

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

2 / 2020 - SUPPLEMENTO

ISSN: 2036-4873

LE RICADUTE DOMESTICHE DELLA GIURISPRUDENZA

'EUROPEA' SUL *NE BIS IN IDEM* *

(The domestic impact of 'European' case-law on ne bis in idem)

ABSTRACT: *The extended debate on ne bis in idem from the ECHR and EU law perspectives reached inconclusive results, so that rethinking the 'European' safeguard at issue is the only viable option. On the one hand, supranational case-law appears intrinsically unable to fix many practical issues; on the other hand, even domestic Courts cannot overcome the most controversial points of 'double track' sanctioning systems. Lawmaking (not only at a domestic level) is definitely the way to solve the matter at issue.*

SOMMARIO: 1. Il percorso ermeneutico delle Corti 'europee'. 2. Le reazioni della giurisprudenza domestica. 3. Possibili scenari futuri.

1. Discorrere dell'influenza sulla giurisprudenza nazionale di quella delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo in materia di *ne bis in idem* impone una prima notazione: fino alla sentenza della Corte EDU *in re* Grande Stevens i giudici domestici avevano mantenuto un atteggiamento rigorosamente fermo nel negare che il ricordato superiore principio potesse trovare applicazione in sistemi sanzionatori strutturati secondo il modello del doppio binario cumulativo di sanzioni penali e sanzioni amministrative.

La questione era stata ripetutamente sollevata in dottrina, specialmente con riguardo al settore del *market abuse*, soprattutto a seguito dell'attuazione

*Contributo approvato dai revisori.

della prima direttiva (MAD I) in conseguenza della quale gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (rispettivamente previsti dagli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF) andarono ad affiancarsi in maniera anche formalmente identica in un caso (abuso di informazioni privilegiate) ovvero sostanzialmente sovrapponibile nell'altro (manipolazione del mercato) ai corrispondenti illeciti penali (contemplati dagli artt. 184 e 185 TUF).

A dar sostegno alla razionalità del doppio binario veniva evocata l'opzione del legislatore comunitario, leggendosi in MAD I una espressa indicazione in tal senso, fermo il richiamo alla distinzione legale tra sanzione penale e sanzione amministrativa, la cui differenza tipologica precludeva sul piano formale l'applicabilità della disposizione dell'art. 649 c.p.p., che – proprio in virtù della opzione indicata in MAD I – veniva, per così dire, 'tenuto indenne' dalla già elaborata teoria della '*materia penale*' come ambito unitario nel quale la nozione di 'pena' (in senso convenzionale) comprende sanzioni anche nominalisticamente e tipologicamente diverse ed eterogenee. Senza voler qui ripercorrere analiticamente la questione, è tuttavia sufficiente rammentare che la risalente direttiva prescriveva ai legislatori nazionali di adottare misure sanzionatorie adeguate ed efficaci per fronteggiare i comportamenti devianti in discorso, suggerendo di far ricorso preferibilmente allo strumento dell'illecito amministrativo, lasciando ai legislatori degli Stati membri la facoltà di impiegare la comminatoria penale ove ciò fosse ritenuto maggiormente opportuno. Né, per vero, un 'obbligo' di prevedere un doppio binario cumulativo si ricava in modo inequivoco dalla seconda direttiva (MAD II) che, rovesciando l'impostazione di MAD I, ha imposto l'impiego della sanzione criminale come strumento primario per la repressione dei comportamenti vietati in materia di

abusi di mercato, valutando il legislatore eurounitario inadeguata quella amministrativa. Né deve sfuggire – pur in questa sommaria disamina – il rilievo, ben significativo, che il legislatore eurounitario stesso assegna al rispetto del divieto di *bis in idem*: esplicitamente, infatti, tanto nel regolamento 596/2014 quanto in MAD II la possibilità riconosciuta ai legislatori nazionali di affiancare alla sanzione criminale quella amministrativa è accompagnata dalla espressa avvertenza di evitare che l'esercizio di tale facoltà possa dar luogo a situazioni confliggenti con il ricordato superiore principio del *ne bis in idem*.

La preoccupata cautela del legislatore eurounitario trae origine dall'ormai definitivamente acquisito canone *normativo* di matrice giurisprudenziale della *materia penale*, che individua – sulla base dei c.d. *criteri Engel* – un ambito sanzionatorio (in senso convenzionale) sostanzialmente unitario, ambito al quale debbono essere assicurate le superiori garanzie che assistono la sanzione criminale, garanzie fra le quali spicca il divieto del *bis in idem*.

Se non è facile ipotizzare che la sentenza *in re* Grande Stevens abbia fornito un (indiretto) contributo all'avvertenza di cui s'è detto per il breve periodo che intercorre fra il deposito della sentenza (marzo 2014) e l'emanazione di MAD II e MAR (aprile 2014), non è certo infondato constatare che risale al 1976 l'enunciazione da parte della Corte EDU del canone della *materia penale* e degli *Engel criteria*¹, ribaditi dalla stessa Corte di Strasburgo nel 1984², senza dimenticare che tale principio non è più stato revocato in dubbio e, anzi, costantemente riaffermato anche nelle pronunzie successive a quella ricordata *in re* Grande Stevens, pur caratterizzate tutte, queste ultime, da

¹V. Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, in www.hudoc.echr.coe.int

²Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894, con nota di PALIERO, "*Materia penale*" e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale*.

vistosi arretramenti quanto meno rispetto al dispiegarsi delle conseguenze logicamente ricavabili dal riconoscimento della unitarietà della *matière pénale*.

Se si osserva il principio ermeneutico deducibile dai *criteri Engel* nella lettura rigorosa che ne offre la Corte EDU *in re* Grande Stevens non è difficile scorgere che per tal modo viene decretata la fine dei sistemi a doppio binario sanzionatorio nei quali il legislatore nazionale non abbia provveduto a fissare criteri distintivi per evitare che per un *idem factum* (nell'accezione 'concreta' ormai accolta in modo consolidato) l'autore sia sottoposto a plurimi procedimenti e assoggettato a plurime sanzioni. Distinzione che – come si cercherà di mostrare in conclusione – non sembra possibile se non attraverso la previsione in sede legislativa di fattispecie d'illecito tipologicamente e morfologicamente differenti (alle quali dunque siano riconducibili necessariamente fatti concreti diversi). Colto nella sua genuina valenza, l'ambito unitario della *materia penale* riconosce come meritevoli dei presidi di garanzia convenzionali sanzioni che tale carattere possiedono non soltanto in ragione di un dato formale (variabile, com'è ovvio, da ordinamento a ordinamento, a seconda degli indici assunti per la connotazione), ma, piuttosto, per la intrinseca natura afflittivo-intimidativa della misura applicata in conseguenza della violazione di un precetto³. Ma così essendo, sembra divenire sterile esercizio di dogmatica, ignara della realtà delle disposizioni e dei fatti che sotto le stesse debbono essere sussunti, cercare distinzioni legate a differenti scopi di tutela

³V. Corte EDU, Engel e altri, c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, cit.; v., altresì, Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1985, cit.. Significativo rilevare che i c.d. *Engel criteria* elaborati dalla Corte EDU sono stati espressamente accolti in ambito eurolunitario, con perfetta sovrapposizione lessicale e semantica: secondo la CGUE, infatti, nel valutare la “natura penale di procedimenti e di sanzioni (...) sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere”: così CGUE, GS, 20 marzo 2018, Menci, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2018, § 26.

che, in ipotesi, dovrebbero segnare la diversità delle sanzioni (penale vs amministrativa) e dei procedimenti applicativi ad esempio in materia tributaria, non essendo razionalmente revocabile in dubbio che in entrambi i casi a dar conto e ragione della comminatoria che il precetto reca con sé è la punizione di una condotta che lede o espone a pericolo l'interesse dello Stato alla percezione delle imposte, cui s'accompagnano le componenti special e general-preventive. Né deve sfuggire, in siffatto contesto, che – come in precedenza notato – le decisioni delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, sebbene intese a limitare la portata del principio dell'unitarietà della *materia penale*, non ne hanno mai negato fondatezza e contenuto. Una pur sommaria considerazione di tali decisioni è bastevole a convincere che i percorsi interpretativi seguiti per evitare – di fronte all'inerzia (casuale o deliberata?) dei legislatori nazionali – la fine dei sistemi a doppio binario siano stati altri e diversi.

Dapprima la Corte EDU-Grand Chambre ha negato la trasgressione del canone convenzionale del *ne bis in idem* allorché i due procedimenti a carico del medesimo imputato e le relative sanzioni presentino i caratteri di “prevedibilità” e “sufficiente connessione” spazio-temporale⁴. Come ognuno vede, sia pure sulla scorta di una giurisprudenza in costante evoluzione, nella “grande Europa” sembrerebbe in via di progressivo e inesorabile declino l'ottica originaria della c.d. *double jeopardy* (avente chiara discendenza dal rito accusatorio di matrice anglosassone, con lo scopo di preservare il diritto dell'imputato a non essere processato due volte in relazione al medesimo fatto), a favore di una logica incentrata sul carico afflittivo e sulla “prevedibilità” degli

⁴Corte EDU, GC, A e B c. Norvegia, 15 novembre 2016, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, con nota di VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.

snodi procedurali (tutela dal cumulo punitivo in senso stretto, con le garanzie processuali collocate in secondo piano). Il riportato percorso ermeneutico – non privo di distinguo tra gli arresti successivi alla pronuncia che ha invertito la tendenza⁵ – riscontra piena (e incondizionata) adesione da parte della Corte di Lussemburgo, sia in tema di abusi di mercato sia per le identiche e altrettanto spinose questioni in ambito tributario⁶. Ad avviso della CGUE il canone di garanzia al quale parametrare la legittimità dei “doppi binari” punitivi in prospettiva eurounitaria sarebbe non già il *ne bis in idem sancito* dall’art. 50 CDFUE, bensì il principio di proporzionalità delle pene di cui all’art. 49 della medesima Carta dei diritti fondamentali.

E da ultimo, la Corte EDU *in re* Nodet⁷, pur meritoriamente analizzando con rigore i criteri di valutazione elaborati a partire dalla decisione A e B c. Norvegia nella loro applicazione al caso concreto, non soltanto si muove all’interno della logica dell’unitarietà della *matière pénale*, ma finisce con il

⁵Pur partendo dalle medesime premesse della decisione citata nella nota che precede, perviene a esiti opposti in una fattispecie di cumulo sanzionatorio in ambito fiscale largamente sovrapponibile a quella decisa dalla Grand Chambre nel 2016, Corte EDU, Jóhannesson c. Islanda, 18 maggio 2017, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*.

⁶CGUE, GS, 20 marzo 2018, Menci (C-524/15); CGUE, GS, 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate c. Consob (C-537/16); CGUE, GS, 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca c. Consob (C-596/16 e C-597/16); tutte in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2018. Per un esame approfondito di tali decisioni v. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 949 ss.; E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 129 ss., In particolare CGUE, GS, 20 marzo 2018, Menci (non contraddetta, sul punto, dalle due ulteriori decisioni emesse in pari data dalla Corte di Lussemburgo con specifico riguardo agli abusi di mercato) richiama in modo espresso quale precedente dotato di rilevanza Corte EDU GC A e B c. Norvegia, cit., senza avvalersi della facoltà (il cui esercizio era stato invero sollecitato dall’Avvocato generale della Corte nelle proprie conclusioni sulle controversie in esame) di ampliare, giusta art. 52 CDFUE, la sfera di protezione in ambito eurounitario per un diritto coincidente con la sfera di tutela apprestata dalla CEDU.

⁷Corte EDU, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019, con nota di SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell’ordinamento italiano)*.

confermare l'impostazione 'limitativa' progressivamente formatasi nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo. Come è stato esattamente e lucidamente notato⁸, la sentenza *in re* Nodet dischiude prospettive degne di ogni attenzione con riguardo all'applicazione nei casi concreti dei profili della sufficientemente stretta connessione sostanziale e temporale (complementarità degli obiettivi, prevedibilità della duplice punizione, coordinamento e interazione delle autorità procedenti, meccanismi di compensazione sanzionatoria anche in funzione dell'apprezzamento dell'adeguatezza della sanzione complessivamente inflitta), in quanto ne fornisce una lettura significativamente attenta. Se ciò è indubitabilmente vero, altrettanto non questionabile che anche quest'ultimo responso rimane saldamente ancorato a un paradigma incerto sul piano teorico e tutt'altro che affidabile quanto a precisione nel momento della sua traduzione in criterio interpretativo della fattispecie, caratteri entrambi destinati a riflettersi (negativamente) in una soltanto apparente logica del caso per caso, affidata essenzialmente alla sensibilità dell'interprete, al quale però neppure il progressivo affinamento della giurisprudenza delle Corti europee sembra fornire parametri ermeneutici sufficientemente rigidi.

Inappropriato sarebbe, rispetto allo scopo del presente lavoro, sviluppare un'analisi critica del paradigma della "sufficientemente stretta connessione sostanziale e temporale" e delle specificazioni che l'hanno accompagnata, ma qualche notazione è tuttavia possibile e funzionale.

Già la definizione d'esordio, che richiama un estremo 'dimensionale' espresso da una formula che implica un apprezzamento squisitamente

⁸V. SCOLETTA, *Il ne bis in idem*, cit..

valutativo (“sufficientemente stretta”, clausola nella quale l’avverbio svolge una funzione ambigua), non sembra andar oltre una indicazione bensì suggestiva ma ben difficilmente suscettibile di tradursi in efficace e puntuale criterio discrezionale. Né i corrispondenti in inglese e in francese forniscono spunti maggiormente promettenti sul versante della precisione, postane l’equivalenza contenutistica⁹.

Ad approdi non maggiormente confortanti sul piano della idoneità selettiva conduce il profilo della complementarità degli obiettivi perseguiti – anche rispetto al caso concreto – dal procedimento e dalla sanzione: a ben vedere, osservando il sistema di tutela del mercato, l’assetto previsto (in modo estremamente analitico) da MAD II (al quale i legislatori nazionali devono dare attuazione) e quello stabilito da MAR (in vigore dal luglio 2016) presenta una forte univocità negli obiettivi di tutela e nelle modalità del loro perseguimento attraverso gli illeciti penali descritti nella Direttiva e quelli amministrativi contemplati nel Regolamento. E anche là dove manca un referente normativo come quello eurounitario ora rammentato, non è difficile scorgere un fattore che sembra strutturalmente smentire la configurabilità stessa della complementarità dei procedimenti e delle sanzioni. Come in precedenza accennato, si possono senz’altro riconoscere profili differenti nell’impianto del sottosistema penal-tributario rispetto a quello (parallelo) dell’illecito amministrativo, ma – al di là di tali profili – quando per il medesimo fatto (nell’accezione “concreta” ormai comunemente accolta) siano previste plurime sanzioni (riportabili alla nozione di pena in senso convenzionale) applicabili all’esito di distinti procedimenti, pare fatica vana ricercare spazi complementari.

⁹Rispettivamente “*a sufficiently close connection in substance and time*” e “*un lien matériel et temporel suffisamment étroit*”.

La finalità dissuasiva anche rispetto a fatti non dolosi e la funzione risarcitoria delle spese sostenute per i controlli fiscali, così come la determinazione delle sanzioni talvolta secondo lo schema di sovrattasse o di multipli dell'imposta evasa, che accrediterebbe secondo la Corte EDU GC *in re* A e B c. Norvegia una costruzione 'separata', non paiono argomenti convincenti: che la funzione dissuasiva sia estranea alla comminatoria penale pare assunto a dir poco azzardato, mentre la componente 'risarcitoria' degli oneri per i controlli fiscali, che rientrerebbe nel complesso della sanzione amministrativa, non sembra da sola sufficiente ad accreditare la richiesta complementarità, dovendosi infine considerare la forma della determinazione della sanzione non più che una delle modalità attraverso le quali il legislatore sceglie di modulare la reazione punitiva¹⁰.

Può allora apparire non azzardata notazione rilevare che, quando unitario è l'ambito di tutela, l'unico plausibile criterio di differenziazione trascorre non già per l'ormai impraticabile (*post* sentenza *in re* Engel) distinzione tipologica delle sanzioni in senso convenzionale e neppure per faticose costruzioni legate alla sufficientemente stretta connessione sostanziale e temporale, quanto piuttosto (e, forse, unicamente) per le modalità diverse attraverso le quali il bene giuridico (di categoria) può essere lesa o esposto a pericolo. Detto in parole diverse, ma sempre nel linguaggio penalistico: le differenze possono essere colte sul piano delle fattispecie, ma è compito esclusivo del legislatore selezionarle e descriverle in forma tipica.

Alla superiore osservazione inerente all'unitarietà dell'ambito di tutela e alle conseguenze che ne derivano possono in qualche misura ricondursi anche le

¹⁰Sul punto, cfr SCOLETTA, *Il* ne bis in idem, cit..

ragioni della non sufficiente perspicuità degli ulteriori profili di specificazione elaborati con riguardo al paradigma della connessione sufficientemente stretta per sostanza e per tempo.

Così il richiamo alla prevedibilità della duplice sanzione, se per un verso pare collocarsi su un piano diverso (e tuttavia rilevante), non sembra poter svolgere una funzione selettiva quando, come nel caso emblematico dell'abuso di informazioni privilegiate nel sistema italiano, il comportamento dell'agente è allo stesso tempo e allo stesso modo riconducibile sotto due fattispecie astratte perfettamente sovrapponibili sul versante della descrizione della condotta tipica. Che a una situazione siffatta possa fornire rimedio – al cospetto dell'altrimenti violato divieto di *bis in idem* – la prevedibilità della duplice sanzione è argomento che non sembra andare oltre la tautologia, né soccorso ulteriore pare ricavabile dalla considerazione del coordinamento e interazione dei procedimenti. Al di là dei problemi inerenti ai differenti regimi probatori (in senso lato), che si riverberano (dovrebbero riverberarsi) sui piani della utilizzabilità e della valutazione¹¹, quest'ultimo profilo finisce con il confinare il principio del *ne bis in idem* all'interno della sua dimensione sostanziale, relegando il divieto del doppio processo alle ipotesi nelle quali la distanza temporale fra i due procedimenti non sia "sufficientemente stretta" (ferma restando la strutturale incertezza di siffatta caratterizzazione, l'apprezzamento della quale il giudice dovrà compiere in assenza di qualunque riferimento normativo¹²).

¹¹V. sul punto BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio*, cit..

¹²Sul punto delle valutazioni in ordine al profilo temporale, si vedano le già citate Corte EDU, Jóhannesson c. Islanda, 18 maggio 2017 e Corte EDU, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia, cui *adde* Corte EDU, 16 aprile 2019, *Ármansson c. Islanda*, in *Dir. pen cont.*, 7 maggio 2019, con nota di GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul ne bis in idem*.

Un osservatore disincantato non può sottrarsi alla suggestione forte che il profilo, al quale si riduce in sostanza estrema il percorso argomentativo delle Corti europee principiato con la decisione A e B c. Norvegia, sia quello allusivo all'esistenza di meccanismi di compensazione sanzionatoria, che permettano al giudice di apprezzare l'adeguatezza delle pene (in senso convenzionale) complessivamente applicate nel caso, in modo da evitare che il carico punitivo risulti non proporzionato a cagione della natura intrinsecamente cumulativa del doppio binario. Non casualmente è proprio il riferimento alla proporzione della sanzione inflitta l'aspetto che maggiormente spicca nelle tre decisioni del 20 marzo 2018 della Corte di Giustizia (e che pure richiamano anche gli altri profili, evocati tuttavia in una funzione di evidente minor rilievo), decisioni che, se si eccettuano le successive decisioni della Corte EDU *in re* Armannsson e *in re* Nodet, costituiscono l'approdo ultimo del ricordato *iter* ermeneutico¹³. Nell'economia delle presenti brevi note non v'è spazio per un'analisi dettagliata delle ragioni delle menzionate pronunzie della Corte di Lussemburgo: preme qui notare soltanto che il requisito della proporzione del carico sanzionatorio (complessivamente considerato) da un lato conferma il retrostante riconoscimento dell'unitarietà della *materia penale* (intesa come ambito nel quale le singole diverse sanzioni, ancorché nominalisticamente e morfologicamente differenti, debbono essere apprezzate nella loro portata unitaria di reazione punitiva dell'ordinamento rispetto al medesimo comportamento illecito). Dall'altro che esso finisce con il decretare la prevalenza (pressoché totalizzante) della componente sostanziale del principio del *ne bis in idem*.

¹³V. nota 6 per i riferimenti alle decisioni citate nel testo.

Nella prospettiva delle Corti europee può dirsi ormai consolidato il canone secondo il quale il doppio binario sanzionatorio non è intrinsecamente incompatibile con il principio del *ne bis in idem* nell'accezione riduttiva che consegue alle condizioni alle quali le Corti stesse ritengono – circolarmente – tale compatibilità ammissibile: se tale conclusione deve essere riconosciuta dall'interprete, non sembra possibile non cogliere che il paradigma ermeneutico, al quale è affidato in ultima analisi il punto di equilibrio fra l'esigenza di non decretare la fine del doppio binario e il doveroso rispetto del superiore principio del *ne bis in idem*, presenta profili d'incertezza e di imprecisione non marginali, anche considerando gli affinamenti delle specificazioni delle quali s'è detto. Ed anche il profilo da ultimo segnalato – attinente alla proporzione della risposta sanzionatoria complessivamente applicata –, che pur suggestivamente riesce convincente e plausibile, mostra limiti non modesti. Basti pensare che, in prospettiva eurounitaria, non esiste alcun riferimento normativamente efficiente al quale ricondurre siffatta (cruciale) valutazione, che ha ad oggetto una nozione di “pena” in senso “convenzionale”, posto che – come s'è visto – è propriamente una elaborazione ermeneutica delle Corti europee ad aver fondato e formato la nozione stessa di *matière pénale*, comprensiva di una tipologia di sanzioni morfologicamente eterogenee se riguardate alla luce dei singoli ordinamenti nazionali¹⁴.

Non pare azzardato ritenere che fra le conseguenze della soluzione ‘massimalista’ accolta dalla Corte EDU *in re* Grande Stevens v'era quella di far dipendere l'applicazione in concreto dell'una tipologia sanzionatoria rispetto

¹⁴In Corte cost. 43/2018 emerge nettamente la considerazione della configurabilità di una nozione di pena in senso convenzionale, che viene ad affiancarsi a quella rilevante rispetto al singolo ordinamento nazionale, tanto da affermare che ben si può valutare se “sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale”.

all'altra dalla circostanza (del tutto casuale) di quale fra i due procedimenti fosse iniziato per primo (ovvero, assumendo un punto di vista 'sostanzialista', di quale fosse terminato per primo, con ciò aprendo la strada a varianti nella disponibilità del prevenuto¹⁵). Con l'ulteriore implicazione che la statisticamente maggior celerità del procedimento amministrativo avrebbe rischiato di determinare una sorta di annichilimento del versante penale. Conseguenze – non è chi non veda – a dir poco perniciose, rimediabili soltanto da tempestivi interventi del legislatore nazionale, in assenza dei quali ben si potrebbe parlare di *horror vacui*.

Ma se l'*horror vacui* rispetto all'eventuale (e certo non imprevedibile) ritardo (quando non latitanza) dei legislatori nazionali avrebbe potuto costituire lo spettro a fianco della sentenza *in re* Grade Stevens, l'esito che la successiva elaborazione delle Corti europee consegna ai giudici nazionali si traduce nell'affidare loro – in quanto arbitri del singolo caso – il concreto apprezzamento e l'applicazione del paradigma ermeneutico nel quale consiste il punto di equilibrio fra sopravvivenza del doppio binario e rispetto del principio del *ne bis in idem*.

E se nessuno dubita che è coesistente allo *jus dicere* fare applicazione di regole generali e astratte al caso concreto, non può tuttavia sfuggire che nella presente questione la regola (di fonte giurisprudenziale) presenta indubbi limiti di precisione e determinatezza, forse connaturati alla sua stessa matrice, mentre inerte rimane il legislatore nazionale, pur spronato a intervenire non

¹⁵Si consideri che, rinunciando a un'impugnazione – ovvero definendo il procedimento con soluzioni 'transattive' – la parte potrebbe in sostanza 'scegliere' il tipo di sanzione che gli è meno sgradita.

soltanto da quello eurounitario¹⁶, ma anche dalla Consulta¹⁷.

2. Di siffatto contesto i giudici nazionali hanno doverosamente tenuto conto e ne hanno tratto conseguenze coerenti, pur di fronte all'immobile silenzio serbato dal legislatore, ripetutamente – ma fin qui invano – sollecitato dal Giudice delle leggi¹⁸.

In estrema sintesi, la riflessione critica della Consulta muove – successivamente alla decisione della Corte EDU GC in A e B c. Norvegia – sviluppando da un lato l'idea di una nozione convenzionale di pena e delle garanzie che ad essa accedono¹⁹ per approfondire successivamente e affinare il paradigma della connessione sufficientemente stretta sul piano temporale e sostanziale. Merita qui riportare un perspicuo tratto argomentativo del Giudice delle leggi, che, illustrandone le ragioni, stabilisce che il divieto di *bis in idem* non è violato “allorché tra i due procedimenti – amministrativo e penale – che sanzionano il medesimo fatto sussista un legame materiale e temporale

¹⁶Il legislatore eurounitario raccomanda infatti che “nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva [*id est*: MAD II], gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione delle sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*” (Considerando (23), direttiva 2014/57/UE). In argomento sia permesso rinviare, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, a MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3/2015, 295 ss.

¹⁷Si veda Corte cost., sent. 8 marzo-12 maggio 2016, n. 102, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016, che statuisce in modo espresso a proposito del “doppio binario” sanzionatorio per fatti di *market abuse* che “spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU”. Si noti che la Consulta ha ribadito tale richiamo quando, nello scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. rispetto al cumulo punitivo in materia tributaria, ha affermato – pur alla luce del mutato indirizzo della giurisprudenza di Strasburgo – che resta “attuale l'invito al legislatore” formulato con la citata decisione n. 102/2016 (in questi termini Corte cost., sent. 24 gennaio-2 marzo 2018, n. 43, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018).

¹⁸Si vedano le decisioni della Corte costituzionale richiamate a nota 17.

¹⁹Per tale aspetto, v. in particolare Corte cost. 43/2018, cit..

sufficientemente stretto; legame che deve essere ravvisato, in particolare: quando le due sanzioni perseguano scopi diversi e complementari, connessi ad aspetti diversi della medesima condotta; quando la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile per l'interessato; quando esista una coordinazione, specie sul piano probatorio, tra i due procedimenti; e quando il risultato sanzionatorio complessivo, risultante dal cumulo della sanzione amministrativa e della pena, non risulti eccessivamente afflittivo per l'interessato, in rapporto alla gravità dell'illecito". Al contempo – come sottolineato ancora dalla sentenza n. 43 del 2018 – “si dovrà valutare”, ai fini della verifica della possibile lesione dell'art 4 Prot. n. 7 CEDU, “se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto”. Segnala altresì la menzionata decisione che ad analoga conclusione “è pervenuta la Grande sezione della Corte di giustizia, nelle tre sentenze coeve del 20 marzo 2018 (...). A parere del supremo giudice dell'Unione, infatti, la violazione del ne bis in idem sancito dall'art. 50 CDFUE non si verifica a) allorché le due sanzioni perseguano scopi differenti e complementari, sempre che b) il sistema normativo garantisca una coordinazione tra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l'interessato, e c) assicuri comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione”²⁰.

Coerentemente a questo fondante riferimento dei Giudici costituzionali l'atteggiamento interpretativo della Corte di Cassazione sembra tuttavia maggiormente concentrato sul profilo della proporzione del carico

²⁰Così Corte cost., sent. 15 luglio – 24 ottobre 2019, n. 222. In senso analogo v. anche Corte cost., ord. 20 maggio – 12 giugno 2020, n. 114

sanzionatorio e dei criteri sulla base dei quali svolgere tale apprezzamento, che vengono in sostanza individuati nei parametri fissati dall'art. 133 c.p., precisando che il giudizio in ordine alla "proporzionalità tra il cumulo di sanzioni irrogate (di cui quella amministrativa pecuniaria è ormai considerata di natura penale) e la gravità dell'illecito", va quindi compiuto applicando tali criteri anche all'illecito amministrativo²¹.

Tacendo dei profili critici che la strutturale inadeguatezza dell'art. 133 c.p. porta geneticamente con sé e che non permettono di ricavarne criteri autenticamente affidabili per la commisurazione della pena, non deve sfuggire che il richiamo all'art. 133 c.p. è tuttavia doveroso e necessitato, tale essendo la norma di riferimento in materia, sicché ad essa dovrà affidarsi l'apprezzamento giudiziale.

Ma nell'economia della valutazione della proporzionalità del complessivo 'carico' sanzionatorio un ulteriore profilo problematico viene in considerazione, posto che il legislatore nazionale ha ritenuto di risolvere la questione dei meccanismi di compensazione attraverso la riformulazione dell'art. 187-terdecies TUF, che al primo comma lett. a) stabilisce che "l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate". Se da un lato la vaghezza della formula ("tener conto" non sembra l'espressione di un parametro plausibile)

²¹Così Cass. pen. Sez. V, 16 luglio – 10 ottobre 2018, n. 45829, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018, con nota di MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*. In senso analogo v. Cass. pen., Sez. III, 14 febbraio 2018, n. 6993, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2018, con nota di TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie; la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, Chiarion Casoni; Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2019, n. 5679, Erbetta. In senso critico, v. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Soc.*, 2019, 533 ss.

non fornisce alcun indice di riferimento, tanto da far dubitare della sua effettiva valenza²², dall'altro sta il richiamo delle Corti europee secondo cui nell'esaminare "la compatibilità di norme di diritto interno con i diritti garantiti dalla Carta, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale"²³.

In siffatto contesto si colloca la sentenza del Tribunale di Milano che ha ritenuto di poter disapplicare la fattispecie punitiva, derogando *in mitius* ai minimi edittali di pena detentiva e scomputando non soltanto le sanzioni a contenuto omogeneo, ma anche operando una compensazione fra quelle eterogenee (sanzioni pecuniarie e sanzioni detentive), in ciò portando a compimento il vaglio giudiziario in tema di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente applicato²⁴. Decisione per vero significativa e tuttavia problematica, in ogni caso apprezzabile per l'acribia argomentativa e per aver spinto a nord la riflessione, essa mostra tuttavia come i problemi dei sistemi a doppio binario sanzionatorio cumulativo al cospetto del principio del

²²Per Cass. pen. Sez. V, 16 luglio – 10 ottobre 2018, n. 45829, cit.: "l'art. 187-terdecies Tuf non può essere assunto – nella sua attuale formulazione – quale parametro normativo (...), dal momento che non permette al giudice di modulare la risposta sanzionatoria tenendo conto del cumulo della sanzione pecuniaria e detentiva": la mutata formulazione dell'art. 187-terdecies TUF rispetto a quella considerata dalla decisione della Corte di legittimità qui richiamata è, ai presenti fini, irrilevante, perché anche il nuovo assetto dell'art. 187-terdecies TUF continua a ignorare il profilo della pena detentiva (nonché quello delle sanzioni interdittive).

²³ Così CGUE, GS, 20.3.2018, *Garlsson Real Estate*, cit. (enfasi aggiunta).

²⁴ V. Trib. Milano, 15 novembre 2018 – 1° febbraio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019, con nota di 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.

ne *bis in idem* possano trovare soluzione adeguata soltanto con l'intervento di un legislatore avveduto.

3. Qualche notazione conclusiva sembra dover muovere dalla constatazione che, per quanto l'impegno ermeneutico abbia fin qui molto approfondito e precisato i punti di equilibrio fra sistema a doppio binario e principio del *ne bis in idem* (e senza escludere ulteriori sviluppi argomentativi), la compatibilità fra i due poli dialettici è sul piano logico ben difficilmente sostenibile, in particolare al cospetto della nozione convenzionale di pena/sanzione nel contesto della unitaria *matière pénale*.

Si considerino infatti gli elementi che necessariamente entrano nella dinamica combinatoria: a) unità della *materia penale* (in senso convenzionale), ricavata da (e quindi strutturalmente connessa a) una nozione di pena/sanzione fondata su una connotazione sostanziale della sua intrinseca natura; b) divieto di *bis in idem*, compreso fra i principi di garanzia che assistono l'applicazione di sanzioni penali (in senso convenzionale: cioè comprese nella *materia penale*); b1) *idem factum*, da intendersi con riferimento al fatto storico, sicché l'*idem* deve, in ottica garantista, essere riferito al *factum*, senza tuttavia ridurlo al "fatto" indistinto nelle coordinate spazio-temporali della realtà, ma illuminato dagli elementi descrittivi (naturalistici, normativi, e normativo-giuridici) che compongono la fattispecie astratta²⁵.

²⁵In questo senso v. Corte cost., sent. 31 maggio-21 luglio 2016, n. 200, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1588 (con nota di PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. "nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale [, statuendo altresì che il] fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione

Così ridotta al suo schema essenziale la sequenza delle inferenze logiche si presenta agevole e netta: se per un medesimo fatto sono previste sanzioni che, comunque denominate, appartengono alla *matière pénale*, viola il divieto di *bis in idem* la celebrazione di distinti procedimenti all'esito dei quali il prevenuto possa essere assoggettato alle sanzioni previste per gli illeciti contestati in ciascuno dei procedimenti (così, ovviamente, potrà essere applicata una di tali sanzioni qualora il soggetto sia già stato condannato per il medesimo fatto alla sanzione inflitta all'esito del procedimento concluso).

Sul piano ordinamentale siffatto esito (che è poi quello cui era pervenuta Corte EDU *in re* Grande Stevens) avrebbe determinato la fine del doppio binario

di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi. All'unicità della condotta può non corrispondere la medesimezza del fatto, la quale può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento", precisando ancora che "la scelta tra le possibili soluzioni qui riassunte [in tema di qualificazione dell'*idem*] è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*. Questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem legale*. Esse, infatti, non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico. Ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto". Sembrano qui riecheggiare le coordinate metodologiche della raffinata elaborazione dogmatica sui parametri distintivi tra *Tatbestand* (astratto) e *Typus* (in concreto): cfr HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968 (trad. it., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007), *passim*. V. altresì Cass. pen., Sez. Un. 13 febbraio 2017-28 aprile 2017, n. 20644, con nota di FINOCCHIARO, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 5/2017, 344 e Cass. pen., Sez. Un., 22 giugno 2017-12 settembre 2017, con nota di SERRA, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 11/2017, 173. Orientamento ormai accolto: v. ancora Cass. pen., sez. V, 15 febbraio 2018-6 giugno 2018, n. 25651, con nota di MUCCIARELLI, in *Dir. pen. cont.*, 11 giugno 2018, nonché Cass. pen., sez. V, 5 marzo 2018-20 luglio 2018, n. 34455, inedita. Il ricordato approccio delle Corti italiane si colloca in linea di continuità con la giurisprudenza dei giudici europei: in proposito v., fondamentalmente, CGUE, GS, 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson (C-617/10), in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013. Nella giurisprudenza di Strasburgo cfr, ad esempio, Corte EDU, Lucki Dev c. Svezia, 27 novembre 2014, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2014; Corte EDU, Kiiveri c. Finlandia, 10 febbraio 2015, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2015. In dottrina, si vedano da ultimo le perspicue riflessioni di MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *disCrimen*, 3 agosto 2020, anche per i riferimenti bibliografici.

e, in assenza di appropriati interventi del legislatore nazionale, una implausibile casualità nell'applicazione della sanzione penale o di quella amministrativa, legata al fattore temporale. Per altro verso, la ragionevole impossibilità di rinunciare al presidio penale (in senso tradizionale e non convenzionale), soprattutto nei settori – come quello degli abusi di mercato – nei quali una precisa prescrizione in tal senso proviene dal legislatore eurounitario, avrebbe rischiato di privare gli ordinamenti interni degli strumenti maggiormente flessibili dell'illecito amministrativo, che – proprio per tale caratteristica – si fanno apprezzare e vengono per tale ragione privilegiati²⁶.

Sicché, riguardata da questo punto di vista, la drastica assolutezza della sequenza logica di cui s'è detto avrebbe finito per comportare, da un verso, un cortocircuito sul piano degli assetti ordinamentali e, dall'altro, una vistosa carenza in relazione alle necessità di tutela in ambiti – come quello della tutela del mercato e più in generale del diritto penale economico – nei quali le esigenze di intervento delle autorità amministrative di controllo e vigilanza hanno ruolo e funzione essenziali, che trovano (proprio per la loro strumentalità) adeguato presidio nella sanzione amministrativa.

Può così dirsi che la elaborazione delle Corti europee successiva alla sentenza *in re* Grande Stevens ha cercato di ovviare a tali perniciose conseguenze nell'assenza di interventi legislativi pur da più parti sollecitati: ma una tale elaborazione non poteva andare oltre i limiti intrinseci degli strumenti dell'interprete, strutturalmente diversi da quelli del legislatore. Per tal modo il rimedio è trascorso per l'erosione del principio del *ne bis in idem*,

²⁶In questo senso si rifletta alla persistente (e fondata) esigenza di 'depenalizzazione' (*id est*: di trasformazione in illeciti amministrativi) di figure di reato di valenza bagatellare ovvero alla possibilità di far più ampio ricorso all'illecito amministrativo che, rispetto a determinati contesti di devianza, sembra presentarsi come maggiormente funzionale.

riducendosene la portata sul versante processuale, corrispondentemente valorizzando la componente sostanziale attraverso l'ipostatizzazione del concetto di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta, che il giudice (*rectius*: l'autorità che si trova a decidere "per seconda") è chiamato a valutare, facendo ricorso – ove occorra – a meccanismi di compensazione.

Indipendentemente dai problemi derivanti dalla non adeguata precisione e determinatezza del paradigma che si risolve nell'affidare al giudice del caso singolo la ricerca del punto di equilibrio fra opposte esigenze che si collocano sul piano degli assetti ordinamentali, il non soddisfacente esito di tale percorso ermeneutico discende propriamente dai limiti istituzionali dell'attività dell'interprete e spiega altresì perché anche gli affinamenti e le specificazioni sviluppati per dar corpo e sostanza alla formula della sufficientemente stretta connessione sostanziale e temporale si preannuncino inappaganti, anche in prospettiva di futuri possibili approfondimenti.

Come detto (e come mostra lo schema logico in precedenza illustrato), il nucleo problematico della questione è situato non già sul piano governato dall'interprete della "legge" e dagli strumenti ermeneutici, bensì su quello della "legge" come tale o, più precisamente, su quello delle opzioni normative, patrimonio esclusivo del legislatore.

Si considerino nuovamente gli elementi in precedenza indicati come protagonisti della dinamica combinatoria della presente questione: oltre ad avvedersi che sono tutti (per così dire) "nelle mani" del legislatore (in senso ampio: anche la nozione di '*materia penale*', pur frutto di elaborazione giurisprudenziale, ben potrebbe/dovrebbe essere formalizzata dal legislatore eurounitario; così come sul piano convenzionale il canone del *ne bis in idem*

potrebbe essere ulteriormente definito), non è difficile scorgere che l'elemento rispetto al quale sarebbe più agevole intervenire – per ovviare alle difficoltà sin qui incontrate – è rappresentato dal profilo indicato sub b1, attinente al tema dell'*idem factum*.

A ben vedere, la scaturigine del problema sta sul piano della fattispecie concreta (del *Typus* di hassemeriana memoria), posto che l'*idem factum* va colto – secondo l'ormai consolidata interpretazione²⁷ – come riconducibilità del fatto (inteso come il comportamento dell'agente) a plurime fattispecie astratte idonee a generare distinti procedimenti sanzionatori. Ma un legislatore avveduto ben può allora operare sul piano delle fattispecie astratte, disegnando un (complessivo) sistema sanzionatorio nel quale (pur all'interno della matrice penale in senso convenzionale) trovino ospitalità previsioni di condotte meritevoli di una sanzione più grave perché connotate da un maggior disvalore e previsioni punite in modo più mite in quanto espressive di una offensività minore.

Siffatte differenti caratterizzazioni, in ipotesi fondate sulle diverse modalità di aggressione al bene giuridico, ovvero distinte anche con riguardo all'estremo della colpevolezza, pur rimanendo tutte all'interno del medesimo ambito di tutela e pur potendo essere assistite da sanzioni morfologicamente diverse (penali/amministrative) al cospetto della legislazione nazionale, continuerebbero a far parte della *matière pénale* in senso convenzionale, ma non potrebbero mai dar luogo a violazioni del divieto di *bis in idem*: e ciò proprio perché si tratterebbe di fattispecie descrittive di fatti (concreti) diversi (sicché ad esse non sarebbe possibile ricondurre il medesimo fatto, evenienza che integra il presupposto di operatività del principio del *ne bis in idem*).

²⁷V. i riferimenti a nota 22.

Che siano questi tempi nei quali sia lecito attendersi un intervento legislativo di tal genere è aspettativa che non deve essere irrisa in quanto al principio-speranza insegnato da Ernst Bloch conviene essere sempre fedeli.

Che, più prosaicamente, il legislatore abbia (ancor di recente) dato prova di saper percorrere tale strada è però constatazione agevole e che può qui valere come auspicio. In materia di antiriciclaggio l'opzione legislativa sperimentata in sede di riforma del d.lgs. 231/07 (in attuazione della Direttiva 2015/849/UE – IV Direttiva Antiriciclaggio) è opportunamente (e linearmente) consistita infatti nella formulazione di fattispecie sanzionate penalmente caratterizzate tutte in termini di frode o di falso, mentre quelle alle quali è stata riservata la sanzione amministrativa esauriscono il disvalore delle condotte – per la più gran parte d'esse – nella inosservanza di obblighi strumentali: schema che potrebbe essere replicato senza soverchie difficoltà tanto in materia tributaria quanto in materia di tutela del mercato²⁸.

Francesco Mucciarelli

Associato di Diritto penale

nell'Università Bocconi di Milano

²⁸In proposito si vedano le acute osservazioni di E. BASILE, *Una nuova occasione mancata per riformare il comparto degli abusi di mercato*, *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 271, in particolare 285.