da un sistema punitivo combinante procedimenti di diversa natura formale, né riconducibili al 'nucleo duro' del diritto penale – nozione i cui confini restano, tuttavia, non particolarmente definiti<sup>37</sup> – siffatta valutazione sulla duplicazione diviene

---

è definitiva se ha acquisito l'autorità di cosa giudicata in base alle norme del singolo Stato contraente: ciò avviene quando la decisione sia irrevocabile, ossia quando nessun rimedio ordinario sia ancora esperibile oppure quando le parti abbiano lasciato decorrere il termine previsto senza esperire tali rimedi. L'affermazione dell'operatività della garanzia del *ne bis in idem* solo in assenza di ulteriori rimedi ordinari è costante nella giurisprudenza convenzionale: si v., *ex plurimis*, C. Edu, *Nikitin c. Russia*, ric. n. 50178/99, 20-7-2004; in cui la «*special supervisory review*» prevista dall'ordinamento russo è stata ricondotta alla nozione di *reopening of the case* di cui al secondo paragrafo dell'art. 4 Protocollo n. 7, di conseguenza non vi è stata la dichiarazione di alcuna violazione della garanzia convenzionale in quanto non si è in presenza di un nuovo e secondo procedimento sugli stessi fatti, bensì di una continuazione del precedente; e (dec.), *Horciag c. Romania*, ric. n. 70982/01, 15 marzo 2005, in cui si è ritenuto che né una sentenza di conferma dell'internamento psichiatrico né un'ordinanza di non luogo a procedere, che avevano riguardato il ricorrente, potessero considerarsi sentenze definitive, atteso che la prima (riguardante una misura a carattere preventivo) non implicava alcun accertamento sulla colpevolezza, mentre la seconda avrebbe potuto essere messa in discussione da un atto del procuratore gerarchicamente superiore. Non rilevano, ai fini della valutazione circa la definitività di una sentenza, i rimedi straordinari, quali la richiesta di riapertura del processo o la richiesta di remissione in termini, per quanto questi ultimi rappresentino sostanzialmente una continuazione del primo procedimento.

<sup>36</sup> Così, ad esempio, nella decisione *Zigarella c. Italia* (ric. n. 48154/99, dec. 3 ottobre 2010) si è precisato che la garanzia in esame non può ritenersi violata nell'ipotesi in cui il secondo procedimento venga instaurato per errore, ossia quando le autorità che procedono a contestare il secondo addebito non siano a conoscenza della sentenza definitiva già pronunciata. S. ALLEGREZZA, *Sub art. 4 Prot. 7*, cit., 899, ritiene che possa delinarsi una distinzione tra nuovi procedimenti aperti, per così dire, volontariamente e nuovi procedimenti aperti involontariamente; e, in questa seconda eventualità, non si sarebbe in presenza di alcuna violazione della garanzia convenzionale quando le autorità nazionali, non appena informate dell'erronea apertura o continuazione del secondo procedimento, riconoscano l'errore e provvedano all'interruzione di esso; in tale ipotesi, difatti, difetterebbe la qualità di vittima in capo al ricorrente.

<sup>37</sup> Nella progressiva evoluzione giurisprudenziale l'adeguamento applicativo ai moduli procedimentali e agli schemi sanzionatori extrapenali è avvenuto anche tramite la creazione e il lento affinamento di una suddivisione interna della complessiva materia penale: si è chiarito che, mentre le garanzie convenzionali operano indefettibilmente nelle fattispecie involgenti strumenti riconducibili al 'nucleo duro' del diritto penale, cd. *hard-core criminal law*, nelle ipotesi a questo ritenute estranee non si ha un'analoga stringente applicazione delle stesse. L'articolazione della materia penale serve, quindi, a graduare l'operatività di siffatte garanzie in base alle specificità del sistema punitivo oggetto di considerazione – ciò che è finora accaduto in relazione al diritto a una pubblica udienza (C. Edu, [GC], *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01, 23-11-2006) e al divieto di *bis in idem* (C. Edu, [GC], *A e B c. Norvegia*, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, 15-11-2016) – anche per evitare che all'espansione del loro campo applicativo possano corrispondere esiti non rispondenti alla rispettiva *ratio* ispiratrice.

Come per i confini esterni della materia penale, anche la linea di demarcazione fra le due sottocategorie sembra fondarsi essenzialmente su criteri sostanzialistici, per quanto essi non siano stati ancora compiutamente precisati dalla Corte europea. Nelle pronunce in cui è stato utilizzato il concetto di *hard-core criminal law*, a partire dalla menzionata sentenza *Jussila*, l'unico criterio indicato per circoscriverne i contorni è stato il grado di stigma sociale derivante dalle incolpazioni e, nel caso, dalle condanne per la fattispecie di illecito che viene in considerazione. Nonostante l'equivocità dell'espressione, sembra possibile desumere che il funzionamento del criterio risieda su un giudizio di gravità relativa, che pone a raffronto la fattispecie sanzionatoria di interesse con le altre ricomprese nella stessa materia penale convenzionale, a prescindere da quale sia la qualificazione formale attribuita dal legislatore nazionale. Seppure, infatti, sia assai probabile che strumenti sanzionatori definiti come extrapenali non presentino caratteri stigmatizzanti somiglianti a quelli del diritto penale in senso proprio, e quindi neppure possano, a maggior ragione, essere sussunti in via ermeneutica entro il presunto 'nucleo duro' dello stesso, tale eventualità non può comunque essere esclusa a priori, come ammesso anche dalla Grande Camera nella sentenza *A e B*.

A fronte di queste scarse indicazioni, restano però ancora piuttosto incerti i contenuti della categoria in esame, la cui vaghezza presta il fianco a condivisibili critiche di indeterminatezza nella formulazione, di imprevedibilità negli inveramenti e, in definitiva, di incontrollabilità degli argomenti logico-giuridici che dovrebbero sorreggerne l'applicazione giudiziale. In effetti, la disamina dei precedenti rilevanti mostra come lo stigma sociale, più che un reale criterio operativo, si sia rivelato nei fatti un espediente retorico volto a dare copertura a percorsi motivazionali apparentemente apodittici. Questa mancanza di chiarezza concettuale è stata censurata anche dalle opinioni dissenzienti di giudici componenti la Corte europea, rimasti in

maggiormente approfondito e richiede la verifica dell'integrazione del criterio della connessione fra procedimenti. Non è, quindi, sufficiente che uno dei due procedimenti sostanzialmente penali avviati nei confronti di uno stesso soggetto si sia concluso con una sentenza passata in giudicato e che, nondimeno, il secondo procedimento non si sia arrestato, ma occorre altresì esaminare quale sia l'autonomia o, al contrario, il coordinamento sussistente fra detti procedimenti, onde poter escludere che l'apparente duplicazione non sia altro che una peculiare configurazione di un'unica, pur se composita, risposta punitiva.

L'elaborazione è il risultato di una lunga evoluzione giurisprudenziale<sup>38</sup>, che aveva visto in origine il criterio utilizzato in presenza di misure sanzionatorie amministrative applicate quale conseguenza di una precedente e definitiva sentenza penale, o quanto meno sulla base dell'accertamento dei fatti da questa emergente. La casistica aveva riguardato, perlopiù, ipotesi di revoca della patente di guida disposta dall'autorità amministrativa a séguito della condanna in sede penale per guida in stato di ebbrezza<sup>39</sup>, nelle quali, pur riconoscendosi la natura penale della sanzione amministrativa, così come del procedimento volto alla sua applicazione, si era negato che quest'ultimo costituisse un *bis in idem*, atteso che tra di esso e il processo penale poteva ritenersi esistente una 'sufficiente connessione'<sup>40</sup>; nelle relative pronunce, tuttavia, erano mancate indicazioni precise sui contenuti di detta connessione<sup>41</sup>. Il criterio della connessione, quindi, nasceva come una formula dai confini indefiniti, utile a restringere l'esteso ambito di operatività della garanzia in considerazione delle specificità del caso concreto, onde evitare che un'interpretazione sostanzialistica della stessa potesse condurre a esiti del tutto irragionevoli, come, appunto, quello di impedire l'applicazione di una misura amministrativa prevista dall'ordinamento nazionale quale ulteriore effetto sanzionatorio 'riflesso' di una condanna penale, ma non irrogata dal giudice penale<sup>42</sup>.

Fatta eccezione per tali pronunce, per lungo tempo una 'connessione sufficientemente stretta' non era, però, mai stata ritenuta sussistente nelle ipotesi che potrebbero definirsi di vero e proprio 'doppio binario' punitivo<sup>43</sup>. In alcune occasioni, non particolarmente numerose, la Corte europea

---

minoranza al momento della decisione, il che rivela come la materia sia attualmente oggetto di discussione all'interno dello stesso consesso giurisdizionale sovranazionale.

<sup>38</sup> Per una più ampia ricostruzione effettuata al riguardo, sia consentito rinviare a R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 2017, 825 ss..

<sup>39</sup> Si cfr. C. Edu (dec.), *R.T. c. Svizzera*, ric. n. 31982/96, 30-5-2000; (dec.), *Nilsson c. Svezia*, ric. n. 73661/01, 13-12-2005; (dec.), *Maszni c. Romania*, ric. n. 59892/00, 21-9-2006; *Boman c. Finlandia*, ric. n. 41604/14, 17-2-2015; *Rivard c. Svizzera*, ric. n. 21563/12, 4-10-2016.

<sup>40</sup> Nella sentenza *Boman c. Finlandia*, cit., la Corte europea dei diritti, in particolare, ha spiegato che i due procedimenti, penale ed amministrativo, erano intrinsecamente connessi nella sostanza e nel tempo in guisa tale da dover essere considerati come un unico procedimento penale (§43).

<sup>41</sup> Al riguardo, si poteva tutt'al più riscontrare il rilievo attribuito agli effetti spiegati, nel procedimento amministrativo, dall'accertamento di responsabilità compiuto nel processo penale, da cui l'esito del primo era, di fatto, integralmente dipeso. Non a caso nella sentenza *Rivard c. Svizzera*, cit., la Corte europea ha ritenuto integrato un principio di coordinamento fra processo penale e procedimento amministrativo, proprio rilevando che l'ordinamento svizzero non consentiva all'autorità amministrativa di discostarsi dall'accertamento compiuto nel giudizio penale, se non al ricorrere di alcune limitate condizioni, sicché la misura amministrativa del ritiro della patente doveva essere considerata alla stregua di una pena accessoria conseguente alla condanna penale (§31).

<sup>42</sup> Sull'origine del criterio della connessione, si cfr. anche G. DE AMICIS - P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 469 ss..

<sup>43</sup> Si fa riferimento alle ipotesi in cui, cioè, i diversi procedimenti sanzionatori instaurati in relazione a una medesima condotta, suscettibile di costituire un illecito extrapenale e al contempo un reato, la cui integrazione è accertata nell'ambito di distinti procedimenti e a cui corrispondono diversi apparati sanzionatori.

non aveva neppure proceduto a valutare l'esistenza di una connessione fra i vari procedimenti<sup>44</sup>, come nella celebre sentenza *Grande Stevens e altri* resa contro lo Stato italiano<sup>45</sup>; in altre più recenti, pur prendendo in considerazione il criterio e applicandolo in concreto, non aveva in ogni caso riconosciuto la sua sussistenza. Ci si riferisce, in questo caso, al folto gruppo di pronunce emesse in casi concernenti il 'doppio binario' previsto in materia tributaria da Finlandia e Svezia, nelle quali, prima dell'accertamento della violazione, è stato fornito qualche chiarimento circa gli elementi valutati per escludere la connessione fra i diversi procedimenti<sup>46</sup>. Vi si evidenziava, infatti, che le sanzioni tributarie per le omissioni nella dichiarazione dei redditi e le pene per il reato di frode fiscale erano applicate da autorità differenti e nel contesto di procedimenti separati, che non avevano seguito percorsi paralleli, che non vi era stata alcuna interazione fra le diverse autorità decidenti, neppure ai fini della commisurazione delle sanzioni; che, infine, l'accertamento della responsabilità del ricorrente sul piano tributario era stato del tutto indipendente rispetto all'accertamento compiuto in sede penale<sup>47</sup>. Nei casi citati, dunque, decisiva ai fini della

<sup>44</sup> Si v., in particolare, C. Edu, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. nn. 18640/10 18647/10 18663/10 18668/10 18698/10, 4-3-2014, resa in relazione a un'ipotesi di 'doppio binario' in materia di abusi di mercato. All'epoca era la stessa disciplina di diritto dell'Unione europea a sancire obblighi di tutela omogenei per gli interessi degli investitori nello spazio finanziario continentale (un'esigenza primaria da perseguirsi nel contesto attuale della globalizzazione dell'economia, dell'internazionalizzazione degli scambi e della tendenziale unificazione dei mercati), obblighi che determinavano la necessità di adottare un quadro sanzionatorio proporzionato, efficace e dissuasivo, lasciando ai legislatori nazionali una certa discrezionalità quanto alla configurazione del sistema sanzionatorio interno, e in particolare quanto alla opportunità di affiancare a figure di reato e pene altresì fattispecie di illecito e sanzioni di tipo amministrativo. In questo senso, si sono ad esempio orientati tanto il legislatore francese quanto – ciò che rileva ai nostri fini – quello italiano, il quale ultimo con la legge n. 62 del 18 aprile 2005, (recante *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*), che ha dato luogo a un sistema procedimentale e sanzionatorio caratterizzato da un evidente eccesso repressivo (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, 855 ss.), in dottrina condivisibilmente qualificato come «permuscolare» ed «efficientista» (G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, 3, 2014, 1), essendosi affiancate alle fattispecie di reato – previste dal d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (cd. Testo Unico Finanziario; d'ora in poi anche: «t.u.f.») – di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 del t.u.f.) e di manipolazione di mercato (art. 185 del t.u.f.) due figure di illecito amministrativo che presentano identico *nomen iuris* e soprattutto contenuto sostanzialmente sovrapponibile (riferimenti normativi). Sul tema, fra gli altri, E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte EDU*, Torino, Giappichelli, 2018. Nello stesso senso della sentenza *Grande Stevens*, cfr. anche C. Edu, *Tomasović c. Croatia*, ric. n. 53785/09, 18 ottobre 2011; *Muslija c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 32042/11, 14 gennaio 2014.

<sup>45</sup> Il percorso argomentativo alla base dell'accertamento della violazione della garanzia in esame nei confronti dei ricorrenti – all'epoca ancora sottoposti a un processo penale per manipolazione di mercato dopo essere stati sanzionati con sentenza passata in giudicato per la commissione di un omologo illecito amministrativo – non conteneva alcun riferimento, neppure indiretto o implicito, al criterio della 'connessione sufficientemente stretta', sebbene non fosse impossibile rinvenire qualche spunto in quella direzione dalle precipue circostanze fattuali che avevano riguardato i ricorrenti, anche in considerazione della disciplina nazionale rilevante: si cfr. il capo V del titolo I-bis del t.u.f., significativamente rubricato «*rapporti tra procedimenti*».

<sup>46</sup> C. Edu, *Nykanen c. Finlandia*, ric. n. 11828/11, 20-5-2014, con la nota di M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; *Glantz c. Finlandia*, ric. n. 37394/11, 20-5-2014; *Lucky Dev c. Svezia*, ric. n. 7356/10, 27-11-2014; con la nota di M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; *Rinas c. Finlandia*, ric. n. 17039/13, 27-1-2015; *Österlund c. Finlandia*, ric. n. 53197/13, 10-2-2015. Tali pronunce, di poco successive alla sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, avevano portato certa dottrina a evidenziare taluni profili di attrito fra la garanzia convenzionale, nell'accezione sostanzialistica di cui si è detto, e il vigente sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano in materia tributaria relativamente alle condotte illecite di omesso versamento di ritenute e di IVA: cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit.; M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 153 ss.; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit.; A. Poddighe, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo interno*, in *Riv. dir. tribut.*, 2014, 4, 104 ss..

<sup>47</sup> Cfr. C. Edu, *Nykanen c. Finlandia*, cit., §§47-52; *Lucky Dev c. Svezia*, cit., §§58-64.

dichiarazione della violazione era stata l'assenza di un qualsivoglia coordinamento sul piano sostanziale e processuale fra i diversi procedimenti sanzionatori<sup>48</sup>.

Nel quadro appena delineato è intervenuta, nel 2016, la sentenza – ampiamente richiamata nell'ordinanza di rimessione – della Grande Camera della Corte europea dei diritti, nel caso *A e B c. Norvegia*<sup>49</sup>, le cui caratteristiche apparivano, quanto meno *prima facie*, analoghe a quelle dei casi sopra citati, visto che i ricorrenti, autori di omissioni in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi, si dolevano di una violazione del divieto di *bis in idem* perché sottoposti a un processo penale per il reato di frode fiscale aggravata, e infine condannati a una pena di carattere detentivo, successivamente al passaggio in giudicato della decisione dell'autorità fiscale con la quale era stata loro inflitta una sanzione pecuniaria. A differenza di quanto accaduto nelle pronunce precedenti, in questa circostanza la Corte europea non soltanto ha preso in esame e applicato il criterio qui di interesse, ma ha escluso la lesione della garanzia convenzionale proprio per l'affermata sussistenza di un'adeguata connessione fra il procedimento tributario e il processo penale in senso proprio, i quali venivano considerati parti di un unico sistema integrato di sanzioni<sup>50</sup>.

Il profilo innovativo della pronuncia è rappresentato dalla precisazione dei contorni del criterio della 'connessione'<sup>51</sup>. Si è chiarito, infatti, che l'irrogazione di sanzioni di diversa natura, ma penali ai fini convenzionali<sup>52</sup>, da parte di differenti autorità in relazione a un medesimo fatto illecito non conduce ineluttabilmente a una violazione e che, anzi, rientra nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti la facoltà di prevedere molteplici risposte sanzionatorie, tra loro complementari, irrogate attraverso più procedimenti, a condizione che queste rappresentino un insieme coerente e la loro convergenza non determini un onere eccessivo e sproporzionato. Il compito della Corte europea è, dunque, di verificare se, nel caso concreto, le specifiche misure applicate siano suscettibili di costituire un *bis in idem*, in quanto tale vietato, o al contrario se siano parti di un

<sup>48</sup> Queste pronunce hanno sollevato con evidenza il problema di un eventuale superamento, o quanto meno di un ripensamento, dei sistemi punitivi di doppio binario, tanto che, nel dibattito dottrinale immediatamente successivo ad esse, ci si è anche interrogati su un'eventuale necessità di prevedere l'irrogazione di tutte le conseguenze sanzionatorie connesse a un determinato fatto illecito nel contesto di un unico procedimento sanzionatorio, onde evitare profili di attrito con la garanzia convenzionale: si rinvia, *ex multis*, alle riflessioni di G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., 515 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., 186 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La natura delle sanzioni CONSOB*, cit., 15 ss.; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, cit., 82 ss.; nella dottrina francese, cfr. CHEVALIER J.-Y., *Droit des peines - Cumul des sanctions pénales et administratives*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, gennaio-marzo 2015, n° 1, 107-108; PELTIER V., *L'avenir du principe non bis in idem et ses répercussions sur les cumuls de sanctions*, in *Droit pénal*, febbraio 2015, n° 2, 51-52, oltre agli scritti cui si farà riferimento *infra*, si v. nt. 101.

<sup>49</sup> C. Edu, [GC], *A e B c. Norvegia*, cit.

<sup>50</sup> Per una più analitica descrizione dei fatti del caso si rinvia alla nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in [archiviodyc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodyc.dirittopenaleuomo.org).

<sup>51</sup> C. Edu, [GC], *A e B c. Norvegia*, cit., §§108-116.

<sup>52</sup> Nella sentenza la Corte EDU ha invero ammesso che nell'ambito della sua giurisprudenza sono rinvenibili pronunce in cui sono stati valorizzati criteri ulteriori rispetto agli *Engel criteria*, giungendo persino a riconoscere che diverse e concorrenti ragioni avrebbero potuto giustificare l'adozione di un'interpretazione restrittiva del campo di applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, tra queste la natura inderogabile della garanzia del *ne bis in idem*, le conseguenze di enorme portata discendenti da una sua applicazione al di fuori dell'ambito penale strettamente inteso e l'assenza di consenso sul punto fra gli Stati contraenti. Nondimeno, il Giudice europeo ha ritenuto di confermare le proprie ricorrenti affermazioni, secondo cui i procedimenti volti all'accertamento di illeciti tributari sono da considerarsi penali ai fini dell'applicazione di tutte le garanzie convenzionali penalistiche – e ciò nonostante le richieste in senso contrario del resistente Governo norvegese – per assicurare una maggiore coerenza nell'interpretazione della Convenzione considerata nel suo insieme, posto che, sempre secondo la Corte di Strasburgo, il principio del *ne bis in idem* sarebbe garanzia strettamente legata a esigenze del giusto processo.

unitario sistema sanzionatorio integrato, volto a colpire in modo prevedibile e proporzionato gli autori di talune condotte illecite. Se la via più semplice per scongiurare incisioni della garanzia sarebbe quella di prevedere che le diverse risposte sanzionatorie siano irrogate in esito a un unico procedimento, nondimeno la Convenzione non preclude in astratto l'instaurazione di più procedimenti, anche paralleli, se sono integrati gli indici sintomatici della connessione, con riguardo sia all'aspetto sostanziale che a quello temporale.

La 'connessione sostanziale' richiede di valutare: se i diversi procedimenti perseguano o meno finalità complementari e aspirino così a sanzionare, non solo in astratto ma anche in concreto, differenti aspetti della condotta illecita; se la duplicazione dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile per l'autore della condotta; se la celebrazione dei procedimenti consenta di impedire, per quanto possibile, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove attraverso una «adeguata interazione» fra le diverse autorità procedenti, di tal che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro; se, soprattutto, la sanzione irrogata nel procedimento che giunge per primo a conclusione sia tenuta in considerazione anche nell'altro procedimento in modo da assicurare la proporzionalità complessiva delle sanzioni applicate, evitando al singolo l'imposizione di un onere eccessivo. Quanto, invece, alla 'connessione temporale', essa non implica necessariamente una simultanea celebrazione dei procedimenti, essendo possibile che essi si svolgano l'uno successivamente all'altro, purché il loro protrarsi nel tempo non determini una grave situazione di incertezza<sup>53</sup>.

#### **4. La mancata evocazione della corrispondente garanzia europea del *ne bis in idem* e le relative implicazioni nel giudizio di costituzionalità.**

Nell'ordinanza di rimessione non veniva, invece, evocata quale norma interposta di legittimità costituzionale la garanzia europea del *ne bis in idem* prevista dall'articolo 50 CDFUE, per quanto quest'ultima abbia un contenuto sostanzialmente analogo – pur se non senza qualche differenza – alla tutela convenzionale, considerata la convergenza degli approdi delle Corti europee<sup>54</sup>, e sia

<sup>53</sup> Si cfr. C. Edu, [GC], *A e B c. Norvegia*, cit., §§132-134. La necessaria concorrente sussistenza degli indici di 'connessione' è dimostrata dalla giurisprudenza convenzionale successiva: in C. Edu, *Jóhannesson c. Islanda*, ric. n. 22007/11, 18-5-2017, sempre relativa ad un caso di doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, in cui la Corte EDU ha escluso che il procedimento tributario ed il processo penale fossero in qualche modo connessi, in quanto l'indagine penale era stata condotta dalla polizia in modo del tutto autonomo rispetto alle verifiche effettuate dall'autorità fiscale e si era eccessivamente prolungata nel tempo tanto che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna penale era avvenuto a più di otto anni di distanza dal momento in cui l'autorità tributaria aveva riportato i fatti alla polizia. Per una nota a prima lettura di quest'ultima pronuncia si rinvia a F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*. Più di recente, si cfr. C. Edu, *Ragnar Thorisson c. Islanda*, ric. n. 52623/14, 12-2-2019; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, ric. n. 72098/14, 16-4-2019; *Nodet c. Francia*, ric. n. 47342/14, 6-9-2019; *Velkov c. Bulgaria*, ric. n. 34503/10, 21-7-2020; *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, ric. n. 35623/11, 6-4-2021, con nota di G. ARDIZZONE, *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria: un'occasione per riflettere sulla portata del ne bis in idem "europeo"*, in *sistemapenale.it*, 2022.

<sup>54</sup> Cfr. CGUE, Grande Sezione, sent. 20-3-2018, causa C-524/15, *Menci*; sent. 20-3-2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; sent. 20-3-2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*. Vi si è chiarito che l'istituzione di un sistema di doppio binario configura, nella prospettiva del diritto europeo, una limitazione del divieto di *bis in idem*, e che, in quanto tale, essa deve essere prevista dalla legge, rispettare il contenuto essenziale dello stesso divieto oggetto di limitazione, rispondere a finalità di interesse generale e risultare, appunto, proporzionata, ai sensi dell'art. 52 § 1 della Carta dei diritti fondamentali UE. Nello specifico, proprio in relazione a tale giudizio di proporzionalità, si sono precisati i requisiti la cui sussistenza deve essere verificata onde escludere l'illegittimità della limitazione della garanzia fondamentale: i procedimenti e le relative sanzioni, in

suscettiva di operare ai sensi dell'articolo 51 CDFUE, visto che la disciplina sanzionatoria nazionale in materia di diritto d'autore può dirsi attuativa dell'articolo 8 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001<sup>55</sup>. Appare meditata la

cui il sistema punitivo si articola, devono mirare a scopi complementari, pur nel comune perseguimento di un interesse generale di particolare pregnanza; ed essere coordinati sia sul piano processuale, al fine di limitare a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che il cumulo procedimentale comporta, sia sul piano sostanziale, allo scopo di garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità dei fatti materiali oggetto dei due procedimenti. Di tal che, la valutazione della proporzionalità della limitazione della garanzia del *ne bis in idem* derivante dall'applicazione della normativa nazionale istitutiva di un doppio binario implica un esame sia degli specifici caratteri presentati dal sistema sanzionatorio considerato, che delle precipe modalità con cui questo ha operato nel caso specifico. La circostanza che una normativa nazionale sia in astratto suscettibile di rispettare il canone di proporzionalità non è di per sé decisiva, in quanto deve garantirsi anche che, in concreto, gli organi giurisdizionali nazionali applichino detta normativa in modo da evitare il configurarsi, per l'interessato, di un onere eccessivo derivante dal cumulo procedimentale e sanzionatorio.

Emerge, quindi, come le affermazioni compiute dalla Corte di giustizia siano sotto taluni aspetti sovrapponibili a quelle della Corte europea dei diritti, pur se con inevitabili divergenze – data la diversità dei relativi giudizi, oltre che dei testi normativi di riferimento – quanto alle categorie giuridiche utilizzate, al percorso argomentativo seguito e alle conclusioni raggiunte nei singoli casi. Cercando di evidenziarne gli aspetti comuni, può anzitutto osservarsi che l'estensione dell'ambito applicativo della garanzia del *ne bis in idem* al diritto sanzionatorio extrapenale, e ai rapporti di questo con il diritto penale in senso proprio, è stata operata in entrambi i contesti, convenzionale ed europeo, per il tramite dell'adozione di una nozione ampia e sostanzialistica di 'materia penale'; ed è stata accompagnata dalla individuazione di condizioni di operatività ulteriori rispetto a quelle desumibili dal tenore letterale delle disposizioni che riconoscono la stessa garanzia: la Corte europea dei diritti ha fatto riferimento al concetto di 'connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo' fra procedimenti, mentre la Corte di giustizia ha preso in considerazione la 'coordinazione' dei diversi livelli sanzionatori.

Ne risulta che il divieto di *bis in idem* convenzionale ed europeo opera in modo diverso a seconda dell'ambito di riferimento: qualora, infatti, i due procedimenti sanzionatori avviati siano entrambi riconducibili al diritto processualpenalistico in senso proprio – e cioè alla *hard-core criminal law*, per utilizzare il linguaggio della Corte EDU – il divieto di secondo giudizio trova rigorosa applicazione, e la definitività della sentenza conclusiva del primo giudizio preclude l'instaurazione o la continuazione del secondo; allorché, invece, si sia in presenza di un'ipotesi di doppio binario, e quindi i due procedimenti appartengano a differenti settori dell'ordinamento nazionale, il passaggio in giudicato della sentenza relativa al primo giudizio non preclude di per sé la celebrazione del secondo, dovendosi effettuare ulteriori verifiche circa il coordinamento realizzatosi fra i due giudizi.

Anche con riguardo al contenuto di questo coordinamento possono riscontrarsi parziali analogie negli approdi giurisprudenziali. In effetti, i criteri della 'connessione' e della 'coordinazione' pongono una comune esigenza di collegamento fra i procedimenti sanzionatori di diversa natura formale sia sotto l'aspetto processuale (si richiede la complementarità delle risposte sanzionatorie e la sussistenza di strumenti volti a evitare l'assoluta indipendenza dei due procedimenti) sia da un punto di vista sostanziale (si dà rilievo alla complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio irrogato). È possibile, dunque, rilevare una convergenza nei modi con cui le due Corti europee hanno affrontato il problema del cumulo di procedimenti e di sanzioni dovuto a sistemi di 'doppio binario': i contorni elastici con cui si è proceduto, nelle rispettive sedi, alla definizione degli indici sintomatici della 'connessione' e dei requisiti della 'coordinazione' rendono necessaria l'adozione, da parte dell'interprete, di un approccio di tipo casistico, che consenta di tener conto delle caratteristiche della singola situazione oggetto di esame, nella quale si sia verificato un siffatto cumulo. Non è, invece, espressamente considerato dalla Corte di giustizia il fattore temporale (periodo di tempo intercorrente fra l'instaurazione del primo procedimento e la chiusura del secondo; eventuali sovrapposizioni nella celebrazione dei due procedimenti) autonomamente vagliato, al contrario, dalla Corte EDU: l'incongruenza sembrerebbe, però, solo apparente, visto che tale elemento dovrebbe comunque essere preso in considerazione nell'ambito del giudizio di proporzionalità – richiesto dalla stessa Corte di giustizia – teso a verificare se la 'coordinazione' fra i procedimenti abbia limitato «a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti».

Per un commento alle pronunce, N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *eurojus.it*, 2018; A. GALLUCCIO, *La Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 286 ss.; P. SALVEMINI, *Il doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte di Giustizia: la Grande Sezione si pronuncia sulle questioni pregiudiziali*, in *dirittocomparati.it*, 2018. In precedenza, sulle ordinanze di rinvio pregiudiziale, cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviopdc.dirittopenaleuomo.org*; ID., *A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviopdc.dirittopenaleuomo.org*; ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di market abuse di informazioni privilegiate*, *ivi*; E. BINDI-A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018, 2.

<sup>55</sup> Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 «sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione», il cui art. 8 prevede che «Gli Stati membri prevedono

scelta del giudice di sollecitare un intervento da parte della Corte costituzionale, rispetto al solo *ne bis in idem* convenzionale, piuttosto che procedere, come pure avrebbe potuto, a effettuare rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, al fine di verificare l'esatta portata della garanzia europea nel caso di specie e le relative conseguenze. Lo dimostra il fatto che, nel corpo motivazionale dell'ordinanza, si faccia riferimento all'assonanza delle conclusioni raggiunte dalle giurisprudenze, convenzionale ed europea, in tema di compatibilità di sistemi punitivi 'doppio binario' con il divieto di *bis in idem*<sup>56</sup>.

Su tale profilo insisteva anche una delle eccezioni di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale formulate dall'Avvocatura dello Stato, in base alla quale il giudice penale remittente avrebbe dovuto applicare direttamente l'art. 50 CDFUE nei confronti dell'imputata e, di conseguenza, «disapplicare» la norma interna che definiscono l'intero trattamento sanzionatorio penale, quantomeno limitatamente alla previsione del minimo edittale, in modo da poter commisurare la sanzione anche al di sotto di esso e garantire così la complessiva proporzionalità del trattamento punitivo, alla stregua di quanto affermato nella giurisprudenza di legittimità rispetto ad altri sistemi punitivi<sup>57</sup>. In altre parole, secondo la difesa erariale il mancato esercizio del potere di disapplicazione delle norme interne incompatibili con la garanzia europea del *ne bis in idem* avrebbe dovuto precludere l'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale, stante la riconducibilità del sistema punitivo in questione a un ambito materiale di competenza dell'Unione europea.

L'eccezione processuale ha offerto alla Corte costituzionale l'occasione per confermare la propria recente giurisprudenza intorno alle ipotesi di cd. doppia pregiudizialità, che coinvolgono antinomie sia con principi costituzionali che norme della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea. Sebbene in questo caso la questione di legittimità costituzionale sollevata – come si è detto – neppure richiamasse come norma parametro di costituzionalità l'art. 50 CDFUE, ma unicamente l'articolo 4 Protocollo n. 7 CEDU (per il tramite dell'articolo 117, primo comma, Cost, secondo lo schema tracciato dalle sentenze cd. gemelle del 2007), e pertanto non fosse neppure prospettata nei termini di una siffatta doppia pregiudizialità, nella pronuncia si ribadisce, nondimeno, che la diretta applicabilità di norme europee recanti diritti e garanzia fondamentali – come, nella specie, quella sul *ne bis in idem* – non potrebbe ostacolare l'intervento della giurisdizione costituzionale, giacché in tali ipotesi la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale rappresenta un rimedio, a disposizione dell'autorità giudiziaria precedente, ulteriore rispetto alla non-applicazione nel singolo caso concreto del diritto interno incompatibile con la garanzia europea.

---

adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie a garantire l'applicazione delle sanzioni e l'utilizzazione dei mezzi di ricorso. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive.»

<sup>56</sup> È, infatti, espressamente richiamata la sentenza *Meni* della Corte di Giustizia.

<sup>57</sup> Rispetto al 'doppio binario' in materia di abusi di mercato, cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 21-9-2018, n. 49869, *Chiarion Casoni*, in C.E.D., n. 274604-01; Cass. pen., Sez. V, sent. 9-11-2018, n. 5679, *Erbetta*, in C.E.D., n. 275314-01; approdi richiamati in Cass. pen., Sez. V, 15-4-2021, n. 31507, *Cremonini*, in C.E.D., n. 282038-01. Nella giurisprudenza di merito, la via della disapplicazione *in mitius* del minimo edittale (della pena reclusiva) è stata seguita, sempre in un caso di market abuse, in Trib. Milano, sent. 15 novembre 2018, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuono.org*.

In tale ottica, vengono enfatizzati i diversi effetti prodotti dai due strumenti processuali, rimarcando il risultato assicurato da una pronuncia di incostituzionalità con effetti *erga omnes* in termini di «pulizia» ordinamentale, onde anche di certezza del diritto. Viene sottolineato, infatti, che a differenza della «disapplicazione» delle norme sanzionatorie da parte del giudice procedente nei singoli giudizi, la dichiarazione di legittimità costituzionale è in grado di assicurare alla garanzia del *ne bis in idem* «una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento [...] in una materia come quella penale dominata dal principio di stretta penalità»<sup>58</sup>. Il mutamento di prospettiva della giurisprudenza costituzionale, nel solco del celebre *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017 e delle sue successive «precisazioni»<sup>59</sup>, è evidente se si raffrontano le conclusioni raggiunte nella sentenza in commento con quanto affermato nella sentenza n. 102 del 12 maggio 2016<sup>60</sup>, nella quale una delle questioni di legittimità costituzionale allora sollevate – concernente la norma sanzionatoria extrapenale del sistema punitivo in materia di abusi di mercato, dubitata di essere in contrasto con il *ne bis in idem* convenzionale<sup>61</sup> – era stata dichiarata inammissibile proprio in quanto la remittente Sezione tributaria della Corte di cassazione non aveva sciolto «i dubbi che essa stessa formula[va] quanto alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i principi del diritto dell'Unione europea – sia in ordine alla eventuale non applicazione della normativa interna, sia sul possibile contrasto tra l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* prescelta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e quella adottata nell'ordinamento dell'Unione europea, anche in considerazione dei principi delle direttive europee che impongono di verificare l'effettività, l'adeguatezza e la dissuasività delle sanzioni residue – dubbi che dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata»<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Così Corte cost., sent. n. 145/2022, n. 2.2.2. *Cons. dir.*.

<sup>59</sup> Si cfr. Corte cost., sent. n. 269/2017, n. 5.2. *Cons. dir.*, su cui, fra i molti, R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 2017; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'“obiter dictum” della sentenza n. 269/2017*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2, 2019; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) “fare da sé”. Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Diritto e società*, 4, 2018, 633 ss.; F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*, 4, 2018; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955 ss.; R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte edu e restituzione degli atti al giudice a quo in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 861 ss.; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948 ss.; in séguito il sistema è stato precisato da ulteriori pronunce costituzionali: si cfr. Corte cost., sent. n. 20/2019, n. 2 *Cons. dir.*; sent. n. 63/2019, n. 4.3 *Cons. dir.*; sent. n. 112/2019, n. 7 *Cons. dir.*; ord. n. 117/2019, n. 2 *Cons. dir.*. Sul tema, in una prospettiva generale, M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2020, 305 ss.

<sup>60</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 102/2016, cit. e la relativa dottrina a commento: si v. *supra*, nt. 3.

<sup>61</sup> Nello specifico, il giudice *a quo* domandava se l'art. 187-ter t.u.f. si ponesse in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e alla luce dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale, in ragione della definitività della sentenza conclusiva del processo penale.

<sup>62</sup> Così Corte cost., sent. n. 102/2016, cit., n. 6.3 *Cons. dir.*.

### 5. *La limitazione del petitum allo specifico ‘doppio binario’ oggetto del giudizio a quo quale condizione necessaria per l’esame nel merito (e per il conseguente accoglimento) della questione di legittimità costituzionale.*

Sempre in via preliminare, la Corte costituzionale si è trovata a dover indicare gli esatti contorni del *petitum* formulato dal giudice *a quo*, che, stando alla lettera del dispositivo dell’ordinanza di rimessione, sembrava richiedere di estendere l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di qualunque imputato destinatario, con riguardo alla medesima condotta illecita oggetto del procedimento penale, di una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai fini convenzionali, irrogata in via definitiva in esito a un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto. Di per sé considerato, infatti, il dispositivo appariva volto a ottenere un intervento manipolativo che rendesse operante l’art. 649 cod. proc. pen. nei rapporti fra processo penale e procedimento amministrativo sanzionatorio anche al di fuori della materia delle violazioni del diritto d’autore, intervento che avrebbe offerto una soluzione, per così dire, «sistemica» a ogni ipotesi di ‘doppio binario’ punitivo carente dei necessari requisiti di ‘connessione’.

In tale prospettiva si spiegava, quindi, l’ulteriore eccezione processuale dell’Avvocatura dello Stato, secondo cui siffatta formulazione avrebbe dovuto comportare l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, giacché tendente a conseguire una pronuncia manipolativa «con effetti generali di sistema ed esorbitanti nel caso in esame»<sup>63</sup>. E, per quanto nella motivazione della decisione annotata la perimetrazione del *petitum* non consegua né sia apertamente svolta in risposta a siffatta eccezione processuale – rigettata per altre ragioni, in quanto, cioè, la difesa erariale finiva per suggerire la dichiarazione di incostituzionalità della norma sanzionatoria extrapenale, l’art 174-*bis* l. n. 633/1941, non applicabile nel giudizio *a quo*<sup>64</sup> – è però evidente che la precisazione sia strettamente correlata a detta eccezione, o comunque dalla stessa sollecitata. Difatti, la Corte costituzionale, adottando il criterio dell’interpretazione del dispositivo dell’ordinanza di rimessione alla luce della sua motivazione, ritiene necessario circoscrivere la portata della questione di legittimità costituzionale, che viene intesa come volta a estendere la disciplina del divieto di secondo giudizio alle sole fattispecie in cui l’imputato di uno dei delitti *ex* art. 171-*ter* l. n. 633/1941 sia già stato sottoposto in via definitiva a sanzione amministrativa *ex* art. 174-*bis* l. cit. per la medesima condotta. In tal senso, viene evidenziato, infatti, che tutti gli argomenti impiegati nell’ordinanza di rimessione miravano a dimostrare l’insussistenza di una connessione sostanziale e temporale fra il procedimento amministrativo e quello penale istituiti per gli illeciti a tutela del diritto d’autore, senza rivolgersi invece, in generale, alle altre differenti ipotesi di ‘doppio binario’ previste dall’ordinamento nazionale<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> La formulazione dell’eccezione è testualmente riportata nella sentenza: cfr. *ivi*, n. 2.1.4. *Rit. Fatto*.

<sup>64</sup> Cfr. *ivi*, n. 2.3. *Cons. dir.*, in cui si rileva altresì che, per di più, «la mera ablazione dell’inciso in parola in esito a una questione di legittimità costituzionale sollevata, in ipotesi, da altro giudice su tale disposizione condurrebbe a una situazione di radicale incertezza sulla disposizione in concreto applicabile tra quella di cui all’art. 171-*ter* e quella di cui all’art. 174-*bis* della legge n. 633 del 1941, posto che entrambe hanno quali presupposti i medesimi fatti, di talché nessuna può dirsi speciale rispetto all’altra ai sensi dell’art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale)».

<sup>65</sup> Cfr. *ivi*, n. 4 *Cons. dir.*.

In questo modo, venivano superati sostanzialmente i dubbi di inammissibilità prospettati rispetto al presunto carattere sistemico dell'intervento richiesto, peraltro spropositato rispetto alle finalità perseguite nel caso di specie, e perdipiù suscettivo di rendere più difficili nuovi interventi della Corte costituzionale rispetto agli altri, e diversi, sistemi punitivi. L'accoglimento della questione nei termini apparentemente risultanti dal solo dispositivo dell'ordinanza di rimessione avrebbe portato, infatti, all'introduzione di una regola generale utilizzabile direttamente dal giudice penale procedente ogniqualvolta questi avesse accertato il difetto di una 'connessione' fra il procedimento sanzionatorio extrapenale già conclusosi e il processo penale in corso di celebrazione. Sembra, dunque, potersene ricavare che la limitazione del perimetro della questione al solo 'doppio binario' a tutela del diritto d'autore, non solo permette al Giudice delle Leggi di esaminare la stessa nel merito – e, quindi, di accoglierla per le ragioni che saranno approfondite nei paragrafi che seguono – ma permette l'adozione di una diversa soluzione allorché altri sistemi sanzionatori di 'doppio binario' siano reputati mancanti della necessaria 'connessione'<sup>66</sup>.

## **6. I peculiari caratteri del giudizio 'bifasico' di compatibilità del sistema punitivo con il ne bis in idem convenzionale.**

Nel merito, il giudizio di costituzionalità ha riguardato in una 'prima fase' l'idoneità del sistema punitivo, nella sua astratta configurazione legislativa, a evitare occasioni di violazione della garanzia del *ne bis in idem*, sotto il profilo dell'adeguatezza a tessere un adeguato raccordo fra i due 'binari' sanzionatori<sup>67</sup>. In tale prospettiva, nella pronuncia si rileva che la l. n. 633/1941 crea strutturalmente le condizioni affinché uno stesso soggetto possa essere sanzionato nelle sedi penale e amministrativa per una stessa condotta, senza che però fra i due ambiti sanzionatori siano create occasioni di coordinamento sul piano processuale, sostanziale e temporale. Lo stesso fatto illecito finisce, infatti, per essere sanzionato in esito a distinti procedimenti punitivi sia con pene in senso stretto sia con sanzioni formalmente amministrative, da ritenersi nondimeno sostanzialmente penali, alla luce dei criteri *Engel* elaborati dalla Corte EDU e adottati anche dalla Corte costituzionale.

Per quanto, infatti, il cumulo procedimentale e sanzionatorio sia senz'altro prevedibile per il soggetto autore della condotta, derivando pacificamente dal modello legislativo, è evidente, però, che i due procedimenti sanzionatori non perseguono scopi complementari, né concernano diversi aspetti del comportamento illecito, come dimostrato dai lavori preparatori della legge di riforma del 2000, introduttiva della fattispecie extrapenale, i quali rivelano la reale intenzione perseguita, ossia potenziare l'efficacia generale preventiva dei precetti già contenuti nella legge del 1941. Le ragioni di efficienza repressiva sono, poi, ulteriormente confermate dalle particolari modalità

<sup>66</sup> Sul punto si tornerà *infra*, §§ 7-8.

<sup>67</sup> Il contenuto di tale 'prima fase' di valutazione è chiarito dalla stessa Corte costituzionale (v. sent. n. 149/2022, cit., n. 5.2. *Cons. dir.*) là dove si afferma che i «criteri» (*i.e.* gli indici) di 'connessione' devono essere «declinati» in relazione alla logica del giudizio di costituzionalità, nel cui ambito le è assegnato il compito, non già «di verificare la sussistenza di violazioni del diritto fondamentale in esame nel singolo caso concreto, bensì quello di stabilire se il meccanismo normativo disegnato dal legislatore sia tale da determinare violazioni di tale diritto fondamentale in un numero indeterminato di casi».

impiegate per descrivere l'ipotesi di illecito amministrativo, che si limita a fare rinvio alle fattispecie già esistenti, di tal che il relativo perimetro applicativo finisce per coincidere con quello dell'illecito penale, salvo che per la circostanza che per la casistica, invero marginale, delle condotte colpose, non riconducibili alla figura di reato. Sul piano strettamente processuale, inoltre, si rileva la mancata previsione di meccanismi di raccordo atti a evitare duplicazioni nella raccolta e valutazione delle prove, e ad assicurare una coordinazione temporale dei procedimenti, stante la pacifica esclusione, da parte della consolidata giurisprudenza di legittimità, di quel rapporto di pregiudizialità tra illecito penale e amministrativo richiesto dall'art. 24 l. n. 689/1981 per attrarre in capo al giudice penale la competenza a irrogare la sanzione amministrativa. Da ultimo, si riscontra la mancata istituzione di raccordi sul piano sanzionatorio capaci di consentire al giudice penale (o all'autorità amministrativa, nel caso sia il processo penale a concludersi per primo) di tenere conto della sanzione già irrogata nel momento in cui sia chiamato a esercitare i propri poteri sanzionatori, essendogli così preclusa la possibilità di assicurare, in tal modo, la complessiva proporzionalità del cumulo di sanzioni<sup>68</sup>.

All'accertata incompatibilità del 'doppio binario' con il divieto di *bis in idem* viene posto rimedio, in una 'seconda fase' del giudizio costituzionale, attraverso l'estensione della regola contenuta nell'art. 649 cod. proc. pen. a quella limitata classe di ipotesi in cui un soggetto sia imputato per uno dei delitti *ex art. 171-ter* l. n. 633/1941 dopo essere stato sanzionato per l'illecito *ex art. 174-bis* l.cit. con provvedimento passato in giudicato. Quindi, al cospetto di un sistema mancante di un adeguato coordinamento fra i diversi apparati sanzionatori la Corte costituzionale, anziché adottare una pronuncia volta a «creare» detto coordinamento e, così, consentire la prosecuzione del giudizio penale, ha ritenuto di disinnescare in radice il 'doppio binario' punitivo in tali situazioni. Il che sembra ispirarsi alla primaria *ratio* di garanzia del *ne bis in idem*, non già ordinamentale a valenza oggettiva, bensì soggettiva di diritto fondamentale volto a tutelare un soggetto contro la prospettiva di sopire un secondo processo per il medesimo fatto ancor prima che una seconda pena<sup>69</sup>, garanzia di cui è riconosciuto il fondamento, oltre che convenzionale ed europea, anche interno<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 149/2022, cit., n. 5.2.3. *Cons. dir.*

<sup>69</sup> Non a caso ricordata nella stessa pronuncia costituzionale: cfr. *ivi*, n. 5.1.1. *Cons. dir.*

<sup>70</sup> Sempre nel passaggio preliminare della motivazione (n. 5.1. *Cons. dir.*), si conferma il fondamento anche interno della garanzia del *ne bis in idem*, come in precedenza riconosciuto, da ultimo, in Corte cost., sent. n. 145/2020, cit.: in tale occasione si era già chiarito che il principio del *ne bis in idem*, seppure non espressamente sancito, è garantito dalla Carta costituzionale, correlandosi (cfr. in precedenza sent. n. 200/2016) agli artt. 24 e 111 Cost., e risponde a una duplice esigenza, da un lato, ordinamentale, secondo cui una medesima situazione non potrebbe divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire, e, dall'altro lato, individuale, in base alla quale il singolo non potrebbe essere esposto a una spirale di reiterate iniziative penali per un medesimo fatto. Sul piano della normativa primaria, la connotazione sostanziale del principio – si era rilevato – trova espressione altresì nel generale canone di specialità che regola il concorso di diverse fattispecie di reato e di illecito potenzialmente incidenti su una stessa condotta (sia nei rapporti fra fattispecie di reato sia nei rapporti fra queste ultime e fattispecie di illecito extrapenale). In questo modo, la Corte costituzionale era giunta a riconoscere quale «principio cardine» del nostro sistema l'eccezionalità della previsione di sistemi di 'doppio binario' punitivo, che in tanto si giustificano, in quanto siano rispettate esigenze di complementarità del trattamento punitivo complessivo; sulla base di tali presupposti, si è quindi cercato di registrare una convergenza della giurisprudenza costituzionale con quella della Corti europee.

Il riconoscimento del fondamento interno della garanzia del *ne bis in idem* anche in relazione a 'doppi binari' si inserisce nella tendenziale dinamica in atto nella giurisprudenza costituzionale di estendere l'operatività di garanzie penalistiche e altri istituti tipicamente correlati al diritto propriamente penale anche a sanzioni extrapenali di carattere punitivo. In tal senso, cfr. in relazione al principio di irretroattività *ex art. 25*, secondo comma, Cost., Corte cost., n. 196/2010, e le riflessioni di V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. Manes-V. Napoleoni (a cura di),

Senonché, come riconosciuto nella stessa pronuncia, la soluzione accolta si rivela, per un verso, parziale dal momento non è in grado di neutralizzare il cumulo, procedimentale prim'ancora che sanzionatorio, nell'ipotesi inversa, quando sia il processo penale a chiudersi per primo; e, per un altro verso, è comunque produttiva di un risultato irragionevole, se si considera che ora, a fronte di uno stesso fatto illecito, dovrebbero essere avviati due procedimenti sanzionatori, di cui uno soltanto destinato a giungere a conclusione<sup>71</sup>. Ragion per cui, viene sollecitato un intervento del legislatore cui spetta di «rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedimentali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte»<sup>72</sup>.

Invero, la neutralizzazione dell'operatività di uno dei 'binari' sanzionatori rappresenta solo una delle opzioni, tutte idonee, ad assicurare il rispetto della garanzia del *ne bis in idem*, visto che la riconduzione a legittimità di un sistema sanzionatorio potrebbe essere effettuata anche attraverso la «creazione» o l'implementazione di opportuni meccanismi di raccordo processuale e sostanziale. Sembra, quindi, potersi ritenere che la pronuncia annotata costituisca un ulteriore esempio di pronuncia di incostituzionalità manipolativa adottata non 'a rime obbligate'<sup>73</sup>.

## **7. La contestualizzazione della pronuncia nella complessiva giurisprudenza costituzionale: nuovo paradigma decisorio o unicum coerente con i precedenti?**

La novità delle conclusioni raggiunte nella decisione in commento impone di raffrontarne i contenuti con la precedente giurisprudenza costituzionale sviluppatasi in tema di *ne bis in idem* e 'doppi binari' sanzionatori. Il Giudice delle Leggi, infatti, era stato chiamato in più occasioni a vagliare questioni di costituzionalità riguardanti presunti profili di incompatibilità con la garanzia convenzionale – e, più di recente, anche europea – di cumuli procedimentali e sanzionatori previsti in diversi ambiti ordinamentali. Se rispetto al sistema sanzionatorio degli abusi di mercato

---

*La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 312; al principio di determinatezza, *sub specie* di precisione della formulazione di norme punitive, sempre ricavabile dall' art. 25, secondo comma, Cost., Corte cost., sent. nn. 121/2018 e 134/2019; al principio di retroattività della *lex mitior* ex artt. 3 e 117, primo comma Cost., in rapporto ai conferenti parametri interposti sovranazionali, Corte cost., sent. n. 63/2019; agli effetti sul giudicato di condanna della pronuncia di incostituzionalità ex art. 30, ultimo comma, legge 11 marzo 1953, n. 87, Corte cost., sent. 16 aprile 2021, n. 68, su cui v. V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in questa *Rivista*, 2021, 2. Sul tema generale, si v. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 1775 ss.;

<sup>71</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 149/2022, n. 7 *Cons. dir.*.

<sup>72</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>73</sup> Il superamento delle 'rime obbligate' è ormai oggetto di un significativo orientamento della giurisprudenza costituzionale, inaugurato dalla sentenza n. 236/2016, cfr., *ex plurimis*, V. MANES, *Proporzioni senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *penalecontemporaneo.it* 2016, oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC* 2016, 4; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 1956 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 2021. Tale orientamento è stato sviluppato, sempre in materia penale e punitiva con le sentenze nn. 222/2018, 40/2019, 112/2019 e, da ultimo, 95/2022; in materia penale penitenziaria, sent. n. 113/2020, e di misure alternative alla detenzione, sent. n. 99/2019; in ambito processualpenalistico, sent. n. 252/2020; e altresì in tema di disciplina elettorale, sent. n. 62/2022.

le decisioni, pur non prive di motivi di interesse, non avevano fornito decisive indicazioni circa il rapporto di esso con i rinnovati attuali contenuti della garanzia fondamentale – considerato che la sentenza n. 102/ 2016 è intervenuta anteriormente alla sentenza *A e B c. Norvegia* della Corte europea dei diritti e la sentenza n. 240/2018 non era stata sollevata su di un’ipotesi di doppia sanzione<sup>74</sup> – era stato senza dubbio maggiormente significativo, sotto tale profilo, il filone di pronunce concernenti il ‘doppio binario’ tributario<sup>75</sup>. A séguito di alcune prime decisioni di restituzione degli atti al giudice rimettente, prive anch’esse di particolari affermazioni sul punto<sup>76</sup>, la Corte costituzionale, infatti, era tornata a occuparsene con le sentenze n. 43/2018 e n. 222/2019, e da ultimo con le ordinanze n. 114/2020 e n. 136/2021<sup>77</sup>.

La prima pronuncia, seppure nuovamente di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, è di notevole interesse sia per l’oggetto del mutamento sopravvenuto, sia per l’approfondita disamina del rinnovato parametro interposto di costituzionalità (art. 4 Protocollo n. 7 CEDU<sup>78</sup>), sia per le significative osservazioni in essa contenute circa la conformità, rispetto alla garanzia convenzionale, del sistema punitivo nazionale istituito per la repressione di illeciti e violazioni attinenti alla materia fiscale<sup>79</sup>. Il parametro interposto evocato era stato interpretato dal giudice *a quo*, sulla base della giurisprudenza convenzionale allora disponibile, nel senso che la garanzia del *ne bis in idem* avesse carattere tendenzialmente inderogabile e natura esclusivamente processuale<sup>80</sup>, trovando applicazione, di conseguenza, nel rapporto fra processo tributario e processo penale, allorché uno dei due procedimenti fosse definito con sentenza passata in giudicato. Sul punto, però, il Giudice delle Leggi, pur riconoscendo la correttezza del percorso ermeneutico seguito dal rimettente, aveva dovuto dare atto dei significativi profili di novità impressi alla regola del *ne bis in idem* dalla sentenza *A e B c. Norvegia*, intervenuta successivamente al promovimento del giudizio costituzionale, innovazioni che avevano determinato il venir meno dei presupposti interpretativi su cui si era fondata l’ordinanza di rimessione. In primo luogo,

<sup>74</sup> Si v. *supra*, nt. 3 per i relativi riferimenti e per la dottrina a commento.

<sup>75</sup> La conformazione del sistema di repressione secondo due diversi ‘binari’ suscettibili di operare in modo congiunto – da un lato, illeciti e sanzioni formalmente amministrativi e, dall’altro, reati e pene in senso proprio – corrisponde infatti, su di un piano storico, a una scelta risalente nel tempo, e non connessa a recenti esigenze di efficienza repressiva. Specificamente sui profili di attrito col principio del *ne bis in idem* presentati dal sistema di doppio binario in ambito tributario previsto nel nostro ordinamento, si vedano G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in [archivioopc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioopc.dirittopenaleuomo.org); M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee*, cit., 153 ss.; M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in [archivioopc.dirittopenaleuomo.org](http://archivioopc.dirittopenaleuomo.org); C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2017, 1; P. RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 101 ss.; O. MAZZA, *L’insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, 1033 ss.; F. PISTOLESI, *Crisi e prospettive del principio del “doppio binario” nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 1, 29 ss..

<sup>76</sup> Si v. Corte cost., ord. n. 112/2016, cit.; ord. n. 209/2016, cit.; ord. n. 229/2016, cit..

<sup>77</sup> Si v. *supra*, nt. 4 per i relativi riferimenti e per la dottrina a commento.

<sup>78</sup> Il rimettente non aveva preso in considerazione né la garanzia del *ne bis in idem* ex art. 50 CDFUE né norme di diritto derivato dell’Unione europea eventualmente rilevanti.

<sup>79</sup> Il giudizio di costituzionalità cui la sentenza si riferisce era stato promosso nell’ambito di un processo penale che vedeva imputato per il reato di omessa presentazione delle dichiarazioni relative all’IRPEF e all’IVA un soggetto già definitivamente sanzionato, per la medesima omissione, sul piano amministrativo. La questione di costituzionalità riguardava l’art. 649 cod. proc. pen., di cui veniva prospettata l’illegittimità per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, nella parte in cui tale disposizione non opera anche in relazione a procedimenti sanzionatori amministrativi, ma sostanzialmente penali ai fini convenzionali.

<sup>80</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 43/2018, cit., n. 5 del *Cons. dir.*.

L'operatività del divieto di *bis in idem* aveva perduto il carattere di inderogabilità, essendo subordinato non soltanto alla definizione del primo procedimento, ma anche a un apprezzamento, di spettanza dell'autorità giudiziaria comune, circa la 'connessione' fra i procedimenti sanzionatori. In secondo luogo, la medesima garanzia non aveva più natura esclusivamente processuale, in quanto il «criterio eminente» per affermare o negare detta 'connessione' era costituito dalla proporzionalità complessiva del cumulo di sanzioni applicate<sup>81</sup>.

Si era osservato, in definitiva, che in presenza di sistemi di 'doppio binario' punitivo, quale era quello oggetto della questione di costituzionalità, la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale non potesse operare rigidamente, salvo che le sanzioni formalmente extrapenali fossero riconducibili al 'nucleo duro' del diritto penale, ipotesi in cui la valutazione di compatibilità con la predetta garanzia deve seguire criteri più stringenti. Il nuovo significato assunto dal principio del *ne bis in idem* in ambito convenzionale aveva, così, giustificato la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens – rectius*, per sopravvenuta modifica del parametro convenzionale interposto<sup>82</sup> – ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di costituzionalità. Lo stesso Giudice costituzionale, tuttavia, non aveva mancato di chiarire che le più recenti affermazioni rinvenibili nella giurisprudenza convenzionale fossero suscettibili di assumere rilievo proprio nei rapporti fra procedimento penale e procedimento tributario, sussistendo la possibilità che tali procedimenti potessero essere in concreto ritenuti sufficientemente 'connessi'; e aveva precisato altresì che la valutazione dovesse «passare da un giudizio casistico, affidato all'autorità procedente, che tenga in considerazione sia l'astratta configurazione normativa del sistema punitivo, sia le peculiari dinamiche con cui le vicende procedurali si sono atteggiate nel caso concreto»<sup>83</sup>.

Nella successiva sentenza n. 222/2019<sup>84</sup> la Corte costituzionale aveva dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità, sollevata sempre sull'art. 649 cod. proc. pen.

<sup>81</sup> Cfr. *ivi*, n. 7 *Cons. dir.*

<sup>82</sup> Per un precedente, si veda Corte cost., ord. n. 150/2012, su cui, fra gli altri, RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *giurcost.org*, 2012; MALFATTI E., *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in *forumcostituzionale.it*, 2012. Tuttavia, in quel caso, il mutamento del parametro interposto convenzionale era dovuto al fatto che, in relazione alla pronuncia resa da una sezione della Corte europea dei diritti su cui si era fondata l'ordinanza di rimessione, era *medio tempore* intervenuto rinvio alla Grande Camera e successivamente una nuova pronuncia di quest'ultima.

<sup>83</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 43/2018, cit., nn. 8-9 *Cons. dir.*. Resta perciò attuale l'invito al legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cd. doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU» (sentenza n. 102/2016).

<sup>84</sup> A sollevare questione di legittimità costituzionale era stato lo stesso giudice penale cui era affidato il processo, per fatti di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, nel cui ambito era stato effettuato il rinvio pregiudiziale interpretativo deciso con la richiamata sentenza *Menci* della Corte di Giustizia dell'Unione europea; questi, pur rilevata l'assenza di complementarità delle due risposte punitive, penale e tributaria – requisito necessario ai fini della compatibilità, con il diritto europeo, della normativa nazionale istitutiva del cumulo sanzionatorio –, non aveva ritenuto di fare uso dei propri poteri di «disapplicazione», né si era in alcun modo confrontato con i problemi di un eventuale utilizzo degli stessi nel caso concreto; al contrario, aveva sollevato una nuova questione di costituzionalità sull'art. 649 cod. proc. pen., rispetto agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in riferimento solamente all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU (singolarmente non anche all'art. 11 Cost. e alle rilevanti norme di diritto dell'Unione europea) sul presupposto che, da un lato, l'evocato parametro costituzionale di cui all'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dalla garanzia convenzionale, eavesse a norma di rango costituzionale la norma interposta ricavabile dall'art. 50 CDFUE e che, da un altro lato, la mancanza dei requisiti di 'coordinazione' indicati nel contesto europeo ridondasse nell'insussistenza della 'connessione' fra procedimenti sanzionatori richiesta ai fini convenzionali.

per contrasto con il *ne bis in idem* convenzionale<sup>85</sup>, per l'insufficiente e non adeguata motivazione in ordine all'integrazione dei requisiti di coordinamento richiesti dal diritto giurisprudenziale sovranazionale. Ripercorrendo gli approdi, definiti come analoghi, della giurisprudenza convenzionale ed europea, vi si era ribadito che sistemi punitivi di cd. 'doppio binario' non si pongono in una posizione di radicale contrarietà al *ne bis in idem*, essendo necessario procedere a un approfondito esame degli scopi perseguiti dai due procedimenti, della prevedibilità della loro instaurazione, dell'eccessiva onerosità del cumulo procedimentale e della proporzionalità del cumulo sanzionatorio<sup>86</sup>. Nella pronuncia il Giudice costituzionale non si era, però, limitato a rilevare le carenze motivazionali in punto di non manifesta infondatezza della questione, ma, analogamente a quanto accaduto nella citata sentenza n. 43/2018, aveva fornito altresì significative indicazioni circa la possibile sussistenza di una sufficiente 'connessione' fra procedimenti tributari e processi penali, in particolar modo con riguardo alle rispettive finalità e agli istituti previsti per il raccordo di essi<sup>87</sup>. E analogamente la mancanza di un'adeguata motivazione, da parte del giudice rimettente, in ordine all'applicazione del criterio del coordinamento fra procedimenti sanzionatori era stata alla base delle due ultime ordinanze di manifesta inammissibilità, entrambe relative a questioni di costituzionalità sollevate sull'art. 649 cod. proc. pen.<sup>88</sup>.

Solo nella sentenza n. 145/2020<sup>89</sup> si era giunti per la prima volta a un esame nel merito dei dubbi di costituzionalità di un cumulo eterogeneo di procedimenti e sanzioni rispetto al divieto di *bis in idem*, nella specie quello previsto per le ipotesi di inadempimento da parte del genitore degli obblighi di mantenimento nei confronti della prole in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero di separazione dei coniugi o di affidamento condiviso dei figli. Secondo il giudice remittente, la condotta del genitore resosi inadempiente rispetto agli obblighi di mantenimento nei confronti dei figli avrebbe configurato l'ipotesi di atti

<sup>85</sup> Peraltro, l'ordinanza di rimessione presentava non irrilevanti profili di criticità anche sotto il profilo del *petitum*. Sebbene, infatti, la Corte costituzionale, in via interpretativa, avesse poi circoscritto alle sanzioni tributarie la pronuncia additiva richiesta, invero l'intervento invocato dal rimettente sembrava volto a estendere l'applicabilità della disciplina del divieto di secondo giudizio penale nei confronti di un qualunque procedimento teso all'applicazione di sanzioni riconducibili alla '*matière pénale*'. Tale ampiezza e genericità non pareva coerente né con i nuovi contenuti del *ne bis in idem* convenzionale ed europeo, che postulano un confronto in concreto fra la garanzia fondamentale e il singolo sistema di 'doppio binario', né con lo stesso percorso motivazionale seguito dal rimettente, che da un punto di vista metodologico si era, in effetti, correttamente fondato sulle precipe caratteristiche del sistema punitivo degli omessi versamenti dell'imposta sul valore aggiunto.

<sup>86</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 222/2019, cit., n. 2 *Cons. dir.*.

<sup>87</sup> Cfr. *ivi*. Seguendo le indicazioni provenienti dalle giurisprudenze costituzionale, convenzionale ed europea, nella giurisprudenza comune è finora prevalso l'orientamento che riconosce la sussistenza di una stretta 'connessione' tra il processo penale e quello tributario, e che quindi esclude in via di principio profili di incompatibilità con la garanzia fondamentale. Si è, infatti, ritenuto che le due tipologie di sanzioni possano considerarsi quali parti di un unico sistema adottato dal legislatore per sanzionare la commissione di un fatto illecito; a tal fine si sono valorizzati gli istituti di raccordo fra i procedimenti e la prossimità temporale dell'avvio degli stessi, o la irrogazione delle relative sanzioni, mentre è rimasto sullo sfondo l'indice della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente considerato: cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 22-9-2017, n. 6993, *Servello*, in *C.E.D.* n. 272388-01; sent. 12-9-2018, n. 5934, *Giannino*, in *C.E.D.* n. 275833; sent. 7-2-2019, n. 22033, *Palma*, in *C.E.D.* n. 276023; Sez. V, sent. 12-4-2019, n. 28346, *Caroli*, in *C.E.D.* n. 276644; sent. 14-1-2021, n. 4439; sent. 23-1-2020, n. 13913; Cass. civ., Sez. trib., sent. 13-2-2019, n. 7131, in *C.E.D.* n. 653320; sent. 24-10-2019, n. 33050.

<sup>88</sup> Nell'ordinanza n. 114/2020 i dubbi di costituzionalità, nascenti da un giudizio penale riguardante il reato di omessi versamenti dell'IVA, erano stati prospettati esplicitamente rispetto sia alla garanzia convenzionale che a quella europea, mentre nell'ordinanza n. 136/2021, concernente due questioni sostanzialmente identiche sollevate in giudizi penali in cui si procedeva per reati di dichiarazione fraudolenta o infedele, il giudizio era stato condotto solo in relazione alla garanzia convenzionale, l'unica evocata.

<sup>89</sup> Corte cost., sent. n. 145/2020, cit..

che arrechino pregiudizio al minore di cui all'art. 709-ter, secondo comma, cod. proc. civ., conducendo all'applicazione della prevista sanzione amministrativa pecuniaria da corrispondere alla Cassa delle ammende, sanzione che si sarebbe aggiunta alle sanzioni propriamente penali applicate con sentenza passata in giudicato nei confronti dello stesso genitore per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o scioglimento del matrimonio<sup>90</sup>.

Nell'esaminare i dubbi di costituzionalità sollevati sulla norma sanzionatoria extrapenale, il Giudice delle Leggi aveva proceduto a escludere che detto cumulo assicurasse il rispetto del canone della 'connessione'<sup>91</sup>. Al riguardo, si era accertata l'assenza di un nesso sostanziale fra i due apparati sanzionatori, in quanto le due sanzioni previste perseguono una medesima finalità di deterrenza a carattere specialpreventivo, risultando sovrapponibili e non complementari. Il cumulo sanzionatorio, poi, non era giudicato prevedibile, atteso che la sanzione amministrativa pecuniaria avrebbe costituito un completamento solo eventuale del trattamento complessivo, dal momento che la sua irrogazione dipende dalla proposizione, da parte dell'altro genitore, di un ricorso al giudice competente a conoscere della procedura di separazione coniugale o di scioglimento degli effetti civili del matrimonio e non costituisce conseguenza indefettibile del comprovato inadempimento, nella misura in cui il giudice potrebbe anche limitarsi ad ammonire il genitore inadempiente o a condannarlo al risarcimento del danno, misure prive di natura punitiva, e quindi insuscettibili di dare luogo a un *bis in idem*. Ancora, la possibilità di assicurare la proporzionalità del cumulo di sanzioni – si era osservato – non sarebbe stata sufficiente di per sé a ricomporre la comprovata assenza di connessione procedimentale: difatti, la proporzionalità del complesso di sanzioni, seppure criterio di preminente importanza, non può *ex se* giustificare la legittimità di un 'doppio binario' punitivo, rappresentando essa *un posterius* rispetto alla valutazione circa la connessione fra i diversi ambiti sanzionatori.

In tale occasione la rilevata incompatibilità con il *ne bis in idem* convenzionale aveva portato all'adozione di una diversa lettura della disposizione censurata recante la norma sanzionatoria extrapenale tale da escludere la configurabilità della duplice sanzione nella specifica ipotesi oggetto del giudizio *a quo*, ossia per le condotte di inadempimento degli obblighi di natura patrimoniale. La fattispecie oggetto della disposizione censurata, interpretata in modo sistematico e in senso conforme a Costituzione, e alle CEDU, non avrebbe potuto dirsi integrata da condotte di mancato pagamento dell'assegno di mantenimento nei confronti della prole, le quali, quindi, ferma la rilevanza penale, non erano più soggette a un possibile cumulo sanzionatorio. In altre parole, attraverso una pronuncia interpretativa di rigetto, la Corte costituzionale aveva indicato

<sup>90</sup> Oggi previsto dall'art. 570-bis c.p., e in precedenza dall'art. 3 legge n. 54 dell'8 febbraio 2006 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*).

<sup>91</sup> In proposito, dapprima, si era riconosciuta la natura sostanzialmente penale della sanzione extrapenale sulla base dei criteri *Engel*, in considerazione sia della sua connotazione pubblicistica e deterrente, evidenziata dalla sua destinazione alla Cassa delle ammende, quanto della sua gravità. Sotto quest'ultimo profilo, la Corte costituzionale aveva applicato direttamente la criteriologia sostanzialistica sovranazionale, fornendo un'interessante precisazione in ordine al contenuto del sotto-criterio della gravità, la quale dovrebbe essere valutata avendo riguardo dello specifico contesto di misure irrogate in ambito familiare: quindi, il giudizio sulla gravità della sanzione sembra dover risentire del campo ordinamentale interessato, assumendo caratteri non già assoluti, bensì relativi. In séguito, riconosciuta l'identità fra il fatto suscettibile di sanzione amministrativa e quello già sanzionato con la sentenza penale, il percorso motivazionale si è soffermato sulla identità dei fatti materiali oggetto dei procedimenti e, infine, sulla 'connessione' fra gli stessi.

un'interpretazione restrittiva dell'ambito applicativo della norma sanzionatoria extrapenale, idonea a escludere la configurabilità del cumulo punitivo<sup>92</sup>.

Dall'analisi condotta risulta, dunque, che la pronuncia in commento si inserisce in una linea di sostanziale continuità rispetto ai precedenti con riguardo alle modalità con cui è stato condotto il giudizio di compatibilità del sistema di 'doppio binario' con la garanzia del *ne bis in idem*. Anche la soluzione adottata, per quanto consista in un'inedita – si intende, ai limitati profili qui di interesse – pronuncia di incostituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen., presenta una qualche assonanza, quanto al risultato pratico perseguito, con quella impiegata nella sentenza n. 145 del 2020. In entrambe le occasioni la Corte costituzionale ha inteso neutralizzare un 'doppio binario' punitivo giudicato illegittimo perché privo di un'adeguata connessione fra i diversi ambiti sanzionatori; la differenza risiede nel modo attraverso cui si è arrivati a tale esito, nell'un caso attraverso una restrizione sul piano interpretativo della portata applicativa della norma di illecito extrapenale, nell'altro mediante l'estensione dell'area di operatività di una norma processuale generale, conseguente a una manipolazione del testo legislativo<sup>93</sup>. La diversità della soluzione accolta nella specie sembra potersi spiegare, da un lato, con le specificità della situazione oggetto del giudizio *a quo*, nella quale, essendo già divenuta definitiva l'irrogazione della sanzione amministrativa, l'intervento avrebbe dovuto inevitabilmente interessare norme processuali o sostanziali rilevanti nel processo penale in corso; e, dall'altro, con le peculiarità del cumulo punitivo in materia di diritto d'autore, in cui la risposta sanzionatoria penale è semplicemente duplicata da quella amministrativa, con una fattispecie di illecito che ricalca sostanzialmente la corrispondente ipotesi di reato, il che avrebbe precluso un'operazione, interpretativa o manipolativa, volta a differenziare il perimetro delle due figure di illecito di diversa veste formale<sup>94</sup>.

Dunque, la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen. «ritagliata» sul singolo 'doppio binario' sanzionatorio rappresenta una soluzione – come si è detto, parziale e non priva di elementi di irragionevolezza – che non pare poter essere considerata (né è auspicabile possa divenire) un nuovo paradigma decisorio, sulla cui base «far cadere» anche altri 'doppi binari' punitivi, in tesi, incompatibili con i contenuti del *ne bis in idem*. Si può forse ritenere che un siffatto modello possa essere utilizzato allorché sia impossibile correggere il sistema di 'doppio binario' istituendo un adeguato coordinamento fra i due ambiti che lo compongono e sia altresì preclusa una ridefinizione dei confini applicativi delle norme sostanziali di illecito. Tuttavia, in altre ipotesi sembra possibile prefigurare un intervento, interpretativo o manipolativo, vertente sulle specifiche norme processuali e sanzionatorie del 'doppio binario' interessato, e teso a dare luogo a quella 'connessione sufficientemente stretta' richiesta dalla giurisprudenza convenzionale (ed

<sup>92</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 145/2020, cit., nn. 6-7 *Cons. dir.*

<sup>93</sup> Per le peculiarità della soluzione interpretativa adottata nella sentenza n. 145/2020, si rinvia alle riflessioni di E. MALFATTI, *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto*, cit.

<sup>94</sup> Cfr. al riguardo le osservazioni svolte nella pronuncia (n. 2.3. *Cons. dir.*) in risposta a un'eccezione della difesa erariale, là dove si evidenzia proprio la coincidenza delle fattispecie di illecito, penale e amministrativa, comporta che anche un eventuale intervento manipolativo volto a espungere la clausola «ferme le sanzioni penali» presente nella norma sanzionatoria extrapenale – comunque precluso nella specie stante l'inapplicabilità di detta norma nel processo penale – non costituirebbe una soluzione soddisfacente: si verrebbe, infatti, a determinare una radicale situazione di incertezza in ordine alla fattispecie applicabile, se quella penale ovvero quella amministrativa, stante l'inoperatività del criterio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/1981.

europea), onde rendere coerente, prevedibile e integrata la multiforme risposta punitiva; il rispetto del *ne bis in idem* potrebbe essere assicurato, così, senza rinunciare al concorso di procedimenti e sanzioni di diversa natura.

**8. La difficile giustiziabilità della proporzionalità procedimentale e sanzionatoria dei cumuli punitivi eterogenei: i limiti di intervento della giurisdizione costituzionale e gli ‘spazi’ (inevitabili) aperti alla giurisdizione comune.**

Più in generale, le segnalate criticità presentate dalla soluzione accolta nella pronuncia annotata non fanno altro che confermare le difficoltà presentate da un intervento della Corte costituzionale sull’operatività di ‘doppi binari’ punitivi, anche quando patentemente contrastanti con la garanzia del *ne bis in idem*. Un primo aspetto controverso attiene alla riferibilità del singolo sistema punitivo oggetto di considerazione al ‘nucleo duro’ del diritto penale, una nozione apparsa nella giurisprudenza convenzionale e ripresa nella giurisprudenza costituzionale – da ultimo, nella decisione di specie<sup>95</sup> – senza che mai se ne sia fornita una chiara definizione<sup>96</sup>. Le incertezze persistenti aprono ampi spazi di discrezionalità rispetto alla valutazione in ordine alla sussunzione sotto tale nozione, dai cui esiti dipende il riconoscimento dell’operatività del *ne bis in idem* in termini rigorosi ovvero attenuati, considerato che solo nella seconda eventualità occorrerebbe procedere alla verifica del grado di coordinamento fra il processo penale ed il procedimento sanzionatorio extrapenale<sup>97</sup>. Sotto quest’ultimo profilo, assumono rilievo sia, in astratto, gli istituti e strumenti di raccordo processuale e sostanziale previsti dal legislatore, che, in concreto, il modo in cui la normativa nazionale sia stata applicata; è richiesto, quindi, un giudizio complessivo in ordine alla sussistenza ovvero alla mancanza di elementi fra di loro eterogenei, da condursi in assenza di punti di riferimento decisivi circa lo *standard* di ‘connessione’ sufficiente ai fini del rispetto della garanzia sovranazionale, e il ‘peso’ di ciascuno dei differenti indici sintomatici<sup>98</sup>.

Senonché, anche senza considerare tali profili problematici, si deve rilevare che, per quanto nelle uniche due occasioni in cui il giudizio di costituzionalità è giunto all’esame del merito della questione di legittimità costituzionale, la soluzione adottata, interpretativa (nella sentenza n. 145/2020) e manipolativa (nella sentenza in commento), abbia portato di fatto al venir meno del cumulo punitivo, non sembra che ogni ipotesi di contrasto con il *ne bis in idem* di un sistema di ‘doppio binario’ debba essere risolta in modo analogo, dal momento che l’alternatività dei ‘binari’ sanzionatori rappresenta una delle possibili configurazioni dei sistemi punitivi non suscettive di pregiudicare la garanzia fondamentale, ma non l’unica. Così, in ambiti differenti si potrebbe ipotizzare la prospettazione di profili di incostituzionalità sul combinato disposto normativo regolante i rapporti fra processo penale e procedimento extrapenale e i relativi apparati

<sup>95</sup> Cfr. nn. 2.3 e 5.1.3. *Cons. dir.*

<sup>96</sup> Sul tema, cfr. anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 108 ss..

<sup>97</sup> Si v. *supra*, § 3.

<sup>98</sup> Per un’analisi critica sull’individuazione degli indici di ‘connessione’ e sulle difficoltà connesse alla valutazione della loro sussistenza, sia consentito rinviare, ancora, a R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, cit..

sanzionatori sotto quegli specifici aspetti di coordinamento che, in tesi, sembrano difettare nel caso concreto, non solamente la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio<sup>99</sup>.

L'intervento richiesto potrebbe limitarsi all'accoglimento di una diversa interpretazione delle norme processuali e sostanziali ovvero, laddove ciò non sia possibile, consistere in una pronuncia additiva di principio<sup>100</sup>, attraverso cui la Corte costituzionale potrebbe ricomporre gli attriti fra il singolo sistema di 'doppio binario' interessato e il divieto di *bis in idem* convenzionale (ed europeo), senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore, particolarmente ampia, come noto, in riferimento sia al diritto processuale sia al diritto punitivo sostanziale. Ci si potrebbe, cioè, limitare a indicare il principio sulla cui base i giudici comuni potrebbero assicurare nel caso concreto risultati conformi alla garanzia sovranazionale<sup>101</sup>, in mancanza e in attesa di un

<sup>99</sup> Difatti, come ha avuto modo di chiarire la stessa Corte costituzionale nella già menzionata sentenza n. 145/2020, tale criterio, pur essendo di preminente importanza, non può costituire l'«unica ragione giustificatrice» della duplice punizione prevista dal sistema sanzionatorio nazionale: cfr. Corte cost., sent. n. 145/2020, cit., n. 6 *Cons. dir.*.

<sup>100</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 241-247.

<sup>101</sup> In proposito, non risulta priva di interesse l'analisi dell'esperienza francese, nella quale il *Conseil constitutionnel* ha avuto modo di sindacare nel merito la costituzionalità delle disposizioni nazionali che istituiscono sistemi sanzionatori di 'doppio binario' in vari settori dell'ordinamento, e segnatamente in materia di violazioni di norme di legge sulle entrate e sulle spese pubbliche (si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 ottobre 2014, n° 2014-423 QPC, M. Stéphane R. et a.; in dottrina, V. PELTIER, *Infléchissement de la validation constitutionnelle des cumuls de sanctions pénale et administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2015, n° 1, 36-37), di abusi di mercato (si cfr. *Cons. const.*, dec. 18 marzo 2015, n° 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC, M. John L. et a.; in dottrina, A. BUTTON, *Droit pénal des affaires – Délit d'initié – Cumul de sanctions administratives et pénales*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, aprile-giugno 2015, n°2, 367-370; F. STASIAK, *Cumul de poursuites pénales et administratives*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, aprile-giugno 2015, n° 2, 374-378), di irregolarità nelle spese relative alla campagna elettorale per la Presidenza della Repubblica (si cfr. *Cons. const.*, dec. 17 maggio 2019, n° 2019-783, M. Nicolas S.) e di illeciti tributari (si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, M. Alec W. et a.; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, M. Jérôme C.; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, M. Patrick S.; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, M. Thomas T.; in dottrina, S. DETRAZ, *Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales*, in *Revue de droit fiscal*, 7 luglio 2016, n° 27, 49-53; M. PELLETIER, *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n° 30-35, 3-5; R. SALOMON, *Les questions posées au Conseil constitutionnel*, *ivi*, 26-28; V. PELTIER, *Echappatoire constitutionnelle!*, in *Droit pénal*, settembre 2016, n° 9, 43-44; J.-H. ROBERT, *Lutte contre la phobie administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2019, n° 1, 39-40).

Nelle decisioni intervenute sulla problematica, il cumulo di sanzioni amministrative e penali è sempre stato scrutinato in riferimento ai parametri costituzionali interni di sussidiarietà del diritto penale e di proporzionalità delle pene, riconosciuti dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – atto normativo in vigore non solo per il richiamo operato nel Preambolo della vigente Costituzione francese del 4 ottobre 1958, ma anche per il valore prescrittivo a esso riconosciuto, in virtù di tale richiamo, dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* – e operanti nell'assetto costituzionale francese, anche oltre i confini del diritto penale, rispetto a ogni sanzione avente carattere afflittivo; nel percorso motivazionale e decisorio non si rinviene, invece, alcun esplicito riferimento alle garanzie convenzionali ed europee, né ad affermazioni della Corte EDU o della Corte di Giustizia UE. L'approccio seguito nell'esame delle questioni di costituzionalità ha valorizzato la specifica configurazione dei singoli sistemi punitivi in questione e ha attribuito particolare rilievo alle modalità con cui negli ambiti interessati si realizza il cumulo di procedimenti e di sanzioni. È in tale prospettiva che si spiegano le diverse conclusioni raggiunte dal Giudice costituzionale francese in riferimento ai differenti sistemi sanzionatori.

Da un lato, si è avuta la dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni che sancivano il cumulo nell'ambito del *market abuse* per la riconosciuta coincidenza degli apparati sanzionatori amministrativo e penale (si cfr. *Cons. const.*, dec. 18 marzo 2015, n° 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC, cit., punti 24-28), che ha portato a un adeguamento del sistema in via legislativa: è stato introdotto, in particolare, un meccanismo di coordinamento fra azione penale condotta dal Procuratore della Repubblica e azione condotta dall'Autorità dei Mercati Finanziari (AMF) tale da precludere che un medesimo fatto di abuso del mercato possa dare luogo a un duplice procedimento sanzionatorio, come rilevato in C. Edu, *Nodet c. Francia*, cit., in cui si riconosce la violazione del *ne bis in idem* convenzionale rispetto a procedimenti anteriori alle modifiche sopravvenute. Dall'altro lato, la disciplina legislativa concernente gli altri sistemi di 'doppio binario' ha formalmente superato il sindacato di legittimità costituzionale: si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, cit., punto 21; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, cit., punto 21; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punto 19.

È significativo, però, rilevare che in queste ultime occasioni si è adottata la tecnica della *réserve d'interprétation*, attraverso cui si è riconosciuto che la medesima normativa non contrasta con i principi costituzionali nella misura in cui sia garantito il rispetto di tre condizioni volte ad assicurare la complementarità e la convergenza delle risposte punitive. Tale schema decisorio è ben evidenziato nelle decisioni concernenti il sistema di 'doppio binario' in materia fiscale, nelle quali si è evidenziato come

intervento del legislatore, da cui soltanto potrebbero provenire interventi di riforma capaci di dare piena soddisfazione alle istanze di tutela emerse nelle sedi sovranazionali, attraverso la «revisione» della struttura di ‘doppio binario’ del sistema punitivo o, in alternativa, il suo superamento. *Medio tempore*, sarebbe però rispettata l’originaria scelta punitiva di prevedere un concorso di sanzioni e procedimenti di diversa natura, cui verrebbero apportati quei «correttivi» adeguati ad assicurare l’integrazione delle condizioni di ‘connessione’ richieste.

La diversa soluzione rappresentata dalla neutralizzazione del cumulo punitivo pare adeguarsi alle sole ipotesi in cui il ‘doppio binario’ – come, appunto, quello in tema di diritto d’autore – risponda esclusivamente a ragioni di «iper-efficientismo» repressivo e dia luogo sul piano normativo a una mera duplicazione di risposte sanzionatorie, così da rendere piuttosto complessa la ‘creazione’ di un coordinamento procedimentale e sanzionatorio, invero completamente assente nell’originaria configurazione legislativa. Così, allorché una siffatta neutralizzazione dovesse necessariamente avvenire mediante la frapposizione di ostacoli processuali alla celebrazione o continuazione del secondo procedimento, sarebbero limitate a tali fattispecie particolari le irragionevoli conseguenze determinate da un sistema che consenta l’apertura di due diversi procedimenti sanzionatori ma che, al contempo, precluda a uno di essi di giungere a conclusione<sup>102</sup>.

Certo, anche l’adozione di una decisione additiva di principio, nei termini delineati, non sarebbe priva di criticità, nella misura in cui potrebbe attribuire alla giurisdizione comune

---

il principio costituzionale di sussidiarietà del diritto penale imponga il divieto di pronunciare sentenza penale di condanna per condotte di frode fiscale, qualora una sentenza definitiva resa da un’autorità giurisdizionale abbia escluso, nel merito, la debenza dell’imposta cui si riferirebbe la contestazione penale, in tal modo richiedendosi un pur minimo coordinamento nell’accertamento del fatto tributario: si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, cit., punto 13; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, cit., punto 13; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punto 11; sul tema, si cfr. M. PELLETIER, *Droit constitutionnel fiscal 2018*, in *Revue de droit fiscal*, 28 marzo 2019, n° 13, 20 ss.. Si è, poi, chiarito che la previsione di un cumulo di risposte sanzionatorie, amministrative e penali, in tale ambito trova giustificazione nell’esigenza di rilievo costituzionale di assicurare un’adeguata protezione agli interessi finanziari dello Stato e di garantire l’uguaglianza di trattamento nel prelievo tributario; e che tale previsione non si pone in contrasto con il principio di *extrema ratio* del diritto penale, a condizione che il cumulo di sanzioni sia eventuale e si realizzi solamente nelle ipotesi di illecito, risultanti in un’evasione fiscale, da ritenersi più gravi in ragione dell’entità delle somme non versate a titolo di imposta o dei caratteri delle condotte poste in essere. Infine, si è affermato che in caso di congiunta applicazione di sanzioni di diversa natura, il principio di proporzionalità delle pene richiede che la misura complessiva delle sanzioni irrogate non superi il massimo edittale comminato dal legislatore per la figura di illecito più grave.

Emerge con evidenza, quindi, come l’assenza di profili di illegittimità costituzionale di norme che diano luogo a un ‘doppio binario’ sanzionatorio nella materia tributaria – così come negli altri settori rispetto ai quali sono state adottate analoghe pronunce, ossia quelli relativi a violazioni della disciplina sulle entrate e sulle spese pubbliche e a irregolarità nelle spese relative alla campagna elettorale per la Presidenza della Repubblica – si giustifichi solo in presenza di un adeguato coordinamento dei due apparati sanzionatori, sia sul piano processuale che su quello sostanziale: sotto il primo aspetto, si evidenzia la necessità di evitare contraddizioni nell’accertamento dei fatti; quanto al secondo, si richiede di limitare il cumulo di procedimenti e di sanzioni alle fattispecie di maggiore gravità, e comunque di assicurare la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio: si cfr. Cfr. S. DETRAZ, *Conformité à la Constitution du cumul plafonné des pénalités fiscales et des sanctions pénales pour les fraudes fiscales les plus graves*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, luglio-settembre 2016, n° 3, 633-636; O. FOUQUET-B. HATOUX, *Cumul des sanctions fiscales et pénales possible pour les cas de fraude les plus graves*, in *Revue de droit fiscal*, 18 maggio 2017, n° 20, 62-66.

Spostandosi su di un piano più generale, quindi, per quanto il sindacato di costituzionalità sia stato condotto esclusivamente in riferimento a principi costituzionali interni, è interessante notare che le decisioni del *Conseil constitutionnel* rievocano i concetti di ‘connessione’ e di ‘coordinazione’ definiti nella giurisprudenza delle Corti europee rispetto al divieto di *bis in idem* in materia ‘penale’ e rispondano a istanze di tutela analoghe<sup>101</sup>, cui il Giudice costituzionale francese ha inteso dare soddisfazione, distinguendo fra singoli sistemi punitivi interessati e, salvo che per la disciplina del *market abuse*, seguendo una via interpretativa che ha condizionato la dichiarazione di conformità a Costituzione alla sussistenza di elementi di raccordo fra i procedimenti sanzionatori.

<sup>102</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 149/2022, cit., n. *Cons. dir.*

un'ampia discrezionalità non solo nella valutazione in ordine alla compatibilità con il *ne bis in idem* dei risultati comportati dall'operare del sistema di 'doppio binario' nel singolo caso concreto, ma anche, in caso di esito negativo di tale verifica, nell'individuazione delle modalità attraverso cui assicurare detta compatibilità nel rispetto del 'principio' indicato dalla pronuncia costituzionale. Ma, tali problematiche potrebbero essere superate mediante un'adeguata formulazione di detto principio, in modo da evitare che la necessità di assicurare il rispetto dei contenuti della garanzia in questione possa produrre risultati che pregiudichino fondamentali esigenze obiettive, di certezza del diritto, e soggettive, di prevedibilità delle risposte punitive.

**ABSTRACT:**

Con la decisione annotata è stata per la prima volta accolta una questione di legittimità costituzionale vertente sull'incompatibilità fra un sistema punitivo di 'doppio binario', relativo alle violazioni del diritto d'autore, con la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale. Il modo in cui il contrasto è stato risolto, se può spiegarsi con le peculiarità della disciplina interessata, induce a riflettere sulla congruenza del contenuto della pronuncia rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale e, stanti le irrisolte criticità, rivela le difficoltà che si frappongono a interventi in materia da parte della Corte costituzionale.

With the judgment n° 149/2022, for the first time the Constitutional Court has declared founded an issue of constitutional legitimacy alleging violation of *ne bis in idem* principle due to the structure of a double-track penalty system, the one provided for breaches of copyright. The solution adopted, explainable by concerned discipline's peculiarities, raises the question as to whether the judgment is consistent with previous case law and, given the persistent criticalities, shows the difficulties encountered in this field by Constitutional Court.

**PAROLE CHIAVE:** *Ne bis in idem* – sistemi di 'doppio binario' punitivo – Corte costituzionale – Corti europee – diritto giurisprudenziale

**KEYWORDS:** *Ne bis in idem* – double-track penalty system – Constitutional Court – European Courts – case law