

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVIII - agosto 2018, n° 08

08

20
18

| estratto

*SEPTIES IN IDEM. DALLA «MATERIA PENALE»
ALLA PROPORZIONE DELLE PENE MULTIPLE
NEI MODELLI ITALIANO ED EUROPEO*

di Massimo Donini

317.2 SEPTIES IN IDEM. DALLA «MATERIA PENALE» ALLA PROPORZIONE DELLE PENE MULTIPLE NEI MODELLI ITALIANO ED EUROPEO (*)

For the Seventh Time: From the “Criminal Matter” to the Proportion of Multiple Sanctions in the Italian and European Models

Lo studio affronta il tema della materia penale unitamente a quello del *ne bis in idem* sostanziale, conducendo l'analisi sul sistema sanzionatorio italiano della moltiplicazione delle sanzioni in primo luogo penali, ma anche amministrative, per la medesima condotta di base, e confrontandolo con la giurisprudenza europea di Corte edu e CGUE. La fragilità scientifica del parametro del *ne bis in idem* applicato alla “*matière pénale*” si rafforza in prospettiva di esigenza di proporzione complessiva della risposta sanzionatoria. Il sistema italiano, che conosce sino ad almeno sette sanzioni afflittive (in parte punitive) per il medesimo fatto, accanto al modello della degradazione sanzionatoria (ridotta punibilità progressiva), necessita di uno sfoltimento sanzionatorio di sistema (civile, penale e amministrativo insieme). Il significato di ciò che è o non è “penale” resta al centro dell'analisi compiuta.

The study deals with the subject of “criminal matter” together with that of the double jeopardy, analyzing the Italian sanctioning system of the multiplication of both criminal and administrative sanctions for the same basic conduct, and comparing it with the European case-law of ECHR and CJEU. The scientific fragility of ne bis in idem applied to the “matière pénale” is strengthened in view of the need for an overall proportion of the sanctioning response. The Italian system, which knows up to at least seven afflictive (partly punitive) penalties for the same fact, alongside the model of the sanctioning degradation (progressive reduction of the punishment), requires a thinning of the sanctioning system (civil, criminal and administrative all together). The meaning of what is or is not “criminal” stays in the focus of the analysis carried out.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

di **Massimo Donini**

Professore ordinario di Diritto penale - Università di Modena e Reggio Emilia

Sommario 1. L'irrelevanza della *mala in se/mala quia prohibita distinction* rispetto alla moltiplicazione delle sanzioni. — 2. Sanzioni “sostanzialmente” penali oltre l'*argumentum libertatis*. — 3. Se non è penale si può fare. La spinta incoercibile alla penalizzazione. — 4. Le preoccupazioni per un *bis in idem* valutato *in sede giurisdizionale* ora sulla sola identità dei “fatti materiali”, ora su parametri più allargati di valutazione. — 5. L'aumento delle sanzioni incontrollate come fattore di inflazione criminalizzante. — 6. Eccesso del livello sanzionatorio astratto e meccanismi incoercibili di occultamento, incer-

(*) Testo riveduto e aggiornato della relazione svolta al Convegno annuale dell'AIDP, sez. italiana, svoltosi a Modena, nei giorni 30 marzo-1° aprile 2017, su *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

tezza e degradazione della pena concreta. — **7.** Il (primo) modello nazionale di depenalizzazione di fatto e la non punibilità. — **8.** Nuovi *trends*. Il «delitto non paga» e i nuovi istituti della confisca per equivalente e delle prestazioni riparativo-risarcitorie “indotte”. — **9.** *Septies in idem*. La patologia dispiegata della moltiplicazione delle pene. — **10.** La disapplicazione, paradossale ma ragionevole, del secondo “modello”. — **11.** L’afflittività, o invece la punizione riprovante con minaccia di esclusione identitaria quale essenza del penale? Dal *Cur Deus homo* alle Corti europee, alle contraddittorie aperture “qualificatrici” della Corte costituzionale. — **12.** La logica proporzionalistica del *ne bis in idem* sostanziale e i meccanismi anche processuali di assorbimento-compensazione. — **13.** (*Segue*) Il *ne bis in idem* sostanziale europeo *revisited*: una visione interdisciplinare e “compensativa” del sistema sanzionatorio in generale.

1. L'IRRILEVANZA DELLA MALA IN SE/MALA QUIA PROHIBITA DISTINCTION RISPETTO ALLA MOLTIPLICAZIONE DELLE SANZIONI

Che cosa è *materia* sicuramente penale non potrebbe essere definito secondo la classica distinzione tra *mala in se* e *mala quia prohibita* ⁽¹⁾. I reati artificiali, del resto, sono riconosciuti e non delegittimati da quella distinzione. Il danneggiamento doloso senza violenza o minaccia alle persone o di beni non pubblici, la nuova ingiuria, il falso materiale in scrittura privata, gli atti osceni dopo la riforma di cui ai d.lg. 15 gennaio 2016, n. 7 e n. 8, sono oggi depenalizzati. Ma non hanno con ciò acquistato una “struttura” extrapenale, né vengono avvertiti come artificiali.

Anche i crimini e i delitti vs. le contravvenzioni non offrono che ripartizioni dai *confini mobili*. Noi sappiamo che solo il *nucleo* della materia delittuosa (*real crimes*, delitti naturali) o il nucleo interno di vari delitti può essere visto come autenticamente penalistico, mentre varie contravvenzioni non dovrebbero, una volta abolita questa ‘categoria’, entrare nell’extrapenale, ma essere trasformate secondo strutture consone a un penale di cui già portano comunque i tratti.

In realtà, *non è la struttura dell’illecito, ma la risposta sanzionatoria* a creare i veri problemi di duplicazione o moltiplicazione delle sanzioni, penali in senso materiale. Gli illeciti a pena “multipla” possono essere strutturalmente non criminali, ma se la sanzione lo è, sorgono già i problemi di *bis in idem* sostanziale. Del resto, anche delitti incontestabili non devono implicare moltiplicazioni sanzionatorie capaci di aggredire la persona in modo sostanzialmente vessatorio escludente per sommatoria.

2. SANZIONI “SOSTANZIALMENTE” PENALI OLTRE L’ARGUMENTUM LIBERTATIS

La relativizzazione dei precetti e degli illeciti reca con sé l’addomesticabilità delle sanzioni. Una volta superata la “grande divisione” della pena detentiva o limitativa della libertà, l’emancipazione del legislatore nella scelta sanzionatoria indistintamente “punitiva” e nelle sue qualificazioni si è rivelata davvero esplosiva. Solo il “rischio carcere” identifica il penale in modo sicuro, ma esso appare una realtà giustamente valutata come residuale (*ultima ratio*) nella

(1) Cfr. D. HUSAK, *Malum prohibitum and Retributivism* (2005), in Id., *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford University Press, New York, 2010, 410 ss. Per una rassegna dossologica degli approcci contenutistici anglo-americani al tema basti la antologia raccolta nel primo Capitolo di C.M.V. CLARKSON AND H.M. KEATING/S.R. CUNNINGHAM, *Criminal Law*⁸, Sweet & Maxwell, 2014, p. 1-75.

politica sanzionatoria dei reati di medio-bassa gravità. Ciò che solleva una questione identitaria permanente rispetto ad altri illeciti.

L'*argumentum libertatis* ⁽²⁾, oggi recessivo nell'identificazione del penale *in action* ⁽³⁾, vale solo, ma vale ancora, per l'area *formalmente* penalistica. Le sanzioni penali nell'ordinamento italiano implicano *sempre* un rischio o una minaccia per la libertà, a differenza di tutte le altre sanzioni giuridiche, e di quanto accade in altri ordinamenti europei. Infatti, anche quando il diritto penale si limita ad applicare solo pene pecuniarie, queste ultime, se non vengono pagate per l'incapacità (anche se incolpevole) del condannato di adempiere, si convertono in pene limitative della libertà ⁽⁴⁾.

Però il dato formale nulla dice sulla sofferenza effettiva. Per ciò che riguarda l'afflittività reale del penale concretamente non detentivo, si devono esplorare altri parametri identitari e soprattutto di contenimento delle potenzialità indefinite del concorso di pene, che non devono replicarsi *ad libitum* sotto nomi e con forme differenti, con il pretesto che non sarebbero detentive. Entriamo qui in un territorio poco esplorato.

3. SE NON È PENALE SI PUÒ FARE. LA SPINTA INCOERCIBILE ALLA PENALIZZAZIONE

Questo giudizio sintetico esprime un comune modo di sentire nel nostro Paese (ma verosimilmente anche fuori dai confini, anche se con diverse declinazioni possibili) che può riscontrarsi a ogni livello sociale e in ogni categoria: dai Parlamentari ai pubblici e privati amministratori, dai lavoratori agricoli a quelli dell'industria, dagli impiegati agli studenti, ai professionisti, dal clero ai pensionati, dai giornalisti ai docenti universitari, dai magistrati ai lavoratori autonomi, agli amici del bar, della domenica o della bocciofila.

Se non è penale si può fare. È questione di prezzo, di *pricing* ⁽⁵⁾. Viceversa, se entriamo "nel penale", anche solo l'etichettamento consiglia in genere di evitare questo rischio.

È dunque evidente, al di là di qualsiasi analisi scientifica sull'effettività delle leggi di depenalizzazione, *perché il sistema delle sanzioni amministrative, nel suo complesso, come alternativa 'secca' al penale, presenti un deficit culturale di fondo*, tale da pregiudicare ogni modello di depenalizzazione, per non parlare del diritto penale minimo. Una selezione penalistica sul piano dell'evento e dell'elemento soggettivo è la strada più percorsa dalla tradizione dottrinale e legislativa, a favore di una minore offensività e colpevolezza dell'illecito amministrativo. Puntare peraltro sull'extrapenale in via esclusiva già *ex ante* – anziché semmai *ex post facto* – presenta frequenti incertezze di tenuta.

⁽²⁾ Cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, p. 41 ss.; quindi Id., voce *Teoria del reato*, in *Dig. d. pen.*, XIV, 1999, § 4; e ulteriori sviluppi in Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 48 ss.

⁽³⁾ Da ultimo FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, 2017, p. 16 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. gli art. 136 c.p., artt. 102, 103, 105, 108 l. 689/1981: conversione della pena pecuniaria insoluta (non pagata) nelle pene della libertà controllata o del lavoro sostitutivo, che se violati conducono alla pena detentiva; nonché gli artt. 55, 56 d.lg. n. 274/2000 sul giudice di pace: conversione della pena pecuniaria non pagata nella pena della permanenza domiciliare ovvero, su richiesta, in quella del lavoro sostitutivo, che se violata si converte nella permanenza domiciliare. La violazione degli obblighi della permanenza domiciliare è poi direttamente sanzionata con la pena della reclusione.

⁽⁵⁾ Sviluppi e richiami in M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, 2014, p. 23 ss.

4. LE PREOCCUPAZIONI PER UN *BIS IN IDEM* VALUTATO IN SEDE GIURISDIZIONALE ORA SULLA SOLA IDENTITÀ DEI “FATTI MATERIALI”, ORA SU PARAMETRI PIÙ ALLARGATI DI VALUTAZIONE

Da quanto detto emerge perché è con estrema preoccupazione che a livello applicativo si è guardato alla giurisprudenza europea (Corte di giustizia prima, Corte edu poi ⁽⁶⁾) che per un certo tempo si è basata su una prevalenza di parametri di *declinazione processuale* del *ne bis in idem*, ancorati a criteri di mera *identità della condotta oggettiva*, o dei “fatti materiali”, per riscontrare una violazione dell’art. 50 della CDFUE e dell’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU ⁽⁷⁾, a prescindere da una valutazione complessiva del carico sanzionatorio ⁽⁸⁾.

L’idea era che solo intervenuto un giudicato (per es. amministrativo) non si potesse “computare” due illeciti e ritenere che il primo assorbisse integralmente il secondo. In caso di contestualità di procedimenti, invece, non c’erano preclusioni, anche se restava problematica la criteriologia per la composizione dei rischi di un *bis in idem* solo sostanziale, e non processuale.

Inoltre si continuava a non capire perché fosse possibile applicare in fase esecutiva o con successiva verifica probatoria (cioè in un altro procedimento) una pena accessoria “dimenticata” nella sentenza di merito, o una confisca, o una misura di sicurezza, vertendo sulla stessa condotta e avendo sicuramente natura penale. Oppure perché sia legittimo l’istituto del concorso formale di reati, la cui soluzione implica un “n” *in idem* solo quantitativamente temperato.

Processo e diritto sostanziale ne uscivano confusi e confondenti, non essendo chiaro *il perché vero* del divieto di applicare una seconda sanzione, anche solo dopo un giudicato amministrativo ⁽⁹⁾.

Per rendere seria *l’opzione extrapenale esclusiva* dobbiamo ricorrere a sanzioni amministrative davvero afflittive, che preoccupino per le conseguenze: la perdita di *status* o diritti, la sospensione e il ritiro della patente di guida, multe pesanti e immediatamente eseguibili, chiusura di esercizi commerciali, demolizione di costruzioni abusive, confische amministrative, bastano per un assorbimento? Sanzioni che non sembrano o non sono formalmente penali, ma possono affliggere certo più di pene sospese.

La *politicità della valutazione* del peso sanzionatorio in chiave di esclusività o di complementarietà è ciò che lo ha sottratto per lungo tempo a una *verifica giurisdizionale*: salvo che in casi evidenti di truffa delle etichette dalle quali ha preso le mosse la giurisprudenza della Corte Edu.

⁽⁶⁾ Per l’avvicinamento dei criteri tra giurisprudenza CGUE e Corte edu a partire da C. edu, 10 febbraio 2009, Serguei Zolotukhin c. Russia, v. 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.*, 2014, fasc. 3-4, p. 201 ss.

⁽⁷⁾ Per un commento all’art. 4 del Protocollo 7 cfr. S. ALLEGREZZA, *Commento all’art. 4 del Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE, P. SENA, V. ZAGREBELSKY, a cura di, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, 2012, p. 894 ss.

⁽⁸⁾ Dopo C. edu, 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, v. esemplarmente C. edu, 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia.

⁽⁹⁾ V. le esatte critiche di Fr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 287 ss., 313 ss.

Come ricorda anche di recente la CGUE, ricapitolando i c.d. criteri Engel ⁽¹⁰⁾ e Öztürk ⁽¹¹⁾, per la valutazione della natura penale di procedimenti e di sanzioni sono rilevanti *tre criteri*. Il primo consiste nella *qualificazione giuridica* dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella *natura dell'illecito* e il terzo nel grado di *severità della sanzione* in cui l'interessato rischia di incorrere ⁽¹²⁾.

La giurisprudenza storica della Corte Edu sul tema della "*matière pénale*" ⁽¹³⁾, d'altro canto, evidenzia una soggettività, manipolabilità e imprevedibilità di decisioni ⁽¹⁴⁾, tali da mettere in discussione *ogni ipotesi di concorso di sanzioni*: pene accessorie, misure di sicurezza, confische, risarcimenti, pene amministrative etc.

Che cosa non è penale? Che cosa non è capace di "assorbire" totalmente le altre minacce sanzionatorie?

A queste perplessità è seguito, come noto, l'allargarsi della verifica a molteplici parametri di "natura sostanziale" diversi dalla mera identità di fatti materiali, sino a valutare la proporzione e l'ammissibilità di un cumulo di sanzioni che tenga conto di "aspetti diversi" del medesimo comportamento ⁽¹⁵⁾: ciò che rende più ragionevole l'esito di un bilanciamento. L'assenza di affidabili *parametri tecnici* a fronte di sanzioni parimenti "afflittive" espone la problematica a manipolazioni ermeneutiche inevitabili (*infra*).

5. L'AUMENTO DELLE SANZIONI INCONTROLLATE COME FATTORE DI INFLAZIONE CRIMINALIZZANTE

A *parte* quindi il sistema delle misure di prevenzione, che contiene una sicura truffa delle etichette, perché è sostanzialmente penale in quanto sono *misure di sicurezza* (dopo il 2011), non *pene* come si dice, ma si radica sulla prevalenza della lotta e della difesa sociale nella sua assenza di garantismo sostanziale e processuale; *a parte* alcune forme di confisca, sicuramente assimilabili alla confisca penale e dunque sostanzialmente penali, oggi sempre più riconosciute come tali anche dalla giurisprudenza domestica; *a parte* alcune sanzioni amministrative nuove molto punitive "duplicanti" oppure uniche, ma particolarmente gravose in qualche

⁽¹⁰⁾ All'origine C. edu, 8 giugno 1976, Engel e a. c. Paesi Bassi. Oltre ai principali Commentari alla CEDU sull'art. 7 della Convenzione, per tutti in chiave diacronica E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, p. 37 ss.; Fr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., cap. 5.

⁽¹¹⁾ C. edu, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 894 ss., con nota di C.E. PALIERO, "*Materia penale*" e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, *ivi*.

⁽¹²⁾ Cfr. *ex plurimis* C. giust. UE sentenze del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, punto 37, e del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 35, e da ultimo del 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate S.A., Ricucci e a. Consob, C-537/16, punto 28; 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, punto 26; 20 marzo 2018, Di Puma c. Consob e Zecca c. Consob, cause riunite C-596/16 e C-597/16, punti 41-43.

⁽¹³⁾ V. gli scritti cit. a nota 10. Istruttiva da ultimo l'analisi di V. MANES, *Profili dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.

⁽¹⁴⁾ Rilievo diffuso. Non è davvero sorprendente che anche negli USA simili difetti siano riscontrati, in un non recentissimo passato, nella in realtà coeva giurisprudenza della *Supreme Court* su sanzioni punitive e non punitive: "*an incoherent muddle...so inconsistent that it borders on the unintelligible*". Così W. LOGAN, *The ex post facto clause and the Jurisprudence on Punishment*, in *American Criminal Law Review*, 1998 (1261), 1268, 1280, cit. in HUSAK, *Malum prohibitum and Retributivism*, cit., p. 416, nota 36.

⁽¹⁵⁾ V. in particolare le tre sentenze C. giust. UE, 20 marzo 2018, e segnatamente Di Puma c. Consob e Zecca, cause riunite C-596/16 e C-597/16, punti 41-43.

settore ⁽¹⁶⁾, noi abbiamo – generalmente parlando – un problema opposto al *bis in idem occulto*: un problema di eccesso di penale formale, non di penale informale.

Il settore classico dei *criteri Engel* della Corte Edu riguardava illeciti formalmente non penali ma sostanzialmente tali in un significato comparativo rispetto ad altri specifici illeciti degli ordinamenti di riferimento. Il richiamo al *ne bis in idem* processuale celava spesso ragioni sostanziali inesprese. Ci occupiamo qui, invece, delle troppe sanzioni criminali *non detentive* o che accedono ovvero si aggiungono a quelle principali, e solo in misura più circoscritta del problema delle sanzioni originariamente non criminali di particolare gravità.

Il problema è dunque il seguente: se una sanzione extrapenale *aggiunta sopravvenuta* a una sanzione penale per lo stesso fatto può sollevare un vizio di duplicazione indebita di risposta punitiva in termini di diritto sostanziale, e non meramente processuale, la moltiplicazione *originaria* di analoghe sanzioni, ma quasi tutte formalmente penali, non pone analoghi o perfino maggiori vizi di congruenza o di legittimità? E se invece non fosse così, se questi problemi si ritenessero insussistenti nel moltiplicare pene principali, accessorie, misure di sicurezza, etc. come gestire razionalmente tutta la teorica del *ne bis in idem* sostanziale? ⁽¹⁷⁾

6. ECCESSO DEL LIVELLO SANZIONATORIO ASTRATTOE MECCANISMI INCOERCIBILI DI OCCULTAMENTO, INCERTEZZA E DEGRADAZIONE DELLA PENA CONCRETA

Tra i sistemi penali europei occidentali l'italiano è di quelli a maggior livello sanzionatorio in astratto: abbiamo le pene più elevate. Soprattutto *i minimi* edittali. I progetti legislativi e le riforme penali degli ultimi anni non smentiscono questo *trend*, e anzi lo accentuano. Il legislatore italiano punta tutto sui minimi alti. La magistratura, che si sente così deresponsabilizzata, non lo censura.

Ovviamente tale caratteristica di sistema rende *obbligata una strategia di successiva degradazione sanzionatoria*: ma anche *l'occultamento della realtà sanzionatoria* dietro il palcoscenico delle pene edittali. Il sistema sanzionatorio, infatti, è celato fuori dal codice penale. Chi legge il codice non capisce niente non solo della pena *in action*, ma neppure di quella *in the books*.

Un complesso di meccanismi (più che un "sistema"!!!) di questo genere – solo un sistema *de lege ferenda* si può (de)scrivere in Italia sul piano sanzionatorio – non può dunque che introdurre forme di depenalizzazione in concreto o di fatto, più che di diritto: meccanismi permanenti (sanatorie di regime) o temporanei (sanatorie periodiche, condoni, un tempo le amnistie) di degradazione, ma non di vera eliminazione del penale.

⁽¹⁶⁾ Per es. dalla procreazione medicalmente assistita alla tutela dei mercati, alle sanzioni delle Autorità indipendenti, alle stesse misure di prevenzione.

⁽¹⁷⁾ Una teorica, come noto, che ha come fondamento razionale principi (di proporzione, equità etc.) che si traducono o in *criteri tecnici* escludenti il concorso (specialità) o implicanti il concorso (assorbimento, cumulo giuridico, cumulo materiale) o in *criteri valutativi* che possono condurre a soluzioni alternative non predeterminate. Sulle sue interferenze con il tema del *ne bis in idem* europeo cfr. A.F. TRIPOLI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss.; e ampiamente L. BIN, *La convergenza di illeciti penali ed amministrativi nella prospettiva del ne bis in idem*, Tesi dottorale, Modena, 2017-2018. Solo in sede di correzione delle bozze del presente contributo abbiamo potuto consultare l'istruttivo studio di C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli, 2018, dedicato interamente alle tematiche affrontate nel presente lavoro, nel segno di un rinnovato rilancio anche costituzionale del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

7. IL (PRIMO) MODELLO NAZIONALE DI DEPENALIZZAZIONE DI FATTO E LA NON PUNIBILITÀ

Il “*modello nazionale*” di *depenalizzazione* è stato, negli ultimi venti, trent’anni, *la non punibilità, la degradazione sanzionatoria*, cioè la trasformazione *in itinere* della pena minacciata in qualcosa di meno grave o diverso ⁽¹⁸⁾. Perché si è pensato che occorresse prima minacciare penalmente in ogni caso, la depenalizzazione “di diritto” certificata e stabile impediva questo meccanismo ed era tollerabile solo rispetto a situazioni o effettivamente controllate da agenzie territorialmente affidabili, da verifiche giurisdizionali plausibili, oppure in casi più marginali, la cui violazione può essere monetizzata senza troppi sacrifici. Salvo alcune non sempre lodevoli eccezioni, soprattutto per le imprese e gli operatori economici, perché magari creano vere duplicazioni punitive di rilevante peso sanzionatorio.

La scansione tipica, in moltissimi casi di responsabilità penale è quindi la seguente: *dalla pena alla non punibilità*. Una pena più grave ed elevata inizialmente, sino a forme di degradazione, di riduzione, di estinzione, sia a livello di giudizio di merito (dal primo grado all’appello), sia in fase esecutiva (il sistema della liberazione anticipata e degli altri benefici possibili). Un percorso progressivo di decriminalizzazione o di decarcerizzazione condizionata. *Per questo motivo ho proposto, da tempo, di inserire nei manuali di diritto penale riguardanti l’ordinamento italiano un capitolo dedicato alla «non punibilità», anziché un capitolo sulla punibilità*, che non solo non è oggetto di prova processuale, ma è riempita di meccanismi degradatorio-estintivi.

Tradizionale e collaudato è il *meccanismo del doppio imbuto*. A) *Selezione dell’autore dai fatti emersi*. Dal numero maggiore dei reati sino alla selezione processuale dell’autore, e in seguito B) *Percorso decrescente o eventualmente stabile della risposta contro o per il singolo autore*. Una progressione discendente, a decrescere, che realizza a suo modo un orientamento di *extrema ratio* ⁽¹⁹⁾.

8. NUOVI TRENDS. IL «DELITTO NON PAGA» E I NUOVI ISTITUTI DELLA CONFISCA PER EQUIVALENTE E DELLE PRESTAZIONI RIPARATIVO-RISARCITORIE “INDOTTE”

Negli ultimi tempi si è peraltro accentuato un diverso *trend* verso *nuove forme di (maggiore) efficienza sanzionatoria*: è l’idea che il *delitto non paga*. Due istituti ne sono gli alfieri.

a) *la confisca per equivalente* e

b) *l’idea della riparazione dell’offesa e del danno non come forma “spontanea” di restorative justice o di mediazione penale* (aspetto bellissimo ma solo parziale al suo interno) ⁽²⁰⁾, *ma soprattutto di restaurazione risarcitorio-ripristinatoria*, e quindi l’inclusione di ipotesi o di requisiti di riparazione/risarcimento dentro a diversi benefici che l’ordinamento “promuove”. Tra questi occorre ricordare: la messa alla prova (art. 168-bis c.p.), la nuova riparazione nei

⁽¹⁸⁾ Descrizioni progressive in M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1035 ss.; Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, p. 75 ss., 89 ss.; Id., *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 259 ss.; Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi Coppi*, vol. II, a cura di D. BRUNELLI, Jovene, 2011, p. 889 ss., spec. 919 ss.

⁽¹⁹⁾ *Amplius Il volto attuale*, cit., § 8 (231 ss.) su “La selezione processuale dell’autore”.

⁽²⁰⁾ Sulla distinzione tra delitto riparato (riparazione dell’offesa come modello generale anche di parte generale) e *restorative justice*, cfr. M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *Criminalità d’impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, a cura del CNPDS, Giuffrè, 2017, spec. p. 43-48.

reati perseguibili a querela (art. 162-ter c.p.), l'esclusione della confisca per equivalente in alcuni casi di offesa-danno riparato, la riparazione obbligatoria per il patteggiamento per reati contro la PA (art. 444, comma 1-ter, c.p.p.), la bancarotta riparata, la collaborazione processuale "riparatoria" estesa a vari reati non più di sola criminalità organizzata, i condoni, le *voluntary disclosures*, le diverse sanatorie riparatorie, il danno ambientale riparato, il debito tributario estinto, le oblazioni speciali con neutralizzazione del pericolo e ripristino delle condizioni di sicurezza in materia di lavoro, ambientale, il risarcimento estintivo in alcuni reati societari, nell'art. 341-bis c.p., l'ampilissimo modello riparatorio del d.lg. 231/2001 per gli enti.

Il *delitto riparato*, in effetti, è categoria più complessa e di diversa matrice culturale rispetto alla *restorative justice*, e si presta a introdurre a livello "di sistema" logiche completamente nuove di pena agita e non più subita ⁽²¹⁾.

9. SEPTIES IN IDEM. LA PATOLOGIA DISPIEGATA DELLA MOLTIPLICAZIONE DELLE PENE

Il fenomeno descritto è peraltro più grave e complesso nell'insieme e va in controtendenza rispetto al fenomeno della degradazione e della non punibilità. Infatti, il "sistema" non ha solo aggiunto pene non detentive, o sostitutive o alternative al carcere, ma ha anche *moltiplicato le sanzioni in funzione non degradante la pena principale*: 1) pene principali, 2) pene accessorie, 3) misure di sicurezza, 4) sanzioni amministrative e disciplinari, decadenze, sospensioni, incapacità, indegnità, etc. 5) risarcimenti civili anche punitivi, responsabilità contabile e 6) misure interdittive e cautelari, più 7) misure di prevenzione. Sono almeno *sette binari paralleli o successivi* riguardanti lo *stesso fatto*, tutti potenzialmente applicabili anche se non a tutti i reati. Chi è inserito in plurimi contesti socio-economici o pubblici e portatore di diversi *status* giuridici rischia un maggiore effetto moltiplicatore. Oppure chi è inserito in un circuito criminale di speciale valenza criminologica, e si porta dietro un etichettamento permanente. Un pubblico ufficiale, per es., per un peculato o per una corruzione, li può sperimentare tutti, e anche eccezionalmente uno in più. Comincia con la notifica di una sospensione interdittiva da ufficio e stipendio, che si consolida dopo la condanna di primo grado; prosegue con la sanzione disciplinare; seguono pena principale, pene accessorie, confisca per equivalente, risarcimento civilistico o contabile, riparazione pecuniaria coattiva *ex art. 322-quater c.p.*, e poi confisca dei beni e misura di prevenzione.

Septies in idem. E forse otto con il costituzionalmente dubbio art. 322-quater (*v. infra*). Sono tutte sanzioni, sono tutte "afflittive" (*v. infra*), anche se non sono *punitive* allo stesso modo, ma riguardanti una medesima condotta illecita alla base.

Ciò pone con ogni evidenza *un problema di diritti fondamentali*.

Non tanto perché è una vera foresta di rovi: per fortuna abbiamo un sistema inefficiente, perché se non lo fosse, l'esito complessivo sarebbe di annientamento e non certo di inclusione della persona, annientamento che invece avviene per la criminalità organizzata.

Quanto per il carico sanzionatorio.

Osserviamo l'idea punitiva classica che io contesto nel suo nucleo di duplicazione del male, ma che sostiene il meccanismo moltiplicatore.

⁽²¹⁾ Si consenta ancora di rinviare a *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, Riv. trim., 2015, p. 236 ss.

Quando colleghiamo sette sanzioni a una "identica materia" ("*in idem*") il riferimento è alla *stessa condotta*, quale denominatore comune, mentre *cambiano* evento o modalità significative di tale condotta, o l'aggiungersi di comportamenti o profili soggettivi o di pericolosità ulteriori, che presentano tuttavia *un nucleo strutturale comune* a distinte sanzioni punitive o cripto-punitive, parapenali.

Orbene, nei settori dove vari di questi binari coesistono, rimane evidentemente il bisogno di riaffermare, nonostante i sette possibili livelli già coesistenti nell'ordinamento, che il delitto non paga, perché la settuplicazione delle sanzioni è la cartina di tornasole che la degradazione sanzionatoria è debole, e spesso non riesce a sanzionare veramente neppure una volta, restituendoci l'immagine e la prassi di una macchina punitiva inflazionata, incerta ma anche malfunzionante. Ecco, allora, che si introduce nei delitti contro la PA non solo la confisca per equivalente accanto alla pena principale e a quelle accessorie (sono tre, col risarcimento quattro, con gli illeciti disciplinari cinque), ma anche una ulteriore confisca di somma corrispondente al maltolto che viene data alla Amministrazione di competenza a titolo di "riparazione pecuniaria" (art. 322-*quater* c.p.). È così che si può essere assolti dal delitto di associazione per delinquere o di tipo mafioso, ma anche da qualche reato proprio o economico e ora per reati di corruzione, ma subito dopo sottoposti a misura di prevenzione personale e reale. Ed accade così che solo in qualche caso sporadico sia espresso chiaramente il principio che la confisca per equivalente non si applica se c'è stata restituzione alla vittima del profitto confiscabile. Si punisce per il profitto ottenuto, ma non si soddisfa neppure la vittima.

Ma non basta. All'opinione pubblica, in aggiunta, viene presentato *un modello "teorico" ma anche un ulteriore meccanismo molto concreto e aggiuntivo*, quello della pena massima minacciata, della punizione anticipata sulla stampa, delle misure cautelari come anticipazione di pena, della violazione del segreto istruttorio funzionale a tale meccanismo, della costruzione dell'etica pubblica attraverso il diritto penale, della penalizzazione dell'immoralità attraverso il processo e i mass-media. Sul piano sostanziale, in definitiva, *l'intera macchina processuale penalistica è una sanzione ulteriore* assai temuta, più di alcune pene formalmente vigenti. A questo sistema afflittivo informale, poi, si aggiungono le sanzioni formalmente giuridiche dei *sette binari* sopra descritti.

10. LA DISAPPLICAZIONE, PARADOSSALE MA RAGIONEVOLE, DEL SECONDO "MODELLO"

Se fosse rigorosa, questa plurima modellistica non sarebbe razionale. Tuttavia, non è rigorosa, è realizzata "all'italiana". È la sua *disapplicazione* o applicazione intermittente che la rende *paradossalmente più "ragionevole" e tollerata*. La possibile e temuta estensione delle garanzie processuali e sostanziali ad altri rami del sistema – se li ritenessimo tutti penali in senso stretto – potrebbe infatti condurre a una sua *paralisi processuale*. La *semplificazione e unificazione processuale* appare allora uno degli obiettivi più rilevanti della materia del c.d. *bis in idem*, premessa delle stesse soluzioni sostanziali di "assorbimento" o cumulo giuridico delle sanzioni.

Infatti, se la distinzione penale/non penale non può essere risolta *concettualmente* con criteri *univoci* e generali sul piano sostanziale, ma *solo per casi paradigmatici o eclatanti* – è la tesi che il convegno modenese sul *bis in idem* dovrebbe dimostrare o falsificare – dovrà essere individuata *discrezionalmente*, vale a dire sul piano del *trattamento sanzionatorio*. Ciò può avvenire ad opera *del legislatore* o ad opera *del giudice*. Discrezionalità vs. tipicità.

Onde evitare la dissoluzione della legalità nel *case without law* e la perdita di ogni sistematica, del penale come possibile sistema, nella casistica e nella prassi, occorrerà costruire una criteriologia che sostituisca l'attuale autoregolamentazione casuale nella foresta dei rovi.

11. L'AFFLITTIVITÀ, O INVECE LA PUNIZIONE RIPROVANTE CON MINACCIA DI ESCLUSIONE IDENTITARIA QUALE ESSENZA DEL PENALE? DAL *CUR DEUS HOMO* ALLE CORTI EUROPEE, ALLE CONTRADDITTORIE APERTURE "QUALIFICATRICI" DELLA CORTE COSTITUZIONALE

L'attuale assetto europeo della *materia penale* in relazione al *ne bis in idem* sostanziale può essere schematicamente riassunto come segue.

Non esiste un *criterio scientifico* illuminante e sicuro su ciò che è "*matière pénale*", cioè su ciò che va considerato sostanzialmente penale, nonostante, e a prescindere da, una diversa qualificazione formale. L'abbiamo sempre saputo, ma qualcuno voleva autoconvincersi del contrario, confidando che decenni di sperimentazione casistica trovassero l'impossibile pietra filosofale. Abbandonato o relativizzato il parametro della qualificazione come criterio risolutivo, giuspositivistico e formale, e quello troppo restrittivo della perdita o del sacrificio della libertà, tutto è possibile. Anche il risarcimento danni, con obbligazione soggettivamente "inesigibile" e dunque capace di impegnare tutta la vita del debitore (art. 2740 c.c.), può essere qualificato come estremamente afflittivo e devastante (una sanzione *lifelong!*), del tutto a prescindere dal fatto che contenga formalmente un danno punitivo aggiunto. Sul piano dell'afflittività esso supera di anni-luce la multa per la rissa semplice (art. 588, comma 1, c.p.), qualsiasi pena sospesa, o i *punitive damages* per il danneggiamento doloso semplice di beni non pubblici, non esposti alla pubblica fede, senza minacce o violenze alla persona etc. (art. 635 c.p. e d.lg. n. 7 del 2016).

Però non è una "pena", perché mira solo al risarcimento, a differenza dei danni punitivi che vi aggiungono un *quid pluris*.

Certo possono esistere estremi intollerabili di violazione dei diritti fondamentali, là dove si spacci per "amministrativa" o "processuale" una perdita di diritti da tutti avvertita come *uguale* ad altre pene di un certo ordinamento. Questa truffa delle etichette, come ogni estremismo ammantato da ipocrisia giuridica, non richiede una trattazione scientifica, e anche la Costituzione nazionale deve sanzionarne l'artificiosa dissimulazione⁽²²⁾. Ma già la "gestione ermeneutica" di varie etichette ritenute fraudolente ha fatto vacillare le certezze intuizionistiche d'origine.

Si è compreso che non erano sempre in gioco veri e propri diritti fondamentali – c'è anche la retorica dei "diritti fondamentali" –, quanto piuttosto questioni di equità sanzionatoria, di proporzione. E tali questioni vengono a emergere proprio in caso di raddoppio o di moltiplicazione di più sanzioni a contenuto afflittivo-punitivo. Si passa così dalla «materia penale» al *ne bis in idem*: dalla riquificazione ai limiti di una punizione aggiuntiva.

(22) Nel frattempo, C. cost., 24 gennaio 2018, n. 43, adeguandosi in materia tributaria (su questione di violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU da parte dell'art. 649 c.p.p., sul *bis in idem* tra sanzioni amministrative tributarie e sanzioni penali per lo stesso fatto) a C. edu, Grande Camera, 1° novembre 2016, A. e B. C. Norvegia (v. sul punto G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *questa rivista*, 2017, p. 469 ss.) segue le evoluzioni della giurisprudenza europea. In settori diversi, peraltro, si registra come noto da tempo la ricezione da parte della Consulta dell'esigenza di una *autonoma valutazione della materia penale*, oltre le qualificazioni nazionali distintive tra *pene e misure di sicurezza*, quanto meno in relazione al tema della disciplina penale della retroattività di confische sostanzialmente punitive: per es. in materia di circolazione stradale (C. cost. n. 196/2010) e in caso di confisca per equivalente retroattiva in materia penale tributaria (C. cost. ord., n. 97 del 2009).

Il discorso coinvolge il concorso di sanzioni a parità di 'fatti', non solo le loro qualificazioni. Se non ti escludo dal consorzio sociale, potrò incidere su diversi diritti tra quelli che ti ho conservato: onore, lavoro, capacità giuridiche, patrimonio, rapporti familiari, libertà sessuale, contrattuale, diritti politici, di associazione, di circolazione, etc. Per ogni ambito può esserci una sanzione aggiunta o specifica o una indegnità, una incapacitazione.

Secondo la Corte Edu, la CGUE e i loro commentatori – che tra una nota a sentenza e l'altra non danno mostra di accorgersi che stanno discettando di qualcosa di formidabile come l'«essenza del diritto penale!» – la sanzione penale deve avere un contenuto "afflittivo". Cioè: deve far male, risultare dolorosa come perdita di qualche diritto, oppure deve essere un "male aggiunto", *al di là del fatto che* ci sia prevenzione, riparazione, neutralizzazione. Che cosa la qualifica dunque come pena, l'essere necessariamente duplicante un male e subita? E la parte non subita non sarà più pena? La riparazione dell'offesa e il risarcimento del danno volontari, e che implicino "giustamente" una significativa riduzione della risposta sanzionatoria "penale" in senso stretto, non sono dunque "pena" solo perché sono agiti e non parimenti afflittivi? Ma se riducono la pena ne sono parte costitutiva. È almeno dai tempi del *Cur deus homo* di Anselmo d'Aosta che la pena retributiva ha senso in quanto il danno o l'offesa non siano riparabili⁽²³⁾. Se l'offesa si può riparare, la risposta cambia: ma la riparazione è allora "contenuta" nella pena retributivo-proporzionalistica, perché ne consuma una parte importante, quando c'è stata. Ecco che *il nesso fra riparazione e pena è costitutivo della stessa proporzione*.

Usciti dalla pena che limita almeno la libertà siamo dunque nelle sabbie mobili, perché l'afflittività e la proporzione conoscono ulteriori declinazioni comunque *di rilevanza punitiva parapenale o anche semplicemente amministrativa*.

Ma qui non è in gioco la violazione dell'irretroattività, per es., di una sanzione amministrativa "punitiva", che oggi la Corte costituzionale pacificamente riconduce all'art. 25 cpv. Cost.⁽²⁴⁾ di fatto applicando un giudizio "sostanzialistico" sulla natura punitivo-afflittiva o meno della sanzione. È in gioco la legittimità di "contare due volte" parte di quei fatti per scopi punitivi distinti. Secondo la narrazione ricevuta, ripetiamo, la pena-punitiva supporrebbe sempre un «male aggiunto», un *quid pluris*: una *sproporzione in eccesso* rispetto a intimidazione, risarcimento e riparazione⁽²⁵⁾. *L'impossibile proporzione di questa sproporzione è da sempre il banco di prova delle epistemologie penali*⁽²⁶⁾. La novità del movimento che qui viene descritto è che la proporzione appare uno strumento di delimitazione, prima che di fondazione, del sistema sanzionatorio.

⁽²³⁾ Il *Cur Deus homo* (Perché un Dio uomo), di S'Anselmo d'Aosta (1098) è una delle opere più straordinarie della storia del pensiero penalistico. La sua idea storica di fondo è oggi a noi incomprensibile (l'offesa di Adamo ed Eva a Dio non era riparabile dall'uomo, per l'immensità dell'offeso, sì che l'umanità poteva solo subire una pena, la cui soluzione universale richiederà una riparazione, ma divina, con il sacrificio di Cristo), tuttavia l'idea filosofica (la pena subita c'è in quanto non esiste riparazione possibile) è di una profondità insuperata. A tale scritto confido di dedicare un'analisi approfondita in un prossimo studio.

⁽²⁴⁾ Da ultimo C. cost. n. 276 del 2016, 104 del 2014 e 197 del 2010.

⁽²⁵⁾ Da ultimo, con altri richiami, V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 988 ss., spec. 1002 ss.; FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 57 ss.

⁽²⁶⁾ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss.; Id., *Il delitto riparato*, cit.; Id., *Scienza penale e potere politico*, in M. DONINI, L. STORTONI, a cura di, *Il diritto penale tra scienza e politica. In ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, BUP, 2015, p. 75 ss., spec. 89 ss., § 5 (anche in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 95 ss.)

La nostra convinzione, da tempo, è che il penale non sia meramente o necessariamente duplicante il male – anzi dovrebbe fuggire i modelli di duplicazione del male per produrre un saldo socialmente positivo ⁽²⁷⁾ – ma *minacci una esclusione identitaria della persona* dal contesto sociale *mediante sanzioni afflittive riprovanti*: vuoi per la segregazione e la perdita della libertà, vuoi per la privazione di diritti sociali o politici inclusivi e di onore pubblico. *La sua minaccia è sempre di far vedere con biasimo al “reo” che sta pericolosamente o sicuramente uscendo dall’inclusione, perché questa sanzione afflittiva, subita o agita, non esclusivamente riparatoria, risarcitoria o ripristinatoria, lo tiene sospeso o etichettato con un rimprovero che mette in discussione la sua persona, “per” un fatto commesso, e non semplicemente “dopo” la sua commissione.* La rimproverabilità dell’autore non si accerta nel processo, ma il rimprovero è nella genesi socio-penalistica della norma sostanziale.

Questa carta di identità va tuttavia completata col “secondo binario”: esistono sanzioni “penali”, le misure di sicurezza, che non hanno finalità punitiva, ma sono penali a tutti gli effetti, per l’inerenza intima alle ragioni preventive speciali (neutralizzazione, terapia) della privazione di diritti dipendenti da reati passati o futuri: le misure di prevenzione, per esempio, che ne condividono oggi le funzioni, sono da considerarsi penali perché sostanzialmente misure di sicurezza dopo la riforma del codice antimafia del 2011 ⁽²⁸⁾.

Se non c’è sullo sfondo un rischio di perdita o di limitazione della libertà, è certo controverificabile, *de lege lata*, che si tratti di sanzione penale o assimilata (“*para-penale*” o “*amministrativa-punitiva*”) quando detta sanzione formalmente non si qualifica così, anziché di una sanzione puramente *aggiunta ex post*, di una incapacitazione, di una interdizione “accessoria” di natura *amministrativa* aventi scopi per es. “cautelativi”, come nel discusso caso dell’art. 8 del d.lg. n. 235 del 2012 della l. Severino sull’incandidabilità di condannati per alcuni delitti non colposi ⁽²⁹⁾.

Solo se la sanzione è *geneticamente connessa* a un reato o alla pena per un reato, e ne costituisce un’*appendice punitiva* (“*per*” il reato e non “*a seguito*” di esso), con l’aggiunta del veicolo di un biasimo giuridico-sociale, l’attrazione nelle garanzie penalistiche (irretroattività etc.) diventa molto stringente: è “*materia penale*” a prescindere da una violazione del *ne bis in idem*, che potrebbe non esserci sul piano del peso sanzionatorio complessivo ⁽³⁰⁾.

La identità di materia penale non implica nessuna necessaria violazione del *ne bis in idem* sostanziale (le sanzioni sono per es. del tutto cumulabili): materia penale e *ne bis in idem* restano questioni distinte. Proprio la Corte costituzionale, come noto, invocando l’art. 25 cpv. Cost. quale espressione della riserva di legge, e non del divieto di retroattività, ha avuto modo di censurare le posizioni giurisprudenziali che vorrebbero applicare direttamente i “criteri Engel” a leggi amministrative italiane che estendono al passato nuove sanzioni amministrative “depenalizzate”, al fine di sottoporre queste ultime a un vaglio “casistico”, e come tale contrastante con il vincolo di legalità-tassatività-riserva di legge, sulla natura “sostanzialmente pe-

⁽²⁷⁾ *Op. ult. cit.*

⁽²⁸⁾ Istruttivi gli atti del V Convegno nazionale dell’AIPDP, dedicati a “Delle pene senza delitto”, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 399-660, e in particolare sul punto la relazione di R. MAGI; nonché T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, 2014; A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, 2017, p. 96 ss., 198 ss.

⁽²⁹⁾ La finalità cautelativa e non punitiva è stata come noto ritenuta da C. cost. 276/2016 e 236 del 2015.

⁽³⁰⁾ In senso non dissimile, ma ottimisticamente orientato a una collaudata gestibilità dei criteri (che misurati sui singoli casi restano però privi di soluzioni certe), V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, cit., 1005 s.

nale” delle sanzioni, e ciò (secondo l’organo remittente) per estendere a esse la parte garantistica dell’art. 25 cpv. sotto il profilo per es. dell’irretroattività⁽³¹⁾.

Se l’ordinamento già qualifica come amministrativa la sanzione, la Corte “consente” di vagliare se è punitiva, oppure no. Se, viceversa, si tratta di censurare la stessa qualificazione (per es. il passaggio da penale ad amministrativo), *i medesimi criteri* non vengono applicati, rinviandoli magari oltralpe.

Una *posizione contraddittoria*, presente nella giurisprudenza della Consulta, che *ammette e interdice nello stesso tempo* l’importazione della stessa logica della “*matière pénale*”.

Il nostro *excursus* europeo e italiano finisce dunque qui: dopo i criteri Engel, e anni di sperimentazioni senza un esito concettuale convincente⁽³²⁾, le ultime pronunce ci consegnano un relativismo insuperato, non solo nella declinazione della Corte di Lussemburgo, ma anche di Strasburgo e di Roma⁽³³⁾.

Il problema si è accentuato col passaggio dalla materia penale in funzione solo assorbente-escludente, alla natura punitiva o meno di certe sanzioni certamente amministrative, fino ai limiti di un possibile *bis in idem* processuale e sostanziale.

Dopo CGUE *Bonda*⁽³⁴⁾ e *Fransson*⁽³⁵⁾ – con l’intermezzo “processualservente” di C. Edu *Zolotukhin*⁽³⁶⁾ e *Grande Stevens*⁽³⁷⁾ – e dopo i ripensamenti di C. Edu di *A. e B. c. Norvegia*⁽³⁸⁾, l’ultimo parto trigemellare della Corte di Giustizia del 20 marzo 2018, *Garlsson, Menci, e Di Puma e Zecca*⁽³⁹⁾, esercita soprattutto una spinta verso un importante ravvicinamento sanzionatorio e culturale europeo, sul piano “sostanziale”, che sorregge questi plurimi indirizzi⁽⁴⁰⁾. Possono coesistere più sanzioni per fatti la cui identità è solo circoscritta alla condotta o ad alcuni aspetti di essa⁽⁴¹⁾. L’apparente convinzione collettiva di sapere che ciò che affligge è

⁽³¹⁾ È accaduto con riferimento alle sanzioni degli illeciti amministrativi-depenalizzati prevista dal d.lg. n. 8 del 2016, che si applicano retroattivamente, anche se “punitive”. L’eccepta incostituzionalità per violazione dei “criteri Engel” sottesi allo stesso art. 25 cpv. Cost. sostenuta dal giudice remittente (ord. Trib. Varese, 9 febbraio 2016) viene censurata dalla Corte (C. cost. n. 109/2017, § 3.1) non già spiegando semplicemente che si tratta, nella fattispecie, di “retroattività comunque più favorevole” (da una pena criminale a una pena amministrativa che la sostituisce), quanto eccependo che non si possono invocare i criteri Engel per valutare il carattere punitivo-penale di una sanzione amministrativa interna. Eppure è la stessa Corte che in altri casi ha valutato il carattere punitivo delle norme interne, tanto da estendere l’art. 25 cpv. Cost. alle stesse, se davvero punitive.

⁽³²⁾ M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 10.

⁽³³⁾ Cfr. per es. le problematiche sintesi di S. MONTALDO, *La dimensione multilivello del ne bis in idem europeo: spunti per una lettura unitaria alla luce della recente giurisprudenza di Lussemburgo e Strasburgo*, in *Questione giustizia*, 2014, n. 3, p. 9 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.*, 2014, fasc. 3-4, 201 ss.; e quindi G. DE AMICIS - P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem, in questa rivista*, 2017, p. 469 ss. Per la Corte cost. italiana, v. soltanto F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della consulta sull’irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 maggio 2017; *Id.*, *Un’altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative ‘punitive’*, *ibidem*, 10 aprile 2017.

⁽³⁴⁾ C. giust. UE, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*.

⁽³⁵⁾ C. giust. UE, Grande Sezione, 22 febbraio 2013, C-617-10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*

⁽³⁶⁾ C. edu, 10 febbraio 2009, *Serguei Zolotukhin c. Russia*

⁽³⁷⁾ C. edu, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*

⁽³⁸⁾ Corte edu, Grande Camera, 1 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*. V. sul punto G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., p. 476 ss.

⁽³⁹⁾ V. le già citate del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate S.A., Ricucci e a. Consob*, C-537/16; 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15; 20 marzo 2018, *Di Puma c. Consob e Zecca c. Consob*, cause riunite C-596/16 e C-597/16.

⁽⁴⁰⁾ Così M. ROMANO, nella *Relazione introduttiva* al Convegno di Modena

⁽⁴¹⁾ V. il punto 46 di C. giust. UE, 20 marzo 2018, *Garlsson cit.*, relativa al concorso tra gli illeciti penali ed amministrativi ex art. 185 e 187-ter del TUF: «Per quanto riguarda la questione se la limitazione del principio del *ne bis*

penale non riesce ad appagare l'analisi scientifica, anche se può produrre risultati di contingente consenso politico.

12. LA LOGICA PROPORZIONALISTICA DEL *NE BIS IN IDEM* SO- STANZIALE E IMECCANISMI ANCHE PROCESSUALI DI ASSORBIMENTO-COMPENSAZIONE

Siamo dunque in presenza di una *proporzione non fondante, ma limitatrice* al fine di *razionalizzare la moltiplicazione dei binari sanzionatori*: dal *bis in idem* cumulativo quale tendenza permanente e dinamica del sistema punitivo verso una risposta "complessiva" meno ingiustamente afflittiva e perciò anche più accentrata in contesti processuali unificati. Non sanzioni penali puramente "sostitutive" o estintive tradizionali (la degradazione), accanto a sanzioni penali multiple applicate a intermittenza tutte insieme o in chiave progressiva: la foresta di rovi (il *septies in idem*).

Piuttosto, si delinea il compito di *un riordino assiologico legislativo previo del sistema o della macchina sanzionatoria*. Sarà un lavoro lungo e difficile a voler partire davvero dalle fondamenta. *Tuttavia, per le vie brevi, non è una semplice depenalizzazione* che appare urgente: occorre sfozzire, un vero *disboscamento punitivo*. Perché il meccanismo delle *sanzioni multiple cumulative* sia reso coerente al sistema della *depenalizzazione di fatto* che *già da tempo costituisce il modello italiano* è necessario *ridurre i sistemi sanzionatori multipli* e concepirli da principio *in parte* come *formalmente alternativi e fungibili*. Occorre cioè introdurre meccanismi di *assorbimento, compensazione e rivalutazione* del carico sanzionatorio ⁽⁴²⁾, che possono al meglio funzionare attraverso *l'unificazione processuale dei momenti di accertamento*, proprio in presenza di plurimi illeciti o sanzioni ⁽⁴³⁾.

Per es. come tra pene e misure di sicurezza in altri sistemi vige il principio della vicarietà

in idem risultante da una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale risponda a un obiettivo di interesse generale, risulta dal fascicolo a disposizione della Corte che tale normativa mira a tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Alla luce dell'importanza che la giurisprudenza della Corte attribuisce, al fine di realizzare tale obiettivo, alla lotta contro le violazioni del divieto di manipolazioni del mercato (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Spector Photo Group e Van Raemdonck, C-45/08, EU:C:2009:806, punti 37 e 42), *un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale può essere giustificato qualora tali procedimenti e tali sanzioni perseguano, ai fini del conseguimento di un simile obiettivo, scopi complementari riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».*

⁽⁴²⁾ Cfr. l'art. 6 del Reg. 2988/95 del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità

1. Fatte salve le misure e sanzioni amministrative comunitarie adottate sulla base dei regolamenti settoriali esistenti all'entrata in vigore del presente regolamento, l'imposizione delle sanzioni pecuniarie, quali le sanzioni amministrative, può essere sospesa con decisione dell'autorità competente qualora sia stato avviato, per gli stessi fatti, un procedimento penale contro la persona interessata. La sospensione del procedimento amministrativo sospende il termine di prescrizione di cui all'articolo 3.

2. Se il procedimento penale non è proseguito, riprende corso il procedimento amministrativo già sospeso.

3. Allorché il procedimento penale è concluso, riprende corso il procedimento amministrativo già sospeso purché ciò non sia contrario ai principi generali del diritto.

4. Allorché il procedimento amministrativo è ripreso, l'autorità amministrativa provvede affinché sia irrogata una sanzione almeno equivalente a quella prevista dalla normativa comunitaria, potendo tener conto di qualsiasi sanzione irrogata dall'autorità penale per gli stessi fatti alla stessa persona.

5. Le disposizioni di cui ai paragrafi da 1 a 4 non si applicano alle sanzioni pecuniarie che costituiscono parte integrante dei regimi di sostegno finanziario e possono essere applicate indipendentemente ad eventuali sanzioni penali se, e nella misura in cui, non sono assimilabili a tali sanzioni.

⁽⁴³⁾ V. ancora G. DE AMICIS - P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., p. 487 s.

che non è implicito nel requisito della durata massima delle misure ora in fase di accoglimento anche nel nostro sistema ⁽⁴⁴⁾, lo stesso può valere per le diverse confische, e in parte per il meccanismo del risarcimento-riparazione rispetto alla pena stessa: perché riparazione e risarcimento “sono pena”, pena agita, e non rappresentano «un’eventualità aggiunta». Ci sono interi settori dell’universo sanzionatorio extrapenale che devono poter esser considerati come “parte della risposta punitiva” del medesimo fatto, e dunque devono assorbire in tutto o in parte la pena criminale o essere ponderati «al suo interno» quando quest’ultima viene definitivamente commisurata o applicata.

La loro caducazione ‘secca’ per *bis in idem* o *speties in idem*, se in qualche caso potrà risultare corretta, in altri casi appare invece disfunzionale al nostro sistema ed è la stessa giurisprudenza più recente della CGUE che ne prende atto ⁽⁴⁵⁾.

La proposta di una concezione post-riparatoria della pena costituisce un passo importante verso questo obiettivo, ma non certo il solo. L’idea che prima viene la riparazione e solo dopo o in assenza di essa si comincia a discutere veramente della pena implica che la pena acquista una struttura epistemologica non retributiva (cioè: il “raddoppio del male”), ma post-riparatoria, connessa al fatto che la riparazione (*offesa*, categoria penale) e il risarcimento (*danno*, categoria civilistica) siano possibili, reali o mancanti. Quando sono impossibili o mancanti risarcimento e riparazione, la pena già *ab origine* non è più meramente retributiva (orientata a duplicare proporzionalmente il disvalore dell’illecito con sanzione corrispondente), perché continua ad essere costruita su scale sanzionatorie che contengono l’idea riparativa al loro interno, anche *in itinere*, in prospettiva, verso forme di *pena agita* e *non subita*. La riparazione infatti resta un modello di sanzione geneticamente capace di modificare il moltiplicatore penalistico, le scale sanzionatorie: la cornice e dunque la pena concreta *non sono più incentrate sulla sola gravità del reato o sulla colpevolezza* – vera ossessione del Novecento penalistico –, ma anche sul rapporto autore/vittima, anche sul postfatto, e dunque la stessa cornice edittale non è riempita solo di una sanzione per il fatto passato, perché il postfatto può inserire nella cornice un grado sanzionatorio potenzialmente dimezzante la pena stessa ⁽⁴⁶⁾.

La pena edittale contiene perciò un nucleo di razionalità più misurabile, composto dalla mancata riparazione e dal mancato risarcimento, che se invece ci sono sottraggono a quella misura astratta una quota importante.

Chiaro che la teoria della commisurazione della pena dovrà essere ripensata partendo da queste basi che chiedono di sapere come misurare il quantum di pena che corrisponde alla mancata riparazione e al mancato risarcimento. L’eliminazione dei minimi edittali troppo alti della tradizione sanzionatoria italiana e una logica post-riparatoria possono rifondare una prassi commisurativa oggi priva di una sua teoria riconosciuta.

A tutto questo discorso occorre solo premettere un caveat.

Non si pensi che la *proporzione*, che è vuota di contenuti ed ha preteso di fondare per secoli la pena retributiva come raddoppio del male, a cominciare dalla pena di morte – che “è” la storia

⁽⁴⁴⁾ La durata massima delle misure di sicurezza è prevista dalla legge delega della riforma Orlando (art. 1, comma 16, lett. c l. 23 giugno 2017, n. 103)

⁽⁴⁵⁾ C. giust. UE, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate S.A., Ricucci e a. Consob*, C-537/16; 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15; 20 marzo 2018, *Di Puma c. Consob e Zecca c. Consob*, cause riunite C-596/16 e C-597/16.

⁽⁴⁶⁾ Si rinvia allo scritto cit. retro nota 20 (M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa*), in particolare nella (accresciuta) versione degli *Studi in onore di Emilio Dolcini (La pena, ancora fra attualità e tradizione*, vol. II, Giuffrè, 2018), p. 559 ss., spec. 594 s., 601 s. §§ 7 e 10.

del diritto penale – ed ora si può e vuole riconvertire in un parametro più “chiaro” (!) di delimitazione (“non sproporzione”) (47), anziché di duplicazione del dolore, sia un *criterio scientifico* solo perché costituzionalmente ancorato a livello nazionale e internazionale (48). Certo è più argomentabile di una ragionevolezza priva del *tertium comparationis* ancorata a certezze intuitive (49), ma in ogni caso resta anch’essa un parametro ad applicazione molto contingente e relativistica, la cui politicità è meno pronunciata di criteri di scopo là dove sia fondato su *scale almeno anche quantitative* (50).

13. (SEGUE) IL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE EUROPEO REVISIT-ED: UNA VISIONE INTERDISCIPLINARE E “COMPENSATIVA” DEL SISTEMA SANZIONATORIO IN GENERALE

La politica giudiziaria europea del *ne bis in idem* per lungo tempo non ha avuto una base teorica trasparente, prevedibile ed egualitaria. Non è certo una giurisprudenza dei concetti e nessuno ha compreso se non in modo intuizionistico quando e perché una certa sanzione non penale e non detentiva costituisse veramente una indebita duplicazione penalistica. Però ha avuto il pregio di indicare un *modello sanzionatorio antitetico a quello nazionale* in un paio di punti. Non già perché esprima il divieto *processuale* di *bis in idem* a livello costituzionale, né già perché sostiene il *ne bis in idem sostanziale* vuoi in parallelo, vuoi quale premessa di quello processuale, ma perché ci costringe a vedere l’enormità potenziale e reale dei numerosi binari sanzionatori esistenti. Essa ci impone in primo luogo di *ripensare civile, amministrativo e penale insieme*.

Di qui l’idea di un convegno interdisciplinare sul tema. Non si può oggi pensare *l’istanza punitiva senza mettere in dialogo costante – anche in sede commisurativa ed esecutiva – i tre*

(47) V. ancora A.F. TRIPOLI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., p. 1079 ss., e pure V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss. V. anche, per l’affinità o convergenza tra *ne bis in idem* sostanziale e criteri “valutativi” di proporzionalità e ragionevolezza, A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 526 ss., 529 ss.

(48) L’ottimismo concertante di vari commenti (e anche dei richiami alla apparente *concinnitas* dei principi nazionali e sovranazionali contenuti nelle motivazioni della stessa C. cost., da ultimo la n. 236/2016) deve dunque essere ridimensionato, anche se qualcosa di meglio ancora non c’è. V. una classificazione delle diverse declinazioni europee della proporzione in C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità delle pene nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *DPC, Riv. trim.*, 1/2012, 111 ss.

(49) Il sindacato di ragionevolezza senza un esplicito *tertium comparationis* (tradizionalmente vietato: una storia in DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, p. 139 ss.) oggi sperimentato dalla Corte costituzionale – già C. cost. n. 162/2014 e da ultimo C. cost. n. 236/2016 sulla pena edittale del delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2, c.p.): cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2015 ss., 2019; F. VIGANÒ, *Una importante pronuncia della Consulta in tema sulla proporzionalità della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2016 - appare incentrato su criteri estremi di manifesta irragionevolezza, evidentemente intuitivi, anche se qualche raffronto “normativo-positivo” di valore implicito rimane tra la norma censurata e il principio: cfr. *amplius* i rilievi critici a una ragionevolezza senza *tertium comparationis* in D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017 (poi in *DPC Riv. trim.*, n. 2/2017) 1 ss., 7 ss. (§ 4). Certo che l’impiego intuitivo basato su violazioni “manifeste” non avrebbe una base argomentativa controllabile: tuttavia appare forse *suscettibile di un buon consenso politico* non meno di una proporzione relativisticamente ancorata a parametri in fondo *sempre arbitrari* (!) come le contingenti opzioni di qualche altra norma esistente. V. ancora D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 12 s. (§ 6) sui casi di “discrezionalità discontinua” nel sistema; e pure A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 1427 ss.

(50) Cioè di proporzione tra misure sanzionatorie prestabilite, raffronti con altri parametri esistenti, anziché proporzione tra beni, scopi e valori. Tale è il caso di C. cost. n. 236/2016 dove il minimo edittale del delitto di alterazione di stato nell’ipotesi dell’art. 567, comma 2, c.p. è pur sempre raffrontato a quello del comma 1, della sua pena edittale minima, e non direttamente solo alla violazione della proporzione o della finalità rieducativa.

rami principali dell'ordinamento, oltre a quelli processuali. In questo modo, però, il penale viene almeno in parte "sdoganato" e si consolida il movimento che lo porta a non essere più il luogo del totalmente altro, dei *libri terribiles*, dell'anormalità patologica, della malattia: un ramo col quale gli altri neanche entrano in dialogo. *Solo una parte di esso* rimane coinvolta nella dimensione escludente della devianza irriducibile: una parte sempre più suscettibile, in prospettiva, di nuove inclusioni o di mere neutralizzazioni. *La parte restante*, che fuoriesce dalla neutralizzazione/segregazione, e che proprio per questo è soggetta a molteplici sanzioni differenziate per status, diritti e competenze, è vastissima, la più vasta, e non è più occupata dalla retribuzione 'pura' come essenza presunta dell'idea punitiva, né da duplicazioni afflittive pensate come giuste perché senza scopo. Mira a includere potenziali esclusi. Inclusioni o neutralizzazioni in casi estremi sono le sue dimensioni finali, laiche e molto umane. Una pena complessa e itinerante, ma non incerta nell'an.

La moltiplicazione delle sanzioni peraltro può produrre nuove esclusioni, e non solo sproporzioni in eccesso, perché il *rischio esclusione* è essenziale alla pena, alla punizione "penale".

Si collega a questo una seconda direttrice di origine europea: la sollecitazione verso *meccanismi "compensativi"* tra le diverse sanzioni secondo la logica della *proporzione* ⁽⁵¹⁾.

Occorre pensare non solo a "depenalizzazioni" di diritto e di fatto a diverse velocità, differenziate per sottosistemi, *ma anche a percorsi di assorbimento-compensazione differenziate*: una cosa è il diritto penale economico, altra cosa quello della criminalità organizzata comune, altra cosa ancora il diritto penale della p.a. o della circolazione stradale, dei reati tributari, dell'ambiente, di quelli in materia di sicurezza del lavoro, dei mercati finanziari, degli alimenti etc. Sono sistemi dove è possibile introdurre *ad hoc* ipotesi mirate di *unificazioni processuali di accertamento degli illeciti* (per es. in concorso formale tra penale ed extrapenale) e di *compensazione o assorbimento delle sanzioni*. Ancora una volta, una politica criminale che, pur possedendo parametri generali, linee-guida, non adotta una soluzione unica "di parte generale", ma plurime risposte.

Nel giudizio penale si potrà poi considerare anche una quota di sanzione amministrativa o penale (di mera condotta) da soppesare con l'entità accresciuta di quella penale che vi aggiunge un evento, a seconda che non vi sia piena specialità e rimangano interessi di tutela davvero differenti nei due campi, tali da precludere la regola che il penale prevale comunque sull'amministrativo (art. 9 l. 689/81), o la regola della specialità (art. 15 c.p.) come soluzioni uniche, perché non possono essere uniche. Una sorta di assorbimento sanzionatorio e di disvalore: non per qualificazione o automatismo logico-strutturale. *Ma non è facile che possa attuarlo il Parlamento in primis*, che potrebbe solo introdurre un *generale principio di ne bis in idem* ⁽⁵²⁾ che completi i criteri della specialità in senso stretto ⁽⁵³⁾, delle regole di esclusione (clausole di riserva, primato della sanzione penale) e del cumulo-concorso, da gestire tra fase

⁽⁵¹⁾ V. anche le pur distinte prospettive di A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., p. 1080 ss.; C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, cit., p. 173 ss., 335 ss., che propende per la individuazione di un rango costituzionale autonomo (dalla proporzione) del *ne bis in idem* sostanziale.

⁽⁵²⁾ Sui limiti di una codificazione del principio cfr. M. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, 1996, p. 431 ss. Nel senso della codificazione del *ne bis in idem* sostanziale, come noto, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Cedam, 1966, p. 593 s.; nonché il Progetto Pagliaro (1991), di cui si veda l'art. 4.2 (che prevede insieme specialità e *ne bis in idem* sostanziale come "principi di codificazione") e l'art. 33, nonché il commento nella Relazione sull'articolato. Un'evoluzione anche nazionale, ma euro-conforme, verso la

applicativa (ma prima ancora per selezionare le imputazioni e incolpazioni) ed esecutiva, attraverso *strumenti di compensazione e non solo di assorbimento*.

Perché lo spazio per un *concorso di illeciti con assorbimento ovvero con pene in parte compensate* – la seconda soluzione è in fondo già presente nel *cumulo giuridico* per il concorso formale di reati – *quando il fatto è diverso perché progressivo o relativo a differenti interessi di tutela*, può essere riconosciuto solo *in iudicando*, e non compiutamente disciplinato a livello legislativo.

Superati i casi estremi risolvibili anche in via intuitiva, l'evoluzione incontrollata del diritto giurisprudenziale europeo è alla fine approdata a un tema classico del sistema sanzionatorio (concorso di pene, cumulo, assorbimento, specialità bilaterale e in concreto), più che forse della dogmatica penale (concorso di norme e di reati) ⁽⁵⁴⁾.

La risposta al medesimo fatto coinvolge diversi diritti, luoghi e contesti dell'attività sociale, professionale etc., che *possono non essere compendiati in un'unica sanzione*, salvo che sia onniescludente: ciò che non è conforme a un sistema differenziato.

Tuttavia si impone un controllo sulle qualificazioni truffaldine, oltre che di ragionevolezza e di proporzione sulla moltiplicazione delle sanzioni, che proprio la Corte di Lussemburgo affida ad attori nazionali. Una latente conflittualità fra le due giurisprudenze permane, dato che la Corte Edu attribuisce solo a se stessa la valutazione della possibile violazione della CEDU e del Suo Protocollo n. 7. Ma questa dialettica, se basata sul dialogo e non su una casistica acefala, è preferibile a immobili e apparenti convergenze.

ricostruzione di un *ne bis in idem* sostanziale differenziato per fattispecie e implementato da parametri di ragionevolezza e proporzione, è ora suggestivamente commentata da A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., p. 526 ss.

⁽⁵³⁾ La specialità *in senso stretto* (prevalenza di una sola norma o fattispecie con elementi differenziali aggiunti) non ha componenti valutative. La prevalenza di una fattispecie per effetto della c.d. specialità in concreto e quella tra fattispecie bilateralmente speciali non sono più logiche, ma valutative, comportando l'abbandono almeno *di fatto* di criteri logico-strutturali. Che poi, nel diritto positivo italiano vigente, si riconducano tutti questi casi agli artt. 15 o 84 c.p., ritenendoli esaustivi, oppure si ammetta di impiegare altri criteri, è opzione culturale libera. Meno consentita è l'affermazione di escludere scelte di valore, quando le si compie *sotto falso nome*. Poiché il *ne bis in idem* sostanziale esprime una cultura contraria al formalismo logico nella gestione del concorso di reati o illeciti, essa di fatto trova resistenze presso chi è condizionato da tesi logico-strutturali monistiche nella lettura del principio di specialità. In generale mi limito a rinviare a M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I³, Giuffrè, 2004, sub art. 15; M.E. AMBROSETTI, *Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Il principio di specialità*, in *Commentario al codice penale*, a cura di M. RONCO, *La legge penale*², Zanichelli, 2010, p. 401 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Cedam, 2002, p. 440 ss.; e a M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, 1997, p. 7 ss., con altri richiami. E da ultimo, la sintesi anche in prospettiva europea di C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli, 2018, p. 150 ss. e *passim*.

⁽⁵⁴⁾ Nel senso di una "conversione" del tema del concorso di reati in quello sanzionatorio-commisurativo, a suo tempo, M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 254 ss. Più di recente è istruttivo sul punto l'esito della recente rivisitazione del tema da parte dell'A., a favore sia di paradigmi classici di specialità, e sia di parametri valutativi di *ne bis in idem*: M. PAPA, *Fantastic Voyage*, Giappichelli, 2017, p. 132 s. Al di là del taglio fortemente decostruzionista dello scritto (che vede nelle fattispecie penali classiche micro-narrazioni oggi obsolete della realtà), ricco di *esprit de finesse*, ma meno affine all'*esprit de géométrie*, ne emerge in modo potente l'esigenza di non ridurre la fattispecie né ad immagine conchiusa e analogica (icona) di un illecito scolpito (*mala species*) (*ivi*, p. 62 ss.) dove realtà e reale vorrebbero artificiosamente, ma senza scampo, coesistere (*ivi*, p. 70 s.), né a premessa di un sillogismo (ciò che peraltro deve rimanere dopo l'interpretazione): ma a specie di un male (*species mali*) il cui illecito (e "giudizio d'illecito") affonda le radici in una realtà più complessa, cui magari è possibile rinviare in modo denotativo con richiami sistematici di varia allocazione (tecniche di rinvio e non solo elementi normativi). Ne consegue che anche il problema delle fattispecie multiple, del concorso di reati e di norme, non potrà essere risolto solo con criteri di tipo logico-strutturale (la vecchia specialità), dovendosi ricorrere a criteri valutativi del *ne bis in idem* (*ivi*, p. 132 s.).

