

IL PRINCIPIO DI SPECIALITÀ “AMMINISTRATIVA”

Tra declinazioni interne “formali” e spinte europee “sostanziali”

Emmanuele Penco

ABSTRACT

Le recenti pronunce delle Corti europee in tema di ne bis in idem, in particolare la sentenza Grande Stevens della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sembrano proporre una concezione sostanziale del canone ermeneutico della specialità, che impone di rivedere la prassi interpretativa interna relativa al principio di cui all’art. 9 della l. n. 689 del 24 novembre 1981, incentrata su un raffronto strutturale fra le fattispecie. Dietro queste differenze, riscontrabili nel piano interno e in quello europeo, si intravede la sottostante diversa dimensione della legalità penale. È proprio con tale diversità che si devono confrontare, oggi, gli operatori del diritto; in tema di specialità, ma non solo.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La specialità di cui all’art. 9 l. n. 689/1981: fra luci ed ombre. – 2.1. Dietro l’affermarsi di un approccio strutturale: scelte di “politica giurisdizionale”? – 3. La concezione europea del principio di specialità: un approccio “sostanziale”. – 3.1. “Riconducibilità alla medesima condotta”: quali effetti sulla dimensione interna della specialità? – 4. Riflessioni conclusive: la strisciante dicotomia fra legalità “formale” e “sostanziale”.

1.

Premessa.

Mai come oggi uno degli snodi principali dei rapporti fra illecito penale ed illecito amministrativo, oggetto dell'odierna sessione di lavori, può essere rinvenuto nel principio di specialità di cui all'art. 9 della l. n. 689 del 24 novembre 1981¹. A portare al centro dell'attuale dibattito tale principio è stato, da ultimo, l'importante impulso fornito dal piano sovranazionale europeo, stante la naturale contiguità fra la specialità "amministrativa" e i temi quanto mai attuali del *ne bis in idem* e del cumulo di sanzioni.

La specialità di cui al citato art. 9, già canone interpretativo di non facile decodificazione, pare fungere oggi, nella giurisprudenza interna, quale strumento (più o meno consapevole) per una diffusa pratica di selezione politico-giurisdizionale delle sanzioni; selezione che opta talvolta per l'evitare, talaltra per il giustificare, il cumulo fra opzione sanzionatoria penale e amministrativa. Ebbene, sulle insicure certezze nostrane soffiava impetuoso il vento di Strasburgo, scompigliando le carte e sollevando il velo di garanzie (solo) "formali", per aprire così nuovi spazi di tutela "sostanziale".

Il presente intervento, prendendo le mosse da una breve ricostruzione del principio di cui all'art. 9 della l. n. 689/1981, vorrebbe dare conto, pur nei limiti imposti da questa sede, dei possibili riflessi che l'approccio europeo ai temi del *ne bis in idem* e - quindi - della specialità sembra prospettare sulle soluzioni e (soprattutto) sull'impostazione adottata a proposito dalla nostra giurisprudenza.

2.

La specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/1981: fra luci ed ombre.

La specialità introdotta fra i "*principi generali*" del sistema dell'illecito punitivo amministrativo dal legislatore del 1981, ha suscitato, sin dalla fase di gestazione della norma, non secondarie questioni interpretative e di opportunità.

Le critiche più pervasive che sono emerse da parte della dottrina² hanno riguardato, *in primis*, la nuova dimensione *intra*-sistemica assunta dalla specialità. L'operatività del canone della *lex specialis*, estesa a norme appartenenti a settori diversi dell'ordinamento comporterebbe, secondo alcuni, il riconoscimento di una sorta di «fungibilità tra sistema penale e sistema amministrativo»³, con una conseguente inaccettabile compromissione del «rapporto di rango fra il maggior disvalore dell'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo»⁴. Nella prassi, poi, arbitro di suddetta viene ad essere necessariamente il giudice, investito di fatto della valutazione circa (non più solo l'applicabilità, ma) la sussistenza stessa del precetto penale.

Sotto il profilo strettamente interpretativo, invece, furono le differenze letterali rinvenibili fra la formulazione dell'art. 9 l. n. 689/1981 e quella dell'art. 15 c.p. a suscitare le riflessioni più approfondite: a coloro i quali credevano di scorgere in tali discrasie una consapevole scelta legislativa, implicante un diverso precipitato applicativo dell'art. 9 rispetto al modello codicistico⁵, si contrapponeva altra parte di dottrina⁶, incline piuttosto a smorzare la portata di tali differenze, ritenendo ben possibile l'estensione alla (nuova) specialità amministrativa delle

¹ Sul principio di specialità in generale, e di specialità fra illecito penale e amministrativo in particolare, ci limitiamo qui a richiamare G. DE FRANCESCO, *Specialità (Principio di)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, Torino, 1987, 492 ss., e ID., *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Discipl. Pen.*, II, Torino, 1988, 431 ss.; per riferimenti bibliografici più approfonditi sia consentito il rinvio a E. PENCO, *Luci ed ombre del principio di specialità "amministrativa" nei rapporti fra art. 2638 c.c. e art. 190 t.u.f.*, in *Giur. It.*, 2014, 2290 ss., lavoro che ha costituito la base per le riflessioni svolte in questo intervento.

² I primi rilievi furono di C. E. PALIERO, *Note sulla disciplina dei reati «bagattellari»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 988 ss., e E. DOLCINI - C. E. PALIERO, *"Principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "Modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1167.

³ S. LARIZZA, *Profili della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 61.

⁴ C. E. PALIERO, *Note*, cit., 990.

⁵ In tal senso, M. SINISCALCO, *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981*, in *Leg. pen.*, 1982, 227; S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983, 72; F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Indice pen.*, 1983, 258; G. DE ROBERTO, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981 n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1589; A. ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano, 1990, 60 ss..

⁶ Fra gli altri, E. DOLCINI, *Art. 9*, in E. DOLCINI - A. GIARDA - F. MUCCIARELLI - C. E. PALIERO - E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982, 58; M. DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *Indice pen.*, 1984, 46; G. PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9 l. 24 novembre 1981 n. 689: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1985, 374; G. DE FRANCESCO, *Specialità (Principio di)*, cit., 493.

elaborazioni concettuali sviluppatesi con riferimento al (vecchio) art. 15 c.p..

Fu questo secondo orientamento a dimostrarsi prevalente. Quale tuttavia il significato comune da attribuirsi alle locuzioni “*stessa materia*” e “*stesso fatto punito*”? Senza ripercorrere ora - per ovvie ragioni - le tappe del complesso cammino percorso da giurisprudenza e dottrina sul punto, possiamo limitarci a registrare, all’oggi, l’avvenuta prevalenza di una soluzione di tipo “strutturale”⁷. In siffatta prospettiva, la sussistenza di un “*medesimo fatto*” - e dunque la natura apparente del concorso di norme - in tanto può esser affermata, in quanto si proceda ad una analisi, per l’appunto, *strutturale* fra gli elementi di fattispecie; analisi il più possibile asettica e scevra da ogni propensione valutativa, incentrata su una scomposizione degli astratti tessuti normativi, volta ad un confronto degli stessi per categorie omogenee⁸.

2.1.

Dietro l’affermarsi di un approccio strutturale: scelte di “politica giurisdizionale”?

Già con la sentenza della Corte Costituzionale 3 aprile 1987 n. 97 vi fu una chiara presa di posizione volta a valorizzare, nell’applicazione dell’art. 9 l. n. 689/1981, la dimensione dei rapporti strutturali fra disposizioni penali e disposizioni sanzionatorie amministrative. Come già accennato, la giurisprudenza di legittimità si è per lo più allineata a tale impostazione, consolidando un orientamento favorevole a riconoscere la valenza logico-formale del canone ermeneutico della *lex specialis*.

A confermare la prevalenza del succitato orientamento strutturale sono di recente incorse alcune pronunce a Sezioni Unite della Suprema Corte. Di particolare rilevanza è la sentenza Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 1963⁹, che, affermando la sussistenza del rapporto di specialità fra l’illecito amministrativo di cui all’art. 213 c. 4 del codice della strada e il delitto punito all’art. 334 c.p., descrive compiutamente i passaggi interpretativi di quel “*test strutturale*” che il giudice è chiamato a compiere nel risolvere il concorso fra disposizione penale incriminatrice e disposizione sanzionatoria amministrativa.

In primo luogo, abbandonando ogni approccio di tipo sostanzialistico, si afferma come il riferimento allo “*stesso fatto*” contenuto all’art. 9 debba intendersi quale richiamo (non tanto al canone della specialità in concreto, quanto piuttosto) «alla fattispecie tipica delle norme che vengono in considerazione»; da qui la necessità di una preliminare disamina della «struttura del reato e della violazione amministrativa» di cui si discute, ai fini della «verifica dell’esistenza di un’area comune e sovrapponibile, tra le condotte descritte dalle norme concorrenti».

In secondo luogo vengono individuati quei rapporti in astratto sussistenti fra gli elementi strutturali di fattispecie che possono effettivamente dirsi rientranti nel concetto di “*stessa materia*” o “*stesso fatto*”: l’identità di materia sarà presente nei soli casi di *specialità unilaterale per specificazione*, *specialità unilaterale per aggiunta*, *specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta*¹⁰; laddove, invece, si configuri una relazione di *specialità reciproca bilaterale per aggiunta*, la suddetta identità è da escludere, sussistendo piuttosto fra le norme una mera *interferenza*¹¹.

Da ultimo, avendo chiarito cosa si debba intendere per “*stesso fatto*”, si identificano gli elementi che portano a stabilire che cosa sia “*speciale*”; la soluzione, agevole nel caso della specialità unilaterale, si presenta più problematica nei casi di specialità reciproca: la Corte si limita

⁷ Approccio già sostenuto da F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 167 ss., e G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis, Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 45 ss.; tale concezione formale ha prevalso sulle teorie di stampo valutativo-teleologico, incentrate sulla relazione fra gli interessi protetti dalle norme [in dottrina per tutti, v. G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 468 ss., e A. PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, 549], e su quelle di matrice naturalistica, rivolte al fatto, come verificatosi in concreto (v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, 16^a ed., a cura di L. CONTI, Milano, 2003, 150 ss., M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nel diritto penale italiano*, Milano, 1961, 80 ss., L. CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 1014).

⁸ In tal senso v. l’accurata ricostruzione della «tecnica del raffronto diretto tra entità omogenee delle fattispecie» operata da S. CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, 1992, 232 ss..

⁹ In *questa Rivista*, con nota di C. BENUSSI, [Solo un illecito amministrativo per il custode sorpreso a circolare con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo](#), 24 gennaio 2011.

¹⁰ Chiarissimo è qui il richiamo a G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., 61 ss..

¹¹ È la conclusione cui giunge, in effetti, G. DE FRANCESCO, *loc. ult. cit.*.

qui a richiamare in via riassuntiva gli «indici diversi» elaborati da giurisprudenza e dottrina, cioè «i diversi corpi normativi in cui le norme sono ricomprese; la specialità fra soggetti; la fattispecie dotata del maggior numero di elementi specializzanti»¹².

Applicando questi passaggi, e confermando tale impostazione strutturale, le Sezioni Unite, con le sentenze 28 marzo 2013 n. 37424 e 37425¹³, giungono successivamente ad escludere la sussistenza del rapporto di specialità fra le fattispecie di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 e la corrispondente fattispecie amministrativa di cui all'art. 13 c. 1 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 471.

È già il primo momento di indagine - quello relativo all'individuazione di uno «*stesso fatto*» - a fornire risposte negative nel senso dell'operare del canone della specialità; all'esito di una verifica degli elementi strutturali delle fattispecie, pur registrando una comunanza di parte dei presupposti degli illeciti, la Corte ritiene di riconoscere una diversità fra le norme penali e la norma amministrativa, rispetto ad alcune componenti essenziali (fattuali e temporali), tali da permettere di ricostruire i rapporti fra fattispecie in termini non già di specialità, quanto piuttosto di «*progressione*». Mancando dunque i presupposti per un concorso che sia solo apparente, si afferma la possibile applicazione congiunta della sanzione penale e di quella amministrativa, in quanto ancorate (non allo *stesso fatto*, bensì) a fatti *diversi*.

Questa interpretazione, oggi prevalente in punto di operatività del principio di specialità «amministrativa», pare voler valorizzare un'esigenza di certezza del diritto, attraverso, da un lato, la focalizzazione sul dato formale normativo fissato *per tabulas* dal legislatore, e, dall'altro, mediante l'estromissione dal circuito interpretativo di elementi sostanziali o valoriali che siano in qualche modo debitori della discrezionalità giurisdizionale. Se chiari sono, in astratto, questi profili finalistici, meno chiari risultano, in concreto, i risvolti applicativi di un siffatto canone della *lex specialis*.

Non di rado, infatti, dietro alla coerenza interpretativa *prima facie* ravvisabile si annida una (ben poco coerente) pratica di selezione politica della sanzione: i passaggi del summenzionato «*test strutturale*» risultano spesso piegati ad esigenze (in sé non necessariamente deprecabili) di giustizia del caso concreto, che lasciano intravedere «un approccio sterilmente legalistico che ha cercato di far dire *ex post* alla norma ciò che l'interprete aveva per altre vie elaborato»¹⁴. Insomma, ad una così accurata ricostruzione «*teorica*» quale quella offerta dalla giurisprudenza in punto criterio di specialità, non corrisponde, spesso, una altrettanto ponderata risoluzione dei casi concreti oggetto di giudizio¹⁵; in tal senso, si potrebbe dire che proprio là dove i giudici vogliono affermare la centralità del criterio astratto e strutturale di raffronto tra le fattispecie, allo stesso tempo ne ammettono - implicitamente - i limiti, giungendo di fatto a snaturarne l'esito, mediante il ricorso «sottotraccia, ma in modo determinante» a quelle stesse «valutazioni teleologiche»¹⁶ che un tale metodo dovrebbe contribuire a fugare.

¹² Si tratta, in sostanza, dei medesimi criteri individuati sinteticamente da G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, cit., 425. Per una critica a tale soluzione v. S. CAMAIONI, *op. cit.*, 242.

¹³ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424 e 37425, in *questa Rivista*, con nota di A. VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e 10 ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, 18 settembre 2013.

¹⁴ M. PELISSERO, *Frodi ed abusi nei finanziamenti pubblici: interferenze tra fattispecie e questioni aperte in tema di concorso apparente di norme*, in AA. Vv., *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 551.

¹⁵ Queste incoerenze sono puntualmente denunciate dalla dottrina, anche laddove essa si esprime in termini adesivi - o comunque non apertamente critici - nei confronti degli approdi giurisprudenziali. Volendo citare due casi esemplificativi: in relazione a Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2011, cit., v. le considerazioni di A. VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 855 ss.; con riferimento a Cass., Sez. VI, 3 maggio 2006 n. 15199 (di centrale rilevanza alla luce della successiva giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), v. i rilievi mossi da M. B. MAGRO, *Le manipolazioni di mercato fra illecito penale e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 2007, 71 ss.. Gli stessi profili di incoerenza possono essere riscontrati nella giurisprudenza di merito: ad esempio, a proposito dei rapporti fra art. 2638 c.c. e art. 190 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, sia concesso il riferimento a E. PENCO, *op. cit.*, 2293 ss., in merito a Corte App. Milano, I Sez. Civile, ord. 21 gennaio 2014.

¹⁶ Così A. VALLINI, *op. cit.*, 856.

3. La concezione europea del principio di specialità: un approccio “sostanziale”.

Un contributo di assoluta novità rispetto alla declinazione interna del principio di specialità giunge dalla recente giurisprudenza delle Corti europee, ultimamente mostratesi assai sensibili al tema del *ne bis in idem* e del cumulo di sanzioni penali ed amministrative¹⁷. In particolare, è la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014, a fornire spunti oltremodo interessanti per la nozione di specialità nostrana che abbiamo poco sopra tratteggiato.

Come è già stato ampiamente sottolineato in dottrina¹⁸, le conclusioni cui giunge la Corte di Strasburgo in suddetta pronuncia sono destinate a produrre effetti di primaria rilevanza nel nostro ordinamento, non soltanto in relazione al sistema di repressione degli illeciti finanziari. Per quanto qui interessa più da vicino, tuttavia, occorre concentrarsi non tanto sulla circostanza in sé dell’aver riconosciuto, la Corte, il modello sanzionatorio dell’illecito di *market abuse* di cui agli artt. 185 e 187 *ter* del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 contrario al divieto di *bis in idem* formulato all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione; ciò che più rileva, ai nostri fini, è piuttosto il *quomodo* dell’accertamento di tale violazione.

I Giudici Europei infatti si confrontano preliminarmente con gli argomenti del Governo Italiano, il quale, volendo dimostrare come i due procedimenti sorti in capo ai ricorrenti - l’uno amministrativo e l’altro penale - non vertessero sullo “stesso fatto”, e dunque non presentassero problemi di duplicazione sanzionatoria, sottolineava, nelle sue considerazioni, le differenze fra le trame normative dei citati art. 185 e art. 187 *ter*. In questo senso, solo la norma penale (art. 185) esige la sussistenza del dolo e dell’idoneità delle informazioni false o fuorvianti diffuse a produrre un’alterazione significativa dei mercati finanziari. Le due disposizioni, insomma, fotograferebbero *fatti diversi*, per cui neanche ipotizzabile sarebbe un rischio di *bis in idem*. Le argomentazioni svolte dall’agente del Governo Italiano ricalcano, come noto, gli approdi cui era giunta la giurisprudenza interna di legittimità, in particolare in Cass., Sez. VI, 3 maggio 2006 n. 15199¹⁹, ove si affermava come il reato di “manipolazione del mercato” di cui all’art. 185 d.lgs. n. 58 del 1998 si differenziasse dall’omologo illecito amministrativo del successivo art. 187 *ter* per la presenza di condotte *latu sensu* truffaldine o artificiose, comunque idonee a concretizzare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari; non serve dunque ricorrere, sosteneva la Suprema Corte, al principio di specialità amministrativa di cui all’art. 9 della l. n. 689 del 1981, in quanto già il raffronto astratto fra gli elementi strutturali delle due fattispecie dimostrerebbe l’assenza del presupposto dello “stesso fatto”.

A queste argomentazioni la Corte di Strasburgo risponde *tranchant*, sconfessando in poche righe il percorso argomentativo del nostro Governo (e della Cassazione); «resta da determinare», si legge al paragrafo 224 della sentenza *Grande Stevens*, «se il nuovo procedimento in questione fosse basato su *fatti che erano sostanzialmente gli stessi* rispetto a quelli che sono stati oggetto della condanna definitiva. A tale riguardo, la Corte osserva che, contrariamente a quanto sembra affermare il Governo (par. 217 *supra*), dai principi enunciati nella causa *Sergueï Zolotoukhine* sopra citata risulta che *la questione da definire non è quella di stabilire se gli*

¹⁷ In relazione al principio del *ne bis in idem*, che trova diretto riconoscimento sia nel sistema Convenzionale, all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, che nel diritto dell’Unione Europea, all’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, si riscontrano di recente numerose pronunce: nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, oltre alla sentenza *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014 (già pubblicata in questa Rivista, con nota di A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, 9 marzo 2014), deve essere citata la più recente *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014 (in merito alla quale, in questa Rivista, M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, 5 giugno 2014). La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha affrontato il tema nella sentenza relativa alla causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013 (in questa Rivista, con nota di 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*, 15 aprile 2013). Per i rapporti fra le garanzie offerte dal sistema Convenzionale e dal sistema eurounitario, in questa Rivista, G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e ‘doppio binario’ sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza ‘Grande Stevens’ nell’ordinamento italiano*, 30 giugno 2014.

¹⁸ Per una riflessione sulla portata della sentenza *Grande Stevens* rispetto all’ordinamento interno, A. F. TRIPODI, *op. cit.*, G. DE AMICIS, *op. cit.*, nonché, in questa Rivista, 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)*, 30 giugno 2014. Una prima prospettazione delle ricadute possibili in tema di illeciti tributari viene tracciata, in questa Rivista, da G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, 14 settembre 2014.

¹⁹ Vedi *supra*, nota n. 15.

elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma sei fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta (corsivo nostro)». Viene, insomma, apertamente destituito di rilevanza un approccio interpretativo che guardi esclusivamente ai rapporti astratti e strutturali fra le due norme in questione; ciò che davvero importa verificare, in una prospettiva di tutela sostanziale che voglia evitare un *bis in idem*, è la concreta riconducibilità dei fatti oggetto di accertamento di fronte all'autorità amministrativa e all'autorità penale alla *medesima condotta*.

Siamo lontani anni luce dal significato di “*stesso fatto*” elaborato dalla giurisprudenza interna secondo un percorso eminentemente volto a fornire rilevanza ai segmenti normativi degli illeciti, per verificare sì una sovrapposibilità delle condotte, ma non già di quelle in concreto espletatesi, quanto piuttosto di quelle «descritte dalle norme concorrenti». Tale rivoluzione copernicana coinvolge apertamente lo stesso presupposto dell'operare del canone della specialità, e cioè quell'*idem factum* richiamato all'art. 9 l. n. 689/1981, la cui sussistenza deve essere verificata nel primo passaggio del *test* interpretativo elaborato dalla nostra giurisprudenza.

3.1.

“Riconducibilità alla medesima condotta”: quali effetti sulla dimensione interna della specialità?

La prospettiva entro la quale si muove la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel formulare la sua concezione di medesimezza del fatto, rilevante ai fini dell'accertamento di una duplicazione sanzionatoria penale, si caratterizza, come detto, per un'attenzione spiccatamente sostanzialistica, rivolta al fatto concreto, e ben lontana da sofisticati legalismi ricamati sul tessuto normativo. In questo senso le affermazioni contenute nella sentenza *Grande Stevens* paiono in sintonia con agli approdi della nostra giurisprudenza di legittimità a proposito della garanzia di *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 649 c.p.p.; qui, come noto, è per l'appunto il «“nucleo storico” del fatto, ossia l'identità tra le fattispecie prese in considerazione nei diversi giudizi dal punto di vista della condotta»²⁰ a rilevare.

Occorre a questo punto chiedersi se la menzionata prospettiva europea, che già trova un'eco nella giurisprudenza interna, in tema però di *ne bis in idem* “processuale”, possa produrre effetti conformativi sulla concezione nostrana del principio di specialità, canone operante nella dimensione attigua ma distinta del *ne bis in idem* “sostanziale”.

Una risposta positiva a questo quesito, fino ad ora solo prospettata²¹, pare invece da affermarsi con forza.

In questo senso, guardando ancora alla *Grande Stevens*, è interessante quanto riportato nell'opinione (parzialmente) dissidente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, ove si fa espresso riferimento alla garanzia, “preventiva” rispetto ad una duplicazione sanzionatoria, fornita dal principio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/1981. Ebbene, tale garanzia, nelle parole dei due Giudici europei, si è rivelata nei fatti «non sufficiente», perché non idonea ad evitare la suddetta duplicazione: pur riguardando i due procedimenti, penale ed amministrativo, «esattamente la stessa situazione», le Corti interne (Corte d'Appello di Torino prima, e Cassazione poi) operando sull'astratta formulazione delle norme in conformità alla prassi interpretativa dianzi tratteggiata, hanno avuto buon gioco nel dichiarare «in modo non convincente» che il principio di specialità non deve trovare applicazione.

In realtà, sembra dire la citata *dissenting opinion*, anche partendo da un raffronto eminentemente strutturale fra le due norme in questione (artt. 185 e 187 *ter* d.lgs. n. 58/1998), ben si poteva (*rectius* si doveva) ricavare l'applicabilità del menzionato canone della *lex specialis*, nella misura in cui gli elementi caratterizzanti l'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo (alterazione sensibile del prezzo degli strumenti finanziari, e presenza del dolo), «non sono altro che *elementi specializzanti* rispetto alla fattispecie *generale* di manipolazione del mercato

²⁰ Così M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 1109; in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Dir. e giust.*, 40, 2005, 76; da ultimo Cass., Sez. II, 24 aprile 2013, n. 18376, in *Dir. e giust. online*, 29 aprile 2013.

²¹ In questo senso Corte di cassazione, Ufficio del Ruolo e del Massimario, Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea*, Rel. n. 35/2014, in *questa Rivista*, 29 maggio 2014, 14; v. anche G. DE AMICIS, *op. cit.*, 19.

prevista all'art. 187-ter t.u.f.»²².

Insomma il messaggio, che rimane tra le righe nel testo della sentenza, ma che i giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque formulano esplicitamente, è ben chiaro: nella prospettiva di tutela europea non è condivisibile una visione asettica, astratta, della specialità; al centro è necessario far permanere il *fatto concreto*, che deve guidare anche l'analisi ermeneutica degli *elementi* (questi si necessariamente) *astratti* delle fattispecie.

Il monito che giunge da Strasburgo è destinato ad operare direttamente sui passaggi interpretativi interni formulati dalla giurisprudenza in punto di applicazione del canone di cui all'art. 9 l. n. 689/1981 (e art. 15 c.p.). In particolare, è immediatamente coinvolto il primo *step* di tale esercizio, cioè, come visto in precedenza, la verifica della sussistenza di uno "*stesso fatto*", passaggio preliminare e necessario per l'individuazione di un (prima solo possibile) concorso apparente di norme, e dunque per l'operare del principio di specialità.

Se dunque si è in presenza di *uno stesso fatto concreto, riconducibile alla medesima condotta*, una sola sarà la norma che dovrà operare, e una sola la sanzione: questo, a ben vedere, altro non è che «il presupposto dell'instaurarsi di un rapporto di specialità tra fattispecie»²³; non sono più possibili, dopo l'aperta censura della Corte Europea, esercizi tecnico-interpretativi volti a "spezzare" la condotta tipica, per ricavare, sul piano astratto, una diversità che non si riesce a giustificare nella realtà concreta.

Il principio di specialità, nella sua dimensione prasseologica, costituisce il «vero e proprio banco di prova della tenuta del sistema normativo interno rispetto a quello convenzionale»²⁴. È necessario che quella "tensione al fatto", che già caratterizza la dimensione del *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 649 c.p.p., coinvolga anche l'omologa prospettiva sostanziale, entro la quale - come visto - la specialità si pone quale presidio preventivo rispetto ai rischi di duplicazione sanzionatoria. Considerato altrimenti il principio di specialità rischia di fungere da efficace grimaldello per far saltare le garanzie della non sottoposizione ad un secondo giudizio, laddove la sua vera vocazione è, tutto all'opposto, quella di centralina di controllo, atta ad evitare una ulteriore intrusione punitiva.

4. Riflessioni conclusive: la strisciante dicotomia fra legalità "formale" e "sostanziale".

Alla luce di quanto sin qui esposto sembrano prospettarsi due differenti modelli applicativi del canone della specialità, l'uno legato alla prassi interpretativa invalsa nella giurisprudenza interna, e l'altro ricavabile dalle indicazioni fornite dai Giudici europei. Il punto di partenza, invero, è comune per entrambi, e consiste nell'accertamento della sussistenza di uno "*stesso fatto*" sul quale apparentemente convergono una norma penale ed una norma sanzionatoria amministrativa.

Il riferimento al "fatto" si traduce, nella prospettiva nostrana, in una considerazione *struttural-normativa* dello stesso, che si sostanzia nella ricerca di un'eventuale area di sovrapposibilità fra le condotte tipizzate, attraverso un'analisi astratta degli elementi costitutivi dell'illecito; accertata tale sovrapposibilità, viene identificata la norma applicabile - in quanto *lex specialis* - sulla base di indici (essi stessi) normativi.

Nella ben diversa dimensione euro-convenzionale (ed eurounitaria), al centro sta il "fatto" inteso nella sua accezione *concreta*, per cui il vaglio del citato profilo di medesimezza si risolve nell'accertare la riferibilità del dato normativo (o meglio, dei dati normativi) ad una stessa condotta (non già "*tipizzata*", ma) *storica*. Verificato questo presupposto, deve operare il criterio sistematico della specialità, ispirato ad una obiettiva focalizzazione della descrizione legale del fatto.

²² Così F. VIGANÒ, *op. cit.*, 10, il quale attribuisce «ragione da vendere» ai giudici dissenzienti, concordando con una ricostruzione del rapporto fra illecito amministrativo di cui all'art. 187 *ter* e illecito penale *ex art.* 185 rappresentabile, in termini grafici, in una relazione di insieme (art. 187 *ter*) - sottoinsieme (art. 185).

²³ In questi termini G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, 2009, 685. Riconosce nel «medesimo fatto concreto sul quale convergono le norme (...) null'altro che il presupposto stesso per l'operatività del concorso apparente» anche M. PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, in C. F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 562.

²⁴ Così la Rel. n. 35/2014, *cit.*, 16.

È ben evidente come dietro ai due differenti percorsi dianzi sinteticamente tracciati non vi sia semplicemente una puntuale divergenza di vedute in ordine all'operare di un singolo criterio ermeneutico. La diversità che corre fra piano interno e piano europeo su questo tema è solo un sintomo, per giunta periferico, di una ben più ampia frattura relativa alla stessa *Weltanschauung* della legalità penale.

Si scontrano, qui come altrove, una dimensione "formale" della legalità, cui pare essere indissolubilmente legato il nostro sistema, ed una concezione "sostanziale" di quest'ultima, della quale le citate giurisdizioni sovranazionali sono instancabili corifee.

Difficile dire se il contatto, ormai frequente ed inevitabile, fra queste due differenti concezioni si possa risolvere in un «matrimonio felice», o sia destinato ad una «convivenza difficile»²⁵. A profilarsi è, ancora una volta, la strisciante dicotomia fra l'apparente certezza offerta da una dimensione *formale*, ispirata al canone della legalità della fattispecie, e le istanze di "giustizia concreta" legate ad criterio *sostanziale* di valutazione della norma e della sanzione criminale. L'una strada è, a prima vista, più sicura, ma troppo spesso ha portato a mete non coerenti con il percorso compiuto; l'altra via, che sembrerebbe adombrata da rischi eccessivi di discrezionalità e incertezza, sovente ha condotto a risultati ben migliori di quanto le premesse lasciavano intravedere.

È chiaro che la logica entro la quale occorre muoversi non è quella del conflitto fra i due modelli, bensì, come è stato detto, quella di una «combinazione "virtuosa" delle due prospettive»²⁶. In questo senso, diversi sono i ruoli che gli operatori del diritto possono giocare, in generale, così come nella prospettiva particolare del principio di specialità.

Con specifico riferimento a quest'ultimo profilo, in primo luogo, affinché la specialità possa operare "a valle", conformemente alle indicazioni provenienti dalla Corte Europea, è necessario che "a monte" il nostro legislatore si dimostri attento nella sua opera di costruzione normativa, sia sul piano sistematico, che di singola fattispecie, prevedendo diversi livelli di tutela progressiva nei rapporti fra illecito amministrativo e penale. In tal modo potrebbero essere effettivamente ridotte le difficoltà e le aporie legate al momento dell'analisi strutturale, e più immediato sarebbe il riferimento alle condotte concrete.

In seconda battuta, i giudici sono chiamati a far operare con coerenza il canone della specialità, evitando di proporre ricostruzioni strutturali dei rapporti fra fattispecie che rischiano di perdere di vista l'unicità storica dei fatti cui si riferiscono le norme. Solo in quei frangenti in cui si dovesse riscontrare una effettiva e totale sovrapposibilità fra illecito penale e illecito sanzionatorio amministrativo, con una conseguente reale duplicazione di pena, necessario si rivela il ricorso ad una delle soluzioni atte ad evitare una situazione di *bis in idem*, soluzioni che la dottrina, seguendo la sua precipua vocazione, ha efficacemente tracciato all'indomani delle citate pronunce europee sul tema²⁷.

²⁵ Così G. M. FLICK, *op. cit.*, 17, ove viene tratteggiato compiutamente questo conflitto fra le due differenti concezioni di legalità penale, interna ed europea.

²⁶ G. M. FLICK, *ibidem*.

²⁷ Per tutti v. F. VIGANÒ, *op. cit.*, 11 ss.. Per un primo esempio di dialogo fra giudici interni e giudici europei su questo punto v. Trib. Torino, V Sez. pen., 27 ottobre 2014, Giud. Pio, in *questa Rivista*, con nota di M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, 17 novembre 2014. Sul tema delle ricadute della sentenza Grande Stevens sull'ordinamento interno, v. anche Cass., Sez. V, 10 novembre 2014, ord. n. 3333, in *questa Rivista*, con nota di M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, 17 novembre 2014; ancora, di recente, Trib. Brindisi, Sez. pen., 17 ottobre 2014, Giud. Biondi, in *questa Rivista*, con nota di S. FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente 'disciplinari': l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, 12 dicembre 2014. Nella giurisprudenza costituzionale, per un'apertura alla sensibilità sostanziale predicata dalla giurisprudenza europea, proprio sul tema dell'illecito amministrativo "sanzionatorio", v. Corte Cost., 14 aprile 2014, n. 104, in www.cortecostituzionale.it.