

Anticipazioni

**L'incostituzionalità del sistema di "doppio binario" in materia di diritto d'autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

Simone Lonati

# **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

---

## **Abstract**

La Corte costituzionale, per la prima volta, ha sancito l’illegittimità di uno dei diversi cumuli punitivi attualmente vigenti nell’ordinamento interno: quello previsto dalla normativa a tutela del diritto d’autore. Lo ha fatto con una sentenza (n. 149/2022), per certi versi inattesa, i cui itinerari logico argomentativi appaiono interamente incentrati sulla fisionomia europea del divieto di *bis in idem*. In questa prospettiva, la pronuncia della Corte costituisce lo spunto per tornare a riflettere sul significato di un principio, quello del *ne bis in idem*, che da sempre – e ancora oggi – stenta a trovare un proprio definitivo approdo. Ripercorrere gli itinerari evolutivi e involutivi della garanzia nella giurisprudenza delle due Corti europee, consentirà di comprendere la portata realmente innovativa della sentenza della Consulta sul doppio binario in materia di diritto d’autore, la quale, ben oltre i limiti formali del giudicato costituzionale, appare destinata a lasciare un segno profondo, rimettendo in discussione la legittimità delle scelte legislative fondate sul familiare schema del doppio binario sanzionatorio.

For the first time the Constitutional Court has established the constitutional illegitimacy of one of the double penalty tracks currently in force in the Italian domestic system, namely that provided for in the copyright legislation. It did so in a judgment (No. 149/2022), that came in some ways unexpected, through legal arguments entirely focused on the European interpretation of the *ne bis in idem* principle. From this perspective, the Court’s judgment represents an opportunity to dwell on the meaning of the principle, that still struggles to find its own definitive haven. In the light of the analysis of the two European Courts’ case law, the truly innovative reach of the Constitutional Court’s judgment will be unveiled. Indeed, far beyond the formal limits of the Constitutional rulings, the judgment appears intended to leave an important mark, by calling into question the legitimacy of legislative choices based on the common scheme of the double penalty track.

## **Sommario**

1. Alla base della sentenza n. 149/2022: sistemi di doppio binario e divieto di bis in idem - 2. La fisionomia “euro convenzionale” del *ne bis in idem*. I presupposti operativi della garanzia: il *bis* e l’*idem factum* nella giurisprudenza delle due Corti europee - 2.1. La discussa funzionalità del principio: tra divieto di doppia sanzione e divieto di doppio giudizio - 2.1.1. (*segue*) Itinerari evolutivi e involutivi nella giurisprudenza della Corti europee: dalla sentenza *Grande Stevens* alla pronuncia *Åkerberg Fransson* – 2.1.2 (*segue*) Dalla sentenza A e B c. Norvegia alle pronunce *Garllson*, *Menci* e *Di Puma Zecca* - 3. La sentenza costituzionale n. 149/2022: l’ordinanza di rimessione - 3.1. (*segue*) La decisione della Corte - 4. Le “due direttrici fondamentali” della pronuncia: l’adesione alla logica processuale del *ne bis in idem* - 4.1. (*segue*) Il limitato effetto additivo della sentenza di accoglimento.

## 1. Alla base della sentenza n. 149/2022: sistemi di doppio binario e divieto di *bis in idem*

Con la sentenza n. 149 del 16 giugno 2022<sup>1</sup>, la Corte costituzionale è tornata nuovamente a pronunciarsi su un tema, quello relativo alla legittimità strutturale dei sistemi punitivi c.d. a “doppio binario” (penale e amministrativo), che costituisce uno snodo tra i più controversi dell’intero panorama penale e processuale e che, da sempre, è al centro di un vivace dibattito costituzionale e politico criminale<sup>2</sup>.

Alla base vi è, infatti, il difficile tentativo di realizzare un equo temperamento tra esigenze primarie e sostanzialmente eterogenee: se da un lato, infatti, viene in considerazione l’interesse statale alla diversificazione delle strategie punitive, nell’ottica di garantire l’effettività della risposta sanzionatoria in particolari settori nei quali, più che altrove, si avverte l’insufficienza della sola sanzione penale, d’altra parte, la duplicazione delle sanzioni e delle procedure rispetto ad uno stesso fatto, deve fare i conti con il riconoscimento del superiore principio del *ne bis in idem* europeo<sup>3</sup>.

Principio di «civiltà giuridica»<sup>4</sup>, che, nella sua duplice e concorrente declinazione convenzionale ed euro unitaria<sup>5</sup>, funge da parametro interposto nel giudizio di legittimità

<sup>1</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, (ud. 10 maggio 2022), n.149, in *Cass. pen.*, 2022, 3370. Per un primo commento alla sentenza, cfr. S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2022, 1381 ss.; N. Recchia, *L’ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, (in corso di pubblicazione); M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore*, in *Sist. Pen., on line*, 23 giugno 2022; A. Nocera, *Ne bis in idem, doppio binario sanzionatorio e diritto d’autore: prima pronuncia d’illegittimità costituzionale*, in *Il penalista*, 13 luglio 2022; R. Rudoni, *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem, (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativa al ‘doppio binario’ in materia di diritto d’autore)*, in *Nomos*, 2, 2020.

<sup>2</sup> Tema di grande interesse, che si inserisce nel solco della c.d. «amministrativizzazione» del diritto penale, per tale intendendosi la tendenza all’incremento di fattispecie incriminatrici incentrate sulla violazione di regole cautelari, ovvero sull’inosservanza di prescrizioni amministrative. Per un approfondimento si rinvia a M. Donini, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003.

<sup>3</sup> Per un inquadramento di ordine generale del principio del *ne bis in idem* europeo, tema sul quale la letteratura è assai ampia, si rinvia per tutti a: G. Caneschi, *Il divieto di bis in idem*, in M. Ceresa-Gastaldo - S. Lonati (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2021, 134 ss.; G. De Amicis, *Diritto dell’UE e della Cedu e problema del ne bis in idem*, in *Libro dell’anno del diritto 2015*, Roma, 2015, 664 ss.; G. De Francesco, *Ne bis in Idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell’integrazione europea*, in *Leg. pen.*, 2015, 1 ss.; F. Gaito, *Ne bis in idem (profili europei)*, in *Dig. Disc. pen.*, Agg. IX, Torino, 2021, 461 ss.; N. Madia, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Milano, 2020; A. Mangiaracina, *Verso l’affermazione del ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Leg. pen.*, 2006, 633 ss.; B. Nascimbene, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont., on line*, 2018; P. P. Paulesu, *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 645 ss.; A. Procaccini, *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, in D. Chinnici - A. Gaito, *Regole europee e processo penale*, II<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, 325 ss.; J.A.E. Varvele, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 49 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, 2016, 1420.

<sup>5</sup> Come noto, il principio del *ne bis in idem* risulta “codificato”, da un lato, nell’art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984 e, dall’altro, nell’art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE) proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza, e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Per un commento a tali disposizioni, si rinvia rispettivamente a: S. Allegrezza, *sub*

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

costituzionale dei sistemi di “doppio binario”<sup>6</sup>: il divieto (*ne*) di doppio giudizio (*bis*) per il medesimo fatto (*in idem*), infatti, mira non solo ad evitare una indiscriminata duplicazione del potere punitivo da parte dello Stato (o di più Stati) che vantassero giurisdizione sullo stesso fatto illecito, ma anche ad assicurare la certezza oggettiva del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici, evitando conflitti di giurisdizione tra autorità astrattamente competenti a valutare gli stessi fatti<sup>7</sup>.

Un bilanciamento tra interessi eterogenei dietro al quale si intravede, nitida, la contrapposizione tra il legislatore, sovrano nella scelta sul come, quando e perché punire, e le Corti di legittimità – nazionali ed europee – chiamate a rendere effettiva la garanzia del *ne bis in idem* e, per tale via, a porre un argine al libero dispiegarsi della potestà punitiva dello Stato<sup>8</sup>.

L’argomento è complesso, le implicazioni che ne derivano sono molteplici e altrettanto variegati gli aspetti problematici: dalla questione relativa alla esatta definizione dei margini applicativi del divieto di *bis in idem* sino a quella che, più direttamente, riguarda la funzionalità del principio. Tutti temi che, a più riprese, e con risultati assai spesso altalenanti, hanno richiesto l’opera chiarificatrice della giurisprudenza e l’intervento del legislatore.

Nel nostro ordinamento, tra le alterne pronunce delle due Corti europee, le scelte legislative tendenti alla configurazione di veri e propri sistemi punitivi alternativi e paralleli a quello penale, avevano potuto trovare – quantomeno sino ad oggi – il sostanziale avallo da parte del Giudice costituzionale, che mai si era spinto sino al punto di decretarne l’illegittimità, per contrasto con il vincolo europeo del *ne bis in idem*.<sup>9</sup>

---

*Art. 4, prot. n. 7 CEDU*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 894 ss.; C. Amalfitano, R. D’Ambrosio, *Art. 50 - Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, 1026 ss. Il divieto di *bis in idem*, peraltro, sul piano internazionale trovava già esplicito riconoscimento nell’art. 14, par. 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, entrato in vigore il 23 marzo 1976, nonché nell’art. 20 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, siglato a Roma il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002. Nell’ordinamento interno, benché sia formalmente enunciato solo nel testo dell’art. 649 c.p.p., vi è unanimità di vedute nel ritenerlo principio implicitamente già desumibile dalle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost. (in tal senso, *ex multis*, Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, cit.).

<sup>6</sup> Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43, in *Giur. cost.*, 2018, 510. Cfr., § 5 del ‘considerato in diritto’, ove – con specifico riferimento al principio del *ne bis in idem* – la Corte ribadisce che «Le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli addizionali vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007), che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata».

<sup>7</sup> Per il riconoscimento di questa duplice *ratio* del principio, S. Allegrezza, *sub Art. 4, prot. n. 7 CEDU*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 895, nonché M.C. Carta, *Il principio del ne bis in idem nell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, *Diritto@ Storia*, 17, 2019.

<sup>8</sup> Cfr., in tal senso, A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1058, nonché F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, 205.

<sup>9</sup> In più di un’occasione, come noto, la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare – attraverso il consueto parametro interposto di cui all’art. 117 Cost. – la legittimità strutturale dei sistemi punitivi di doppio binario rispetto al vincolo europeo del *ne bis in idem*. Sul punto, tra pronunce di inammissibilità

Sino ad oggi, appunto.

Ora, con la sentenza n. 149/2022, la Corte costituzionale ha compiuto un primo, deciso passo verso la necessità di ripensare in generale i modelli punitivi di doppio binario dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui tale norma non estende il divieto di doppio giudizio al sistema di doppio binario vigente in una materia, quella relativa alla tutela del diritto d'autore, forse meno nota di altre ma, non per questo, meno problematica<sup>10</sup>.

La sentenza della Corte costituzionale sollecita nell'interprete diversi spunti di riflessione: nel merito, essa – e prima ancora l'ordinanza di rimessione che l'ha generata – appare interamente fondata sul significato del *ne bis in idem* desumibile dalla più recente giurisprudenza della Corte europea, la cui autonoma lettura della garanzia – come sempre accade nell'ambito di ogni giudizio relativo alla legittimità dei sistemi punitivi di doppio binario – ha costituito il riferimento normativo essenziale per riempire di contenuto concreto il parametro interposto di legittimità costituzionale. Per questa stessa ragione, del resto, la pronuncia della Corte costituzionale contiene importanti affermazioni di principio che, ben oltre i limiti formali del giudicato costituzionale, appaiono (quantomeno) in grado di (ri)mettere in discussione – in termini generali – la legittimità strutturale dei sistemi di doppio binario vigenti in numerosi settori nell'ordinamento interno.

Ecco che, in questa prospettiva, prima di soffermarsi sulla specifica questione trattata dal Giudice delle leggi, si reputa opportuno passare in rassegna i principali orientamenti interpretativi della giurisprudenza europea maturati rispetto ad alcuni aspetti chiave della materia. Aspetti che, per le dirette implicazioni che assumono in ordine alla sentenza in commento, consentiranno non solo di comprendere appieno gli itinerari logico argomentativi seguiti dalla Corte costituzionale per giungere al risultato di smantellare uno dei tanti sistemi di doppio binario vigenti nell'ordinamento interno, ma anche di ipotizzare i possibili scenari futuri rispetto ai molti altri sistemi di doppio

---

e restituzione degli atti al giudice remittente, si vedano: Corte cost. 12 maggio 2016, n. 102, in *Giur. cost.* 2016, 1479 ss (con nota di A.F. Tripodi, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi*, *ivi*, 1498 ss.), in cui la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. è stata dichiarata inammissibile in ragione del carattere “perplesso” della motivazione; Corte cost., 20 maggio 2016, n. 112, in *Giur. cost.*, 2016, 958 ss., in cui la Corte ha ordinato la restituzione degli atti per *ius supervenies*; Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43, *cit.*, (con note di F. Pepe, *La corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, *ivi*, 520 ss., e A.F. Tripodi, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, *ivi*, 530 ss.) in cui la Corte ha nuovamente ordinato la restituzione degli atti per *ius supervenies*; Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, in *Giur. cost.*, 2019, 2642 (con nota di M. Scoletta, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, *ivi* 2649 ss) in cui la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. è stata dichiarata inammissibile per insufficiente descrizione della fattispecie oggetto di giudizio e per difetto di motivazione in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza; Corte cost., ord. 12 giugno 2020, n. 114, in *Giur. cost.*, 2020, 1275, in cui la questione di legittimità è stata dichiarata inammissibile per insufficiente motivazione della non manifesta infondatezza e rilevanza della questione prospettata, (per un commento, cfr. F. Brandi, *Rapporto tra sanzioni penali e tributarie: no all'incostituzionalità della norma sul ne bis in idem*, in *Il Societario*, 3 settembre 2020); Corte cost., ord. 1° luglio 2021, n. 136, in *Cass. pen.*, 2021, 3150 (con nota di E. Aprile, *Osservazioni: C. cost., data udienza (10 giugno 2021), data deposito 1° luglio 2021, n. 136, ivi, 3154*), in cui, ancora, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. è stata dichiarata inammissibile per insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio.

<sup>10</sup> V. *infra*, §§ 3 ss.

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

binario – almeno formalmente – non intaccati dalla declaratoria d’incostituzionalità.

### **2. La fisionomia “euro convenzionale” del *ne bis in idem*. I presupposti operativi della garanzia: il *bis* e l’*idem factum* nella giurisprudenza delle due Corti europee**

Delineare la fisionomia europea del divieto di *bis in idem* significa, in primo luogo, definire i presupposti operativi della garanzia e, quindi, il suo esatto perimetro applicativo. Si tratta, è bene intendersi, di un profilo talmente consolidato nell’interpretazione delle Corti sovranazionali da potersi ritenere ormai un punto fermo della materia.<sup>11</sup> Nondimeno, esso, proprio ai fini del giudizio circa la legittimità dei sistemi punitivi di doppio binario c.d. penale – amministrativo, riveste importanza decisiva o, per così dire, “pregiudiziale”: come noto, infatti, è solo l’ampia interpretazione dei presupposti operativi della garanzia ciò che, di fatto, ha consentito di estenderne la portata applicativa rispetto a quei sistemi di “doppio binario” che sarebbero stati altrimenti intangibili, in quanto caratterizzati dalla coesistenza, rispetto a un medesimo fatto, di sanzioni e procedure formalmente penali, accanto ad altre (solo) formalmente amministrative ma sostanzialmente penali.

I presupposti operativi del *ne bis in idem* – che l’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU esplicita sul piano esclusivamente interno, mentre l’art. 50 della Carta di Nizza estende a tutto lo spazio giuridico europeo e, quindi, anche ai rapporti tra pronunce e procedimenti di diversi Stati membri<sup>12</sup> – sono comuni e ben noti: sul presupposto di una previa decisione (di condanna o assoluzione) che sia divenuta irrevocabile e che concerna il merito della responsabilità, il divieto (*ne*) esige che uno stesso soggetto (*idem c.d. soggettivo*), per il medesimo fatto (*idem c.d. oggettivo*), sia nuovamente sottoposto ad altro procedimento penale (*bis*).

Ancorché la formulazione delle disposizioni che lo prevedono faccia espressamente riferimento al divieto di «perseguire» o «condannare» nuovamente taluno nell’ambito di un «procedimento penale» per un «reato», è noto che, nell’interpretazione dei presupposti operativi della garanzia, entrambe le Corti europee abbiano mostrato di prediligere un approccio di carattere sostanziale.<sup>13</sup> Ciò, segnatamente, sia quanto alla qualificazione del “*bis*” sia quanto alla definizione dell’“*idem factum*”.

<sup>11</sup> Sul tema, per un’ampia rassegna della giurisprudenza europea, si rinvia per tutti a: E. M. Mancuso – F. Viganò, *Art. 4 prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di) *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2016, 379 ss.; C. Amalfitano, R. D’Ambrosio, *Art. 50 - Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 1016 ss.; L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 3, 2020, 98 ss.

<sup>12</sup> Per un maggiore approfondimento sul diverso ambito di applicazione che il divieto di *bis in idem* assume a livello convenzionale ed euro unitario, si veda B. Nascimbene, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, cit. Più in generale, per un confronto sulla diversa applicabilità degli strumenti internazionali (con particolare riferimento alla CEDU e alla CDFUE), I. Andrò, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 2020.

<sup>13</sup> Così, tra gli altri, A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1058 ss.



Iniziando da quest'ultimo aspetto, è noto come a partire dal *leading case Zolotukhin c. Russia*<sup>14</sup>, si sia definitivamente compiuta la metamorfosi dal concetto di *idem legale* a quello di *idem factum*: da allora<sup>15</sup> il giudizio circa la medesimezza del fatto deve svolgersi avuto riguardo all'accadimento naturalisticamente inteso, ossia al fatto storico (*idem factum*), senza che a nulla rilevi la sua qualificazione giuridica nell'ordinamento interno (*idem legale*)<sup>16</sup>.

Quanto al *bis*, altrettanto noto è che la valutazione circa la duplicazione delle procedure e delle sanzioni, prescindendo dall'etichetta "penale" formalmente assegnata alle stesse nell'ambito dell'ordinamento interno, venga ora a dipendere esclusivamente dalla loro natura "sostanzialmente punitiva", da apprezzarsi secondo gli ormai noti *Engel criteria* elaborati dalla Corte europea<sup>17</sup>, e successivamente recepiti dalla Corte di giustizia<sup>18</sup>.

Per questa strada, svincolato da rigorosi e stringenti vincoli formali, il divieto di *bis in idem* ha visto notevolmente ampliati i propri margini applicativi sino al punto di venire

<sup>14</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009, ric. 14939/03.

<sup>15</sup> La giurisprudenza di Strasburgo, prima di pervenire alla nozione di *idem factum*, era per lungo tempo rimasta fedele al criterio dell'*idem legale*, fondato sul mero raffronto tra fattispecie astratte (paradigmatiche di questo orientamento, sia pure con alcune differenze rispetto al modo di intendere il concetto di *idem legale*, Corte EDU, *Ponsetti e Chesnel c. Francia*, 14 settembre 1999, ric. 36855/97 e n. 41731/98; Corte EDU, 14 settembre 2004, *Rosenqvist c. Svezia*, ric. 60619/00, Corte EDU, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, ric. 25711/94; Corte EDU, 29 maggio 2001, *Franz Fisher c. Austria*, ric. 37950/97). Per contro, deve sottolinearsi come, in sede "unionale" la Corte di Lussemburgo, avesse già da tempo aderito ad una nozione materiale di *idem* (se ne trova traccia già nelle sentenze CGUE, 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04; CGUE, 18 luglio 2007, *Norma Kraaijenbrink*, C-288/05). Per più ampi riferimenti in ordine agli orientamenti delle due Corti, cfr. L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit. 101 ss.; F. Gaito, *Ne bis in idem (profili europei)*, cit., 466 ss.; S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1383 ss.

<sup>16</sup> In questa prospettiva, dunque, non interessa confrontare gli elementi costitutivi del fatto tipizzato nelle due norme incriminatrici, bensì verificare se i fatti posti a base delle medesime, e giudicati nei rispettivi procedimenti, siano o meno materialmente gli stessi, assumendo quali parametri di verifica l'insieme delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio. L'orientamento interpretativo, comune alle due Corti europee, è stato poi recepito nell'ordinamento interno dalla Corte costituzionale (Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, cit., sulla quale, in termini critici, si vedano: D. Pulitanò *Ne bis in idem. Novità dalla Corte Costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 1588 ss., nonché, D. Vicoli, "Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri", in *Giur. cost.*, 2016, 2466 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Serie A n. 22. Si tratta di criteri che, a partire dalla celebre pronuncia, sono stati suddivisi in un triplice ordine: a) la qualificazione giuridica dell'illecito compiuto nell'ordinamento interno (qualificazione che, se formalmente penale, di per sé importa l'attivazione della garanzia); b) la natura effettiva della violazione (da valutarsi alla luce della struttura della norma, verificando ad esempio la tipologia degli interessi oggetto di tutela); c) la natura e il grado di severità della sanzione (aspetti rispettivamente desumibili, la gravità, dal contenuto dell'intervento sanzionatorio, e la natura, dallo scopo della sanzione e dalla procedura prevista per la sua adozione). Per un approfondimento sui criteri elaborati dalla sentenza *Engel*, si veda M. Chiavario, *La lunga marcia dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in A. Balsamo - E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 16 ss. Si segnala che nella successiva elaborazione giurisprudenziale il requisito dello scopo della sanzione ha assunto valore autonomo, rispetto agli altri parametri, in tal senso cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, ric. 17440/90; Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, 5 luglio 2001, ric. 52024/99; Corte EDU *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, ric. 26138/95; Corte EDU, *Sud. Fondi e a. c. Italia*, 5 luglio 2007, ric. 75909/01.

<sup>18</sup> CGUE, Grande Sezione, 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10.

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

in considerazione non più solo rispetto alla reiterazione di un giudizio penale già definito, ma anche – anzi, soprattutto – rispetto alla duplicazione di procedimenti paralleli, ma appartenenti a diverse branche del diritto (penale e amministrativo). Situazioni che, secondo la tradizionale concezione “endopenalistica” del divieto sarebbero state inidonee ad integrare il requisito del *bis* e che, invece, lo sono divenute – con relativa estensione della portata operativa del principio – per effetto dell’autonoma nozione di *matière penale*<sup>19</sup> elaborata dalle due Corti europee e della conseguente adozione di una prospettiva «panpenalistica»<sup>20</sup> delle sanzioni tale da porre in primo piano il tema della «unitarietà della funzione afflittiva»<sup>21</sup>. Anzi, sono proprio queste ultime – quelle contrassegnate dalla coesistenza di sanzioni e procedure penali e amministrative – le situazioni di doppio binario che hanno finito per assumere un ruolo preponderante nella casistica giudiziaria relativa al divieto di *bis in idem* divenendo, se così può dirsi, bersaglio privilegiato delle censure delle Corti europee<sup>22</sup>.

### **2.1. (segue) La discussa funzionalità del principio: tra divieto di doppia sanzione e divieto di doppio giudizio**

Definito il perimetro operativo della garanzia, un ulteriore e decisivo aspetto sul quale si rende opportuno soffermare l’attenzione – in tal caso, per le più evidenti implicazioni che esso assume rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale – è quello relativo alla funzionalità del divieto di *bis in idem* europeo.

Un aspetto, quest’ultimo, inscindibilmente connesso con la dibattuta questione relativa alla natura – sostanziale o processuale – della garanzia, dalla quale prioritariamente dipende il giudizio sulla tenuta dei sistemi di doppio binario vigenti nell’ordinamento interno, e sulla quale, tuttavia, allo stato non può ancora dirsi raggiunta un’unanimità di vedute nella giurisprudenza delle due Corti europee<sup>23</sup>.

Per comprendere i termini della questione – sulla quale, lo si anticipa, la Corte costituzionale parrebbe aver assunto una chiara presa di posizione – è bene introdurre, per sommi capi, la distinzione concettuale tra i due significati tradizionalmente associati al *ne bis in idem* che, come emerge dalla laconicità dell’espressione che lo denota, è prin-

<sup>19</sup> Sull’elaborazione e la progressiva espansione del concetto di *matière penale*, nella giurisprudenza sovranazionale, si rinvia per tutti a L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 25 ss, nonché F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitiva e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 95 ss.

<sup>20</sup> Così, F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 208.

<sup>21</sup> In questi termini, M. A. Sandulli, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull’unitarietà della funzione afflittiva*, in *giustamm.it*, 2012.

<sup>22</sup> Assunto condiviso dalla dottrina pressoché unanime. Tra gli altri, cfr. F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 205, nonché A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1058 ss.

<sup>23</sup> Sul tema, per un’ampia rassegna della giurisprudenza europea, si rinvia a M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 4, 2021, 182 ss.; L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit., 101 ss.



cipio declinabile su piani alternativi<sup>24</sup>, significativi di diversi fenomeni e di altrettante funzioni<sup>25</sup>.

Sul piano sostanziale, il principio evoca il divieto di duplicare la qualificazione e, perciò stesso, di reiterare la sanzione rispetto ad un medesimo fatto<sup>26</sup>. Nella sua vocazione sostanziale, come divieto di doppia sanzione, il principio risponde a logiche niente affatto diverse da quelle che, nell'ordinamento interno, informano l'istituto del concorso apparente di norme<sup>27</sup>: evitare che l'interferenza tra fattispecie possa indurre ad una multipla considerazione delle medesime note di disvalore del fatto, per ragioni di garanzia individuale che, tradizionalmente, sono state individuate nell'esigenza di giustizia sostanziale<sup>28</sup>, equità e soprattutto proporzionalità del trattamento sanzionatorio<sup>29</sup>. Declinato sul piano processuale, invece, il principio evoca il divieto di iniziare o proseguire un secondo procedimento nei confronti di chi, per i medesimi fatti, sia già

<sup>24</sup> In realtà, mentre in dottrina e giurisprudenza non vi è alcun dubbio circa la rappresentabilità in termini di "principio" del *ne bis in idem* processuale, come confermato dalla sua espressa formalizzazione in testi normativi, (cfr. in tal senso D. Caprioli - D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, II<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, 65, nonché Corte Cost., 31 maggio 2016, n. 200, cit.), lo stesso non può dirsi per il *ne bis in idem* sostanziale, la cui fisionomia di "principio" è alquanto discussa in dottrina. A favore del riconoscimento di un vero e proprio principio, similmente a quanto avviene in ambito processuale, F. Mantovani, *Conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 470 ss., a giudizio del quale, in assenza di una norma positiva espressamente dedicata, il principio sostanziale sarebbe desumibile da una serie di disposizioni normative, tra cui, oltre all'art. 15 c.p., gli artt. 84, 61, 62, prima parte, 301 e 581 c.p.) Di diverso avviso, per tutti, G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 101 ss.

<sup>25</sup> In tal senso, A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1048. La tesi della fisionomia "ibrida" – sostanziale e processuale – del *ne bis in idem* è condivisa dalla dottrina, che ne ha sottolineato un vero e proprio processo di «metamorfosi», così N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), 22 marzo 2018; in senso analogo, V. Felisatti, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3, 2018, 119 ss.; A. Gaito, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arch. pen., on line*, 1, 2021; N. Madia, *Il ne bis in idem europeo nella sua "nuova" veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell'ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi*, in *Arch. pen. on line*, 3, 2019; C. Silva, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen., on line*, 1, 2019; N. Galantini, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2019, 215 ss. Per una più approfondita disamina del tema dei rapporti tra il piano sostanziale e processuale del principio, cfr. F. Gaito - G. Rainaldi, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen., on line*, 1, 2017, nonché F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 209 ss.

<sup>26</sup> A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1048. Più precisamente, è in discussione se il divieto riguardi la doppia qualificazione o valutazione del fatto, ovvero, la doppia punizione, sul punto si rinvia a M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, Torino, 1997, 7 ss.

<sup>27</sup> F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 209. In generale sull'approccio metodologico circa la risoluzione del concorso di reati, nel senso della relativa apparenza, secondo i differenti approcci monistico e pluralistico, si rinvia a: G. De Francesco, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 417 ss., nonché A. Pagliaro, voce *Concorso di norme (dir. Pen)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 551 ss.

<sup>28</sup> In tal senso, con diversità di accenti, F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 592 ss.; G. Neppi Modona, *Inscindibilità del reato complesso, e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 204 ss.; G. Vassalli, voce *Reato complesso*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 187, 835 ss., M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 179 ss.

<sup>29</sup> Cfr., B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, 280 ss.; A. Pagliaro, voce *Concorso di norme (dir. Pen)*, in *Enc. Dir.*, cit., 551, nonché, più recentemente, F. Consulich, *La norma penale doppia, ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'antoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 73.

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

stato giudicato in maniera definitiva. In questa diversa accezione calibrata sulla logica bi-procedimentale – quella cui espressamente si riferiscono gli art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, e 50 della Carta di Nizza, nonché, nell’ordinamento interno, l’art. 649 c.p.p.<sup>30</sup> – il divieto di doppio giudizio risponde all’esigenza individuale di sottrarre il singolo dalla «spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto»<sup>31</sup> (certezza in senso soggettivo)<sup>32</sup>, nonché ad esigenze pubblicistiche di certezza del diritto (in senso oggettivo) ed economia dei giudizi<sup>33</sup>.

Ancorché si tratti di una tematica indubbiamente complessa, che meriterebbe ben altro approfondimento<sup>34</sup>, le considerazioni sin qui svolte sono sufficienti per cogliere le differenze<sup>35</sup> e le intersezioni tra i due piani dello stesso principio. Quanto alle prime basti osservare che, seppure in entrambi i casi l’operatività del divieto di *bis in idem* esiga il riferimento allo stesso soggetto (*eadem persona*), sul piano sostanziale «solo due condanne, anche se in unico procedimento, possono dar vita ad una violazione del divieto», mentre, sul piano processuale, «la violazione potrebbe originare anche da due assoluzioni, ma solo se i procedimenti sono più di uno»<sup>36</sup>. Detto altrimenti: la trasgres-

<sup>30</sup> Si precisa che, diversamente dalle due Corti europee che riferiscono l’operatività del divieto di *bis in idem* alla sola ipotesi in cui si sia formato il giudicato, la Corte di cassazione ha esteso l’operatività del divieto di cui all’art. 649 c.p.p. anche ai casi di litispendenza, ossia alle ipotesi in cui il primo procedimento non sia ancora giunto a definizione, empre che i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del p.m. e siano devoluti, anche se in fasi o in gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria. In tal senso, Cass. pen., sez. un., 28 settembre 2005, n. 34655, in *Cass. pen.* 2006, 28 ss. Sul tema si rinvia D. Caprioli - D. Vicoli, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 69 ss., nonché, anche per le implicazioni di tale orientamento rispetto alla giurisprudenza europea, N. Madia, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in *Dir. pen. cont., on line*, 9 giugno 2015.

<sup>31</sup> Corte cost., 31 luglio 2016, n. 200, cit.

<sup>32</sup> Valorizzano il fondamento garantistico del divieto di doppio giudizio, N. Galantini, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 97 ss.; P. P. Rivello, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 479 ss.; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, 406. Ripercorre le “tappe” dello sviluppo della dimensione individual garantista del principio, storicamente recessiva, G. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia nello scenario dell’integrazione europea*, cit.

<sup>33</sup> Valorizzano il fondamento mataindividuale e pubblicistico del principio, confermato dalla sua operatività anche rispetto ai giudicati di condanna, G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 101 ss., nonché, più recentemente T. Rafaraci, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 861 ss.; F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1205.

<sup>34</sup> Per una significativa ricostruzione dell’ambito di operatività del *ne bis in idem* sul versante sostanziale e processuale, cfr. G. Lozzi, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 67 ss.; D. Caprioli, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. It.*, 2010, 1183 ss.

<sup>35</sup> Autorevolmente, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1205: «Anche i penalisti postulano un *ne bis in idem*. attribuiremmo due volte lo stesso atto all’autore, se gli applicassimo norme una delle quali sia eclissata dall’altra (“concorso apparente”); la figura legale “omicidio”, ad esempio, include “lesioni” e “percossa”. Ma il divieto d’un secondo giudizio sulla *eadem res* ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche (costituenti un capitolo della logica deontica); è puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore: esercitando l’azione, l’attore la consuma. Assolto N dall’accusa d’aver ucciso colposamente P, nessuna regola penale vieta ridefinizioni dolose: sono figure indipendenti». Sottolinea come «il diverso fondamento del divieto di doppio giudizio [...] incide sulla fisionomia delle relative categorie» del *bis* e dell’*idem*, F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 221.

<sup>36</sup> In questi termini, L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi*

---

sione del divieto di doppia sanzione non determina di per sé anche la trasgressione del divieto di doppio giudizio (almeno quando le sanzioni siano irrogate all'interno di un unico procedimento) e, per converso, la trasgressione del divieto di doppio giudizio, non necessariamente implica anche la trasgressione del divieto doppia sanzione (almeno quando uno o entrambi i processi siano culminati con un proscioglimento)<sup>37</sup>. Ciò posto, con altrettanta evidenza emerge l'intersezione tra i due piani non appena si ponga mente al fatto che «il divieto di *bis in idem* processuale, avendo ad oggetto la duplicazione di procedimenti per un medesimo fatto, non può che ricomprendere in sé – si direbbe, *a fortiori* – il divieto di duplicazione di condanne (distese su due procedimenti) per lo stesso fatto»<sup>38</sup>.

### **2.1.1. (segue) Itinerari evolutivi e involutivi nella giurisprudenza della Corti europee: dalla sentenza *Grande Stevens* alla pronuncia *Åkerberg Fransson***

Ancorché il tono e il contenuto degli artt. art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, e 50 della Carta di Nizza, riconoscano la garanzia nella sua ineluttabile dimensione processuale<sup>39</sup>, proprio l'indistinzione tra i due piani dello stesso principio rappresenta, se così può dirsi, una costante della giurisprudenza europea le cui pronunce, nell'ultimo decennio, colgono ora la dimensione sostanziale, ora quella processuale ora, indistintamente, una commistione tra ambedue i piani. Per convincersene sarà sufficiente passare in rassegna, sia pur schematicamente, i principali arresti con i quali le due Corti europee sono

---

*in regole*, cit., 100.

<sup>37</sup> Sottolineano l'indubbia diversità del piano operativo della garanzia sostanziale e processuale, e la conseguente separatezza che contraddistingue i relativi spazi di violazione, D. Falcinelli, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale europeo*, in *Arch. pen., on line*, 1, 2017, 69; F. Gaito - G. Rainaldi, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 11 ss. N. Galantini, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., 222; D. Caprioli, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1183.

<sup>38</sup> In questi termini, A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1051, sottolinea come «la regola sostanziale trova riconoscimento in quella processuale». Sul punto, per ulteriori e interessanti spunti di riflessione, cfr. altresì, D. Caprioli, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1183, il quale rileva che «le istanze garantistiche che ispirano il divieto di secondo giudizio non coincidono con la sola necessità di evitare che sia condannato due volte un soggetto che la legge consente di punire una sola volta. Ovvio, in altre parole, che non si possa instaurare un secondo giudizio quando non vi siano più sanzioni penali legittimamente applicabili: ma sarebbe un errore limitare questi soli casi la sfera di incidenza del *ne bis in idem* processuale».

<sup>39</sup> In tal senso, ancora A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1051, il quale sottolinea come, ancorché le rubriche delle due norme, e i relativi *incipit*, ove si richiama il diritto a non essere giudicato o punito due volte, ovvero a non essere perseguito o condannato due volte, «potrebbero suggestionare l'interprete [...] che è fatto divieto di punire due volte *tout court* il medesimo fatto, vale dire anche quando ciò possa verificarsi all'interno di un unico procedimento, e, dunque pure oltre la logica (bi-procedimentale) propria del *ne bis in idem* processuale», tuttavia, tale suggestione «si dilegua leggendo il testo delle norme chiaramente calibrato sulla logica bi-procedimentale propria del divieto processuale». In tal senso, secondo l'Autore i riferimenti contenuti nell'*incipit* delle due norme, ancorché li si voglia intendere come semplici ridondanze «dimostrano come l'esigenza sostanziale di non addivenire a due condanne per lo stesso fatto sia già assolta, nell'ambito del suo specifico *habitat*, vale a dire il doppio procedimento, dal divieto processuale».

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

state chiamate a giudicare la legittimità degli assetti punitivi di doppio binario rispetto al vincolo europeo del *ne bis in idem*.

Il punto di partenza di questa breve digressione non può che essere rappresentato dalla celeberrima sentenza resa dalla Corte europea nel caso *Grande Stevens c. Italia*<sup>40</sup> costituendo, tale arresto, l’«età dell’oro»<sup>41</sup> della garanzia convenzionale, ossia, il momento in cui al *ne bis in idem* è stato riconosciuto il livello di tutela più ampio, corrispondente alla sua dimensione autenticamente processuale. In quel caso – riguardante, come noto, la disciplina italiana in materia di *market abuse* – la Corte di Strasburgo riscontrava in termini perentori la violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU nella mera previsione legislativa – quale, appunto, quella del nostro ordinamento – di due previsioni sanzionatorie (l’una penale, l’altra amministrativa<sup>42</sup>), inevitabilmente destinate a riflettersi in altrettanti procedimenti a carattere punitivo, aventi ad oggetto lo stesso accadimento storico (l’*idem factum*, in quel caso, una falsa comunicazione al mercato). Proprio nella dimensione «bi procedimentale», ad avviso della Corte, si sarebbe annidata l’incompatibilità «strutturale» della normativa interna rispetto al vincolo del *ne bis in idem* europeo<sup>43</sup>: la definitiva conclusione di un procedimento (indifferentemente, quello penale o quello formalmente amministrativo) avrebbe irrimediabilmente posto l’altro in frizione con il divieto di *bis in idem* processuale<sup>44</sup>. Una tutela forte, incentrata sull’innammissibile cumulo procedimentale (prima ancora che sanzionatorio) e, soprattutto, «indifferente rispetto a valutazioni di tipo sostanziale sulla proporzionalità del cumulo punitivo»<sup>45</sup>.

Valutazioni, queste ultime, ben presenti nel coevo contesto interpretativo maturato a livello europeo ove, sin da allora, la Corte di giustizia aveva offerto una diversa lettura

<sup>40</sup> Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricc. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. Per un commento alla pronuncia, tra i numerosissimi contributi, si vedano: A. Alessandri, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo riguardo alla disciplina degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 855 ss.; D’Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 614 ss.; G. De Amicis, “*Ne bis in idem* e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza ‘Grande Stevens’ nell’ordinamento italiano”, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3, 2014, 201 ss.; G. Flick - V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, *Riv. AIC*, 3, 2014, 1 ss.; M. Ventoruzzo, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 4, 2014, 693 ss.; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3, 2014, 219 ss.

<sup>41</sup> Così, A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1048. In termini analoghi, tra gli altri, F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 953.

<sup>42</sup> Segnatamente, l’illecito amministrativo di cui all’art. 187-ter, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e il reato di manipolazione del mercato di cui all’art. 185, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

<sup>43</sup> A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1062, da cui sono tratte le espressioni riportate nel testo.

<sup>44</sup> Orientamento interpretativo ribadito dalla Corte europea in successivi arresti riguardanti i sistemi di doppio binario tributario vigenti nell’ordinamento di paesi scandinavi, cfr. Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*, ric. 11828/2011; Corte EDU, 27 novembre 2014, *Luky Dev c. Svezia*, ric. 7356/2010; Corte EDU, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*, ric. 53753/12.

<sup>45</sup> In tal senso, M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 185, il quale, in questa prospettiva, sottolinea come «nessuna rilevanza [...] veniva attribuita dalla Corte Europea alla presenza del meccanismo compensatorio dell’art. 187 terdecies del TUF, come a riconoscere il carattere inderogabile della garanzia del *ne bis in idem* “processuale”».

del divieto di *bis in idem* essenzialmente incentrata su un parametro, quello della complessiva adeguatezza del cumulo sanzionatorio, chiaramente ancorato al piano sostanziale della garanzia, più che a quello processuale. Emblematica di quest'orientamento è la sentenza *Åkerberg Fransson* resa, appena qualche mese prima dell'arresto *Grande Stevens*, con riferimento al sistema di doppio binario tributario vigente nell'ordinamento svedese<sup>46</sup>. Con tale pronuncia, in estrema sintesi, la Corte di giustizia aveva ritenuto che la reiterazione di un procedimento sanzionatorio avente carattere punitivo nei confronti di chi, per il medesimo fatto, fosse stato già giudicato in modo definitivo, fosse stata da ritenersi in linea di principio preclusa dalla garanzia di cui all'art. 50 della Carta, a patto che – ed è questo il decisivo elemento di novità<sup>47</sup> – le rimanenti sanzioni, vale a dire quelle applicate all'esito del procedimento già definito, fossero state in concreto «effettive, proporzionate e dissuasive»<sup>48</sup> rispetto agli obiettivi di tutela perseguiti dal diritto dell'Unione. Detto altrimenti, per la Corte di Lussemburgo la mera previsione legislativa di sanzioni e procedimenti aventi natura punitiva per lo stesso fatto non avrebbe costituito, di per sé, automatica violazione del divieto di *bis in idem*, dipendendo tale valutazione dal giudizio sulla complessiva adeguatezza della risposta sanzionatoria applicata, sicché, qualora quest'ultima fosse stata da ritenersi inadeguata rispetto allo scopo di tutela, ben poteva ammettersi il cumulo. Un orientamento «efficientista»<sup>49</sup> foriero di una tutela debole accordata ad un principio, quello del *ne bis in idem*, declassato da garanzia di tipo processuale a mera garanzia di tipo sostanziale<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> CGUE, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10. La pronuncia conseguiva a un rinvio pregiudiziale operato dall'autorità giudiziaria svedese, con riferimento all'interpretazione dell'art. 50 CDFUE, nel contesto di un procedimento penale per frode fiscale instaurato nei confronti di un soggetto già condannato in via definitiva, per lo stesso fatto (inadempimento di obblighi dichiarativi e contributivi in materia di IVA), al pagamento di una sanzione tributaria. Per un commento alla pronuncia, cfr. S. Manacorda, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte. Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3, 2014, 247 ss.; E. Scaroina, *Costi e benefici del dialogo tra le Corti in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 2926; D. Vozza, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3, 2013, 294 ss.

<sup>47</sup> In tal senso, A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1067, a giudizio del quale «il percorso interpretativo delle due Corti europee divergeva per addizione, nel senso che agli snodi argomentativi propri del Giudice di Strasburgo [Grande Stevens], fondamentalmente condivisi dal Giudice di Lussemburgo [Fransson], se ne aggiungeva per quest'ultimo un altro», quello della complessiva adeguatezza del trattamento sanzionatorio, «capace di rimettere tutto in discussione [...] e di conservare l'assetto sanzionatorio originario in coerenza con gli obiettivi della politica eurounitaria, trasfusa nella scelta dello Stato membro».

<sup>48</sup> CGUE, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 36.

<sup>49</sup> F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 955, a giudizio del quale la pronuncia in esame si iscrive nel contesto di una giurisprudenza, quella della Corte di giustizia, spesso «non imparziale, *engagé* rispetto all'obiettivo di legittimare l'Unione come attore del dibattito politico-criminale europeo» ossia «alla tentazione di eliminare discipline nazionali ritenute disnomiche nel campo della tutela delle finanze comunitarie (*Taricco docet*)». In termini pressoché analoghi, M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, cit., 184, sottolinea «la decisiva "logica funzionalista" della Corte di Giustizia, da cui deriva la sostanziale subordinazione della garanzia del *ne bis in idem* al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal diritto dell'Unione».

<sup>50</sup> In termini critici rispetto all'orientamento della Corte di giustizia, ancora M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, cit., 184, il quale sottolinea come esso «si presta ad offrire un'impalcatura teorica di sostanziale legittimazione di tali meccanismi punitivi (come in effetti è stato), nonostante la previsione e il pieno riconoscimento del divieto di *bis in idem*».



## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

### **2.1.2. (segue) Dalla sentenza *A e B c. Norvegia* alle pronunce *Garllson, Menci e Di Puma Zecca***

La divergenza di vedute che si profilava tra l’interpretazione «*maior*» (processuale) della Corte di Strasburgo, e quella «*minor*» (sostanziale) della Corte di Lussemburgo<sup>51</sup>, avrebbe potuto e dovuto risolversi – almeno stando al principio di omogeneità delle tutele sancito dall’art. 52 § 3, della Carta dei diritti fondamentali<sup>52</sup> – accordando prevalenza al più elevato *standard* di tutela riconosciuto a livello convenzionale<sup>53</sup>. Il che, come da più parti è stato sottolineato, avrebbe avuto effetti a dir poco dirompenti nei singoli ordinamenti interni, compreso il nostro, strutturati secondo il familiare schema di doppio binario punitivo<sup>54</sup>. E, infatti, così non è stato: complici anche le pressioni provenienti da diversi governi europei, alla fine, la Corte Europea ha “mostrato la corda”, ridimensionando il livello di tutela sino ad allora accordato al diritto al *ne bis in idem* processuale<sup>55</sup>.

Il “cambio di rotta” è segnato dalla pronuncia resa nel 2016 nel caso *A e B c. Norvegia*, vero e proprio spartiacque quanto al modo di intendere e interpretare il divieto di *bis in idem* europeo<sup>56</sup>. Ridotta all’essenziale la sua *ratio decidendi* è la seguente: l’inizio o la prose-

<sup>51</sup> F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 952 ss., da cui sono tratte le espressioni riportate nel testo.

<sup>52</sup> L’art. 52 della Carta, come noto, da un lato (par. 1) definisce i requisiti che devono essere rispettati affinché i diritti e le libertà previsti possano subire legittime restrizioni (le limitazioni devono essere previste dalla legge, e rispettare oltre che il contenuto essenziale dei diritti e libertà, anche il principio di proporzionalità e necessità rispetto al perseguimento di finalità di interesse generale dell’Unione) e, dall’altro lato (par. 3) contiene la clausola orizzontale di salvaguardia rispetto ai diritti garantiti dalla CEDU, in forza della quale le garanzie di cui alla Carta non possono mai essere inferiori al corrispondente livello di tutela minimo garantito dalla CEDU, ma possono ovviamente collocarsi ad un livello superiore. Sul principio di omogeneità delle tutele di cui all’art. 52 della Carta, cfr. F. Ferraro - N. Lazzarini, *Art. 52*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 1061 ss.

<sup>53</sup> M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 185.

<sup>54</sup> In tal senso, anche per un quadro d’insieme delle reazioni della giurisprudenza interna successive alla Sentenza Grande Stevens, cfr. G. Angiolini, *Una questione ancora irrisolta: il principio di ne bis in idem europeo e l’Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 4, 2018, 2109 ss.; A.F. Tripodi, *Corte europea dei diritti dell’uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Società*, 1, 2018, 80 ss.

<sup>55</sup> Considerazione condivisa, sia pur con diversità d’accenti, dalla dottrina pressoché unanime. Cfr. M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 186, a giudizio del quale vi sarebbe stato un «sensibile ridimensionamento» della garanzia rispetto al livello di tutela che traspariva dalla sentenza Grande Stevens. F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 224, secondo cui, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, la Corte europea ha compiuto un «passo indietro»; F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 953, evidenzia l’«innegabile ridimensionamento della tutela convenzionale» conseguente alla pronuncia *A e B* della Corte europea.

<sup>56</sup> Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ricc. 24130/11 e 29758/11. Per un commento alla pronuncia, nell’amplissima letteratura, si rinvia a: M. Bontempelli, *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rass. Trib.*, 2, 2017, 562 ss.; F. Cassibba, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 351 ss.; G. De Amicis - P. Gaeta, *Il confine di sabbia: la Corte edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. Pen.*, 2017, 469 ss. P. Fimiani, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2, 2017, 5 ss.; R. Rudoni, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 4, 2017, 825 ss.; L. Trucco, *Ne bis in idem: la Corte di*

cuzione di un secondo procedimento di carattere sostanzialmente punitivo in relazione a un fatto per il quale una persona sia già stata giudicata in via definitiva nell'ambito di un diverso procedimento, pure di carattere sostanzialmente punitivo, non necessariamente dà luogo a una violazione del *ne bis in idem*, dovendosi escludere che ciò accada ogni qual volta tra i due procedimenti vi sia una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta»<sup>57</sup>, così che essi rappresentino due facce della stessa medaglia, ossia una risposta coerente e sostanzialmente unitaria al medesimo illecito.

In sostanza, impregiudicate le consolidate certezze sull'*idem*, la Corte europea ha agito sul *bis*<sup>58</sup>.

L'essenza del mutato indirizzo interpretativo risiede, infatti, nella compiuta teorizzazione del parametro della «*sufficiently close connection in substance and time*»<sup>59</sup>, in virtù del quale si renderebbe ora possibile distinguere i «sistemi sanzionatori integrati» da quelli costituenti mere ipotesi di «reiterazione dell'accusa»<sup>60</sup>. Del resto, consapevole della portata innovativa del principio affermato<sup>61</sup>, la Grande Camera non si è fermata al suo enunciato, ma ha cercato di offrirne una più rigorosa definizione attraverso l'analitica indicazione di una serie di parametri di giudizio utili a svolgere la verifica di sufficiente integrazione sostanziale e temporale tra i procedimenti. È stato così inaugurato un vero e proprio *stress test* – l'*A e B test* – in virtù del quale la sufficiente integrazione tra i procedimenti, sotto il profilo sostanziale, andrà valutata alla luce dei seguenti parametri<sup>62</sup>: *i*) la complementarietà degli obiettivi avuti di mira dai differenti procedimenti; *ii*) la prevedibilità *ex ante* del cumulo procedimentale; *iii*) la sussistenza di istituti di coordinamento processuale, specie sotto il profilo della raccolta e della valutazione del materiale

---

*Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, 173 ss.; F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont., on line*, 18 novembre 2016.

<sup>57</sup> Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, cit. § 130.

<sup>58</sup> A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1064.

<sup>59</sup> Anche la *Guide on art. 4 of protocol n. 7 to the ECHR*, 15 ss., aggiornata a dicembre 2021, e reperibile sul sito della CEDU [echr.coe.int](http://echr.coe.int), che chiarisce i diversi passaggi logici da affrontare per verificare se vi sia o meno una violazione della garanzia prevista dalla Convenzione, cita il *test* di connessione materiale e temporale come elemento necessario da esaminare per riscontrare il mancato rispetto del *ne bis in idem*.

<sup>60</sup> Così, F. Mazzacupa, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina (a cura di), *Il ne bis in idem*, cit., 224.

<sup>61</sup> A tale ultimo proposito deve tuttavia precisarsi che, sebbene la Sentenza A e B sia stata percepita come un netto *revirement* rispetto al precedente orientamento interpretativo di cui alla sentenza Grande Stevens, il criterio della *close connection in substance and time* era già stato impiegato dalla Corte europea, in risalenti pronunce, quale parametro di giudizio essenziale per accertare o meno la violazione della garanzia convenzionale. Se ne trova una prima declinazione nella pronuncia Corte EDU, 30 maggio 2000, *R.T. c. Svizzera*, ric. 31524/96. Successivamente, il criterio del nesso materiale e temporale riemerge nelle sentenze Corte EDU, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*, n. n. 73661/01; Corte EDU, 21 settembre 2006, *Maszi c. Romania*, ric. 59892/00. Così, ancora, nelle successive pronunce Corte EDU, 30 aprile 2015, *Kapetanios e altri c. Grecia*, ric. nn. 3453/12, 42941/12, 9028/13; Corte EDU, 9 giugno 2016, *Sismanidis e Sitaridis c. Grecia*, ric. nn. 66602/09 e 71879/12, nonché poco prima della sentenza A e B, Corte EDU, 4 ottobre 2016, *Rivard c. Svizzera*, ric. 1563/12. Per una più completa rassegna dell'evoluzione del criterio della *close connection*, nelle pronunce della Corte europea, si rinvia a L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit. 104 ss.

<sup>62</sup> Per una compiuta disamina dei singoli parametri di giudizio elaborati dalla Corte europea al fine di effettuare la verifica sulla sufficiente integrazione tra i procedimenti, si rinvia a L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit., 116 ss.; A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1064 ss.

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

probatorio, che consentano di contenere “per quanto possibile” gli oneri conseguenti al cumulo; *in*) infine, e soprattutto, la previsione di un meccanismo compensatorio che consenta di tenere conto delle sanzioni già applicate nel primo procedimento, così da garantire la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio.<sup>63</sup> Per la verifica della *connection in time* - requisito che deve sussistere cumulativamente rispetto alla *connection in substance* - nella sentenza non sono indicati parametri particolari: la Corte europea si è limitata a precisare che, a tal fine, non è indispensabile che i due procedimenti avanzino a braccetto, ben potendo l’instaurazione dell’uno essere consecutiva a quella dell’altro purché, tuttavia, la loro durata complessiva non sia tale da esporre chi vi è sottoposto ad una perdurante incertezza circa la propria sorte<sup>64</sup>.

Che, per effetto di tale pronuncia, la «forza normativa» del *ne bis in idem* processuale abbia subito un ridimensionamento appare un dato davvero inconfutabile<sup>65</sup>.

Sia chiaro, la prospettiva di una tutela processuale non scompare, posto che di *bis in idem* è possibile parlare a condizione che, comunque, vi sia una duplicazione di procedimenti<sup>66</sup>.

Semplicemente, ai fini del riconoscimento del divieto di doppio giudizio, può dirsi che ora (*post A e B*) il vero lavoro inizi nel punto esatto in cui prima (*post Grande Stevens*) terminava: non è più sufficiente fermarsi all’accertamento di un cumulo tra due procedimenti sanzionatori aventi entrambi carattere punitivo (*bis in idem*), ma, proprio ai fini della sussistenza di un *bis*, occorrerà anche verificare che gli stessi non siano tra loro connessi al punto da potersi considerare come «aspetti di un unico procedimento»<sup>67</sup>, nel contesto di un (legittimo) sistema di «doppio binario cumulativo ma integrato»<sup>68</sup>.

Verifica, quest’ultima da svolgersi facendo applicazione del *test di close connection* secondo i criteri dettati dalla Corte europea: alcuni di essi si prestano ad una valutazione solo in concreto, altri anche in astratto; nell’ambito di questi ultimi, poi, alcuni si pongono come «recessivi», altri ancora come «preminenti»<sup>69</sup>. Il principale di essi – come segnalato dall’avverbio (*above all*) che lo introduce – senza dubbio è quello che fa riferimento alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

<sup>63</sup> Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, cit., §§ 132, 133.

<sup>64</sup> Ivi, § 134.

<sup>65</sup> In questi termini, M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 199, a giudizio del quale «la garanzia risulta indebolita se si considera che la Grande Camera non solo ammette la deroga alla rigidità del divieto di bis in idem processuale, ma, soprattutto, offre una criteriologia indiziaria della sufficiente integrazione procedimentale dai contorni particolarmente flessibili, quindi facilmente riconoscibili (ed infatti puntualmente riconosciuti[...]) nella predisposizione legislativa del meccanismo di doppio binario».

<sup>66</sup> Così, ad esempio, non può esservi violazione della garanzia del *ne bis in idem*, allorché vi sia una duplicazione di sanzioni disposte all’interno di un unico procedimento, v. in tal senso, Corte EDU, 12 aprile 2016, *Dungveckis c. Lituania*, ric. 32106/08, ove è stata esclusa la violazione dell’art. 4 prot. n. 7 CEDU nel caso di un cumulo di sanzioni, conseguenti al riconoscimento del concorso formale di reati, disposte nell’ambito di un unico procedimento.

<sup>67</sup> A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1064.

<sup>68</sup> L’espressione è di M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 186.

<sup>69</sup> Lo rileva F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 956, secondo il quale «tra i preminenti [...] compare la proporzionalità [...] tra i recessivi è da inquadrare la prevedibilità». In termini analoghi, F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 229.

È questo il punto: esso appartiene più alla logica propria della dimensione sostanziale del principio, posto che – come è stato osservato - «nessuno dei fondamenti della preclusione processuale è sotteso neanche in via mediata al canone della proporzionalità della sanzione»<sup>70</sup>. Detto altrimenti, se si assume il principio come garanzia di tipo processuale, allora il riferimento al canone della proporzionalità della sanzione appare un fuor d'opera. Non per caso, in dottrina, è stata messo in evidenza il pericolo di uno «sviamento»<sup>71</sup>, di una «contaminazione»<sup>72</sup>, di un'«ibridazione concettuale»<sup>73</sup>, se non di una vera e propria «trasfigurazione»<sup>74</sup> del *ne bis in idem*, a voler sottolineare – quantomeno in astratto – l'«ingerenza del volto sostanziale nella [...]dimensione processuale»<sup>75</sup>, di un principio che, da «assoluto e inderogabile nella sua dimensione garantistica astratta viene convertito in una prescrizione fondata su requisiti variamente declinabili»<sup>76</sup>.

In concreto, tuttavia, appare chiaro che la prospettiva di una reale tutela del principio processuale dipenderà molto, dal modo di svolgere la verifica sulla connessione materiale e temporale tra i due procedimenti e, in particolare, dall'incidenza accordata ai diversi parametri di giudizio: tanto più tale verifica sarà condotta facendo riferimento – esclusivo o preminente – alla proporzionalità delle sanzioni, quanto più evidente sarà «la transizione del principio del *ne bis in idem* da meccanismo di garanzia verso il processo a tutela nei confronti della sanzione indebita»<sup>77</sup>. Per contro tanto più effettiva risulterà la tutela accordata alla garanzia processuale quanto più, nello svolgimento dell'*A e B test*, verranno presi in considerazione gli altri parametri di giudizio e, tra questi, in modo particolare, quello che fa riferimento alla complementarità di scopo in modo da evitare che il cumulo possa comportare oneri eccessivamente gravosi per l'accusato<sup>78</sup>. Proprio quest'ultima, almeno stando alle decisioni sino ad ora valutabili, pare essere la

<sup>70</sup> Così F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 225.

<sup>71</sup> A. Vallini, *Tracce di "ne bis in idem" sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2018, 525 ss.

<sup>72</sup> F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 953.

<sup>73</sup> L. Baron, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euroconvenzionali in materia di market abuse?*, in *Arch. pen.*, on line, 3, 2019, 1 ss.

<sup>74</sup> E. Basile, *Il doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2018, 139 ss. Analogamente, A. Gaito, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, cit.

<sup>75</sup> A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1074. In questo senso, valorizzando il riferimento al canone della proporzionalità del trattamento sanzionatorio, è stato rilevato come la Corte europea, con la pronuncia A e B si sia adeguata alla prospettiva funzionalista o efficientista della Corte di giustizia, così, M.C Carta, *Il principio del ne bis in idem nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., 9; analogamente, F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 955.

<sup>76</sup> S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1384.

<sup>77</sup> F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 953. In senso analogo, tra gli altri, F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 228.

<sup>78</sup> In tal senso, F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina (a cura di), *Il ne bis in idem*, cit., 229, il quale sottolinea come, per contro, «non dovrebbe rilevare più di tanto il criterio cronologico [...] né evidentemente quello della prevedibilità della sottoposizione a duplice procedimento (requisito dettato semmai dal principio di legalità)».

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

prospettiva interpretativa seguita dalla Corte di Strasburgo la quale, nelle occasioni in cui è stata chiamata a misurarsi con la legittimità dei sistemi punitivi di doppio binario vigenti negli ordinamenti interni, in diversi casi ha riscontrato la violazione della garanzia convenzionale facendo un’applicazione seria e completa dell’*A e B test*<sup>79</sup>: nella maggior parte dei casi, valorizzando l’assenza della interconnessione temporale<sup>80</sup>, sebbene anche sul piano della connessione materiale, la Corte ha censurato l’assenza della complementarità dei fini, o il difetto di un sufficiente coordinamento processuale, ancorché – preme sottolinearlo – fossero previsti meccanismi di compensazione del cumulo punitivo, tali da garantirne la proporzionalità complessiva<sup>81</sup>.

Insomma, le pronunce immediatamente successive alla sentenza *A e B* non sembrano legittimare i timori della prima ora, legati al pericolo di un eccessivo arretramento del *ne bis in idem* processuale. Il dato che si ricava da tali pronunce, infatti, è che tutti i parametri indiziari definiti nell’*A e B test* debbano egualmente concorrere ai fini del giudizio di connessione tra i procedimenti e che, per contro, il difetto anche di uno solo tra essi, apra la strada alla violazione della garanzia<sup>82</sup>.

Coglie nel segno, allora, chi ha giustamente definito «fin troppo avventata l’affermazione [...] secondo cui nella stessa prospettiva convenzionale la garanzia del *ne bis in idem* avrebbe ormai natura meramente sostanziale»<sup>83</sup>: è la stessa Corte Edu<sup>84</sup>, del resto, ad avere espressamente precisato come il discorso sul *ne bis in idem* non possa ridursi al giudizio di proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio, ad ulteriore riprova del fatto che – quantomeno a livello convenzionale – la garanzia processuale, per quanto attenuata, continui a trovare tutela effettiva<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Per una panoramica delle decisioni della Corte europea successive alla pronuncia *A e B*, si veda M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 186.

<sup>80</sup> Cfr., Corte EDU, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e altri c. Islanda*, ric. 11828/11, con nota di F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, on line, 22 maggio 2017; Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Armansson c. Islanda*, ric. 72098/14, con nota di A. Galluccio, *Non solo proporzione della pena: la Corte Edu ancora sul bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, on line, 7 maggio 2019; Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, ric. 47342/14 con nota di M. Scoletta, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell’ordinamento italiano)*, in *Dir. pen. cont.*, on line, 17 giugno 2019. Più recentemente, cfr. Corte EDU, 21 luglio 2020, *Velkov c. Bulgaria*, ric. 34503/10, con nota di N. Madia, *Ne bis in idem europeo e illeciti da “stadio”*, in *Dir. comp.*, on line, 19 ottobre 2020; Corte EDU, 31 agosto 2021, *Bragi Gudmundur Kristjánsson c. Islanda*, ric. 12951/18.

<sup>81</sup> Cfr., Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, cit.; Corte EDU, 8 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, ric. 54012/10 con nota di A. Careri, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, in *Sist. Pen.*, on line, 12 dicembre 2019; Corte EDU, 6 aprile 2021, *Tsonyo Tsonov c. Bulgaria*, cit.; Corte EDU, 21 luglio 2020, *Velkov c. Bulgaria*, cit.; Corte EDU, 31 agosto 2021, *Milošević c. Croazia*.

<sup>82</sup> Tra gli altri, lo evidenziano A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1070, nonché F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 956.

<sup>83</sup> F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 228.

<sup>84</sup> Cfr., in particolare, Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, cit.; Corte EDU, 8 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, cit.

<sup>85</sup> È quanto sottolineato da A. Galluccio, *Non solo proporzione della pena: la Corte Edu ancora sul bis in idem*, cit.: «Che la pena in concreto inflitta risulti proporzionata alla gravità dell’illecito compiuto (...) è un requisito necessario per evitare il bis in idem, ma non sufficiente».



Diversamente a dirsi a livello euro unitario ove il divieto di *bis in idem* continua a trovare tutela essenzialmente circoscritta al piano sostanziale, ovvero come «congegno volto a prevenire la manifesta sproporzione della risposta sanzionatoria»<sup>86</sup>.

Con le tre note sentenze rese nei casi *Garlsson Real Estate, Menci* e *Di Puma-Zecca*<sup>87</sup> – rispettivamente concernenti la compatibilità con il diritto dell’Unione del sistema di doppio binario italiano vigente in materia finanziaria e tributaria – la Corte di giustizia solo formalmente ha colto l’occasione per un riallineamento della propria posizione al mutato indirizzo interpretativo della Corte Europea, rimanendo sostanzialmente ancorata sulle proprie posizioni efficientiste, cui si è già fatto riferimento<sup>88</sup>.

Le tre decisioni richiamate muovono tutte, infatti, da una comune premessa di fondo: il principio del *ne bis in idem* sancito dall’art. 50 della Carta può legittimamente subire restrizioni purché siano rispettati i fondamentali requisiti previsti dal successivo art. 52 il quale, a sua volta, da un lato richiede che le limitazioni siano previste dalla legge e rispettose del contenuto essenziale del diritto e, dall’altro, impone il rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza delle limitazioni rispetto al perseguimento di finalità di interesse generale<sup>89</sup>. Nello svolgimento di tale giudizio, ancorché condotto al metro dei parametri di cui all’art. 52 della Carta, la Corte di Lussemburgo non ha fatto che riprendere – parafrasandola – la criteriologia indiziaria compiutamente definita nella pronuncia *A e B* per l’accertamento della connessione materiale e temporale tra i procedimenti, finendo così – quantomeno in astratto – per tratteggiare le stesse condizioni di legittimità dei sistemi di doppio binario cumulativi ma integrati<sup>90</sup>. In concreto, tuttavia, ci si avvede agevolmente come non vi sia affatto, tra le due Corti, unanimità di vedute quanto al modo di intendere e interpretare la funzionalità del principio. I giudici di Lussemburgo, infatti, nello svolgere il *test di close connection* hanno seguito un

<sup>86</sup> F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, cit., 956.

<sup>87</sup> CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate c. Consob*, C-537/16; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca c. Consob*, C-596/16, C-597/16. Per un commento di tali decisioni, cfr. E. Bindi, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 2018; F. Consulich - C. Genoni, *L’insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giur. pen. web*, 22 aprile 2018; A. Galluccio, *La grande sezione della corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. pen. cont., on line*, 21 marzo 2018; B. Nascimebene, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Sist. Pen., Riv. trim.*, 4, 2020, 95 ss.; G. B. Varesano, *Il diritto al ne bis in idem e il doppio binario sanzionatorio: alcune riflessioni a margine della sentenza Garlsson Real Estate*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2018, 711; N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia di bis in idem*, in *eurojus.it*.

<sup>88</sup> Cfr. *supra*, § 2.1.1. Il riferimento è alla pronuncia *Åkerberg Fransson*.

<sup>89</sup> Sull’indicazione dei requisiti che rendono legittima la deroga all’art. 50 della Carta, tratteggiati in termini pressoché identici nelle tre sentenze, cfr. CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, §24, nonché §§ 49,52,53 e 55. Per un commento all’art. 52, par. 1, cfr. F. Ferraro - N. Lazzarini, *Art. 52 in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 1061 ss.

<sup>90</sup> Sulla sostanziale ricezione dell’*A e B test* da parte della Corte di giustizia, che tuttavia ha interpretato in modo particolarmente debole la criteriologia indiziaria della stretta connessione procedimentale, cfr. M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, cit., 533 ss., nonché Id., *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 187. In argomento, per una diversa lettura, cfr. altresì, B. Nascimebene, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell’Unione europea*, cit., 99 ss. (2019a), 533 ss.

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

approccio decisamente più formalistico, quasi tautologico<sup>91</sup>, finendo per appiattirsi – ed è questo il decisivo elemento che continua a marcare il differente livello di tutela accordato al principio sul versante euro unitario - esclusivamente sul requisito della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio<sup>92</sup>. In questi termini, pertanto, non appare affatto azzardato concludere nel senso che la Corte di giustizia non si sia discostata poi tanto dal suo pregresso, tradizionale orientamento incline a valorizzare il piano sostanziale del divieto di *bis in idem*: nella prospettiva euro unitaria, infatti, il limite alla reiterazione di procedimenti sanzionatori resta subordinato ad un giudizio di adeguatezza – sebbene ora declinata in termini di proporzionalità (art. 52 CDFUE) – del cumulo di sanzioni rispetto al perseguimento degli interesse comunitari<sup>93</sup>.

### **3. La sentenza costituzionale n. 149/2022: l’ordinanza di rimessione**

La questione di legittimità costituzionale trae origine dalla pervicace ordinanza di remissione<sup>94</sup> sollevata dal Tribunale ordinario di Verona nell’ambito di un giudizio in cui, a seguito di opposizione a decreto penale di condanna, il remittente si trovava a giudicare della responsabilità penale dell’imputato in ordine al delitto di cui all’art. 171 *ter*, c. 1, lett. b) della legge n. 633/1941<sup>95</sup> «perché, fuori dal caso di uso personale, a fini di

<sup>91</sup> In tale senso, già M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 198.

<sup>92</sup> L’assoluta centralità assunta dal requisito della proporzione della sanzione, rispetto agli altri parametri di giudizio – quali, ad esempio, le finalità complementari tra i procedimenti e il loro reciproco coordinamento – è sottolineata, tra gli altri, da N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia di bis in idem*, cit., nonché E. Basile, *Il doppio binario sanzionatorio degli “abusi di mercato” in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, cit., 139. In proposito, cfr. altresì F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 225, a giudizio del quale «se davvero si intende valutare l’osservanza di tale garanzia sulla base di un giudizio di sola proporzione del trattamento sanzionatorio, viene da chiedersi se non sia allora più sincero affermare che essa semplicemente non opera al di fuori del processo penale *strictu sensu* penale». La centralità del requisito della proporzionalità del trattamento sanzionatorio, peraltro, ha trovato ulteriore conferma nella più recente sentenza Corte Giut. UE, 8 marzo 2022, *BV*, C-205/20, resa con riferimento al sistema di doppio binario tributario vigente nell’ordinamento francese. In tale pronuncia, che sollevava problematiche pressoché analoghe a quelle affrontate nel caso Menci, la Corte di giustizia ha riscontrato la violazione del divieto di *bis in idem* soffermandosi esclusivamente sul requisito della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio, senza neppure prendere in considerazione gli ulteriori parametri di giudizio. Cfr., per un maggior approfondimento, J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 149/2022*, in *Sist. Pen., on line*, 24 novembre 2022, 9 ss.

<sup>93</sup> Cfr. in tal senso M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 188 ss., secondo cui «per come concretizzata nell’argomentazione della Corte di Lussemburgo, la garanzia del ne bis in idem assume una dimensione soprattutto teorica, ma ancora difficilmente azionabile allo scopo di sindacare e censurare in concreto i meccanismi di doppio binario presenti negli ordinamenti nazionali, che facilmente possono essere ricondotti al modello punitivo “proporzionato” e “necessario” ad assicurare gli obiettivi di tutela».

<sup>94</sup> Ordinanza n. 152 del 17 giugno 2021, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale, n. 41 del 13 ottobre 2021, 43 ss.

<sup>95</sup> Legge 22 aprile 1941, n. 633, recante “Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”. L’art. 171 *ter* - previsto nella Sezione IIª (*Difese e sanzioni penali*), del Capo IIIº (*Difese e sanzioni giudiziarie*), del Titolo IIIº (*Disposizioni comuni*) della citata legge – punisce «se il fatto è commesso

---

lucro deteneva per la vendita e abusivamente riproduceva opere letterarie fotocopiate oltre il limite consentito presso la copisteria [...] di cui è titolare»<sup>96</sup>.

Condotta in relazione alla quale – come rilevato dal Giudice *a quo* – lo stesso imputato era già stato sottoposto ad un precedente procedimento amministrativo per l'illecito di cui all'art. 174 *ter* della medesima legge n. 633/1941<sup>97</sup>, definitivamente conclusosi con l'irrogazione della sanzione pecuniaria d'importo pari a € 5.974<sup>98</sup>.

In tale contesto, ritenuta l'identità del fatto materiale posto a base dei due procedimenti, in uno con la natura sostanzialmente punitiva della sanzione prevista dall'art. 174 *ter* della legge sul diritto d'autore, il Giudice *a quo*, all'esito di attenta verifica condotta in base ai parametri di giudizio indicati nella sentenza A e B, rilevava altresì la reciproca autonomia dei due procedimenti. Per tutte queste ragioni, quindi, revocava in dubbio la legittimità costituzionale del sistema di doppio binario prefigurato dalle disposizioni vigenti in materia di diritto d'autore, per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, nell'interpretazione da ultimo offertane dalla Corte di Strasburgo, con la sentenza *A e B*.

Come già in altre occasioni, anche in tal caso il remittente non appuntava le proprie censure sulla coesistenza e la concreta applicabilità delle due disposizioni sanzionatorie, bensì sulla specifica norma che recepisce nell'ordinamento interno il divieto di *bis in idem* processuale – l'art. 649 c.p.p. – censurata nella parte in cui, limitando il divieto di doppio giudizio ai soli casi di giudicato penale formatosi sul medesimo fatto, la disposizione non troverebbe applicazione con riferimento a tutta la “materia penale”, non consentendo di estendere la garanzia a tutte le innumerevoli situazioni di doppio binario – tra cui, per appunto, quello in materia di diritto d'autore – che determinano il cumulo, rispetto ad uno stesso fatto, di procedimenti sanzionatori a carattere punitivo appartenenti a diversi ambiti del diritto (amministrativo e penale).

In definitiva, proprio l'impossibilità di estendere in via interpretativa l'ambito operativo della garanzia di cui all'art. 649 c.p.p. anche ai casi di doppio binario c.d. penale amministrativo<sup>99</sup>, è ciò che ha indotto ad eccepire l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p.

---

per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque a fini di lucro: [...] b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati [...]»

<sup>96</sup> Ordinanza n. 152 del 17 giugno 2021, cit.

<sup>97</sup> Cfr. l. 633/1941, art. 174-*bis* «1. Ferme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto».

<sup>98</sup> Importo determinato - secondo i criteri indicati dall'art. 174 *bis*, l. 633/1941 - in misura pari al doppio della sanzione minima prevista per i venticinque libri di testo di prezzo non determinabile (25 x 103 euro x 2) e ad un terzo dell'importo massimo previsto per le opere il cui prezzo di vendita era conosciuto (15 x 103 = 1545,00/3).

<sup>99</sup> A sostegno di tale conclusione, nell'ordinanza di rimessione il Giudice *a quo* richiama il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui «gli strumenti preventivi e riparatori che compongono il quadro sistematico all'interno del quale si colloca la disciplina di cui all'art. 649 del codice

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

posto che, secondo il giudice remittente, solo un intervento additivo su tale disposizione sarebbe stato in grado di neutralizzare la duplicazione dei giudizi e scongiurare la lesione del diritto fondamentale dell’imputato a non essere giudicato due volte per il medesimo fatto.

### **3.1. (segue) La decisione della Corte**

A fronte di una questione così prospettata, in primo luogo, il Giudice costituzionale ha avvertito l’esigenza di definire meglio, e in maniera più puntuale, i limiti del proprio potere decisionale.

In tal senso, dopo aver respinto la nutrita serie di eccezioni preliminari d’inammissibilità<sup>100</sup>, la Corte non ha perso occasione di constatare che, nonostante la questione di legittimità costituzionale della norma impugnata fosse stata formulata in termini “ampi” dal giudice remittente<sup>101</sup>, un’accurata lettura della parte motiva dell’ordinanza di rimessione, interamente incentrata sul peculiare sistema sanzionatorio vigente in materia di tutela del diritto d’autore, avrebbe consentito di circoscrivere le censure del remittente «con specifico riferimento al regime di doppio binario sanzionatorio previsto in materia di tutela del diritto d’autore», e non anche rispetto «a tutte le variegate altre ipotesi in cui, nel nostro ordinamento, sono disciplinati regimi di doppio binario sanzionatorio per i medesimi illeciti»<sup>102</sup>.

Sicché, alla luce di tale premessa la Corte ha avuto buon gioco di richiamare il proprio consolidato orientamento secondo cui «l’oggetto del giudizio costituzionale deve essere individuato interpretando il dispositivo dell’ordinanza di rimessione alla luce della sua motivazione»<sup>103</sup>, per giungere a delimitare il *thema decidendum* «come mirante unicamente a estendere la disciplina di cui all’art. 649 cod. proc. pen. all’ipotesi in cui l’imputato di uno dei delitti previsti dall’art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 sia già stato sottoposto in via definitiva a sanzione amministrativa per il medesimo fatto ai sensi dell’art. 174-bis della medesima legge»<sup>104</sup>.

È in questi termini, in parte diversi e certamente meno ampi rispetto al *petitum* formulato dal remittente, che la questione di legittimità costituzionale è stata accolta: la Corte ha infatti dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 649 c.p.p. «nella parte in

---

procedura penale presuppongono tutti la comune riferibilità dei più procedimenti per il medesimo fatto all’autorità giudiziaria penale: è dunque tale quadro sistematico, in uno con la considerazione del tenore letterale della disposizione codicistica, che preclude un’interpretazione di quest’ultima che ne estenda l’ambito applicativo a sanzioni irrogate l’una dal giudice penale, l’altra da un’autorità amministrativa», cfr. Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2015, n. 1782.

<sup>100</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., §§ 2, 3 del ‘considerato in diritto’.

<sup>101</sup> Tali, cioè, da estendere la portata operativa dell’art. 649 c.p.p. «a tutti i casi in cui, con riguardo ad uno stesso fatto, sia stata già irrogata in via definitiva, nell’ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della [CEDU] e dei relativi protocolli», Cfr., Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 4 del ‘considerato in diritto’.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Così, *ex multis*, Corte cost., 4 marzo 2019, n. 33, in *Foro amm.*, 2020, 1676.

<sup>104</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 4 del ‘considerato in diritto’.

cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633 (...), che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge».

Senza sottovalutare l'importanza del risultato, tuttavia, merita sottolineare il percorso argomentativo seguito dal Giudice delle leggi per giungere a decretare l'incostituzionalità dello specifico sistema normativo di doppio binario oggetto di scrutinio.

La motivazione della sentenza, in alcuni passaggi sovrapponibile a quella dell'ordinanza di rimessione, è interamente incentrata sull'autonoma lettura del divieto di *bis in idem* offerta dalla Corte europea, di cui, non a caso, sono richiamati in premessa i principali orientamenti interpretativi, sia per ciò attiene ai presupposti operativi della garanzia<sup>105</sup>, sia, e soprattutto, per ciò riguarda l'ulteriore, inedita condizione di compatibilità dei sistemi punitivi di doppio binario puntivi delineata a partire dalla nota sentenza *A e B. c. Norvegia*.<sup>106</sup>

Sotto quest'ultimo aspetto, anzi, non vi è alcun dubbio che la Corte costituzionale abbia assunto il paradigma della *close connection in substance and time*, con l'annessa criteriologia indiziaria definita dalla Corte europea, quale fondamentale punto di riferimento per risolvere la questione sottoposta al suo esame. Con una ulteriore e fondamentale precisazione, inerente al "metodo" di giudizio: prima di entrare nel merito del giudizio di fondatezza, infatti, il Giudice costituzionale ha ritenuto di precisare che, dei differenti parametri di giudizio delineati nella sentenza *A e B* per svolgere la verifica di *close connection in substance and time*, avrebbe preso in considerazione solo quelli che si prestano ad una valutazione di carattere "astratto", coerentemente con la peculiare logica del giudizio innanzi alla Corte, «il cui compito non è quello di verificare la sussistenza di violazioni del diritto fondamentale in esame nel singolo caso concreto, bensì quello di stabilire se il meccanismo normativo disegnato dal legislatore sia tale da determinare violazioni di tale diritto fondamentale in un numero indeterminato di casi»<sup>107</sup>.

Facendo in larga propria le considerazioni già svolte dal Giudice remittente, sul punto, la Corte ha ravvisato la sussistenza sia dell'*idem* che del *bis*: l'uno – la medesimezza del fatto materiale posto a base delle sanzioni penali e amministrative di cui, rispettivamente, agli artt. 171 ter e 174 bis – desumibile dalla clausola di apertura dell'art. 174 bis («ferme le sanzioni penali»), la quale renderebbe non equivoca la «volontà del legislatore di cumulare in capo al medesimo trasgressore le due tipologie di sanzioni» destinate a riflettersi in altrettanti «procedimenti [...] che si sviluppano parallelamente

<sup>105</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.1.2. del 'considerato in diritto', ove, con specifico riferimento al requisito dell'*idem factum*, la Corte richiama l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza europea che, «a partire almeno dalla sentenza della grande camera del 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine contro Russia* (§§ 79-84), identifica nei medesimi fatti materiali sui quali si fondano le due accuse penali, indipendentemente dalla loro eventuale diversa qualificazione giuridica». Con riferimento al requisito del *bis*, ovvero alla valutazione circa la natura sostanzialmente penale dei due procedimenti, nel successivo § 5.1.3, la Corte richiama i «noti criteri *Engel*, da tempo utilizzati dalla Corte EDU per fissare il perimetro applicativo della "materia penale" ai fini degli artt. 6 e 7 della Convenzione».

<sup>106</sup> Cfr., Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.1.3 del 'considerato in diritto'.

<sup>107</sup> *Ibidem*.



## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

o consecutivamente nei confronti del loro autore»<sup>108</sup>; l’altro – il cumulo tra procedimenti sanzionatori aventi entrambi carattere punitivo – reso manifesto dalle modalità di determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all’art. 174 *bis*, la cui entità renderebbe ragione della sua «funzione accentuatamente dissuasiva [...] in tutto e per tutto sovrapponibile a quella caratteristica delle sanzioni penali»<sup>109</sup>.

Sgomberato il campo da possibili equivoci in ordine all’effettiva sussistenza di un *bis in idem*, la Corte costituzionale si è quindi occupata dell’ulteriore, necessaria verifica che definisce in concreto i limiti di tollerabilità dei sistemi di doppio binario punitivo: quella volta ad appurare se i due procedimenti finalizzati all’irrogazione delle sanzioni punitive di cui agli artt. 171 *bis* e 174 *ter* l. 633/1941, «possano ritenersi avvinti da una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta», tale da poterli considerare «come parti di un unico sistema integrato di tutela dei medesimi beni giuridici, insuscettibile di produrre effetti sproporzionati sui diritti fondamentali dell’interessato»<sup>110</sup>. Perché – ha chiosato la Corte – è solo in tale ultima eventualità che «il sistema di “doppio binario” disegnato dal legislatore non risulterebbe di per sé incompatibile con l’art. 4 Prot. n. 7 CEDU e, conseguentemente, con l’art. 117, primo comma, Cost.»<sup>111</sup>. Senonché anche l’*A e B test* ha dato esito negativo.

Tra i diversi parametri di giudizio, infatti, l’unico di cui la Corte ha riconosciuto la sussistenza è quello che fa leva prevedibilità della duplicazione procedimentale e sanzionatoria. Per il resto, il Giudice costituzionale ha rilevato l’assenza di tutti gli ulteriori requisiti sintomatici della sufficiente integrazione procedimentale.

In primo luogo, la Corte ha sottolineato che, nel caso di specie «non può ritenersi che i due procedimenti perseguano scopi complementari o concernano aspetti diversi della medesima condotta illecita», posto che, da un lato entrambe le norme di cui agli artt. 171 *bis* e 174 *ter* perseguono lo scopo di «dissuadere i potenziali autori dal commettere gli illeciti in parola» e, d’altra parte, le condotte punite sono esattamente le stesse non presentando diversità tali da poter giustificare il cumulo sanzionatorio e procedimen-

<sup>108</sup> Ivi, § 5.2.1. e § 5.2.2. del ‘considerato in diritto’, ove, ad ulteriore sostegno del giudizio sulla medesimezza dei fatti materiali posti a base delle disposizioni normative, la Corte sottolinea come «il mero richiamo compiuto dall’art. 174-*bis* della legge n. 633 del 1941 alle «violazioni previste nella presente sezione», e dunque anche a quelle contemplate come delitto dall’art. 171-*ter*, rende gli ambiti dei due illeciti – quello amministrativo e quello penale – in larga misura sovrapponibili». La medesimezza del fatto posto a base degli artt. 171 *bis* e 174 *ter*, l. 633/1941 e, quindi, l’applicazione “cumulativa” delle procedure sanzionatorie, trova conferma nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. Civ., sez. II, 18 dicembre 2017, n. 30319, secondo cui l’art. 174-*bis*, «ha inteso assicurare l’effettività della risposta sanzionatoria per la protezione del diritto d’autore, configurando come illecito amministrativo le stesse condotte che integrano fattispecie autonome di reato».

<sup>109</sup> Cfr., Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.2.2. del ‘considerato in diritto’, ove, in particolare, ai fini della valutazione circa la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa di cui all’art. 174 *bis* la Corte rileva come le sue modalità di determinazione siano tali «da infliggere al trasgressore un sacrificio economico superiore al profitto ricavato dall’illecito». D’altra parte, la funzione accentuatamente dissuasiva della sanzione – ad avviso della Corte – trova conferma nel disegno di legge A.S. 1496, poi sfociato nella legge n. 248 del 2000 alla quale si dovette l’introduzione dell’art. 174-*bis*, nella parte in cui si «sottolinea come l’obiettivo perseguito dalla novella fosse quello di incrementare il grado di dissuasività delle misure di contrasto alle violazioni del diritto d’autore, attraverso sanzioni amministrative «che appaiono dotate di autonoma deterrenza in quanto rapidamente applicabili».

<sup>110</sup> Cfr., Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.2.3. del ‘considerato in diritto’.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

---

tale<sup>112</sup>.

In secondo luogo, con riferimento ai profili di coordinamento processuale, il Giudice costituzionale si è limitato a rilevare l'assenza di «alcun meccanismo atto a evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove, e ad assicurare una ragionevole coordinazione temporale dei procedimenti»<sup>113</sup>.

Infine, anche sotto il profilo della proporzionalità<sup>114</sup> complessiva del trattamento sanzionatorio, l'esito negativo del giudizio è dipeso dalla presa d'atto che il sistema normativo prefigurato dalla legge n. 633/1941 non contempla «alcun meccanismo che consenta al giudice penale (ovvero all'autorità amministrativa in caso di formazione anticipata del giudicato penale) di tenere conto della sanzione già irrogata ai fini della commisurazione della pena, in modo da evitare che una medesima condotta sia punita in modo sproporzionato»<sup>115</sup>.

Per inciso: si noti come nella prospettiva del giudicante l'esito negativo dell'*A e B test* è dipeso esclusivamente dal vaglio dei profili di connessione materiale, senza nessuna considerazione rispetto ad eventuali profili di interconnessione temporale. Una circostanza, quest'ultima, che si spiega in ragione del fatto che, il requisito della *connection in time*, prestandosi esclusivamente ad una valutazione di tipo contingente e strettamente dipendente dal caso concreto, diviene parametro di giudizio pressoché ininfluenza rispetto alla precipua finalità del giudizio costituzionale che – come si è detto – è quella di accertare “in astratto” la compatibilità strutturale dei sistemi normativi di doppio binario rispetto al vincolo costituzionale e convenzionale del *ne bis in idem*.

È proprio in quest'ottica di giudizio che, constatata assenza di tutti gli indici sintomatici della *close connection in substance*, la Corte ha finito per censurare il sistema di “doppio binario” prefigurato dalla legge in materia di tutela del diritto d'autore, il quale non appare normativamente strutturato in modo da «assicurare che i due procedimenti sanzionatori previsti apprestino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria agli illeciti in materia di violazioni del diritto d'autore», [...] atteso che essi «originano dalla medesima condotta, ma seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al *ne bis in idem*»<sup>116</sup>.

Di qui l'accoglimento della questione, attraverso una sentenza additiva il cui effetto è sostanzialmente quello di estendere la portata della garanzia di cui all'art. 649 c.p.p. esclusivamente ai rapporti tra gli illeciti di cui alla legge 633/1941 e, in particolare, al

---

<sup>112</sup> A tale ultimo proposito, in particolare, la Corte sottolinea come non si nemmeno «previsto, come tipicamente avviene nella materia tributaria, un sistema di soglie in grado di selezionare le sole condotte che per la loro gravità appaiano meritevoli anche della sanzione penale», cfr. Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.2.3. del ‘considerato in diritto’.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> Rispetto alla proporzionalità «come oggetto di accertamento da parte del giudice, reso così custode e garante di un sistema privo di base legale in ordine ai limiti della pena», v. le preziose considerazioni di S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1391.

<sup>115</sup> Cfr. Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.2.3. del ‘considerato in diritto’.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

solo caso in cui un soggetto, imputato del reato di cui all’art. 171 *ter*, sia già stato sottoposto ad un procedimento amministrativo definitivamente conclusosi per l’illecito di cui all’art. 174 *bis* della medesima legge<sup>117</sup>.

Una soluzione che, peraltro, la stessa Corte costituzionale riconosce essere “parziale” rispetto alla necessità di garantire adeguata tutela al divieto di *bis in idem* nella specifica materia oggetto di scrutinio.

Ciò, sotto due distinti profili. Anzitutto perché la soluzione di risulta, valendo limitatamente alle sole ipotesi in cui il procedimento penale segua il giudicato amministrativo, non consente di estendere la portata del divieto di doppio giudizio all’ipotesi inversa in cui il procedimento amministrativo segua il giudicato penale<sup>118</sup>.

In secondo luogo, perché il rimedio apprestato non è «idoneo di per sé a conferire razionalità complessiva al sistema, che consente comunque l’apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all’interessato dei costi personali ed economici»<sup>119</sup>.

Ecco che allora, con i dovuti distinguo, la Corte non si è discostata poi tanto dall’ormai consueta tecnica “monitoria” già sperimentata in altre occasioni<sup>120</sup>: il consueto invito alla collaborazione istituzionale rivolto al legislatore, questa volta, è stato quello di «rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un’auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte»<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Ivi, § 6 del ‘considerato in diritto’.

<sup>118</sup> Ivi, § 7 del ‘considerato in diritto’. «Questa Corte è, peraltro, consapevole che tale rimedio non è idoneo a evitare tutte le possibili violazioni del diritto al *ne bis in idem* fisiologicamente create dalla legge n. 633 del 1941, in particolare nell’ipotesi inversa in cui l’autore della violazione sia stato già definitivamente giudicato per uno dei delitti di cui all’art. 171-ter della legge, e sia successivamente sottoposto a procedimento amministrativo ai sensi dell’art. 174-bis.».

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> Ci si riferisce alla tecnica “monitoria” cui la Corte costituzionale ha fatto ricorso dapprima, nel 2018, in materia di suicidio assistito, (Corte cost 16 novembre 2018, n. 207, in *Giur. cost.*, 2018, 2459 ss., con nota di V. Anzon Demmig, *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*), successivamente, nel 2020, sulla questione c.d. delle pene detentive per i giornalisti responsabili del delitto di diffamazione aggravato dall’uso del mezzo stampa (Corte cost, 26 giugno 2020, n. 132, in *Giur. cost.*, 2020, 1457 ss., con commento di N. Recchia, *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, 1480 ss.) e, da ultimo, in materia di ergastolo c.d. “ostativo” (Corte cost., ord. 11 maggio 2021, n. 97, in *Giur. Cost.*, 2021, 1169 ss., con nota di A. Pugiotta, *Leggere altrimenti l’ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, *ivi*, 1213 ss., nonché, volendo, S. Lonati, *Verso il tramonto dell’ostatività penitenziaria: un’attesa lunga trent’anni*, in *Arch. pen., on line*, 2, (2022)). In sintesi, tale tecnica decisoria consente alla Corte di accertare i profili d’illegittimità della normativa sottoposta a scrutinio, senza dichiararne formalmente l’incostituzionalità, al fine di consentire al legislatore di adottare *medio tempore* una nuova disciplina della materia, che tenga conto delle segnalate frizioni rispetto alla costituzione. Per un commento sull’inedita tecnica decisoria recentemente adottata della Corte costituzionale, tra gli altri, cfr. G. Ruotolo, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 26 giugno 2019, 644 ss. P. Veronesi, *Un’altra incostituzionalità “prospettata” ma non (ancora) dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell’ord. n. 132 del 2020*, in *Studium Iuris*, 2020, 1359 ss; V. Carucci, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all’ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 225 ss.

<sup>121</sup> Cfr., Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 7 del ‘considerato in diritto’.

#### 4. Le “due direttrici fondamentali” della pronuncia: l’adesione alla logica processuale del *ne bis in idem*

Un’approfondita lettura della sentenza consente di cogliere le due direttrici fondamentali lungo le quali si è complessivamente articolato il ragionamento della Corte: l’una corrispondente alla dimensione più innovativa della pronuncia, l’altra di carattere dichiaratamente compromissorio.

La prima emerge leggendo l’intera parte motiva della sentenza dalla quale traspare l’incondizionata adesione alla logica processuale del *ne bis in idem*, secondo l’orientamento inaugurato dalla sentenza *A e B* e, poi, ulteriormente affinato nelle successive pronunce della Corte europea.

La seconda, invece, si può cogliere leggendo il dispositivo della pronuncia dal quale traspare la cautela che, di fatto, ha indotto la Corte a limitare l’effetto additivo della pronuncia al solo sistema di doppio binario in materia di diritto d’autore.

Iniziando dalla prima dimensione, il luogo della sentenza in cui risulta meglio argomentata l’adesione alla logica processuale del diritto al *ne bis in idem*, risiede nella parte in cui ha trovato spazio l’illustrazione delle premesse argomentative al giudizio di fondatezza: lì dove la Corte ha espressamente riconosciuto che «la garanzia convenzionale in parola mira [...] a tutelare l’imputato non solo contro la prospettiva dell’infissione di una seconda pena, ma ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto: e ciò a prescindere dall’esito del primo processo, che potrebbe anche essersi concluso con un’assoluzione»<sup>122</sup>.

L’*overruling* rispetto ai suoi precedenti è indiscutibile e, sotto questo aspetto, certamente può dirsi che la sentenza costituisca un traguardo quantomeno inaspettato<sup>123</sup>.

Basti considerare che nella pronuncia n. 43 del 2018 la Corte sottolineava «il carattere innovativo che la regola della sentenza *A e B contro Norvegia* ha impresso in ambito convenzionale al divieto di *bis in idem* [...]» nel senso di rimarcarne il passaggio «dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l’uno dall’altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell’oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un’unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all’entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata»<sup>124</sup>. In sostanza, ponendo l’accento sul parametro della complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio – non a caso definito come il «criterio eminente per affermare o negare il legame materiale» tra i due procedimenti – la Corte poneva le premesse per confinare la portata della garanzia al piano sostanziale, ossia, come principio volto a garantire la non manifesta sproporzione della risposta sanzio-

<sup>122</sup> Ivi, § 5.1.1. del ‘considerato in diritto’.

<sup>123</sup> In tal senso, J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 149/2022*, cit., 3, a giudizio del quale si è trattato di «una pronuncia – per certi versi – inattesa, considerata la tendenza giurisprudenziale degli ultimi anni». Sottolinea il «cambio di rotta» rispetto al passato e, in particolare alla sentenza n. 43/2018., M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore*, cit., 6.

<sup>124</sup> Corte cost., 2 marzo 2018, n. 43, cit., § 7 del ‘considerato in diritto’.

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

natoria<sup>125</sup>.

Ora, *re melius perspecta*, il Giudice costituzionale sposta il baricentro del ragionamento sul piano processuale della garanzia, da intendersi «non quale principio “ordinamentale” a valenza oggettiva, funzionale alla certezza dei rapporti giuridici, ma quale diritto fondamentale della persona», la cui funzione primaria – si legge nella sentenza – è «quella di evitare l’ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata»<sup>126</sup>. L’idea di fondo, dunque, torna ad essere quella di un principio funzionale a garantire l’individuo dalla prospettiva di subire la “pena” di un doppio giudizio, prima, più ed oltre che quella derivante da una doppia sanzione<sup>127</sup>.

A dispetto degli enunciati formali, tuttavia, deve sottolinearsi come la Corte non abbia inteso portare sino alle estreme conseguenze le proprie premesse argomentative, aderendo ad una logica processuale pura e incondizionata del *ne bis in idem*, quale, ad esempio, sarebbe stata quella di un divieto inderogabilmente connesso – a mo’ di *Grande Stevens* – alla mera presa d’atto della definitività di uno dei due procedimenti punitivi aventi ad oggetto lo stesso fatto<sup>128</sup>. La prospettiva, invece, è rimasta ancorata ad una tutela processuale che può definirsi relativa o attenuata, perché contaminata alla base dal riferimento al *test* di *close connection* e, soprattutto, al requisito sostanziale della proporzionalità del trattamento sanzionatorio<sup>129</sup>. Eppure, anche entro questo diverso modo di definire e inquadrare la garanzia processuale attenuata, il Giudice costituzionale ha posto le premesse per affrancare la tutela del diritto al *ne bis in idem* dalla logica assorbente

<sup>125</sup> In tal senso, *ibidem*, la Corte rilevava come, per effetto della sentenza A e B, il *ne bis in idem* convenzionale avrebbe cessato «di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d’atto circa la definitività del primo procedimento [...] perché in presenza di una “close connection” è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell’altro» non potendosi continuare a sostenere il carattere «esclusivamente processuale» della garanzia.

<sup>126</sup> Ivi, § 5.1.1. del ‘considerato in diritto’.

<sup>127</sup> In tal senso, v. S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1393, secondo il quale «spostando radicalmente l’asse del problema dai criteri di accertamento alla ratio del principio» la Corte «ha il merito di restituire il *ne bis in idem* al suo rango di diritto fondamentale della persona, per sua natura suscettibile di temperamenti solo in forza di cogenti interessi superiori».

<sup>128</sup> Come sottolineato da J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 149/2022*, cit., 18, «non pare infondato ritenere che se la Corte avesse inteso sviluppare sino in fondo le delimitazioni categoriali assunte nelle premesse argomentative, a rigore si sarebbe dovuti pervenire ad una soluzione analoga all’orientamento *Grande Stevens*, per il quale – si ricorderà – il *ne bis in idem* veniva concepito secondo una logica prettamente processuale e, pertanto, scevro da ogni contaminazione ‘sostanzializzante’».

<sup>129</sup> Sul punto, S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1394, secondo il quale «la spiegazione più semplice» del richiamo all’orientamento interpretativo inaugurato dalla sentenza *A e B*, apparentemente contraddittorio rispetto alle premesse argomentative, «potrebbe consistere nel “vincolo” costituito dall’interpretazione dei giudici europei, al quale la nostra Corte ha ritenuto di conformarsi». In senso analogo, cfr. J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 149/2022*, cit., 18 a giudizio del quale si tratta di una cautela «comprensibile» atteso che «la riaffermazione di una logica squisitamente processuale del *ne bis in idem* si sarebbe infatti posta in aperto contrasto con una giurisprudenza ormai consolidata a livello sovranazionale – dal *revirement A e B c. Norvegia* in poi –, oltre a far dubitare della legittimità costituzionale di qualsiasi ipotesi di doppio binario processuale esistente all’interno dell’ordinamento».



della proporzionalità sanzionatoria<sup>130</sup>, affermando a chiare lettere che quest'ultima è garanzia fondata su basi giuridiche distinte da quelle su cui si fonda il diritto al *ne bis in idem*<sup>131</sup>.

Del resto, ben oltre le premesse argomentative, che la logica processuale del *ne bis in idem* – ancorché relativa o attenuata – abbia costituito il vero e proprio *leit motive* della sentenza<sup>132</sup>, è un dato che si ricava soprattutto dal modo in cui la Corte ha svolto l'*A e B test*.

Il rischio tangibile, sotto tale ultimo aspetto, era quello di dar luogo ad una sorta di “scollamento” tra le premesse argomentative e la loro concreta applicazione, quale sarebbe stato quello derivante da un approccio “formalistico” al giudizio di *close connection*, essenzialmente incentrato sull'unico parametro di valutazione, quello della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, del tutto indifferente rispetto alle fondamenta processuali del *ne bis in idem*.

Niente di tutto ciò, anzi, l'esatto opposto.

Nel vagliare la sufficiente integrazione tra i due procedimenti sanzionatori prefigurati dalla normativa sottoposta a scrutinio, il Giudice costituzionale ha fatto un'applicazione scrupolosa dell'*A e B test* prendendo in adeguata considerazione, attraverso argomentazioni reali e non meramente apparenti, tutti i parametri di giudizio – ulteriori rispetto a quello della proporzionalità del trattamento sanzionatorio – e relativi alla prevedibilità del cumulo punitivo, alla complementarietà degli scopi e al relativo coordinamento processuale<sup>133</sup>. Un approccio, quest'ultimo, che si pone in linea di continuità con le pronunce della Corte europea<sup>134</sup> e che, al tempo stesso, segna la marcata distanza dall'impostazione «funzionalista» della Corte di giustizia<sup>135</sup> la quale – di fatto – continua a ridurre la valutazione del *ne bis in idem* a mero giudizio sulla proporzionalità complessiva del cumulo sanzionatorio<sup>136</sup>.

<sup>130</sup> Si rinvia, in tal senso, alle autorevoli osservazioni di S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1394 ss.

<sup>131</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.1.1. del ‘considerato in diritto’ «Il *ne bis in idem* non si oppone, invece, alla possibilità che l'imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, a pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena: garanzia, quest'ultima, fondata su basi giuridiche distinte da quelle su cui si fonda il diritto al *ne bis in idem* (in particolare, sugli artt. 3 e 27 Cost. a livello interno, e sull'art. 49, paragrafo 3, CDFUE a livello unionale)».

<sup>132</sup> Significativo, in tal senso, appare anche il fatto che, nel far propria l'adesione alla logica processuale attenuata della garanzia, la Corte non abbia inteso soffermarsi – se non in un brevissimo passaggio argomentativo (cfr. Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.1.1. del ‘considerato in diritto’) – sul diverso orientamento fatto proprio dalla Corte di giustizia la quale – come si è detto – continua proporre una lettura del divieto di *ne bis in idem* essenzialmente legata alla complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio e, dunque, circoscritta al piano sostanziale della garanzia.

<sup>133</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 5.2.3. del ‘considerato in diritto’.

<sup>134</sup> Cfr. *supra*, § 2.1.2, spec. note 81, 82.

<sup>135</sup> Cfr. *supra*, § 2.1.2, spec. note 88, 93.

<sup>136</sup> Sottolinea quest'aspetto M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, cit., 9, a giudizio del quale, «molto opportunamente, pertanto, nella sentenza qui in esame la Corte costituzionale prende le distanze da siffatta tendenza riduttiva della garanzia, dimostrando la limitatezza di tale approccio: la proporzionalità è solo “uno” degli indici che può essere valorizzato al fine di valutare il carattere integrato di un doppio binario sanzionatorio (la *close connection in substance*), *ex se* autonomamente inidoneo a legittimare i cumuli di

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

Insomma, dalla sentenza in commento possono trarsi due indicazioni di massima, da tenere ben presenti nell’eventualità (tutt’altro che remota) in cui analoghe questioni di legittimità costituzionale possano tornare ad occupare i banchi della Consulta.

La prima: il Giudice costituzionale, in astratto, ha accolto un’interpretazione del *ne bis in idem* come principio operante sul piano processuale, ancorché secondo una prospettiva di tutela attenuata dal riferimento al paradigma della sufficiente connessione materiale e, in particolare, al parametro sostanziale della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio.

La seconda: in concreto, nello svolgimento del *test* di sufficiente integrazione procedimentale, la Corte ha dissipato ogni dubbio in merito a possibili contaminazioni sostanziali della garanzia, ripristinando la sua più autentica vocazione processuale.

Indicazioni di massima che, ben vedere, la Corte ha inteso rivolgere in prima battuta direttamente al legislatore, il quale – anche sul presupposto della rilevata inadeguatezza della soluzione normativa di risulta<sup>137</sup> – è stato chiamato ad un’auspicabile opera di rimeditazione complessiva dei sistemi di doppio binario punitivo attualmente vigenti in numerosi e variegati settori dell’ordinamento interno. Non vi è chi non veda come proprio il “monito” finale della sentenza costituisca l’ennesima e, se possibile, definitiva dimostrazione del fatto che la Corte costituzionale abbia inteso riconsegnare «il principio del *ne bis in idem* alla [sua] dimensione processuale», restituendogli «la funzione di garanzia di diritti fondamentali della persona»<sup>138</sup>.

### **4.1. (segue) Il limitato effetto additivo della sentenza di accoglimento**

L’adesione alla logica processuale del divieto *bis in idem* non ha comunque impedito alla Corte di contenere gli effetti della pronuncia al solo sistema di doppio binario vigente in materia di diritto d’autore.

Una soluzione che si presta a differenti valutazioni.

Sul piano formale, essa può dirsi soluzione, se non necessitata, quantomeno giustificata. L’esito decisorio della sentenza, infatti, trae le proprie premesse giuridiche nella preliminare opera di ridefinizione del *petitum* che la Corte ha operato al precipuo scopo di porre in chiaro, sin da subito, quale fosse il *thema decidendum*, e quali i limiti del proprio potere decisionale<sup>139</sup>. Sotto tale aspetto, dunque, ancorché limitato, l’esito decisorio appare giuridicamente ineccepibile.

Sul piano della sostanza, non di meno, il dispositivo della sentenza tradisce un certo *self restraint*. Diversamente da quanto le era stato chiesto, infatti, la Corte non ha inteso apportare una modifica di sistema, attraverso un intervento strutturale sull’art. 649 c.p.p. il cui effetto additivo sarebbe stato quello di estendere la portata applicativa della garanzia «a tutti i casi in cui, con riguardo ad uno stesso fatto, sia stata già irrogata in

---

procedimenti punitivi sullo stesso fatto illecito».

<sup>137</sup> Cfr. *supra*, § 3.1.

<sup>138</sup> In questi termini, S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1396.

<sup>139</sup> Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, cit., § 4 del ‘considerato in diritto’.

via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della [CEDU] e dei relativi protocolli<sup>140</sup>. Una soluzione di questo genere, generalizzando la portata operativa del divieto di doppio giudizio indistintamente rispetto a tutte le ipotesi di doppio binario penale e amministrativo, avrebbe avuto l'effetto di conferire al giudice ordinario l'arduo compito di accertare i presupposti operativi della garanzia e di svolgere autonomamente l'*A e B test*. Piuttosto, consapevole delle marcate differenze correnti nella disciplina dei regimi di doppio binario vigenti nell'ordinamento interno<sup>141</sup>, la Corte ha preferito mantenersi entro il perimetro di un giudizio casistico, limitato cioè alla specifica disciplina oggetto di censura: di essa sono stati vagliati gli specifici profili d'incompatibilità con la garanzia del *ne bis in idem*, e solo rispetto ad essa è stata estesa la garanzia processuale di cui all'art. 649 c.p.p.

Ciò, peraltro, non esclude che le importanti affermazioni di principio enunciate nel testo della sentenza possano essere riproposte per prospettare l'incostituzionalità degli altri sistemi punitivi di doppio binario, attualmente previsti in diversi settori del nostro ordinamento e, almeno formalmente, non interessati dagli effetti additivi della sentenza n. 149/2022<sup>142</sup>. Anzi, sotto quest'ultimo aspetto, appare ragionevole ipotizzare che – non diversamente da quanto accaduto in altre occasioni<sup>143</sup> – dalla sentenza sul diritto d'autore possa scaturire una sorta di “effetto domino”, attraverso la proposizione di tante altre questioni di legittimità costituzionale, quanti sono i modelli punitivi strutturati secondo lo schema del «doppio binario cumulativo»<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> In tal senso, M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, cit., 5 ss., spec. nota 9, sottolinea come l'interesse della Corte sia stato quello di «delegare ai giudici ordinari la delicata valutazione relativa alla sussistenza degli incerti presupposti applicativi del divieto (costituzionale) del secondo giudizio».

<sup>142</sup> Come rilevato da S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1395 ss., la pronuncia della Corte costituzionale, sebbene limitata alla specifica questione sottoposta, «elabora un'interpretazione del principio [...] valida per tutte le situazioni di duplicazione dei procedimenti con essa incompatibili già in astratto» sicché «il nostro giudice delle leggi presto si troverà dinanzi a questioni di legittimità che rivendicheranno una coerente applicazione dei principi ora enunciati». In senso analogo, J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 149/2022*, cit., 23.

<sup>143</sup> Il parallelismo, ancorché si tratti di una materia affatto diversa da quella in esame, è riferito alle vicende che hanno interessato la disciplina della custodia cautelare in carcere di cui l'art. 275, c. 3, c.p.p., norma che a partire dal *leading case* del 2010 (Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, 3169 ss.) - e poi con le altre declaratorie seriali d'illegittimità costituzionale (Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, 3169; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, 2950; Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2011, 4554; Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 985 ss.; Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57, in *Giur. cost.*, 2010, 863; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213, in *Dir. e Giust.*, 2013, 995; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 430 ss.; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48, in *Giur. cost.*, 968 ss.) – è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui, con riguardo alle ipotesi criminose che venivano di volta in volta in considerazione, prevedeva una presunzione assoluta, anziché relativa, di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.

<sup>144</sup> L'espressione, in contrapposizione a quella di «sistemi di doppio binario alternativo», è impiegata da A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1056, per indicare quei sistemi di doppio binario sanzionatorio che pongono i maggiori problemi di compatibilità con il divieto di bis in idem in quanto caratterizzati dalla «convergenza», per espressa previsione di legge, di entrambe le sanzioni

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

Ecco, allora, l’interrogativo che ci si pone: se – in considerazione della portata della pronuncia in commento – i principi generali in essa affermati siano o meno in grado di rimettere in discussione la legittimità strutturale dei sistemi doppio binario.

Ipotizzare i possibili scenari futuri, in una materia complessa e in continuo divenire qual è quella oggetto d’analisi, non è compito semplice. Conviene quindi limitarsi ad alcuni punti fermi.

Il primo è che nella sentenza sul diritto d’autore la Corte si è trovata al cospetto di un regime di doppio binario sanzionatorio strutturato secondo caratteristiche tali da renderlo *ictu oculi* incompatibile con il diritto al *ne bis in idem* convenzionale<sup>145</sup>: basti pensare che la legge n. 633/1941 non prevede alcun sistema di coordinamento processuale, né un meccanismo che consenta al giudice penale di “tener conto” della sanzione comminata all’esito del procedimento già definito. Breve: nel caso di specie, è stato relativamente semplice constatare la reciproca autonomia dei due procedimenti. Il che, del resto, rende ragione di una sentenza ben motivata ma, tutto sommato, concisa.

Di qui, il secondo punto certo è che, nell’eventualità in cui la Corte costituzionale sarà chiamata a giudicare della legittimità costituzionale e convenzionale di altri sistemi di doppio binario – primi tra tutti quelli vigenti in materia tributaria<sup>146</sup> e finanziaria<sup>147</sup> – il

---

rispetto al medesimo fatto.

<sup>145</sup> In senso analogo, J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 149/2022*, cit., 19, spec. nota 83.

<sup>146</sup> In ambito tributario, come noto, la configurazione del sistema di doppio binario discende dalla coesistenza delle sanzioni penali e amministrative rispettivamente previste dal d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, e dal d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 471. In tale settore, tuttavia, deve darsi conto del fatto che la scelta di fondo del legislatore sia stata quella di riservare al diritto penale (d.lgs. 74/2000) la repressione degli illeciti più gravi, prevalentemente concernenti gli obblighi di dichiarazione e autoliquidazione dell’imposta dovuta – con un giudizio di gravità essenzialmente incentrato sul superamento di determinate soglie quantitative – lasciando al sistema delle sanzioni amministrative (art. 13, d.lgs. 471/1997) il contrasto alle violazioni meno gravi. Tale scelta, coerente con l’intenzione di dar luogo ad un doppio binario alternativo (e non cumulativo), ha trovato confronto nella previsione del criterio di specialità di cui all’art. 19 del d.lgs. 74/2000 («Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale») volto proprio ad evitare il rischio di una possibile sovrapposizione tra i due binari punitivi. In concreto, tuttavia, il rischio di dar luogo ad un sistema di doppio binario cumulativo (e non alternativo) non è stato evitato posto che, a partire dalle note “sentenze gemelle” delle Sezioni Unite (Cass. pen., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37425 e 28 marzo 2013 n. 37424, rispettivamente riguardanti i reati di omesso versamento di ritenute e di omesso versamento dell’IVA) la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266), si è mostrata restia a guardare oltre i limiti insiti nel criterio di “specialità in astratto”, ricostruendo il rapporto tra fattispecie penali (artt. 10 *bis* e 10 *ter*, d.lgs. 74/2000) e amministrative (art. 13, d.lgs. 471/1997) in termini di progressione criminosa, con la conseguenza di ammettere pacificamente il concorso tra sanzioni e procedimenti penali e amministrativi. Per una compiuta analisi del sistema di doppio binario tributario italiano, si vedano: A. Ingrassia, *Ragione fiscale vs ‘illecito penale personale’*, Milano, 2016; E.M. Mancuso, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, A. Giarda - G. Varraso - A. Perini (a cura di) *La nuova giustizia penale tributaria*, Padova, 2016, 533 ss.; A.F. Tripodi, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Diritto penale dell’economia*, vol. I<sup>o</sup>, Torino, 2017, 684 ss.

<sup>147</sup> L’apparato punitivo delineato per gli abusi di mercato dal T.U.F. (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e succ. mod.), come noto, è costituito da un sistema integrato di sanzioni amministrative e penali. Nel recepire la direttiva 2003/6/Ce, con la riforma del 2005 (l. 18 aprile 2005, n. 62) il legislatore italiano ha «elaborato un microcosmo normativo dove alle fattispecie penali di *market abuse* (artt. 184 e 185 t.u.f.), si affiancano delle fattispecie a rilevanza amministrativa (artt. 187 *bis* e 187 *ter* t.u.f.), le quali si pongono in

suo compito sarà meno agevole di quanto lo sia stato nella sentenza sul diritto d'autore<sup>148</sup>. A tale ultimo proposito, infatti, non può passare inosservato che «quando il legislatore ha intenzionalmente previsto e regolamentato sistemi a doppio binario [...] (come nel caso, appunto, dei doppi binari in materia finanziaria e tributaria) ha contestualmente disciplinato una qualche forma di collegamento tra autorità procedenti nella fase di accertamento del fatto, preoccupandosi altresì di predisporre meccanismi che impedissero o almeno temperassero il cumulo punitivo secco tra le sanzioni irrogati all'esito dei due procedimenti»<sup>149</sup>.

Ebbene, ancorché si tratti di conclusioni opinabili, la semplice previsione normativa

---

un rapporto di coincidenza oggettiva pressoché completa con le prime; da ciò ne è derivata l'applicazione di un sistema sanzionatorio penale e amministrativo insieme, ispirato a un meccanismo cumulativo», così F. Mazzacuva - E. Amati, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*, in Id., *Diritto penale dell'economia*, IV ed., Milano, 2019, 351. In questi termini, allora, può dirsi che - diversamente da quanto avviene in ambito tributario - nel settore del *market abuse* il sistema di doppio binario cumulativo rappresenta «il frutto di una precisa scelta legislativa, che emerge anzitutto dalla clausola di riserva “salve le sanzioni penali” con cui esordiscono, all'esito della riforma del 2005, le fattispecie di illecito amministrativo di cui agli artt. 187-bis e 187 ter t.u.f.», così F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 206 Per un maggior approfondimento sul sistema di doppio binario in materia di *market abuse*, tra gli altri, si vedano: A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 555 ss.; Id., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 864 ss.; F. D'Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 614 ss.; M. Scoletta, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina euromunitaria degli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016, 218 ss.

<sup>148</sup> Cfr., in senso analogo, S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1394 ss., al quale si rinvia soprattutto per l'indicazione dei possibili interventi legislativi che, in ambito tributario e finanziario, varrebbero a ricondurre i sistemi di doppio binario «entro i canoni stabiliti dalla sentenza della Corte costituzionale».

<sup>149</sup> In questi termini M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 191.



## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

di tali strumenti di coordinamento processuale<sup>150</sup> e sanzionatorio<sup>151</sup>, potrebbe essere

<sup>150</sup> In linea di principio appaiono funzionali a soddisfare il requisito del coordinamento procedimentale, le norme che prevedono, a vario titolo, forme di raccordo tra i due binari (penale e amministrativo) così da ridurre a quanto strettamente necessario l’onere supplementare derivante dal cumulo dei procedimenti. In ambito tributario, oltre alle disposizioni che prevedono istituti premiali subordinati all’estinzione del debito tributario (art. 13, d.lgs. 274/2000, cfr. *infra*) così da creare “indirettamente” una forma di raccordo tra adempimento del debito tributario e processo penale, vengono in considerazione le norme che introducono reciproci obblighi di comunicazione degli illeciti tributari tra le autorità investigative e giudiziarie coinvolte (cfr. art. 331 c.p., nonché art. 36 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, e art. 14, c. 4, l. 24 dicembre 1993 n. 537), le norme che disciplinano forme di reciproca circolazione del materiale probatorio raccolto nell’indagine penale e in quella tributaria (cfr. art. 63, c. 1, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, nonché art. 33, c. 3, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 e, specularmente, art. 220 disp. att. c.p.p.) e che, anche in forza della giurisprudenza relativa all’utilizzabilità degli atti, consentono al giudice (penale o tributario) la possibilità di utilizzare, come elemento di prova, il materiale istruttorio raccolto nell’altro procedimento (in tal senso, Cass. civ., sez. V, 20 marzo 2013, n. 6918, nonché Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 2018, n. 54379). Per un maggior approfondimento, si rinvia a P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, nonché G. Bocellari, *La reciproca utilizzabilità degli atti nell’accertamento tributario e nel procedimento penale*, entrambi in A. Giarda - G. Varraso - A. Perini (a cura di) *La nuova giustizia penale tributaria*, cit., 462. Per un giudizio critico, tra gli altri sottolineano come le disposizioni citate non siano idonee a costituire effettivi strumenti di raccordo procedimentale tra i due binari, P.P. Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2, 2018, 101 ss. M. Tortorelli, *L’illecito penale tributario e il suo doppio. Dal dialogo (mancato) tra le Corti ad un auspicabile intervento legislativo*, in *Arch. pen.*, 2, 2018, 9 ss.; F. Colaïanni - M. Monza, *Il problema del “conflitto” tra ne bis in idem “internazionale” e doppio binario tributario. La parabola del principio verso l’eclisse?*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2017, 39 ss. In ambito finanziario, invece, si ha riguardo alle disposizioni del d.lgs. 58/1998 che prevedono l’autorizzazione del Procuratore della Repubblica per l’esercizio di specifiche attività investigative da parte della Consob (art. 187-*octies*, c. 5, T.U.F.), ovvero alla norma che disciplina i rapporti collaborativi tra autorità amministrative e giudiziarie in sede di accertamento (art. 187-*decies* T.U.F.), ovvero, ancora, alla disposizione che disciplina le facoltà della Consob nel procedimento penale (art. 187-*undecies* T.U.F.), nonché all’utilizzabilità incrociata del materiale istruttorio raccolto in ciascun procedimento (in tal senso, Cass. pen., sez. V, n. 29 gennaio 2013, n. 4324). In argomento, P. Fimiani, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2, 2017, 11 ss. In chiave critica, nel senso di escludere che tali strumenti di raccordo siano suscettibili di dar luogo al requisito della sufficiente integrazione procedimentale, E. Basile, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 5, 2017, 279 ss., nonché F. Viganò, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate*, in *Dir. pen. cont., on line*, 28 novembre 2016; F. Cassibba, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio*, in *Proc. pen. e giust.*, 6, 2017, 1098 ss.

<sup>151</sup> Nel settore tributario il vincolo della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio è (o dovrebbe essere) assicurato “a valle” dal peculiare meccanismo di cui all’art. 21 del d.lgs. 74/2000 che prevede l’ineseguibilità delle sanzioni amministrative in caso di fattispecie legate da un rapporto di specialità ai sensi dell’art. 19 del d.lgs. 74/2000. Senonché – come si è detto (cfr. *supra*, nota 146) – la giurisprudenza di legittimità si è mostrata nel tempo (ed è tutt’ora) piuttosto restia ad inquadrare il rapporto tra le fattispecie penali e amministrative in termini di specialità, ragion per cui il peculiare meccanismo di ineseguibilità di cui all’art. 21, operando «in funzione servente del principio di specialità di cui all’art. 19», appare destinato a non trovare applicazione, aprendo alla possibilità di dar luogo al cumulo materiale delle sanzioni punitive, cfr. in tal senso, A. F. Tripodi, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione sfonda il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3, 2018, 275. In questi termini, allora, è stato criticamente osservato come «proprio i limiti di operatività di tale meccanismo restituiscono anche i profili di perdurante illegittimità del sistema», così M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 193. Parte della dottrina, allo scopo di assicurare comunque il risultato utile costituito dalla neutralizzazione a “valle” del cumulo sanzionatorio, ha proposto una lettura «disgiunta degli artt. 19 e 21 tale da rendere quest’ultima previsione operativa indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie», in tal senso cfr. F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell’economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 215 ss. Rimane in ambito tributario, tra gli strumenti volti a prevenire il possibile

valorizzata dal Giudice costituzionale per ritenere accertata, sotto i rispettivi profili, la sufficiente integrazione materiale tra i due procedimenti. Tuttavia, ciò non permetterà comunque di ritenere concluso il giudizio di *close connection in substance* tra i due procedimenti e, di conseguenza, per concludere nel senso della compatibilità strutturale del sistema normativo con il divieto di *bis in idem*. La Corte costituzionale, esattamente come i giudici della Corte europea<sup>152</sup>, ha infatti mostrato di tenere in adeguata considerazione tutti i diversi parametri di giudizio delineati nell' *A e B test* e, tra questi, anche quelli che fanno leva, rispettivamente, sulla prevedibilità del cumulo punitivo e procedimentale e sulla complementarità degli obiettivi avuti di mira<sup>153</sup>. Parametro, quest'ultimo, che nella

cumulo delle sanzioni penali e amministrative e, quindi, a garantire la proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio, deve annoverarsi anche la causa di non punibilità prevista dall'art. 13 del d.lgs. 74/2000, ai sensi del quale i reati di omesso versamento e indebita compensazione non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari - comprensivi di sanzioni amministrative e interessi - sono stati estinti mediante integrale pagamento del dovuto, anche a seguito di procedure conciliative, adesione all'accertamento o ravvedimento operoso (per un commento alla norma, introdotta dal d.lgs. 158/2015, cfr. A. Giarda - M. Alloisio, *Le nuove cause di estinzione del reato e di esclusione della punibilità. Le circostanze del reato*, in A. Giarda - G. Varraso - A. Perini (a cura di) *La nuova giustizia penale tributaria*, cit., 440 ss.) Ancorché la causa di non punibilità di cui all'art. 13 del d.lgs. 74/2000 non risponde direttamente all'esigenza di garantire il rispetto del *ne bis in idem* (sotto il profilo sostanziale della proporzionalità del trattamento sanzionatorio), in dottrina è stato messo in evidenza come essa, potrebbe costituire un rimedio indiretto consentendo comunque a colui che abbia corrisposto le sanzioni amministrative di evitare l'applicazione di quelle penali: in tal senso, *ex multis*, M. Dova, *Art. 19. Principio di specialità*, in S. Putinati - C. Nocerino (a cura di) *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs n. 158/2015*, Torino, 2015, 388 ss. D'altra parte, se ne sono evidenziati i limiti applicativi discendenti dal fatto che la non punibilità (penale) è subordinata alla condizione del pagamento del debito tributario (sanzioni amministrative e interessi) entro la dichiarazione di apertura del dibattimento, quando invece «il *ne bis in idem* sostanziale imporrebbe che il pagamento della sola sanzione amministrativa, in qualsiasi momento avvenga condizioni l'applicazione di quella penale»: così, tra gli altri, F. Mazzacuva, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, *Il ne bis in idem*, cit., 216. In ambito finanziario, invece, il requisito sostanziale della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio derivante dal cumulo dei binari penale e amministrativo, trova riconoscimento nel meccanismo di scomputo punitivo previsto dall'art. 187 *terdecies* del d.lgs. 58/1998 che, a dispetto della sua originaria formulazione, in seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. 107/2018, prevede oggi il dovere, in capo al "giudice" del secondo processo (sia esso l'autorità giudiziaria o la Consob), di «tenere conto» delle sanzioni (siano esse penali o amministrative) già in precedenza irrogate all'esito del primo processo (penale o amministrativo). Tale disposizione normativa e, in particolare, l'espressione «tenere conto» è stata interpretata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità come attributiva del potere di disapplicazione delle sanzioni penali, ove quelle amministrative già applicate siano di per sé proporzionate al disvalore del fatto, ovvero del potere di derogare *in mitius* i minimi edittali previsti dalla norma incriminatrice, così da riportare il trattamento sanzionatorio complessivo entro i limiti di proporzionalità compatibili con il *ne bis in idem* sostanziale (in tal senso, cfr. Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869; Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2019, n. 39999, in *Giur. it.*, 2020, 932, con nota di A.F. Tripodi, *Ne bis in idem e insider trading: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 15 novembre 2018, in *Dir. pen. cont., on line*, 15 marzo 2019, con nota di F. Mucciarelli "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica). Per un maggior approfondimento in ordine al peculiare meccanismo di scomputo punitivo di cui all'art. 187 *terdecies* T.U.F., cfr. con diversità di vedute: L. Baron, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen., on line*, 3, 2019, 31 ss.; E. Desana, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 2019, 354 ss.; M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercè degli interpreti*, in *Le Società*, 2019, 544 ss.

<sup>152</sup> Cfr. *supra*, § 2.1.2, spec. note 81 ss.

<sup>153</sup> Cfr., M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario*

## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

valutazione della Corte europea viene a dipendere anche dalla valorizzazione di profili di disvalore del fatto che – «non solo in *abstracto* ma anche in *concreto*»<sup>154</sup> – devono essere almeno in parte diversi.

Ora, se il requisito della prevedibilità costituisce un criterio di valutazione pressoché «ininfluente»<sup>155</sup>, facilmente riconoscibile, ed infatti puntualmente riconosciuto, ne discende che molto dipenderà dall’approccio rispetto alla complementarità degli scopi. Parametro di giudizio d’incerto significato e che, tra tutti, costituisce forse il meno intellegibile: indifferentemente riferibile (e infatti riferito) ora alle sanzioni, ora ai procedimenti,<sup>156</sup> le interferenze con il giudizio circa la natura delle sanzioni sono tangibili<sup>157</sup>, ed altrettanto chiaro è rischio di incorrere in contraddizioni<sup>158</sup>.

Sta di fatto che, sul terreno della complementarità di scopo, l’esito negativo del giudizio – ovvero l’accertamento dell’identità di obiettivi avuti di mira dai due procedimenti – appare meno improbabile con riferimento al sistema di doppio binario finanziario, di quanto non lo sia in materia tributaria.

In quest’ultimo ambito, infatti, la non perfetta sovrapponibilità strutturale degli illeciti amministrativi e penali rende, almeno in astratto, più agevole argomentare in merito alla alterità delle funzioni rispettivamente assegnate alle sanzioni amministrative (scopo deterrente e compensatorio) e penali (finalità punitiva rispetto a fatti dolosi) e, quindi, più semplice ravvisare la non perfetta sovrapponibilità teleologica tra il procedimento

---

*punitivo in materia di diritto d’autore*, cit., 10.

<sup>154</sup> Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, § 132.

<sup>155</sup> Così, A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1066, nel senso che «posto l’onere conoscitivo della legge in capo ad ogni cittadino, non si vede come mai potrebbe essere imprevedibile uno dei due procedimenti sanzionatori [...]». In questi termini, allora, è stato giustamente osservato come «la impossibilità per il singolo di prevedere ciascuno dei due cumuli (sanzionatorio e processuale) determinerebbe, rispettivamente, una violazione degli artt. 7 e 6 CEDU, prima ancora che dell’art. 4 Prot. 7», così J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, cit., 9, spec. nota 28.

<sup>156</sup> Mentre nella giurisprudenza della Corte di giustizia il parametro della complementarità degli scopi, ancorché sia solo accennato e non adeguatamente approfondito, viene riferito direttamente alle sanzioni (cfr. CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, §§ 44 e 63) la Corte europea – almeno in astratto – riferisce la complementarità degli obiettivi alle procedure, anche se nel vagliare il requisito – in concreto – torna a fare riferimento agli scopi perseguiti dalle sanzioni, più che dai procedimenti (cfr., Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, § 144). Cfr., *amplius*, L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit., 116 ss.

<sup>157</sup> In tal senso, L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit., 117; S. Quattrocchio, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di ne bis in idem e i suoi effetti sull’ordinamento italiano*, in M. Donini – L. Foffani (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo* Torino, 2018, 148;

<sup>158</sup> Sottolinea quest’aspetto, tra gli altri, A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1065 ss.: «Se si ammette che la sanzione amministrativa presenta uno scopo [...] non punitivo, così da rendere il relativo procedimento complementare a (ossia, un *unicum* con) quello penale, non si dovrebbe altresì porre in dubbio la sua stessa natura penale e quindi escludere in radice la violazione del *ne bis in idem*? Oppure, correlativamente: se si è qualificata la sanzione amministrativa come sostanzialmente penale, in quanto punitiva, non si dovrebbe allora, in sede di giudizio di connessione sostanziale e temporale dei procedimenti, riscontrare la presenza di due procedimenti e pertanto concludere nel senso del *ne bis in idem*?». In senso analogo, tra gli altri, R.A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 3837.

amministrativo e quello penale<sup>159</sup>.

Viceversa, in materia finanziaria, alla perfetta identità strutturale tra illeciti penali e amministrativi diretti a punire essenzialmente le stesse condotte<sup>160</sup>, fa da *point d'appui* l'omogeneità teleologica delle sanzioni penali e amministrative. Tutto ciò non può che riflettersi sul giudizio di non complementarità degli scopi dei due procedimenti, i quali appaiono entrambi indirizzati al medesimo scopo funzionale a tutelare l'«integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari»<sup>161</sup>. Detto altrimenti, in quest'ambito il “binario penale” non costituisce che una modalità più incisiva di protezione del medesimo interesse giuridico.

A conferma di quanto sin qui sostenuto, depongono essenzialmente due “indizi”.

Innanzitutto, quando è stata chiamata a valutare la compatibilità dei sistemi di doppio binario rispetto al vincolo del *ne bis in idem*, la giurisprudenza europea si è mostrata più sensibile rispetto alla materia del *market abuse*, nella quale l'esito negativo dell'*A e B test*, quindi l'assenza del carattere sufficiente integrato tra i due procedimenti, è dipeso non solo dai profili di interconnessione cronologica, ma anche dal riscontro di una disconnessione sostanziale e, sotto tale ultimo aspetto, proprio dalla carenza della

---

<sup>159</sup> Secondo l'orientamento interpretativo già fatto proprio dalla Corte europea a partire dalla sentenza A e B, e successivamente ribadito dalla Corte di Cassazione la quale, in alcuni recenti arresti ha riconosciuto la sufficiente integrazione tra il procedimento penale e quello tributario rilevando, sotto lo specifico profilo della complementarità degli scopi, che il procedimento amministrativo «è volto al recupero a tassazione delle imposte non versate», mentre il procedimento penale «è teso alla prevenzione e alla repressione dei reati in materia tributaria», così Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2021, n.4439, in *Riv. dott. comm.*, 2021, 267 ss., con nota di L. Troyer, *Non viola il ne bis in idem l'irrogazione di sanzione formalmente amministrativa alla quale è riconosciuta natura sostanzialmente penale*. Cfr., in senso critico rispetto a tale orientamento, M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, cit., 199, spec. nota 74, a giudizio del quale si tratta di un di un'«affermazione – funzionale a legittimare il doppio binario – che risulta corretta solo in linea di principio, ma che non tiene conto del carattere punitivo via via assunto (anche) dal procedimento amministrativo tributario, attraverso la previsione di severe sanzioni pecuniarie per i fatti oggetto di accertamento». In senso analogo, cfr. A. F. Tripodi, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la corte di cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont., on line*, 16 marzo 2018; S. Colaianni - M. Monza, *Il problema del “conflitto” tra ne bis in idem “internazionale” e doppio binario tributario. La parabola del principio verso l'eclisse?*, cit., 38; G. Melis, *Ne bis in idem con il nodo della connessione*, in *Il sole 24 ore, Norme e tributi*, 15 ottobre 2017; F. Gallo, *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul “ruolo” delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. trib.*, 2017, 923.

<sup>160</sup> Come confermato dalla clausola d'apertura “le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” con cui esordiscono, rispettivamente, gli articoli 187 *bis* e 187 *ter* del d.lgs. 58/1998.

<sup>161</sup> Così, M. Scoletta, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, cit., secondo cui, in materia di *market abuse*, l'unicità teleologica dei due procedimenti costituirebbe un dato davvero «inconfutabile» come dimostrato anche dalla motivazione intimamente «tautologica» fornita dalla Corte di giustizia la quale, nella sentenza *Garlsson*, ha espressamente riconosciuto «legittimo che uno Stato membro voglia, da un lato, scoraggiare e reprimere ogni violazione, intenzionale o meno, del divieto di manipolazione del mercato applicando sanzioni amministrative stabilite, se del caso, in maniera forfettaria e, dall'altro, scoraggiare e reprimere violazioni gravi di tale divieto, che sono particolarmente dannose per la società e che giustificano l'adozione di sanzioni penali più severe» (cfr. CGUE, *Garlsson*, cit., § 47:). *Contra*, nel senso di ritenere integrato il requisito della differenziazione degli scopi delle risposte sanzionatorie, sia in astratto, che in concreto, cfr. P. Fimiani, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, cit., 12, a giudizio del quale «le sanzioni amministrative pecuniarie sono versate alla Consob e quindi all'Autorità di controllo, assumendo pertanto una valenza anche compensatoria rispetto all'attività istituzionale dalla stessa svolta, che si aggiunge a quella generale retributiva caratteristica esclusiva, invece, della sanzione penale»



## **Lincostituzionalità del sistema di “doppio binario” in materia di diritto d’autore riapre il dibattito sulla legittimità strutturale dei cumuli punitivi: verso una nuova stagione del *ne bis in idem*?**

complementarietà di scopo<sup>162</sup>.

Viceversa, in ambito tributario, le due Corti europee si sono mostrate decisamente più indulgenti rispetto alla valutazione delle soluzioni di doppio binario prefigurate nei singoli ordinamenti interni. In tale settore, impregiudicato il riscontro della effettiva complementarietà di scopo tra procedimento tributario e quello penale<sup>163</sup>, l’esito negativo dell’*A e B test* e la conseguente violazione della garanzia – quando è stata riconosciuta – è dipesa essenzialmente dall’assenza di una sufficiente connessione temporale<sup>164</sup>, ossia dall’unico parametro che non si presta ad essere preso in considerazione nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale.

A ciò si aggiunga che la stessa Corte costituzionale sembrerebbe aver già posto una seria ipoteca sulla legittimità strutturale del sistema di doppio binario tributario. Con la sentenza n. 222/2019<sup>165</sup>, infatti, il Giudice costituzionale ha già svolto, sia pure *inci-*

<sup>162</sup> Emblematica, in tal senso, la sentenza Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, cit., In quell’occasione – investita del ricorso presentato da un cittadino francese (il sig. Nodet) inizialmente condannato dall’Autorità amministrativa al pagamento di una sanzione per l’illecito di manipolazione del mercato, e successivamente, per i medesimi fatti, sottoposto a nuovo procedimento penale conclusosi con la condanna alla pena detentiva di otto mesi di reclusione – la Corte si trovava a giudicare della legittimità convenzionale del sistema di doppio binario punitiva in materia di illeciti finanziari. Nel decidere la questione, dopo avere riscontrato i presupposti operativi della garanzia (tanto l’*idem factum* quanto la natura sostanzialmente punitiva delle sanzioni applicate) la Corte europea ha fatto applicazione dell’*A e B test* onde verificare se i due binari potessero effettivamente considerarsi come parti di un unico procedimento sanzionatorio integrato: al riscontro della prevedibilità della duplicazione sanzionatoria e procedimentale, e dalla complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio, tuttavia, si è accompagnato il rilievo dell’assenza di complementarietà di scopo, il difetto di una sufficiente integrazione procedimentale e, sotto il profilo cronologico, il difetto di una sufficiente connessione temporale. In particolare, sotto il profilo della complementarietà di obiettivi, la Corte europea ha sottolineato come i due procedimenti non potessero considerarsi “complementari” rispetto agli scopi perseguiti, essendo entrambi finalizzati a reprimere i medesimi profili di dannosità del fatto di manipolazione del e a tutelare i medesimi interessi sociali (Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, cit., § 48).

<sup>163</sup> Già a partire dalla pronuncia *A e B*, resa proprio con riferimento al sistema di doppio binario prefigurato dall’ordinamento norvegese in materia fiscale, l’esito positivo dell’*A e B test* – sotto il profilo dell’interconnessione materiale – era dipeso dal riconoscimento della complementarietà degli scopi perseguiti dai due procedimenti sanzionatori, rispettivamente intesi, l’uno – quello amministrativo-tributario – ad uno scopo deterrente e, assieme, compensatorio rispetto ai considerevoli sforzi, umani e finanziari, profusi dall’amministrazione fiscale per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali; l’altro – quello *strictu sensu* penale – votato ad una finalità dichiaratamente punitiva rispetto ad una condotta antisociale, caratterizzata da una componente aggiuntiva di tipo doloso o fraudolento, cfr. Corte EDU, *A e B c. Norvegia*, cit., § 144.

<sup>164</sup> Si vedano, in tal senso, Corte EDU, 18 maggio 2017, *Johansson e a. c. Islanda*, cit., e Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, cit. In ambedue le sentenze, rese con riferimento al sistema di doppio binario tributario vigente nell’ordinamento islandese, l’esito negativo dell’*A e B test*, quindi l’accertamento della violazione della garanzia, è dipeso essenzialmente dall’assenza di una *connection in time*: nel caso *Johansson*, infatti, la Corte ha avuto buon gioco di constatare come, dopo un primo iniziale periodo di svolgimento parallelo, il secondo procedimento si era protratto per ulteriori cinque anni dopo la chiusura del primo, con il risultato di tenere in gioco l’autore della condotta illecita per un periodo complessivo di nove anni; similmente, nel caso *Bjarni Armannsson*, la Corte ha censurato l’assenza di sovrapposizione cronologica poiché i due procedimenti – che avevano avuto una durata complessiva di circa cinque anni – erano avanzati in parallelo solo per poco più di cinque mesi, e quello penale era continuato autonomamente per un anno e mezzo.

<sup>165</sup> Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, cit. (per un commento, v. M. Scoletta, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, cit., 2649 ss.). La sentenza, con la quale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. è stata dichiarata inammissibile per insufficiente descrizione della fattispecie oggetto di giudizio e per difetto



*denter tantum*, la verifica sulla sufficiente integrazione tra il procedimento penale e quello tributario, riscontrando tutti i diversi parametri significativi di tale connessione, *ivi* compreso quello della complementarità di scopo<sup>166</sup>.

In definitiva, volendo riavvolgere i fili del discorso, se da un lato può certamente dirsi che la sentenza n. 149/2022 della Corte costituzionale appaia quantomeno in grado di rimettere in discussione la tenuta strutturale dei sistemi di doppio binario vigenti nell'ordinamento interno, d'altra parte, se due o più indizi fanno una prova, dovrà anche riconoscersi che attualmente il sistema di doppio binario vigente in materia finanziaria appaia maggiormente esposto alle censure dei giudici, di quanto non lo sia quello vigente in materia tributaria.

---

di motivazione in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza, si iscrive nel noto *affaire* Menci essendo scaturita dall'ordinanza di rimessione sollevata dallo stesso Giudice *a quo* del caso Menci, il quale, nonostante la Corte di giustizia avesse già riconosciuto la compatibilità del sistema di doppio binario tributario rispetto alla garanzia di cui all'art. 50 (CGUE, Grande Sez., 20 marzo 2018, *Menci*, cit), ha egualmente chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità della norma impugnata per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4, prot. 7, CEDU e all'art. 50 CDFUE, nella parte in cui non estende il divieto di doppio giudizio anche ai casi di doppio binario penale e amministrativo.

<sup>166</sup> Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, cit., § 2.2.1. del 'considerato in diritto', ove, in particolare, la Corte costituzionale sottolinea come nell'ordinanza di rimessione il Giudice *a quo* non adduca sufficienti argomentazioni per confutare la complementarità degli scopi tra i due procedimenti (amministrativo-tributario e penale) già riconosciuta dalla Corte di giustizia, limitandosi ad affermare «apoditticamente l'identità di scopo, senza però chiarire – in particolare – le ragioni per cui dovrebbe escludersi che la minaccia di una sanzione detentiva per l'evasione di importi IVA annui superiori – oggi – a 250.000 euro, in aggiunta a una sanzione amministrativa pecuniaria calcolata in misura percentuale rispetto all'importo evaso, possa perseguire i legittimi scopi di rafforzare l'effetto deterrente spiegato dalla mera previsione di quest'ultima, di esprimere la ferma riprovazione dell'ordinamento a fronte di condotte gravemente pregiudizievoli per gli interessi finanziari nazionali ed europei, nonché di assicurare ex post l'effettiva riscossione degli importi evasi da parte dell'amministrazione grazie ai meccanismi premiali connessi all'integrale saldo del debito tributario».