

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscato
A. Vallini, F. Viganò

Sezione I
Monografie

Andrea Francesco Tripodi

Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi

Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio
nel quadro dell'ordinamento multilivello



Giappichelli

INTRODUZIONE

1. Il fenomeno dell'ipertrofia penalistica, costantemente denunciato nel corso degli anni e nello stesso tempo indagato quanto ai profili causali e agli strumenti risolutivi¹, sembra conoscere oggi una declinazione inedita ovvero assumere un nuovo volto.

Insieme all'insuccesso delle campagne di depenalizzazione², attraverso le quali non si è riusciti a contenere l'inflazione del diritto penale, è possibile registrare un deciso proliferare di sanzioni amministrative, che, nella loro veste *sostanzialmente* penale, secondo cioè la lettura elaborata dalla Corte EDU (e affermatasi pure nell'esperienza giurisprudenziale italiana), arricchiscono il tema della "bulimia" punitiva e finiscono per integrare la piattaforma strumentale dell'odierna politica criminale, mettendo talvolta in discussione la stessa assolutezza del dogma della maggiore severità dello *ius terribile*³.

Frutto della sempre attuale *Gesetzesflut* – fortunata espressione con cui nella letteratura tedesca è indicata la *marea delle leggi* alla quale inesorabilmente si accompagna una corrispondente espansione del feno-

¹Per tutti, TH. VORMBAUM, *Diritto penale antiautoritario*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 131 ss.; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004; C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985. Da ultimo, sul tema, A. CADOPPI, *Il "reato penale"*, Napoli, 2022.

²Si soffermano, da ultimo, sul fallimento delle campagne di depenalizzazione, contraddette da rinnovate criminalizzazioni, L. LACCHE-C. PIERGALLINI, *Laudatio*, in *Laurea Honoris Causa a Thomas Vormbaum*, Macerata, 2018, 28 ss. Per una ricognizione dei vari interventi generali di depenalizzazione, a partire dagli anni sessanta, che comunque non ricomprende l'ultima in ordine di tempo, attuata con il D.lgs. n. 8 del 2016, si veda A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, 733 ss.

³Su questo specifico aspetto si rinvia a 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, 2021, 449 ss., il quale, oltre a soffermarsi sulle caratteristiche della sanzione pecuniaria, quale espressione comune ai due settori, sottolinea l'impatto sui diritti fondamentali di alcune misure amministrative.

meno sanzionatorio (volto a tutelare gli interessi in gioco)⁴ –, l'imperversare della sanzione amministrativa, in specie nelle cosiddette discipline settoriali al contempo interessate dal presidio penalistico, dando luogo a forme di convivenza con lo strumento penale, ha generato una sorta di "traffico" sanzionatorio all'interno del quale è tutt'altro che agevole districarsi.

2. La poc'anzi descritta condizione è, per ora, l'ultima espressione della convulsa storia del rapporto tra i due illeciti, connotata da momenti di "indifferenza" e di massima "complicità", e pur sempre incisa dal segno della complessità. Un legame, insomma, che potrebbe prestarsi anche a una rappresentazione alla maniera dello sceneggiato.

Basti pensare che, grosso modo fino alla fine degli anni settanta del secolo scorso, la sanzione amministrativa, anche se talvolta concepita quale pena in senso tecnico⁵ e nonostante lo sviluppo registratosi (a livello di normativa statale e regionale) a partire dalla seconda metà degli anni sessanta⁶, non è riuscita a imporsi quale mezzo di controllo sociale alternativo o congiunto (complementare) alla sanzione criminale. Come, del resto, pare confermare la stessa elaborazione dottrinale: da un lato, con i lavori dedicati al *torto* e al suo contenuto⁷, i quali, intrisi di un alto livello di speculazione dogmatica, investivano solo i rapporti tra illecito penale e illecito civile, senza che vi fosse traccia di quello amministrativo, la cui impronta pubblicistica era evidentemente oscurata dal reato; e, dall'altro, con i contributi teorici specifici, provenienti dalla dottrina amministrativistica, i quali, più che finalizzati alla definizione di un'autonoma categoria di sanzione⁸ e dunque determinanti sul piano della ricostruzione sistematica, sembravano utili all'analisi dei nessi

⁴ Cfr., tra gli altri, P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, 164 ss.; H.J. VOGEL, *Zur Diskussion um die Normenflut*, in *JZ*, 1979, 321 ss.

⁵ Così G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 1 ss. e 38 ss., il quale le differenzia dalle sanzioni penali dal momento che l'applicazione di quest'ultime non forma mai il contenuto di un diritto soggettivo dell'amministrazione.

⁶ Su tale inversione di tendenza sul piano legislativo, si veda C.E. PALIERO, *Il «Diritto penale amministrativo»: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 1254 ss.

⁷ Per tutti, F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926. Ricorre la qualificazione delle sanzioni amministrative come pene anche in A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932, 331 ss.

⁸ Sull'eterogeneità che connotava le varie ipotesi di sanzione amministrativa, cfr. E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 112 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 416.

tra funzione amministrativa e competenza sanzionatoria della pubblica amministrazione⁹.

Si intuisce come in tale quadro culturale le relazioni tra illecito penale e illecito amministrativo fossero del tutto “piane”: l’appartenenza a due diversi rami dell’ordinamento ne convalidava la coesistenza e, dunque, la congiunta applicazione.

Il disvelamento della *omologia di fini*, che marcherebbe le due sanzioni, ha invece caratterizzato, risaputamente, il periodo successivo¹⁰. Ciò sul presupposto di una sorta di opera di “introspezione” della sanzione amministrativa, che ne ha scandagliato lo spettro contenutistico ed enfatizzato la caratura punitiva¹¹.

Nel contesto dell’ipertrofia penalistica che affliggeva – e affligge – gli ordinamenti europei, la quale vanifica la stessa efficacia dello strumento penale, l’illecito amministrativo è dunque uscito dall’angolo, offrendosi come strumento di controllo sociale della devianza: del resto, pur essendo sprovvisto dello stigma sociale negativo che contraddistingue il reato (oggi massmediaticamente fomentato fin dalle indagini preliminari¹²), vanta una maggiore agilità procedimentale e un’effettività sollecita (in particolare, non conosce istituti sospensivi).

Questo processo di emancipazione della sanzione amministrativa ha trovato nell’art. 9 L. n. 689 del 1981 un vistoso riconoscimento: in particolare, attesa l’omologia finalistica, gli eventuali conflitti tra i due illeciti vanno districati *ratione specialitatis*¹³.

Da qui una fioritura di proposte volte ad implementare il ricorso alla sanzione amministrativa, quale moderno strumento di alleggerimento

⁹Tra i principali studi, F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 252, che, nel distinguere tra sanzione amministrativa, quale attuazione diretta del precetto, e sanzione giurisdizionale, quale reale e concreta attività di applicazione delle sanzioni, mirava fondamentalmente a discernere sul piano dogmatico, in un momento storico dove i confini dell’attività amministrativa non erano ben tracciati, tra amministrazione e giurisdizione.

¹⁰Non si tratta, per la verità, di un fenomeno totalmente inedito: questa nuova consapevolezza parrebbe in certa misura riflettere, attualizzandola, la progressiva “confusione” tra ambiti del diritto penale e del diritto sanzionatorio di polizia registratasi in Europa a partire dalla seconda metà del settecento e cristallizzata con l’avvento dello Stato di diritto. Sul punto, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 54 ss.

¹¹Cfr., tra gli altri, M. SINISCALCO, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 12; e, ancor prima, P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 60 ss.

¹²Sul tema, V. MANES, *Giustizia mediatica*, Bologna, 2022, 25 ss.

¹³Cfr., per tutti, lo studio monografico di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, *passim* e spec. 85 ss.

del sistema penale: vuoi nell’ottica della depenalizzazione; vuoi come scelta legislativa alternativa, guidata da criteri discretivi corrispondenti ad alcuni principi (sussidiarietà, proporzionalità, effettività, ecc.)¹⁴.

Si era, dunque, al cospetto di un disegno ambizioso, che, conviene ammetterlo, ha conosciuto cocenti sconfitte: la latitudine del sistema penale, anziché contrarsi, ha avuto un’espansione autenticamente trionfale. E col passare del tempo, fino ai giorni nostri, si è registrato un effetto moltiplicativo delle stesse sanzioni amministrative, la cui integrazione nell’ordito penalistico è stata definitivamente certificata da quell’approccio qualificatorio sostanziale della Corte EDU, che ha determinato la formazione del bacino variegato della *matière pénale* e, con esso, il definitivo consolidamento del conseguente, incessante fenomeno estensivo – sia pure con diverse tonalità – delle garanzie penalistiche¹⁵. Un fenomeno, questo, che d’altra parte si riflette nel progressivo sviluppo nel medesimo senso della giurisprudenza costituzionale, culminato nel riconoscimento all’illecito amministrativo punitivo della maggior parte delle garanzie sostanziali del *penale*¹⁶. Di modo che, oggi, si prospetta l’ultima “frontiera” ovvero si discute del possibile allargamento anche delle garanzie processuali – *se gli effetti delle sanzioni sono equivalenti, perché non dovrebbero esserlo le procedure finalizzate alla loro irrogazione?* –, così, fondamentalmente, finendo per rischiare di neutralizzare quel tratto di agilità procedimentale, contrapposto alla fisiologica lentezza (motivata dall’*argumentum libertatis*) del procedimento penale, su cui riposavano le stesse decantate virtù della sanzione amministrativa¹⁷.

In breve, ci sembra che, quasi paradossalmente, la sanzione amministrativa, da strumento di risoluzione dell’ipertrofia penalistica, sia oggi divenuta una sorta di suo “concorrente esterno” o, forse, propriamente un *intraneus*.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, nel quadro di un’ampia riflessione, C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1027 ss.; E. DOLCINI, *Sanzione penale e sanzione amministrativa. Problemi di scienza di legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 619 ss.

¹⁵ Limitandoci ai lavori monografici più recenti, cfr. FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, *passim*; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, *passim*.

¹⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss.

¹⁷ Sul tema, da ultimo, P. GAETA, *Divieto di bis in idem ed evoluzione della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione*, in M. CATENACCI-V.N. D’ASCOLA-R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, cit., 267 ss.

3. L'odierno esito del lungo processo di interazione tra i due illeciti o, se si vuole, la contemporanea messa in scena dello sceneggiato che, in via di estrema sintesi, si è tentato di narrare, riflette quella miscelanea di sanzioni penali e amministrative ovvero quella sorta di "traffico" sanzionatorio, alimentato dalle ben note mobili maglie del concorso apparente di norme e dalle scelte di un legislatore che, dopo aver smaltito la sbornia riformistica, è parso andare a ritroso, in controtendenza, attraverso il varo di ambigui modelli cumulativi in deroga al conclamato principio di specialità; con un (apparente) ritorno, dunque, al passato, quando la diversa appartenenza ordinamentale legittimava, pienamente, la concorrenza sanzionatoria.

Se, infatti, da un lato, la disciplina generale dell'illecito amministrativo consegna nelle incerte mani della *specialità* l'opera delimitatrice dei confini con l'orbita penale e dunque, segnatamente quando la figura sia scaturita dalla selezione operata mediante depenalizzazione, la reale capacità deflattiva-riduzionistica della scelta legislativa; dall'altro, le scelte legislative *deliberatamente* cumulative, che cioè prevedono la convergenza della sanzione penale e di quella amministrativa sul medesimo fatto, secondo moduli non di rado improntati al canone della massima severità della reazione ordinamentale, sanciscono la praticabilità del doppio binario sanzionatorio. Un modello, quest'ultimo, solo apparentemente inusitato, che ratifica la figura del concorso formale infra-sistematico quale opzione politico-criminale, facendo emergere le perplessità ricollegate alla duplicazione sanzionatoria.

Nella prima prospettiva, si può rilevare come la fiducia riposta nel criterio della specialità sia stata mal ripagata dalle prestazioni rese, che ne evidenziano un'intrinseca limitatezza rispetto alle esigenze di coordinamento normativo ravvisabili nel moderno contesto di iper-produzione legislativa, connotato pure dal decadimento della stessa tecnica di legiferazione¹⁸, e al contempo una sorta di incertezza essenziale dovuta ai sempre dibattuti moduli operativi.

Rispetto al secondo versante, meno indagato e per certi versi nuovo in quanto problematizzato solo di recente dalla giurisprudenza delle corti europee, occorre prima di tutto fare luce sul *quia* del prefigurato cumulo sanzionatorio, sulle ragioni sottese a tale modello, i cui effetti più dirompenti si sono manifestati nell'ambito del diritto dell'economia, dove gioca un ruolo preponderante l'interesse finanziario dello

¹⁸Sullo smarrimento della capacità di costruire fattispecie in linea con il principio di tipicità, si veda, da ultimo, M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 127 ss.

Stato al sollecito soddisfacimento delle proprie pretese (le quali, in alcuni ambiti, possiedono rilievo, si direbbe, fondatamente macroeconomico); per poi procedere a un'analisi funzionale a verificarne eventuali tratti di irrazionalità *lato sensu*, da far aggallare attraverso i canali tracciati dai *principi* del diritto.

D'altra parte, lo stesso schema cumulativo presenta varie sfaccettature, tramandando, preso alla lettera, interrelazioni suscettive di un diverso apprezzamento. Si pensi, solo per fare un esempio, ai modelli autenticamente *replicativi* della stessa sanzione, che si distinguono da quelli in questo senso complementari; o ancora, a quelli *speculari* sul piano della tipicità normativa, che non possono sovrapporsi a quelli espressivi di una forma di tutela *stratificata*, rimessa prevalentemente a profili di natura quantitativa. Il fenomeno, insomma, impone di procedere al suo "dissotterramento" e alla formalizzazione delle sue costanti.

4. Ricongiungendo i poc'anzi richiamati orizzonti, serve domandarsi se questa congestione sanzionatoria sia contrastabile mediante l'elaborazione di criteri di orientamento, ovvero, proseguendo nella metafora, se sia possibile definire una sorta di codice della strada le cui regole consentano di prevenire o attenuare gli effetti dell'ingorgo.

Le indicazioni provenienti dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia UE testimoniano, nel loro pluriennale *iter* evolutivo, la complessità della questione, risolvendosi conclusivamente nell'individuazione di caratteri "anatomici" del cumulo sanzionatorio tali da farlo considerare una formazione del tessuto normativo, per così dire, "benigna". Opera, questa, sorretta da una determinata "filosofia" di fondo, che comporta un singolare fenomeno di ibridizzazione di principi e che, ad ogni modo, in concreto, non sempre si rivela capace di offrire una bussola affidabile. Ruolo trainante ha avuto il principio del *ne bis in idem* (processuale), divenuto, nella sua ultima epifania, misurata sui doppi binari sanzionatori, una sorta di catalizzatore di variegata istanze di giustizia. Da qui, da tale inquadramento, peraltro, il "nodo" che imbriglia il presupposto fondativo della garanzia, vale a dire quell'identità fattuale che deve accomunare i procedimenti, la quale, scrutando la fenomenologia interessata e rivolgendoci al referente giurisprudenziale nella prospettiva multilivello, non presenta ancora una fisionomia pienamente definita.

Allo stato attuale, l'ordinamento giuridico interno, valorizzando in maniera prevalente uno dei parametri europei di legittimità del cumulo – quello della complessiva proporzionalità della risposta sanzionatoria – e rimettendosi al formante giurisprudenziale, predilige l'itinerario "a valle", che conduce cioè alla composizione delle conseguenze, piuttosto

che l'intervento "a monte", volto all'eliminazione delle cause mediante la predisposizione di una strategia sanzionatoria *unitaria*. Ciò impatta, come vedremo, sullo stesso ruolo del giudice, assunto a custode di quella razionalità della scelta legislativa, che, senza il suo intervento risolutivo finale – quasi a mo' di *deus ex machina* –, potrebbe fatalmente smarrirsi; un intervento "compositore", dunque, che si manifesta in sede di commisurazione della sanzione attraverso una manovra compensativa *in proportionem* compiuta sotto l'egida della giurisprudenza europea. In questo riposizionamento, la sanzione penale appare debitrice della pregressa sanzione amministrativa (sostanzialmente penale) nella sua *misurazione* e, di conseguenza, si integra con quella nella sua *concettualizzazione*.

Nondimeno, mentre affiora la necessità di una compiuta definizione teorica della nuova manovra commisurativa onde ridurre gli evidenti rischi di un sindacato diffuso di proporzionalità, il giudice delle leggi ha assunto rispetto al suo erompere una posizione di sostanziale chiusura, professando una centralizzazione del controllo di legittimità dei doppi binari sanzionatori, che scoraggia l'affidamento della questione alla saggia prudenza del giudice comune e apre a un intervento legislativo più volte invocato.

AFFERMAZIONE E CRISI DEL *DUPLICITER* SANZIONATORIO *SUB FORMA* DI DOPPIO BINARIO PUNITIVO. PRESUPPOSTI E PERIMETRO DELL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. Il cumulo tra sanzione penale e sanzione amministrativa: da condizione normale a ipotesi eccezionale. La giustificazione “ontologica” del cumulo, il suo superamento con la L. n. 689 del 1981, le successive deroghe alla disciplina generale del coordinamento tra i due illeciti. – 2. Le ragioni della nuova coesistenza. I tratti opportunistici dell’opzione cumulativa e la sopravvenuta instabilità del correlativo modello sanzionatorio. – 3. I referenti concettuali della logica *de-cumulativa*: sussidiarietà, proporzionalità, *ne bis in idem*. – 4. L’emersione della questione a livello europeo relativamente al diritto fondamentale al *ne bis in idem* e la sua capacità espansiva. – 5. Sinossi.

1. *Il cumulo tra sanzione penale e sanzione amministrativa: da condizione normale a ipotesi eccezionale. La giustificazione “ontologica” del cumulo, il suo superamento con la L. n. 689 del 1981, le successive deroghe alla disciplina generale del coordinamento tra i due illeciti.*

L’*incipit* dell’indagine non può che riguardare, per via di un breve richiamo, le scelte sanzionatorie compiute dal legislatore in materia di abusi di mercato (L. n. 62 del 2005)¹, rappresentando esse il *casus belli* di una vicenda giuridica e, per certi versi, politica, non ancora conclusa, che si è rivelata e continua a rivelarsi ricca di controverse implica-

¹La L. 18.4.2005, n. 62 (c.d. Legge Comunitaria 2004) ha innovato la disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato contenuta nel D.lgs. 24.2.1998, n. 58 (t.u.f.), recependo la Direttiva 2003/6/CE (art. 9 L. n. 62 del 2005).

zioni di principio e di variegate quanto sfuggenti articolazioni applicative. Proprio la peculiarità dell'assetto sanzionatorio di tale normativa ha innescato una serie di reazioni giurisprudenziali a catena, nel loro sbocco definitorie dell'attuale quadro della questione.

L'opzione cumulativa, formalizzata nella clausola d'apertura degli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate (art. 187 *bis* t.u.f.) e manipolazione del mercato (art. 187 *ter* t.u.f.) – «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» –, ha infatti, sin da subito, sollevato forti perplessità in dottrina. Nella predisposizione di un impianto sanzionatorio “a doppio binario”, dove, cioè, la sanzione amministrativa si aggiunge a quella penale convergendo sullo stesso fatto, si è colta una curvatura marcatamente repressiva dell'ordinamento², di certo storicamente condizionata³, nonché una sorta di disillusione circa le effettive *chances* dello *ius terribile*⁴. Ne è scaturito un inevitabile giudizio di irrazionalità, con previsione, poi avveratasi, di nodi interpretativi e applicativi⁵.

Tale scelta politico-criminale, sebbene – come vedremo – non isolata, è apparsa inconsueta⁶. Ma, invero, così non sarebbe stata apprezzata qualche tempo prima.

Guardando infatti a ritroso e, in particolare, al periodo precedente alla L. n. 689 del 1981, nella quale è prevista la disciplina dei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo, ci si avvede di come il fenomeno del cumulo tra le corrispondenti sanzioni fosse ritenuto del tutto fisiologico.

Le ragioni della plausibilità del cumulo sono presto dette. Esse risiedevano nell'assunto, a connotazione per così dire “ontologica”, secondo cui due norme appartenenti a rami diversi dell'ordinamento non potrebbero giammai configurare un concorso apparente⁷. Sarebbe, cioè, la differente finalità pertinente alle norme con diversa origine a impedire la formazione di quel tessuto omogeneo che rende coerente

² A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 555.

³ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 432.

⁴ A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit., 555.

⁵ A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit., 555-556.

⁶ F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1473.

⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 100 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 107.

l'ipotesi di un conflitto apparente e opportuna la sua risoluzione nel senso dell'applicazione di una soltanto delle due⁸.

Una visione di fondo, quindi, che ricollega l'ammissibilità della coesistenza di differenti sanzioni rispetto a un medesimo fatto alla disomogeneità dei relativi sistemi sanzionatori. Di modo che il fenomeno del cumulo tra sanzione penale e sanzione amministrativa veniva percepito come del tutto naturale e pertanto non necessitava, per la sua vigenza, della previsione di apposite clausole.

La prima offensiva all'idea della plausibilità del cumulo tra sanzione penale e sanzione amministrativa è data dall'art. 9 della L. n. 689 del 1981⁹.

Nel regolare il rapporto tra i due illeciti convergenti attraverso il principio di specialità, il legislatore avrebbe implicitamente riconosciuto identiche finalità – in termini di orientamento verso la prevenzione generale e speciale¹⁰ – alle rispettive sanzioni e, dunque, piena omogeneità tra i due sistemi¹¹. Ciò che, invece, sarebbe da escludersi rispetto

⁸ Cfr., con riferimento all'inapplicabilità del principio di specialità o, più in generale, del principio del *ne bis in idem* sostanziale, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 374 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte generale*, Milano, 1980, 25; e, nella dottrina amministrativistica, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 153-154.

⁹ Dà conto di come tale idea iniziasse a traballare anche precedentemente, rispetto ad alcune leggi di depenalizzazione anteriori che avevano fatto emergere in giurisprudenza la questione del rapporto tra illecito penale depenalizzato e altro illecito penale, C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 88, che riporta alcune isolate pronunce di merito escludenti il concorso tra illeciti.

¹⁰ 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"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1177.

¹¹ Per tutti, C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 311: «Se gli scopi fossero, sia pure in parte, *diversi* dovrebbero trovare coerentemente applicazione *entrambe* le sanzioni, anche qualora le rispettive fattispecie avessero, per ipotesi, identico contenuto». A fronte del riconoscimento dell'efficacia della *lex specialis*, la quale «sottintende un'omogeneità di fondo tra i due tipi di illecito», parla di «un sistema repressivo sostanzialmente unitario» in cui «il sistema dell'illecito amministrativo nasce, quindi, come parte integrante di un sistema più ampio», C. PEDRAZZI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (profili penalistici e processuali)*, Atti del Convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985, Milano 1987, 201, ora anche in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 516. Concepisce l'art. 9 come precipitato logico dell'inclusione dell'illecito amministrativo nel «quadro penalistico», P. NUVOLONE, voce *Reati (depenalizzazione di)*, in *Nss. Dig. it., App.*, IV, Torino, 1986, 302. In senso critico nei confronti della scelta normativa, indifferente alla «ontologica» diversità dei due sistemi G. PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9 L. 24 novembre 1981*

alle sanzioni disciplinari, come dimostrato dalla loro espressa estromissione, ad opera dell'art. 12, dall'ambito di applicabilità della normativa (e, dunque, dello stesso art. 9)¹².

Si deve subito evidenziare come il richiamato mutamento di prospettiva determinato dalla L. n. 689 del 1981 – in cui l'illecito amministrativo «(...) si pone rispetto al reato non tanto come un *aliud*, quanto come una variante (*absit iniuria*) “di serie B”»¹³ –, risulti in concreto solo parziale. E in effetti l'adozione del criterio logico-formale della specialità quale strumento regolatore del rapporto tra i due illeciti non produce invero un effetto *anti-cumulo* assoluto, essendo per definizione condizionata dai limiti operativi connaturati al criterio stesso. Detto altrimenti, nelle ipotesi in cui non si rinviene una relazione di specialità tra le strutture delle norme tipizzanti i due illeciti, dovrà ammettersi il cumulo delle rispettive sanzioni¹⁴; e, diversamente da quanto previsto nel penale (art. 81, comma 1, c.p.), senza che a ciò si accompagni il trattamento sanzionatorio mitigato della disciplina del cumulo giuridico (contemplato invece dall'art. 8 L. n. 689 del 1981 per il concorso formale di illeciti amministrativi).

D'altra parte, sono note le perplessità della dottrina circa l'avvenuta previsione della specialità quale criterio di coordinamento tra sanzione penale e sanzione amministrativa ovvero di risoluzione del relativo concorso infra-sistematico. Una tale scelta non terrebbe conto di come, talvolta, l'elemento specializzante proprio dell'illecito amministrativo – peraltro, più facilmente connotato da una descrizione di tipo casistico – non implichi un'effettiva degradazione di disvalore del fatto, col rischio dunque di promuovere un ingiustificato fenomeno di depenalizzazione tacita, che invece sarebbe impedito dalla considerazione delle ragioni valoriali proprie di altri criteri, attraverso i quali promuovere l'applica-

n. 689: *spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1985, II, 367. Riserve sull'estensione operativa di un principio, quello di specialità, «nato per dirimere le eventuali convergenze di norme appartenenti ad un medesimo ramo dell'ordinamento», sono espresse da S. LARIZZA, *Profili critici della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 88 ss., la quale evidenzia come tale opzione dovrebbe condurre ad ammettere «una sorta di fungibilità tra sistema penale e sistema amministrativo».

¹² Così C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 311.

¹³ Sono le icastiche parole di C. PEDRAZZI, *Relazione di sintesi*, cit., 201, il quale prosegue nella descrizione del rapporto tra le due figure di illeciti riferendo di «due distinti gradazioni di una comune qualificazione di «antigiuridicità», espressione dell'offesa di interessi oggettivamente tutelati».

¹⁴ Peraltro, con il possibile effetto di neutralizzare la stessa manovra di depenalizzazione nelle ipotesi di convergenza tra fattispecie di illecito amministrativo depenalizzato e fattispecie di illecito penale diversa da quella oggetto di depenalizzazione.

zione della sola norma penale in quanto *assorbente*¹⁵. Da qui la preferenza manifestata a favore del criterio della prevalenza della norma penale¹⁶, adottato in altri sistemi europei (come quello tedesco¹⁷) e accolto peraltro dalla stessa L. n. 689 del 1981 con riferimento agli illeciti amministrativi previsti dalle fonti regionali (art. 9, comma 2) allo scopo di evitare fenomeni di depenalizzazione locali¹⁸ e, *ratione materiae*, con riferimento alla disciplina igienica degli alimenti (art. 9, comma 3, dove

¹⁵ L'eventuale rilevanza dei c.d. criteri valoriali (sussidiarietà, assorbimento o consunzione) non potrebbe far leva in tale ambito sulla clausola «salvo altrimenti stabilito» contemplata nell'art. 15 c.p., da taluni additata quale ancoraggio positivo dei criteri diversi da quello logico-formale della specialità (cfr., per tutti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2000, 191-192; ora, ID., *Principi di diritto penale – Parte generale*, ed. rivieduta e aggiornata da V. MILITELLO-M. PARODI GIUSINO-A. SPENA, Milano, 2020, 221-222). La maggior parte dei commentatori ritiene che il legislatore, in questa sfera, abbia inteso vincolare la soluzione di ogni conflitto di norme al solo criterio della specialità (si rinvia, per tutti, a C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 311). Appare invece ispirata alla *consunzione* la disciplina derogatoria (rispetto alla specialità) dettata nei commi dell'art. 9 L. n. 689 del 1981 successivi al primo (così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte generale*, cit., 203-204; ora, ID., *Principi di diritto penale – Parte generale*, ed. rivieduta e aggiornata da V. MILITELLO-M. PARODI GIUSINO-A. SPENA, cit., 233-234). Peraltro, la giurisprudenza del tutto prevalente formatasi sul primo comma dell'art. 9 è totalmente in linea con quella sviluppatasi sull'art. 15 c.p. e dunque si affida al criterio della specialità: per tutte, Cass. pen., sez. un., 28.10.2010, n. 1963, dep. 21.1.2011, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 7, 848, con nota di A. VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*.

¹⁶ Cfr., per tutti, E. DOLCINI-C.E. PALIERO, I “*principi generali*” dell'illecito amministrativo nel disegno di legge di “*Modifiche del sistema penale*”, cit., 1167-1168. E. DOLCINI, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 793; C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 799; e, più di recente, A. SMEDILE, *La circolazione del veicolo sottoposto a sequestro tra depenalizzazione e concorso di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 953 ss.

¹⁷ Sul § 21 *Ordnungswidrigkeitengesetz* si vedano, tra gli altri, il commento di M. LEMKE, § 21, in M. LEMKE-A. MOSBACHER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2. Auflage, Heidelberg, 2005, 134 ss. e il lavoro monografico di P. STEIN, *Straftat und/oder Ordnungswidrigkeit*, Baden Baden, 2008, 123 ss. e 197 ss. Per la sua operatività in campo fiscale, cfr. M. MANTOVANI, *Le violazioni tributarie nel sistema tedesco: sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in G. INSOLERA-R. ACQUAROLI (a cura di), *Sussidiarietà ed efficacia del sistema sanzionatorio fiscale*, Milano, 2005, 243.

¹⁸ Su tale disciplina cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del Titolo V Cost.: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 670 ss.; A. DI MARTINO, *Dalla “campana senza battaglia” al concorso di norme. “Attuale” e “inattuale” nella disputa sulla potestà normativa delle Regioni nella materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1018 ss.; C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, cit., 777 ss.; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 313 ss.

è sancita appunto l'applicazione esclusiva del presidio penale di cui agli artt. 5, 6 e 12 della L. 30.4.1962 n. 283¹⁹)²⁰. Il criterio della prevalenza della norma penale, richiedendo *sic et simpliciter* l'applicazione di una sola delle due norme, garantirebbe, a ben vedere, l'esclusione una volta per tutte del cumulo sanzionatorio.

Resta ad ogni modo da osservare come la previsione con legge ordinaria di qualsiasi criterio regolatore dei rapporti tra i due illeciti sconti la possibilità di deroga da parte di una fonte di pari rango cronologicamente successiva. Ciò che è avvenuto nel nostro ordinamento in più occasioni, nelle quali il legislatore ha *espressamente* optato per il cumulo delle sanzioni, così derogando a quanto stabilito dall'art. 9 L. n. 689 del 1981. Prima ancora della già richiamata opzione in materia di abusi di mercato, si registra, per citare solo le ipotesi cronologicamente vicine all'anno di introduzione della regola generale derogata, quella in materia di frodi nei confronti del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (art. 3 L. 23.12.1986, n. 898) e quella in materia edilizia (art. 44 d.P.R. 6.6.2001, n. 380, già art. 20 L. 28.2.1985), le quali saranno in seguito passate in rassegna insieme con ulteriori, varie figure cumulative di introduzione successiva.

Fa specie peraltro rilevare come a distanza di qualche anno dall'entrata in vigore della L. n. 689 del 1981 si fosse provveduto a elaborare dei criteri-guida per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministra-

¹⁹Sulla disciplina dettata dall'art. 9, comma 3 (per come modificato ad opera dell'art. 95 del D.lgs. 30.12.1999, n. 507 «Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205») in rapporto alle scelte legislative compiute in materia alimentare, ispirata all'esigenza di evitare il processo di degradazione a illecito amministrativo di fattispecie poste a tutela di beni di indubbio rilievo ricolligabili alla salute, si vedano A. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 87 ss.; C. PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 1456 ss., il quale, peraltro, segnala l'insufficienza del rinvio alle norme della L. n. 283 del 1962, potendosi la medesima esigenza presentare rispetto a norme penali codicistiche; e, da ultimo, F. DIAMANTI, *Rapporti tra illeciti penali e illeciti amministrativi*, in A. GARGANI (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare. Trattato teorico/pratico di diritto penale* diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO-M. PELISSERO, Torino, 2021, 346 ss. Con riferimento all'intervento di depenalizzazione del settore, si può d'altra parte osservare come, in ragione della previsione in esame, il risultato con esso perseguito sia stato, all'esito pratico, piuttosto contenuto, attesa la possibilità di scontare in varie ipotesi una relazione di specialità tra l'illecito amministrativo depenalizzato e le disposizioni penali "prevalenti" richiamate dal dettato normativo.

²⁰Sulle controversie interpretative che hanno interessato i commi 2 e 3 dell'art. 9 L. n. 689 del 1981 cfr. di recente, anche per una rassegna delle varie posizioni, C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., 243 ss.

tive ispirati all'idea della loro alternatività e dunque funzionali alla non sovrapponibilità dei due corrispondenti illeciti. Il richiamo è alla Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983 «Criteri orientativi per la scelta fra sanzioni penali e sanzioni amministrative», che, sebbene non vincolante per il Parlamento, ossia per il legislatore in senso proprio, avrebbe potuto e dovuto rappresentare nella sostanza un sicuro punto di riferimento in un ambito governato spesso dall'improvvisazione²¹. E in effetti, ferma restando l'omologia teleologica delle due sanzioni, entrambe dirette alla prevenzione generale e alla prevenzione speciale, dalla Circolare emerge un disegno di politica legislativa nel quale gli ambiti di operatività dei due illeciti, in ragione del diverso piano di incidenza delle rispettive sanzioni (con quella penale destinata a riflettersi direttamente o indirettamente sulla libertà personale²²), sono ripartiti secondo un modello improntato alla (*proporzione* nel senso della) progressione in termini di gravità – per rango di interesse tutelato e per grado di offesa –, alla *necessità* di pena per l'efficace tutela di quell'interesse e alle specificità strutturali dei due sistemi sanzionatori nella prospettiva dell'*effettività* della risposta punitiva, profilo quest'ultimo che consente di tenere in considerazione la maggiore "agilità" di quello amministrativo²³.

Ai nostri più immediati fini è poi interessante notare come, in un significativo passaggio, la Circolare sembri farsi carico delle richiamate criticità rinvenute nel criterio di specialità adottato dall'art. 9 L. n. 689 del 1981, che hanno indotto la dottrina a preferire altre soluzioni. Per ovviare all'inconveniente dell'inoperatività di una sanzione penale do-

²¹ Così T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 953. La stessa Circolare denuncia la casualità di talune opzioni normative, documentando la riemersione di sanzioni penali rispetto a materie che la L. n. 689 del 1981 aveva depenalizzato, l'utilizzazione della sanzione amministrativa per materie che quest'ultima normativa aveva sottratto alla depenalizzazione, nonché, rispetto a discipline non coinvolte nella L. n. 689 del 1981, l'uso dell'una o dell'altra sanzione in assenza di un'accurata riflessione politico-criminale.

²² Si rammenti come le pene pecuniarie, quando non pagate per incapacità del condannato ad adempiere, c.d. insolvibilità, e, a seguito della modifica apportata dall'art. 71, comma 1, lett. dd) ed ee), D.lgs. n. 150 del 2022, anche in caso di mera insolvenza, si convertono in pene limitative della libertà: cfr. gli artt. 136 c.p., 102, 103, 105, 108 della L. n. 689 del 1981, 55 e 56 del d.lgs. n. 274 del 2000.

²³ Cfr., per un commento, C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 319 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (dalle leggi di depenalizzazione alla Circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, 46 ss.; G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della Presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, 251 ss.; T. PADOVANI, *op. ult. cit.*

vuta all'introduzione di una sanzione amministrativa speciale, si rimarca come la regola contenuta all'art. 9 L. n. 689 del 1981 possa essere derogata di volta in volta dal legislatore attraverso l'uso di clausole di riserva che facciano salva l'applicazione di norme incriminatrici specificamente individuate. Dunque, sempre che risulti effettivamente necessario, si prospetta un intervento in deroga alla richiamata disposizione *non* a favore del cumulo delle sanzioni, evenienza questa che non viene neppure contemplata, bensì pur sempre in funzione dell'applicazione di un solo illecito, ossia, rovesciando lo schema della specialità, quello (penale) assunto come generale.

2. *Le ragioni della nuova coesistenza. I tratti opportunistici dell'opzione cumulativa e la sopravvenuta instabilità del correlativo modello sanzionatorio.*

La significativa ricorrenza di ipotesi di doppio binario sanzionatorio cumulativo, di cui si darà conto nel dettaglio, richiede innanzitutto di meglio precisare l'aggettivazione sopra riferita a tale modello. Lo si è definito *eccezionale* con l'intento di mettere a fuoco l'attuale esito della linea evolutiva che ha contraddistinto la sua storia dal 1981 fino ai giorni nostri. Ebbene, a fronte dell'emersione dal tessuto ordinamentale di non poche figure annoverabili in questa categoria, occorre subito puntualizzare come quell'aggettivazione non vada letta nel senso dell'odierna *frequenza* del cumulo, bensì, strettamente, nel suo significato di *deroga* apportata rispetto a una disposizione generale, nel nostro caso ancora identificabile con l'art. 9 della L. n. 689 del 1981.

Posto ciò, l'esercizio dell'opzione cumulativa in deroga alla disciplina generale sollecita poi una riflessione più ampia che tocca il tema, ricorsivo nella nostra indagine, della fisiologia della coesistenza delle due sanzioni. Tenuto altresì conto, in quest'ottica, dell'intrinseca eventualità del fenomeno del concorso formale di illeciti nel *penale*, dove cioè tale figura si staglia quale ipotesi possibile di cui, certo, il legislatore manifesta piena contezza, riservandole una disciplina *ad hoc* (art. 81 c.p.), ma che non pare aver mai, o quasi, espressamente, come tale, prescritto (attraverso, si intende, la previsione rispetto al medesimo fatto di una coppia di reati)²⁴; e fermo restando che, ove questa previsione

²⁴ Diversamente, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano,

penale cumulativa vi fosse, la relativa scelta politico-criminale non potrebbe essere sicuramente problematizzata, come invece nell'ambito del concorso infra-sistematico, sul piano del carattere di *extrema ratio* del diritto penale.

Se le indicazioni provenienti dalla L. n. 689 del 1981 insieme con quelle contenute nella richiamata circolare del 1983 promuovono, pur da prospettive non coincidenti – la prima, quale disciplina positiva del rapporto tra le figure, la seconda, quale progetto politico-criminale –, l'idea della non sovrapponibilità dei due illeciti, la prassi legislativa, come si è sottolineato, pare andare in direzione contraria. Di modo che non sembrerebbe azzardato scorgere in questa *nouvelle vague* del doppio binario *sanzione penale*–*sanzione amministrativa* una sorta di riproposizione della visione imperante nel passato, ossia antecedente all'avvento della disciplina del 1981.

A ben vedere, però, le ragioni fondative dell'opzione “a doppio binario” paiono affatto diverse da quelle, di ordine “ontologico”, che giustificavano un tempo l'ipotesi cumulativa.

Al netto di inevitabili generalizzazioni, trattasi, infatti, di ragioni fondamentalmente opportunistiche, che, stante l'avvenuto giudizio di imprescindibilità (per quel fatto) della sanzione penale e l'inevitabile

2004, *sub* art. 15, 181, il quale, ritenendo tale deliberata previsione cumulativa in linea di principio ammissibile e da ricondurre alla deroga «salvo che sia altrimenti stabilito» di cui all'art. 15 c.p., la rinviene nell'inciso finale («indipendentemente dalle maggiori sanzioni del codice penale») del reato in materia di assunzioni obbligatorie e truffa contemplato dall'art. 23, comma 4, L. 2.4.1968, n. 482, ormai abrogato e, più in generale, la riferisce potenzialmente a locuzioni del tipo *senza pregiudizio per le maggiori sanzioni*, ferma restando la necessità di escludere che nel caso concreto esse non integrino clausole di sussidiarietà; *contra*, T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1993, 147, il quale, rilevando la contraddittorietà che connoterebbe la scelta di prevedere il concorso formale, così da rafforzare la tutela penale, nelle sole ipotesi di reato codicistico più gravemente sanzionato (e non nell'ipotesi in cui questo sia meno grave, ossia quando in effetti potrebbe prospettarsi una reale esigenza di irrobustimento della tutela), concepisce il richiamato inciso finale dell'art. 23, comma 4, L. 2.4.1968, come una semplice variante linguistica di una clausola di riserva relativamente indeterminata, che, in quanto tale, richiede l'applicazione della sola fattispecie più gravemente sanzionata, estendendo tale conclusione anche a locuzioni di eguale tenore. Sembra invece consentire l'applicazione di più norme penali – in particolare, quelle di comparaggio e corruzione – la clausola contenuta nell'all'art. 170 t.u.l.s. «se il fatto violi pure altre disposizioni di legge, si applicano le relative sanzioni secondo le norme sul concorso di reati», per la cui interpretazione si rinvia a E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018, 228 ss. Nel senso che la clausola finale dell'art. 15 c.p. non alluderebbe al regime del concorso formale di reati, legittimando solo deroghe alla prevalenza della norma speciale in favore di quella generale, per tutti, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 52 in nota; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 472.

auspicio nel complessivo effetto deterrente, coniugano i benefici in termini di “agilità” correlati al procedimento insistente sull’illecito amministrativo a quelli di carattere puramente economico conseguenti all’applicazione della corrispondente sanzione pecuniaria. Insomma, se, da un lato, si confida nella sanzione amministrativa per la velocità caratterizzante l’accertamento del relativo illecito, a fronte dei lunghi tempi in cui, per ragioni garantistiche, si snoda quello penale, tempi che potrebbero rischiare di compromettere l’effettività della sanzione; dall’altro, prendendo a prestito e rileggendo la locuzione latina, si potrebbe dire che *pecunia non olet*: nel senso, adattato alla circostanza, che la possibilità di incamerare denaro – talvolta, addirittura aggiuntivo a quello proveniente dalla stessa sanzione penale pecuniaria – fa trascurare i potenziali effetti *lato sensu* irrazionali derivanti dalla duplicazione sanzionatoria.

Pertanto, l’uso della suggestiva immagine del ritorno al passato sembra appropriato quando resti circoscritta all’assetto sanzionatorio (“a doppio binario”) per come in varie occasioni (ri-)costituito, non potendo di certo abbracciare la visione concettuale ad esso sottesa, la quale, piuttosto che rimandare a ricostruzioni sistemiche, il cui superamento può dirsi certificato, trova fondamento in esigenze, per così dire, più “grezze”, provocatoriamente traducibili con lo slogan *incamerare soldi e farlo subito!*

In ogni caso, lo stesso assetto “a doppio binario” sembra oggi tutt’altro che saldo e forse non è casuale che l’epifania della sua instabilità, inaugurata, come vedremo, dall’intervento censorio della Corte EDU del 2014, abbia riguardato proprio il settore dove maggiore è la pressione sanzionatoria e correlativamente più marcata l’aspettativa di entrate nelle casse pubbliche. Ci si riferisce ai mercati finanziari, preservati dal doppio binario in materia di abusi di mercato, dove, anticipando i successivi richiami alle cornici edittali, la multa e la sanzione amministrativa pecuniaria possono autonomamente raggiungere importi milionari.

In definitiva, quella serena e *eccezionale* convivenza delle due sanzioni protrattasi per lungo tempo ha conosciuto negli ultimi anni una vera e propria crisi, che oggi si è tentato o si sta tentando faticosamente di ricomporre attraverso l’elaborazione di peculiari percorsi argomentativi, i quali, rifuggendo dall’idea, appartenente al passato, dell’autonomia dei due sistemi sanzionatori, ammettono la coesistenza delle rispettive figure a condizione che essa non si risolva in una *duplicazione* dei loro effetti. Un’affermazione, quest’ultima, che, al momento, può apparire ossimorica, ma che nel corso della trattazione risulterà più chiara e, almeno nella sua portata generale, dotata di coerenza.

3. *I referenti concettuali della logica de-cumulativa: sussidiarietà, proporzionalità, ne bis in idem.*

Si può anche ritenere che il *diritto* ovvero il ragionamento giuridico sia percorso da un istintivo rifiuto del cumulo sanzionatorio, della replica della “reazione” e, più in generale, da una sorta di fisiologica repulsione nei confronti del *dupliciter*²⁵. Tuttavia, passando dalla riflessione astratta alla disciplina positiva o al diritto *in action*, è ben evidente come tale concettualizzazione possa rivelarsi priva di coerenza o, più precisamente, come la sua dimensione prescrittivo-dimostrativa vari a seconda dell’ambito di riferimento.

Almeno tre – avvinti da reciproche implicazioni – i referenti di questa logica antagonista all’opzione sanzionatoria cumulativa in relazione allo stesso fatto.

(a) *Sussidiarietà*, quale fondamentale criterio di orientamento della discrezionalità legislativa²⁶. Si intende, quella *esterna*, rilevante cioè nei rapporti *tra* sistemi sanzionatori²⁷, che impone di ricorrere allo strumento penale come *extrema ratio*: ossia quando le sanzioni extrapenali

²⁵ Profilo che, al netto della intrinseca e inevitabile genericità dell’affermazione, taglia trasversalmente ogni ramo dell’ordinamento, specificandosi in ambito sanzionatorio e trovando forse maggiore compiutezza concettuale in campo processuale, dove prende forma nella controversa categoria della preclusione (cfr., per tutti, nella dottrina processual-civilistica, da dove peraltro trae origine, G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III, Milano, 1993, 231 ss., e in quella processual-penalistica, L. MARAFIOTI-R. DEL COCO, *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, *passim*; R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 5/2011, 1 ss., ma, ancor prima, A. ROCCO, *Sul concetto di decisione giudiziaria penale, quale presupposto formale della cosa giudicata penale*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, 67 ss.), nelle cui manifestazioni, secondo un orientamento dottrinale (P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Padova, 1969, 189 in nota; A. ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1984, 900), troverebbero espressione principi logico-razionali dell’ordinamento di rilievo non solo processuale.

²⁶ Diverse le formule, in uso nella scienza penalistica, descrittive, sia pure con le proprie specificità e con diverse sfumature, dello stesso concetto: sussidiarietà, necessità, *extrema ratio*, frammentarietà, proporzionalità. Cfr., da ultimo, C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di “extrema ratio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss.

²⁷ Diversamente da quella “interna”, funzionale alla scelta tra sanzioni penali e dunque rilevante in chiave endo-sistemica. Per tali qualificazioni terminologiche cfr. A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1489; G. COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. pen.*, 2015, 265 ss.

non siano in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto adeguata²⁸.

Comunemente indicata in termini di principio, la *sussidiarietà*, muovendosi nella prospettiva dell'analisi costi-benefici – nel senso della legittimazione del diritto penale, attesi i relativi elevati costi (connessi alla lesione di diritti fondamentali ed economici), solo per la prevenzione di aggressioni a beni giuridici non altrimenti fronteggiabili in maniera efficace –, sarebbe riconducibile all'ordine di idee della filosofia *utilitaristica* di stampo socio-economico²⁹ e troverebbe, peraltro, sia pure indirettamente, un sostegno costituzionale nell'assunto, derivabile in particolare dall'art. 13 Cost., della pena come *ultima ratio* del controllo sociale³⁰.

Rapportato al nostro tema, l'effetto di contenimento dell'intervento penale a favore di altri rimedi, scaturente dal rispetto del principio, oltre a giustificare la rinuncia all'incriminazione, risulta pienamente conforme al modello relazionale tra sanzione amministrativa e penale in senso *alternativo-progressivo* e si rivela incompatibile con quello in senso *cumulativo*. Secondo, dunque, una dialettica, declinabile anche in termini di proporzionalità, che vede il penale entrare in gioco *da solo e solo* in corrispondenza delle offese più gravi al bene giuridico.

Nondimeno, più di un *marker* fa propendere per una gravidanza meramente *orientativa* (in termini, cioè, di semplice indirizzo politico) del principio. Si registra infatti una generale notazione di genericità quanto al suo contenuto concreto, probabile corollario della relativa incapacità di imporsi quale rimedio effettivo contro gli eccessi del legislatore penale.

Tale inadeguatezza a svolgere un ruolo di pratica rilevanza è impu-

²⁸ Cfr., *ex multis*, G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 706; A. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift Henkel*, Berlin-New York, 1974, 89 ss. Distingue tra *extrema ratio* (stretta necessità) e *sussidiarietà*, concependo la prima come espressiva del carattere frammentario del diritto penale, dunque nel senso del suo intervento per le sole offese di maggiore intensità a beni di particolare rilievo, e la seconda come necessaria valutazione dell'efficacia di altre istanze di controllo subordinata al previo vaglio positivo in termini di frammentarietà, così da scongiurare il rischio di sanzionare penalmente fatti insignificanti per la sola ragione dell'inefficacia di altri strumenti, G. COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *Sist. pen.*, 8.5.2020, 10-11.

²⁹ Cfr. G. COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà*, cit., 265; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 217; e, da ultimo, C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, 53 ss.

³⁰ Così, secondo l'impostazione tradizionale, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 216.

tabile fondamentalmente a due cause: la complessità insita nella dimostrazione della *non necessit * della sanzione penale ovvero dell'adeguato grado di efficacia dell'altra³¹ – verifica che, peraltro, va oggi misurata su pi  alternative punitive (il D.lgs. n. 7 del 2016 ha introdotto le sanzioni civili) ed effettuata tenendo conto dell'eventuale estensione, ad opera della giurisprudenza, delle garanzie strettamente penalistiche (con particolare riguardo a quelle processuali)³² –; la carenza di giustiziabilit  costituzionale³³, circoscritta nei ristretti margini del pi  generale criterio della ragionevolezza³⁴.

L'indagine nella prospettiva storica testimonia l'alterna fortuna di cui il principio, prodotto dell'illuminismo liberale, ha goduto nel tempo³⁵, con periodi anche di massima attenzione legislativa – il pensiero va alla depenalizzazione del 1981, seguita dalla Circolare della Presidenza del Consiglio del 1983 –, i quali, come gi  sappiamo, sono stati spesso caratterizzati da coeve scelte tutt'altro che coerenti³⁶.

Guardando ai giorni nostri, si percepisce con nettezza il momento critico che sta interessando il paradigma della *sussidiariet *, esito della combinazione di pi  fattori. Nonostante la riproposizione di interventi di depenalizzazione³⁷, assistiamo a una dilatazione del penale, attribuita alla moltiplicazione delle fonti di rischio³⁸ e di quelle normative (tra

³¹Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, XLIV; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 216.

³²Sottolinea l'ampliamento dell'area di complessit , secondo questi moduli, A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio*, cit., 1509.

³³Cfr., ancora, A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio*, cit., 1492, che, in quest'ottica, pone l'accento sulla tendenziale insindacabilit  delle valutazioni politico-criminali, e F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 221, che si sofferma sulla problematicit  della ripartizione dell'onere probatorio.

³⁴Emblematica in questo senso la decisione n. 409 del 1989 della Corte cost. sull'obiezione di coscienza.

³⁵Si rinvia alla ricostruzione di C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica*, cit., 1450 ss. Evidenzia la dimensione preminentemente teorica del principio, refrattario a una valorizzazione nella prassi, C. PRITTWITZ, *Garanzie di libert  tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 60.

³⁶Cfr. L. LACCH -C. PIERGALLINI, *Laudatio*, in *Laurea Honoris Causa a Thomas Vormbaum*, cit., 28 ss.

³⁷Sugli ultimi interventi di decriminalizzazione e di depenalizzazione, contenuti nei DD.lgss. n. 7 e n. 8 del 15.1.2016, attuativi della legge-delega n. 67 del 2014, si rinvia a F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 3, 285 ss.

³⁸In una prospettiva gi  illustrata da J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto pena-*

le quali, la stessa giurisprudenza in funzione “creatrice”³⁹, nonché ai nefasti effetti delle spinte populistiche⁴⁰.

Non è casuale che l’opzione cumulativa in materia di abusi di mercato ben si presti a coniugare tale caratterizzazione multifattoriale, non solo per la palese intellegibilità dei mercati finanziari in termini di immagine *ante litteram* della *società del rischio*⁴¹ e per l’intersezione di fonti che, come si vedrà, suggella la genesi della normativa, ma anche per il pur possibile inquadramento della scelta sanzionatoria nell’orizzonte del c.d. populismo penale⁴². Un fenomeno penal-populistico di ultima generazione, si direbbe, in cui ai segni tradizionali si affiancano ulteriori aspetti: l’abuso del diritto penale (ovvero l’eccedenza rispetto al fine tipico di tutela dei beni giuridici), abitualmente segnalato dalla

le. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali, cit., spec. Cap. II e Cap. V, dove si pone l’accento anche sul processo di “amministrativizzazione” del diritto penale, il cui illecito, in questo contesto, frequentemente viene ad assumere quel ruolo ordinatorio di settori di attività, secondo la prospettiva del danno cumulativo, tipico dell’illecito amministrativo. Più in generale, sulla trasformazione del reato in illecito di mera trasgressione, quale effetto dell’interventismo dirigistico dello Stato sui beni giuridici, cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, Capp. I e II.

³⁹Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, Cap. II.

⁴⁰Queste le cause emergenti dall’analisi di C.E. PALIERO, *Extrema ratio*, cit., 1453 ss.

⁴¹Secondo il *topos* originato dall’opera di Ulrich Beck (Cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986) e sviluppato nelle sue proiezioni penalistiche, nella letteratura italiana, in particolare da C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004 e C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

⁴²Su tale spaccato del diritto penale, in ordine di tempo, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 197 ss. E più di recente, oltre ai lavori contenuti in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21.12.2016, cfr. G. FORTI, *Una prospettiva “diabolicamente” umana sul rapporto tra norma e sanzione nell’ordinamento penale*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 201 ss.; ID., *La cura delle norme*, Milano, 2018, 113 ss.; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019; G. LOSAPPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in *Sist. pen.*, 23.12.2019; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzia e diritti fondamentali come presidio della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 26.3.2019; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 73 ss.; E. AMATI, *L’enigma penale*, Torino, 2020. Nella letteratura straniera, per tutti, D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005; J. PRATT, *Penal populism*, New York, 2007. Per l’espressa riconduzione della normativa in materia di abusi di mercato al paradigma del populismo punitivo, cfr. 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, 2020, 544.

moltiplicazione ipertrofica delle fattispecie incriminatrici, *oggi* si cela *anche* dietro l'edificazione di sistemi sanzionatori "multilivello" ovvero "*multiformi*" a vocazione (punitiva-)cumulativa.

Ponendoci infine nell'angolazione europea, possiamo ritenere che l'idea del diritto penale come *extrema ratio* sia assunta a postulato di quel giudizio di *necessarietà* che rappresenta uno dei tre sotto-criteri in cui si articola il più ampio giudizio di proporzione, sviluppato, in particolare, in ordine al conflitto tra una libertà comunitaria o un diritto fondamentale e una norma penale interna che quella libertà frustra.

Nel dettaglio, il principio di proporzione, nella sua accezione *materiale* (per distinguerla da quella *formale*, dove il giudizio è circoscritto alla proporzionalità della reazione sanzionatoria), è declinato – secondo l'impostazione di matrice tedesca⁴³, seguita in altri ordinamenti⁴⁴, nonché appunto nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE⁴⁵ e della Corte EDU⁴⁶ –

⁴³ Si veda la trama argomentativa della decisione della Corte costituzionale tedesca sul reato di incesto pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091, con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*. Più in generale, per una disamina del *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, si rinvia a E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, 278 ss. Da ultimo, cfr. la decisione del giudice costituzionale tedesco del 26.2.2020 (BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26.2.2020) in materia di aiuto al suicidio per la quale si rinvia a L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BvG 26 febbraio 2020*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 59 ss.; G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sist. pen.*, 11.6.2020; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26.5.2020; N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, in *Dir.pen. cont.-Riv. trim.*, 2020, 2, 63 ss.; L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Legisl. pen.*, 15.3.2020.

⁴⁴ Ad esempio quello spagnolo, per il quale si vedano S. MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, in J.C. CARBONELL MATEU *et al.* (a cura di), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, 2009, 1357 ss.; T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999, *passim*.

⁴⁵ Per la giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., *ex multis*, K. LENAERTS-P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, London, 3^a ed., 2011, 141 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, New York, 2^a ed., 2006, 136 ss.

⁴⁶ Per la giurisprudenza della Corte EDU cfr., *ex multis*, B. BAADE, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter. Zur Methodik, Legitimität und Rolle des Gerichtshofs im demokratisch-rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess*, Berlin, 2017; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, 2009. E nella specifica prospettiva penalistica G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, 34 ss.

in tre sotto-criteri: *idoneità* (al perseguimento dello scopo), *necessarietà* (della tipologia del mezzo prescelto) e *adeguatezza* o *proporzione in senso stretto* della norma penale; talvolta preceduti da un'ulteriore valutazione in ordine all'ammissibilità del mezzo e dello scopo perseguito dalla disposizione (che deve coincidere con un pubblico interesse)⁴⁷.

(b) *Proporzionalità*, intesa in chiave sanzionatoria ovvero in senso formale⁴⁸, vale a dire nella sua proiezione sul trattamento sanzionatorio⁴⁹. Quest'ultimo da assumersi, ai nostri fini, nel suo insieme: ricomprensivo della sanzione penale e di quella amministrativa. Con conseguente articolazione della verifica di *proporzione* secondo un nuovo e più ampio modulo argomentativo, rapportato al cumulo delle sanzioni ovvero alla complessiva risposta sanzionatoria.

Sono noti i limiti funzionali del principio, riconducibili al suo marcato profilo relativistico. Esso è privo di una dimensione assiologica,

⁴⁷ Nella letteratura straniera, si vedano, per tutti, J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, 544 ss.; I. APPEL, *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998, 171 ss.; O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996, 467 ss.; in quella italiana, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 144 ss.; ID., *I principi penalistici nel network multilivello: judicial transplant, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 852 ss.; e, ancor prima, ID., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 283 ss.; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2012, 1, 114 ss.; ID., *Le regole dell'incoerenza*, Roma, 2012, 131 ss.; A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 36 ss.; ID., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 480; più di recente, G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. AIC*, 2017, 3, 1; G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale*, Napoli, 2018, 208 ss.; e, da ultimo, per un'aggiornata indagine sul tema, con ampi riferimenti a singole ipotesi problematiche, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 122 ss.

⁴⁸ Sulle diverse prospettive entro cui collocare il contenuto della proporzione si veda, ancora, C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., 115.

⁴⁹ In questo senso, la *proporzione* postula un preliminare bilanciamento tra i beni tutelati dall'incriminazione e quelli lesi attraverso la conseguente utilizzazione della pena. Cfr., sul punto, R. DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München, Vahlen, 1989, 7 ss. Si sofferma, da ultimo, sulla difficoltà di ragguagliare la pena al reato, sottolineando l'assenza di canoni "ontologici" di proporzionalità, attesa la profonda eterogeneità delle due entità, M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in M. AMISANO-M. CATERINI (a cura di), *Persona, pena e processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, Napoli, 2012, 52.

non riflette una scala di valori, ma solo una scala di grandezze: la predisposizione di una sanzione pecuniaria non convertibile in pena limitativa della libertà personale, pur proporzionata al fatto, non illumina circa la sua rilevanza penale, frutto di una scelta da compiersi sulla scorta di altri principi⁵⁰.

La necessità di agganciare la logica della proporzione ad altri criteri, perché la sua operatività non resti asettica, si coglie non solo sul piano delle opzioni di criminalizzazione, dov'è evidente l'inadeguatezza a fungere autonomamente da limite, ma anche su quello delle scelte legislative circa il *quantum* della sanzione, la cui giustificazione non può prescindere da un referente concettuale contenutistico e/o finalistico, secondo schemi di giudizio calibrati sul fatto da sanzionare, dunque orientati verso il passato (c.d. *proporzionalità per il fatto*), o sulla finalità perseguita dalla pena e quindi orientati verso il futuro⁵¹.

Tradizionalmente, all'interno del nostro ordinamento il riconoscimento costituzionale del principio di *proporzionalità* sanzionatoria è avvenuto nel prisma della ragionevolezza-uguaglianza (art. 3 Cost.) – per poter sindacare l'eccesso punitivo è stato necessario individuare una fattispecie comparativa che dimostrasse l'asimmetria sanzionatoria ossia l'irragionevolezza –, con una linea di sviluppo che ha fatto leva sulla finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.)⁵².

Un'evoluzione significativa si registra, tuttavia, nel momento attuale. La Corte costituzionale ha infatti assegnato al principio un ruolo fondativo del giudizio autosufficiente, ossia emancipato dallo schema di giudizio triadico della ragionevolezza-eguaglianza, con la possibilità dunque che il vizio di proporzione risulti internamente al giudizio di meritevolezza di pena riflesso nella dosimetria sanzionatoria prevista dal legislatore e, per tal via, assuma rilevanza nella prospettiva della finalità della pena. È pur vero che la necessità di individuare dei *tertia comparationis* riemerge comunque ai fini della (successiva) “sostituzione” del-

⁵⁰ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen.-Riv. trim.*, 2013, 4, 19: «Non si può sanzionare penalmente il divieto di parcheggio, neppure se si prevede una pena pecuniaria simbolica e non convertibile in pena limitativa della libertà. Non è penale. Non può essere “penale” quella violazione, anche se fosse proporzionata la sanzione».

⁵¹ Cfr. sul punto, rispetto alla domanda «A che cosa deve essere proporzionata la pena?», F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 116 ss.; e, sempre con riferimento ai richiamati approcci, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 233 ss.

⁵² Per una ricognizione si veda V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013, 104 ss.

la cornice edittale sproporzionata con altra già rinvenibile nel sistema legislativo, ma ciò è richiesto dalla Corte non per fornire delle coordinate al vaglio di proporzione in sé, bensì per evitare lo sconfinamento del suo intervento nel merito della scelta politico-criminale⁵³; e, ad ogni modo, negli ultimi approdi si è ritenuto sufficiente, per il raggiungimento del medesimo scopo, l'individuazione di precisi punti di riferimento ovvero soluzioni già presenti nel sistema legislativo⁵⁴.

L'ultimo tratto del ripercorso giudizio costituzionale di *proporzionalità* sanzionatoria è assai rilevante ai nostri fini. Ferma la permanente rilevanza costituzionale della proporzione secondo un'accezione (unicamente) "negativa"⁵⁵, quale *divieto di manifesta sproporzione*, va sottolineato come non dovrebbe poter sfuggire alla ricerca del *tertium comparationis* un eventuale vaglio di legittimità avente a oggetto una figura

⁵³ Sui rimedi nel tempo sperimentati per far fronte alla lacuna conseguente alla pronuncia di illegittimità costituzionale, si veda F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, 280 ss.

⁵⁴ Quel cammino ascendente del principio di proporzione, V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 364 ss., il quale indica come tappe fondamentali del nuovo approccio la pronuncia n. 236 del 2016 sul minimo di pena del delitto di alterazione di stato (su tale decisione cfr. inoltre F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14.11.2016; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2017, 2, 48), dove il *tertium comparationis* non è più «starting point del vaglio di proporzionalità» ma solo «mero "sostitutivo sanzionatorio"», benché pur sempre un «limite apposto al sindacato della Corte», e la pronuncia n. 222 del 2018 sulla pena accessoria fissa del delitto di bancarotta fraudolenta (su tale decisione cfr. inoltre P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo riformatore della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 216 ss.; R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.), nella quale si prescinde dalla (prima richiesta) presenza nel sistema di un'unica soluzione costituzionalmente vincolata capace di sostituirsi a quella illegittima ovvero di una fattispecie «immediatamente trasponibile» e ci si accontenta che il sistema fornisca precisi punti di riferimento già rinvenibili nella legislazione ovvero soluzioni già esistenti ancorché non costituzionalmente obbligate (su questo ulteriore passo verso un sindacato della Corte libero da ostacoli, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 83 ss.), indicati nel *fino al massimo edittale* previsto dagli artt. 216 e 223 L. fall. (con le Sezioni Unite della Suprema Corte, 28.2.2019, n. 28910, che hanno poi aderito alla soluzione offerta dall'art. 37 c.p.). Per un tentativo di applicazione di tale metodologia ai minimi edittali della fattispecie di omicidio stradale nei commi 2, 3, 4, 5 dell'art. 589 bis c.p., C. PIERGALLINI, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzati silenzi*, in *Giur. cost.*, 2019, 1210 ss.

⁵⁵ Cfr., per tutti, V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2109 e F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 65.

di doppio binario sanzionatorio cumulativo: con un più alto livello di difficoltà, dovuto all'esigenza di orientare l'indagine verso un'altra figura dello stesso genere. Ma con la possibilità, come vedremo, di rinvenire nel sistema legislativo strumenti risolutivi accessibili.

A conferma di questa progressiva ascesa del principio, si deve infine aggiungere che il giudice delle leggi, con riguardo alle sanzioni amministrative punitive a contenuto patrimoniale, lo ha altresì concepito – benché in combinato disposto con l'art. 3 Cost., ma senza che ciò ne abbia vincolato il giudizio allo schema triadico⁵⁶ – quale proiezione dell'art. 42 Cost.⁵⁷, in un caso in cui, per la tipologia di misura censurata, tuttavia non si poneva un'esigenza “sostitutiva”, come tale in grado di far (ri-)aggallare la necessità della ricerca su questo piano del *tertium comparationis* o di altri referenti normativi. Esigenza, questa, esclusa in una successiva decisione – esitata in un'ablazione secca della sanzione amministrativa – in ragione del ritenuto non insostenibile *deficit* di tutela conseguente alla rimozione della norma giudicata contrastante con i medesimi parametri costituzionali⁵⁸.

⁵⁶Osserva come l'irriferevolezza dell'art. 27, comma 3, Cost. alle sanzioni amministrative non abbia ostato all'abbandono dello schema triadico grazie all'aggancio con l'art. 42 Cost., FR. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Legisl. pen.*, 14.12.2020, 5-6.

⁵⁷Corte cost. 6.3.2019, n. 112, con note di R. ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 197 ss.; E. AMATI, *Confisca “amministrativa” negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in *Giur. comm.*, 2019, 1293 ss. Con tale decisione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *sexies*, D.lgs. n. 58 del 1998 nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo e non solo del profitto, in quanto costituente un automatismo sanzionatorio in contrasto con il principio di proporzionalità, che deve intendersi applicabile anche alle sanzioni amministrative di carattere patrimoniale. In particolare, si è rilevato come la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione, e un'ulteriore sanzione anch'essa di carattere punitivo come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito (sanzione che finiva per colpire l'intero valore delle azioni acquistate dall'*insider* e non meramente la plusvalenza ottenuta mediante l'operazione illecita), che per di più non consente all'autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa, conduca necessariamente, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati.

⁵⁸Così Corte cost. 23.9.2021, n. 185, rispetto alla sanzione amministrativa fissa di cui all'art. 7, comma 6, secondo periodo, D.l. 13.9.2012, n. 158, a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d'azzardo previsti dal comma 5 della medesima disposizione. La sostenibilità del vuoto di tutela conseguente all'espunzione ha fatto leva sul rilievo