



Quaderno di storia del penale e della giustizia

3 / 2021



Il castigo

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito
contemporaneo su giustizia,
diritto di punire e pena



Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

3 / 2021

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-800-7 (print)

ISBN 978-88-6056-801-4 (PDF)

© 2022 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

Comitato di Direzione

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Monica Stronati

Consiglio scientifico

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen, Deutschland)

Editing

Francesca Martello

Indirizzo

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: riviste.unimc.it/index.php/qspg

e-mail: luigi.lacche@unimc.it

Editore

eum edizioni università di macerata
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata; tel. (39) 733 258 6080

web: eum.unimc.it

e-mail: info.ceum@unimc.it

Progetto grafico e impaginazione

Carla Moreschini

I saggi contenuti in ciascun numero del *Quaderno* sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

Sommario

Il castigo

Luigi Lacchè

- 7 I paradossi del castigo

Passaggi

Umberto Curi

- 19 Verso un nuovo paradigma

Adriano Prosperi

- 25 Non uccidere, tra fede e potere

Flavia Stara

- 37 L'umano che deve rimanere. Le sfide allo spazio-tempo del castigo

Alfredo Verde

- 53 Il castigo in una prospettiva psico(socio)criminologica

Antropologie e Storie del diritto penale

Grazia Mannozi

- 73 Il "castigo": dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto

Aglaia McClintock

- 99 *Ius, paricidas, necare*. Castigo e purificazione a Roma

Pierangelo Buongiorno

- 111 Precipizio e castigo. Forme, funzioni e mitologie delle *deiectiones e saxo* in Roma antica

Ettore Dezza

- 131 Le origini della legge penale nella *Summa de maleficiis* di Bonifacio Antelmi

- Michel Porret
141 Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi
- Floriana Colao
159 Percorsi della pena castigo tra attualismo penale, umanesimo penale, giustizia fascista
- Loredana Garlati
177 Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale
- Lessico e politica del penale**
- Roberto Cornelli
201 Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale
- Domenico Pulitanò
217 Problema castigo e principio responsabilità
- Roberto Bartoli
231 Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo
- Ombretta Di Giovine
253 Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali e istinti emotivi
- Andrea Francesco Tripodi
277 L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di *ne bis in idem*
- 293 Abstracts
- 303 Autori

Andrea Francesco Tripodi

L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di *ne bis in idem*

1. Premessa

Una delle ricadute dell'*iter* evolutivo che, negli ultimi anni, ha contrassegnato la giurisprudenza delle Corti europee – *id est*, Corte EDU e Corte di giustizia UE – sulla garanzia del *ne bis in idem* impatta, per certi versi, sulla stessa idea di pena.

Per cogliere fino in fondo la portata di tale rifrazione nell'ambiente concettuale della pena, è necessario indossare, per così dire, l'abito del giuspenalista con vocazione internazionale e compiere quel gesto, pur sempre rivoluzionario (nonostante la sua prima esecuzione risalga al 1976¹), consistente nella qualificazione sostanziale della sanzione, per via del quale l'orizzonte delle garanzie penalistiche si apre a diversi paradigmi sanzionatori ritenuti meritevoli, al di là della relativa nomenclatura, di farvi ingresso.

Tratto distintivo della rigogliosa stagione del *ne bis in idem* convenzionale è infatti la tipologia degli apparati sanzionatori assurti a “bersaglio” delle censure della Corte EDU: nel raggio delle pronunce si collocano i sistemi normativi caratterizzati dalla simultanea presenza di sanzioni penali e amministrative convergenti sul medesimo fatto, secondo l'oramai familiare schema del doppio binario sanzionatorio (cumulativo). Figura, questa, che, quando generata da una scelta legislativa e non dalla concreta inoperatività dei criteri di coordinamento tra illeciti, trova la propria ragione, da un lato, nel rilievo di potenziale ineffettività della sola risposta penale, alla quale fa da contraltare la celerità (dovuta alla snellezza delle forme) del procedimento sull'illecito amministrativo con conseguente probabile applicazione in tempi brevi della relativa sanzione; e, dall'altro, nel prevedibile intento strettamente opportunistico legato agli introiti economici assicurati dalla sanzione amministrativa.

¹ Il riferimento è alla storica decisione Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8.6.1976.

È rispetto agli assetti sanzionatori “a doppio binario”, a prescindere dal relativo modulo genetico, che il principio del *ne bis in idem*, attivato dall'avvenuta qualificazione della sanzione amministrativa come sostanzialmente penale, presenta una nuova e peculiare fisionomia, i cui riflessi possono essere apprezzati anche relativamente a determinati caratteri della sanzione penale.

2. L'approccio classificatorio di tipo teleologico

È noto come nel richiamato *milieu* europeo, sotto l'impulso in particolare della giurisprudenza convenzionale, si sia sviluppata una visione della sanzione incentrata fondamentalmente sulla relativa funzione, ovvero sullo scopo perseguito dall'ordinamento attraverso la sua applicazione. Di modo che, in ultima analisi e estremizzando provocatoriamente il concetto, sanzione penale non sarebbe soltanto quella che consegue alla commissione di un reato, bensì, più in generale, quella che reca in sé un'afflittività *stricto sensu* punitiva.

In sintesi, l'accesso nella *matière pénale* si fonda su una ricerca volta a isolare, nell'ambito della generale portata afflittiva comune a ogni misura ordinamentale reagente alla commissione di qualsivoglia tipologia di illecito, quell'effetto autenticamente punitivo, “voluto e necessario”, ossia diretto a essere percepito come tale, oltre che impiegato in termini di deterrenza². E l'identità genetica di questa afflittività *stricto sensu* punitiva – rispetto alla cui decifrazione, *ça va sans dire*, non è decisivo l'*argumentum libertatis* –, secondo l'itinerario tracciato dalla giurisprudenza convenzionale nel suo progredire, emerge dalla comparazione con le altre possibili conseguenze riferite alle misure sanzionatorie: segnatamente, “preventive” o “riparative”³. Le prime, con funzione di profilassi e trattamento della pericolosità. Le seconde, con funzione di *restitutio in integrum* e dunque implicanti una prestazione economica commisurata non al disvalore del fatto, bensì al danno (cd. differenziale) subito. In breve, l'esclusione di queste fa aggallare il carattere punitivo nella misura *sub iudice*; senza, peraltro, che la loro compresenza risulti d'ostacolo al riconoscimento dell'essenza penale, quando si ravvisi una chiara conseguenza punitiva⁴.

² Per tutti, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 57 ss., 71 ss.; V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2017, p. 1002.

³ Cfr. V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., p. 995.

⁴ I criteri di riconduzione della sanzione alla *matière pénale*, per come discendenti dall'archetipo giurisprudenziale rappresentato dalla richiamata decisione Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, possono essere distinti in un triplice ordine: a) la qualificazione giuridica dell'illecito compiuto dal diritto interno (che se è già di tipo penale fa scattare, senza necessità di ulteriori passaggi, le garanzie convenzionali); b) la natura dell'infrazione (rispetto alla quale si tiene conto del carattere e della struttura della norma trasgredita, ad esempio verificando se essa si caratterizza in termini di generalità

Si avverte, allora, quasi una vertigine passando in rassegna i vari illeciti e le varie sanzioni potenzialmente suscettivi di trovare collocazione nell'area, dai confini inevitabilmente mobili, della *matière pénale*. Solo per fare qualche esempio: le sanzioni amministrative, le sanzioni disciplinari, la gamma delle incapacitazioni, le sanzioni contabili, le sanzioni civili, l'universo delle confische, le misure di prevenzione. Settori per la maggior parte già attinti dalla giurisprudenza convenzionale, con soluzioni talvolta concessive, talaltra restrittive, e comunque non sempre lineari⁵.

Ad ogni modo, il suddetto approccio ri-qualificatorio della sanzione, affermatosi oramai anche nella giurisprudenza interna, non può essere concettualmente separato dal fine ultimo a cui mira, vale a dire l'estensione dello statuto penalistico delle garanzie contemplate nelle Carte europee a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e, in particolare, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). E, in questa prospettiva, va sottolineato come l'equiparazione del "sostanzialmente penale" al "penale" (al *noyau dur du droit pénal*, per usare un'immagine cara al giudice di Strasburgo) non possa dirsi piena. Prevale cioè una declinazione delle singole garanzie convenzionali secondo un modulo differenziato, ovvero a "geometria variabile"⁶, che estende alle sanzioni sostanzialmente (ma non formalmente) penali solo alcuni principi e non altri oppure che vi estende un principio non in modo assoluto. Secondo quanto verificatosi, come immediatamente vedremo, in materia di *ne bis in idem* e doppi binari sanzionatori.

dei destinatari o valutando la caratura degli interessi che essa tutela); c) la natura e il grado di severità della sanzione (dove la severità attiene ai profili contenutistici dell'intervento sanzionatorio e la natura si desume principalmente dallo scopo della sanzione o dalla pertinenzialità a un fatto di reato o, ancora, dalle procedure correlate alla sua adozione e esecuzione).

Con una necessaria precisazione afferente il requisito dello scopo della sanzione, che ha via via guadagnato nella giurisprudenza della Corte valore autonomo ovvero peso dirimente nella valutazione congiunta dei due parametri della natura e della severità della sanzione (tra le decisioni più significative della rilevanza determinante dell'analisi delle funzioni, in ordine temporale, Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21.2.1984; Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9.2.1995; Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, 5.7.2001; Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, 23.11.2006). In particolare, all'acquisizione da parte del criterio dello scopo della sanzione di una posizione preminente nel vaglio della Corte, si è accompagnata una più puntuale definizione del peso delle sue componenti che vede assicurare al ruolo di protagonista la *finalità* riconosciuta alla sanzione sotto esame: la quale, se all'esito dello scrutinio risulta di carattere punitivo, orienta il giudizio della Corte sia quando venga valutata come principale finalità di quell'intervento sanzionatorio (cfr. Corte EDU, *Lauko c. Slovacchia*, 2.9.1998) sia quando risultino compresenti (e magari prevalenti) finalità tipicamente preventive (cfr. Corte EDU, *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 30.8.2007), concepite in chiave di neutralizzazione della pericolosità oggettiva o soggettiva.

⁵ Per un'analisi dettagliata e ragionata degli orientamenti sviluppati presso il giudice di Strasburgo, cfr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., specificatamente capitoli. II e III.

⁶ In dottrina, per tale approccio, nell'ambito di una visione unitaria della materia penale, cfr., ancora, Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., *passim*; nell'ambito dell'elaborazione di più nozioni distinte di materia penale per ciascuna garanzia costituzionale, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli, 2018 *passim*.

Nondimeno, analizzando tale spaccato della realtà penalistica dal lato (del contenuto) della sanzione *tout court*, non si può negare che il volto della reazione sanzionatoria penale, che l'esperienza europea (della *matière pénale*) ci ha restituito, presenta dei contorni, oltre che per alcuni versi inevitabilmente sbiaditi, di certo assai ampi quando confrontati con quelli riflessi nell'idea di pena che, per eccellenza, nella tradizione si ricollega in senso consequenziale alla commissione del reato: identificabile – all'esito del superamento del modello della pena corporale – con la privazione della libertà personale⁷, intorno alla quale, del resto, gli stessi principi garantistici del diritto penale si sono storicamente sviluppati; ferme restando le alternative al modello carcerario, che l'attualità tende a valorizzare attraverso previsioni di restrizioni, di prestazioni positive, in particolare di tipo riparativo, o l'adozione misure patrimoniali, come la confisca.

3. *La vicenda del ne bis in idem europeo: un quadro di sintesi*

Il principio del *ne bis in idem*⁸ implica il divieto di procedere penalmente una seconda volta (di aprire, cioè, un secondo procedimento penale o di proseguirne uno già aperto) rispetto al medesimo fatto già giudicato in maniera definitiva, intendendo per medesimezza fattuale la corrispondenza storico-naturalistica degli accadimenti oggetto di giudizio.

In questa veste processuale, il principio è riflesso all'interno delle carte sovranazionali. Da ultimo, in particolare, nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) proclamata a Nizza il 7.12.2000 e, ancor prima, nell'art. 4 del settimo protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) (1984) e nell'art. 14, comma 7, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966)⁹.

L'attuale fisionomia del *ne bis in idem* europeo, nella sua manifestazione circoscritta alle figure di doppio binario sanzionatorio, è la risultante di un *iter* giurisprudenziale che muove dalla decisione della Corte EDU *Grande Ste-*

⁷ Sulla nascita del carcere come sanzione per eccellenza, cfr. la celebre analisi di M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 (tr. it. A. Tarchetti (a cura di), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1993). Nella letteratura italiana, cfr. D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, il Mulino, 1977. Da ultimo, per una rilettura aggiornata, M. Donini, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, «Criminalia», 2019, pp. 85 ss.

⁸ Sulle radici storiche di tale principio, che affondano nel diritto romano e finanche in quello greco, cfr. M. Mansdörfer, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, pp. 53 ss.; J. Stalberg, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ne bis in idem)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2013, pp. 5 ss.

⁹ Per una completa panoramica delle fonti, si veda da ultimo S. Fasolin, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 100 ss.

vens c. Italia del 4.3.2014 e si conclude – per ora – con l’arresto della Grande Camera *A. e B. c. Norvegia* del 15.11.2016 ovvero, più precisamente, con quelli che, nell’orbita di tale decisione, sono a questa seguiti. La sua rappresentazione geometrica, misurata sulla potenza operativa del principio e dunque sul livello di protezione della garanzia, potrebbe in astratto evocare per molti versi la traiettoria di una parabola.

Lo statuto convenzionale del *ne bis in idem*, per come riflesso nella pronuncia *Grande Stevens c. Italia*, che ha censurato il nostro sistema normativo “a doppio binario” in materia di abusi di mercato, e riproposto nelle successive, che hanno censurato i sistemi sanzionatori tributari dei Paesi scandinavi, si dipanava lungo i seguenti snodi argomentativi e in essi si esauriva: a) riconduzione dell’illecito amministrativo alla *matière pénale* (secondo il tradizionale approccio sostanziale nella qualificazione della sanzione) e correlativa assimilazione del procedimento amministrativo (pervenuto a un giudizio definitivo) a una *accusation en matière pénale*, con conseguente attivazione delle garanzie penalistiche contemplate dalla CEDU; b) adozione, ai fini del giudizio circa la medesimezza del fatto, della (ormai consolidata) prospettiva dell’*idem factum*, che guarda all’accadimento naturalisticamente inteso e non alla definizione legale dell’incriminazione (secondo, cioè, il cd. *idem legale*).

In questa dimensione bi-procedimentale si annidava il vizio: la chiusura in via definitiva dell’uno – in genere, quello formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale – pone l’altro (quello formalmente e sostanzialmente penale) in frizione col diritto al *ne bis in idem*.

Se, dunque, la giurisprudenza convenzionale *ante A e B. c. Norvegia* trasmetteva una sorta di intransigente automatismo quanto agli esiti della verifica di conformità del doppio binario – *id est*, in presenza di due procedimenti sullo stesso fatto storico, una volta ricondotta la sanzione amministrativa nel perimetro della *matière pénale*, non sarebbe stato possibile sfuggire alla censura⁻¹⁰, quella inaugurata dalla *Grande Chambre* con tale decisione¹¹, a cui

¹⁰ Il periodo è, come detto, segnato dalla decisione Corte EDU, Sez. II, *Grande Stevens c. Italia*, 4.3.2014 (per la quale si veda, tra gli altri, F. D’Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, «Diritto penale processuale», 2014, p. 614; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 3-4, 2014, p. 219) e da quelle, di segno analogo, che ne hanno replicato il contenuto (Cfr. Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20.5.2014; Corte EDU, *Lucki Dev c. Svezia*, 27.11.2014; Corte EDU, *Kiiveri c. Finlandia*, 10.2.2015.) Sebbene, per vero, a queste ultime decisioni non risulti estraneo il richiamo a quel profilo di integrazione procedimentale che verrà compiutamente rielaborato all’interno della pronuncia *A e B. c. Norvegia*.

¹¹ Corte EDU, *Grande Camera, A e B. c. Norvegia*, 15.11.2016, per la quale si veda F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5063-la-grande-camera-della-corte-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-doppio-binario-sanzionatorio>>, novembre 2016.

si è allineata pur con le proprie prerogative e talune divergenze la stessa Corte di giustizia¹², colloca l'accertamento del *vulnus* alla garanzia in un contesto tipicamente e ampiamente valutativo. Ciò è dimostrato dalla necessità di effettuare un *test* di connessione procedimentale – *in substance and time* – declinato su indici elastici, rispondente alla logica dell'“integrazione” tra procedimenti, quale fattore di salvezza (perché escludente il *bis*) del doppio binario, che, in base alla previa analisi sviluppata alla stregua dei sopra richiamati snodi argomentativi, risulta di per sé problematico ovvero a rischio di censura.

In particolare, sarà necessario verificare: *a*) se i procedimenti abbiano scopi diversi e assumano così a oggetto (non solo in astratto ma pure in concreto) aspetti differenti della stessa condotta antisociale; *b*) se la duplicità dei procedimenti sia un effetto prevedibile della condotta; *c*) se i due procedimenti siano condotti in maniera da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, segnatamente attraverso un'interazione tra le varie autorità competenti, in modo che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento, sia utilizzato anche nell'altro; *d*) se la sanzione imposta all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro procedimento, in modo da assicurare l'esigenza di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria. Infine, circa il collegamento di natura cronologica tra i due procedimenti, che – vale la pena segnalarlo – non compare nello spettro di valutazione della Corte di giustizia, la Corte ha indicato come tale requisito non implichi che essi debbano svolgersi necessariamente in maniera strettamente “parallela”, dovendosi tuttavia considerare più elevata la probabilità di ricorrenza della violazione convenzionale, tenuto conto dell'entità del pregiudizio individuale, quando il soggetto, a causa di procedimenti “consecutivi”, sia esposto a una condizione di perdurante incertezza circa la propria sorte.

Tra questi indici campeggia quello della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria, che, nello stesso linguaggio della *Grande Chambre*, riveste un peso prevalente (introdotto, com'è, nella decisione, da un significativo «and, above all»¹³). Occorre cioè che la sanzione irrogata all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro

¹² Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20.3.2018, C-524/15 *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a. c. Consob*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca c. Consob*, per le quali si rinvia a A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/5931-la-grande-sezione-della-corte-di-giustizia-si-pronuncia-sulle-attese-questioni-pregiudiziali-in-mat>>, marzo 2018; V. Felisatti, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 3, 2018, p. 137; N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, «Eurojus.it», 22.3.2018.

¹³ Corte EDU, *A. e B. c. Norvegia*, cit., §132.

– generalmente il procedimento penale –, in modo da assicurare la richiamata esigenza. Con l'effetto di riconoscere al giudice di quest'ultimo una sorta di potere salvifico: preservare il sistema da eventuali censure, attraverso scelte “minimaliste” compiute in sede di commisurazione della pena.

La rappresentazione della questione nella sua versione attuale sarebbe però parziale quando non si tenesse conto della giurisprudenza convenzionale *post A e B. c. Norvegia*, che, di fronte a un diffuso e giustificato pessimismo circa le reali *chances applicative* del *ne bis in idem* affidate al carattere *flou* del *test*, ha in più occasioni ravvisato la violazione del principio, facendo leva non sul requisito della proporzionalità sanzionatoria, ritenuto in specie soddisfatto, bensì su altri parametri del *test* quali la connessione temporale, il coordinamento sul piano probatorio, la complementarità teleologica dei procedimenti¹⁴. Quasi a testimonianza di un possibile contrasto ideologico interno alla Corte di Strasburgo determinato dalla discussa decisione *A e B c. Norvegia*.

Nondimeno, i riflessi prodotti all'interno del nostro ordinamento si registrano sul piano del giudizio di proporzione e, in questa prospettiva, come confermato anche dall'unica iniziativa legislativa finora rinvenibile – la riformulazione dell'art. 187 *terdecies* t.u.f. in materia di abusi di mercato –, sull'opera che il giudice può garantire nel commisurare – *rectius*, nel compensare (tenendo conto della sanzione amministrativa già irrogata) – la pena. Con ciò denotandosi una chiara preferenza per il parametro del *test* che evidentemente è apprezzato come il più determinante ai fini della soluzione del problema.

Insomma, la “rassicurante” strada aperta dalla sentenza della *Grande Chambre* è stata nel nostro sistema, immediatamente percorsa. Una strada, però, per molti versi impervia, irta di ostacoli riconducibili ai rischi di un sindacato diffuso di proporzionalità. Da qui l'interrogativo circa parametri e modalità attraverso i quali è possibile rendere proporzionata la risposta sanzionatoria complessiva.

¹⁴ Si vedano, in particolare, Corte EDU, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, 18.5.2017, con nota di F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5430-una-nuova-sentenza-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-reati-tributari>>, maggio 2017, p. 2; Corte EDU, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, 16.4.2019; Corte EDU, *Nodet c. Francia*, 6.6.2019, con nota di M. Scoletta, *Il ne bis in idem “preso sul serio”*: *la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6733-il-ne-bis-in-idem-presosul-serio-la-corte-edu-sulla-illegittimita-del-doppio-binario-francese-in-m>>, giugno 2019; e, nonostante la prevalente focalizzazione sulla nozione di decisione definitiva, Corte EDU, Grande Camera, *Mihalache c. Romania*, 8.7.2019, con nota di A. Careri, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, «sistemapenale.it», <<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/grande-camera-cedu-presupposti-garanzia-ne-bis-in-idem-nuove-precisazioni>>, dicembre 2019.

5. *L'affacciarsi di un modello di sanzione integrata*

Facendo seguito alle ultime tappe evolutive della giurisprudenza euro-convenzionale, la Corte di cassazione ha dettato istruzioni circa la *metodologia* del giudizio di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria e, dunque, della commisurazione *in proportionem* della sanzione da irrogare per seconda. Detto altrimenti, la Suprema Corte si è proposta di sciogliere il nodo relativo alla prescrizione, rivolta al giudice del secondo procedimento, di *tener conto* della sanzione irrogata nel primo, tentando di definire, per quanto possibile, il contenuto di tale manovra compensativa¹⁵.

I poli concettuali della riflessione della giurisprudenza di legittimità, avente a oggetto casi di abusi di mercato, coincidono, nella prospettiva delle fonti e dunque della *legalità*, con la richiesta conformazione del diritto interno a quello dell'Unione, che si manifesta attraverso la diretta applicazione dell'art. 50 TDFUE, e, nella prospettiva della concreta effettuazione della valutazione *in proportionem* imposta dalla giurisprudenza europea, con l'individuazione della norma da assumersi a referente del giudizio: l'art. 133 c.p. I cui parametri andranno dunque calati in una dimensione nuova, dove cioè di essi si deve tener conto congiuntamente a quanto irrogato nel procedimento chiuso ovvero, come precisato, con un ampliamento dell'oggetto delle relative verifiche.

Tra i due poli si sviluppa la definizione del contenuto del giudizio, funzionale alla determinazione della porzione di sanzione – quella penale – *sub iudice*. La proporzionalità del cumulo andrà valutata rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, agli interessi sottesi alla disciplina di riferimento.

La Corte rileva inoltre come l'attività compensativa possa sfociare persino nella disapplicazione *in toto* della sanzione inflitta per seconda. Una manovra “estrema”, dunque, che potrà aversi nelle ipotesi in cui la prima sanzione debba considerarsi da sola (in misura) proporzionata al disvalore del fatto in quanto idonea, di per sé, ad assorbirlo: poiché – si osserva – capace di coprire sia aspetti rilevanti a fini penali che a fini amministrativi e, in particolare, di offrire tutela complessivamente adeguata all'interesse protetto. E se ciò può valere, evidentemente, nell'ipotesi in cui sia la sanzione penale ad essere applicata per prima, non è escluso, benché venga additata come evenienza rara (e se ne comprendono le ragioni), anche nell'ipotesi cui ad intervenire in se-

¹⁵ Di seguito verranno richiamate, in particolare, le indicazioni contenute in Cass. pen., Sez. V, 21.9.2018, dep. 31.10.2018, n. 49869, *Chiarion*, in Cass. pen., 2019, p. 643 con nota di N. Madia, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*; fondamentalmente fatte proprie e riproposte in Cass. pen., Sez. V, 15.4.2019, dep. 27.9.2019, n. 39999, «Giurisprudenza commentata», 4, 2020, p. 728, con nota di L. Baron, *Ne bis in idem e giudizio di proporzione, ovvero la certezza dell'incertezza applicativa*, e in Cass. pen., sez. V, 22.11.2019, dep. 9.1.2020, n. 397.

conda battuta sia la sanzione penale, così legittimandosi l'affidamento alla sola sanzione amministrativa, pur sostanzialmente penale, dell'intero presidio sanzionatorio. Più realistica – e forse più ragionevole –, in questa ipotesi, la, pur sempre autorizzata dal giudice di legittimità, manovra (estrema) di discesa al di sotto del minimo edittale, come peraltro già avvenuto in una decisione della giurisprudenza di merito¹⁶.

L'impressione è che questa giurisprudenza abbia colto l'esigenza alla base del progetto di sanzione integrata imposto dallo *standard* di proporzionalità europea, che risponde alla filosofia ispiratrice dei principali indici del *test* di connessione: laddove v'è integrazione tra i due procedimenti, è esclusa la duplicazione del peso proprio di ciascuno dei due, la quale reifica la violazione del diritto fondamentale. È espressamente così per l'indice relativo alla raccolta e la valutazione delle prove. È fondamentalmente così per quello riguardante i profili teleologici dei procedimenti, dove si vuole che le finalità non si cumulino, ma si integrino. Si può sostenere che sia così anche per l'indice cronologico, atteso il collegamento logico tra duplicazione e estensione temporale. Non può che essere così per la risposta sanzionatoria, dove quindi – se ben si intende – si dovrebbe finire per richiedere che gli stessi elementi delle fattispecie tipiche, nelle quali è sussunto il medesimo fatto naturalistico, non vengano valutati ai fini sanzionatori due volte (vale a dire, in entrambi i procedimenti)¹⁷.

In tal modo, volendo approfondire il punto più interessante ai nostri fini, la sanzione complessivamente proporzionata assume le sembianze di una sanzione a composizione biface, in cui ciascuna porzione (amministrativa e penale) è deputata a fotografare le prerogative del proprio illecito, non essendo ammissibile la loro sovrapposizione per i profili comuni, la quale determinerebbe quella duplicazione che si vuole evitare. Così, nelle ipotesi di successione procedimentale tipica, dove cioè il procedimento penale segue quello sull'illecito amministrativo, la sanzione penale si aggiungerà alla sanzione amministrativa già irrogata, coprendo il disvalore che appartiene solo al reato; mentre a quella amministrativa sarà affidata la copertura del nucleo comune dei due illeciti. Secondo quanto, del resto, può avvenire in campo fiscale, dove la fattispecie penale, al confronto con l'illecito amministrativo,

¹⁶ Trib. Milano, 15.11.2018, dep. 1.2.2019, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6558-doppio-binario-sanzionatorio-degli-abusi-di-mercato-e-ne-bis-in-idem-prime-ricadute-pratiche-dopo-l->>, marzo 2019, con nota di F. Mucciarelli, “*Doppio binario*” sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica; e «Giurisprudenza commentata», 2020, p. 933, con nota di F. Mazzacava, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale*.

¹⁷ Cfr., nella stessa direzione di senso, M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercè degli interpreti*, «Le Società», 5, 2019, p. 545.

presenta elementi significativi di maggior disvalore (si pensi al superamento delle soglie di punibilità o allo stesso dolo specifico di evasione o, ancora, alle modalità di condotta fraudolente).

Se, allora, è da apprezzare il tentativo della Suprema Corte di elaborare una sorta di *vademecum* operativo – ad uso del giudice di merito o del medesimo giudice di legittimità quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 620, comma 1, lett l, c.p.p. – circa la commisurazione *in proportionem* della seconda sanzione, tuttavia – e, dati i necessari tempi di maturazione, non potrebbe essere altrimenti – non siamo ancora prossimi alla meta: ossia, la definizione di una compiuta teoria della compensazione che sappia far luce su ogni aspetto dubbio della complessa questione figlia della giurisprudenza europea.

Solo per richiamarne alcuni, si ponga mente agli assai angusti margini di fattibilità del modello di sanzione integrata nei casi di perfetta coincidenza dell'area di tipicità delle fattispecie descrittive dei due illeciti. Secondo quanto può accadere, in materia di abusi di mercato, rispetto alla fattispecie di abuso di informazioni privilegiate. In questa evenienza, invero, il giudice penale che interviene per secondo non dovrebbe poter applicare, sulla base degli indici di cui all'art. 133, comma 1, c.p., quote punitive aggiuntive calibrate sul piano della specifica tipicità del proprio illecito o sul corrispondente disvalore soggettivo, attesa la specularità strutturale delle fattispecie e l'unicità dell'elemento soggettivo caratterizzante il fatto materiale. L'operatività della sanzione penale sembrerebbe dunque vincolata alla rilevanza di uno degli indici di cui all'art. 133, comma 2, c.p. o alla ricorrenza dell'anomalia di un precedente giudizio sull'illecito amministrativo indifferente a profili di disvalore comuni ai due illeciti. Un perimetro di operatività, insomma, significativamente ristretto: da un lato, per l'ampiezza dei parametri di commisurazione della sanzione amministrativa che rende probabile la previa valutazione di quegli indici nel relativo procedimento; dall'altro, per l'eccezionalità dell'ipotesi, definita appunto come anomala, di una sanzione amministrativa del tutto o parzialmente insensibile agli aspetti legati al disvalore del fatto. Senza contare come, a monte, appaia coerente con la lettura costituzionalmente orientata dei criteri commisurativi della pena, l'idea di delimitare *in bonam partem* l'efficacia di quelli significativi della "capacità a delinquere"¹⁸.

Più in generale, si deve notare come, a seguire con rigore la lettura ora prospettata, non sarebbe l'entità della sanzione precedentemente irrogata a giustificare la disapplicazione dell'altra – secondo quanto, invece, indicato dalla Suprema Corte, la quale ha posto l'accento sul rigore caratterizzante la sanzione applicata per prima –, bensì soltanto l'impossibilità che la sanzio-

¹⁸ Per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 733.

ne da applicare per seconda poggia su un qualche elemento non previamente valutato ai fini sanzionatori nel primo procedimento. Ciò che, a ben vedere, dovrebbe essere considerata circostanza normale quando sia l'applicazione della sanzione amministrativa a succedere a quella penale.

Resta poi sullo sfondo il problema legato alla compensazione di sanzioni non omogenee. Se si ritiene che il progetto di sanzione integrata si risolva nello scomputo dell'una sanzione (quella applicata per prima) dall'altra (quella da applicare) ovvero nell'applicazione, in sede di commisurazione di quest'ultima, di una quota punitiva addizionale corrispondente al maggior disvalore dell'illecito penale, la percorribilità anche in questa evenienza di tale strada, la quale delimiterebbe lo spazio di apprezzamento dell'interprete giudiziale, richiede la previa commutazione delle sanzioni in modo da renderle omogenee. E l'art. 135 c.p. offre il criterio per attuarla, come avvenuto in una pronuncia di merito¹⁹. Tuttavia, non mancano delle insidie: in specie, quando la condanna pecuniaria raggiunga un importo così elevato da sopravanzare, una volta commutata in pena detentiva, la misura prescelta di quest'ultima, impedendone in tal modo l'applicazione. Posto ciò, i percorsi alternativi prospettabili sono: da un lato, una valutazione pur sempre agganciata all'ancora concettuale della quota punitiva addizionale e dunque significativa dello scomputo, in assenza però di parametri di attuazione predeterminati; dall'altro, un giudizio a vocazione puramente equitativa, disancorato da precise e specifiche griglie criteriali.

Ed ancora. Benché in qualche modo mitigate, da un lato, dalla diretta efficacia – e dalla conseguente *vis* disapplicativa – del diritto unionale, quando vi si rientri, dall'altro e soprattutto, dal *favor libertatis*, valore al quale ogni declinazione della legalità è da considerarsi strumentale²⁰, affiorano comunque con vigore le preoccupazioni legalistiche *stricto sensu* legate all'esecuzione delle manovre *in proportionem* estreme sull'entità della pena²¹, vale a dire la *deminutio ultra minimum* della pena o la sua disapplicazione. E se, rispetto al primo fronte, vale osservare come la stessa Suprema Corte, nella sua decisione più idonea a fungere da guida²², abbia comunque innalzato, quanto alla reclusione, il baluardo invalicabile della misura di pena minima di cui all'art. 23 c.p., così circoscrivendo l'effetto della deroga ovvero ricollocando la manovra disapplicativa comunque nell'ambito di una cornice delineata dalla legge; sull'altro fronte, la manovra genera comunque tensione sul piano

¹⁹ Il riferimento è a Trib. Milano, 15.11.2018, cit.

²⁰ Su tale nesso di strumentalità, assai chiaramente, T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 18-19.

²¹ Cfr. F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, «Diritto penale processuale», 7, 2018, p. 957 e Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti* cit., p. 545.

²² Il richiamo è a Cass. pen., Sez. V, 21.9.2018, n. 49869, cit.

delle scelte di politica sanzionatoria, nel senso che il giudice, con l'intento di salvare il sistema "a doppio binario" attraverso la disapplicazione *in toto* della sanzione finirebbe ineluttabilmente per cancellarne la stessa identità ovvero per neutralizzare la scelta politico-criminale di adozione del corrispondente assetto sanzionatorio.

6. L'upgradation della sanzione amministrativa

Rimanendo concentrati sulla sanzione amministrativa – settore dove l'approccio ri-qualificatorio sostanziale sembra, anche in ragione della vicenda del *ne bis in idem*, più collaudato –, è evidente come la necessità che il giudice tenga conto in sede di commisurazione della pena della sanzione amministrativa già irrogata consolidi l'idea di omogeneità tra i due settori²³. Più a fondo, un'omogeneità discendente prima di tutto dal riconoscimento dell'efficacia della *lex specialis* nella disciplina generale di coordinamento dei due illeciti (art. 11, L. n. 689 del 1981)²⁴, che, derogata dalla previsione legislativa dei richiamati doppi binari cumulativi, viene, per certi versi, negli effetti ripristinata in sede di commisurazione attraverso la composizione di una sola sanzione – *rectius*, di una sanzione concettualmente unitaria –, generata dalla richiesta attività compensativa e integrata dalle componenti sanzionatorie originarie, per via delle quali è comunque conservata la cifra identitaria del doppio binario sanzionatorio medesimo.

In generale, può allora dirsi certificata quell'omologia finalistica delle due sanzioni in chiave di comune orientamento alla prevenzione (qui intesa in senso di deterrenza) generale e speciale²⁵, la quale fa in qualche modo da *pendant* con l'impostazione teleologica della Corte EDU, calibrata più specificamente sulla ragione dell'incidenza della misura sulla posizione soggettiva.

E, del resto, a stabilizzare questa visione è la progressiva affermazione, con riferimento all'area economica, di un idealtipo di illecito amministrativo,

²³ I più recenti studi sottolineano come *de jure condito*, una volta rivelatosi vano ogni tentativo volto a promuovere una distinzione di tipo sostanziale (in questo senso, invece, nella letteratura italiana, per tutti, F. Sgubbi, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, «Indice penale», 1983, p. 256, il quale segnala l'incompatibilità dei modelli di illeciti, descrivendo quello amministrativo come di mera trasgressione rispetto a un precetto di natura ordinatoria), gli unici profili differenziali tra i due illeciti attengano alla non piena giurisdizionalizzazione di quello amministrativo, oltre che all'incapacità di esso di incidere sulla libertà personale del consociato e di non rivestire lo stigma tipico di quello penale. Così, C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 58.

²⁴ Cfr., per tutti, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 311.

²⁵ Come sarebbe confermato dai criteri di commisurazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 11 L. n. 689 del 1981: così E. Dolcini, C.E. Paliero, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 1980, p. 1177.

per così dire, di ultima generazione, connotato cioè da una più marcata gravità del fatto, una conseguente maggiore (e, talvolta, draconiana) afflittività, con autorità (deputate all'accertamento) dotate di poteri istruttori coercitivi²⁶. Tanto da consentire, talvolta, di porre in discussione la stessa assolutezza del dogma della maggiore severità dello *ius terribile*²⁷.

Non è, allora, casuale che, sotto l'influenza della giurisprudenza convenzionale, si assista all'interno del nostro ordinamento a una progressiva estensione all'illecito amministrativo punitivo delle garanzie che circondano la materia penale: così è, ad esempio, secondo le pronunce della Corte costituzionale, per la conoscibilità del precetto (e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie)²⁸, il divieto di applicazione retroattiva²⁹, la *lex mitior*³⁰, la proporzionalità sanzionatoria³¹, la tangibilità del giudicato applicativo rispetto a

²⁶ F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2020, pp. 1810 ss.; e, con riferimento all'ordinamento tedesco, U. Sieber, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2019, p. 44. Cfr., sul tema, anche L. Foffani, *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, A.M. Stile, C. Roxin, K. Volk (a cura di), *Studi in onore di L. Monaco*, Urbino, Urbino University Press, 2020, pp. 541 ss.

²⁷ Sul tema, in generale, F. Viganò, *Sul carattere "eccezionale" del diritto penale*, in M. Catenacci, V.N. D'Ascola, R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, Roma, Roma Tre Press, 2021, pp. 449 ss. Con riferimento a una specifica ipotesi, G.L. Gatta, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione': la Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider secondario)*, «Diritto penale contemporaneo», dicembre 2018.

²⁸ Corte cost. 29.5.2019, n.134; Corte cost. 7.6.2018, n.121, richiamate da F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1791 ss., 1807 ss., che, nel ripercorrere il progressivo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in senso estensivo delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punitive, evidenzia come facciano eccezione la riserva di legge statale, in ragione della pacifica esistenza di sanzioni amministrative regionali, benché valgano pure per le sanzioni amministrative punitive il principio di determinatezza-precisione (cfr., ancora, Corte cost. n. 134 del 2019), nonché il principio rieducativo di cui all'art. 27 comma 1, cost., ritenuto appannaggio della pena in senso stretto (cfr. Corte cost. n. 112 del 2019 e v. *infra*, Cap. IV, §7); e, nel concludere, segnala come solo il futuro potrà dire se l'estensione di talune garanzie penalistiche sarà operata anche con riferimento ad altre garanzie, ad esempio il principio di personalità della responsabilità di cui all'art. 27, comma 1, cost., ovvero a quelle strettamente processuali, rispetto alle quali mancano delle posizioni definitive da parte della Corte.

²⁹ Corte cost. 4.6.2010, n. 196. Cfr., ancora, Viganò, *Garanzie penalistiche* cit., p. 1791.

³⁰ Corte cost. 21.3.2019, n., con nota di M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/6598-retroattivita-favorevole-e-sanzioni-amministrative-punitive-la-svolta-finalmente-della-corte-costit>>, aprile 2019.

³¹ Corte cost., 17.4.2019, n. 88, con nota di C. Piergallini, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta*, cit.; Corte cost., 6.3.2019, n. 112, con note di R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla corte costituzionale*, cit. e E. Amati, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, cit.

una dichiarazione di illegittimità costituzionale³²; e, da ultimo, il “diritto al silenzio” (della persona sospettata di aver commesso un illecito amministrativo)³³.

7. Note conclusive

L’esperienza europea, attraverso l’elaborazione della *matière pénale*, tramanda un’idea di sanzione penale ricomprensiva di ciò che penale non è. Trattasi di un paradosso solo apparente, atteso che a ricomporre la contraddizione provvede quell’approccio sostanziale nella valutazione dei dati che oscura la dimensione formale delle qualificazioni normative.

Ma, come si è visto, non è solo su questo livello che può apprezzarsi un profilo di cambiamento dell’idea tradizionale di sanzione penale. Quella che esita dai riverberi interni della vicenda europea del *ne bis in idem* è una sanzione penale tutta particolare, insolita. Essa appare debitrice della pregressa sanzione amministrativa (sostanzialmente penale) nella sua misurazione e, di conseguenza, sembra integrarsi con quella nella sua concettualizzazione.

Rimanendo nell’orbita della compensazione sanzionatoria, se non scuote l’esigenza di compensare sanzioni dello stesso contenuto, ossia di natura pecuniaria da un lato e dall’altro, sebbene quella penale, in caso di mancato pagamento, sia destinata a convertirsi in pene limitative della libertà³⁴, può forse risultare singolare la necessità di rinunciare a una quota di sanzione detentiva – o all’intera sanzione detentiva – in ragione dell’avvenuta applicazione di una sanzione (amministrativa) pecuniaria. Siamo, cioè, al cospetto di una pena privativa della libertà personale che, in un certo qual modo, appare suscettiva di un processo di monetizzazione *ex ante*: nel senso che se prima si è pagato e si è pagato tanto, si potrebbe arrivare a evitare il carcere o comunque a diminuirne significativamente il *quantum*.

Non si è mancato, al riguardo, di evidenziare il rischio che questo meccanismo finisca per favorire i soggetti più abbienti, capaci, in quanto tali, di far

³² Corte cost., 16.4.2021, n. 68, sulla cui capacità espansiva al di là della sanzione amministrativa della revoca della patente, oggetto specifico della decisione, si vedano B. Lavarini, *Illegittimità costituzionale di sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” e rimodulazione del giudicato*, «lalegislazionepenale.it», <<https://www.lalegislazionepenale.eu/illegittimita-costituzionale-di-sanzioni-amministrative-sostanzialmente-penali-e-rimodulazione-del-giudicato-barbara-lavarini/>>, luglio 2021; M. Scoletta, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, «Sistema penale.it», <<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-costituzionale-68-2021-scoletta-revocabilita-sanzione-amministrativa-illegittima>>, aprile 2021.

³³ Corte cost. 30.4.2021, n. 84. Sul tema, G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigations*, Cham, Springer, 2019, pp. 235 ss.

³⁴ Si vedano gli art. 136 c.p., art. 102, 103, 105, 108 l. 689/1981; e inoltre gli art. 55, 56 d. lgs. 274/2000.

fronte alla sanzione pecuniaria amministrativa e, pertanto, di trarre vantaggio della corrispondente riduzione della pena detentiva dovuta alla compensazione³⁵. Più in generale, non può passare inosservato il pericolo di corrosione della pena detentiva generato soprattutto dall'eventuale applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente elevate³⁶.

³⁵ Così, F. Mucciarelli, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6558-doppio-binario-sanzionatorio-degli-abusi-di-mercato-e-ne-bis-in-idem-prime-ricadute-pratiche-dopo-l>>, marzo 2019, p. 3.

³⁶ Cfr. sul punto L. Deaglio, *Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci*, «Diritto processuale penale», 2019, p. 1443.

