

Riflessione

— La “materia penale” e il suo statuto nella giurisprudenza interna e sovranazionale

The “criminal matter” and its statute in internal and supranational jurisprudence

di Vincenzo Giglio

Abstract. *Lo scritto ripercorre il dibattito storico ed attuale sul concetto di “materia penale” e sullo statuto garantistico che i giudici interni e sovranazionali sono disposti a riconoscere nei procedimenti finalizzati all’applicazione di istituti riconducibili a detto concetto.*

Abstract. *The paper focuses on the historical and current debate on the concept of “criminal matters” and on the guarantee status that internal and supranational judges are willing to recognize in proceedings aimed at the application of institutions related to this concept.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La voce delle Corti. – 2.1. La Corte EDU. – 2.2. La Corte di giustizia dell’Unione europea. – 2.3. La Corte costituzionale. – 2.3.1. La sentenza 102/2016. – 2.3.2. La sentenza 43/2018. – 2.3.3. La sentenza 223/2018. – 2.3.4. La sentenza 63/2019. – 2.3.5. La sentenza 112/2019. – 2.3.6. L’ordinanza 117/2019. – 3. La Corte di Cassazione. – 4. La giurisprudenza di merito: un esempio. – 5. La nozione di “materia penale” nella giurisprudenza nazionale. – 6. La casistica. – 6.1. Quello di cui si è parlato... – 6.2. ... e quello di cui non si è parlato. – 7. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The voice of the Courts. – 2.1. The ECHR. – 2.2. Court of Justice of the European Union. – 2.3. The constitutional Court. – 2.3.1. Judgment n. 102/2016. – 2.3.2. Judgment n. 43/2018. – 2.3.3. Judgment n. 223/2018. – 2.3.4. Judgment n. 63/2019. – 2.3.5. Judgment n. 112/2019. – 2.3.6. Order n. 117/2019. – 3. The Court of Cassation. – 4. The merit jurisprudence: an example. – 5. The notion of “criminal matter” in national jurisprudence. – 6. The case-law. – 6.1. What we discussed about ... – 6.2. ... and what has not been discussed. – 7. Conclusions.

«*Il mondo è una mia rappresentazione*“:
ecco una verità valida per ogni essere vivente e pensante»

A. Schopenhauer¹

1. Introduzione.

Sono passati più di quarant'anni da quando l'adunanza plenaria della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU) emise la **sentenza Engel ed altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976**, mettendo a fuoco i parametri, gli *Engel criteria*, utili per l'identificazione di un illecito penale².

A partire da allora quei criteri sono stati richiamati in una congerie di decisioni che li hanno ora valorizzati, ora messi in discussione, ora modificati e aggiornati, secondo le esigenze delle vicende concrete sottostanti al giudizio e la sensibilità giuridica e sociale del momento.

A questa incessante rielaborazione hanno concorso non solo i giudici di Strasburgo ma anche altre istanze giudiziarie quali la Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE) e, in primo piano nel panorama nazionale, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione.

Ne è derivato un dibattito complesso che, soprattutto negli ultimi anni, ha assunto un'intensità senza precedenti ed è ancora ben lontano dall'esaurirsi.

È propria di questo tempo, infatti, e si diffonde velocemente, la tendenza di un numero crescente di legislatori contemporanei – e le democrazie occidentali non fanno eccezione – a servirsi dell'intervento penale come strumento privilegiato della risposta istituzionale alle emergenze sociali.

Emerge peraltro un'ulteriore e altrettanto diffusa prospettiva, fondata su interventi compositi nei quali lo strumento penale è affiancato da altri non penali, così da costituire una tutela multilivello e difendere con maggiore efficacia i beni giuridici che si ritengono meritevoli di speciale protezione.

All'aumento della spinta punitiva hanno corrisposto una maggiore domanda di protezione dei diritti umani che con essa si incrociano e più frequenti occasioni di chiarimenti e prese di posizione dei giudici cui quella domanda è rivolta.

In questo scritto si vuole ripercorrere questo dibattito, sia pure per sintesi e con focalizzazione prioritaria sulle decisioni più recenti, e coglierne i punti salienti e gli approdi più consolidati.

Si ritiene altrettanto importante provare a comprenderne le prospettive future e i temi che potrebbero ampliarne l'oggetto.

¹ A. Schopenhauer, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Mondadori, 1989, p. 31.

² La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, [a questo link](#).

2. La voce delle Corti.

2.1. La Corte EDU.

Tre furono i criteri messi a punto dalla sentenza Engel.

Il primo fu individuato nella **qualifica formale** che l'ordinamento nazionale, secondo la propria tecnica giuridica, assegna all'istituto preso in esame. I giudici di Strasburgo ebbero cura di precisare che questo parametro è solo un punto di partenza per l'analisi da compiere e non è affatto decisivo.

Il secondo atteneva alla **natura sostanziale dell'illecito** e, a differenza del primo, gli fu riconosciuta un'influenza decisiva. È importante sottolineare che la Corte EDU, pur valorizzando questo parametro, non ne descrisse puntualmente il contenuto, verosimilmente per non imbrigliarne la definizione con paletti troppo rigidi e consentire ogni arricchimento successivo che la prassi rendesse necessario.

Il terzo riguardava la severità della **sanzione comminata per l'illecito** e la sua finalità repressiva.

Non era richiesto che i tre parametri concorressero sicché anche uno solo di essi era sufficiente a giustificare l'attribuzione della natura penale a un istituto non formalmente penale.

La decisione Engel definì un meccanismo che, prendendo in considerazione sia il fatto e la sua qualificazione formale che la sanzione, conciliava le due opzioni possibili e risultava applicabile sia a tradizioni nazionali fondate, come quella italiana, sulla legalità formale, sia alle altre più attente alla legalità sostanziale. Offrì così agli interpreti una metodica di classificazione che consentiva il rigore e insieme la flessibilità indispensabili per l'analisi degli istituti candidati a rientrare nella "materia penale".

Prerogative, queste, che ben si adattavano alla speciale attenzione che i giudici di Strasburgo sono soliti riservare agli aspetti sostanziali delle questioni di cui sono chiamati ad occuparsi.

Un'altra tappa importante fu la **sentenza Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1986**³.

Nell'occasione, in cui veniva in rilievo un illecito penale depenalizzato e riconfigurato come illecito amministrativo, i giudici della corte EDU ribadirono che la classificazione formale dell'illecito adottata dallo Stato nazionale non era decisiva mentre era tale la reale natura della fattispecie che doveva essere considerata congiuntamente alla natura della sanzione. Speciale importanza fu data in quel caso all'indeterminatezza dei destinatari del precetto legislativo ed alla sua finalità insieme punitiva e dissuasiva.

Un aggiornamento di pari importanza si ebbe con la **sentenza Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995**⁴.

³ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, [a questo link](#).

⁴ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, [a questo link](#).

Si deve ad essa la prima estensione dell'art. 7 CEDU, rubricato “*Nulla poena sine lege*”, agli illeciti sostanzialmente ma non formalmente penali i quali, in precedenza, erano stati presi in considerazione esclusivamente ai fini dell'art. 6 che fissa il decalogo del giusto processo.

Merita di essere segnalata anche la sentenza **Zolotukhin c. Russia, 10 febbraio 2009**, riferita ad un caso in cui lo stesso fatto era stato perseguito sia penalmente che amministrativamente⁵.

È particolarmente indicativo un passaggio contenuto nel § 56:

«la Corte ritiene che l'uso della parola “reato” nel testo dell'articolo 4 del protocollo n. 7 non può giustificare l'interpretazione di coloro che aderiscono ad un approccio più restrittivo. Ribadisce che **la Convenzione deve essere interpretata e applicata in un modo da rendere i diritti in essa sanciti pratici ed efficaci, non teorici e illusori**»;

affermazione alla quale segue la conclusione tracciata nel paragrafo 69:

«**la Corte ribadisce che l'articolo 4 del protocollo n. 7 non si limita a garantire il diritto a non essere punito due volte, ma si estende al diritto a non essere perseguito o condannato due volte** (vedi Franz Fischer, già citata, § 29). Se non fosse così, non sarebbe stato necessario aggiungere la parola “puniti” alla parola “processato” in quanto questo sarebbe mera duplicazione. L'articolo 4 del protocollo n. 7 si applica anche nel caso in cui l'individuo è stato perseguito in **un procedimento che non ha portato a una condanna**».

Alle decisioni Öztürk e Zolotukhin seguirono plurime pronunce affini tra le quali la nota **sentenza Grande Stevens ed altri c. Italia, 4 marzo 2014**, occasionata da un ricorso in cui si assumeva l'illegittimità convenzionale del doppio binario (penale e amministrativo) riservato dall'ordinamento nazionale alla medesima condotta⁶.

La Corte EDU riconobbe l'appartenenza alla materia penale delle sanzioni prese in considerazione e, constatato che le condotte cui corrispondevano erano alla base anche di un procedimento penale nei confronti dei medesimi ricorrenti, rilevò l'esistenza di una situazione sussumibile nella previsione dell'art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7 alla CEDU, rubricato “Diritto a non essere giudicato o punito due volte”, e affermò di conseguenza che spettava al nostro Paese fare in modo che il procedimento ancora in corso fosse chiuso il più rapidamente possibile e senza che ne derivasse alcuna conseguenza pregiudizievole per gli accusati, così che non risultasse violato il divieto convenzionale di *bis in idem*.

La convinzione piuttosto diffusa che potesse trattarsi di un approdo ormai consolidato e non facilmente liquidabile fu tuttavia smentita dalla sentenza **A e B. c. Norvegia, 15 novembre 2016**⁷.

I giudici di Strasburgo, invertendo decisamente la rotta rispetto ai principi affermati nella sentenza Grande Stevens, hanno affermato che non c'è violazione del *ne bis in idem* allorché sia celebrato un procedimento penale e sia irrogata la corrispondente sanzione nei confronti di chi sia già stato sanzionato amministrativamente per lo stesso fatto (la fattispecie sottostante consisteva in un'evasione fiscale cui era seguita la condanna al pagamento di una sovrattassa sull'imposta evasa).

⁵ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, [a questo link](#).

⁶ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale del Ministero della giustizia, [a questo link](#).

⁷ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, [a questo link](#).

Questi i punti qualificanti della sentenza A. e B.: gli Stati godono di un certo grado di discrezionalità sul modo in cui rendere effettivo negli ordinamenti nazionali il divieto di *bis in idem*; è legittimo, in via di principio, che uno Stato preveda plurimi procedimenti e plurime sanzioni a fronte di condotte socialmente offensive; tali sistemi sono tuttavia legittimi solo in quanto espressivi di una strategia unitaria che permetta di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in modo prevedibile e proporzionato e tale da evitare che il cumulo di sanzioni implichi un sacrificio eccessivo per il destinatario.

Un importante parametro di verifica dell'equilibrio di tali sistemi è quello della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i distinti procedimenti; il modo migliore di rispettare questo parametro sarebbe l'unificazione dei procedimenti in modo da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni ad opera di un unico giudice e nell'ambito di un procedimento unitario; può essere tuttavia considerato legittimo anche un sistema che preveda lo svolgimento parallelo dei distinti procedimenti purché vi sia, appunto, una **stretta connessione sostanziale e cronologica in grado di assicurare risposte sanzionatorie proporzionate e prevedibili**. Sempre nella medesima prospettiva, la decisione indica ulteriori requisiti e, tra questi, in primo luogo, la **necessità che l'autorità cui è affidato il secondo procedimento tenga adeguatamente conto della sanzione già inflitta nel primo così da assicurare la proporzionalità complessiva del cumulo di sanzioni**: «più la procedura amministrativa presenta caratteristiche punitive che si possono assimilare in larga parte alla procedura penale ordinaria, più le finalità sociali perseguite per la punizione del comportamento delittuoso all'interno di procedure differenti rischiano di ripetersi (*bis*) invece di completarsi».

La Corte EDU ha quindi considerato i distinti procedimenti come parti di un unico giudizio ed escluso di conseguenza la violazione del divieto di *bis in idem* purché strettamente connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico.

La presa di distanza dalla sentenza Grande Stevens non avrebbe potuto essere più vistosa.

Così tanto da avere spinto un componente del collegio, il portoghese Paulo Pinto de Albuquerque, a redigere un'opinione dissenziente allegata alla sentenza A. e B., che meriterebbe un commento a sé per l'ampiezza e l'importanza delle critiche rivolte alla decisione assunta dalla maggioranza.

Se ne riporta un singolo e illuminante passaggio:

«questo diritto penale a due velocità nasconde una politica repressiva dilagante, che punta a punire più speditamente e più severamente, con minori garanzie sostanziali e procedurali. In questo nuovo contesto a mo' di Leviatano, gli illeciti amministrativi non sono altro che una truffa delle etichette dell'essenza della strategia punitiva e la legge amministrativa diventa una scorciatoia per aggirare le ordinarie garanzie del diritto penale e della procedura penale. La Convenzione non è indifferente a questa politica criminale. Al contrario non lascia questioni di diritto di questa importanza alla discrezione di ciascuno Stato. Nessun margine di apprezzamento è accordato agli Stati dall'articolo 7 della Convenzione e dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 che sono previsioni non derogabili. La definizione dei confini della legge penale, e l'applicazione dei principi di legalità e del *ne bis in idem* non dipendono dalle specificità di ogni sistema legale nazionale. Al contrario sono soggetti a una stretta supervisione europea ad opera della Corte».

È interessante notare che la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque è stata fondata in larga parte sui principi che la Corte di Strasburgo aveva solennemente proclamato nella citata sentenza Zolotukhin.

I giudici di Strasburgo sono tornati recentissimamente sul tema con la sentenza **Bjarni Armannsson c. Islanda**, 16 aprile 2019⁸.

Il ricorrente, cui era contestato di non avere dichiarato al fisco i profitti della vendita di azioni, ha dapprima subito un procedimento tributario che si è concluso con l'irrogazione di una sovrattassa calcolata nella misura di un quarto dei tributi evasi. Per lo stesso fatto è stato poi perseguito e condannato in sede penale. Da qui il suo ricorso, accolto, per asserita violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU.

La Corte EDU ha riconosciuto che entrambe le sanzioni avevano natura penale e che riguardavano lo stesso fatto.

Ha dato atto che l'eventualità di subire due distinti procedimenti era prevedibile e che il trattamento sanzionatorio, considerato complessivamente, non risultava sproporzionato anche perché il giudice penale, intervenuto per secondo, aveva modulato la pena tenendo conto della sanzione inflitta nella sede amministrativa.

Non è stato invece osservato, e ne è derivata la violazione del *ne bis in idem* convenzionale, il parametro della connessione temporale.

La Corte ha infatti rilevato che i due procedimenti hanno convissuto solo per pochi mesi e che, dopo la conclusione di quello amministrativo, l'altro penale ha continuato il suo corso per anni.

Non solo: la prova ritenuta necessaria nei distinti procedimenti è stata acquisita e valutata in modo autonomo in ognuno di essi, secondo il suo proprio livello di garanzie, ed è quindi mancata l'unitarietà che anche per questo aspetto i giudici della corte EDU ritengono indispensabile.

Sulla stessa lunghezza d'onda si sono mantenuti i giudici di Strasburgo con la sentenza **Nodet c. Francia**, 6 giugno 2019, connessa al doppio binario di sanzioni penali e amministrative per condotte di manipolazione del mercato. L'aspetto di maggior rilievo della pronuncia sta nella sottolineatura dell'autonoma rilevanza di ognuno dei quattro indici messi a fuoco dalla sentenza A. e B., solo in presenza dei quali è possibile affermare la stretta connessione temporale e sostanziale: perseguimento di obiettivi complementari legati ad aspetti differenti della condotta lesiva; prevedibilità del doppio binario; coordinamento tra le diverse autorità procedenti, idoneo ad impedire la duplicazione dell'acquisizione degli elementi di prova e della loro delibazione; previsione ed applicazione di meccanismi tali da consentire proporzionata e non eccessivamente afflittiva la sanzione complessivamente irrogata. Il mancato rispetto anche di uno solo di questi indici comporta, secondo la sentenza Nodet, la violazione del *ne bis in idem*⁹.

2.2. La Corte di giustizia dell'Unione europea.

La più recente giurisprudenza della CGUE sembra essere perfettamente allineata alla visione espressa dalla Corte EDU nella sentenza A. e B.

⁸ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, [a questo link](#).

⁹ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte europea dei diritti umani, [a questo link](#).

Il parametro normativo di riferimento è facilmente individuabile nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDFUE), rubricato "Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato" secondo il quale «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

Nel 2018 la Grande Sezione della CGUE ha avuto più volte l'occasione di esprimersi sulla portata di tale norma.

Spiccano tre decisioni emesse il 20 marzo 2018 che, tra l'altro, hanno tutte ad oggetto vicende italiane.

La prima di esse è la sentenza che ha definito il **procedimento Di Puma c/o CONSOB e CONSOB c/o Zecca, cause riunite C-596/16 e C-597/16**¹⁰. Nel suo paragrafo 43 si afferma che il cumulo di sanzioni penali e amministrative è legittimo solo quando sia rigorosamente rispettato il principio di proporzionalità.

Segue la pronuncia che ha deciso il **procedimento C-537/16 (Garlsson Real Estate SA in liquidazione, Stefano Ricucci e Magiste International c/o CONSOB)**¹¹.

Vi si legge che

«[ai fini della] valutazione della natura penale di procedimenti e di sanzioni come quelli di cui al procedimento principale, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, sono rilevanti tre criteri: il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (v., in tal senso, sentenze del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, punto 37, e del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 35)» (paragrafo 28); «nella fattispecie, l'articolo 187-ter del TUF prevede che chiunque abbia commesso manipolazioni del mercato sia punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro, sanzione che in talune circostanze, come risulta dal comma 5 di tale articolo, può essere aumentata fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito; inoltre, il governo italiano ha precisato, nelle sue osservazioni presentate alla Corte, che l'applicazione di tale sanzione comporta sempre la confisca del prodotto o del profitto ottenuto grazie all'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo; risulta quindi che tale sanzione non ha soltanto lo scopo di risarcire il danno causato dall'illecito, ma persegue anche una finalità repressiva – il che del resto corrisponde alla valutazione del giudice del rinvio – e presenta, pertanto, natura penale» (paragrafo 34); «occorre rilevare che **una sanzione amministrativa pecuniaria** che può raggiungere l'importo di **dieci volte il prodotto o il profitto** conseguito con le manipolazioni di mercato presenta un **grado di gravità elevato**, tale da corroborare la tesi secondo cui tale sanzione **riveste natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta**» (paragrafo 35).

E dunque:

«risulta che la normativa nazionale di cui al procedimento principale consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta nei confronti di una persona, per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato per le quali è già stata pronunciata a suo carico una condanna

¹⁰ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea a [questo link](#).

¹¹ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea a [questo link](#).

penale definitiva. Orbene, un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni costituisce una limitazione del diritto garantito da detto articolo 50» (paragrafo 41).

Sulla base di questo complessivo ragionamento, la Grande Sezione ha ritenuto che

«l'**articolo 50** della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso **osta a una normativa nazionale, che consenta di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico**, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia **idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva**. Il principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale».

Segue infine la sentenza che ha definito il **procedimento C-524/15 (Menci c/o Procura della Repubblica)**, derivante da una domanda di pronuncia pregiudiziale inviata dal Tribunale di Bergamo¹².

La questione di fatto sottostante è affine a quelle precedenti e la decisione rispecchia la medesima sequenza logica della sentenza *Garlsson*: la sanzione amministrativa della maggiorazione del 30% sull'importo non versato persegue una finalità repressiva ed è connotata da particolare rigore, caratteristiche, queste, che le conferiscono natura penale (paragrafi 32 e 33); ne deriva che la normativa italiana consente di avviare due procedimenti di natura penale e di applicare due sanzioni penali per il medesimo fatto (paragrafo 39); in via astratta tale possibilità è consentita dall'art. 52 paragrafo 1 CDFUE (paragrafo 40); ai fini della sua legittimità è tuttavia richiesto, tra l'altro, che «il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti» (paragrafo 46), che «gli oneri derivanti, a carico degli interessati, da un cumulo del genere siano limitati a quanto strettamente necessario» (paragrafo 52) e che, come affermato dalla Corte EDU, ricorra l'ulteriore requisito del nesso temporale e materiale sufficientemente stretto (paragrafo 61).

2.3. La Corte costituzionale.

La giurisprudenza italiana si è sempre mostrata piuttosto restia a seguire incondizionatamente la strada indicata dalla sentenza *Grande Stevens*, una tendenza alla quale non si è sottratta neanche la Consulta.

2.3.1. La sentenza 102/2016.

Si può iniziare, restringendo l'analisi agli ultimi anni, dalla **sentenza 102/2016**, emessa prima della decisione A. e B. c. Norvegia¹³.

¹² La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea, a [questo link](#).

¹³ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, a [questo link](#).

La quinta sezione penale della Cassazione aveva sospettato di incostituzionalità l'art. 187-*bis*, comma 1, d.lgs. 58/1998 (di seguito TUF) per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo 7 CEDU nella parte in cui dispone «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», dicitura che secondo il giudice rimettente avrebbe dovuto essere sostituita con quella «salvo che il fatto costituisca reato».

In via subordinata ed indicando il medesimo parametro costituzionale, aveva chiesto la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede il divieto di un secondo giudizio quando l'imputato sia stato giudicato con provvedimento irrevocabile per il medesimo fatto in un procedimento amministrativo cui consegue l'applicazione di una sanzione alla quale si debba riconoscere natura penale ai sensi della CEDU.

Nel caso di specie era appunto avvenuto che l'istante, dopo essere stato sanzionato dalla CONSOB per l'illecito previsto dall'art. 187-*bis*, comma 1, TUF, era stato incriminato penalmente, ai sensi dell'art. 184, lettera b), TUF, per avere diffuso informazioni privilegiate di cui era in possesso, e quindi condannata in primo grado con sentenza di seguito confermata in grado di appello.

A sostegno del percorso interpretativo proposto alla Consulta, il giudice *a quo* aveva richiamato i principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza Grande Stevens.

Un'analoga questione era stata sollevata dalla sezione tributaria della Cassazione in relazione all'art. 187-*ter*, comma 1, TUF, nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione amministrativa indicata ivi indicata e la sanzione penale di cui all'art. 185 TUF.

Le due questioni sono state riunite.

In motivazione, la Consulta ha constatato che la nozione di *ne bis in idem* avallata dalla Corte EDU (*ne bis in idem* convenzionale) è significativamente differente da quella propria dell'ordinamento italiano.

La prima diversità sta nel modo di apprezzare l'identità del fatto che, nella giurisprudenza di Strasburgo, va valutata in concreto e non in riferimento agli elementi costitutivi dei due illeciti in comparazione.

La seconda riguarda la nozione di sanzione penale e la sua identificazione in base ai criteri Engel.

Fatta questa ricognizione preliminare, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione posta in via principale dalla quinta sezione penale, attenendo la stessa all'art. 187-*bis* TUF che era già stato applicato in via definitiva e non all'art. 184, comma 1, TUF che era invece ancora *sub judice*.

La stessa sorte ha riservato alla questione sollevata in via subordinata. Il suo eventuale accoglimento determinerebbe infatti un intervento additivo che tuttavia non sarebbe in grado di stabilire un ordine di priorità, lasciando sostanzialmente al caso (cioè al grado di sollecitudine dei due organi competenti) la risposta sanzionatoria da collegare alla condotta illecita che, secondo il procedimento di volta in volta divenuto definitivo per primo, potrebbe essere amministrativa o penale.

Una simile eventualità, se risolverebbe il problema della duplicazione dei procedimenti, creerebbe per contro gravi lesioni ai principi di determinatezza e tassatività della sanzione penale e agli ulteriori principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni imposti dal diritto eurounitario come interpretato dalla CGUE.

Uguale esito ha avuto la questione posta dalla sezione tributaria. In questo caso l'inammissibilità è derivata dal carattere perplesso delle ragioni addotte dal rimettente, cui viene addebitato di non avere sciolto i dubbi circa la compatibilità tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della CGUE e di non avere chiarito adeguatamente la portata dell'intervento richiesto alla Corte.

2.3.2. La sentenza 43/2018.

Dato l'orientamento della Consulta prima della sentenza A. e B. c. Norvegia, si comprende bene che le decisioni successive non solo non se ne sono discostate ma hanno trovato nuova linfa nella difesa del principio di legalità formale.

Un primo esempio è offerto dalla **sentenza 43/2018**¹⁴.

Il Tribunale di Monza ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 4 del Protocollo 7 CEDU poiché non vieta un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, per lo stesso fatto, sia stata inflitta in via definitiva una sanzione amministrativa di carattere sostanzialmente penale se considerata in base ai parametri della CEDU e dei suoi protocolli aggiuntivi.

Il giudizio incardinato dinanzi al giudice rimettente si svolgeva nei confronti di una persona imputata del reato di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 74/2000, per avere omesso di presentare per un certo anno fiscale la dichiarazione relativa all'imposta sui redditi e sul valore aggiunto allo scopo di evadere le imposte dovute in misura superiore alla soglia di punibilità.

La stessa omissione costituiva tuttavia anche un illecito tributario ed era stata perseguita in sede amministrativa, infliggendo all'interessato una sanzione pecuniaria pari al 120% delle imposte evase.

La Consulta ha attribuito un'importanza essenziale, ai fini della soluzione del caso, allo sviluppo interpretativo impresso dalla Corte EDU con la sentenza A. e B. c. Norvegia.

Ha osservato che in precedenza

«la rigidità del divieto convenzionale di bis in idem, nella parte in cui trova applicazione anche per sanzioni che gli ordinamenti nazionali qualificano come amministrative, aveva ingenerato gravi difficoltà presso gli Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 7 alla CEDU, perché la discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, pur non negata dalla Corte di Strasburgo, finiva per essere frustrata di fatto dal divieto di bis in idem».

Ha di seguito sottolineato che

¹⁴ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, [a questo link](#).

«per alleviare tale inconveniente la Corte EDU ha enunciato il principio di diritto secondo cui il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto («*sufficiently closely [close] connected in substance and in time*»), attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza. In particolare la Corte di Strasburgo ha precisato (paragrafo 132 della sentenza A e B contro Norvegia) che legame temporale e materiale sono requisiti congiunti; che il legame temporale non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività, a condizione che essa sia tanto più stringente, quanto più si protrae la durata dell'accertamento; che il legame materiale dipende dal perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi, e soprattutto dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di evitare l'imposizione di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito. Al contempo, si dovrà valutare anche se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto».

È stato conseguenziale riconoscere che

«con la sentenza A e B contro Norvegia, per quanto qui interessa, entrambi i presupposti intorno ai quali è stata costruita l'odierna questione di legittimità costituzionale sono venuti meno. Il *ne bis in idem* convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una “*close connection*” è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro. Inoltre neppure si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di *bis in idem* pienamente operante. Così, ciò che il divieto di *bis in idem* ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate. È chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di *bis in idem*, rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di rimessione. In sintesi può dirsi che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata. Questa svolta giurisprudenziale è potenzialmente produttiva di effetti con riguardo al rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale. In precedenza, come si è visto, l'autonomia dell'uno rispetto all'altro escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di *bis in idem*. Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di *bis in idem*, come testimonia la stessa sentenza A e B contro Norvegia, che proprio a tali procedimenti si riferisce».

La Consulta ha voluto comunque precisare che

«naturalmente la decisione non può che passare da un giudizio casistico, affidato all'autorità che procede. Infatti, sebbene possa affermarsi in termini astratti che la configurazione normativa dei procedimenti è in grado per alcuni aspetti di integrare una "close connection", vi sono altri aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedurali si sono atteggiare nel caso concreto [...] Questa Corte tiene a sottolineare che la nuova regola della sentenza A e B contro Norvegia rende **meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di bis in idem alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto, ma non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo**, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, **ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale**, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali. Resta perciò attuale l'invito al legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cosiddetto doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU (sentenza n. 102 del 2016)».

Il giudizio è stato quindi concluso con la restituzione degli atti al giudice *a quo*.

2.3.3. La sentenza 223/2018¹⁵.

Sono state in questo caso sottoposte all'attenzione della Consulta sette analoghe ordinanze della seconda sezione civile della Corte di Cassazione, tutte incentrate sulla questione di legittimità dell'art. 9, comma 6, l. 62/2005 (Legge comunitaria 2004) per contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

Nell'opinione dei giudici rimettenti la citata disposizione normativa è illegittima nella parte in cui consente che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies, TUF, si applichi, nel caso in cui il procedimento penale non sia ancora concluso, anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della suddetta Legge comunitaria, anche quando il trattamento sanzionatorio derivante dalla depenalizzazione sia meno favorevole di quello vigente al momento della condotta.

La Corte costituzionale ha riconosciuto la fondatezza della questione in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU.

Ha in primo luogo affermato che il divieto costituzionale di irretroattività sfavorevole si applica anche al "diritto sanzionatorio amministrativo", da intendersi, come specificato subito dopo, nel complesso delle "sanzioni amministrative a carattere punitivo".

Ha escluso che sia vera in assoluto l'affermazione per cui la depenalizzazione di un illecito penale e la sua trasformazione in illecito amministrativo implicino necessariamente un maggior favore per chi la subisce.

Se è vero che l'illecito penale porta con sé una più intensa stigmatizzazione sociale ed è in grado di incidere sul bene della libertà personale, è altrettanto vero, per contro, che la capacità di impatto delle sanzioni amministrative è cresciuta nella legislazione più recente, fino a raggiungere, talvolta, una considerevole carica afflittiva.

È quanto avviene nel caso in esame in cui si sommano sanzioni pecuniarie che possono spingersi fino al limite di 15 milioni di euro e sanzioni interdittive che limitano gravemente la

¹⁵ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, [a questo link](#).

sfera professionale e il diritto al lavoro del destinatario, con l'ulteriore danno reputazionale che consegue alla loro obbligatoria pubblicazione nei siti web istituzionali della Banca d'Italia o della CONSOB.

La Consulta ha comparato questo nuovo trattamento sanzionatorio con quello previsto prima della depenalizzazione e, concordando con l'opinione del giudice *a quo*, ha ritenuto che quello previgente fosse significativamente più favorevole e fosse di conseguenza incostituzionale la norma ordinaria che ne consentiva l'applicazione retroattiva.

2.3.4. La sentenza 63/2019.

A conclusioni simili la Consulta è pervenuta nella recentissima **sentenza 63/2019**¹⁶.

Nel 2016 la Commissione nazionale per le società e la borsa (di seguito CONSOB) ha irrogato ad una persona una sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo di € 100.000, la misura interdittiva accessoria della sospensione per due mesi dall'esercizio dell'attività e la pubblicazione per estratto della delibera medesima nel bollettino della CONSOB, avendolo ritenuto responsabile dell'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate sanzionato dall'art. 187-bis, comma 1, lettera b), del d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di seguito TUF).

L'interessato, costituitosi dinanzi alla Corte di Appello di Milano, si è opposto alla decisione, addebitando tra l'altro alla CONSOB la violazione dell'art. 6, comma 3, del d.lgs. 72/2015, che rendeva inapplicabile la quintuplicazione, introdotta dall'art. 39, comma 3, della Legge 262/2005, delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal TUF.

Costituitasi anch'essa nel giudizio, la CONSOB ha osservato che la norma invocata dall'opponente è superata dal comma 2 della medesima disposizione e dalla disciplina generale della Legge 689/1981, la prima escludendo espressamente l'applicazione retroattiva favorevole delle modifiche del trattamento sanzionatorio degli illeciti amministrativi regolati dal TUF, la seconda esprimendo il medesimo principio con portata generale.

Con un'ordinanza del 19 marzo 2017, la prima sezione civile della Corte di appello di Milano, cui è stata affidata la controversia, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 72/2015, per contrasto con l'art. 77 Cost., limitatamente alla parte in cui ha modificato le sanzioni previste dall'art. 187-bis TUF.

Il collegio ha inoltre dubitato della legittimità costituzionale della stessa norma, questa volta per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU), nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all'art. 187-bis TUF, escludendo la retroattività della normativa più favorevole prevista dal comma 3 della medesima disposizione.

L'opinione del giudice *a quo* è fondata su un preciso percorso concettuale: la sanzione prevista dall'art. 187-bis è particolarmente severa e afflittiva, soprattutto se applicata nel massimo edittale, e persegue palesemente finalità deterrenti e punitive; queste caratteristiche inducono a classificarla come sanzione punitiva senza che abbia alcun rilievo la denominazione formale di

¹⁶ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, [a questo link](#).

illecito amministrativo che il legislatore attribuisce alla fattispecie; l'istituto è pertanto soggetto al principio della legalità penale sancito dall'art. 7 CEDU ed a tutti i suoi corollari, tra i quali è compresa la necessaria retroattività della legge penale più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto.

Sottolineata in tal modo la «natura sostanzialmente penale della sanzione», il giudice *a quo* osserva che la disapplicazione del principio di retroattività favorevole si pone in conflitto con l'art. 3 Cost. poiché nel caso di specie difettano i gravi motivi di interesse generale, solo in presenza dei quali sono legittime deroghe al principio di eguaglianza formale che impone il trattamento uguale di situazioni uguali.

Sarebbe ugualmente violato, secondo la Corte milanese, il principio affermato dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDFUE) che sancisce anch'esso l'obbligo di applicazione della legge più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto-reato.

La Corte rimettente ha infine ritenuto di non poter applicare autonomamente i principi da essa stessa affermati, a ciò ostando l'esistenza di un radicato indirizzo interpretativo di legittimità che esclude l'applicazione della retroattività della *lex mitior* agli illeciti amministrativi.

Si sono costituite in giudizio l'Avvocatura generale dello Stato e la CONSOB, sviluppando plurime difese finalizzate ad ottenere una pronuncia di inammissibilità.

La Consulta ha dichiarato anzitutto inammissibile, «in ragione dell'oscurità del *petitum* e della contraddittorietà della motivazione», la questione di compatibilità dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 72/2015 per il suo asserito contrasto con l'art. 77 Cost. (ma in realtà, secondo quanto ritenuto in sentenza, il riferimento va correttamente inteso all'art. 76 Cost. dal momento che si denuncia un eccesso di delega da parte del Governo).

Ha dichiarato infondate, per contro, tutte le altre eccezioni di inammissibilità.

Ha riconosciuto infine la fondatezza delle questioni poste dalla Corte rimettente in relazione agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.

La sentenza, citando la giurisprudenza costituzionale più significativa, ha sottolineato preliminarmente il **principio di retroattività della legge più favorevole** e la sua derivazione dall'art. 2 c.p. a livello di legislazione ordinaria, dagli artt. 3 e 117, comma 1, a livello costituzionale e da plurime fonti di diritto internazionale pattizio, identificabili nell'art. 15, comma 1, terzo periodo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici concluso a New York il 16.12.1966 e ratificato ed eseguito internamente con la l. 881/1977, nell'art. 49, paragrafo 1, terzo periodo, della CDFUE e, attraverso la porta di ingresso dell'art. 117, comma 1, Cost., l'art. 7 CEDU come inteso dalla giurisprudenza della Corte EDU, in quanto sua interprete primaria.

La retroattività della *lex mitior* ha quindi un duplice fondamento: il primo, interno al nostro ordinamento, correlato al principio costituzionale di eguaglianza formale di cui le citate norme del Patto internazionale e della CDFUE costituiscono imprescindibili parametri interpretativi; il secondo, di derivazione internazionale ma capace di influenzare l'ordinamento interno, coincidente con l'art. 7 CEDU.

È equo, ha chiarito la Corte,

«equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice».

Al tempo stesso, **l'assunzione dell'art. 3 come parametro di riferimento**

«segna però anche il limite della garanzia costituzionale della quale la regola in parola costituisce espressione. Mentre, infatti, l'irretroattività *in peius* della legge penale costituisce un **“valore assoluto e inderogabile”**, la regola della retroattività *in mitius* della legge penale medesima “è suscettibile di **limitazioni e deroghe legittime** sul piano costituzionale, ove sorrette da **giustificazioni oggettivamente ragionevoli**”».

Chiarite le coordinate di fondo, la Corte costituzionale si è interrogata sulla possibilità di estenderle alle sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità “punitiva”.

Ha richiamato a tal fine la propria **sentenza 193/2016** e l'affermazione ivi contenuta dell'inesistenza di un obbligo costituzionale di applicazione della legge successiva più favorevole anche per tali sanzioni; una regola generale di questo genere contrasterebbe infatti con la necessità di analizzare preventivamente la sanzione amministrativa allo scopo di accertarne, sulla base dei criteri Engel, la natura “convenzionalmente penale” e, solo nel caso di accertamento positivo, assoggettarla allo statuto garantistico proprio delle norme penali, di cui fa parte l'obbligo di retroattività *in mitius*.

Sottolineata la condivisione del precedente, la Consulta ha riconosciuto che, in presenza di una sanzione amministrativa qualificabile come “punitiva”, **«di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo “vaglio positivo di ragionevolezza”, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale»**.

Non è di ostacolo a questa conclusione **l'assenza di specifici precedenti** della Corte di Strasburgo: l'interprete può infatti applicare le norme CEDU anche alle questioni sulle quali manchi una puntuale pronuncia dell'istanza giudiziaria primariamente legittimata.

È a questo punto scontata l'attribuzione della natura punitiva alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-*bis* TUF.

La Corte ha rilevato infatti che essa

«non può essere considerata come una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti. Si tratta, infatti, di sanzione dall'elevatissima carica afflittiva, che può giungere, oggi, sino a cinque milioni di euro (a loro volta elevabili sino al triplo ovvero al maggior importo di dieci volte il profitto conseguito o le perdite evitate), e che è comunque sempre destinata, nelle intenzioni del legislatore, a eccedere il valore del profitto in concreto conseguito dall'autore, a sua volta oggetto, di separata confisca. Una simile carica afflittiva si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto».

Del resto, anche la CGUE – ha osservato la Corte – è arrivata alla stessa conclusione nella **sentenza Di Puma e altri del 20 marzo 2018**, affermando la natura penale della sanzione in esame alla luce della sua finalità repressiva e dell'elevato carico di severità.

La Consulta ha proceduto quindi all'ultima verifica: se lo sbarramento alla retroattività del più favorevole regime sanzionatorio introdotto dal d.lgs. 72/2015 possieda la ragionevolezza che, sola, può giustificarlo.

La risposta è stata nettamente negativa:

«la scelta del legislatore del 2015 di derogare alla retroattività dei nuovi e più favorevoli quadri sanzionatori risultanti dal d.lgs. n. 72 del 2015 sacrifica irragionevolmente il diritto degli autori dell'illecito di abuso di informazioni privilegiate a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore. Mutato apprezzamento che riflette, evidentemente, la consapevolezza del carattere non proporzionato di un minimo edittale di centomila euro».

Per l'effetto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 2, del d.lgs. 72/2015 nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche favorevoli apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis TUF.

La stessa dichiarazione è stata estesa, ai sensi dell'art. 27 della l. 87/1953, alla mancata previsione – da parte del medesimo articolo – della retroattività delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle corrispondenti sanzioni amministrative previste per l'illecito di cui all'art. 187-ter (Manipolazione del mercato) del TUF.

2.3.5. La sentenza 112/2019¹⁷.

La seconda sezione civile della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità dell'art. 187-quinquiesdecies TUF, per contrasto con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, «nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate».

La stessa sezione ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 187-sexies TUF (nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge n. 62 del 2005), per contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, firmato a Parigi il 20 maggio 1952, ratificato e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848, nonché in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 17 e 49 CDFUE, «nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito».

Nella vicenda sottostante la CONSOB aveva inflitto a una persona la sanzione pecuniaria di 200.000 euro per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate regolato dall'art. 187-bis, comma 1, lettera a), TUF, contestato in riferimento all'acquisto di un consistente

¹⁷ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, [a questo link](#).

pacchetto azionario di una società quotata di cui era socio e consigliere di amministrazione, fatto nella consapevolezza dell'imminente lancio di un'offerta pubblica di acquisto ad opera di una seconda società costituita ad hoc e di cui l'incolpato era socio.

La CONSOB aveva inoltre confiscato in suo danno beni immobili per un importo pari all'intero valore delle azioni acquistate abusando delle informazioni privilegiate che deteneva.

L'opposizione dell'interessato alla sanzione era stata respinta dalla Corte di appello competente e ne era seguito un ricorso per cassazione da cui è scaturita la questione di costituzionalità nei termini esposti in precedenza.

La Consulta ha separato il giudizio per la parte attinente all'art. 187-*quinquiesdecies* e lo ha definito con una ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE (si veda paragrafo successivo).

La sentenza ha pertanto riguardato solo le questioni concernenti l'art. 187-*sexies* TUF.

I giudici costituzionali hanno comparato il testo della disposizione vigente al momento del fatto e quello risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 107/2018 e ne hanno in primo luogo desunto che la confisca era ed è tuttora obbligatoria per chi abbia commesso un illecito compreso nel Titolo I-bis, Capo III, TUF.

Hanno poi analizzato il significato dell'eliminazione del riferimento ai «beni utilizzati» per commettere l'illecito e hanno concluso che, a dispetto della prima apparenza, la modifica ha lasciato intatto l'obbligo di confisca del valore equivalente all'intero prodotto della condotta sicché, a fronte di una condotta di *insider trading*, è tuttora obbligatorio confiscare «l'intero ammontare degli strumenti finanziari acquistati da chi disponga di un'informazione privilegiata, ovvero – nel caso in cui essi siano stati nel frattempo rivenduti – l'intero loro valore, e non semplicemente il vantaggio economico realizzato mediante l'operazione finanziaria».

Raggiunte queste prime conclusioni, **la Consulta, rilevando che il provvedimento ablativo ha riguardato immobili per un importo corrispondente a quello delle azioni acquistate, lo ha qualificato senza esitazioni come una confisca per equivalente del prodotto dell'illecito.**

Ha quindi giudicato fondate le questioni in relazione a tutti i parametri costituzionali prospettati.

Importanza centrale nel ragionamento della Consulta hanno avuto gli elementi della sproporzione della sanzione in quanto estesa al prodotto dell'illecito e della sua eccessiva incidenza sul diritto di proprietà del destinatario).

Elementi che la Corte, attingendo ai propri precedenti, ha ritenuto sufficienti per estendere anche alle sanzioni amministrative di carattere “sostanzialmente punitivo” alcune delle garanzie che la Costituzione riserva alla “materia penale”.

A quelle sanzioni si applicano infatti il divieto di retroattività sfavorevole, l'obbligo della retroattività favorevole e il requisito della sufficiente precisione del precetto ma non i principi della responsabilità personale sanciti dall'art. 27 Cost. in quanto inscindibilmente connessi alle pene che colpiscono la libertà personale «attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale».

L'obbligo del rispetto del canone di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito deriva pertanto, se riferito a sanzioni amministrative punitive, non dal combinato degli artt. 3 e 27 Cost., ma dal solo articolo 3 in abbinamento alle ulteriori norme costituzionali che tutelano le situazioni giuridiche di volta in volta lese dalla sanzione presa in esame.

Nel caso di specie la norma aggiuntiva è identificabile nell'art. 42 Cost. poiché la sanzione limita il diritto di proprietà ed altrettanto appropriato è il richiamo agli artt. 1 Protocollo addizionale CEDU e 17 CDFUE, anch'essi posti a tutela del medesimo diritto a fronte di sanzioni patrimoniali.

La Consulta si spinge anche oltre e considera pertinente anche il riferimento all'art. 49, § 3, CDFUE, disposizione che la CGUE (ad esempio nella sentenza *Garlsson Reale Estate*) ha inteso riferire non solo alle sanzioni penali ma anche a quelle amministrative di carattere "punitivo".

Lo stesso indirizzo è dato desumere da plurime pronunce della Corte EDU (tra queste, di recente, **sentenza Boljević contro Croazia, 31 gennaio 2017**).

La Consulta ritiene a questo punto necessari alcuni passaggi definitivi.

Identifica la nozione di **prodotto dell'illecito**, in adesione alla definizione adottata dalle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione nella sentenza 26654/2008, nel «**risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato**».

La stessa nozione, declinata specificamente per la condotta di *insider trading*, coincide, come chiarito da Cass. Civ., sezione prima, sentenza 8590/2018, con l'insieme degli strumenti acquistati o con l'intera somma ricavata dalla loro vendita.

Dal canto suo, il **profitto dell'illecito**, sempre nella specifica prospettiva dell'*insider trading*, consiste

«nel **risultato economico dell'operazione** valutato nel momento in cui l'informazione privilegiata della quale l'agente disponeva diviene pubblica, calcolato più in particolare sottraendo al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo effettivamente sostenuto dall'autore per compiere l'operazione, così da quantificare l'**effettivo "guadagno"** (in termini finanziari, la "plusvalenza") ovvero, come nel caso di specie, il "**risparmio di spesa**" che l'agente abbia tratto dall'operazione».

Infine, i **beni utilizzati per la commissione dell'illecito** consistono necessariamente

«**nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore**».

La Corte costituzionale ne ricava che la confisca del profitto si esaurisce nel ripristino coattivo della situazione patrimoniale propria dell'autore dell'illecito prima della sua commissione.

Se invece la sanzione si estende al prodotto o ai beni utilizzati, assume per ciò stesso una connotazione punitiva poiché il suo effetto è la diminuzione del patrimonio rispetto alla sua dimensione precedente alla trasgressione.

Nel caso di specie, la combinazione di una confisca punitiva con una sanzione amministrativa pecuniaria di notevolissima severità impone automatismi applicativi e risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati.

Ne è conferma quanto concretamente avvenuto nella vicenda da cui è derivato il giudizio di costituzionalità: a fronte di un profitto da illecito dell'importo di 26.850 euro, il trasgressore è stato punito con una sanzione pecuniaria di 200.000 euro e con la confisca per equivalente del valore delle azioni acquistate pari a 149.760 euro. L'importo complessivo, pari a 349.760 euro, è equivalso quindi a tredici volte il profitto.

Né si può dire che un simile trattamento sia il frutto di obblighi derivanti dal diritto eurounitario poiché questo non impone affatto la confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo.

La Corte dichiara quindi l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* TUF, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto.

Dichiara inoltre, conseguenzialmente, l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* TUF, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, comma 14, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, recante «Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE», nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto.

2.3.6. L'ordinanza 117/2019¹⁸.

Come si è anticipato nel precedente paragrafo, la seconda sezione civile della Corte di Cassazione, con ordinanza del 16 febbraio 2018, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, «nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate», per contrasto con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, e all'art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE.

La Consulta, agendo «nel già ricordato spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali», ha preferito, prima di decidere il giudizio incidentale, trasmettere alla CGUE una domanda pregiudiziale così che sia chiarito se «il diritto al silenzio» proprio dell'accusato in sede penale valga anche di fronte alla CONSOB a favore dell'incolpato di un illecito amministrativo.

¹⁸ L'ordinanza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, a [questo link](#).

Questi, testualmente, i due quesiti posti alla CGUE:

a) se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva";

b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva".

3. La Corte di Cassazione.

Alcune recenti decisioni della Corte di Cassazione dimostrano il suo convinto allineamento alla prospettiva tracciata dalla Corte costituzionale con le sentenze citate nel paragrafo precedente.

Due esempi per tutti.

La sentenza 45829/2018 della quinta sezione penale si è confrontata con il consueto tema della duplicazione di procedimenti in relazione ad una fattispecie di manipolazione del mercato la quale, come noto, è rilevante sia penalmente (art. 185 TUF) sia amministrativamente (art. 187-ter TUF)¹⁹.

Il collegio ha riconosciuto che **«la nozione di “illecito amministrativo di natura sostanzialmente penale” è ormai considerata diritto vivente ed è recepita dalla Giurisprudenza delle Corti Europee e da quella di questa Corte di legittimità, che sovente si sono cimentate con la questione del doppio binario sanzionatorio e del conseguente problema della violazione del divieto di *bis in idem*, cioè della possibilità di sanzionare attraverso procedure parallele lo stesso fatto due volte con provvedimenti, uno di natura penale e l'altro solo formalmente amministrativo ma, per la sua portata afflittiva, di natura penale»**.

È seguita, nella sentenza in esame, la citazione della sentenza A. e B. la cui analisi ha consentito di concludere che

«l'essenziale novità rispetto al precedente orientamento è individuabile nella considerazione che, secondo la pronuncia, i due procedimenti non solo possono iniziare ma anche concludersi, mutando in tal modo profondamente la natura del *ne bis in idem* convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale. Infatti, **purché la risposta sanzionatoria**, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, **sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e**

¹⁹ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di Cassazione, [a questo link](#).

prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un **doppio binario sanzionatorio** ed alle Autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione».

La ricognizione è stata inoltre estesa al panorama interno e dunque alla giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità, permettendo al collegio di accertare, e valorizzare a sua volta, una significativa convergenza nell'apprezzamento verso la svolta della Corte di Strasburgo, ritenuta idonea ad assicurare «un giusto contemperamento di interessi tra le esigenze repressive dello Stato nazionale verso fatti illeciti di notevole disvalore sociale e le garanzie individuali» e verosimilmente concepita «allo scopo di mitigare gli effetti dell'applicazione del divieto di *bis in idem* processuale, come sancito dalla sentenza Grande Stevens, ritenuto troppo rigido e che aveva provocato difficoltà applicative negli Stati membri».

Tracciate queste coordinate, la Corte ha rilevato, in adesione alla decisione Garlsson della CGUE, che l'art. 187-*terdecies* TUF, pur limitando la sanzione pecuniaria penale alla parte eccedente quella già riscossa in sede amministrativa, è comunque inidoneo ad assicurare l'equità complessiva del trattamento sanzionatorio perché attribuisce al giudice i poteri che sarebbero necessari a tal fine. Il problema può essere tuttavia ugualmente risolto facendo riferimento all'art. 133 c.p. e al dovere ivi imposto al giudice di commisurare la pena alla gravità del fatto commesso, in linea col principio di legalità della pena che esige, a pena di violazione del divieto di *bis in idem* il rispetto del criterio di proporzionalità e la considerazione di tutte le circostanze della fattispecie concreta.

La Corte si è poi chiesta se il

«giudizio di proporzionalità delle sanzioni irrogate nell'ambito dei separati procedimenti costituisca una valutazione di esclusiva competenza del giudice di merito ovvero possa essere effettuata anche in sede di legittimità»

ed ha ritenuto che

«in tema di abusi di mercato, come disciplinati dal Tuf, la Corte di Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in applicazione dell'art. 620, comma 1, lett. I), cod. proc. pen., qualora non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto e facendo riferimento ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.».

La conclusione è stata che

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

La seconda pronuncia è la recentissima **sentenza 5679/2019**²⁰, anch'essa della quinta sezione penale, di cui si riportano i passaggi più significativi in tema di proporzionalità:

²⁰ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Corte di Cassazione, [a questo link](#).

«con riferimento poi all’ambito decisorio ed al percorso metodologico del Giudice nazionale nel valutare la proporzionalità, sia la sentenza Chiarion Casoni che la sentenza Franconi hanno richiamato i parametri commisurativi di cui all’art. 133 cod. pen. quale norma generale idonea a consentire la tenuta del doppio sistema sanzionatorio sotto il profilo, appunto, della proporzionalità; la disposizione in discorso naturalmente vedrà allargato l’ambito applicativo, che, per un verso, deve essere esteso al trattamento sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e, per altro verso, deve investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti (quello penale e quello formalmente amministrativo)»; «dopo le sentenze Menci e Garlsson Real Estate, è chiaro, infatti, che il doppio binario sanzionatorio in materia di manipolazione di mercato non è violativo, *ex se*, dell’art. 50 CDFUE, ma che occorre valutare, in ultima analisi, se le sanzioni oggetto del cumulo siano, rispetto alla fattispecie concreta, proporzionate alla gravità del fatto commesso e che, solo in caso di sproporzione, può discutersi della necessità di prosciogliere l’imputato per *bis in idem* – nei casi limite – ovvero di rimodulare la risposta sanzionatoria», e in tema di applicabilità del *ne bis in idem* convenzionale: «occorre passare al vaglio del segmento del secondo motivo di ricorso che concerne l’invocata applicazione analogica, in tesi convenzionalmente orientata, dell’art. 649 cod. proc. pen. anche alla materia dei rapporti tra illecito amministrativo (sostanzialmente penale) e illecito formalmente penale che dovrebbe condurre – sostiene il ricorrente – ad un proscioglimento di E. per *bis in idem* e sulla cui sorte, al contrario, pesano notevolmente le osservazioni già sviluppate circa la compatibilità convenzionale del sistema del doppio binario come applicato all’odierno ricorrente. A tale riguardo, va ricordato che già nell’ordinanza n. 1782 del 2015 di questa sezione (con interpretazione seguita poi dalla terza sezione, con sentenza n. 25815 del 21/04/2016), si era sancito il condivisibile principio dell’impossibilità di un’applicazione analogica della norma in discorso rispetto ai provvedimenti emessi all’esito di procedimenti solo sostanzialmente penali. Ebbene, tale conclusione oggi trova conforto nella giurisprudenza convenzionale (e riscontro in quella della Corte di Lussemburgo) e nell’interpretazione che anche la Consulta e questa Corte ne hanno fornito, come sopra ricordate, il che conduce ad una rapida smentita dell’assunto del ricorrente. A questo proposito va infatti osservato che, giacché, come sostenuto anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 43 del 2018, la sentenza A e B contro Norvegia ha indubbiamente ridimensionato la rigidità della giurisprudenza precedente della Corte EDU sul doppio binario sanzionatorio, ne consegue che – essendo significativamente mutati i riferimenti esegetici – non è quella predicata dal ricorrente la corretta interpretazione convenzionalmente orientata dell’art. 649 cod. proc. pen. che oggi potrebbe invocarsi. È da escludere, infatti, sulla scorta delle riflessioni già svolte cui si rinvia, che vi possa essere implicazione automatica alcuna tra convergenza sullo stesso fatto delle due sanzioni e l’epilogo auspicato da E., vale a dire l’improcedibilità e della fattispecie penale oggi *sub iudice*, dovendo invece esservi una verifica concreta rispetto ai parametri individuati dalla Corte EDU, secondo lo schema già sopra adoperato, verifica che nel caso di specie ha condotto all’esclusione di un contrasto del doppio binario sanzionatorio con l’art. 4, prot. 7, CEDU. La risposta alle altre doglianze – la censura concernente l’applicazione diretta dell’art. 4, prot. 7 CEDU e l’eccezione di illegittimità costituzionale dell’art. 649 cod. proc. pen. per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. in relazione alla norma convenzionale suddetta – fonda su analoghe considerazioni che pure, richiamando la premessa teorica sopra enunciata, possono essere sviluppate in poche battute. Quanto al tema dell’applicazione diretta dell’art. 4, prot. 7, CEDU – tralasciando le questioni sulla sua effettiva praticabilità e sull’esistenza di uno spazio giuridicamente vuoto in cui essa potrebbe inserirsi, agitate dal ricorrente – le considerazioni sopra articolate circa la rispondenza ai criteri enucleati dalla Corte EDU in A e B contro Norvegia del doppio binario sanzionatorio applicato al caso E. e quelle sviluppate in punto di proporzionalità del complesso sanzionatorio privano di significato la doglianza, evidenziando che non vi è alcuna violazione della norma convenzionale paventata dal ricorrente che possa emergere in questa sede».

4. La giurisprudenza di merito: un esempio.

Un rapidissimo sguardo alla giurisprudenza di merito permette di affermare che anche a questo livello il *revirement* della Corte EDU con la sentenza A. e B. c. Norvegia è stato accolto senza contestazioni.

Si cita, per tutte, un'ordinanza del 6 dicembre 2016 del Tribunale di Milano²¹ in cui si afferma che

«dall'attuale quadro normativo europeo, particolarmente il Considerando n. 8 della Direttiva UE 2014/57 (MAD 1), emerge con chiarezza che l'introduzione da parte degli Stati membri di sanzioni penali almeno per i più gravi reati di abusi di mercato è essenziale per attuare in materia la politica dell'Unione. A sua volta, il Considerando n. 72 del Regolamento UE 596/2014 (MAR) statuisce che gli Stati membri, oltre a sanzioni penali, possono prevedere anche sanzioni amministrative per le stesse infrazioni: dunque, obbligo di sanzioni penali, facoltà di sanzioni amministrative. **La duplicità di sanzioni non trova ostacolo nella giurisprudenza dei giudici europei dei diritti umani** che, nella sua più recente espressione (Corte EDU, Grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, con il solo dissenso del giudice Pinto de Albuquerque), ha considerevolmente ridotto la portata del divieto di *bis in idem* come definita nella precedente sentenza Grande Stevens c. Italia, valorizzando il criterio di una “close connection in time and substance” tra i procedimenti. Tale criterio, se esistente, consente di considerarli parti di “un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria” e quindi di escludere la violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 CEDU. È quindi legittima la celebrazione di un processo penale avente ad oggetto l'imputazione di abuso di informazioni privilegiate, anche se gli imputati siano stati in precedenza sanzionati amministrativamente dalla CONSOB per i medesimi fatti e non vi sono le condizioni per un rinvio pregiudiziale alla CGUE allo scopo di valutare la compatibilità del complessivo sistema sanzionatorio interno in materia con l'art. 50 CDFUE».

5. La nozione di “materia penale” nella giurisprudenza nazionale.

Il complesso degli indirizzi giurisprudenziali fin qui esposti permette di comprendere a quali condizioni gli interpreti sono disposti a riconoscere la natura penale di un istituto e la necessità di accordare talune garanzie a chi potrebbe subirne gli effetti.

Emerge al tempo stesso un distinguo che la giurisprudenza italiana, senza eccezioni, considera ineludibile.

Solo gli istituti formalmente penali accedono con pienezza allo statuto proprio della pena: l'irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.), la personalità della responsabilità penale e il finalismo rieducativo della pena (art. 27 Cost.), le regole sul giusto processo (art. 111, commi 3/5, Cost.), l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.), nonché le ulteriori prerogative contenute nella parte propriamente penalistica dell'art. 6 CEDU, nell'art. 7 della stessa fonte e negli artt. 2 e 4 del suo Protocollo aggiuntivo n. 7 (si confronti sul punto **Corte costituzionale, sentenza 68/2017**)²².

Per contro, **solo alcune di queste garanzie si attagliano agli illeciti sostanzialmente penali senza però che**, in virtù di questa parziale concessione, gli illeciti amministrativi si

²¹ Si rinvia per un commento a E. Fusco, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre 2016, pubblicato unitamente al testo dell'ordinanza citata.

²² La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, [a questo link](#).

trasformino in reati, le sanzioni amministrative in pene, i procedimenti amministrativi in procedimenti penali.

Soccorre ancora una volta la giurisprudenza costituzionale, di cui è chiarissimo esempio la **sentenza 43/2017**.²³

La Consulta, sollecitata nel caso di specie a verificare la sospetta incostituzionalità dell'art. 30, comma 4, l. 87/1953 (cioè la disposizione che impedisce l'esecuzione di una sanzione penale quando la norma che l'ha istituita sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima o comunque invalida), nella parte in cui non prevede che tale effetto sia esteso anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali, ha dichiarato infondata la questione.

La Corte ha ritenuto anzitutto necessario

«verificare se nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia reperibile un principio analogo a quello previsto dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, volto a precludere l'esecuzione di una sanzione sostanzialmente penale, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, qualora la norma che la prevedeva sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima o altrimenti invalida *ex tunc*»,

per poi rilevare che

«nella giurisprudenza della Corte europea **non si rinviene, allo stato, alcuna affermazione che esplicitamente o implicitamente possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 della CEDU nel significato elaborato dal giudice rimettente, tale da esigere che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato** nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime. Ne consegue la non fondatezza della denunciata violazione degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma, Cost.».

La motivazione si è spinta più oltre:

«**la questione non è fondata neppure in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 3 Cost.** L'intervento additivo richiesto dal giudice rimettente di estendere la portata applicativa della disposizione censurata anche alle ipotesi di sanzioni che, seppur qualificate come amministrative dal diritto interno, assumono natura convenzionalmente penale, **poggia su un erroneo presupposto: ossia, che le garanzie previste dal diritto interno per la pena** – tra le quali lo stesso art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 nell'interpretazione consolidatasi nel diritto vivente – **debbano valere anche per le sanzioni amministrative, qualora esse siano qualificabili come sostanzialmente penali ai (soli) fini dell'ordinamento convenzionale.** Viceversa, come si è detto poco sopra, l'ordinamento nazionale può apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle convenzionali, riservandole alle sole sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno. In tale contesto di coesistenza, e non di assimilazione, tra le garanzie interne e quelle convenzionali, si pone dunque la peculiare tutela di cui all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, e la sua applicazione alle **sole ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di norme penali, e non anche di norme amministrative**».

Ed ancora:

²³ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, [a questo link](#).

«l’attrazione di una sanzione amministrativa nell’ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell’ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l’ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre solo ciò che è penale per l’ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna».

La stessa decisione aggiunge che

«è pur vero che questa Corte ha, occasionalmente (sentenze n. 104 del 2014, n. 196 del 2010, richiamate dalla recente n. 276 del 2016), riferito il parametro di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto. Ma lo ha fatto limitatamente al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura “è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato” (sentenza n. 276 del 2016), e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino. Diverso è il problema, posto dalla odierna ordinanza di rimessione, dell’applicabilità alle sanzioni amministrative di tutte le garanzie previste dalla legge per le sanzioni penali. Nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall’art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall’ordinamento interno. Sotto questo profilo deve, infatti, ricordarsi che questa Corte ha, anche di recente, ribadito “l’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale” (sentenza n. 49 del 2015), considerando legittima la mancata estensione agli illeciti amministrativi di taluni principi operanti nel diritto penale, sulla considerazione che “[t]ali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi” (sentenza n. 193 del 2016). La qualificazione degli illeciti e la conseguente sfera delle garanzie, circoscritta ad alcuni settori dell’ordinamento ed esclusa per altri, risponde, dunque, a “scelte di politica legislativa in ordine all’efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati” (sentenza n. 193 del 2016), sindacabili da questa Corte solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio».

Si può adesso provare a riassumere i punti fermi allo stato attuale del dibattito giurisprudenziale interno.

Il primo: il riconoscimento della natura punitiva di un istituto non penale gli associa garanzie tipiche degli istituti penali ma non ne snatura l’essenza e non priva il legislatore del monopolio che la Costituzione gli attribuisce in materia penale.

Il secondo: in presenza di un istituto sostanzialmente ma non formalmente penale, i presidi garantistici propri dell’ordinamento interno e della CEDU non si fondono e non possono essere assimilati ma sono invece destinati a coesistere all’insegna della massimizzazione delle tutele.

Il terzo: il legislatore può decidere di riservare talune garanzie ai soli istituti formalmente penali senza che l’esercizio di questo potere discrezionale sia costituzionalmente censurabile.

L'insieme di queste caratteristiche – è arrivato il momento di sottolinearlo – **è la causa diretta di incertezze di ogni tipo quanto alla nozione di “materia penale”.**

Per i giudici europei dei diritti umani vi rientra legittimamente ogni istituto, a prescindere dalla sua qualificazione formale, capace di incidere in modo afflittivo e grave nella sfera giuridica del destinatario. Al riconoscimento di questa capacità consegue la doverosità dell'applicazione delle garanzie convenzionali, sia sostanziali che processuali.

Per la nostra giurisprudenza, invece, fanno parte della materia penale solo gli istituti formalmente penali e solo ad essi è riconosciuta pienezza di tutela. Per contro, agli istituti di natura sostanzialmente penale si possono associare solo alcune garanzie ma non, ad esempio, quelle desumibili dall'art. 27 Cost.

Resta da chiedersi, stando così le cose, come possa credibilmente parlarsi di coesistenza dei sistemi garantistici propri della nostra legalità formale e della legalità convenzionale delineata dalla Corte di Strasburgo e come possa sostenersi plausibilmente che questa coesistenza assicuri la massimizzazione delle tutele.

Più chiaramente: **il monopolio legislativo in tema di norme penali è certamente una garanzia di per se stesso considerato** poiché protegge i consociati dal duplice rischio di una proliferazione incontrollata di precetti sanzionati penalmente; **cessa tuttavia di essere tale se alla lex parlamentaria si attribuisce contemporaneamente il potere**, anch'esso monopolistico, **di definire ciò che è pena e di attribuire solo ad essa la pienezza delle tutele di fonte costituzionale**; pare infatti che in questo modo non si scongiuri affatto la “truffa delle etichette” che pure si afferma di voler smascherare; senza contare che la legalità convenzionale, come da ultimo calibrata dalla Corte EDU con la sentenza A. e B. c. Norvegia, ha reso assai arduo associare alla materia penale uno dei suoi più efficaci baluardi, cioè la possibilità di ravvisare la violazione del *ne bis in idem* ogni qualvolta la stessa condotta sia perseguibile con una pluralità di sanzioni.

Così come **bisognerà pur riflettere sulla più recente giurisprudenza costituzionale che dà l'impressione di una monodirezionalità senza precedenti.**

La rassegna condotta nei paragrafi precedenti dimostra che **la Consulta sta concentrando la sua attenzione sul doppio binario punitivo adottato dal TUF.**

Le risposte sanzionatorie previste per le condotte di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato e le norme di contorno stanno perdendo progressivamente pezzi, come si è visto, per via di ripetute dichiarazioni di incostituzionalità e non è mancata una domanda pregiudiziale alla CGUE allo scopo di stimolare una richiesta di chiarimenti sul diritto al silenzio dei destinatari di procedure finalizzate all'applicazione di sanzioni amministrative, diritto che – in modo piuttosto esplicito – la Corte costituzionale si aspetta venga riconosciuto.

Sono in parte comprensibili le ragioni di una così vistosa focalizzazione: le persone che subiscono procedimenti in applicazione del TUF hanno mediamente i mezzi e la consapevolezza personale per attivare reazioni difensive della massima efficacia, ivi compresa la richiesta di una presa di posizione del giudice delle leggi.

Ma ugualmente **si fatica a comprendere perché il TUF, quasi solo il TUF, sia il campo d'esplorazione prediletto** come se mancassero nel nostro ordinamento altri ambiti da monitorare e altre disposizioni normative che consentono cumuli sanzionatori e sproporzioni applicative ben

più gravi e irreversibili e infliggono lesioni a beni che nella piramide valoriale propria del nostro ordinamento dovrebbero essere collocati assai più in alto del patrimonio degli *insiders* e dei manipolatori del mercato.

È parimenti priva di giustificazioni adeguate, questa volta secondo una logica tutta interna al nostro principio di legalità formale e senza quindi bisogno di tirare in ballo la legalità convenzionale, la mancanza o la rarefazione di occasioni di verifica del crescente ricorso alla pena propriamente detta come mezzo privilegiato di risoluzione di emergenze sociali vere o presunte e sulla progressiva e inarrestabile tendenza all'inasprimento del trattamento sanzionatorio di fattispecie esistenti, in misura tale da suggerire cambiamenti già in atto di quella piramide valoriale cui si accennava.

Se infatti, come è di recente avvenuto, la pena per il delitto di scambio elettorale politico – mafioso, ove ricorra l'aggravante a effetto speciale connessa all'avvenuta elezione, viene portata nel massimo a 22 anni e sei mesi di reclusione, bisogna desumerne un chiaro messaggio del legislatore: la piramide è cambiata e farsi eleggere con i voti della mafia è comportamento di gravità analoga all'omicidio.

È solo un esempio cui seguirà nei prossimi paragrafi qualcuno dei casi che si ritiene meriterebbero almeno un po' di quella speciale attenzione che i giudici rimettenti e la Consulta hanno finora riservato al TUF.

6. La casistica.

6.1. Quello di cui si è parlato...

Occorre adesso mettere meglio a fuoco, al di là delle sanzioni amministrative di cui si è ampiamente detto, gli istituti e i settori normativi sui quali i giudici interni e sovranazionali hanno avuto occasione di pronunciarsi ai fini della loro eventuale inclusione nella materia penale.

La Corte EDU è stata sollecitata ad occuparsi anche di norme di **diritto processuale**.

Così è avvenuto con la sentenza **Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009**²⁴.

L'interessato, accusato di reati astrattamente punibili con la pena dell'ergastolo, aveva chiesto e ottenuto di essere giudicato secondo le forme del rito abbreviato in un periodo in cui, ai sensi dell'art. 442, comma 2, c.p.p., questa scelta comportava un'importante premialità: l'ergastolo era sostituito dalla pena di trent'anni di reclusione.

Fu questo in effetti l'esito del primo giudizio che fu definito dal GUP di Roma il 24 novembre 2000.

Tuttavia, il giorno stesso della sentenza di primo grado entrò in vigore il d.l. 341/2000 (successivamente convertito con l. 4/2001) il quale modificò l'art. 442 prevedendo che la pena dell'ergastolo con isolamento diurno fosse sostituita dall'ergastolo semplice nelle ipotesi di concorso di reati o di reato continuato.

²⁴ La sentenza è consultabile a [questo link](#).

La decisione fu pertanto impugnata ad iniziativa della pubblica accusa e il giudice di secondo grado la riformò condannando l'interessato all'ergastolo, pena poi divenuta definitiva in seguito al rigetto del suo ricorso per cassazione.

Lo Scoppola adì la Corte di Strasburgo la quale, con la sentenza citata, attribuì natura di norma penale sostanziale alla disposizione dell'art. 442 con la conseguente applicazione della garanzia prevista dall'ultimo periodo dell'art. 7, comma 1, CEDU, secondo il quale nessuno può essere punito con una pena più grave di quella applicabile al momento della commissione del fatto (o di quella più favorevole introdotta successivamente).

La Corte di Cassazione, successivamente adita dall'interessato, accolse il ricorso e rideterminò la pena, ripristinando quella detentiva temporanea (**Cass. pen. Sez. 5, 16507/2010**).

Si pose di conseguenza la questione dei cosiddetti “figli di un Dio minore”, cioè coloro che si erano venuti a trovare nella medesima condizione del Sig. Scoppola ma non avevano adito la Corte EDU.

La soluzione, sollecitata dalle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, è stata risolta dalla Corte costituzionale con la **sentenza 210/2013** che, accogliendo la tesi dei giudici di Strasburgo circa la natura di norma penale sostanziale dell'art. 442, comma 2, c.p.p., ha annullato le disposizioni del d.l. 314/2000 che permettevano la retroattività del trattamento sanzionatorio più sfavorevole.

È sfumata invece l'occasione, per la rinuncia al ricorso dell'interessato, l'ex parlamentare Silvio Berlusconi, di avere una pronuncia della Corte EDU sulla natura da attribuire alle **limitazioni del diritto di elettorato passivo** introdotte dal d. lgs. 235/2012 (cosiddetto decreto Severino dal nome del Guardasigilli pro-tempore) e sull'estensione della loro applicabilità anche in relazione a sentenze di condanna emesse dopo l'entrata in vigore del provvedimento ma inerenti a fatti precedenti.

Si può comunque contare sulla **sentenza 276/2016** della Corte costituzionale²⁵ la quale, richiamandosi anche alla giurisprudenza di Strasburgo, ha chiarito che

«**il principio di irretroattività** valido per le pene e per le misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo **non è predicabile nei confronti delle disposizioni censurate, per la natura non punitiva di quanto in esse previsto** [...] rappresentando esse solo “conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate” [...] dal quadro delle garanzie apprestate dalla CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo non è ricavabile un vincolo ad assoggettare una misura amministrativa cautelare, quale la sospensione dalle cariche elettive in conseguenza di una condanna penale non definitiva, al divieto convenzionale di retroattività della legge penale. Mentre è compatibile con quel quadro la soluzione adottata dal legislatore italiano con la finalità di evitare che la permanenza in carica di chi sia stato condannato anche in via non definitiva per determinati reati che offendono la pubblica amministrazione [possa] comunque incidere sugli interessi costituzionali protetti dall'art. 97, secondo comma, Cost., che affida al legislatore il compito di organizzare i pubblici uffici in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, e dall'art. 54, secondo comma, Cost., che impone ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche “il dovere di adempierle con disciplina ed onore” (sentenza n. 236 del 2015)».

²⁵ La sentenza è rintracciabile sul sito web istituzionale della Consulta, a [questo link](#).

Plurime pronunce della Corte EDU si sono poi occupate delle **misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali** ed hanno costantemente escluso la loro appartenenza alla materia penale.

Si segnala da ultimo la nota sentenza **De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017**²⁶, che non si è discostata da questo consolidato indirizzo. Vale la pena ricordare che il giudice Pinto de Albuquerque (ed assieme a lui anche altri componenti della Corte) ha anche in questo caso espresso un'indignata opinione dissenziente, sostenendo di considerare le misure in esame come una

«serie di misure penali draconiane, che costituiscono un reliquato superato di strutture giuridiche liberticide, e che sono, alla luce delle condizioni attuali, totalmente in conflitto con lo stato di diritto intrinseco in uno Stato democratico, il diritto alla libertà e i requisiti fondamentali di un equo e pubblico processo, sanciti dagli articoli 5 e 6 della Convenzione, per non parlare degli altri diritti e libertà fondamentali quali la libertà di riunione. La strada da seguire è chiara. Il legislatore italiano deve evidentemente trarre dalla presente sentenza tutte le conclusioni logiche in relazione al recente Decreto legislativo n. 159/2011, e prima lo fa meglio è».

Si segnala infine la sentenza 9184/2018 della seconda sezione penale della Cassazione²⁷ che ha riconosciuto natura sostanzialmente penale alla **misura disciplinare** dell'isolamento diurno per cinque giorni inflitta a un detenuto in esito ad un procedimento disciplinare condotto ai sensi dell'Ordinamento penitenziario.

6.2. ... e quello di cui non si è parlato.

Accanto agli istituti di cui si è detto nel precedente paragrafo, ve ne sono altri degni di nota, pur non essendo mai stati oggetto di un chiarimento giurisprudenziale.

Se ne parlerà per sintesi e scegliendo, tra i tanti possibili, due casi emblematici.

Il primo di tali istituti è agevolmente identificabile nel cosiddetto **danno punitivo**.

Il relativo dibattito giurisprudenziale è stato recentemente rilanciato dalle Sezioni unite civili con la sentenza 16601/2017²⁸ in un caso in cui era in discussione la possibilità di dichiarare efficaci ed esecutive nell'ordinamento italiano tre decisioni, tutte attinenti alla medesima controversia civilistica, emesse dall'autorità giudiziaria statunitense.

Si assumeva tra l'altro nel ricorso che l'esecutività dovesse essere negata poiché le decisioni avevano liquidato anche danni di tipo punitivo.

Le Sezioni unite, pur escludendo che ricorresse tale evenienza, hanno comunque inteso prendere posizione sull'istituto e sulla sua compatibilità col nostro ordinamento.

Questi i passaggi salienti:

²⁶ La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte di Strasburgo, [a questo link](#).

²⁷ La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte di Cassazione, [a questo link](#).

²⁸ La sentenza è rintracciabile sul sito *web* istituzionale della Corte di Cassazione, [a questo link](#).

«già da qualche anno le Sezioni Unite (cfr. SU 9100/2015 in tema di responsabilità degli amministratori) hanno messo in luce che **la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento**, come una volta si riteneva, negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento [...] In sintesi estrema può dirsi che **accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto** (che immancabilmente lambisce la deterrenza) **è emersa una natura polifunzionale** (un autore ha contato più di una decina di funzioni), **che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva** [...] Corte Cost. n.152 del 2016, investita di questione relativa all'art. 96 c.p.c. ha sancito la natura «non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative» di questa disposizione e dell'abrogato art. 385 c.p.c. Vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale. Infine va segnalato che della possibilità per il legislatore nazionale di configurare «danni punitivi» come misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario parla Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072».

Segue la formulazione del principio di diritto:

«nel vigente ordinamento, **alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale** del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. **Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto** di origine statunitense **dei risarcimenti punitivi**. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

Nell'opinione del nostro massimo organo nomofilattico, è dunque sufficiente per una delibazione positiva che la sentenza straniera abbia una base normativa nell'ordinamento dello Stato di provenienza la quale ne garantisca la corrispondenza a un tipo legale e che la condanna che contiene sia prevedibile e contenuta entro limiti accettabili.

Si potrebbe e forse dovrebbe discutere sull'accettabilità di questi striminziti requisiti ed anche sull'opportunità di formulare un principio di diritto così impegnativo senza che ve ne fosse le necessità processuale.

Non è questo che conta tuttavia.

Ciò che interessa in questa sede è che il giudice di legittimità ha ritenuto legittimo sbarazzarsi dell'«angustia monofunzionale» della responsabilità civile e assegnarle aggiuntivamente funzioni esplicitamente preventive e punitive.

Un altro esempio di tale genere è sicuramente identificabile nel **danno all'immagine della pubblica amministrazione**.

La sua attuale disciplina, configurata nell'ambito della responsabilità per danno erariale, è contenuta nell'art. 1 comma 1-sexies della l. 20/1994 (come riformato dall'art. 1 comma 62 della l. 190/2012) il quale stabilisce che «nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno

all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertata con sentenza passata in giudicato si presume, salvo prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra attività illecitamente percepita dal dipendente».

Si introduce in tal modo il cosiddetto criterio del duplo, fondato sulla presunzione, apparentemente *iuris tantum* ma quasi impossibile da contrastare alla luce dei più diffusi criteri di determinazione del danno, che la condotta del dipendente condannato per un reato contro la p.a. abbia prodotto un danno di entità doppia rispetto al valore economico dell'utilità illecitamente perseguita.

È esemplare la chiarezza definitoria delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei Conti nella sentenza 8/2015²⁹. Occorre, a loro avviso,

«cogliere alcuni tratti della **responsabilità per danno pubblico** che, pur rimanendo di chiara impronta civilistica, **partecipa di alcuni caratteri tipici della responsabilità penale** che è dominata da principi anche di matrice costituzionale. Ci si riferisce al **principio di legalità ed ai suoi corollari**: il primo, che trova la sua massima espressione nell'**art. 25 Cost.** e nell'**art. 7 della Carta Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo**; i secondi (corollari), che ai fini che ne occupano hanno una certa rilevanza ed attengono ai **principi di tassatività, determinatezza (o cosiddetta "precisione") e al divieto di analogia** [...]. Si vuole solo ricordare la natura anche personale e sanzionatoria – e quindi afflittiva – della **responsabilità amministrativa**, e che la fattispecie di danno all'immagine della P.A. qui in rassegna è posta in **stretta correlazione con l'accertamento di reati accertati con sentenza irrevocabile**, con ciò anche **derogandosi al generale principio di separatezza** tra giudizio penale e giudizio contabile».

Parole inequivocabili che consegnano l'istituto in esame alla materia penale e scelgono una prospettiva – quella dell'estensione del principio costituzionale di legalità anche agli istituti non formalmente penali – ben più avanzata dell'altra seguita, come si è visto, dalla Corte costituzionale.

7. Conclusioni.

Si è provato a dimostrare che **la materia penale** e l'esigenza di definirla in modo preciso e quanto più possibile condiviso non dovrebbero riguardare soltanto la stretta cerchia dei comparatisti e degli osservatori del dialogo/scontro tra le Corti interne e quelle europee.

L'insieme di ciò che è costituito e applicato per scopi punitivi è **materia viva** e di interesse generale perché incide sulla carne viva degli esseri umani, su ciò che li definisce come tali, sul loro senso di sé e sull'opinione che ne hanno gli altri consociati.

È al tempo stesso, e purtroppo, materia oscura se lo si può intendere in così tanti modi e con così grande distanza tra un orientamento e l'altro, tra un'istanza giudiziaria e un'altra.

Un'oscurità – si è portati a pensare – che, se anche non voluta, è oltremodo vantaggiosa per l'innegabile tendenza contemporanea all'enfatizzazione delle pene, delle punizioni esemplari, del carcere come *prima ratio* cui si accompagna, drammaticamente e paradossalmente, l'ulteriore tendenza a ridurre e minimizzare le garanzie che dovrebbero essere assicurate a chi è chiamato a

²⁹ La sentenza è consultabile a [questo link](#).

mettere sul piatto la propria vita e le proprie libertà e a introdurre sanzioni di particolare asprezza sottraendole alla sede penale loro propria e immettendole in circuiti nei quali l'effettività del contraddittorio, della difesa, dell'equità del giudizio si abbassano oltre il livello di guardia.

Questi sono i fatti e se ne può solo narrare l'esistenza.

Bibliografia

È ormai piuttosto corposa la letteratura giuridica sulla “materia penale”, sui corollari che l'accompagnano e sul dibattito giurisprudenziale interno e sovranazionale. Se ne indica di seguito una piccola ma significativa rassegna.

G. Amarelli, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Criminal Justice Network*, 16 dicembre 2018.

M. Bertolino, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive del canone del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2019

S. Bissaro, *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Gruppodipisa.it*, 22 settembre 2017.

M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

M. Gambardella, *Il caso Scoppola: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. Pen.*, 5/2010, pp. 2026 ss.

G. Gatta, *La “materia penale” oltre oceano: una storica sentenza della Corte suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlata all'espulsione dello straniero*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 maggio 2018.

M. Mancini, *La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, n. 1/2018.

V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. Pen.*, 3/2017, pp. 955 ss.

L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli editore, 2018.

A. Massaro, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico – funzionale della “materia penale”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2015.

F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017 (in particolare, p. 148 sulla natura punitiva dell'istituto del danno all'immagine della p.a.).

F. Mazzacuva, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2013, pp. 1899 ss.

F. Palazzo, *Principio di legalità penale e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 7-8/2016, pp. 2695 ss.

C. Salvi, *Risarcimento ultrariparatorio (Funzioni della responsabilità civile)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Jovene, 2018, III (si veda, in particolare, p. 1823 laddove l'Autore stigmatizza «l'eccesso di funzione sanzionatoria» proprio dell'istituto del danno non patrimoniale e l'assenza «delle garanzie che sul piano del procedimento e soprattutto dell'entità della sanzione circondano l'esercizio della funzione punitiva dello Stato»).

L. Santa Maria, [*Pronti ... via! Perché è necessaria una svolta. Seconda parte*](#), in questa rivista, 22 maggio 2019 (in particolare, pp. 3 ss. sugli orientamenti della Consulta in materia di doppio binario e sulla particolare attenzione riservata al TUF).

F. Viganò, *L'impatto della CEDU e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016.

F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2017.

V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità penale*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Giuffrè, 2011.

N. Zanon, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, 2017.