



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto penale dell'economia

**ABUSI DI MERCATO:
LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM
E IL SISTEMA DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO**

RELATORE

Prof. Filippo Sgubbi

CANDIDATA

Emanuela Zito

Matr. 123783

CORRELATORE

Prof. Antonino Gullo

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

Indice

CAPITOLO I

LE ORIGINI DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO IN MATERIA DI *MARKET ABUSE*

1. Premessa.....	9
2. Dal codice civile del 1942 all’ultimo recepimento della normativa eurounitaria con il D. Lgs. n. 107 del 2018.....	10
3. La Direttiva 89/592/CEE.....	12
4. La Direttiva 2003/6/CE: una cornice per i <i>Market Abuse</i>	14
4.1 La struttura della Direttiva	15
4.2 Le Direttive di “livello 2”.....	16
5. La nascita del doppio binario sanzionatorio a livello nazionale: la riforma del 2005	17
6. La normativa eurounitaria sugli abusi di mercato del 2014.....	18
7. Il recepimento della disciplina eurounitaria nell’ordinamento italiano: il D. Lgs. n. 107/2018.....	22
7.1 La disciplina vigente dei <i>Market Abuse</i>	25
7.1.1 «Abuso di informazioni privilegiate»: il reato	29
7.1.2 «Manipolazione del mercato»: il reato	38

7.1.3 «Abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate»: l'illecito amministrativo.....	45
7.1.4 «Manipolazione del mercato»: l'illecito amministrativo.....	46
7.2 Il <i>discrimen</i> tra le fattispecie di manipolazione del mercato: la sentenza <i>Labella</i>	48
7.3 Gli illeciti amministrativi di <i>Market Abuse</i> dopo il D. Lgs. n. 107 del 2018.....	51
7.4 Rapporti tra procedimenti: gli articoli 187- <i>duodecies</i> e 187- <i>terdecies</i>	52
7.5 Il ruolo della Consob	56
8. Una chiave di lettura generica del <i>ne bis in idem</i>	58
8.1 <i>Ne bis in idem</i> processuale e <i>ne bis in idem</i> sostanziale.....	60
8.2 Dimensione “domestica” e dimensione “transnazionale” del <i>ne bis in idem</i>	64
9. Le fonti in materia di <i>ne bis in idem</i>	66
9.1 Il «Divieto di un secondo giudizio» nel codice di rito penale: l'art. 649	66
9.2 La CEDU e l'articolo 4 del VII Protocollo	70
9.3 L'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen: la dimensione “transnazionale” del <i>ne bis in idem</i> . Cenni al caso <i>Spasic</i>	71
9.4 L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un <i>unicum</i> giuridico	74
10. La nozione di “ <i>matière pénale</i> ” e gli “ <i>Engel's criteria</i> ”	75
11. <i>Idem factum</i> e <i>idem legale</i> : differenti approcci, differenti approdi.....	80
11.1 Il “medesimo fatto” nell'ordinamento giuridico italiano	82
11.2 Dal “medesimo reato” al “medesimo fatto”: l'evoluzione dei canoni interpretativi della Corte di Strasburgo.....	88
11.3 Cosa si intende per <i>idem factum</i> a Lussemburgo	90
11.4 L'evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di <i>idem factum</i>	94

11.5 L'evento nella prospettiva dell' <i>idem factum</i> : le persistenti divergenze tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo.....	100
--	-----

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE SUI RAPPORTI

TRA *NE BIS IN IDEM* E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

1. La sentenza <i>Fransson</i> . Il braccio di ferro tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo	104
1.1 I fatti	105
1.2 Il “dubbio” sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale.....	106
1.3 Il primo quesito pregiudiziale: la disapplicazione della norma nazionale contrastante con un diritto fondamentale.....	108
1.4 L'ultimo quesito: una questione “irricevibile”	110
1.5 I quesiti secondo, terzo e quarto: la compatibilità della normativa svedese con il principio del <i>ne bis in idem</i>	110
2. L' <i>Affaire Grande Stevens</i>	115
2.1 I fatti all'origine della pronuncia.....	116
2.1.1 Il procedimento amministrativo.....	119
2.1.2 Il processo penale	120
2.2 La pronuncia della Corte di Strasburgo.....	123
2.2.1 L'applicazione dei criteri <i>Engel</i> al caso concreto.....	124
2.2. 2 La violazione dell'art. 6, § 1, CEDU	128
2.2.3 La violazione dell'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU	132
2.3 Le conseguenze della pronuncia <i>Grande Stevens</i> sulla vicenda concreta.....	136

3.	Le conseguenze della pronuncia <i>Grande Stevens</i> nell'ordinamento italiano.....	138
3.1	Le soluzioni prospettate in dottrina.....	138
3.1.1	L'interpretazione "convenzionalmente conforme" o la questione di legittimità costituzionale degli artt. 187- <i>bis</i> e 187- <i>ter</i> t.u.f.....	139
3.1.2	L'interpretazione "convenzionalmente conforme" o la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.....	141
3.1.3	La diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE.....	143
3.1.4	La diretta applicazione dell'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU	145
3.1.5	L'interpretazione "convenzionalmente conforme" o la questione di legittimità costituzionale dell'art. 669 c.p.p.: il problema dell'intangibilità del giudicato.....	147
3.1.6	Una conclusione comune: la necessità di un intervento legislativo	149
3.2	La giurisprudenza italiana <i>post-Grande Stevens</i>	150
3.2.1	La giurisprudenza di merito.....	150
3.2.2	La giurisprudenza di legittimità.....	153
3.2.3	La giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 102 del 2016	154
3.2.3.1	L'incidente di costituzionalità della Quinta Sezione penale.....	155
3.2.3.2	L'incidente di costituzionalità della Sezione Tributaria civile	162
4.	Le ripercussioni della pronuncia <i>Grande Stevens</i> sul sistema sanzionatorio tributario.....	165
4.1	Cenni al sistema sanzionatorio tributario	167
4.2	I diversi orientamenti della giurisprudenza italiana in materia di <i>ne bis in idem</i> e doppio binario sanzionatorio tributario	169
4.3	Le reazioni alla pronuncia del 4 marzo 2014 della giurisprudenza nazionale in materia tributaria	176
4.3.1	La sentenza di non doversi procedere del Tribunale di Asti e la risposta del Giudice di legittimità.....	176
4.3.2	La questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. del Tribunale di Bologna e l'ordinanza n. 112 del 2016 del Giudice delle Leggi	178

4.3.3 Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bergamo	180
4.4 La revisione del sistema sanzionatorio tributario: il D.lgs. n. 158 del 2015	182
5. La sentenza <i>A e B c. Norvegia</i> del 15 novembre 2016.....	184
5.1 I fatti all’origine della pronuncia.....	186
5.2 Lo stato del diritto norvegese e la causa del <i>revirement</i>	187
5.3 Il criterio della “ <i>sufficiently close connection in substance and time</i> ”	188
5.4 Gli indicatori della connessione sostanziale.....	191
5.5 La <i>dissenting opinion</i> del giudice Pinto de Albuquerque	193
5.6 Le prime critiche alla sentenza <i>A e B c. Norvegia</i>	195
6. La sentenza <i>Jóhannesson e a. c. Islanda</i> del 18 maggio 2017.....	196
7. La metamorfosi del principio del <i>ne bis in idem</i> : da garanzia processuale a garanzia sostanziale?	200
8. La giurisprudenza italiana <i>post-A e B c. Norvegia</i>	203
8.1 Il Tribunale di Milano applica il <i>test</i> della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” alla materia degli abusi di mercato.....	203
8.2 La Terza Sezione della Cassazione affronta il <i>test</i> in materia fiscale	205
8.3 La sentenza n. 43 del 2018: la risposta della Consulta all’incidente di costituzionalità del Tribunale di Monza	207
9. La strada della pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia dell’Unione.....	215
9.1 Il caso <i>Menci</i>	216
9.2 Il caso <i>Garlsson Real Estate SA e Altri</i>	219
9.3 I casi <i>Di Puma e Zecca</i>	222

9. 4 Le Conclusioni dell’Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona.....	225
10. Le tre sentenze del 20 marzo 2018 della Corte di Lussemburgo sui rinvii pregiudiziali italiani.....	229
10.1 La risposta alla pregiudiziale <i>Menci</i>	233
10.2 La risposta alla pregiudiziale <i>Garlsson Real Estate SA e a.</i>	236
10.3 La risposta alle pregiudiziali <i>Di Puma e Zecca</i>	240
10.4 Alcune considerazioni	244

CAPITOLO III

DAL *NE BIS IN IDEM* PROCESSUALE ALLA PROPORZIONALITÀ SANZIONATORIA

1. <i>Quid accidit</i> all’indomani delle sentenze della Corte di Giustizia del marzo 2018. I recenti approdi del giudice italiano	248
1.1 L’applicazione dei “ <i>test</i> di compatibilità” delle Corti europee: l’art. 133 c.p. per assicurare la proporzionalità del cumulo.....	248
1.2 Disapplicazione <i>in toto</i> vs disapplicazione <i>in mitius</i> della norma interna antinomica: la Suprema Corte su <i>Chiarion Casoni</i>	256
1.3 Una nuova questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p.: la risposta del Tribunale di Bergamo alla causa <i>Menci</i> della Corte di giustizia.....	264
1.4 La Sezione Tributaria civile ritorna sulla vicenda <i>Garlsson Real Estate</i> dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.....	266
1.5 Le “sentenze gemelle” della Cassazione del 2018 sulle vicende <i>Di Puma e Zecca</i> : la diretta applicazione dell’art. 50 CDFUE.....	276
2. Considerazioni riepilogative	282
3. La proporzionalità sanzionatoria del sistema alla luce del nuovo art. 187- <i>terdecies</i> t.u.f.	288

BIBLIOGRAFIA.....292

CAPITOLO I

LE ORIGINI DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO IN MATERIA DI *MARKET ABUSE*

1. Premessa

In risposta alla Direttiva 2003/6/CE¹, l'Europa veniva invasa da un'ondata di criminalizzazione, senza precedenti², delle condotte integranti abusi di mercato.

Tutt'altro che inattesa, dato il diffuso clima di allarme sociale generato dagli scandali finanziari e dall'esplosione della crisi economica³, la svolta penalistica degli Stati membri dell'Unione⁴ non era invero una scelta imposta dalla normativa eurounitaria. Infatti, l'art. 14 della Direttiva del 2003, se per un verso sanciva l'obbligo per gli Stati membri di adottare sanzioni amministrative, per altro verso, lasciava impregiudicato il loro diritto di imporre sanzioni penali.

In Italia la Direttiva veniva recepita con l'effettiva introduzione, per le condotte di abuso di mercato, di sanzioni amministrative⁵. Il legislatore nostrano, però, restio a rinunciare alla pretesa punitiva, alle sanzioni amministrative eurounitariamente imposte affiancava, per i medesimi fatti, quelle penali, escogitando un particolare sistema di cumulo oggi noto come "doppio binario sanzionatorio". Peraltro, i dubbi suscitati dalla dottrina e da parte della giurisprudenza italiana fin dai primi anni di vita della normativa di recepimento non avevano placato gli istinti draconiani del legislatore – che anzi già con la l. n. 262/2005⁶ aveva ulteriormente aumentato la severità del trattamento sanzionatorio previsto per gli illeciti contenuti nel D. Lgs. n. 58/1998 (d'ora in avanti t.u.f.)⁷ –

¹ "Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato)".

² In questo senso, e sugli effetti prodotti dalla Direttiva 2003/6/CE si veda il contributo di C. CAROLLO, *Sanctioning regime for Market Abuse: the role of the European Court of Human Right*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 11.

³ Per i riflessi che le crisi e gli scandali finanziari hanno determinato nell'evoluzione dell'intervento penale in materia economica, si veda l'accurata indagine di A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, 101 ss.

⁴ Per un'accurata rassegna comparatistica sulle sanzioni amministrative e penali previste dai Paesi dell'Unione europea in materia di abusi di mercato, a seguito della Direttiva 2003/6/CE, si veda *l'Executive Summary to the Report on Administrative Measures and Sanctions as well as the Criminal Sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive (MAD)*, del COMMITTEE OF EUROPEAN SECURITIES REGULATORS (CESR), in www.cesr.eu.org.

⁵ Il riferimento è alla legge 18 aprile 2005, n. 62, "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2004)".

⁶ L. 28 dicembre 2005, n. 262, "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

⁷ D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria".

incurante che presto tali *querelle* sarebbero state perorate presso i Giudici di Strasburgo. Quando, infatti, a Strasburgo⁸ la normativa italiana viene chiaramente censurata in virtù della violazione dell'art. 4, VII Protocollo, della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali⁹ e, dunque, di quel principio particolarmente risalente del *ne bis in idem*, non sembrava vi fossero più dubbi: la normativa interna andava modificata. È presto però per il legislatore italiano, che attende lumi dalla Corte di Giustizia, dalla Corte Costituzionale, da autorevole dottrina. E, intanto, la Corte europea si pronuncia di nuovo. Nel 2016, infatti, a Strasburgo si cambiano le regole del gioco: la pronuncia *A & B c. Norvegia*¹⁰ si staglia sullo scenario della giurisprudenza EDU in senso *prima facie* diametralmente opposto ai suoi precedenti.

Alla luce di quanto sinteticamente anticipato, dunque, l'operatore del diritto non può che chiedersi se la normativa italiana sia effettivamente – e ancora, visto non solo il *revirement* strasburghese, ma anche la riforma del 2018¹¹ – lesiva del *ne bis in idem* convenzionale. E la risposta a tale interrogativo, com'è ovvio, deve passare attraverso la rappresentazione della disciplina interna in materia di abusi di mercato e l'analisi della composizione di quel *double track system* tanto avversato.

2. Dal codice civile del 1942 all'ultimo recepimento della normativa eurounitaria con il D. Lgs. n. 107 del 2018

Il nostro ordinamento si è adeguato alla Direttiva 2003/6/CE con la legge n. 62/2005 che ha modificato il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, attualmente contenente le diverse fattispecie di *market abuse*.

Invero, la storia della legislazione interna in materia di abusi di mercato è ben più longeva, basti pensare che una prima nozione di reato finanziario assimilabile alle fattispecie delineate dal t.u.f. si rinviene già nel codice civile del 1942. Lo stesso accoglieva, infatti, una serie di norme riguardanti

⁸ Ci si riferisce a Corte europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e Altri c. Italia*.

⁹ Roma, 4 novembre 1950.

¹⁰ Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza del 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*.

¹¹ Ci si riferisce al Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, "Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE". Pubblicato in G.U. Serie Generale n. 214 del 14 settembre 2018, ed entrato in vigore il 29 settembre 2018.

la condotta di aggioaggio¹². Sotto il profilo civilistico la disposizione di riferimento era l'art. 2628 c.c. La norma disciplinava le «Manovre fraudolente sui titoli delle società», stabilendo che «gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che diffondono notizie false o adoperano altri mezzi fraudolenti atti a cagionare nel pubblico mercato o nelle borse di commercio un aumento o una diminuzione del valore delle azioni della società o di altri titoli ad essa appartenenti, sono puniti (...)». Si tratta della nozione del reato di aggioaggio, che comportava una condanna penale in capo a coloro che – in ragione del particolare ruolo rivestito all'interno di una società – potevano diffondere notizie false o comunque causare un'alterazione del valore patrimoniale delle azioni societarie.

La nozione in commento, se per un verso risulta agevolmente assimilabile alle fattispecie di “manipolazione del mercato” oggi contenute nel t.u.f. (artt. 185 e 187-ter), per altro verso appare notevolmente distinta dalla nozione di *insider trading*. Con l'espressione richiamata, infatti, si fa riferimento all'uso di informazioni privilegiate, ovvero non ancora note al pubblico degli investitori, da parte di soggetti che ne sono venuti a conoscenza o nell'ambito dello svolgimento delle proprie mansioni professionali (c.d. *insider*) o in seguito ad una comunicazione indebita da parte di un *insider*. Se, dunque, l'*insider* trae vantaggio da una situazione di temporanea “asimmetria informativa” (egli possiede notizie che altri non hanno), viceversa le condotte di aggioaggio, pur trovando condizioni di favore nella scarsa trasparenza del mercato, si manifestano attraverso la diffusione di notizie false ovvero operazioni finalizzate a falsare la formazione del prezzo di un titolo. Alla luce di tali differenze, dunque, risulta chiaro che la disciplina dell'*insider trading* non aveva ancora una completa espressione nel nostro ordinamento giuridico.

È, infatti, solo con il recepimento della Direttiva comunitaria 89/592/CEE¹³ che in Italia ha origine il presupposto normativo per dare il via ad una disciplina, avente natura prettamente penale, volta a perseguire chiunque avesse sfruttato notizie riservate. Nel dettaglio, il legislatore italiano nel 1991 promulgava una specifica normativa in materia di *insider trading*, ossia la legge n. 157¹⁴, costituente la prima regolamentazione interna del fenomeno¹⁵.

¹² Per una completa rassegna delle modifiche che hanno interessato nel tempo la legislazione italiana in materia di aggioaggio si rinvia ad A. MELCHIONDA, *Aggioaggio e Manipolazione del mercato*, in *I reati societari*, A. LANZI – A. CADOPPI (a cura di), CEDAM, 2006, 241 ss.

¹³ “Direttiva 89/592/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)”.

¹⁴ L. 17 maggio 1991, n. 157, “Norme relative all'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per le società e la borsa”.

¹⁵ Per una disamina più approfondita dell'evoluzione normativa in materia d'*insider trading* e aggioaggio, si vedano tra gli altri: N. LINCIANO – A. MACCHIATI, *Insider trading. Una regolazione difficile*, il Mulino, 2002.

Tuttavia, presto le pesanti lacune della disciplina tratteggiata nel '91 hanno portato il legislatore ad operare un nuovo intervento normativo, avvenuto con l'entrata in vigore, nel 1998, del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

Nel 2005, invero, l'esigenza di adeguare l'ordinamento interno alle nuove indicazioni provenienti dall'Unione europea, ha portato ad una completa revisione dell'assetto del t.u.f. in relazione ai fenomeni di abuso di mercato (artt. 180 ss. t.u.f.). La nuova disciplina nazionale – frutto del recepimento, da parte dell'art. 9 della Legge Comunitaria 2004¹⁶ (l. n. 62/2005), della Direttiva 2003/6/CE (la c.d. *Market Abuse Directive* o MAD), nonché delle successive direttive attuative della stessa nn. 2003/124/CE, 2003/125/CE, 2004/72/CE¹⁷ – determina la nascita del *double track system* in materia di abusi di mercato.

Oltre al recepimento delle fonti comunitarie, attraverso la fonte legislativa primaria si è poi reso necessario adeguare, alle innovazioni introdotte in materia, anche la disciplina regolamentare della Consob, che infatti – al termine di una procedura di consultazione – nel novembre 2005 ha opportunamente modificato sia il regolamento “Mercati” (in particolare gli articoli dal 59 al 69, attinenti alle prassi di mercato ammesse, alle prassi nei mercati su strumenti derivati, ai criteri di identificazione delle manipolazioni di mercato ed alle operazioni sospette) sia quello “Emittenti” (con riferimento, ad esempio, al regime delle informazioni su eventi e circostanze rilevanti, *all'insider dealing*, all'acquisito di azioni proprie ed alle operazioni di stabilizzazione).

Da ultimo, il Regolamento (UE) 596/2014¹⁸ e la Direttiva 2014/57/UE¹⁹ hanno affidato ai legislatori nazionali il non facile compito di adeguare i previgenti assetti normativi in materia di *market abuse* a nuove prescrizioni. La modifica della disciplina italiana arriva, a distanza di quattro anni, con il D. Lgs. n. 107 del 2018.

3. La Direttiva 89/592/CEE

¹⁶ Legge 18 aprile 2005, n. 62, “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2004)”.

¹⁷ All'elenco andrebbe aggiunto il Regolamento n. 2273/2003/CE – in tema di deroga per i programmi di riacquisto di azioni proprie e per le operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari – con riferimento al quale, però, non è corretto esprimersi in termini di recepimento, posto che, esso è pur sempre fonte direttamente applicabile senza bisogno di recepimento.

¹⁸ “Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE”.

¹⁹ “Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato)”.

L'idea di sanzionare le condotte di *market abuse* era, ancora fino alla fine degli anni '80, oggetto di dibattito proprio su un punto cruciale della materia: l'opportunità di punire. Consci della lezione della scuola di Manne²⁰, alcuni ritenevano che l'utilizzo di informazioni riservate sui mercati finanziari, lungi dal costituire una condotta nociva, rappresentasse il giusto compenso per coloro che, *insiders* nel senso proprio del termine, fossero fautori dei successi e delle innovazioni della società²¹. Ma le teorie non punibiliste non si esaurivano qui: le condotte di *insider trading* non erano solo lecite, ma addirittura benefiche per il mercato: tali condotte, infatti, anticipando il futuro sviluppo delle quotazioni, sarebbero strumentali alla diffusione delle conoscenze dei risparmiatori ed eviterebbero, altresì, violente variazioni dei prezzi al verificarsi della diffusione della notizia, favorendo in tal modo l'efficace allocazione degli strumenti finanziari sul mercato²².

L'Europa sarà, però, a partire dal 1989, di tutt'altro avviso. Si noti, infatti, che proprio in questa data la Comunità europea afferma chiaramente che un atteggiamento di tolleranza nei confronti delle condotte di *insider trading* avrebbe causato la perdita di fiducia da parte dei risparmiatori sul corretto funzionamento del mercato, con l'ovvia conseguenza di farli allontanare. Ciò comportando chiaramente perdite di liquidità e danni a tutti gli operatori che al mercato ricorrono per il finanziamento delle proprie attività, con seguenti lesioni alle economie degli Stati membri.

Questa, dunque, la *ratio* della Direttiva 89/592/CEE: garantire ai risparmiatori l'equo funzionamento del mercato. Dinanzi alla normativa CEE, gli Stati dell'Unione si impegnavano per la prima volta a sanzionare le condotte di *insider trading*.

La Direttiva, però, avrà vita breve. Già nel 1999, infatti, il Piano d'Azione per i servizi finanziari e il Rapporto *Lamfalussy*²³ sulla regolamentazione dei mercati europei dei valori mobiliari, auspicavano una nuova regolamentazione comunitaria atta a contrastare la manipolazione dei mercati.

Il Rapporto *Lamfalussy*, in particolare, raccomandava un approccio maggiormente innovativo alla regolamentazione dei mercati finanziari attraverso la creazione di un quadro normativo articolato su quattro livelli volto ad accrescere la flessibilità, l'efficienza e la trasparenza del processo di

²⁰ Il riferimento è a H. G. MANNE che già negli anni '60 patrocinava teorie non punibiliste delle condotte di *insider trading*. Cfr., H. G. MANNE, *Insider trading and the stock market*, Free Press, 1966.

²¹ La teoria di Manne è riportata, tra gli altri, in E. FONTANA, *Insider trading: legittimo il sequestro per equivalente del patrimonio usato per la speculazione*, in *Dir. giust.*, 2012, n. 1, 603.

²² In argomento, si veda S. GROSSMAN, *An Analysis of the Role of Insider Trading on Futures Market*, in *Journal of Business*, 1986, n. 59, 129 e ss.

²³ La procedura prende il nome del Presidente del Comitato Europeo di saggi che lo ha creato, Alexandre Lamfalussy. Il Rapporto segnalava il cattivo funzionamento e le lacune della regolamentazione dei mercati europei dei valori mobiliari e raccomandava una riforma della legislazione in vigore proponendo, inoltre, l'istituzione di due comitati per la soppressione delle barriere all'integrazione e all'espansione dei mercati. I due comitati saranno il CESR (*Committee of European Securities Regulators*) e l'ESC (*European Securities Committee*).

regolamentazione a livello europeo nel settore dei valori mobiliari²⁴. Proprio seguendo il modello “*Lamfalussy*” vennero, dunque, adottati significativi atti legislativi tra cui, in materia di abusi di mercato, la Direttiva 2003/6/CE.

Dunque, il contesto in cui si sviluppa l’idea di elaborare una Direttiva unitaria in materia di abusi di mercato è quello caratterizzato da un quadro giuridico incompleto e non armonizzato a livello europeo. Una moltitudine di norme e requisiti giuridici e definatori degli abusi di mercato caratterizzavano gli ordinamenti degli Stati membri, differenze idonee a causare distorsioni concorrenziali sui mercati finanziari.

A questo quadro, poi, deve aggiungersi l’incompletezza della Direttiva 89/592/CEE, soprattutto perché finalizzata esclusivamente alla prevenzione dell’abuso di informazioni privilegiate, senza valutare altre serie condotte di *market abuse* e senza tenere conto delle frodi finanziarie transfrontaliere.

Da qui, l’urgenza della Direttiva 2003/6/CE che si pone, peraltro, come disciplina quadro, demandando alle Direttive di “livello 2” – adottate dalla Commissione previa consultazione del CESR²⁵, secondo la disciplina *Lamfalussy* – le misure di esecuzione “non essenziali”.

4. La Direttiva 2003/6/CE: una cornice per i *Market Abuse*

Per rintracciare la *ratio* della Direttiva 2003/6/CE appare utile soffermarsi su alcuni dei 44 Considerando che la precedono, costituenti norme programmatiche, necessarie per una corretta e sistematica interpretazione del contenuto del testo. Fin dai Considerando, infatti, si evincono chiaramente che due sono i principi cui non sembra potersi transigere in materia di *Market abuse*: il principio di “trasparenza del mercato” e quello di “integrità del mercato”.

In particolare, in relazione al concetto di “trasparenza del mercato” il riferimento si rinviene nel Considerando n. 15 della medesima Direttiva: «L’abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato sono di ostacolo alla reale e piena trasparenza del mercato, che è requisito fondamentale perché tutti gli operatori economici siano in grado di operare su mercati finanziari integrati».

²⁴ L’approccio a quattro livelli prevedeva: principi generali (applicabili alla materia), misure di attuazione, cooperazione ed *enforcement* (intesa come vigilanza sul rispetto delle norme).

²⁵ *Committee of European Securities Commissions*. Il CESR è stato istituito nel giugno 2001 dalla Commissione della CE (decisione 527/2001/CE del 6.6.2001), su suggerimento del Rapporto *Lamfalussy*, presentato nel febbraio precedente.

Diversamente, per ciò che concerne il concetto di “integrità del mercato” si ha riguardo anzitutto al Considerando n. 2, in cui si legge: «Un mercato finanziario integrato ed efficiente non può esistere senza che se ne tuteli l’integrità [...]. Gli abusi di mercato ledono l’integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli strumenti derivati.»

Dunque, chiaro è l’obiettivo perseguito dal legislatore europeo con la presente Direttiva: trasparenza e integrità dei mercati, fiducia del risparmiatore.

4.1 La struttura della Direttiva

Per quanto attiene alla sua struttura, la Direttiva n. 6 del 2003 è composta da ventidue articoli. Il testo normativo, peraltro, può essere idealmente scomposto in diverse sezioni: una prima sezione avente carattere precettistico (artt. 1-13), una seconda disciplinante il regime sanzionatorio (artt. 14 e 15) e una terza e conclusiva sezione contenente disposizioni volte al coordinamento dell’azione degli Stati membri e al recepimento della Direttiva (artt. 16-22).

In relazione alla “prima sezione” la descrizione delle fattispecie punite, ossia le condotte di *insider trading* (artt. 2, 3 e 4) e di *market manipulation* (art. 5), è preceduta da un’art. 1 avente carattere prettamente definitorio: si rinviengono, infatti, le definizioni di “informazione privilegiata”, di “manipolazione del mercato”, di “strumenti finanziari”, di “mercato regolamentato”, di “prassi di mercato ammesse”, di “persona”, e in ultimo di “autorità competente”. In particolare, la norma tratteggia la nozione eurounitaria di “informazione privilegiata” in tal modo: con tale espressione s’intende un’informazione che abbia un carattere preciso, che non sia stata resa pubblica e che concerna, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti di strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se fosse resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari ovvero sui prezzi di strumenti finanziari derivati connessi.

Invero, per l’ambito di analisi, la sezione maggiormente significativa è la seconda, ed in specie l’art. 14²⁶. La disposizione, infatti, se da un lato fa salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, li obbliga però a prevedere sanzioni amministrative. Pur, come di consuetudine, sottolineando che le misure adottate debbano essere, in ogni caso, efficaci, proporzionate e

²⁶ Il primo comma, nello specifico, recita: «Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive».

dissuasive. Conscio, dunque, della sua limitata competenza penale, il legislatore comunitario ha deciso di porre un obbligo essenzialmente di risultato, non di forma.

Sulla base di quanto detto, gli Stati avrebbero quindi avuto solo due possibilità: una tutela esclusivamente amministrativa o una tutela cumulativamente amministrativa e penale. Giova, infatti, sottolineare che la possibilità degli Stati membri di optare per una tutela unicamente penale doveva ragionevolmente ritenersi preclusa, visto l'esplicita imposizione di adottare «le opportune misure amministrative o irroga[re] le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva». Di conseguenza è ovvio che, chiamata a pronunciarsi in merito, la nostra giurisprudenza abbia inteso la norma nel senso che la disciplina penale da sola non potrebbe esistere²⁷.

Chiude il quadro sanzionatorio l'art. 15 che valorizza il ruolo delle *Authority*, si prevede a tal fine che gli Stati membri provvedano affinché l'autorità competente (la Consob per l'Italia) possa divulgare al pubblico le misure o sanzioni applicate per il mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della Direttiva, salvo il caso in cui la divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o possa recare un danno sproporzionato alle parti coinvolte. Le decisioni adottate dall'autorità competente dovranno essere in ogni caso impugnabili di fronte ad un organo giurisdizionale.

4.2 Le Direttive di “livello 2”

Il sistema delineato dalla Direttiva del 2003 è stato completato dalle Direttive c.d. “di livello 2”. In particolare, dalla Direttiva 2003/124/CE (recante modalità di esecuzione della direttiva 2003/6/CE) per quanto riguarda la definizione e la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate e la definizione di manipolazione del mercato, dalla Direttiva 2003/125/CE, (recante modalità di esecuzione della direttiva 2003/6/CE) per quanto riguarda la presentazione delle raccomandazioni di investimento e la comunicazione al pubblico di conflitti di interesse, entrambe da recepire entro il 12 ottobre 2004.

Alle due Direttive si è aggiunto il Regolamento della Commissione del 22 dicembre 2003 (recante modalità di esecuzione della Direttiva 2003/6/CE) per quanto riguarda la deroga per i programmi di riacquisto di azioni proprie e per le operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari,

²⁷ Cass., Sez. Un., 23 giugno - 30 settembre 2009, n. 20937. Le Sezioni Unite reputano possibile solamente in via cumulativa e non alternativo-sostitutivo, l'irrogazione di sanzioni penali in aggiunta a quelle di diritto amministrativo.

immediatamente vincolante per gli Stati membri. Infine, rileva la Direttiva 72/2004 che si propone come normativa di ulteriore perfezionamento delineando le prassi di mercato ammesse.

5. La nascita del doppio binario sanzionatorio a livello nazionale: la riforma del 2005

Il nostro ordinamento si è adeguato alla Direttiva 2003/6/CE con la legge n. 62/2005. La legge in parola ha inserito nella parte V del d. lgs. n. 58 del 1998 il titolo *I-bis*, rubricato «Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato», diviso in cinque capi, dedicati rispettivamente alle disposizioni generali (capo I), alle sanzioni penali (capo II), alle sanzioni amministrative (capo III), ai poteri della Consob (capo IV), e ai rapporti tra procedimento penale e amministrativo (capo V).

Il titolo *I-bis* rappresenta la genesi, in materia di abusi di mercato, di quello che usualmente viene definito “doppio binario sanzionatorio”, ossia un microcosmo normativo in cui sul medesimo fatto convergono sia sanzioni penali (irrogate dal giudice penale) sia sanzioni amministrative (comminate dalla Consob). Emblematiche, in tale ambito, sono le seguenti disposizioni: da un lato, gli artt. 184 e 185, puniscono rispettivamente il reato di «Abuso di informazioni privilegiate» e di «Manipolazione del mercato»; e dall’altro, gli artt. 187-*bis* e 187-*ter*, disciplinano gli illeciti amministrativi omonimi.

È proprio attorno al *double track system* che ruotano le problematiche maggiori in materia. Le fattispecie amministrative, infatti, si pongono in un rapporto di sovrapposizione quasi netta con le fattispecie penali²⁸.

L’ipotesi di risoluzione del cumulo sanzionatorio penale e amministrativo alla luce del principio di specialità *ex art. 9 della l. n. 689/1981*²⁹, è smentita da un esplicito meccanismo cumulativo rinvenibile nel dettato normativo. Ciò, infatti, trova conferma in primo luogo nella clausola d’esordio delle disposizioni relative agli illeciti amministrativi *ex artt. 187-bis e 187-ter*: «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato». E, in secondo luogo, nella formulazione degli articoli 187-*duodecies* («Rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo»), ove si fa espressamente riferimento ai «medesimi fatti»), e 187-*terdecies* («Esecuzione delle pene

²⁸ Tale considerazione è valida in particolare in relazione alle ipotesi di abuso di informazioni privilegiate; merita, invece alcune precisazioni in relazione alle ipotesi di manipolazione del mercato.

²⁹ L. 24 novembre 1981, n. 689, recante “Modifiche al sistema penale”.

pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale», laddove si regola l'applicazione della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa pecuniaria per uno stesso fatto)³⁰.

6. La normativa eurounitaria sugli abusi di mercato del 2014

Gli scandali societari – come *Enron* e *Parmalat*³¹ – che hanno inaugurato l'inizio del nuovo millennio non sono rimasti a lungo isolati e, anzi, in tempi recenti sono emersi fenomeni di gravità persino maggiore: basti pensare all'eclatante caso *Madoff* del 2008³², o al *LIBOR scandal* del 2012³³. Conscio degli effetti devastanti di tali accadimenti e al precipuo scopo di superare le differenze tra i vari regimi nazionali, il legislatore dell'Unione ha ritenuto necessario rivedere l'assetto della normativa eurounitaria del 2003 in materia di *market abuse*.

Invero, con la precedente Direttiva n. 6 del 2003 gli Stati membri, se da un lato erano stati obbligati ad introdurre adeguate misure amministrative per contrastare gli abusi di mercato, dall'altro avevano solo una facoltà di presidiare le medesime fattispecie con sanzioni penali: l'attuazione della Direttiva aveva così portato all'introduzione di normative nazionali particolarmente disomogenee tra loro, e ad un'ondata di criminalizzazione che però non ha avuto effetti particolarmente dissuasivi e deterrenti sperati. Il quadro così considerato, anzi, è diventato terreno fertile per fenomeni di c.d. *formun shopping*.

Dunque, l'esperienza applicativa maturata nel corso del decennio di operatività della Direttiva 2003/6/CE ne ha reso evidente l'incapacità di opporre ai fenomeni di *market abuse* un fronte coeso ed armonico, e come conseguenza ha portato alla necessità di rivisitare complessivamente la strategia comunitaria in materia³⁴. Proprio per questo motivo, su proposta della Commissione, il legislatore eurounitario ha varato nel 2014 due nuovi strumenti: il Regolamento (UE) 596/2014 (c.d. MAR) e la Direttiva 2014/57/UE (c.d. MAD II).

³⁰ Si fa notare che gli indici appena descritti, da cui si desume l'esistenza di un sistema sanzionatorio "a doppio binario", restano ad oggi invariati nonostante l'intervento di riforma in materia di *market abuse* ad opera del d. lgs. 107/2018. La mancata modifica induce, già in via di prima approssimazione, a ritenere che il legislatore abbia intenzionalmente deciso di conservare tale sistema di cumulo.

³¹ Sugli scandali finanziari emersi negli Stati Uniti e in Europa agli inizi del XXI secolo, si veda A. ALESSANDRI, *op.cit.*, 101 ss; L. FOFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3/4, 67 ss.

³² Per una ricostruzione della frode orchestrata da Bernard L. Madoff, cfr. E. ARVEDLUND, *Too good to be true: the rise and fall of Bernie Madoff*, Portfolio Hardcover, New York, 2009.

³³ Sul tema, *Lo scandalo Libor-Euribor*, in www.borsaitaliana.it, 21 settembre 2012.

³⁴ In argomento, si veda F. MUCCIARELLI, *L'insider trading nella rinnovata disciplina UE sugli abusi di mercato*, in *Le soc.*, 2016, n. 2, 193 ss.

La scelta di sdoppiare le fonti appare di per sé indicativa dell'impellente obiettivo di armonizzazione perseguito³⁵: il legislatore eurounitario, infatti, sfrutta lo strumento del Regolamento per dettare una disciplina uniforme e introdurre norme immediatamente applicabili, presidiate attraverso sanzioni amministrative³⁶; per converso, con la Direttiva indica agli Stati membri gli obiettivi di tutela da perseguire tramite previsioni incriminatrici³⁷, secondo l'innovativo meccanismo contemplato dall'art. 83, § 2, TFUE³⁸.

Il citato binomio normativo conserva diversi elementi che già connotavano la Direttiva 2003/6/CE ma, al tempo stesso, innova in profondità l'assetto previgente. In particolare, si assiste ad una totale inversione del rapporto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Questa volta, infatti, l'opzione netta è a favore della sanzione penale, reputata indispensabile a fronte della dimostrata inadeguatezza delle sanzioni amministrative, tanto sul versante preventivo quanto su quello repressivo³⁹, rispetto all'esigenza di presidiare l'integrità del mercato, la sua efficienza e il suo carattere integrato, nella prospettiva di rafforzare la fiducia degli investitori, elementi, questi ultimi, colti come fattori essenziali di crescita e di benessere economico⁴⁰.

L'irrogazione della sanzione criminale risulta, infatti, necessaria perché avente maggiore efficacia dissuasiva⁴¹ e, in certa misura, simbolica, in quanto trasmette al pubblico e ai potenziali contravventori il messaggio che i comportamenti così sanzionati sono considerati particolarmente gravi dalle autorità competenti⁴², sul presupposto che tal genere di sanzione è espressiva di «una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative»⁴³.

³⁵ In tal senso, E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del Market Abuse: la legge-delega per il recepimento della Direttiva 57/2014/UE*, in www.lalegislazionepenale.eu, 10 dicembre 2015, 6 s.

³⁶ Si veda il Considerando n. 5 MAR, che tra le finalità del Regolamento individua, in particolare, quella di offrire «un'interpretazione più uniforme del quadro dell'Unione in materia di abusi di mercato, definendo in modo più chiaro le regole applicabili in tutti gli Stati membri». L'apparato sanzionatorio amministrativo è delineato dall'art. 30 MAR.

³⁷ Cfr., in particolare, il Considerando n. 5 MAD II, a mente del quale è «essenziale rafforzare il rispetto delle norme sugli abusi di mercato istituendo sanzioni penali, che dimostrino una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative.»

³⁸ La MAD II rappresenta il primo atto normativo adottato ai sensi dell'art. 83, § 2, TFUE nel testo risultante dal Trattato di Lisbona varato nel 2007. Le principali novità *post*-Lisbona consistono nel superamento della suddivisione in “pilastri” delle competenze, a favore di un sistema “per campi di materia”, ivi compresa la materia penale se funzionale alla tutela di interessi eurounitari. Sotto quest'ultimo profilo l'art. 83 sancisce, al § 1, la facoltà di stabilire “norme minime” di natura penale in settori di criminalità grave espressamente indicati; d'altro canto, il § 2 della disposizione estende il medesimo potere ai settori “armonizzati” dell'Unione, se necessario ai fini dell'attuazione delle politiche della stessa. In argomento, si veda, *ex multis*, V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Giappichelli, 2012, 157 ss.

³⁹ Cfr. Considerando n. 5 MAD II, per il quale: «l'adozione di sanzioni amministrative da parte degli Stati membri si è finora rivelata insufficiente a garantire il rispetto delle norme intese a prevenire gli abusi di mercato».

⁴⁰ Cfr. Considerando n. 1 MAD II.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² In tal senso, Considerando n. 6 MAD II.

⁴³ Così, Considerando n. 6 MAD II.

Come anticipato, particolarmente sentita dal legislatore eurounitario è l'esigenza di dare uniformità al sistema, tanto nella fase della tipizzazione delle condotte illecite, quanto nel momento della reazione punitiva⁴⁴. Dunque, la necessità di «stabilire un quadro più uniforme e più rigoroso per tutelare l'integrità del mercato ed evitare il rischio di potenziale arbitraggio normativo [...], offrire maggiore certezza del diritto e ridurre la complessità normativa per i partecipanti al mercato»⁴⁵, rende indispensabile che siano eliminate «le notevoli distorsioni della concorrenza derivanti dalle divergenze tra le normative nazionali»⁴⁶. In altri termini, solo una normativa uniforme può evitare che gli operatori del mercato sfruttino opportunisticamente le differenze di disciplina, approfittando di quelle meno severe o comunque facendo leva sulle incertezze applicative e sulle lacune legislative. In questa prospettiva va inteso anche lo straordinario livello di dettaglio analitico che caratterizza la Direttiva n. 57/2014, espressamente volta a «garantire l'effettiva attuazione del Regolamento (UE) n. 596/2014»⁴⁷.

Se la prevalenza della sanzione penale non appare dubitabile, rimane tuttavia aperto il problema dell'eventuale spazio da assegnare alla sanzione amministrativa, esplicitamente raccomandata, ma non imposta, dal combinato disposto dei Considerando n. 71 e n. 72 del Regolamento MAR: in particolare, l'introduzione di sanzioni amministrative nazionali per le stesse infrazioni già coperte dalla sanzione penale è solo facoltativa⁴⁸.

Relativamente al regime sanzionatorio, emerge dalla nuova normativa un dato interessante: a mente del Considerando n. 8 della Direttiva MAD II, per i fatti qualificati come «reati⁴⁹ gravi»

⁴⁴ In tal senso, F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, n. 4, 297 ss.

⁴⁵ Considerando n. 4 MAR.

⁴⁶ Considerando n. 5 MAR.

⁴⁷ Considerando n. 23 MAD II.

⁴⁸ Si veda, al riguardo, il Considerando n. 72 MAR: «Anche se nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a stabilire regole in materia di sanzioni amministrative riguardanti violazioni del presente regolamento che sono già soggette al diritto penale nazionale, entro il 3 luglio 2016. Conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente. Tuttavia, il mantenimento delle sanzioni penali in luogo delle sanzioni amministrative per le violazioni del presente regolamento o della direttiva 2014/57/UE non dovrebbe ridurre o incidere altrimenti sulla capacità delle autorità competenti di cooperare, di avere accesso a informazioni o di scambiare informazioni tempestivamente con le autorità competenti di altri Stati membri ai fini del presente regolamento, anche dopo che le autorità giudiziarie competenti per l'azione penale siano state adite per le violazioni in causa».

⁴⁹ In argomento, il termine «reato» è espressione scelta dal redattore del testo in lingua italiana. Si noti che il Considerando n. 8 nella versione in lingua inglese contiene l'espressione «*serious market abuse offences*», mentre in lingua francese si parla di «*formes graves d'abus de marché*». Anche riferendosi alle sole versioni linguistiche inglese e francese degli atti legislativi in esame, è evidente come ivi siano state impiegate locuzioni non univocamente connotate in chiave penalistica, ma piuttosto allusive all'illecito in senso ampio, che impongono l'adozione di sanzioni penali solo se la condotta illecita è grave ai sensi della normativa eurounitaria. La variante italiana, invece – posto che il termine «reato» ha unicamente valenza penalistica nel nostro ordinamento giuridico – è sintomatica di una redazione frettolosa o piuttosto di un redattore volontariamente cieco dinanzi alla portata innovativa della nuova disciplina europea. Per simili rilievi, F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse*, cit., 297 ss.

l'introduzione di sanzioni penali è essenziale, sicché per implicazione necessaria si deduce che si devono ammettere fatti meno gravi, che potrebbero trovare nella sanzione amministrativa la concreta risposta punitiva. Questa volta, dunque, il paradigma punitivo è invertito rispetto alla Direttiva del 2003: ai fatti illeciti (i «reati» come vengono univocamente chiamati nella versione italiana) caratterizzati da una maggior gravità e commessi con dolo⁵⁰, dovrà applicarsi la sanzione penale intesa peraltro come pena detentiva⁵¹ (della quale viene addirittura indicata la misura minima del massimo edittale), mentre alle altre violazioni potrà essere riservata la sanzione amministrativa⁵².

Il sistema delineato dalla normativa in commento ha portato parte della dottrina a ritenere che, seppur senza prevederne il superamento in via d'imposizione, il legislatore UE abbia comunque in qualche misura voluto stigmatizzare l'impianto sanzionatorio a "doppio binario", prediligendo quello che è stato efficacemente definito un "sistema unitario improntato al gradualismo sanzionatorio"⁵³, in cui le sanzioni massime (quelle per i "reati" gravi se commessi con dolo) debbono essere classificate come penali secondo i singoli ordinamenti nazionali e debbono consistere necessariamente (anche) nella detenzione; per converso, i comportamenti caratterizzati da un minor grado di pericolosità o di lesività, fra i quali vanno compresi quelli tipizzati dal Regolamento e non connotati in termini di gravità, potranno invece trovare reazione adeguata in sanzioni pecuniarie e misure interdittive di tipo amministrativo.

In questo contesto si colloca il dettato dell'art. 30, § 1, comma 2, del Regolamento, che esplicitamente dispone che «gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative» previste al comma 1 del medesimo art. 30, § 1, per le violazioni al Regolamento, se dette violazioni «sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016». Al di là dell'ennesima conferma della preferenza accordata alla sanzione penale, la regola sembra esprimere una ulteriore indicazione: qualora gli ordinamenti nazionali già prevedano sanzioni penali per condotte illecite corrispondenti a quelle contemplate dal Regolamento, le sanzioni e le misure amministrative, pur tassativamente stabilite come cogenti dallo stesso Regolamento, perdono il carattere dell'obbligatoria introduzione negli ordinamenti interni.

⁵⁰ Da segnalare, tuttavia, che, alla luce del Considerando n. 21 MAD II, agli Stati membri è concessa facoltà di prevedere sanzioni penali (*id est*: la pena detentiva) anche nel caso di manipolazione del mercato «commessa con colpa grave o negligenza».

⁵¹ Dal Considerando n. 16 MAD II si ricava agevolmente che la pena detentiva è obbligatoriamente richiesta dal legislatore eurounitario come sanzione per i «reati gravi» in materia di abusi di mercato.

⁵² Le diverse tipologie di sanzione amministrativa sono dettagliatamente elencate dall'art. 30 del Regolamento MAR.

⁵³ L'espressione è tratta da F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse*, cit., 303. Cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti sull'argomento.

Ciò lasciando supporre una propensione verso regimi domestici scevri da duplicazioni sanzionatorie (e, quindi, immuni dal rischio di violare il canone del *ne bis in idem*).

Se l'attenzione del legislatore eurounitario nei confronti principio del *ne bis in idem* può solo presumersi dalle precedenti notazioni, il Considerando n. 23 della Direttiva MAD II esplicitamente obbliga gli Stati contraenti al suo rispetto: «nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione delle sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del Regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*»⁵⁴. Dunque, anche laddove il legislatore nazionale ritenesse necessario affiancare alle sanzioni penali delle sanzioni amministrative, dovrà essere in ogni caso garantito il ricordato principio.

Proprio fin dal richiamato Considerando n. 23 emerge l'amara consapevolezza che fra gli illeciti in considerazione e le sanzioni per gli stessi previste potrà ancora determinarsi un rapporto di identità del fatto, potenzialmente foriero della violazione del divieto di *bis in idem*⁵⁵.

In conclusione, bisogna ricordare che, mentre il Regolamento MAR è *self executing*, ed è definitivamente applicabile dal 3 luglio 2016, la Direttiva MAD II, invece, richiedeva un atto legislativo di recepimento, che – ampiamente scaduto il termine indicato dalla Direttiva (3 luglio 2016) – è stato adottato solo nel 2018: si tratta del D. Lgs. n. 107/2018.

7. Il recepimento della disciplina eurounitaria nell'ordinamento italiano: il D. Lgs. n. 107/2018

Intervenuti incisivamente sul comparto degli abusi di mercato, il Regolamento (UE) 596/2014 e la Direttiva 2014/57/UE avevano affidato ai legislatori nazionali il compito di adeguare i previgenti assetti normativi in materia di *market abuse* alle proprie prescrizioni.

La modifica della disciplina italiana arriva, a distanza di quattro anni, e a seguito di un percorso di riforma travagliato e marcato da preoccupanti battute d'arresto, con il D. Lgs. n. 107 del 2018. Il decreto in parola, adottato in attuazione della Legge di delegazione europea 2016-2017⁵⁶, integra e

⁵⁴ Così il Considerando n. 23 MAD II.

⁵⁵ In senso critico rispetto alla soluzione offerta in materia di *ne bis in idem* dal legislatore dell'Unione, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, n. 1, 199 s. «La soluzione finale appare dunque “agnostica”, o forse pilatesca, nella misura in cui rimpalla semplicemente agli Stati membri la responsabilità di decidere se e come articolare un regime di doppio binario – fermo in ogni caso l'obbligo di prevedere sanzioni penali – in modo da non violare il principio del *ne bis in idem*».

⁵⁶ Legge 25 ottobre 2017, n. 163, “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017”.

modifica alcune disposizioni del Testo Unico della Finanza appunto al fine di adeguarle e coordinarle alle previsioni di rango europeo. Infatti, mentre la disciplina del Regolamento c.d. MAR era direttamente applicabile e applicata fin dal 3 luglio 2016, solo nel 2018 il legislatore nazionale ha posto fine alla lunga attesa relativa all'attuazione della Direttiva c.d. MAD II.

Ma «che siffatta attesa possa dirsi anche soltanto ridimensionata è affermazione a dir poco azzardata»⁵⁷. Una prima rapida lettura del testo normativo, infatti, consente di avvedersi del fatto che si tratta, per la maggior parte, di un mero intervento di “riordino”⁵⁸, volto ad espungere dal testo normativo italiano previsioni nella sostanza già implicitamente abrogate, o comunque disapplicate, nonché ad includere, prevalentemente mediante la tecnica del “rinvio”, le previsioni di derivazione europea.

Il carattere fortemente innovativo della disciplina dettata da MAR e MAD II imponeva, invece, una serie di rilevanti modifiche alla normativa domestica di contrasto al *market abuse*. Invero, l'incuria del legislatore nei confronti del *novum* eurounitario ha segnato fin dalle sue origini l'accidentato *iter* di riforma. È emblematico, in tal senso, che il disegno di legge di delegazione europea 2014, presentato dal governo alle camere, non includesse la Direttiva 57/2014/UE tra quelle da recepire; e tale omissione, lungi dal costituire una involontaria dimenticanza, era invece il frutto di una precisa e discutibile scelta dell'esecutivo, che nella Relazione al menzionato disegno di legge affermava di avere da ultimo espunto «la direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato) poiché, come comunicato dal Ministero della giustizia [...], non risultano necessarie misure nazionali per la sua adozione in quanto l'ordinamento nazionale è già conforme»⁵⁹. Un'affermazione, questa, a dir poco singolare, perché non solo il governo trascurava di considerare le violazioni appena denunciate a Strasburgo⁶⁰ in materia di *ne bis in idem*, ma soprattutto, perché anche una lettura approssimativa della Direttiva avrebbe agevolmente manifestato l'esistenza di ambiti nei quali la normativa interna era tutt'altro che conforme⁶¹.

⁵⁷ Così, F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2018, 1.

⁵⁸ In tal senso, si veda uno dei primi commenti sulla nuova disciplina interna: P. VALENSISE – A. SACCO GINEVRI – I. BUI, *L'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni europee sugli abusi di mercato*, in www.dirittobancario.it, 24 settembre 2018.

⁵⁹ Così la Relazione illustrativa del d.d.l. d'iniziativa governativa n. S-1758, recante “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014”, presentato al Senato della Repubblica il 5 febbraio 2015 e approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati il 2 luglio successivo, divenendo l. n. 114/2015. In senso critico sull'omessa inclusione della MAD II nella versione originaria del d.d.l. in discorso si veda F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse*, cit., 41.

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit.

⁶¹ Basti, per esemplificare, alla circostanza che la direttiva richiede l'incriminazione delle condotte anche in capo all'*insider* secondario.

La criticabile posizione dell'esecutivo venne ribaltata in sede parlamentare, inserendo finalmente la MAD II tra le Direttive UE per le quali era attribuita delega legislativa al Governo. La legge di delegazione europea 2014 (L. n. 114/2015) conteneva quindi, all'art. 11, apposito incarico al Governo affinché desse attuazione all'intero apparato normativo di derivazione UE, comprendente tanto la direttiva quanto il regolamento in materia di *market abuse*⁶².

Un punto fermo della legge-delega riguardava, peraltro, proprio il superamento del cumulo sanzionatorio penale e amministrativo previsto per gli abusi di mercato, accogliendo in questo modo non solo le indicazioni contenute negli atti normativi eurounitari, ma ottemperando altresì al giudizio di non conformità convenzionale formulato dalla Corte EDU con riguardo alla vigente disciplina italiana⁶³. L'art. 11, comma 1, L. 114/2015 stabiliva, infatti, alla lett. m), che l'osservanza del *ne bis in idem* avrebbe dovuto essere assicurata «attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave, ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla Consob di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate»⁶⁴. Dunque, pur con un intervento ancora incerto e comunque perfettibile⁶⁵, e senza indicare un criterio univoco e risolutivo, il Parlamento mostrava quantomeno di aver consapevolezza del nodo cruciale del *ne bis in idem*.

Decorso vanamente il termine per l'attuazione, i suggerimenti del Parlamento non vengono però colti dal Governo, che, peraltro, rimane fermo nella convinzione che il comparto penale della normativa interna contenuta nel D. Lgs. 58/1998 non abbia bisogno di alcun adeguamento⁶⁶.

A fugare ogni dubbio circa la deliberata assenza di interventi nel settore penale sta la constatazione che nell'art. 8 della L. 163/2017 non si rintraccia alcun riferimento alla MAD II: ed è proprio tale reiterato silenzio a suffragare l'ipotesi che l'impostazione dell'originario d.d.l. governativo del 2014 sia stata mantenuta inalterata, senza obiezioni da parte delle Camere neppure in occasione del parere

⁶² Per la descrizione dell'*iter* di approvazione e delle criticità della l. n. 114/2015 (con specifico riguardo alla formulazione dell'art. 11), si segnala E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse*, cit. 12 ss.

⁶³ Sempre, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit.

⁶⁴ A ben vedere, solo la prima modalità – *id est*: distinguere gli illeciti amministrativi dalle ipotesi di reato – garantirebbe l'integrale rispetto dei principi della Convenzione europea dei diritti umani, il cui art. 4 del Protocollo n. 7 non limita la garanzia al divieto di essere sanzionati due volte per il medesimo fatto (c.d. *ne bis in idem* sostanziale), ma la estende comprensibilmente al doppio "processo" (c.d. *ne bis in idem* processuale), concependo l'accertamento plurimo come lesivo dei diritti fondamentali dell'individuo.

⁶⁵ In senso critico si veda E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2017, n. 5, 272.

⁶⁶ Esplicitamente nella Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge recante Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2016 (poi divenuto l. 163/2017) si legge che, «per quanto riguarda le sanzioni penali e amministrative pecuniarie previste rispettivamente dal regolamento (UE) n. 596/2014 e dalla direttiva 2014/57/UE, l'attuale relativa disciplina sanzionatoria di riferimento è contenuta nella parte V del TUF. Nell'ordinamento interno, le condotte dolose previste dalla direttiva risultano già oggetto di previsione sanzionatoria».

reso sull'attuale articolato, in relazione al quale non sono stati mossi rilievi di sorta, se non per profili comunque non concernenti il versante penale⁶⁷.

La scadenza del termine di efficacia della legge delega⁶⁸ è motivo plausibile per spiegare l'approssimazione del provvedimento: il legislatore si dimostra così del tutto insensibile ai ripetuti solleciti giunti da più parti⁶⁹, compreso quello autorevolissimo della Corte costituzionale⁷⁰.

7.1 La disciplina vigente dei *Market Abuse*

Uno sguardo complessivo al vigente articolato del t.u.f. mostra come la riforma abbia toccato vari ambiti, a partire dalle modifiche alla procedura di segnalazione di eventuali comportamenti illeciti o censurabili da parte degli operatori finanziari alle competenti autorità di vigilanza ed, in particolare, alla Banca d'Italia ed alla CONSOB; o, ancora, alla modifica in tema di identificazione degli azionisti della società, con riferimento alle società pubbliche; altre innovazioni, inoltre, hanno riguardato la disciplina in tema di offerte pubbliche di acquisto di scambio di titoli societari; sono state emendate, poi, la disciplina dell'informazione privilegiata societaria e quella in tema di comunicazioni al mercato⁷¹.

⁶⁷ In proposito si consideri che a nulla è valso anche il pur timido segnale lanciato dal Servizio Studi del Senato che, concludendo una nota tecnica datata aprile 2018 (in epoca anteriore al 16 maggio 2018, quando il Governo licenzia il testo della bozza di decreto legislativo inviato alle Camere) esplicitamente conclude che «potrebbe rendersi opportuna una revisione dell'ordinamento nazionale che adegui la disciplina del testo unico della finanza in materia di abusi di mercato alle succitate sentenze della Corte di giustizia, tenendo anche conto dell'adozione congiunta della direttiva 2014/57/UE e del regolamento (UE) n. 596/2014, che modulano diversamente rispetto al passato i rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo»: così SENATO DELLA REPUBBLICA, *Doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato e principio del ne bis in idem*, Nota n. 2, aprile 2018, 6.

⁶⁸ La legge di delegazione europea 25 ottobre 2017, n. 163, entrata in vigore il 21 novembre 2017, vedeva il proprio termine semestrale scadere il 21 maggio 2018. Ricordato che in data 18 maggio 2018 lo schema di decreto legislativo è stato trasmesso al Parlamento, occorre segnalare che ai sensi dell'art. 31, co. 3, l. 234/2012 (normativa-quadro sulle leggi europea e di delegazione europea) quando il termine della delega scade – come qui rileva – nelle more dei quaranta giorni concessi al Parlamento per pronunciarsi sullo schema di decreto legislativo, il termine di esercizio della delega medesima è prorogato di tre mesi: sicché l'emanazione del d. lgs 107/2018 in data 10 agosto può considerarsi tempestiva.

⁶⁹ Si veda, *ex multis*, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., 186 ss.; nonché, F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse*, cit., 295 ss.

⁷⁰ In particolare, con riguardo al tema del *ne bis in idem*, si veda Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102, Pres. P. GROSSI, Red. G. LATTANZI e M. CARTABIA, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016, con commento di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*. Esplicitamente il Giudice delle leggi ammonisce che «spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema [*id est*: quello del doppio binario] genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU» con riguardo al superiore principio del *ne bis in idem*. La Consulta ha da ultimo ribadito il concetto nello scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. rispetto al cumulo punitivo in materia tributaria, affermando che – pur alla luce del mutato indirizzo della giurisprudenza di Strasburgo nella pronuncia *A & B c. Norvegia* del 2016 – resta «attuale l'invito al legislatore» formulato con la citata decisione n. 102/2016.

⁷¹ Sui diversi ambiti toccati dalla riforma si veda, C. SANTORIELLO, *Market Abuse: in G.U. il decreto di modifica al T.U.F.*, in *il Quotidiano Giuridico*, 18 settembre 2018.

Invero, le innovazioni più rilevanti hanno riguardato la disciplina contenuta nella parte V (rubricata “*Sanzioni*”) del D. Lgs. n. 58 del 1998, dunque – posto l’ambito del presente lavoro – è utile percorrere le specifiche modifiche che hanno riguardato il titolo I-*bis*, dedicato appunto agli “*Abusi di mercato*”.

Anche dopo l’intervento del D. Lgs. n. 107 del 2018 il titolo in parola si apre con una disposizione prettamente definitoria – l’art. 180 – che resta norma centrale in materia di *market abuse* in quanto descrive nozioni destinate ad integrare sia fattispecie d’incriminazione penale che fattispecie d’illecito amministrativo⁷².

In particolare, la prima definizione contenuta nel previgente art. 180 che era necessario aggiornare, era per ovvie ragioni, quella di “strumenti finanziari”. Infatti, a differenza della MAD I del 2003 che riguardava esclusivamente strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, il Regolamento MAR si interessa ad un ambito di applicazione più vasto, comprendente anche strumenti finanziari negoziati o per i quali è stata richiesta l’ammissione alla negoziazione in una qualsiasi *trading venue* (“sede di negoziazione”), sia essa un mercato regolamentato, un sistema multilaterale di negoziazione (MTF⁷³), o un sistema organizzato di negoziazione (OTF⁷⁴). A tale ampliamento delle possibili sedi di negoziazione provvedono i numeri 2 e 2-*bis* del “nuovo” art. 180, co. 1, lett. a). Discussa⁷⁵, invece, è un’altra significativa integrazione (sempre dovuta al MAR): il numero 2-*ter* include nell’area di rilevanza anche strumenti finanziari negoziati al di fuori di sedi di negoziazione (OTC⁷⁶), nonché gli strumenti finanziari non quotati in sedi di negoziazione ma i cui prezzi dipendono da prezzi di strumenti ammessi in sedi di negoziazione o hanno effetto sugli stessi, «compresi, non in via esclusiva, i credit default swap e i contratti differenziali».

Altre nozioni contenute nella norma in commento – quelle di “contratto a pronti su merci” (lett. b); “informazione privilegiata” (lett. b-*ter*); “indice di riferimento (benchmark)” (lett. b-*quater*); “prassi di mercato ammesse” (lett. c); “stabilizzazione” (lett. c-*bis*); “emittente” (lett. c-*ter*) – sono definite facendo rinvio al Regolamento (UE) 596/2014. Mentre la nozione di “programma di riacquisto di azioni proprie” di cui alla lett. b-*bis*) rimanda all’art. 132 dello stesso t.u.f. a propria volta modificato

⁷² Con l’ulteriore avvertenza che, essendo per tale modo divenute “norme penali”, l’interpretazione delle stesse rimane vincolata ai più rigidi criteri imposti dal superiore canone del principio di legalità.

⁷³ “*Multilateral Trading Facilities*”.

⁷⁴ “*Organised trading facility*”.

⁷⁵ In argomento, F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., 10. L’Autore segnala che «considerata la ricaduta penale di siffatta definizione, non sembra particolarmente perspicua la formula di chiusura del citato numero 2-*ter* “compresi, non in via esclusiva, i credit default swap e i contratti differenziali”: riferimento specificativo delle categorie precedenti in funzione esemplificativa, tuttavia foriero di incertezze interpretative, posto che si potrebbe ritenere – per vero in modo assai discutibile – che le due figure espressamente richiamate fungano da parametro di riferimento della tipologia degli strumenti finanziari rilevanti se negoziati over the counter».

⁷⁶ C.d. “*mercati over the counter*”.

per adeguarlo alle previsioni MAR; infine, resta invariata la definizione di “ente” contenuta nella lettera d).

L’art. 181 t.u.f. – che conteneva la nozione di “informazione privilegiata” rilevante, oltre che per gli obblighi di comunicazione e segretezza di cui agli artt. 114, comma 1, e 115-*bis* del TUF, anche ai fini della disciplina sugli abusi di mercato – è stato abrogato e, come si accennava, la nuova definizione è stata inserita all’interno dell’art. 180 mediante un richiamo diretto all’«informazione contemplata dall’articolo 7, paragrafi da 1 a 4, del regolamento (UE) n. 596/2014»⁷⁷.

Invero, la definizione di cui all’art. 7 MAR, già dal luglio 2016 costituisce la nozione di riferimento ai fini degli obblighi di *disclosure* e di segretezza di cui agli artt. 17 e 18 MAR, mentre ovviamente solo con il d. lgs. 107/2018 viene ora espressamente richiamata anche nell’ambito delle disposizioni in materia di abusi di mercato di cui agli artt. 180 e ss. del t.u.f.

Per completezza si segnala che la nuova caratterizzazione di una delle nozioni di maggior rilievo nella disciplina del *market abuse* ha contenuti non sovrapponibili a quelli della disposizione abrogata, regolando altresì situazioni peculiari come la formazione progressiva dell’informazione all’interno di un processo prolungato, l’informazione relativa a strumenti derivati su merci, a quote di emissioni o prodotti oggetto d’asta, nonché l’ipotesi della trasmissione dell’informazione dal cliente alla persona incaricata dell’esecuzione di ordini relativi a strumenti finanziari⁷⁸.

Il decreto legislativo, inoltre, interviene anche sulle fattispecie penali e amministrative di *insider trading* e *market manipulation*⁷⁹. Nonostante ciò, la disciplina dettata dal d. lgs. 107/2018 conserva la struttura a “doppio binario” dei *market abuse*, lasciando irrisolta la problematica del *ne bis idem*, nonostante si tratti di un tema della cui complessità e delicatezza non è lecito dubitare⁸⁰.

Invero, come si è anticipato, il legislatore eurounitario non ha affatto “bandito” il *double track system*, al contrario mantenendo, un atteggiamento tendenzialmente neutrale⁸¹ rispetto al tema della sovrapposizione tra accertamento amministrativo e penale in relazione al medesimo fatto⁸².

⁷⁷ Cfr. la nuova lett. b-*ter*) del comma 1.

⁷⁸ Per qualche indicazione maggiormente dettagliata sulla rinnovata nozione di “informazione privilegiata” ad opera della MAD II, si veda F. CONSULICH – F. MUCCIARELLI, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Le Soc.*, 2016, n. 2, 179 ss.

⁷⁹ Per un’analisi completa della modifica delle disposizioni del titolo I-*bis*, parte V, del t.u.f., si rinvia ancora a F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., 8 ss.; nonché *infra* §§ 7.1.1 ss.

⁸⁰ In argomento, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit.; M. SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le soc.*, 2016, n. 2, 218 ss.

⁸¹ L’art. 30 MAR, coerentemente con il Considerando n. 72 del medesimo atto, contempla (sia pure in forma implicita) la possibilità di aggiungere una sanzione amministrativa per i fatti di *market abuse* cui è già attribuita rilevanza penale nei singoli ordinamenti nazionali.

⁸² Il Considerando n. 72 MAR stabilisce invero che non è tassativamente proibito agli Stati membri prevedere «regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni». Nel senso che tale clausola rappresenta

La nuova direttiva MAD II vincola infatti all'adozione, in ogni caso, di sanzioni penali per i fatti più gravi di abusi di mercato commessi con dolo e definiti dagli articoli 3-6 della direttiva medesima; mentre il coevo regolamento MAR prevede, all'art. 30, che gli Stati membri conferiscano alle autorità centrali competenti il potere di adottare sanzioni amministrative per i fatti di abuso di mercato analiticamente descritti nel regolamento, precisando però immediatamente (§ 1 secondo comma) che «gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al primo comma se le violazioni [ivi descritte] sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale, entro il 3 luglio 2016⁸³». Al tempo stesso, però, il considerando n. 23 della direttiva MAD II sottolinea non a caso che «nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*»; obiettivo che può però essere raggiunto – stante l'obbligo di prevedere in ogni caso sanzioni penali per i fatti dolosi più gravi di abusi di mercato – rinunciando alla concorrente sanzione amministrativa per i medesimi fatti, sulla base della clausola di esonero dall'obbligo di prevedere le sanzioni amministrative stesse conferita dal secondo comma dell'art. 30, § 1, del regolamento MAR. Viene così consegnata nelle mani dei legislatori degli Stati membri, dunque, la responsabilità di decidere se e come articolare un regime di doppio binario (fermo in ogni caso l'obbligo di prevedere sanzioni penali) in modo da non violare il principio del *ne bis in idem*.

Alla luce dei rilievi fatti, dunque, l'imminente riforma potrebbe apparire come l'ennesima occasione mancata per il ripensamento del ruolo del *double track system* domestico, nonostante si tratti di un'esigenza manifestata da avvertiti interpreti e alla quale non rimane ancora oggi insensibile la Corte di Strasburgo.

In conclusione, tuttavia, è opportuna una precisazione: che il problema del *ne bis in idem* fosse lontano dalla soluzione anche dopo il d. lgs. 107/2018 sembra preoccupazione diffusa anche a livello legislativo, posto che nella Relazione⁸⁴ si legge: «dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono

una dissonanza più apparente che reale rispetto alla complessiva posizione eurounitaria sfavorevole al cumulo punitivo v. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse*, cit., 16 ss., il quale osserva da un lato come la disposizione in esame non imponga alcuna duplicazione di sanzioni, ma piuttosto (secondo quanto ricavabile dalla seconda parte del medesimo Considerando) rimetta ai singoli legislatori nazionali la scelta, ferma la verifica di compatibilità con il rispettivo diritto domestico; dall'altro, l'Autore ritiene che il MAR «suggerisce (qui in modo indiretto e implicito) l'adozione di assetti normativi che escludano la sovrapposizione di sanzioni per “le stesse infrazioni”, manifestando tuttavia qui una preferenza per quelle amministrative».

⁸³ Ossia entro il termine biennale di trasposizione della direttiva negli ordinamenti degli Stati membri.

⁸⁴ Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2016”, poi divenuto l. 163/2017.

intervenute le sentenze della CGUE del 20 marzo 2018⁸⁵ sulla nota questione del *ne bis in idem*. Pertanto, in attesa di ulteriori approfondimenti sulla corretta applicazione dei principi contenuti nelle sentenze della Corte, l'intervento modificativo che si propone nel t.u.f. è quello minimale rispetto alla norma vigente»⁸⁶.

7.1.1 «Abuso di informazioni privilegiate»: il reato

L'art. 184 t.u.f. descrive la fattispecie criminale di *insider trading* e, nello specifico, prevede che sia punito chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione, controllo dell'emittente, della partecipazione all'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio:

- a) acquisti, venda o compia altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime (c.d. *trading*);
- b) comunichi tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio (c.d. *tipping*);
- c) raccomandi o induca altri, sulla base di dette informazioni, al compimento di operazioni di *trading* (c.d. *tuyautage*)⁸⁷.

Risulta, dunque, che le condotte sanzionate si sostanzino in obblighi di *non facere*, in quanto la legge impone a coloro che detengono un'informazione privilegiata di astenersi dall'operare, dal

⁸⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e Altri c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*. Si rileva, fin da ora che la Corte di Lussemburgo ha ritenuto inadeguato il meccanismo di riequilibrio sanzionatorio dell'art. 187-terdecies TUF: la presenza della pena della reclusione ha indotto la Grande Sezione ad affermare che il ricordato art. 187-terdecies «non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione, dal momento che l'articolo 187-terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione». Infatti, il rammentato art. 187-terdecies prevedeva che, quando per lo stesso fatto sono state applicate una multa e una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della multa è limitata alla parte eccedente l'importo della sanzione amministrativa, senza alcuna esplicita previsione nel caso dell'applicazione della pena detentiva.

⁸⁶ Relazione, *cit.*, 22.

⁸⁷ Si tenga a mente che il legislatore eurounitario, con la "riforma" del 2014, è intervenuto attribuendo un diverso grado di disvalore alle tre condotte elencate. Infatti, ai sensi dell'art. 7, § 2, della Direttiva c.d. MAD II, gli Stati membri sono sollecitati ad introdurre «la pena della reclusione per una durata massima non inferiore ad anni quattro» per le condotte di *trading*, mentre è sufficiente la previsione della pena della reclusione «per una durata massima non inferiore ad anni due» per quanto riguarda la condotta di comunicazione illecita di informazioni privilegiate. Peraltro, l'art. 6, § 2, della Direttiva in parola, richiede agli Stati membri di sanzionare penalmente il tentativo delle condotte di *trading* e di *tuyautage*, mentre non indica nulla riguardo alla condotta di *tipping*. Per converso, anche dopo la riforma operata con il d. lgs. 107/2018 in attuazione della normativa eurounitaria del 2014, l'art. 184 t.u.f. continua ad iscrivere le ipotesi di *trading*, *tipping* e *tuyautage* all'interno della medesima cornice edittale.

comunicare o consigliare altri in merito ad un'operazione. Ne consegue, dunque, che non assuma alcuna rilevanza il c.d. *insider non trading*, ossia lo sfruttamento dell'informazione privilegiata mediante condotta omissiva⁸⁸.

La prima condotta tipica vietata riguarda ogni tipo di atto negoziale – acquistare, vendere, compiere «altre operazioni» – purché abbia ad oggetto strumenti finanziari. Peraltro, tali operazioni possono essere compiute «direttamente o indirettamente, per conto proprio o di terzi».

La norma non esige né un evento di danno, né il conseguimento di un profitto. Ma già nella vigenza della precedente normativa, si sottolineava come fosse comunque necessaria la sussistenza di un nesso di causalità tra la disponibilità dell'informazione privilegiata e l'operazione compiuta. Dunque, sulla base del verbo «utilizzare», si riteneva sussistente l'onere di dimostrare l'esistenza di un collegamento causale tra operazione e possesso della notizia⁸⁹. Di diverso avviso, invero, è la Corte di Giustizia dell'Unione che, nel caso *Spector Photo Group*⁹⁰ ha sancito che «il fatto che un'*insider* primario, il quale detiene informazioni privilegiate, effettui un'operazione di mercato sugli strumenti finanziari cui esse si riferiscono comporta che tale persona ha “utilizzato tali informazioni” ai sensi dell'art. 2, n. 1, della Direttiva 2003/6, fatto salvo il rispetto dei diritti della difesa e, in particolare, del diritto di poter confutare tale presunzione». È evidente, dunque, che secondo la Corte di Giustizia, in presenza di un'operazione finanziaria compiuta nel possesso di un'informazione privilegiata, deve ritenersi presunta, salvo la possibilità di addurre prova contraria, l'utilizzazione della stessa.

La seconda condotta descritta dall'art. 184 t.u.f., invece, consiste nel divieto di comunicare ad altri informazioni privilegiate. La condotta di «comunicazione» richiede che il soggetto sia consapevole di rendere edotto il terzo dell'informazione privilegiata che possiede: dunque, la condotta non è configurabile quando la comunicazione avviene per caso fortuito o perché l'agente ignora il carattere privilegiato della notizia⁹¹. Rileva, peraltro, qualsiasi mezzo di trasmissione, comprese forme di comunicazione indiretta, purché i destinatari della stessa siano più persone.

La fattispecie, peraltro, punisce esclusivamente l'agente, ossia colui che “comunica”, non anche il destinatario della comunicazione, il *tippee*. È ovvio, comunque, che questo potrà rispondere a titolo di concorso nel reato nel caso in cui abbia posto in essere una condotta ulteriore tale da determinare o rafforzare il proposito criminoso dell'*insider*.

⁸⁸ Per un approfondimento, V. NAPOLEONI, *L'insider trading*, in C. SANTORIELLO (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, Giappichelli, 2008, 714.

⁸⁹ In tal senso, E. AMATI – N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, CEDAM, 2018, 307 ss.

⁹⁰ Corte di giustizia UE, sentenza del 23 dicembre 2009, C-45/08, *Spector Photo Group*, § 54.

⁹¹ Così, F. SGUBBI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2013, 47.

Si noti, però, che la condotta comunicativa assume rilievo penale solo se posta in essere «al di fuori del normale esercizio di lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio». Dunque, sono giustificate le comunicazioni strumentali allo svolgimento o all'esecuzione del lavoro, della professione o dell'ufficio⁹².

La condotta di *tuyautage*, invece, consiste nel fatto di «raccomandare» o «indurre» altri, sulla base dell'informazione privilegiata, al compimento di operazioni di *trading*. L'autonomia, rispetto alla previsione della condotta di *tipping* si spiega in virtù del fatto che la raccomandazione e l'induzione non presuppongono la trasmissione della notizia. Anzi, nel caso in cui ciò si verificasse, risulterebbe integrata la condotta di cui alla lett. b) del comma 1 dell'art. 184 t.u.f.

In questo caso, peraltro, non è prevista la non punibilità per i fatti commessi nel «normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio»: ciò, si è detto, perché diversamente dalla comunicazione, la raccomandazione è considerata di per sé scorretta in quanto indirizzata allo sfruttamento della notizia⁹³. In aggiunta alle situazioni nell'ambito delle quali la comunicazione a terzi dell'informazione privilegiata è considerata lecita, il D. Lgs. 107/2018 prevede anche l'attività di *market sounding*. Dunque, non sarà punibile la condotta di chi comunica ad altri informazioni privilegiate non solo nell'eventualità in cui ciò avvenga nel normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio (come già prevedeva l'art. 184 lett. b) nell'assetto previgente), ma anche durante il normale svolgimento di «di un sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell'art. 11⁹⁴ del regolamento (UE) n. 596/2014».

Relativamente alle condotte tipiche, il secondo comma dell'art. 184 descrive anche il c.d. *criminal insider* estendendo la disciplina dell'*insider trading* a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate «a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose», compia una delle condotte di cui al primo comma (*trading, tipping, tuyautage*). La disposizione trae origine dalle vicende connesse a quei fatti di terrorismo che, per la loro gravità, sono in grado di produrre effetti rilevanti sull'andamento del mercato. La portata applicativa della norma, dunque, riguarda anzitutto le condotte di *insider trading* commesse dal soggetto che sta preparando un attentato terroristico o

⁹² Sulla portata della delimitazione del divieto di comunicare un'informazione privilegiata, da parte dell'*insider*, se non nei casi di normale esercizio del suo lavoro, professione, funzione o ufficio, si è pronunciata la Corte di Giustizia Ue in relazione all'art. 3, lett. a), della previgente Direttiva 89/592 in materia di *insider trading*, che utilizzava una formula analoga a quella dell'attuale Direttiva 2003/6/CE. L'interpretazione della clausola, peraltro particolarmente restrittiva, data dalla Corte esige la sussistenza di due requisiti: a) la comunicazione deve avvenire in funzione dell'attività; b) e, inoltre, deve risultare strettamente necessaria all'esercizio della stessa. Cfr., Corte di giustizia UE, 23 novembre 2005, causa C-384/02, *Grøngaard-Bang*, § 24.

⁹³ V. NAPOLEONI, *L'insider trading*, in C. SANTORIELLO (a cura di), *op. cit.*, 732.

⁹⁴ L'art. 11 MAR, per tal modo richiamato, detta precise e tassative prescrizioni procedurali, il cui adempimento determina una presunzione di legittimità della condotta, che si considera realizzata dagli autori del sondaggio e della comunicazione «nel normale esercizio di un'occupazione, di una professione o di una funzione» (art. 11, § 4, MAR).

sta per darvi esecuzione, e che proprio in virtù di ciò viene a trovarsi in possesso di un'informazione privilegiata afferente l'attività criminosa medesima⁹⁵; tuttavia, secondo la prevalente dottrina – al di là di tale matrice storica – la formula normativa renderebbe rilevante la superiorità conoscitiva anche se correlata a reati diversi da quelli legati al fenomeno del terrorismo, purché aventi natura di delitto.

In relazione al reato di *insider trading*, la dottrina è stata particolarmente prolifica riguardo all'esatta individuazione del bene giuridico tutelato⁹⁶.

In linea generale, si afferma che il reato di abuso di informazioni privilegiate viene punito perché altera il regolare e corretto funzionamento del mercato. Accanto a tali interessi “macroeconomici”, non si può perdere comunque di vista che le distorsioni del mercato pregiudicano in via immediata i risparmiatori. Se sul mercato si tollerassero le operazioni dei detentori di informazioni privilegiate ciò farebbe sì che le aspettative degli investitori si rivelerebbero non convenienti sotto il profilo economico, con la conseguenza che gli stessi verrebbero invogliati a rivolgere le proprie risorse in scelte meno rischiose e comunque in altri canali d'investimento⁹⁷, peraltro, con conseguente perdita di liquidità del mercato. Si delinea, insomma, una tutela “bifronte”: focalizzata sia sull'interesse patrimoniale degli investitori (nell'ottica della tutela del risparmio *ex art. 47 Cost.*), sia sull'efficienza e affidabilità del mercato.

Il fulcro attorno al quale ruotano sia la fattispecie penale *ex art. 184 t.u.f.*, sia l'illecito amministrativo *ex art. 187-bis t.u.f.* di *insider trading* è, peraltro, costituito dalla nozione di “informazione privilegiata”. Tale nozione, in seguito all'abrogazione dell'art. 181 t.u.f. ad opera del D. Lgs 107/2018, è oggi contenuta nell'art. 180 t.u.f. lett. b-ter) che, a sua volta, rinvia per la definizione di “informazione privilegiata” all' «articolo 7, paragrafi da 1 a 4, del regolamento (UE) n. 596/2014»⁹⁸. Il rinvio al MAR permette di ricostruire in tal modo la nozione per informazione privilegiata: «un'informazione avente carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti o uno o più strumenti finanziari, e che, se resa pubblica, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti finanziari o sui prezzi di strumenti finanziari derivati collegati»⁹⁹.

⁹⁵ In argomento, F. SGUBBI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI (a cura di), *op. cit.*, 51 ss.

⁹⁶ Ampiamente sul punto si veda A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2012, 71 ss.

⁹⁷ In tal senso, R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2017, 414 s.

⁹⁸ Per qualche indicazione sulla rinnovata nozione di informazione privilegiata (ad opera di MAD II), v. F. CONSULICH – F. MUCCIARELLI, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari*, cit., 179 ss.

⁹⁹ Invero poco cambia rispetto alla precedente definizione di informazione privilegiata contenuta nell'abrogato art. 181 t.u.f.: «Ai fini del presente titolo per informazione privilegiata si intende un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più

Dalla disposizione si desumono i caratteri necessari della nozione di “informazione privilegiata”. E anzitutto, l’informazione può riguardare direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, dunque essa può avere ad oggetto tanto le c.d. *corporate informations* (relative cioè alla situazione economico-patrimoniale ed alle vicende organizzative dell’ente), quanto le c.d. *market informations* (ossia tutte quelle notizie che hanno origine fuori dall’emittente, e che hanno ad oggetto eventi o fatti di natura non strettamente economica e finanziaria) purché in ogni caso possano produrre effetti, anche indiretti, sugli emittenti o sul valore di uno o più strumenti finanziari¹⁰⁰.

Altro requisito fondamentale è quello della precisione. In proposito il previgente art. 181, comma 3, lett. a), t.u.f., chiariva che l’informazione è di carattere preciso se «si riferisce ad un complesso di circostanze esistente o che si possa ragionevolmente prevedere che verrà ad esistenza o ad un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà». Nel vigente assetto, il requisito della precisione si rinviene al § 2 dell’art. 7 MAR¹⁰¹ e, restando invariato nell’essenza, valgono per esso le considerazioni elaborate in relazione alla disciplina del 2005. Infatti, ancora oggi la norma identifica un riferimento temporale attuale – circostanze «presenti» – ed anche futuro – circostanze od eventi il cui accadimento sia ragionevolmente prevedibile. Oggetto dell’informazione, inoltre, sono fatti, eventi, circostanze, elementi necessariamente caratterizzati da un elevato grado di oggettività e certezza: non costituiscono, quindi, “informazione privilegiata” tutte quelle notizie troppo vaghe e non suffragate da dati oggettivi¹⁰².

La notizia, inoltre, sempre per espressa previsione dell’art. 7, § 2, MAR deve essere «sufficientemente specifica»: ossia deve apparire determinata e circostanziata, così da fornire elementi valutativi attendibili circa la futura quotazione di mercato degli strumenti finanziari¹⁰³.

Peraltro, con la riforma del 2018 vengono regolate anche alcune situazioni peculiari come la formazione progressiva dell’informazione all’interno di un processo prolungato¹⁰⁴, l’informazione relativa a strumenti derivati su merci¹⁰⁵, a quote di emissioni o prodotti oggetto d’asta¹⁰⁶, nonché

strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari» (così, il comma 1).

¹⁰⁰ In tal senso, E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 296 ss.

¹⁰¹ Per mezzo del rinvio *ex art.* 180, lett. *b-ter*), t.u.f.

¹⁰² *Amplius*, sul tema, F. SGUBBI, *Le disposizioni generali*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI (a cura di), *op. cit.*, 8 ss.

¹⁰³ Così, anche la previgente normativa all’abrogato art. 181, comma 3, lett. *b*), t.u.f.

¹⁰⁴ Cfr. art. 7, § 2, MAR.

¹⁰⁵ Art. 7, § 1, lett. *b*), MAR.

¹⁰⁶ Art. 7, § 1, lett. *c*), MAR.

l'ipotesi della trasmissione dell'informazione dal cliente alla persona incaricata dell'esecuzione di ordini relativi a strumenti finanziari¹⁰⁷.

Altro carattere centrale della nozione di informazione privilegiata, che la nuova disciplina condivide con la previgente, è il carattere non (ancora) pubblico della notizia. La Suprema Corte, nel caso *Banca Profilo*¹⁰⁸, ha precisato che la qualificazione normativa dell'informazione nel senso «che non è stata resa pubblica» comporta:

a) che l'oggetto della pubblicità idonea a far perdere all'informazione la sua qualità privilegiata non è quella riguardante qualsiasi notizia di natura finanziaria, ma soltanto quella che conserva i requisiti della determinatezza e specificità;

b) che non può predicarsi la «disponibilità al pubblico» a proposito dell'informazione circolata in trattative riservate che, per definizione, non assumono il contorno di informazione diretta al pubblico o a questi disponibile;

c) che l'informazione assistita dal privilegio informativo è quella che trasferisce un ragguaglio idoneo ad un impiego operativo, capace di promuovere la decisione d'investimento;

d) che la pubblicità non riguarda un astratto indeterminato novero di persone, bensì quel complesso di soggetti che l'attuale disposizione raggruppa nella categoria dell'investitore ragionevole.

Per quanto riguarda il concetto di “informazione” in sé, bisogna rilevare che è stata a lungo discussa la configurabilità dell'*insider trading* quando la notizia sia prodotta dallo stesso soggetto che la utilizza. In altri termini, si tratta di valutare se l'informazione privilegiata debba o meno (necessariamente) possedere il requisito della diversità della fonte rispetto al soggetto utilizzatore¹⁰⁹.

Al riguardo, si è osservato come il sostantivo «informazione» evochi l'idea della trasmissione della notizia da un “informatore” ad un “informato”, postulando quindi una relazione di alterità tra “creatore” della notizia e suo “recettore”. Ne deriva che non ogni tipologia di dato conoscitivo rileverebbe quale “informazione”, ma solo quella oggetto del predetto fenomeno trasmissivo¹¹⁰.

Invero, la Suprema Corte si è mostrata, di recente, di contrario avviso. Infatti, in relazione all'analogo fattispecie di *insider trading*-illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis* t.u.f., la stessa ha chiaramente specificato che «per la configurabilità dell'abuso di informazioni privilegiate non è

¹⁰⁷ Art. 7, § 1, lett. d), MAR.

¹⁰⁸ Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2010, n. 8588, in *Cass. pen.*, 2010, 3240.

¹⁰⁹ In argomento, A.F. TRIPOLI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, op. cit., 281 ss.

¹¹⁰ In via esemplificativa, V. NAPOLEONI, *L'insider trading*, in C. SANTORIELLO (a cura di), op. cit., 661 s.

necessario il trasferimento di materiale conoscitivo da un soggetto informatore al soggetto agente [...]»¹¹¹. Si deve ritenere, dunque, che ad oggi sia punibile anche il c.d. “*insider* di se stesso”.

Il requisito, sicuramente di maggior rilievo, dell’informazione privilegiata è, però, quello della *price sensitive*: occorre cioè che essa, se resa pubblica, sia in grado di influire in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari, *rectius* – ex art. 7, § 1, lett. a), MAR – «potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti finanziari o sui prezzi di strumenti finanziari derivati collegati». Anche per la nuova formulazione, il legislatore ha ritenuto necessario specificare cosa debba intendersi per informazione che, se resa pubblica, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi degli strumenti finanziari. In particolare, l’art. 7, § 4, MAR specifica che «s’intende un’informazione che un investitore ragionevole probabilmente utilizzerebbe come uno degli elementi su cui basare le proprie decisioni di investimento». Invero poco cambia rispetto alla precedente formulazione: la nuova disciplina sostituisce l’avverbio «presumibilmente» con l’avverbio «probabilmente», forse con l’intento di attribuire un grado di oggettività maggiore alla definizione.

Nel vigore della precedente normativa il contributo specificativo apportato dall’art. 181, comma 4, t.u.f. era, in realtà, decisamente modesto: l’utilizzo di locuzioni “elastiche” («presumibilmente» e «ragionevole»), infatti, configura comunque una dimensione valutativa particolarmente estesa¹¹². È stato detto poi che il criterio dell’investitore ragionevole si basa invero su due presupposti: quello della razionalità ed efficienza dei mercati e quello della razionalità degli agenti¹¹³. È questa l’ipotesi del “mercato efficiente”, ma i mercati non sempre sono razionali, spesso le dinamiche degli stessi si basano su logiche che esulano dalla ragionevolezza e l’oscillazione dello strumento finanziario può essere ingenerata da fatti contingenti che fanno parte di un rischio di contesto consentito. Così come, estremamente complicata è in concreto l’identificazione della categoria del *reasonable investor*, data la varietà dei soggetti operanti nel mercato.

Ad ogni modo secondo un assunto comunemente condiviso e ancora oggi condivisibile, l’accertamento da compiersi in ordine alla sussistenza della *price sensitivity* deve seguire lo schema della prognosi postuma. In tal senso la giurisprudenza ha specificato che, essendo l’*insider trading* un reato di pericolo, non è necessario «che il giudice accerti l’esistenza dell’effettivo abuso sul

¹¹¹ «Infatti, nel testo dell’art. 187-*bis* t.u.f., l’espressione “informazione” non è accompagnata da alcun riferimento alla relativa provenienza e deve quindi essere intesa come “conoscenza”, indipendentemente dalla circostanza che tale conoscenza sia stata o meno trasmessa da altri all’agente», così Cass. civ., Sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24310, in *Dejure*.

¹¹² V. NAPOLEONI, *L’insider trading*, in C. SANTORIELLO (a cura di), *op. cit.*, 689.

¹¹³ E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 300.

mercato, ma è sufficiente che ritenga – con giudizio rigoroso e motivato – l’informazione utilmente sfruttabile da un investitore ragionevole»¹¹⁴.

Per quanto riguarda i soggetti attivi, essi tradizionalmente vengono distinti in “*insiders* primari” e “*insiders* secondari”, a seconda che sussista o meno un collegamento funzionale tra la posizione occupata o l’attività svolta e l’accesso all’informazione. In virtù dell’attuale normativa, tuttavia, il portatore di conoscenza occasionale di un’informazione privilegiata – c.d. *insider* secondario – non è soggetto a pena, ma può essere sanzionato in via amministrativa ex art. 187-bis, comma 4, t.u.f.¹¹⁵

Ad ogni modo, nonostante anche l’attuale disposizione faccia riferimento a «chiunque», essa delinea in realtà, un reato proprio. Infatti, annovera tra i soggetti attivi i membri di organi di amministrazione, direzione o controllo dell’emittente, i partecipi al capitale dell’emittente e coloro che abbiano ottenuto il possesso dell’informazione privilegiata in ragione dell’esercizio di un’attività lavorativa, una professione o una funzione, anche pubblica, o un ufficio.

In ordine, invece, all’elemento soggettivo della fattispecie, rappresentato dal dolo generico, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha specificato che «il fatto che una persona (...) che detiene informazioni privilegiate acquisisca o ceda, o cerchi di acquisire o cedere, per conto proprio o per conto di terzi, direttamente o indirettamente, gli strumenti finanziari cui le informazioni si riferiscono comporta che tale persona “ha utilizzato tali informazioni” ai sensi di detta disposizione, fatto salvo il rispetto dei diritti della difesa e, in particolare, del diritto di poter confutare tale presunzione»¹¹⁶.

Dunque, per ovviare alla difficoltà di dimostrare l’effettivo sfruttamento, si tende a limitare l’*onus probandi* del giudice alla detenzione delle notizie privilegiate dell’imputato. Molte sono state le critiche a tale approccio, in quanto in tal modo si rischia di configurare un “reato d’autore” «la cui sussistenza si lega semplicemente al compimento di una transazione borsistica e alla susseguente diffusione di un fatto produttivo di variazioni sul corso del titolo»¹¹⁷.

Quanto all’entità delle sanzioni, esse hanno subito un progressivo inasprimento, fino a raggiungere un livello di rigore che non trova eguali negli altri settori del diritto penale dell’economia, in origine (prima delle modifiche apportate dalla legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio), le condotte menzionate erano punite con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni. Ciò nonostante, mediante l’art. 39 della L. n. 262/2005, sono state raddoppiate le sanzioni penali previste dal D.Lgs. n. 58/1998 e, in tale ambito, non sono state operate modifiche

¹¹⁴ Trib. Milano, 25 ottobre 2006, in *Foro Ambr.*, 2006, 4, 478.

¹¹⁵ Occorre tuttavia precisare che la Direttiva 2014/57/CE prevede la penalizzazione (anche) della condotta dell’*insider* secondario. È questa una delle varie prescrizioni eurounitarie cui il legislatore del 2018 non si è conformato.

¹¹⁶ Corte di giustizia UE, *Spector Photo Group*, cit., § 62.

¹¹⁷ Così, S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Giuffrè, 1989, 234.

ad opera del D. lgs. 107/2018: in tal modo, quindi, l'*insider trading* è oggi punito con la reclusione da due a dodici anni e, quanto alla sanzione pecuniaria, l'art. 39, comma 1 prevede che la pena venga aumentata «entro i limiti posti per ciascun tipo di pena dal libro I, titolo II, del codice penale», ma la pena della multa prevista in origine era già ampiamente fuori dai limiti di pena codicistici, cosicché non sembra che essa possa essere raddoppiata¹¹⁸.

Si tratta, dunque, di un rigore sanzionatorio davvero elevato soprattutto se comparato con la medesima pena detentiva prevista per il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.f., fattispecie che contempla condotte maggiormente lesive dell'integrità del mercato rispetto all'*insider trading*.

A tale rigore si aggiunge che, in relazione alla fattispecie delittuosa, è prevista la possibilità di aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito, in considerazione della rilevante offensività del fatto, dell'entità del prodotto o del profitto del reato o delle qualità personali del colpevole ex art. 184, comma 3.

Sono poi contemplate, ai sensi dell'art. 186 t.u.f. pene accessorie, e ai sensi dell'art. 187 t.u.f., anche un'ipotesi di confisca speciale, caratterizzata dalla sua obbligatorietà, nei confronti del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei «beni utilizzati per commetterlo», nonché in loro mancanza, è possibile applicare la c.d. confisca per equivalente¹¹⁹.

Infine, il D.Lgs. 17 luglio 2009, n. 101, aveva introdotto al comma 3-*bis* dell'art. 184, una nuova fattispecie contravvenzionale la cui risposta sanzionatoria (pena dell'ammenda fino a euro centotremila e duecentonovantuno e dell'arresto fino a tre anni) è sensibilmente più mite rispetto alle ipotesi delittuose. Il d. lgs. n. 107 del 2018 integra il comma in commento con il richiamo alle tipologie di strumenti finanziari negoziati su qualunque *trading venue* nonché *over the counter*, coerentemente con le previsioni del rinnovato art. 180 t.u.f. (e, più in generale, con quanto previsto dalla normativa europea del 2014). Nonostante il ritocco normativo, tuttavia, il legislatore del 2018 pare aver ignorato i dubbi evidenziati già in relazione alla precedente disciplina del t.u.f.¹²⁰. Avendo riguardo proprio al nuovo comma 3-*bis* dell'art. 184, notevoli perplessità suscita la circostanza che siffatte condotte integrino delle ipotesi contravvenzionali, il cui trattamento sanzionatorio è – senza apparenti valide ragioni – diverso da quello stabilito dall'art. 184, comma 1, t.u.f. per le identiche condotte se poste in essere con riguardo a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato

¹¹⁸ In senso critico, R. ZANNOTTI, *op. cit.*, 406.

¹¹⁹ Gli artt. 186 e 187 restano del tutto invariati anche dopo la riforma del 2018.

¹²⁰ Cfr. E. BASILE, *Contravvenzioni e contraddizioni in tema di abusi di mercato: tutela penale dei sistemi multilaterali di negoziazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, n. 4, 747 ss.

italiano o di altro Paese dell'Unione europea. Inoltre, la previsione limita l'estensione delle condotte punibili a quelle contemplate dalla lettera a) del primo comma dell'art. 184 t.u.f. (cioè alle sole condotte di *trading*): in mancanza di un esplicito rinvio alle ipotesi delle lettere b) e c) del ricordato primo comma, si deve concludere che, altrettanto irragionevolmente, le condotte di *tipping* e di *tuyautage* saranno penalmente irrilevanti se poste in essere con riguardo a strumenti finanziari negoziati su qualunque *trading venue* nonché *over the counter*.

Oltre a simili rilievi, altre critiche sono state avanzate anche in relazione alla mancata criminalizzazione dell'*insider* secondario (pure richiesta da MAD II e MAR) e, del pari, alla mancata differenziazione sul versante sanzionatorio delle condotte di comunicazione dell'informazione privilegiata a terzi, pur prevista dal legislatore eurounitario¹²¹, così che non pare potersi mettere in dubbio l'aperto contrasto della disciplina contenuta nel nuovo art. 184 t.u.f. con la normativa eurounitaria del 2014.

7.1.2 «Manipolazione del mercato»: il reato

Prima della l. n. 62/2005, il delitto di manipolazione del mercato era “contenuto” nell'art. 2637 c.c., che a sua volta rappresentava il risultato della razionalizzazione e dell'unificazione di diverse ipotesi criminose diffuse nell'ordinamento¹²².

Dal 2005, invece, l'art. 185 t.u.f. prevede una fattispecie di reato autonoma, denominata appunto «Manipolazione del mercato», che si differenzia dall'aggiotaggio di cui all'art. 2637 c.c. essenzialmente quanto a tipologia degli strumenti finanziari: si tratta, infatti, di strumenti finanziari quotati o per i quali è stata presentata una domanda di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato di un Paese dell'Unione. Viceversa, l'operatività dell'art. 2637 c.c. è oggi limitata agli «strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato», oltre che al c.d. aggiotaggio bancario.

Ad ogni modo, l'ipotesi criminosa di cui all'art. 185 t.u.f., al pari dell'art. 2637 c.c., prevede due diverse modalità di condotta: la c.d. manipolazione informativa (consistente nella diffusione di «notizie false») e la c.d. manipolazione operativa (consistente nel compimento di «operazioni

¹²¹ Le perplessità oggetto di analisi sono state avanzate da F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., 14 s., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

¹²² Sul rapporto tra manipolazione del mercato e aggiotaggio su strumenti finanziari si veda S. GALLI, *La disciplina italiana in tema di abusi di mercato*, Ipsoa, 2010, 211 ss.

simulate» o «altri artifici»). In entrambi i casi la condotta deve essere concretamente idonea a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari (c.d. *price sensitivity*).

Limitatamente all'art. 185 t.u.f. la descrizione delle condotte punibili, anche in seguito all'intervento del D. lgs. 107/2018, resta invariata, e questo nonostante l'art. 15 MAR, contemplando una articolata serie di condotte manipolative, avrebbe potuto costituire una sicura base per cercar di distinguere sul piano delle fattispecie astratte gli illeciti penali da quelli amministrativi.

Ad ogni modo, in ordine alla prima condotta delineata dalla fattispecie, ovvero la «diffusione di notizie false», occorre innanzitutto precisare come per “diffusione” si intenda qualsiasi genere di comunicazione (scritta o orale) trasmessa con qualsiasi mezzo, purché rivolta a un numero indeterminato di persone o almeno ad una cerchia considerevole¹²³. La dottrina ritiene l'insufficienza di una comunicazione destinata ad una sola persona o ad una ristretta cerchia di destinatari, anche se si sottolinea la possibilità che tale ipotesi comunque possa rientrare nella diversa condotta basata sulla realizzazione di «altri artifici»¹²⁴.

Per «notizia» deve intendersi una informazione su avvenimenti o fatti storici, avvenuti o destinati ad avvenire. Non è necessario che la notizia abbia ad oggetto dati riservati, poiché anche il fatto che un dato sia già stato oggetto di voci in determinati ambienti può essere idonea a determinare comunque un'alterazione dei prezzi qualora provenga da un fonte particolarmente qualificata; diversamente, la notizia su fatti notori non presenta tale attitudine. Esulano dal concetto di notizia però quelle voci, previsioni, apprezzamenti e dicerie che siano «sprovviste di elementi tali da consentire l'identificazione e il riscontro fattuale di quanto comunicato»¹²⁵. Inoltre, è necessario che le notizie siano false; elemento questo, di netta differenziazione con la fattispecie di *insider trading*. Prima della legge n. 62/2005, in relazione all'art. 2637 c.c. ci si era chiesti se anche la notizia «esagerata o tendenziosa» (requisito proprio delle previgenti figure di aggio, ad eccezione del precedente art. 2628 c.c.) potesse essere ricompresa nell'ambito di operatività della fattispecie. Secondo autorevole dottrina «per notizia esagerata si intende quella che, pur contenendo un nucleo di verità, ingrandisce la portata dei fatti che raffigura, mentre tendenziosa è la notizia che, pur riferendo avvenimenti reali, li rappresenta in modo che siano falsamente interpretati attraverso una narrazione suggestiva e focalizzata su determinati aspetti di un fatto, sottacendone altri di maggior rilievo»¹²⁶. In entrambi i casi, dunque, si tratterebbe di notizie che per quanto esagerate o

¹²³ Così, F. SGUBBI, *La manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI (a cura di), *op. cit.*, 75.

¹²⁴ In tal senso, A. DI AMATO, *L'insider trading*, in A. DI AMATO (diretto da), *I reati del mercato finanziario. Trattato di diritto penale dell'impresa*, CEDAM, 2007.

¹²⁵ Così, E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 330.

¹²⁶ Così, F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Ipsos, 2002, 425.

tendenziose possano essere, presentano comunque un nucleo di verità. Sul punto, tuttavia, non sono mancate voci contrarie, facenti leva sull'orientamento secondo cui le notizie esagerate o tendenziose non sono altro che una forma di falsità¹²⁷.

L'altra condotta, ossia la manipolazione operativa, consiste nel fatto di porre in essere operazioni simulate o altri artifici.

Rientra nel concetto di «operazioni simulate», secondo un'efficace classificazione dottrinale, «ogni condotta, lecita o illecita, caratterizzata – in sé o nel suo complesso o alla luce del contesto in cui si svolge – da una oggettiva valenza ingannatoria, a causa della sua capacità di influenzare l'andamento dei prezzi mediante la rappresentazione di una situazione di mercato non corrispondente alla realtà o la dissimulazione di una situazione reale»¹²⁸. La simulazione comprende, dunque, sia le operazioni che le parti non avevano alcuna intenzione di realizzare (simulazione assoluta), sia quelle caratterizzate da un'apparente difformità dal vero (simulazione relativa). In ogni caso occorre la pubblicità dell'operazione, secondo le regole del mercato, in modo tale da poter orientare il comportamento e le decisioni di un numero indeterminato di operatori.

La formula di chiusura degli «altri artifici» è stata mutuata dal modello base dell'art. 501 c.p. e figurava anche nella precedente incriminazione dell'aggiotaggio finanziario (art. 181 t.u.f.). La definizione di “artificio” non è agevole, ma comunque in dottrina si ritiene che l'elemento imprescindibile della condotta in esame debba essere la capacità fraudolenta, ovvero sia una connotazione ingannatoria¹²⁹: in assenza di tale fraudolenza, infatti, non si perfezionerebbe il contenuto del termine “artificio”. Peraltro, questa interpretazione è funzionale anche a superare i dubbi di legittimità costituzionale della fattispecie, dissipando i dubbi di quanti ritenevano assente il connotato di offensività nella condotta degli “altri artifici”.

Secondo l'opinione prevalente, comunque, il requisito della “fraudolenza” prescinde da note di intrinseca illiceità, non implicando necessariamente l'impiego di atti illeciti; essa può quindi inerire tanto alla condotta in sé, quanto desumersi dal contesto in cui la medesima condotta è posta in essere¹³⁰.

¹²⁷ Così anche Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. Cost.*, 1962, 189. In particolare, la Corte ha specificato, in relazione all'art. 656 c.p., che «l'espressione “notizie false, esagerate o tendenziose” (...) è una forma di endiadi, con la quale il legislatore si è proposto di abbracciare ogni specie di notizie che, in qualche modo, rappresentano la realtà in modo alterato».

¹²⁸ Così, S. SEMINARA, *L'aggiotaggio (art. 2637)*, in A. GIARDA – S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, CEDAM, 2002, 571.

¹²⁹ In argomento, si vedano A. MELCHIONDA, *Aggiotaggio e Manipolazione del mercato*, in A. LANZI – A. CADOPPI (a cura di), *op. cit.*, 267 ss.; F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *op. cit.*, 430.

¹³⁰ In senso critico, cfr., R. ZANNOTTI, *op. cit.*, 451.

Si deve sottolineare, poi, che deve essere respinta un'interpretazione in chiave meramente soggettiva del concetto di «altri artifici», secondo la quale un qualsiasi comportamento – anche di per sé legittimo – verrebbe sanzionato dalla norma se fraudolento è lo scopo perseguito dall'agente. Appaiono, invece, condivisibili le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di Cassazione¹³¹ che anzitutto ha ribadito la rilevanza penale (anche) di condotte di per sé lecite alla luce del contesto in cui esse sono state poste in essere; e, in secondo luogo, ha specificato altresì la necessità di valutare l'artificialità delle condotte sulla base di parametri strettamente oggettivi (ovverosia, modalità dell'azione tali, «per ragioni di modo, tempo e luogo, da alterare il gioco normale tra domanda e offerta»), non essendo sufficiente la mera valutazione del fine di turbare il mercato.

Per quanto riguarda l'interesse tutelato, in linea con le indicazioni contenute nella Direttiva 2003/6/CE, le fattispecie di manipolazione del mercato tutelano l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli strumenti derivati. Si è fatto notare¹³², tuttavia, che il “regolare funzionamento del mercato” rappresenta il “bene finale di categoria” della fattispecie (ossia lo scopo della norma); mentre l'oggetto della tutela diretta ed immediata sarebbe, invece, la corretta formazione del prezzo, che potrebbe essere pregiudicata da interventi perturbativi incidenti sugli strumenti finanziari quotati (o in fase di quotazione).

Più di recente, la Suprema Corte¹³³, in un'ottica di composizione degli interessi in gioco, ha affermato che il bene giuridico protetto dalla norma è costituito dal «corretto ed efficiente andamento del mercato al fine di garantire che il prezzo del titolo nelle relative transazioni rifletta il suo valore reale e non venga influenzato da atti o fatti artificiali o fraudolenti».

A differenza della fattispecie di cui all'art. 184, la fattispecie *ex art. 185 t.u.f.* delinea un reato comune, dato che può essere commesso da «chiunque». Dunque, la disposizione in commento non richiede alcuna appartenenza del soggetto attivo alla società emittente, né alcun tipo di collaborazione con essa: ciò che rileva è che il soggetto operi sugli strumenti finanziari di cui all'art. 180 t.u.f. La qualifica soggettiva, tuttavia, potrà assumere rilevanza ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 185 t.u.f.: le «qualità personali» del colpevole, infatti, rappresentano uno degli elementi che il giudice è tenuto a valutare al fine di aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato.

Anche nella fattispecie in esame è necessario il requisito della *price sensitivity*. E, anche in questo caso, l'accertamento del pericolo di alterazione del prezzo degli strumenti finanziari rappresenta

¹³¹ Cass. pen., Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063, in *Cass. pen.*, 2010, 1920 ss.

¹³² Così, E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 327.

¹³³ Cass. pen., Sez. V, 13 settembre 2016, n. 3836, in *Dir. pen. cont.*, 21 aprile 2017.

uno degli aspetti più problematici. La norma è, invero, estremamente generica nel fissare la misura del potenziale evento (sensibile alterazione dei prezzi).

Secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, comunque, per accertare la sussistenza del pericolo (concreto) di alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, il giudice dovrebbe basarsi sul criterio della prognosi postuma, tenendo conto di tutti i fattori esistenti al momento del fatto ed in grado di esprimere in maniera apprezzabile l'attitudine delle condotte a porre in pericolo il bene protetto¹³⁴.

Di recente, la Suprema corte ha ribadito che «il reato di manipolazione del mercato, di cui all'art. 185 t.u.f., ha natura di mera condotta per la cui integrazione è sufficiente che siano posti in essere comportamenti diretti a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, senza che sia necessario il verificarsi dell'evento; tuttavia, la natura di pericolo concreto del reato esige che l'azione sia idonea a mettere in pericolo l'interesse protetto»¹³⁵.

La Suprema Corte, peraltro, nel caso *Parmalat*¹³⁶ ha evidenziato come, per valutare la *price sensitivity* in relazione alle false informazioni, occorra operare un collegamento con il parametro valutativo dell'investitore ragionevole di cui all'art. 181, comma 4, t.u.f. Dunque, sarebbe da ritenersi concretamente idonea ad alterare il prezzo di uno strumento finanziario quella notizia o informazione che «presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie scelte di investimento». Quest'investitore è una persona di «comune avvedutezza, tuttavia suscettibile di essere tratta in inganno», dunque non va identificato con un operatore professionale, debitamente informato sui movimenti di borsa. Il paradigma dell'investitore ragionevole implica, tuttavia, l'assunto dell'uso delle informazioni disponibili secondo parametri di efficienza e razionalità economica e della loro automatica incorporazione nel prezzo di mercato, secondo la teoria dei mercati efficienti, che si pone in conflitto però, come si accennava in precedenza, alla realtà fattuale del mercato e degli investitori.

Ad ogni modo, il dolo del reato di manipolazione del mercato è generico e comprende la coscienza e volontà di diffondere notizie false oppure di porre in essere operazioni simulate o altri artifici, unitamente alla consapevolezza della idoneità della condotta a realizzare l'evento di pericolo.

¹³⁴ In relazione al caso *Ifil*, il Tribunale di Torino aveva stabilito come, ai fini dell'accertamento della *price sensitivity*, occorresse spostare l'attenzione al momento successivo del compimento della condotta per verificarne l'effetto in concreto prodotto sul mercato finanziario. La decisione, tuttavia, è stata annullata con rinvio dalla Cassazione, la quale ha precisato che la norma non contempla alcun elemento naturalistico e, dunque, l'accertamento della consumazione del reato di manipolazione del mercato deve essere condotto non già con criterio *ex post*, in base alle reazioni concrete del mercato, bensì seguendo il criterio della prognosi postuma. Così, Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2012, n. 40393, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 925 s.

¹³⁵ Cass. pen., Sez. V, 13 settembre 2016, *cit.*

¹³⁶ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *Dejure*.

L'individuazione del momento consumativo e, conseguentemente, del *locus commissi delicti* del reato di manipolazione del mercato è tema al centro di un acceso contrasto interpretativo, seppure in parte mitigato dall'intervento della Corte di Cassazione sulla vicenda *Parmalat*.

Parte della giurisprudenza, invero, considerando la fattispecie quale reato ad evento di pericolo, ha affermato che la manipolazione informativa si consuma nel tempo e nel luogo in cui si concretizza, quale conseguenza della condotta, la rilevante possibilità di verifica della sensibile alterazione del prezzo dello strumento finanziario. Quindi, allorché si tratti di titoli quotati in borsa, la possibile alterazione del prezzo non potrà che concretizzarsi a Milano, sede della borsa valori.

La sentenza della Cassazione relativa alla citata vicenda *Parmalat* segna, però, una svolta. La Suprema Corte, infatti, ha precisato che «il delitto di aggio è un reato di mera condotta di pericolo concreto e che, pertanto, *uno actu perficitur*, l'illecito si consuma nel momento stesso in cui la notizia, foriera di scompenso valutativo del titolo, viene comunicata o diffusa, e, cioè, esce dalla sfera del soggetto attivo. Per la sua ricorrenza è, quindi, sufficiente che siano poste in essere le cause dirette a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari quotati nelle liste di borsa, senza che sia necessario il verificarsi di questo evento»¹³⁷. Dunque, è con l'immissione della notizia al pubblico che viene integrata la condotta di "diffusione".

Con specifico riguardo alla manipolazione operativa, invece, la Suprema Corte ha precisato che il reato si consuma nel luogo in cui il soggetto pone in essere l'artificio connotato dall'attributo della concreta idoneità ad influenzare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari¹³⁸.

È stato, invece, introdotto *ex novo* dal d. lgs. 107/2018 il comma 1-*bis*, con il quale viene dichiarata non penalmente rilevante la condotta di chi abbia commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o di operazioni effettuate per motivi legittimi ed in conformità a prassi di mercato ammesse dall'art. 13 del regolamento n. 596. La nuova disposizione ha il merito di aver messo a tacere i numerosi dubbi sulla possibilità di estendere l'ambito operativo della specifica clausola di esclusione della sanzione amministrativa anche all'illecito penale, posto che la disciplina delle prassi di mercato ammesse era dettata con esclusivo riferimento all'illecito amministrativo (e solamente in relazione alle condotte descritte nelle lett. *a*) e *b*) del comma 3 dell'art. 187-*ter*).

Relativamente al trattamento sanzionatorio, a seguito del raddoppio delle sanzioni operato dall'art. 38, comma 1, della L. n. 262/2005 sulla tutela del risparmio, il delitto in esame è punito con la reclusione da due a dodici anni. Quanto alla sanzione pecuniaria, la pena della multa prevista in

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Cass. pen., Sez. II, 28 novembre 2012, n. 12989.

origine era già ampiamente fuori dai limiti codicistici, cosicché essa non pare suscettibile di raddoppiamento.

Pena sensibilmente più mite (ammenda fino a euro centrotremila e duecentonovantuno e arresto fino a tre anni) è invece prevista per la fattispecie contravvenzionale di cui al comma 2-*bis*. Il comma in parola è stato introdotto dal D.Lgs. n. 101/2009, che aveva previsto una contravvenzione la cui operatività era circoscritta alle condotte illecite il cui oggetto materiale sia costituito da strumenti finanziari scambiati in via esclusiva su piattaforme alternative al mercato regolamentato. Per ragioni di coerenza interna (ed altresì di adeguamento alle previsioni del Regolamento), la riforma del 2018 integra il comma 2-*bis*, estendendo la fattispecie contravvenzionale ivi originariamente prevista, oltre che alle condotte aventi ad oggetto strumenti finanziari negoziati su MTF, anche a quelle relative a strumenti finanziari negoziati su OTF, ai derivati e alle quote di emissioni¹³⁹.

Il D. lgs. 107 introduce altresì un nuovo comma 2-*ter*, a mente del quale «le disposizioni del presente articolo si applicano anche a) ai fatti concernenti i contratti a pronti su merci che non sono prodotti energetici all'ingrosso, idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo o del valore degli strumenti finanziari di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a); b) ai fatti concernenti gli strumenti finanziari, compresi i contratti derivati o gli strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito, idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo o del valore di un contratto a pronti su merci, qualora il prezzo o il valore dipendano dal prezzo o dal valore di tali strumenti finanziari; c) ai fatti concernenti gli indici di riferimento (benchmark)». La disposizione risponde all'evidenza a un'esigenza di coordinamento interno al d. lgs. 107/2018, ma anche alla necessità di dare esplicita attuazione sul versante penale a quanto previsto dall'art. 2, § 1, MAR (nonché a MAD II).

Anche in questo caso, per la disciplina delle pene accessorie si fa riferimento all'art. 186 t.u.f., mentre l'art. 187 t.u.f., come già detto in relazione alla fattispecie di *insider trading* prevede un'ipotesi di confisca speciale, caratterizzata dalla sua obbligatorietà, riguardante il prodotto, il profitto del reato o i beni utilizzati per commetterlo, e non si applica all'ipotesi contravvenzionale. La stessa, peraltro, può avere ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente (c.d. confisca per equivalente).

¹³⁹ In proposito, non può che richiamarsi quanto osservato circa le perplessità che derivano dalla scelta di ridurre a figure contravvenzionali comportamenti il cui disvalore non si discosta certo da quello delle omologhe condotte invece punite – assai gravemente – come delitti dal primo comma del medesimo art. 185 TUF.

7.1.3 «Abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate»¹⁴⁰: l'illecito amministrativo

L'art. 187-*bis* t.u.f. delinea l'illecito amministrativo di *insider trading*. La riforma del 2005 descriveva la condotta sanzionata a livello amministrativo in maniera sostanzialmente identica all'omonimo delitto. La disposizione, infatti, era praticamente sovrapponibile all'art. 184 t.u.f. e, proprio attorno a tale identità, pressoché assoluta, ruotavano le problematiche maggiori in materia. Gli unici elementi di differenziazione tra fattispecie penale e amministrativa erano rappresentati, infatti:

- a) dalla rilevanza delle condotte colpose ai sensi dell'illecito amministrativo: tutte le condotte descritte dalla norma erano sanzionabili anche a titolo di colpa (*ex art. 3, l. n. 689/1981*). Peraltro, ancora oggi, dal punto di vista sanzionatorio, le condotte dolose vengono assimilate a quelle colpose, suscitando non poche perplessità;
- b) dal comma 6 dell'art. 187-*bis*, rimasto inalterato anche dopo l'intervento del d. lgs. 107 del 2018, ai sensi del quale «il tentativo è equiparato alla consumazione»;
- c) dal comma 4, ove si sanzionava la condotta dell'*insider* secondario (l'*insider* primario è invece sanzionato ai sensi del primo comma), ovvero di colui che, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, compie taluno dei fatti descritti dalla norma¹⁴¹. Il comma in parola è stato abrogato dalla riforma del 2018.

Per quanto riguarda il canone di accertamento dell'elemento soggettivo, il dettato normativo prevedeva anche in quest'ambito una clausola dal contenuto molto generale, riferito al criterio dell'"ordinaria diligenza", «evocativo di un requisito di attenzione minima, comunque richiesto ad ogni consociato»¹⁴².

Circa il rapporto tra illecito penale ed illecito amministrativo – allorché entrambe le ipotesi risultino realizzate – la (drastica) scelta legislativa era nel senso del cumulo sanzionatorio, salvo il meccanismo di "compensazione" di cui all'art. 187-*terdecies*. Un'opzione coraggiosa cui – come si dirà – neanche il legislatore del 2018 ha saputo rinunciare.

Per quanto concerne il trattamento sanzionatorio, in origine per le condotte di cui all'art. 187-*bis* era prevista la sanzione da ventimila a tre milioni di euro; la legge sulla tutela del risparmio aveva però

¹⁴⁰ Il D. lgs. 107/2018 ha innovato anche la rubrica dell'art. 187-*bis* t.u.f., prima recante semplicemente «Abuso di informazioni privilegiate».

¹⁴¹ Si noti che, in questo caso, la formula legislativa concentrava sul possesso, non ulteriormente qualificato, il fatto costitutivo della situazione che interdice il compimento delle specifiche attività; se ne deduceva che, ai fini della configurazione dell'illecito, non rilevavano le modalità di acquisizione dell'informazione privilegiata.

¹⁴² Così, A. DI AMATO, *op. cit.*, 99.

inciso pesantemente inciso sull'entità delle sanzioni quintuplicandole. In ultimo, l'art. 4 del dlgs. 107/2018 riporta la sanzione pecuniaria entro una cornice edittale compresa tra ventimila e cinque milioni di euro.

Per l'illecito amministrativo l'art. 187-*quater*, prevede tuttora sanzioni accessorie, mentre l'art. 187-*sexies* disciplina un'ipotesi di confisca "amministrativa", caratterizzata dalla sua obbligatorietà, e riguardante il prodotto o il profitto degli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, eliminando il precedente riferimento ai «beni utilizzati per commetterli».

7.1.4 «Manipolazione del mercato»: l'illecito amministrativo

La fattispecie amministrativa di manipolazione del mercato introdotta dalla l. n. 62 del 2005, era diversamente articolata rispetto al corrispondente reato (contrariamente alle fattispecie penali ed amministrative di *insider trading*), pur non potendosi del tutto escludere, anche in questo caso, la possibilità di sovrapposizioni delle condotte punite. Ad ogni modo, nella descrizione dell'illecito il legislatore aveva optato per una maggiore tipizzazione di tipo casistico delle fattispecie, anche in ossequio ai dettami della Direttiva del 2003.

L'art. 187-*ter*, al pari dell'art. 185 t.u.f., distingueva due diverse forme di manipolazione: informativa ed operativa. Eppure, in relazione all'ipotesi di manipolazione informativa, la falsa informazione poteva essere veicolata solamente attraverso i "mezzi di informazione" (compreso «internet o altro mezzo»). In secondo luogo, l'oggetto materiale della condotta era più ampio, rilevando anche la falsità di voci oltre che delle notizie e informazioni; e non solo la falsità di tali informazioni, voci o notizie, ma anche il fatto che esse risultassero "fuorvianti"¹⁴³ circa l'effettivo valore dello strumento sanzionatorio.

Per quanto attiene alle ipotesi di manipolazione operativa, le condotte costituenti illecito amministrativo erano tipizzate – salvo una clausola generale di chiusura comprendente gli «artifici» in generale – come: operazioni che forniscono indicazioni false o fuorvianti (art. 187-*ter*, comma 3, lett. *a*), t.u.f.); operazioni di concerto che consentono di fissare il prezzo di mercato di strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale (art. 187-*ter*, comma 3, lett. *b*)); operazioni che utilizzano artifici o ogni altro tipo di inganno o di espediente (art. 187-*ter*, comma 3, lett. *c*)); altri

¹⁴³ Dunque, notizie che, pur potendo riportare fatti veri, sono presentate in maniera tale da fornire una rappresentazione distorta della realtà.

artifici idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari (art. 187-ter, comma 3, lett. d)).

Ai sensi dell'art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689, l'illecito amministrativo è sanzionabile sia a titolo di dolo che di colpa. Non fa eccezione alla regola la fattispecie in esame, neanche dopo l'intervento del 2018.

Quanto agli aspetti sanzionatori, in origine per la manipolazione del mercato *ex art. 187-ter* era prevista la sanzione amministrativa da ventimila a cinque milioni di euro. Per effetto della legge sulla tutela del risparmio, tuttavia, tali importi sono stati quintuplicati. In ultimo, la normativa del 2018 ha riportato la cornice edittale entro gli importi originari.

Per quanto concerne sanzioni accessorie e confisca si rinvia a quanto detto in relazione all'abuso di informazioni privilegiate.

L'art. 187-ter al comma 4, che non ha subito modifiche in seguito al d. lgs. 107/2018, stabilisce che non è assoggettato a sanzione amministrativa chi dimostri di aver agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato¹⁴⁴. Obiettivo del riconoscimento delle prassi ammesse, in sostanza, è quello di mandare esenti da sanzione quelle operazioni speculative normalmente accettate che condividono, tuttavia, tratti delle condotte manipolative vere e proprie. Ma, per escludere la configurabilità dell'illecito non è sufficiente che sia integrato l'elemento oggettivo rappresentato dall'esistenza di una prassi ammessa; occorre, infatti, anche la sussistenza dell'elemento soggettivo individuato dal legislatore nella legittimità dei motivi in forza dei quali si è posto in essere il comportamento.

Originariamente, la disciplina delle prassi di mercato ammesse era dettata con esclusivo riferimento all'illecito amministrativo (e solamente in relazione alle condotte descritte nelle lett. a) e b) del comma 3 dell'art. 187-ter). Ciononostante, parte della dottrina¹⁴⁵ riteneva possibile estendere l'ambito operativo della specifica causa di esclusione della sanzione amministrativa anche all'illecito penale. Sarebbe stato, infatti, irragionevole ritenere che un fatto sia irrilevante come manipolazione del mercato in sede amministrativa ed integri invece l'omonimo delitto¹⁴⁶.

Occorre peraltro evidenziare che la questione della estensibilità o meno delle «prassi di mercato ammesse» anche alla fattispecie delittuosa di manipolazione del mercato è oggi superata, in quanto

¹⁴⁴ È stata però innovata la definizione di «prassi di mercato ammessa» di cui all'art. 180, lett. c), che dopo la riforma del 2018, viene definita direttamente tramite rinvio all'art. 13 del regolamento (UE) n. 596/20141

¹⁴⁵ In tal senso, F. CONSULICH, *Ex facto oritur ius criminale? Le prassi di mercato ammesse, tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in *Riv. soc.*, 2011, 2/3, 222; in senso contrario, D. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI (a cura di), *op. cit.*, 149 ss.

¹⁴⁶ L'argomento, tuttavia, era facilmente rovesciabile: l'esimente poteva essere stata prevista per il solo illecito amministrativo, proprio in quanto meno grave.

l'art. 5, § 2, della Direttiva 2014/57/UE espressamente prevede la loro applicazione anche in relazione al delitto di manipolazione del mercato. In virtù del riferimento alla fonte comunitaria, il legislatore del 2018 ha opportunamente inserito all'art. 184, un comma 1-bis, che esplicitamente prevede tale esenzione.

7.2 Il *discrimen* tra le fattispecie di manipolazione del mercato: la sentenza *Labella*

Abbiamo già accennato al fatto che molti dei comportamenti previsti dall'art. 187-ter t.u.f. nella formulazione previgente alla riforma del 2018, potevano astrattamente configurare, oltre che l'illecito amministrativo, anche una condotta di manipolazione del mercato penalmente rilevante. Come per le ipotesi di *insider trading*, dunque, era necessario stabilire cosa accadesse allorché si fosse verificata una sovrapposizione delle due fattispecie, considerato che secondo la logica del doppio binario sanzionatorio che permeava (e ancora permea) la materia, entrambe le disposizioni – sia quella penale che quella amministrativa – sarebbero risultate applicabili.

La controversa questione relativa ai rapporti intercorrenti fra le due fattispecie di manipolazione del mercato, era stata affrontata, per la prima volta nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, con la sentenza *Labella*¹⁴⁷. La pronuncia in commento assumeva particolare rilevanza in quanto provava a tracciare il confine tra illecito penale e illecito amministrativo attraverso l'indicazione di elementi di differenziazione tra le due fattispecie, accordando così alla clausola di salvezza posta in apertura dell'art. 187-ter t.u.f. il significato di escludere in concreto il cumulo sanzionatorio sullo stesso fatto manipolativo¹⁴⁸.

Deve ricordarsi, infatti, che l'art. 187-ter esordiva¹⁴⁹ (sul punto restando invariato anche nel vigore della vigente formulazione) con l'ambigua clausola «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» che, da un lato, potrebbe palesare l'intenzione da parte del legislatore di derogare al tradizionale criterio di specialità¹⁵⁰ che regola i rapporti tra illeciti penali e illeciti amministrativi

¹⁴⁷ Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, in *Cass. pen.*, 2007, 49.

¹⁴⁸ Cfr., 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*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.

¹⁴⁹ La clausola «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», costituisce ancora oggi l'*incipit* di entrambi gli illeciti amministrativi di *market abuse* di cui agli artt. 187-bis e 187-ter. Infatti, nonostante già nel vigore della disciplina previgente avesse sollevato pesanti critiche e ampie divergenze interpretative, non è stata oggetto di ripensamento da parte del legislatore del 2018.

¹⁵⁰ In tal senso, *ex multis*, G. LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e processo*, 2005, n. 11, 1479; cfr. altresì A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggrottaggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 58/98: problemi e prospettive)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, E. DOLCINI – C. E. PALIERO, Giuffrè, 2006, 2644. In giurisprudenza, nel senso che «il significato della clausola non può essere altro che quello di derogare espressamente al generale principio di specialità» di cui all'art. 9 L. 689/1981, v. Gip Tribunale di Milano, ord. 3 ottobre 2005, R.M., in

ai sensi dell'art. 9 della legge n. 689 del 1981; dall'altro, potrebbe essere letta nel senso di una (forse mal congegnata) clausola di specialità che richiami il concorso apparente di norme quando si sia in presenza delle condizioni di configurabilità dell'illecito penale, che, in tal caso, andrebbe applicato in via esclusiva come norma più grave speciale rispetto all'illecito amministrativo¹⁵¹. Per l'appunto, la strada seguita dalla Suprema corte nella sentenza *Labella* sembra proprio quest'ultima.

Nel caso specifico¹⁵², la Corte di cassazione accoglieva una richiesta di estradizione avanzata dal governo degli Stati Uniti, ritenendo corretta la qualificazione giuridica della Corte d'appello che aveva collocato – ai fini della valutazione della doppia incriminabilità – nell'ambito dell'art. 185, anziché dell'art. 187-ter, la condotta di “*conspiracy*” dell'estradando finalizzata alla commissione di truffe e frodi in operazioni di borsa.

La conclusione raggiunta dalla Corte di cassazione, in particolare, scaturiva dall'individuazione di una coppia di elementi tipizzanti, caratteristici del reato e non anche dell'illecito amministrativo, che nel caso specifico permettevano di ritenere configurato il solo reato di manipolazione del mercato, in applicazione appunto del principio di specialità. Nel dettaglio, i tratti caratteristici del reato *ex art. 185*, così come formulato dal legislatore del 2005, si concretizzavano da un lato, nel dato quantitativo della «sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari»; dall'altro, nella «idoneità» delle condotte artificiose a realizzare una simile modifica del prezzo di detti strumenti¹⁵³. Invero, già in precedenza, alle medesime conclusioni era giunto, nella giurisprudenza di merito, il g.i.p. del Tribunale di Milano¹⁵⁴, pur se sulla base dell'applicazione del diverso principio di sussidiarietà. Secondo il giudice milanese, infatti, il conflitto tra le due norme, considerata la loro sostanziale omogeneità, dovrebbe essere risolto sì in favore della norma penale di cui all'art. 185 t.u.f., ma ciò non per effetto del criterio di specialità, quanto in virtù dell'espressa clausola di riserva contenuta nell'art. 187-ter («Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»).

La decisione del giudice milanese appare forse maggiormente in linea con le premesse argomentative. Infatti, se si comparano le due fattispecie di manipolazione del mercato a risultare speciale è l'illecito amministrativo *ex art. 187-ter*, piuttosto che il reato di cui all'art. 185. La

Quot. Giur. 2005, secondo il quale tale conclusione appare confermata dal fatto che la norma amministrativa di recente introduzione in materia di manipolazione di mercato «quand'anche si ponesse in rapporto di specialità con la norma penale, non la esclude per la presenza di una clausola di riserva espressa».

¹⁵¹ In questo secondo senso, si veda C.E. PALIERO, “*Market abuse*” e legislazione penale: un connubio tormentato, in *Corr. merito*, 2005, n. 7, 811.

¹⁵² Per una puntuale ricostruzione della vicenda, si veda D. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI (a cura di), *op. cit.*, 160.

¹⁵³ Un commento della sentenza “*Labella*” è offerto da M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e Altri contro Italia*, in *Ufficio del Ruolo e del Massimario – Settore penale*, 2014, Rel. n. 35, 24 ss.

¹⁵⁴ G.i.p. Trib. Milano, ord. 3 ottobre 2005, *Foro ambrosiano*, 2005, 329.

manipolazione del mercato-illecito amministrativo appare, in verità, assai più circostanziata rispetto alla manipolazione del mercato-reato, in quanto contrassegnata da un elevato numero di elementi specializzanti. Se, dunque, i giudici di legittimità avessero davvero fatto uso del criterio di specialità contenuto nell'art. 9 della legge del 24 novembre 1981, n. 689, avrebbero dovuto concludere nel senso dell'applicabilità dell'illecito amministrativo. Al contrario, la conclusione cui giunge la Suprema corte appare, piuttosto, l'esito di un'operazione affatto diversa rispetto a quella propria dell'applicazione del principio di sussidiarietà. La preferenza accordata nel caso concreto alla norma penale è determinata dal fatto che quest'ultima punisce il compimento di tutte quelle operazioni artificiose, connotate da simulazione ovvero accompagnate da altri espedienti, idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari. Per converso, potrà trovare applicazione l'illecito amministrativo «soltanto quando non vi siano condotte così tipizzate e manchi siffatta idoneità alterativa». Orbene, un'argomentazione di questo tipo, solo formalmente agganciata al paradigma della specialità, nasconde in realtà apprezzamenti di valore tipici del principio di sussidiarietà: la sanzione penale, infatti, sembrerebbe doversi applicare limitatamente alle sole manipolazioni del mercato di maggiore gravità, da individuarsi mediante l'applicazione congiunta dei criteri quantitativi e qualitativi.

Ad ogni modo, al di là di qualsiasi possibile critica relativa al criterio di soluzione del concorso apparente di norme effettivamente adottato nella decisione in parola, le conclusioni cui perviene la giurisprudenza di legittimità acquistano particolare rilevanza soprattutto se si considera che tale soluzione interpretativa offre la possibilità di leggere il sistema normativo vigente in chiave di compatibilità con il principio del *ne bis in idem* (in specie, nel senso inteso dalla Corte di Strasburgo). La pronuncia, infatti, definendo i confini applicativi dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale, permette di ritenere configurata la sola fattispecie delittuosa quando si è in presenza degli indicati elementi differenziali.

Tuttavia, che la questione dei controversi rapporti tra le due fattispecie non potesse agevolmente liquidarsi neanche dopo tale pronuncia, era problematica che la stessa Corte aveva in qualche modo paventato. Essa, per l'appunto, non aveva taciuto le proprie riserve, segnalando che «l'intero intervento sanzionatorio nella materia del c.d. *market abuse*, attuato dalla legge n. 62 del 2005, si caratterizza per una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi, come ad esempio per le previsioni in tema di abuso di informazioni privilegiate (artt. 184 e 187-*bis* d.lgs. n. 58 del 1998), secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi».

Più di recente nel caso *Ifil*¹⁵⁵, il Tribunale di Torino aveva avuto modo di ribadire tali elementi tipizzanti: «la fattispecie incriminatrice di manipolazione del mercato costituisce un reato di pericolo concreto, descrivendo una condotta dalla quale derivi una qualificata probabilità di sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari», mentre l'illecito amministrativo sanziona un'ipotesi di pericolo astratto.

Secondo il Tribunale di Torino, però, non sarebbe «sufficiente vagliare la sola intrinseca capacità della condotta di provocare tale alterazione, dovendosi invece riscontrare se, in concreto, a seguito della diffusione delle false notizie, il pericolo per l'alterazione di strumenti finanziari si sia effettivamente prodotto». Conseguentemente, il Tribunale ritiene sussistente il reato solo se si accerta che «la mancata verifica di tale alterazione è dipesa da fattori esterni e indipendenti dalla falsa notizia che, intervenuti autonomamente, hanno vanificato gli effetti dipendenti dalla sua diffusione». Nel caso concreto, dopo aver accertato che la diffusione del comunicato contestato non aveva generato alcuna situazione di minaccia alla stabilità del prezzo degli strumenti finanziari, il giudice torinese assolveva gli imputati dall'accusa di manipolazione del mercato per insussistenza del fatto.

È bene fin da ora precisare¹⁵⁶, però, che la sentenza non superò il vaglio della Corte di cassazione, che si premurava di evidenziare che il requisito della idoneità richiesto dalla norma, fosse già di per sé sufficiente a distinguere il fatto-reato dall'illecito amministrativo, senza che si rendesse necessaria «l'introduzione per mano dell'interprete di un ulteriore elemento costitutivo quale l'evento naturalistico, che il testo della norma in nessun modo giustifica»¹⁵⁷.

7.3 Gli illeciti amministrativi di *Market Abuse* dopo il D. Lgs. n. 107 del 2018

Il legislatore del 2018 ha sostituito le previgenti descrizioni delle condotte costitutive degli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate, mediante rinvii alle corrispondenti disposizioni MAR, secondo uno schema – come visto – vastamente impiegato dal d. lgs. 107/2018. Dunque, il testo degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* è stato integralmente sostituito.

Nella versione previgente il ricordato illecito amministrativo *ex art. 187-bis* era delineato in modo testualmente identico (per quanto concerneva l'abuso di informazioni privilegiate) rispetto

¹⁵⁵ Trib. Torino, sez. I pen., 21 dicembre 2010.

¹⁵⁶ La pronuncia del giudice torinese del 2010 sarà oggetto di più attenta analisi nel prosieguo della trattazione (*infra* Capitolo II).

¹⁵⁷ Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2012, n. 40393, in *Cass. pen.*, 2013, 4623.

all'omologa figura delittuosa (art. 184 TUF), mentre la descrizione contenuta nell'art. 187-ter, differente rispetto a quella dell'art. 185 (per la manipolazione del mercato), in realtà non comportava una vera e propria discrepanza fra gli insiemi di condotte sussumibili sotto le due fattispecie, posto che la descrizione dei comportamenti costituenti illecito amministrativo era sì maggiormente analitica, ma restava comunque una semplice specificazione delle condotte integranti il delitto di cui all'art. 185 TUF.

Con la riforma del 2018, tanto l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, quanto quello di manipolazione del mercato, sono ora delineati – mediante espresso rinvio – dalle disposizioni degli artt. 14 (in relazione agli artt. 8 10) e 15 (in relazione all'art. 12) del Regolamento 2014/596/UE. Le norme del MAR contemplano condotte analiticamente descritte, con un grado di dettaglio particolarmente attento e puntuale, e sono inserite all'interno di un sistema normativo (il Regolamento e la Direttiva), che a propria volta prevede corrispondenti fattispecie di illecito penale (*rectius*: fattispecie alle quali il legislatore nazionale dovrebbe conformarsi per la previsione dei delitti), anch'esse disegnate attraverso una precisa descrizione delle condotte (si tratta degli artt. 3, 4 e 5 della Direttiva 2014/57/UE). Il legislatore eurounitario, dunque, ha in qualche misura tentato di caratterizzare in maniera differente illeciti penali e illeciti amministrativi già sul piano della descrizione del fatto punibile, «sicché – osservando le rispettive norme del Regolamento e della Direttiva – ci si avvede che i singoli illeciti (penali e amministrativi) sono fra loro differenti»¹⁵⁸. Tuttavia, nell'adeguare la materia alla normativa eurounitaria, il d. lgs. ha lasciato pressoché inalterate le fattispecie criminose. Ancora una volta, dunque, sarà l'interprete a dover valutare l'*an* e il *quantum* della corrispondenza tra fattispecie penali e fattispecie amministrative di *market abuse*.

7.4 Rapporti tra procedimenti: gli articoli 187-duodecies e 187-terdecies

L'aspetto, invero a dir poco problematico, relativo ai rapporti tra le diverse ipotesi di *market abuse* e, di conseguenza, tra i procedimenti, penale ed amministrativo, cui esse ineriscono, è regolato in primo luogo dall'*incipit* degli artt. 187-bis e 187-ter: «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato». Clausola d'esordio delle fattispecie amministrative che, peraltro, sopravvive al d.lgs. n. 107 del 2018, così confermando la scelta del legislatore del 2005 che l'aveva preceduto.

¹⁵⁸ Così, F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2018.

In argomento, si è già avuto modo di osservare come l'interpretazione di questa clausola abbia destato particolare attenzione, offrendosi – in specie negli ultimi anni – a varie speculazioni sia dottrinali che giurisprudenziali.

Il loro tenore letterale – insieme, come si dirà, al complessivo assetto del Titolo I-bis del t.u.f. disegnato dalla riforma del 2005 – costituisce un primo, sintomatico, indice dell'intenzione del legislatore di derogare al tradizionale criterio di specialità che regola i rapporti tra gli illeciti penali e gli illeciti amministrativi ai sensi dell'art. 9 L. n. 689/1981¹⁵⁹.

Fin da ora, comunque, non si può tacere che – ferma la *voluntas legis* chiaramente indirizzata alla costruzione di un sistema di cumulo procedimentale e sanzionatorio in materia di abusi di mercato – all'indomani della sentenza *Grande Stevens*, parte della dottrina aveva ritenuto possibile (se non necessaria), una diversa interpretazione dell'*incipit* delle citate disposizioni, nel senso di escludere in concreto il cumulo¹⁶⁰ e di rendere così conforme la normativa italiana alla Convenzione europea (*rectius*: all'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU, quantomeno nell'interpretazione datane fino al novembre 2016)¹⁶¹.

Prescindendo al momento dalle soluzioni al cumulo prospettate in via ermeneutica “per necessità”, sul fatto che la legge n. 62 del 2005 – mossa dall'intento pregevole di aumentare la reale portata dissuasiva delle norme¹⁶² – avesse creato un sistema definito dai più a «doppio binario», dove la sanzione amministrativa si affianca a quella penale per lo stesso fatto, non poteva incisivamente dubitarsi.

In particolare, la scelta del legislatore – sicuramente coraggiosa e, peraltro, ribadita nel 2018 – è stata quella di precludere l'operatività da un lato dell'art. 9¹⁶³ della l. n. 689/1981, che avrebbe

¹⁵⁹ In tal senso, G. LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, cit., 1479; cfr. altresì A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggrottaggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 58/98: problemi e prospettive)*, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO (a cura di), *op. cit.*, 2644. *Contra*, C.E. PALIERO, “*Market abuse*” e legislazione penale: un connubio tormentato, cit., 811, secondo cui, invece, sarebbe ipotizzabile un concorso apparente fra illecito penale e amministrativo che, in virtù dell'applicazione del principio di consunzione, determinerebbe l'esclusione della figura meno grave dell'illecito amministrativo consumata dalla figura più grave del delitto.

¹⁶⁰ Cfr. A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit.

¹⁶¹ Sulle possibili interpretazioni “convenzionalmente conformi” delle clausole di esordio delle fattispecie amministrative, elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale all'indomani della sentenza *Grande Stevens*, si rinvia ai §§ 3.1 ss., Capitolo II.

¹⁶² «Il coacervo di disposizioni appare improvvisato, nel nome di una reazione repressiva quanto più energica possibile, confidando che mettendo in una sorta di competizione sanzione penale e sanzione amministrativa, almeno una delle due riesca a giungere al traguardo!» in A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, n. 2, 555.

¹⁶³ Rubricato «Principio di specialità», al primo comma sancisce: «Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale».

comportato l'applicazione della sola "disposizione speciale"; e dall'altro, anche dell'art. 24¹⁶⁴ della stessa legge, che prevede la competenza del giudice penale in ordine alla cognizione delle violazioni amministrative dal cui accertamento dipenda l'esistenza del reato¹⁶⁵.

L'inapplicabilità di tali disposizioni, con la conseguenza di dover prendere atto dell'assoluta indipendenza dei due giudizi, emerge in aggiunta dal disposto delle due norme già citate: l'art. 187-*duodecies* e l'art. 187-*terdecies*.

L'art. 187-*duodecies* – rimasto inalterato anche dopo la riforma del 2018 – esclude l'obbligo di sospensione del procedimento amministrativo o di quello civile d'opposizione a sanzione amministrativa in pendenza del procedimento penale, costituendo un'evidente deroga all'art. 24 della legge n. 689/1981. In tal modo è ammissibile che gli *iter* procedurali amministrativi e penali si svolgano in maniera parallela, senza alcuna forma di pregiudizialità del procedimento penale rispetto a quello amministrativo e di opposizione alla sanzione applicata dalla Consob¹⁶⁶. Merita un discorso più approfondito, invece, l'art. 187-*terdecies* t.u.f., che, oggi, sembrerebbe costituire – insieme – causa e soluzione del problema della difficile convivenza tra doppio binario sanzionatorio e garanzia del *ne bis in idem*.

Nel dettaglio, l'art. 187-*terdecies* è stato integralmente sostituito dall'articolo 4, comma 17, del D.lgs. n. 107 del 2018 e la nuova rubrica reca «Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali e amministrative». La circostanza, cui la norma fa fronte, è quella in cui per il medesimo fatto sia stata applicata una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies*, ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato «a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente»¹⁶⁷. In tale evenienza, il nuovo art. 187-*terdecies* contempla due ipotesi. Anzitutto, stabilisce che l'autorità giudiziaria o la Consob debbano tener conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate (così art.

¹⁶⁴ Rubricato «Connessione obiettiva con un reato», al primo comma recita: «Qualora l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa».

¹⁶⁵ In tal senso, S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, n. 1, 18.

¹⁶⁶ Esprime perplessità riguardo alla scelta legislativa menzionata, E. AMATI, *Ruolo della Consob e rapporti tra procedimenti. Art. 187 decies - Rapporti con la magistratura. Art. 187 undecies. Facoltà della Consob nel procedimento penale. Art. 187 duodecies - Rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo e di opposizione. Sub art. 187 terdecies - Art. quaterdecies*, in *Nuove leggi civ.*, 2007, n. 5, 1100.

¹⁶⁷ Rispetto a quest'ultima previsione si può notare come il legislatore abbia preso in considerazione non soltanto la persona fisica, ma anche l'ente, che per vero può subire una sanzione amministrativa tanto in via diretta ex art. 187-*quinquies* t.u.f., quanto come sanzione amministrativa dipendente da reato ex art. 25-*sexies* d. lgs. 231/01. Anche in tali casi, dunque, opera il meccanismo indicato, quale soluzione alla duplicazione delle sanzioni previsto dall'art. 187-*terdecies*.

187-terdecies, lett. a), TUF)¹⁶⁸. Stando alla lett. b), invece, «l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità giudiziaria amministrativa o da quella giudiziaria».

In precedenza, invece, l'art. 187-terdecies prevedeva: «Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa».

Il confronto tra la formulazione precedente e quella attuale attesta che il legislatore ha inteso far fronte ad alcune criticità che contraddistinguevano il vecchio testo della disposizione *de qua*.

In primo luogo, l'originario art. 187-terdecies presupponeva la previa definizione del procedimento amministrativo. Correttamente ci si era interrogati su cosa sarebbe accaduto, invece, nell'ipotesi – invero infrequente, ma possibile – in cui fosse giunta per prima la sanzione penale. Secondo alcuni, sulla base del criterio di ragionevolezza, la norma avrebbe dovuto essere letta comunque nel senso di evitare duplicazioni, avvertendosi che, in caso di interpretazione differente, non si sarebbe potuta evitare l'insorgenza di questioni di legittimità costituzionale¹⁶⁹. Ovviamente, la *querelle* non ha più ragione di esistere, dato che la modifica intervenuta impone non più alla sola autorità giudiziaria, ma anche alla Consob, di tener conto rispettivamente della sanzione amministrativa e della sanzione penale precedentemente irrogata, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di loro competenza.

In secondo luogo, il previgente art. 187-terdecies aveva un oggetto “limitato”, prevedendo una “attenuazione” del cumulo sanzionatorio solo quando questo avesse riguardato sanzioni pecuniarie e non anche, invece, il caso di cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria e una pena detentiva (senza contare che pure venivano completamente ignorate le sanzioni interdittive, che hanno raggiunto – anche sul versante dell'illecito amministrativo – entità di altissimo livello e, strutturalmente, in nulla differiscono dalle omologhe sanzioni interdittive previste per la violazioni delle figure incriminatrici degli artt. 184 e 185 t.u.f.).

In ogni caso, sia dalla precedente che dall'attuale formulazione, sembra evidente che una disposizione così articolata presupponga la possibilità che entrambi i procedimenti giungano a conclusione per i medesimi fatti. L'*incipit* della disposizione – «Quando per lo stesso fatto» –

¹⁶⁸ «Che cosa debba intendersi per “tener conto” è difficile dire, data la genericità della formula, benché l'interpretazione maggiormente plausibile – anche in considerazione del disposto della successiva lett. b) – suggerisce di scomputare dalla sanzione che si intende applicare la quota corrispondente a quella già irrogata». Così, F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., 21.

¹⁶⁹ In questi termini, M. MANDUCHI, *Un primo intervento giurisprudenziale sulla nuova fattispecie di insider trading: la sorte dei c.d. insiders secondari*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 10, 3350 s.

manifesta in modo più che esplicito la correttezza di tale asserzione. Fin dal suo esordio, dunque, la norma dimostra che – oggi come allora – sono possibili profili di sovrapposizione tra fattispecie penali e fattispecie amministrative.

Invero, ai fini della presente analisi, ciò che cambia è non solo (e non tanto) il tenore letterale dell'art. 187-terdecies – e, conseguentemente l'attenuazione delle sue precedenti “asperità” – quanto piuttosto il contesto in cui la disposizione si trova ad operare.

Infatti, oggi come ieri, la norma si rivela del tutto indifferente alla dimensione processuale del *ne bis in idem* (divieto di doppio processo), assestandosi esclusivamente sulla tutela del suo profilo sostanziale (divieto di doppia sanzione). Ciò, fino al novembre del 2016, non sarebbe bastato allo Stato italiano per evitare una nuova condanna da parte di Strasburgo¹⁷⁰ per violazione dell'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU (che sancisce la garanzia *de quo* per gli Stati contraenti). Va ricordato, infatti, che la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo aveva più volte rinvenuto una violazione del divieto di *ne bis in idem* anche nel caso di semplice svolgimento di un duplice processo, in sede penale ed in sede amministrativa, per la medesima condotta di *market abuse*.

Tuttavia, alla luce dell'ultima giurisprudenza di Strasburgo – che dal 2016 pare obliterare il profilo processuale del divieto di *bis in idem* nell'interpretazione del suo art. 4, prot. n. 7 – la soluzione del legislatore nostrano potrebbe reggere.

Questo nuovo art. 187-terdecies, insomma, nato da un lato, come strumento con cui il legislatore nostrano ha cercato di conformarsi alla esplicita indicazione eurounitaria circa l'osservanza del canone del *ne bis in idem* (qualora il legislatore dello Stato membro avesse deciso di mantenere l'opzione del “doppio binario”) e, dall'altro, come rimedio preventivo alle possibili violazioni convenzionali, potrebbe rappresentare – oggi, diversamente da ieri – una soluzione adeguata. Ovviamente, la questione potrà essere risolta solo alla luce di un'attenta analisi dei referenti normativi e, soprattutto, dei mutamenti giurisprudenziali delle Corti europee. Ma si vuole, fin da subito, sottolineare che seppure alla luce della disciplina dettata dal d. lgs. 107/2018 la materia dei *market abuse* conserva l'originaria struttura a “doppio binario” – continuando ad ignorare la problematica del *ne bis in idem* nella sua dimensione processuale – ciò non si risolve più, *sic et simpliciter*, in un'automatica violazione della Convenzione europea.

7.5 Il ruolo della Consob

¹⁷⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., § 228.

In chiusura del quadro normativo di riferimento, è doveroso qualche cenno alla disciplina prevista dal t.u.f. per la Consob, vista anche la ritenuta violazione delle regole del *fair trial* ex art. 6 CEDU, cui si sono spinte le conclusioni dalla giurisprudenza di Strasburgo nel caso *Grande Stevens*, in relazione al procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative cui tale organo è deputato.

Anzitutto, la Consob (Commissione nazionale per le società e la Borsa) è un'“autorità amministrativa indipendente”, quindi, una struttura appartenente all'apparato politico-amministrativo. Nata nel 1974, la Commissione costituisce uno dei maggiori garanti della “efficienza” e “stabilità” del mercato¹⁷¹.

Il t.u.f. le attribuisce estesi poteri di vigilanza e di controllo. In particolare, la Consob vigila sull'organizzazione e sul funzionamento del mercato finanziario, sulla tutela degli investitori, sulla correttezza e sulla trasparenza dei comportamenti degli intermediari finanziari. Per quanto riguarda, invece, i poteri di controllo, questi hanno come destinatari i mercati finanziari, gli intermediari e gli emittenti ed altri soggetti equiparati.

Ma il legislatore nostrano, non si è limitato solo ad attribuire alla Commissione i sopra menzionati poteri di vigilanza e di controllo. Anzi, l'ampiezza delle sue attribuzioni ha portato la dottrina ad affermare che essa «rappresenta, più di altre autorità indipendenti, un potere “sovrano”, accentrando in sé potestà legislative, inquirenti e giudicanti»¹⁷².

Operando una ricostruzione di tali potestà, possiamo dire che, in relazioni alle “potestà legislative”, la Consob è legittimata alla integrazione delle disposizioni e, dunque, in certa misura traccia in concreto il confine tra condotte lecite e condotte illecite. Ha poi poteri che si possono definire “inquirenti”, ossia poteri di indagine tanto incisivi, da poter essere assimilati a quelli della polizia giudiziaria o addirittura del pubblico ministero. Nello specifico, la Consob esercita tali poteri investigativi nei confronti di chiunque possa essere informato dei fatti (art. 187-*octies*), ed è legittimata a compiere tutti gli atti necessari all'accertamento delle violazioni, utilizzando poteri “straordinari” specificamente individuati.

Infine, in relazione alle potestà “giudicanti” essa, dismesse le vesti dell'autorità inquirente, assume quelle del “giudice” terzo, infliggendo sanzioni amministrative, sia principali che accessorie (art. 187-*quater*).

Peraltro, oltreché nei procedimenti amministrativi, la Consob ha acquisito particolari facoltà anche in ordine ai procedimenti penali. Anzitutto, l'art. 187-*decies*, stabilisce che il Presidente della

¹⁷¹ *Amplius*, sull'argomento, D. FONDAROLI, *La Consob e gli abusi di mercato*, in F. SGUBBI – D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI (a cura di), *op. cit.*, 209 ss.

¹⁷² Così, A.F. TRIPODI, *Commento agli artt.180-187 quaterdecies t.u.f.*, in *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali complementari*, T. PADOVANI (a cura di), Giuffrè, 2007, 2556.

Consob trasmetta al pubblico ministero la documentazione, raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento, nel caso in cui emergano elementi che facciamo presumere l'esistenza di un reato (obbligo, peraltro, imposto "a condizione di reciprocità"), dunque potendo tale documentazione costituire – come spesso accade – anche la base di indagine esclusiva su cui il pubblico ministero formulerà le proprie richieste.

In secondo luogo, la Consob, in base al disposto dell'art. 187-*undecies*, comma 1, t.u.f., può esercitare, nei procedimenti per i reati di cui agli artt. 184 e 185 t.u.f., i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato, sostanziandosi tale facoltà in poteri di impulso e controllo del procedimento. Infine, ai sensi del comma 2 dell'art. 187-*undecies* t.u.f., la Consob è legittimata all'esercizio dell'azione civile nel processo penale, dunque, «può costituirsi parte civile e richiedere a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato». L'esperienza italiana nel decennio di vigenza della disciplina degli abusi di mercato derivata dalla MAD I ha tuttavia messo in luce le problematiche connesse alla moltitudine di funzioni assolve dalla Commissione nazionale per le società e la borsa. L'imminente riforma avrebbe, dunque, potuto rappresentare una valida occasione per il ripensamento del suo ruolo, esigenza manifestata da avvertiti interpreti¹⁷³ e alla quale non rimane insensibile, come ricordato, la Corte di Strasburgo.

8. Una chiave di lettura generica del *ne bis in idem*

Dettate le linee essenziali della materia e tralasciando i profili di ragionevolezza e proporzionalità dell'apparato sanzionatorio, la legittimità del *double track system* non parrebbe, *ictu oculi*, poter essere messa in dubbio neanche avendo riguardo al principio del *ne bis in idem* in quanto, qualunque sia la sua derivazione, esso incarna una garanzia eminentemente penalistica. Nel caso degli abusi di mercato, invece, non si ha una pluralità di procedimenti penali, quantomeno dal punto di vista formale. Tuttavia, che la *querelle* possa così agevolmente risolversi è affermazione a dir poco

¹⁷³ A sostegno della necessità di riformare il procedimento sanzionatorio della Consob per renderlo conforme alla Convenzione europea dei diritti umani si vedano M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giorn. dir. amm.* 2015, n.1, 67 ss.; M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.* 2014, n. 3, 2944.

semplificistica, come testimonia la nutrita classe di pronunce dei giudici di Strasburgo che, per l'appunto, si sono interrogati sull'ammissibilità del concorso formale tra fattispecie penali ed amministrative da un punto di vista "sostanziale"¹⁷⁴, più che formale. Nella lettura dei giudici EDU, infatti, la nozione di "materia penale" è capace di inglobare un'ampia raccolta di illeciti e sanzioni etichettati in altro modo (in specie come "amministrativi") dal diritto nazionale. Pertanto, a fronte di un comportamento qualificabile come illecito di "natura penale" (secondo taluni parametri di cui si dirà nel prosieguo) non è da discutersi che i relativi moduli di accertamento e le correlative sanzioni siano vincolati al rispetto delle garanzie del giusto processo¹⁷⁵, del principio di legalità¹⁷⁶ e, appunto, al divieto di *bis in idem*¹⁷⁷.

In quest'ultima prospettiva, sono cadute sotto la scure di Strasburgo diverse ipotesi di "doppio binario" sanzionatorio perché contrarie all'art. 4, Protocollo VII, della CEDU – che codifica appunto il principio del *ne bis in idem* per l'Europa della Convenzione – da quello italiano nato per reprimere gli abusi di mercato¹⁷⁸, a modelli del tutto analoghi previsti in altri Paesi europei, soprattutto nel settore tributario¹⁷⁹. Si noti, infatti, che la speculazione sul principio del *ne bis in idem* torna in auge come diretta conseguenza della più volte menzionata sentenza sul caso *Grande Stevens*, laddove la condanna per lo Stato italiano deriva dai «profili di frizione dell'ordinamento interno con le garanzie convenzionali, collegati alla valenza "sostanzialistica" della nozione di "*matière pénale*", che di essa segna il perimetro»¹⁸⁰.

Occorre, pertanto, preliminarmente definire cosa s'intende per "*ne bis in idem*". Il brocardo latino che, tradotto alla lettera, significa "non due volte per la medesima cosa", incarna un principio giuridico, presente di solito negli ordinamenti penali, in virtù del quale il giudice non può esprimersi due volte sulla stessa azione¹⁸¹.

Quantomeno nella sua dimensione domestica, ci troviamo dinanzi ad una garanzia particolarmente risalente, conosciuta già in epoca romana e, forse, addirittura sviluppata in epoca greca¹⁸². Nel

¹⁷⁴ Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 2001, *Franz-Fischer c. Austria*.

¹⁷⁵ Art. 111 Cost., art. 6 CEDU e art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷⁶ Art. 25 Cost., art. 7 CEDU e art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷⁷ In via di prima approssimazione, art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁷⁸ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit.

¹⁷⁹ In particolare, cfr. le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*.

¹⁸⁰ Così, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3, 2.

¹⁸¹ Per una ricostruzione della definizione di "*ne bis in idem*" si veda, G. BAUSILIO, *Il principio del ne bis in idem: dottrina e giurisprudenza*, Key Editore, 2017, 1 ss.

¹⁸² Sulle origini del *ne bis in idem* si veda il contributo di G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, 136 ss.

Diritto Romano, ad esempio, si enunciava che *bis de eadem re ne sit actio*, col quale voleva intendersi che un diritto, una volta che fosse stato, anche solo *in iudicim deductum* e, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe più potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento.

Il divieto di *bis in idem*, codificato già nei codici del 1895, riaffermato in quello del 1913 e del 1930, non ha ad oggi, nel nostro ordinamento, riconoscimento costituzionale, a differenza di altri Paesi come gli Stati Uniti, il Messico, l'Argentina, il Giappone, il Pakistan, il Canada, l'Inghilterra, ed altri. Si tratta, comunque, di un principio che non possiede connotati esclusivamente giuridici ma costituisce un evidente fenomeno di civiltà: si deve concordare, dunque, con quella giurisprudenza¹⁸³ e quella dottrina¹⁸⁴ che vede nella sottrazione dell'individuo alla spirale di reiterate iniziative penali e punitive per il medesimo fatto, una traduzione operativa di un principio di civiltà giuridica di generalissima applicazione.

Il peso acquisito nel corso del tempo dal *ne bis in idem* è testimoniato da una ricchissima serie di interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, che consentono di delineare vari ambiti di operatività del principio.

8.1 *Ne bis in idem* processuale e *ne bis in idem* sostanziale

La prima tradizionale distinzione è quella tra *ne bis in idem* “processuale” e *ne bis in idem* “sostanziale”¹⁸⁵ ossia, come è stato efficacemente riportato¹⁸⁶, tra “divieto di doppio processo” e “divieto di doppia sanzione”. Il principio del *ne bis in idem*, dunque, presenta una “natura proteiforme”¹⁸⁷ in quanto sottintende un’accezione duplice: con l’espressione “*ne bis in idem* processuale”, s’intende il divieto di apertura di un secondo giudizio per un fatto rispetto al quale è già intervenuta una sentenza definitiva (*bis de eadem re ne sit actio*); avendo riguardo alla declinazione sostanziale, invece, si fa riferimento al divieto di ricondurre il medesimo illecito ad una pluralità di fattispecie incriminatrici e, di conseguenza, di duplicazione della sanzione rispetto ad un medesimo fatto.

¹⁸³ Si veda, C. cost., ord. n. 150 del 1995, in www.giurcost.org.

¹⁸⁴ Si fa riferimento a G. RANALDI – F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, 1 s.

¹⁸⁵ Cfr., per tutti, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2000, 1129.

¹⁸⁶ Ci si riferisce a M.N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, n.1, 215.

¹⁸⁷ L’espressione è di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, 293, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti sull’argomento.

È stato osservato¹⁸⁸, peraltro, come l'accezione processuale del *ne bis in idem* sia in un certo senso "più antica" rispetto all'omonima variante sostanziale. Seguendo tale dottrina, il problema del *ne bis in idem* sostanziale nell'ordinamento italiano emerge solo nel momento in cui il codice penale del 1930 introduce l'istituto del concorso formale di reati, con la conseguente necessità di distinguere tale ipotesi dal concorso apparente di norme.

In questa prospettiva, pare ormai recepito¹⁸⁹ un inquadramento del principio del *ne bis in idem* sostanziale come istanza superiore che informa, per l'appunto, la disciplina del concorso apparente di norme e, dunque, costituisce il fondamento di quelle disposizioni del codice penale¹⁹⁰ e di quei criteri elaborati dalla dottrina¹⁹¹ destinati a risolverlo. Infatti, se l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisce, per intero, il contenuto di disvalore sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo¹⁹², il divieto di *bis in idem* sostanziale nega, sul piano dei principi, che le interferenze tra fattispecie incriminatrici conducano ad una plurima considerazione delle medesime note di disvalore del fatto e, dunque, che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto¹⁹³.

Ciò detto, si percepisce come la *ratio* del principio nella sua declinazione sostanziale vada rinvenuta in una garanzia di tipo essenzialmente individuale¹⁹⁴: ciò che si vuole evitare, infatti, è che il singolo subisca l'applicazione ingiustificata di sanzioni già sofferte.

Il discorso, invece, è più complesso se si ha riguardo alla *ratio* del principio nella sua dimensione processuale. In questo caso, infatti, la funzione del *ne bis in idem* processuale – previsto, nel nostro ordinamento, dall'art. 649 c.p.p. – è piuttosto quella della certezza del diritto in senso oggettivo,

¹⁸⁸ Cfr. G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 104.

¹⁸⁹ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 295 s.

¹⁹⁰ Il principio del *ne bis in idem* sostanziale si desume da tutta una serie di norme del codice penale, ed in particolare: dall'art. 15 c.p., che prevede il principio di specialità; dalle clausole di riserva, che escludono il concorso di norme nei casi di c.d. "specialità reciproca"; dall'art. 84, che disciplina il reato complesso; dall'art. 68, che prevede il concorso apparente di norme circostanzianti.

¹⁹¹ Sul punto, si veda F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966, 424 ss.

¹⁹² G. RANALDI – F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 9.

¹⁹³ Ovviamente, sul piano delle scelte di politica criminale nulla osta a che un'unica azione ovvero un'unica omissione infranga diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore valuta doveroso riflettere in molteplici reati e punire con diverse sanzioni, seppure con il regime di computo di favore ex art. 81 c.p. Infatti, qualora si escluda che le disposizioni penali si pongono tra esse in concorso apparente, che può derivare da un rapporto di specialità (in astratto, in concreto o bilaterale), di sussidiarietà o di assorbimento tra le fattispecie incriminatrici, non può essere messo in dubbio che si debbano attribuire all'autore del comportamento tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva od omissiva, pur quando il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico.

¹⁹⁴ P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, n. 3, 479 ss.

ossia la certezza dei risultati dell'accertamento giudiziale (collegandosi in tal modo all'istituto del giudicato)¹⁹⁵.

Invero, non può escludersi che, anche nella sua dimensione processuale, il principio *de quo* abbia una finalità di garanzia individuale¹⁹⁶. In effetti, il divieto di apertura di un doppio procedimento per un fatto già giudicato impedisce che il singolo sia esposto al pericolo di una continua persecuzione¹⁹⁷, ossia che egli viva nel costante timore di poter essere esposto indefinitamente ad una possibile reiterazione di procedimenti penali *in idem* e, dunque, all'arbitrio dell'autorità penale¹⁹⁸: «chi [ha] sopportato i costi umani ed economici di un processo penale deve sapere che non sarà più chiamato a rispondere in giudizio del comportamento che ne ha costituito oggetto»¹⁹⁹. Si deve, dunque, concordare con quella dottrina che definisce «composita» la *ratio* della garanzia in parola²⁰⁰: le due istanze – quella della certezza in senso oggettivo e quella della certezza in senso soggettivo – coesistono nel divieto di *bis in idem* processuale.

Se, diversamente, si volesse intendere il principio esclusivamente in termini di garanzia di stampo individuale, non sarebbe possibile spiegare perché non è consentito un nuovo esercizio dell'azione penale ogniquale volta ciò possa comportare un miglioramento della situazione del reo. È indubbio, infatti, che l'art. 649 c.p.p. vieta di procedere nuovamente anche nell'ipotesi in cui il primo processo si sia concluso con la condanna dell'imputato.

In argomento, è stato efficacemente detto che, nell'ipotesi di «una condanna frutto di una valutazione palesemente errata degli atti processuali», o di una «pena inflitta [è] particolarmente grave per il mancato erroneo riconoscimento di una circostanza attenuante, il condannato non può sperare in un nuovo processo che ponga rimedio all'errore giudiziario»²⁰¹. Se, infatti, in questi casi il pubblico ministero esercitasse nuovamente l'azione penale per il medesimo fatto, il giudice avrebbe il dovere di pronunciare la sentenza di improcedibilità di cui all'art. 649 comma 2 c.p.p. – e dunque, di ritenere violata la garanzia del *ne bis in idem* – anche laddove fosse convinto dell'erroneità della pronuncia precedente.

¹⁹⁵ A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Vol. I, Utet, 2017, 671 s.; T. RAFARACI, voce “*Ne bis in idem*”, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Giuffrè, 2010, 861 ss.

¹⁹⁶ In tal senso, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2010, 774; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 476; F. CORDERO, *op. cit.*, 1038.

¹⁹⁷ In tal senso si veda, M.N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo per lo stesso fatto come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, n. 1, 97 ss.; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 479 ss.

¹⁹⁸ T. RAFARACI, voce “*Ne bis in idem*”, cit., 861.

¹⁹⁹ F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, n. 5, 1181 ss.

²⁰⁰ Cfr. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, 73.

²⁰¹ *Ibidem*, 72. Sono fatti salvi, ovviamente, i casi in cui si reputino sussistenti le condizioni che – ex art. 630 c.p.p. – consentono di richiedere la revisione della sentenza di condanna.

In questi casi, dunque, sicuramente non può dirsi che la norma mira a tutelare il soggetto già giudicato con sentenza irrevocabile contro l'intervento "persecutorio" del pubblico ministero²⁰² e, di conseguenza, la *ratio* della garanzia è piuttosto quella della certezza del diritto in senso oggettivo, ossia la certezza dei risultati dell'accertamento giudiziale²⁰³: si vuole impedire, cioè, che si moltiplichino decisioni tra di loro contrastanti, e tali da pregiudicare l'unità e la razionalità del sistema. Peraltro, riducendo le possibilità di doppio processo, il divieto in parola contribuirebbe pure a ridurre lo spreco di risorse economiche e di tempo legato ai procedimenti *de eadem re*²⁰⁴.

In conclusione, dunque, le funzioni del *ne bis in idem* processuale operano in tal modo: dinanzi ad un nuovo procedimento che può "giovanare" all'imputato – in quanto impedisce un peggioramento della situazione giuridica derivante da una precedente sentenza definitiva di proscioglimento o di condanna – allora la garanzia processuale ha una funzione di certezza in senso soggettivo; viceversa, quando il procedimento può "nuocere" all'imputato – nella misura in cui impedisce un miglioramento della situazione derivante dalla pronuncia precedente – la ragione giustificatrice del principio è un'altra: evitare l'incontrollata proliferazione di processi penali fissando un termine convenzionale – l'esaurimento dei gradi di giudizio – superato il quale non è più consentito rimettere in discussione quanto deciso²⁰⁵.

Ad ogni modo, l'evidenza della diversa *ratio* e dei diversi ambiti operativi delle due accezioni del *ne bis in idem*, ha portato la dottrina a chiedersi se si tratti di due volti dello stesso principio o di due distinte garanzie. Parte della dottrina considera le due declinazioni come due facce di una stessa medaglia: la regola sostanziale trova riconoscimento in quella processuale che, quindi, ricomprenderebbe in sé il divieto di duplicazione di condanne per lo stesso fatto²⁰⁶. In argomento si è detto, infatti, che: il divieto di *bis in idem* processuale, avendo ad oggetto la duplicazione di procedimenti per un medesimo fatto, non può che ricomprendere in sé – si direbbe *a fortiori* – il divieto di duplicazione di condanne per lo stesso fatto²⁰⁷. Invertendo la relazione tra ambiti di applicazione²⁰⁸: l'operatività del divieto di doppia sanzione assicura effettività al divieto di doppio processo, ove si consideri che non si può procedere *ex novo* nei confronti di colui che sia già stato sanzionato per il medesimo fatto.

²⁰² E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in M.G. AIMONETTO (a cura di), *Le impugnazioni*, nella Collana diretta da M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, 2005, Utet, 597.

²⁰³ T. RAFARACI, voce "*Ne bis in idem*", cit., 861 ss.

²⁰⁴ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 333.

²⁰⁵ Cfr. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *op.cit.*, 73.

²⁰⁶ In argomento, F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Jovene, 1969, 322 ss.; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, 1997, 44 ss.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ G. RANALDI – F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, cit., 11.

Altra parte della dottrina, invece, sottolinea che essi non hanno nulla a che vedere l'uno con l'altro, rappresentando due distinte garanzie anziché due facce dello stesso principio²⁰⁹. A dimostrazione di ciò, si fa valere la considerazione che il divieto di *bis in idem* processuale non impedisce che, nell'ambito del medesimo procedimento, colui nei cui confronti si procede possa essere giudicato, a fronte dell'*idem factum*, per molteplici reati e, per l'effetto, sanzionato con l'irrogazione delle relative pene, nonostante il criterio di favore posto dall'art. 81 c.p.²¹⁰; infatti, la preclusione processuale impedisce l'applicazione in un unico procedimento di più norme incriminatrici ancorché le stesse siano in un'evidente relazione di concorso apparente. Per altro verso, la violazione del divieto di doppio processo non determina, di per sé, la trasgressione del divieto di doppia sanzione, potendo il secondo giudizio definirsi con un proscioglimento²¹¹ e, comunque, operando indipendentemente da qualsiasi valutazione in ordine alla proporzionalità della pena²¹².

8.2 Dimensione “domestica” e dimensione “transnazionale” del *ne bis in idem*

Il principio del *ne bis in idem*, inoltre, può declinarsi anche in due distinte “dimensioni spaziali”: una “dimensione interna”²¹³, che vieta un doppio procedimento per lo stesso fatto dinanzi ad autorità giudiziarie di un medesimo Stato; e una “dimensione transnazionale”²¹⁴, che pone un argine, invece, alle ipotesi di doppio procedimento per lo stesso fatto dinanzi ad autorità giudiziarie di diversi Stati. Nel dettaglio, il principio nella sua dimensione interna è sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, ancor prima dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1984 (d'ora in avanti “CEDU”) e dall'art. 14, comma 7, del Patto internazionale relativo ai diritti

²⁰⁹ In tal senso, F. CORDERO, *op. cit.*, 1205; nello stesso senso, F. MANTOVANI, *op. cit.*, 423, che in argomento sostiene non sia giustificata l'affermazione secondo cui il *ne bis in idem* sostanziale costituisce la trasposizione nel diritto materiale dell'omonimo principio processuale.

²¹⁰ M. N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, cit., 222.

²¹¹ F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, cit., 1183.

²¹² In ogni caso, è innegabile che nel tempo si siano manifestate diverse forme di interferenza tra i due principi. Un chiaro esempio di tale tendenza, in effetti, si registra sul terreno del *ne bis in idem* transnazionale, con particolare riferimento a quanto previsto dall'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen: la statuizione del principio nella sua versione “processuale” viene infatti bilanciata dalla c.d. “clausola di esecuzione”, con una soluzione che rinvia al tema dell'effettività della risposta sanzionatoria e che risente, evidentemente, della scarsa fiducia reciproca che permane tra gli Stati (anche alla luce dei rischi di c.d. *forum fleeing*). In particolare, sulle ragioni che hanno condotto all'introduzione della clausola di esecuzione, cfr. N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, n. 3, 1389 s.

²¹³ C.d. “Internal *ne bis in idem* principle”.

²¹⁴ C.d. “Cross-border *ne bis in idem* principle”.

civili e politici del 1966; a livello nazionale omologo principio si rinviene nell'art. 649 del codice di rito penale.

Nella sua dimensione transnazionale, invece, è garantito dall'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Shengen²¹⁵ (d'ora in avanti CAAS) relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni del 19 giugno 1990, e dallo stesso art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (d'ora in avanti anche "CDFUE"), fonte che, dunque, ne contempla entrambe le dimensioni.

Si è già accennato, peraltro, che le origini del principio del *ne bis in idem* "domestico" sono rinvenibili in epoca romana, forse addirittura greca. Viceversa, nella sua declinazione internazionale, il divieto di doppio giudizio ha iniziato ad assumere rilievo pratico e giuridico solo da alcuni decenni²¹⁶.

Tuttavia, le differenze tra le due dimensioni della garanzia non si arrestano al momento temporale della loro affermazione o alle fonti giuridiche in cui si rinvenono, perché diversi sono soprattutto gli interessi che esse sono finalizzate a tutelare.

Rammentando quanto detto nel paragrafo che precede, la *ratio* della dimensione interna-processuale ha natura "composita": argine all'abuso del potere punitivo, garanzia di incontrovertibilità delle decisioni e, almeno secondo taluno, anche strumento di razionalizzazione dei costi derivanti dall'accertamento penale.

Diversamente, se si guarda alla garanzia del *ne bis in idem* sul piano sovranazionale, è evidente che, mentre i profili di garanzia individuale dell'imputato restano sostanzialmente inalterati, gli interessi pubblicistici si attenuano decisamente. Il principio, in questa declinazione, non tutela né la certezza obiettiva del diritto, né impedisce lo spreco di risorse processuali²¹⁷. Anzitutto, non c'è alcun pregiudizio alla razionalità del sistema: i diversi *dictum* delle decisioni pronunciate in Stati diversi, anche se tra loro contraddittori, non possono dare comunque origine ad un contrasto pratico di giudicati. In secondo luogo, neppure può parlarsi di spreco di risorse economiche, posto che i giudici nazionali sarebbero comunque stati chiamati all'accertamento.

Dunque, una continuità di funzioni tra divieto di doppio processo interno e internazionale si ravvisa solo dal punto di vista della garanzia individuale. Il soggetto che sia stato già giudicato anche in

²¹⁵ Convenzione del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni. La Convenzione è stata sottoscritta successivamente, anche da Italia (1990), Spagna e Portogallo (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Danimarca, Finlandia e Svezia (1996). L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge 30 settembre 1993, n. 388.

²¹⁶ In tal senso, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., 1376 s.

²¹⁷ Si veda sul punto R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, n. 2, 1126 ss.

questo caso, infatti, resterebbe esposto al rischio di una reiterazione dei procedimenti nei suoi confronti, e sarebbe costretto a vivere nel timore di ulteriori effetti pregiudizievoli²¹⁸.

Come nella dimensione domestica, peraltro, anche in quella internazionale emergono interessi confliggenti con la garanzia individuale. Impedire ad uno Stato di perseguire un soggetto sulla base dell'adozione di un provvedimento emesso *aliunde*, non solo rappresenta una notevole ingerenza nella sua sovranità, ma rende agevoli abusi del principio stesso. Si pensi, ad esempio, alla possibilità del soggetto, semplicemente spostandosi, di sfruttare la minore severità o il *deficit* sanzionatorio di uno Stato (c.d. *forum shopping*), per conseguire un trattamento di maggior favore²¹⁹.

Proprio un diverso bilanciamento di interessi in gioco operato nel caso di *ne bis in idem* internazionale, ha fatto sì che le previsioni convenzionali attraverso cui la preclusione si è espansa oltre i confini nazionali, risultassero spesso accomunate dalla formulazione di diverse eccezioni al suo operare e dalla c.d. condizione dell'esecuzione, in modo da evitare che la garanzia si traduca in un indebito vantaggio per l'autore di una condotta rilevante in più ordinamenti.

9. Le fonti in materia di *ne bis in idem*

Nella breve rassegna delle fonti in tema di *ne bis in idem* fatta in precedenza, si è anticipato che i referenti del principio sono principalmente: l'art. 649 c.p.p. (per quanto riguarda ovviamente il solo ordinamento italiano), l'art. 4, del VII Protocollo alla CEDU (per i Paesi della Convenzione), l'art. 54 CAAS e l'art. 50 della Carta di Nizza (per i soli Paesi aderenti all'Unione europea). Si anticipa fin da ora che le disposizioni ricordate non solo hanno origini molto diverse ma, ovviamente, anche una diversa incidenza sul piano delle fonti.

9.1 Il «Divieto di un secondo giudizio» nel codice di rito penale: l'art. 649

Nel nostro ordinamento giuridico, il divieto di *bis in idem* ruota, in particolare, attorno a due disposizioni: si tratta degli artt. 649 e 669 c.p.p., espressione, rispettivamente, dei divieti di doppio

²¹⁸ Emblematicamente è stato rilevato come «una delle conseguenze più evidenti della trasposizione del divieto di doppio giudizio sul piano sovranazionale è data dal fatto che il suo fondamento viene a risiedere, in modo, pressoché esclusivo in esigenze di garanzia della persona dai possibili abusi del potere punitivo»: così, R. CALÒ, *Ne bis in idem*, cit., 1126.

²¹⁹ Per simili considerazioni, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurolunitarie*, cit., 1379 ss.

processo e di doppia sanzione²²⁰. L'art. 649 c.p.p.²²¹ ora in vigore, riproduce nella quasi totalità, le parole utilizzate dall'art. 90 del codice di rito penale del 1930, seppure con alcune eccezioni. Infatti, al primo comma è stato introdotto, accanto alla sentenza, il decreto penale; e, le eccezioni all'applicazione del divieto riportate nell'art. 90 abrogato sono state riviste: la norma ora in vigore fa salvi gli artt. 69, comma 2 e 345.

Dalla disposizione si evince che gli elementi costitutivi del divieto di *bis in idem* sono essenzialmente due: “medesimezza dei fatti” e “irrevocabilità del provvedimento”. Banalmente deve sottolinearsi che per l'applicabilità della garanzia *de quo*, oltre all'identità del fatto (*eadem res*), è necessaria la sussistenza anche dell'identità della persona giudicata (*eadem persona*).

Se la definizione di stessa persona non suscita alcuna problematica, diverso è per le nozioni di “medesimo fatto” e, in qualche misura, di “provvedimento irrevocabile”. In via di prima approssimazione, in relazione alla prima nozione, dottrina maggioritaria vuole che il “fatto” sia ancorato alla sola condotta (restando la nozione indifferente all'evento, nonché esplicitamente anche ai mutamenti del titolo del reato, del grado o delle circostanze) intesa, peraltro, come accadimento naturalisticamente inteso – secondo il c.d. criterio dell'*idem factum* – e non alla definizione legale dell'incriminazione (c.d. *idem legale*)²²². Diversamente, la giurisprudenza della Corte di Cassazione – quantomeno fino all'intervento del Giudice delle Leggi del 2016²²³ – appariva compatta²²⁴ nel circoscrivere l'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai soli casi in cui si fosse riscontrata la coincidenza del “fatto giuridico” e, cioè, della fattispecie astratta, comprensiva di tutti gli elementi costitutivi del reato (condotta, nesso causale ed evento) e dei beni giuridici tutelati.

Per quanto riguarda il secondo elemento costitutivo della disposizione, è evidente come l'art. 649 ancori il divieto del *ne bis in idem* alla *res iudicata*. La cosa giudicata, oltre ad un fondamento giuridico, trova la sua ragion d'essere anche in un'esigenza autenticamente sociale: la necessità di ingenerare nell'animo dei cittadini la fiducia nella giustizia. Tra i caratteri della cosa giudicata, quali tra gli altri l'esecutività e l'obbligatorietà, per la nostra analisi assume un rilievo fondamentale

²²⁰ Per un approfondimento delle disposizioni in commento, F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *op. cit.*, Giappichelli, 2011, 67 ss.

²²¹ «1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 62 comma 2 e 345.

2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.»

²²² In tal senso, F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *op. cit.*, 85; G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, Giuffrè, 1974, 40; T. RAFARACI, voce “*Ne bis in idem*”, cit., 872.

²²³ Si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale del 21 luglio 2016, n. 200. Con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale».

²²⁴ V. *infra* §§ 11.1, 11.4.

quello dell'irrevocabilità. Peraltro, il nostro legislatore si preoccupa di fornire anche tale definizione all'art. 648 c.p.p.²²⁵

Tale chiarezza di massima, in realtà, non deve essere sovradimensionata: anche il presupposto dell'“irrevocabilità”, al pari del concetto di “*idem factum*”, non sempre ha trovato pacifico accoglimento presso gli studiosi della materia²²⁶. È stato considerato, infatti, che se è vero che l'art. 649 c.p.p. subordina il divieto di *bis in idem* alla pronuncia di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili, ciò non significa che si possa desumere – in assenza di un provvedimento irrevocabile – comunque la legittimità di più procedimenti penali *de eadem re et persona*. Si è detto, infatti, che l'art. 649, l'art. 669 e le altre norme sui conflitti positivi di competenza sono, in realtà, espressione di un principio generale, o per dirla nei termini utilizzati dalla Corte di Cassazione sono espressione del «generale principio di *ne bis in idem* che tende innanzitutto ad evitare che per lo stesso reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti l'uno indipendente dall'altro»²²⁷. Questa decisione rappresenta – come più volte la stessa Cassazione ha ricordato²²⁸ – l'inizio di una nuova e più approfondita interpretazione dell'art. 649 c.p.p. La stessa giurisprudenza costituzionale ha indicato una possibilità di ritenere sussistente una «accezione più piena del principio del *ne bis in idem*» rilevando come l'operatività del principio di cui all'art. 529 c.p.p.²²⁹ possa essere estesa fino a «comprendere tutte le ipotesi in cui per quel medesimo fatto l'azione penale non avrebbe potuto essere coltivata in un separato procedimento perché già iniziata in un altro».

Tale interpretazione è stata accolta dalla Cassazione che, con la sentenza *Donati*²³⁰, si è espressa a favore dell'ammissibilità di una pronuncia di non doversi procedere per impromovibilità dell'azione penale nelle ipotesi di litispendenza.

Il sistema delineato presentava, infatti, una falla: nel legare l'insorgenza dell'effetto preclusivo al passaggio in giudicato della decisione, esso non consentiva di porre rimedio alla litispendenza, nei casi in cui a reiterare l'esercizio del potere punitivo fosse il medesimo ufficio giudiziario, già

²²⁵ «1. Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione.

2. Se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso.

3. Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile».

²²⁶ Sull'argomento, G. BAUSILIO, *op. cit.*, 19 s.

²²⁷ Cass. pen., Sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, in *Cass. pen.*, 1996, 2611, rv. 202653.

²²⁸ Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, rv. 212864; Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2002, P.G. in proc. Sulsentì; Cass. pen. Sez. I, 30 aprile 2003, Morteo, rv. 225004; Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 2004, Fontana, rv. 230760; Cass. pen., Sez. III, 5 aprile 2005, P.G. in proc. Chiarolini.

²²⁹ L'articolo si riferisce ai casi in cui deve essere emessa sentenza di non doversi procedere.

²³⁰ Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655.

precedente²³¹. Oggetto di diverse e discutibili soluzioni giurisprudenziali²³², la questione ha trovato finalmente una risposta importante nella pronuncia *Donati* delle Sezioni Unite. Ribadita la centralità del divieto di doppio processo nel sistema interno, anche alla luce delle Carte sovranazionali che lo prevedono, e individuato nel *ne bis in idem* un principio generale dell'ordinamento, il Supremo consesso osserva come l'art. 649 c.p.p. altro non sia che «un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema». La Corte, in particolare, individua la matrice del divieto nel principio di preclusione processuale²³³ conseguente alla consumazione di quel potere già esercitato mediante l'instaurazione del primo procedimento *de eadem re et persona* e, avvalendosi del canone interpretativo dell'*analogia iuris*, giunge ad applicare la regola sottesa dall'art. 649 c.p.p. anche alle ipotesi di litispendenza.

Risolto questo nodo cruciale, terminiamo l'analisi della disposizione domestica ricordando che, come recita l'ultima parte del primo comma dell'art. 649, nessuna preclusione opera con riferimento alle ipotesi di sentenza *ex art. 129* adottata sul presupposto della morte dell'imputato erroneamente dichiarata (art. 69, comma 2, c.p.p.) e quella di sopravvenienza di una condizione di procedibilità la cui mancanza aveva prima giustificato il proscioglimento (art. 345 c.p.p.).

Nei casi diversi da quelli sopra menzionati, il comma 2 dell'art. 649 prevede che il giudice in ogni stato e grado del processo, pronunci sentenza di proscioglimento (in dibattimento) ovvero di non luogo a procedere (in udienza preliminare).

Se, però, l'improcedibilità non viene rilevata e si giunge ad una nuova pronuncia, la soluzione prospettata è quella dell'art. 669 c.p.p. Così, allo scopo di fornire una soluzione alle disfunzioni derivanti dall'inosservanza di tale principio, il legislatore ha predisposto una dettagliata disciplina del c.d. *ne bis in idem* esecutivo: la norma, in particolare, si occupa dell'ipotesi in cui, nei confronti di una stessa persona e per uno stesso fatto, sia intervenuta una pluralità di sentenze.

²³¹ Per la differente ipotesi in cui a procedere *de eadem re et persona* siano diversi uffici giudiziari, invece, esiste il rimedio dei conflitti positivi di competenza di cui agli artt. 28 ss. c.p.p.

²³² Le vie perseguite erano principalmente due. Entrambe si fondavano sull'istituto della sospensione del processo, applicato, a seconda degli orientamenti, al giudizio instaurato per secondo, in attesa che il primo si concludesse con una pronuncia passata in giudicato; oppure al primo, così da consentire all'ulteriore accertamento *de eadem re et persona* di raggiungerne il medesimo stato e grado e ricorrere, poi, alla riunione dei processi ai sensi dell'art. 17 c.p.p. Per un approfondimento cfr. P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, n. 6, 719 ss.

²³³ Per una definizione di "preclusione", cfr. G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933.

9.2 La CEDU e l'articolo 4 del VII Protocollo

Per lungo tempo, il “garantismo penale” è stato inteso come prerogativa esclusiva dello Stato sovrano, intollerante ad interventi provenienti dall'esterno²³⁴. In particolare, erano le Carte costituzionali a rappresentare i rigidi contenitori – almeno nel costituzionalismo moderno – di quei diritti e di quelle libertà che la politica criminale degli Stati era tenuta a rispettare ad ogni costo. Così, le costituzioni si stagliavano assolute e solitarie al vertice della piramide delle fonti del diritto. Oggi, però, si assiste all'avvento di un nuovo protagonista al vertice di quella piramide: la Convenzione Europea sulla salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU): un patto per molti aspetti diverso dai normali trattati internazionali²³⁵. Proprio la CEDU si è ormai imposta – oltre i codici e accanto alle Carte costituzionali nazionali – al vertice delle fonti del “garantismo penale” per i 48 Paesi del Consiglio d'Europa. La Convenzione europea è un trattato internazionale molto singolare, di essa si parla come di una carta “ipertestuale”, o di un “*living-instrument*”. Ciò in quanto, a fronte di una formulazione essenziale e scarna, vi è una giurisprudenza di Strasburgo più che prolifica, alla luce della quale l'articolato della CEDU va letto.

Ciò che si deve far notare, tuttavia, è che non tutti i diritti CEDU sono “uguali”: quando si parla di “nucleo duro” della Convenzione, si fa infatti riferimento ad un insieme di garanzie precipuamente penalistiche, che nel sistema convenzionale non ammette alcuna deroga *ex art. 15 CEDU*, neppure «in caso di guerra [...] o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione». Ed oggi, anche l'art. 4, VII Protocollo della CEDU si iscrive tra gli “*inviolable core rights*”²³⁶.

Il divieto di doppio processo, invero, non compare nel testo entrato in vigore nel 1950. La lacuna è stata colmata solo nel 1984 e, dunque, in epoca molto successiva, mediante l'introduzione del VII Protocollo aggiuntivo alla Convenzione: l'art. 4, al primo comma, dispone che «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed

²³⁴ *Amplius*, sull'argomento V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi vincoli” per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, 2 ss.

²³⁵ Sul punto, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, 2009, in lus17@unibo.it, 2009, n. 1, 57 ss., che segnala almeno tre tratti distintivi della CEDU rispetto ai tradizionali trattati internazionali, ossia: 1) le peculiarità contenutistiche (la tutela dei diritti fondamentali e la sottesa vocazione universale); 2) la struttura oggettiva del sistema di tutela (che non prevede il principio di reciprocità, tipico dei trattati internazionali ordinari, secondo il quale lo Stato parte è tenuto a rispettare il trattato a condizione e fino a quando anche le altre parti contraenti ne osservino le previsioni); 3) il peculiare contesto istituzionale (che comprende sia un organo giurisdizionale, la Corte europea, cui compete di stabilire se vi sia stata violazione della Convenzione, sia un organo politico, il Comitato dei ministri, che ha il compito di verificare che gli Stati ottemperino all'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte *ex art. 46*).

²³⁶ In argomento, V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi vincoli” per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), op. cit., 28.

alla procedura penale di tale Stato». La disposizione, dunque, non lascia dubbi sulla rilevanza meramente interna del divieto di *bis in idem* ivi sancito²³⁷.

9.3 L'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen: la dimensione "transnazionale" del *ne bis in idem*. Cenni al caso *Spasic*²³⁸

Da tempo ormai, i legislatori europei avevano dotato i propri ordinamenti giuridici di disposizioni volte a precludere la reiterazione dei processi nazionali sulla medesima regiudicanda, diversamente riservandosi il diritto di procedere nuovamente laddove la sentenza definitiva fosse stata pronunciata all'estero. E ciò in virtù di una tutela della propria sovranità, ormai non più sostenibile nell'area dell'Unione²³⁹.

In questo contesto, per lungo tempo, l'unico strumento disponibile per gli ordinamenti per arginare gli effetti, talvolta indiscriminati, del principio di territorialità, è stato il canone del *non bis poena in idem*, largamente diffuso nelle normative interne, tanto da far sostenere da più parti la sua valenza di consuetudine internazionale²⁴⁰. È il c.d. *ne bis in idem* esecutivo, che impone allo Stato del secondo processo di tener conto, in caso di condanna, della pena eventualmente già scontata *aliunde* per lo stesso fatto²⁴¹.

L'ostilità dimostrata dai legislatori nazionali nei confronti dell'efficacia preclusiva del giudicato emesso all'estero, ha comportato così la necessità di un riconoscimento del principio per via pattizia. Ed infatti sono state, negli anni, diverse le convenzioni internazionali che obbligavano gli Stati contraenti al riconoscimento della sentenza irrevocabile straniera²⁴².

Invero, il documento pattizio più fortunato in relazione alla dimensione transnazionale del principio, sarà adottato grazie ad un'iniziativa assunta al di fuori del contesto dell'allora Comunità europea. Alcuni Stati membri, infatti, nel 1990 sottoscrivevano la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, dando effettiva attuazione all'abbattimento delle frontiere interne. Peraltro, al di là della disciplina relativa a visti, asilo e immigrazione, la Convenzione al titolo III, contiene un

²³⁷ Per un approfondimento sul significato della disposizione convenzionale, v. *infra* § 11.2

²³⁸ Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14, *Zoran Spasic*.

²³⁹ Per un approfondimento, M.N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem internazionale"*, Giuffrè, 1984, 122 ss.

²⁴⁰ Si noti che, il netto disfavore nei confronti dell'operatività del *ne bis in idem* sul piano transnazionale, aveva portato sia la Corte costituzionale che la dottrina maggioritaria a negarne in modo assoluto la natura di principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto. Sul tema, M.N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 3 s.; S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio del ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, n. 4, 878 ss.

²⁴¹ Anche il codice penale ha predisposto un meccanismo di computo della pena presofferta *aliunde*, nell'art. 138 c.p.

²⁴² Per un approfondimento sulle convenzioni internazionali in materia di *ne bis in idem* internazionale, S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, CEDAM, 2015, 100 ss.

capitolo dedicato appunto alla “Applicazione del principio *ne bis in idem*” nei rapporti tra i Paesi parte (capitolo terzo).

Il successo della Convenzione sarà tale che il Trattato di Amsterdam del 1997 ne recepirà l'*acquis*²⁴³, conferendogli in tal modo il rango di diritto dell'Unione europea e rendendolo, perciò, vincolante per tutti gli Stati ad essa aderenti.

In particolare, nel “sistema Shengen”, il divieto di doppio processo nasce dall'esigenza di assicurare che la libertà di circolazione garantita ai cittadini della zona eurounitaria non sia resa ineffettiva dal timore di doversi nuovamente difendere dalla medesima imputazione, non appena vengano varcati i confini nazionali²⁴⁴. La preclusione ad un nuovo giudizio *de eadem re et persona* è subordinata, ex art. 54, alla condizione dell'esecuzione: qualora nel primo procedimento sia stata riconosciuta la responsabilità dell'imputato, la sanzione comminata dovrà essere stata scontata per intero; circostanza cui la convenzione equipara i casi di pena in corso di espiazione o non più eseguibile secondo la legge dello Stato che ha emesso la decisione definitiva. Tuttavia, il divieto di *bis in idem* non gode di riconoscimento assoluto: l'art. 55 CAAS propone, infatti, deroghe a tutela del principio di territorialità e del principio della difesa, accordando ai Paesi aderenti la facoltà di riservare dei limiti all'efficacia negativa del giudicato altrui, attraverso una dichiarazione unilaterale resa all'atto della ratifica²⁴⁵.

Ad ogni modo, oltre al riconoscimento della preclusione sul piano processuale, l'art. 56 CAAS prevede anche la tutela *in executivis* della persona già giudicata: dalla pena detentiva comminata nell'ulteriore procedimento *in idem* si dovrà detrarre ogni periodo di privazione della libertà scontato *aliunde*²⁴⁶.

Quando entra in vigore della Carta di Nizza, l'introduzione di un art. 50 recante «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato» fa emergere la necessità di comporre i rapporti con l'art. 54 CAAS. Non vi sono dubbi sul significato volutamente più ampio dell'art. 50 CDFUE, che abbraccia sia la dimensione interna che quella transnazionale del principio *ne bis in*

²⁴³ In argomento, B. NASCIBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, n. 3/4, 731 ss.

²⁴⁴ Per simili rilievi, S. FASOLIN, *op. cit.*, 108 s.

²⁴⁵ Di tale possibilità si sono giovate molte delle parti contraenti della CAAS, tra le quali anche l'Italia, che nel dare esecuzione alla stessa con la legge di ratifica del 30 settembre 1993, n. 388, ha dichiarato all'art. 7 di non essere vincolata all'applicazione del *ne bis in idem* in tutte le tre ipotesi previste dall'art. 55. Ergo, l'esercizio dell'azione penale in Italia non è precluso, nonostante il giudicato pronunciato all'estero, nel caso in cui il reato si sia consumato in tutto o in parte nel suo territorio (viceversa, se la condotta è interamente transnazionale, il divieto di doppio processo torna ad operare); così come il divieto non opera qualora si tratti di fattispecie offensiva della sicurezza o di altri interessi egualmente essenziali dello Stato; ed, infine, se la condotta criminosa è stata realizzata da un pubblico ufficiale in violazione dei doveri del suo ufficio.

²⁴⁶ Inoltre, sarà doveroso, nei limiti consentiti dalla legge interna, considerare anche le sanzioni diverse da quelle detentive, eseguite all'estero.

idem (a differenza dell'art. 54 CAAS per il quale rileva solo la dimensione internazionale)²⁴⁷. Neppure si può ignorare che il rango di queste due fonti giuridiche è molto diverso: la Carta di Nizza è fonte del diritto eurounitario di rango primario (essendo equiparata ai trattati, *ex art. 6 del TUE*); mentre, la CAAS, in seguito al Trattato di Amsterdam, è fonte del diritto di rango secondario. Tuttavia, l'art. 50 CDFUE non fa menzione alcuna della c.d. condizione dell'esecuzione, né dei casi in cui, *ex art. 55 CAAS*, gli Stati possono facoltativamente riservarsi di non applicare la garanzia del *ne bis in idem*.

Dunque, parte della dottrina ha ritenuto che la condizione in parola dovrebbe ritenersi implicitamente abrogata in seguito e come effetto dell'entrata in vigore della Carta di Nizza²⁴⁸. A regolare, in certa misura, i rapporti tra le due norme è intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione. Il riferimento è al caso *Zoran Spasic*²⁴⁹, in cui il ragionamento dei Giudici di Lussemburgo²⁵⁰ – che si concentra sul c.d. “*test di conformità della limitazione*”, come previsto dall'art. 52, § 1, della Carta²⁵¹ – ha avuto come esito quello di considerare ancora vigente la condizione *ex art. 54 CAAS*, necessaria e proporzionata al fine di evitare che possano sussistere nell'Unione aree di impunità²⁵². Se, dunque, la vigenza della condizione di esecuzione *ex art. 54 CAAS* può considerarsi risolta, lo stesso non può dirsi in relazione alle riserve formulate dagli Stati e previste dall'art. 55 CAAS. Sul tema, infatti, la giurisprudenza europea non ha ancora avuto modo di pronunciarsi.

²⁴⁷ Neanche si dubita circa la compatibilità degli elementi costitutivi tratteggiati dalle due norme: entrambe le formulazioni presuppongono, in primo luogo, la medesimezza dei fatti (*l'idem*) e la duplicità dei procedimenti (*il bis*), così come interpretati alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, a partire dalle sue prime pronunce sull'art. 54 CAAS ed i cui portati sono estensibili anche alla disposizione della Carta. Sul tema, *ex multis*, R. CALÒ, *Ne bis in idem*, cit., 1126 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del “ne bis in idem” europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 7/8, 3162 ss.

²⁴⁸ Prospetta una simile alternativa anche C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2012, n. 7/8, 1620 ss. In senso opposto, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., 1386 ss.; così, anche S. FASOLIN, *op. cit.*, 110.

²⁴⁹ Nel caso *Zoran Spasic*, la CGUE si è pronunciata sulla questione della vigenza della condizione di esecuzione *ex art. 54* della CAAS, in seguito ad un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, del *Oberlandesgericht Nürnberg* (Germania) del 19 marzo 2014.

²⁵⁰ Sul caso, in dottrina: A.F. TRIPODI, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi “limiti”: al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione d'esecuzione prevista dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 2, 605 s.; N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., 1388 s.

²⁵¹ L'art. 52, § 1, della Carta, in tale contesto, prevede che «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

²⁵² Corte di giustizia UE, *Zoran Spasic*, cit., §§ 65-74.

9.4 L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un *unicum* giuridico

Tra le novità introdotte dal Trattato di Lisbona²⁵³, una in particolare interessa il divieto di *bis in idem*: infatti, è proprio con tale Trattato che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea acquista ufficialmente efficacia vincolante.

Il nuovo testo dell'art. 6 TUE la equipara ai Trattati, consentendone l'ingresso tra le fonti primarie dell'ordinamento europeo²⁵⁴. In particolare, nel capo VI – rubricato «Giustizia» – la Carta di Nizza si occupa anche del «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato» e stabilisce che «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» (art. 50).

Già ad una prima lettura, la norma fa emergere varie differenze con le disposizioni che in precedenza avevano sancito il divieto di doppio processo. Anzitutto, il *ne bis in idem* è fatto oggetto di riconoscimento in entrambe le sue dimensioni: ciò che rende l'art. 50 della Carta di Nizza, un *unicum* nel panorama delle Carte fondamentali, è che la disposizione, dunque, non limita la portata del divieto di doppio processo entro gli stretti confini nazionali, né lo considera esclusivamente sul piano dei rapporti tra Stati; al contrario, la sua ampia formulazione consente di abbracciare sia la declinazione interna che quella transnazionale. Tale asserzione, peraltro, è confermata nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali²⁵⁵. Nel commento all'art. 50, si precisa, infatti, che «la regola “*ne bis in idem*” non si applica solo all'interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri». Peraltro, è la prima volta che il *ne bis in idem* transnazionale viene riconosciuto da una fonte di rango primario.

Rilevante questione è quella concernente l'ambito di applicazione della Carta di Nizza, *ex art. 51*. La norma citata, infatti, sancisce che le disposizioni «si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.» Dalla disposizione in commento sembrerebbe che le disposizioni della Carta non si applichino a tutti gli ambiti d'azione degli Stati membri, proprio per questo è necessario chiarire il significato dell'inciso «nell'attuazione del diritto dell'Unione».

²⁵³ “Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea”, firmato a Lisbona, entrato ufficialmente in vigore il primo dicembre 2009.

²⁵⁴ Sul tema, L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, n. 4, 713 ss.

²⁵⁵ Le Spiegazioni relative alla Carta di Nizza sono state pubblicate in *G.U.U.E.*, C 303 del 14 dicembre 2007, 17 ss.

Parte della dottrina penalistica ha rinvenuto tre possibili e diverse interpretazioni della clausola contenuta nell'art. 51 CDFUE, rispettivamente una "minimalista", una "articolata" ed una "estensiva"²⁵⁶.

Secondo l'interpretazione "minimalista" le prescrizioni della Carta di Nizza sono vincolanti per gli Stati solamente quando questi applicano una normativa nazionale che recepisce quella europea²⁵⁷.

Secondo, invece, l'interpretazione c.d. "articolata", la condizione di cui all'art. 51 CDFUE potrebbe ritenersi soddisfatta ove sussista una competenza dell'Unione ai sensi degli artt. 82 ss. TFUE, a prescindere dall'adozione, e conseguente attuazione, di specifiche misure europee.

Infine, secondo la terza delle letture proposte, esigenze di equità imporrebbero di superare il limite autoimposto dalla Carta di Nizza: in quest'ottica, non sarebbe ammissibile tutelare in misura differenziata dei diritti parimenti fondamentali all'interno dello stesso ordinamento, sul solo presupposto che si sia o meno in presenza di una norma comunitariamente derivata.

Allargando l'indagine alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, un iniziale atteggiamento restrittivo nell'individuazione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali, secondo il quale essi si impongono agli Stati membri solamente qualora attuino il diritto dell'Unione, ha ceduto il passo a qualche apertura: si è così sostenuto che è sufficiente un idoneo collegamento con la normativa europea, anche se la disciplina nazionale non è diretta a darvi attuazione in senso stretto; come qualora previsioni prettamente domestiche influenzino l'effettiva realizzazione degli obiettivi eurounitari.

In relazione a tale approccio, è celebre la pronuncia sul caso *Fransson*²⁵⁸. La Corte di Giustizia ha ritenuto soddisfatta la condizione di cui all'art. 51 CDFUE anche in presenza di un legame "debole" tra norma interna e diritto dell'Unione, come qualora il fatto addebitato all'imputato sia previsto da una fattispecie sostanziale che tutela interessi europei, pur non essendo oggetto di una trasposizione di regole sovranazionali²⁵⁹.

10. La nozione di "matière pénale" e gli "Engel's criteria"

²⁵⁶ In tal senso, S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, 160 ss.

²⁵⁷ *Ibidem*, 160, una simile interpretazione però, «segnerebbe addirittura un passo indietro rispetto alle conquiste degli ultimi anni».

²⁵⁸ Corte di giustizia UE, Grande sezione, del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

²⁵⁹ I portati giurisprudenziali derivanti dalla pronuncia citata saranno ampiamente trattati nel Capitolo II.

Nell'analisi del divieto di *bis in idem*, un particolare nodo problematico che è doveroso – per l'interprete e per chi scrive – sciogliere è quello dell'ampiezza dell'espressione “materia penale”, a fronte di una giurisprudenza di Strasburgo particolarmente feconda e risalente in materia.

La Corte europea, infatti, pur avendo sempre riconosciuto agli Stati contraenti un certo margine di apprezzamento in ordine alle scelte sanzionatorie, si è più volte espressa sul concetto di “materia penale” e di “pena”, adottando un atteggiamento che può essere definito “antiformalistico”²⁶⁰, o comunque “autonomista”.

La necessità, ragion d'essere del suo operato, di garantire all'individuo una protezione rafforzata di fronte all'esercizio dello *ius puniendi* da parte dell'autorità statale, conduce la Corte a maturare l'intento di superare la varietà delle impostazioni di politica criminale seguite dai vari ordinamenti nazionali, elaborando un'autonoma e sostanzialistica definizione di “*matière pénale*”. Dunque, sin dagli anni Settanta del secolo scorso, la Corte avvalorava il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, apprezzando la reale natura delle misure sanzionatorie domestiche e restando, invece, parzialmente indifferente alla qualificazione giuridica ad esse riconosciuta dagli Stati contraenti²⁶¹. Come si accennava, tale atteggiamento è definibile “antiformalistico” in quanto anteporre la sostanza alla forma, anche in un campo, come quello penale, tradizionalmente improntato al principio di tassatività, appariva di certo un *quid novum* nel panorama giuridico europeo. In merito, si pensi al nostro ordinamento giuridico, in cui è reato il comportamento cui il legislatore ricollega una pena. È, questo, un ossequio ad una tradizione giuridica votata al credo della massima determinatezza e precisione possibile della norma penale, pavido davanti ad ogni tentativo di mettere in dubbio un principio di legalità così inteso. Ma, se un tale approccio da un lato, assicura che tutte le garanzie proprie del diritto penale assistano il cittadino nel momento dell'applicazione di sanzioni fortemente afflittive e potenzialmente limitative della libertà personale, dall'altro, si scontra con il rischio che proprio le suddette esigenze di garanzia vengano minacciate da definizioni eccessivamente riduttive²⁶². Viceversa, l'atteggiamento dei giudici di Strasburgo è diametralmente opposto.

L'orientamento della Corte in tema di “*matière pénale*” è, in realtà, un orientamento consolidatosi per fissare l'ambito di operatività delle garanzie del “*fair process*” contenute nell'art. 6 CEDU, e del “*nullum crimen*” ex art. 7 CEDU. In questo specifico ambito, l'approccio autonomista della Corte di Strasburgo si spiega agevolmente: dovendosi confrontare con 47 Paesi di tradizioni

²⁶⁰ L'espressione è di V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, 38.

²⁶¹ In argomento, S. ALLEGREZZA, *Sub Art. 4, Prot. 7*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo CEDAM*, 2012, 898 s.

²⁶² Per un approfondimento, F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse*, *cit.*, 299.

culturali, lessicali e soprattutto giuridiche diverse, la Corte invita ad andare “*behind the appearances*”, a guardare cioè alla sostanza delle cose, verificando se una certa sanzione – anche se diversamente qualificata nell’ordinamento interno – abbia invece caratteristiche tali da risultare sostanzialmente o intrinsecamente penale²⁶³. Quest’approccio, a fronte di tentativi di armonizzazione della Corte di Lussemburgo maggiormente orientati in senso repressivo, tende invece a rafforzare e a dare effettiva applicazione alle garanzie sostanziali e procedurali negli ordinamenti degli Stati contraenti.

In materia di *ne bis in idem*, in particolare, «più ampia è la nozione di “materia penale” (e, dunque, di “sanzione penale”), maggiore è l’ambito applicativo di una garanzia che vieta innanzitutto l’irrogazione della doppia sanzione, oltre che naturalmente, il nuovo esercizio dell’azione “penale” per il medesimo fatto»²⁶⁴.

Dunque, l’importanza per l’analisi corrente del concetto di “materia penale” si risolve in ciò: solo definendo la reale estensione del concetto è possibile individuare l’*an* e il *quomodo* di applicazione del divieto di doppio processo penale.

Ora, seguendo sul punto un’acuta traccia dottrinale²⁶⁵, può osservarsi come l’evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU abbia condotto ad un progressivo affinamento dei criteri di individuazione di tale concetto. Ad oggi, i criteri utili per ritenere una sanzione di “natura penale” – c.d. criteri Engel²⁶⁶ – sono così usualmente ordinati:

- a) la qualificazione giuridica dell’infrazione nel diritto interno;
- b) la natura dell’infrazione;
- c) la natura e il grado di severità della sanzione.

Invero, gli esordi della giurisprudenza di Strasburgo sull’argomento hanno visto l’enucleazione di criteri vaghi, quando non del tutto irrealistici. Così, per lungo tempo, la qualificazione della sanzione come penale è stata incentrata sulla “natura del fatto” o sulla “severità della sanzione”. Sia nell’ipotesi in cui l’indagine vertesse sulla natura dell’illecito, sia nelle ipotesi in cui venisse invece in rilievo la severità della sanzione, i risultati raggiunti a Strasburgo sono stati da più parti

²⁶³ In argomento, V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi vincoli” per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, 38 ss.

²⁶⁴ Così, G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 2, 472.

²⁶⁵ Il riferimento è a F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, n. 4, 1899 ss.

²⁶⁶ Il paradigma è offerto dalla decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 febbraio 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ulteriormente approfondita da Corte europea dei diritti dell’uomo, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*; la sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, n. 3, 894, con nota di C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” ad una svolta radicale*. Sul tema, in dottrina, *ex multis*, R. CONTI, *Ne bis in idem*, in R. GAROFOLI – T. TREU (a cura di), *Il libro dell’anno del diritto 2015*, Treccani, 2015, 438 ss.

considerati insufficienti. La vaghezza e la mancanza di capacità risolutiva di tali concetti ha portato, dunque, la Corte ad esiti contraddittori, a pronunce non generalizzanti, valide solo per i casi concretamente sottoposti al vaglio della sua giurisprudenza.

Dopo tali approdi discutibili, intorno agli anni Ottanta, la Corte di Strasburgo inizia ad affinare gli indici di ricostruzione della nozione di “materia penale”. Quanto detto, nella specie, avviene a partire dalla sentenza *Öztürk*²⁶⁷.

Öztürk, immigrato turco a Bad Rappenau, proponeva regolare opposizione, a norma del § 67 *Ordnungswidrigkeitengesetz* (Legge sugli illeciti amministrativi), contro la sanzione amministrativa pecuniaria di 60 marchi, impostagli per aver provocato un incidente automobilistico per «guida spericolata». Il giudizio di opposizione si apriva il 3 agosto 1978 presso la pretura (*Amtsgericht*) di Heilbronn (competente a norma del § 68 *OWiG*), ed in questa sede venivano ascoltati alcuni testimoni dell'incidente e lo stesso Öztürk, che nell'occasione si serviva di un interprete. Subito dopo, tuttavia, il ricorrente ritirava l'opposizione, e di conseguenza passava in giudicato la decisione amministrativa di condanna. In seguito, la cancelleria della pretura provvedeva a richiedere all'opponente, a norma del § 109 *OWiG*, le spese del procedimento davanti all'autorità giudiziaria ricomprendendo fra queste gli onorari dell'interprete. A questo punto Öztürk impugnava la decisione della pretura per la parte relativa alle spese dell'interprete, allegando la violazione dell'art. 6, comma 3, lett. e)²⁶⁸, CEDU: vistosi negare ragione sul punto a livello nazionale, a questo punto adiva la suprema istanza europea.

Dunque, la Corte europea dei diritti dell'uomo veniva investita della questione concernente il diritto dell'accusato straniero a farsi assistere da un interprete nel corso del processo, gratuitamente, in quanto elemento necessario per assicurare l'effettività del diritto di difesa.

Guardando alla giurisprudenza Edu in relazione all'art. 6, la stessa aveva già in precedenza fatto notare che l'intera disposizione si riferisce esclusivamente ad un “processo”, ossia alle sole attività formalmente e materialmente giurisdizionali, con esclusione, dunque, dei procedimenti amministrativi. Nel dettaglio, poi, mentre il primo comma della disposizione si riferisce sia al processo “civile” che a quello “penale”, i commi 1 e 2 sono applicabili soltanto al processo “penale”.

²⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Öztürk c. Germania*, cit.

²⁶⁸ Il comma 3 dell'art. 6 CEDU sancisce letteralmente «In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

(c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

Ciò detto, la questione sembrerebbe potersi risolvere facilmente nel senso dell'irricevibilità del ricorso di Öztürk. La realtà dei fatti, però, è molto diversa, perché la questione sollevata dal ricorrente deve essere verificata alla luce dell'approccio sostanzialista di Strasburgo: è necessaria, quindi, una verifica sulla riconducibilità dell'illecito punito con sanzione pecuniaria amministrativa, alla materia penale. Un approccio questo che, come anticipato, prima della sentenza di cui si discute aveva portato ad esiti contraddittori.

In realtà, seppure con risvolti tra loro discordanti, gli indici di ricostruzione della nozione di "materia penale" erano stati compiutamente elaborati anni prima, a partire dal caso "*Engel e altri*"²⁶⁹ del 1976. La Corte, nella pronuncia citata, sosteneva a gran voce e compiutamente la nozione autonomista di "*matière pénale*". Essa non deriva dalle tradizioni giuridiche e dalle scelte legislative pertinenti al "caso" di volta in volta in esame, ma va ritagliata *ad hoc*, «ai fini della Convenzione», con una interpretazione in senso materiale. Liberi, ovviamente, i singoli ordinamenti giuridici di organizzare i fatti interni con una certa «etichetta», di qualificare cioè formalmente un fatto come "penale" o come "amministrativo": ciò, tuttavia, non vincola la Corte nell'inquadramento del fatto all'interno della disciplina convenzionale, quanto meno non la vincola in maniera considerevole. Sì perché, la qualificazione formale ufficiale, a detta della Corte, rappresenta un «punto di partenza»²⁷⁰ importante, ma non decisivo, da valutare alla luce di altri criteri. Nell'*arrêt Engel*, la Corte ne individua – come riportato in precedenza – principalmente tre: *a)* la «natura stessa» dell'infrazione; *b)* la natura della sanzione; *c)* il grado di severità che la sanzione stessa in concreto raggiunge.

Nel caso che si sta commentando – Öztürk – gli *Engel's criteria* vengono ulteriormente specificati. La «natura stessa» dell'infrazione viene materializzata attraverso vari riferimenti: *a)* la valutazione comparatistica: in molti Paesi europei, questo tipo di violazione stradale, afferente – anche se in forma di tutela anticipata – a beni fondamentali come la vita e l'integrità fisica, conserva formalmente carattere criminale; *b)* la struttura del precetto: non configurante un dovere particolare, bensì indirizzato alla collettività dei consociati, secondo il modello general-preventivo tipico delle norme penali. Nell'ambito di detto criterio, la Corte prende come riferimento le finalità della sanzione, riconoscendo nella sanzione amministrativa concretamente applicata in Germania un duplice intento, non solo di «dissuasione», ma anche di «repressione», con ciò risalendo ad un modello essenzialmente "punitivo"²⁷¹.

²⁶⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza dell'8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*.

²⁷⁰ *Ibidem*, § 36.

²⁷¹ Ampiamente, sul tema, C.E. PALIERO, "*Materia penale*" e illecito amministrativo, cit., 894 ss.

È proprio, dunque, il finalismo attribuito alla sanzione a far propendere per il “carattere penale” dell’infrazione: una sanzione indirizzata alla generalità dei consociati e, in particolare, orientata verso la prevenzione sia generale che speciale, *ergo* come la pena.

L’importanza della sentenza in commento deve essere rinvenuta proprio in ciò: è la prima volta che si risale al criterio della “finalità punitiva” della sanzione, addirittura antepoendolo espressamente a quello della severità («*the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character*»²⁷²). Un approccio che sarà successivamente riaffermato anche in ipotesi di sanzioni dall’entità trascurabile, purché emerga la finalità punitiva della sanzione stessa.

È questo il portato della giurisprudenza EDU che, adottato a partire dalla pronuncia *Jussila*²⁷³, verrà poi costantemente ribadito dalla giurisprudenza successiva nella quale, tuttavia, si combinerà comunque con i precedenti, mai definitivamente abbandonati.

L’evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sulla nozione di “*matière pénale*” non si esaurisce qui, perché i definitivi approdi relativi all’argomento in commento, hanno visto la Corte sancire l’alternatività dei criteri *Engel*, con un loro uso combinato solo qualora la loro applicazione separata non consenta di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale»²⁷⁴.

Si noti, ad esempio, che pur non avendo mai abbandonato il criterio della gravità sanzionatoria, il Giudice di Strasburgo ne ha comunque ridotto la pregnanza: solitamente impiegato in combinazione con gli altri criteri, e dunque, mai utilizzato in via esclusiva o prevalente, peraltro riferito al grado della sanzione in astratto irrogabile, e non al grado della sanzione in concreto inflitta²⁷⁵.

L’esito di tale evoluzione è stato quello di un assestamento e soprattutto di un affinamento degli *Engel’s criteria*: la qualificazione giuridica della misura; la natura di essa; la natura e il grado di severità della sanzione, ma evolutivamente intesi.

11. *Idem factum* e *idem legale*: differenti approcci, differenti approdi

²⁷² Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Öztürk c. Germania*, cit., §54.

²⁷³ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*.

²⁷⁴ *Ibid.*, §§ 30-31.

²⁷⁵ In tal senso, G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 473.

Altro particolare prodotto della fertile interpretazione giurisprudenziale europea è rinvenibile nella nozione di *idem factum*.

Si è già avuto modo di evidenziare come, dalle fonti in materia, sia facilmente desumibile quali siano i presupposti attorno ai quali ruota il divieto di *bis in idem*, nella specie: la medesimezza dei fatti e la definitività della sentenza. Entrambi gli elementi del divieto ne definiscono i confini applicativi: da un lato, la medesimezza dei fatti fornisce il criterio attraverso cui stabilire se vi sia o meno coincidenza tra l'oggetto del giudizio concluso e l'oggetto del giudizio che si vorrebbe ulteriormente instaurare a carico della stessa persona; dall'altro, la nozione di sentenza definitiva individua quali tra i vari provvedimenti con cui un processo può terminare sono dotati dell'efficacia preclusiva necessaria ad impedire un nuovo esercizio del potere punitivo²⁷⁶.

Il tema, all'apparenza semplice, è per vero notevolmente spinoso: le nozioni di “medesimi fatti” (o, talvolta, “medesimi reati”) e di sentenza definitiva sono concetti labili, variabili al mutare della prospettiva dalla quale li si osserva.

A complicare il quadro che si sta delineando, le fonti normative che ne sanciscono l'applicazione non si spingono mai a precisare quando i fatti o i reati, oggetto dei diversi procedimenti, possano ritenersi i medesimi o quali caratteristiche debba avere una pronuncia giudiziale per essere considerata una sentenza definitiva.

Spetta, quindi, all'interprete dare unità al sistema. Ma a quale interprete bisogna far riferimento? Al giudice di Strasburgo o a quello di Lussemburgo? O, ancora al giudice nazionale?

Sì, perché i quesiti che la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo sono state chiamate ad affrontare nella loro opera di interpretazione – rispettivamente, degli artt. 54 CAAS e 50 della Carta di Nizza, e dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU – rappresentano invero questioni classiche nella materia del divieto di doppio processo.

Nel dettaglio, uno spinoso nodo interpretativo è quello vertente sul significato da accordare alle varie espressioni impiegate dalle fonti in tema di *ne bis in idem*, e dunque: «stesso reato»²⁷⁷ (o, comunque «reato»²⁷⁸), e «medesimo fatto»²⁷⁹ (o, ancora, «medesimi fatti»²⁸⁰). Dunque, quando i “fatti” (o “reati”), oggetto del nuovo procedimento, possano considerarsi gli stessi di quello già concluso è annosa questione che ha impegnato la Corte di Lussemburgo, la Corte EDU ma, da tempo

²⁷⁶ In argomento, ampiamente, S. FASOLIN, *op. cit.*, 133 ss.

²⁷⁷ Art. 50 CDFUE.

²⁷⁸ Art. 4, VII Prot., CEDU.

²⁷⁹ Art. 649 c.p.p.

²⁸⁰ Art. 54 CAAS.

ancora più risalente, anche i tribunali domestici. Invero, negli anni gli orientamenti che hanno avuto maggior seguito in dottrina e in giurisprudenza sono stati essenzialmente due.

Se si aderisce ad un'accezione formale, e particolarmente restrittiva, dell'espressione "medesimo fatto" (o "medesimo reato"), si accorda rilevanza al c.d. "*idem legale*", ossia alla definizione legale dell'incriminazione. Dunque, un nuovo esercizio dell'azione penale è precluso solo laddove la qualificazione giuridica delle condotte coincida e, dunque, i fatti, o comunque i reati, sono gli stessi quando essi sono giuridicamente qualificati secondo schemi ermeneutici e descrittivi corrispondenti e sovrapponibili.

Secondo diverso orientamento, invece, i criteri per identificare la medesimezza del fatto, ai fini del divieto di *bis in idem* in materia penale, dovrebbero essere ancorati alla verifica dell'unicità della condotta, intesa come fatto storico-naturalistico. In via di prima approssimazione, dunque, aderendo a tale concezione – che all'*idem legale* sostituisce il c.d. "*idem factum*" – il fatto (o comunque il reato), è lo stesso quando a coincidere non è la definizione legale, ma l'accadimento naturalisticamente inteso.

11.1 Il "medesimo fatto" nell'ordinamento giuridico italiano

Guardando alla norma che, nel nostro ordinamento giuridico, sancisce il divieto di doppio processo, risulta chiaro come la stessa possa offrire una definizione, in qualche misura, addirittura più dettagliata delle fonti sovranazionali. Ai sensi della disposizione in esame, infatti, il fatto rimane lo stesso anche «se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado e per le circostanze»; dunque, l'art. 649 c.p.p. indica espressamente tre indici di cui non si deve tenere conto nell'opera di comparazione tra la vecchia e la nuova ipotesi accusatoria: il mutamento del titolo, delle circostanze e del grado²⁸¹.

Secondo l'impostazione maggioritaria, nella modifica del "titolo" deve ricomprendersi il mutamento di qualificazione giuridica del fatto di reato, non interessando, dunque, ai fini del *ne bis in idem* la diversa valutazione, il diverso *nomen iuris* attribuito ad una determinata vicenda²⁸².

²⁸¹ Per ulteriori approfondimenti sull'efficacia del giudicato penale, si veda F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, 2009, 1 ss.

²⁸² In tal senso, *ex multis*, F. CAPRIOLI–D. VICOLI, *op. cit.*, 85; T. RAFARACI, voce "*Ne bis in idem*", *cit.*, 872; G. LOZZI, *Profili di una indagine*, *op. cit.*, 40; F. CALLARI, *op. cit.*, 135 ss.

Risulta, invece, praticamente incontrovertibile la nozione di “circostanze” del reato, essendo ovvio che lo spostamento dal “reato-base” al reato circostanziato non incida sul canone del *ne bis in idem*, lasciando inalterata l’identità del fatto²⁸³.

Alcune divergenze interpretative, invero, si incontrano nella definizione della nozione di “grado”. Parte della dottrina richiama tutte le situazioni in cui, pur non mutando il titolo di reato, si ha una variazione della gravità del fatto: ad esempio, quando la fattispecie tentata giunge a consumazione per il successivo verificarsi dell’evento²⁸⁴. Altra parte della dottrina, invece, riconduce il concetto di grado alla c.d. “progressione criminosa” o, ricorrendo alla definizione di un celebre Autore, alle «sequele ascendenti dove una figura risulta inglobata dalle successive»²⁸⁵, con conseguente possibile mutamento della qualificazione giuridica del fatto. Se si aderisce a tale seconda interpretazione, il divieto di *bis in idem* impedirebbe un nuovo giudizio, oltre che nelle ipotesi di consumazione di una fattispecie prima soltanto tentata, anche nei casi di passaggio da un reato all’altro, per effetto del verificarsi di un nuovo evento²⁸⁶.

In senso critico²⁸⁷, si è osservato che il legislatore avrebbe potuto utilizzare una terminologia maggiormente esplicativa, soprattutto tenuto conto delle difficoltà incontrate nell’interpretazione della precedente, analoga, formulazione adottata dall’art. 90 del codice di procedura penale del 1930. Invero, proprio la Relazione sul progetto preliminare del codice Rocco forniva, in argomento, alcune indicazioni utili. La stessa chiariva che nell’ambito di operatività del *ne bis in idem* andavano ricomprese anche delle ipotesi in cui, a rigore, non si sarebbe potuto parlare di identità del fatto, come quando «il fatto, oggetto della sentenza divenuta irrevocabile, non sia più il medesimo, per essere sopraggiunto un evento, prima non verificatosi che lo renda più grave». E veniva poi riportato, in funzione esemplare, appunto il «passaggio dal tentativo di omicidio alla consumazione, o da un delitto di pericolo a un delitto di danno». Si può agevolmente notare come in un simile contesto non sia ravvisabile l’identità del fatto «dal momento che ad esso è venuto ad aggiungersi un elemento prima non valutato»²⁸⁸.

²⁸³ Come osservato da E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in G. UBERTIS – G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. XII.1, Giuffrè, 2012, 447, il legislatore facendo riferimento alle “circostanze” del reato «ha inteso riferirsi agli *accidentalium delicti*, le circostanze aggravanti o attenuanti del reato, quali che ne siano la natura e il regime giuridico».

²⁸⁴ In questi termini, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2017, 830 s.

²⁸⁵ F. CORDERO, *op. cit.*, 1206.

²⁸⁶ Ricorrendo ad un noto esempio della manualistica penale, si dovrebbe considerare variazione di grado la serie “percosse-lesioni-omicidio”.

²⁸⁷ P.P. RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, n. 3, 1412 s.

²⁸⁸ Per tutte queste affermazioni v. Rel. prog. prel. c.p.p. 1930, 23.

Dunque, già sotto la vigenza del codice Rocco²⁸⁹, quanto riportato ha indotto la dottrina – pur nell’ambito di linee interpretative che hanno condotto a soluzioni fra loro molto differenti – ad accogliere un’impostazione tendente a sostenere la prevalenza dell’*idem factum* sull’*idem legale*, ritenendo, nel dettaglio, che per accertare cosa debba intendersi per “fatto” occorre prendere in considerazione la sola condotta “naturalisticamente” intesa. Il ragionamento della dottrina maggioritaria prende le mosse dal fatto che il legislatore, evidenziando come il mutamento del grado non determini una variazione del “fatto”, pare implicitamente svincolare l’operatività della garanzia del *ne bis in idem* da qualsivoglia vicenda attinente all’evento²⁹⁰. Infatti, se si inglobasse nella nozione di “fatto” anche l’evento naturalistico non potrebbe evidentemente sostenersi la “medesimezza del fatto”, nelle ipotesi di passaggio dal reato tentato a quello consumato²⁹¹, stante l’innegabile mutamento dell’evento.

Ne deriva che il nostro codice di rito penale sembrerebbe avallare una concezione storico-naturalistica del requisito della “medesimezza dei fatti”, intesa come mera condotta, attiva od omissiva, perpetrata dal reato, indipendentemente dalle conseguenze che da essa si producono.

In realtà, tale concezione non è in linea con l’orientamento della giurisprudenza maggioritaria, al quale, peraltro, hanno aderito solo voci isolate della dottrina²⁹². Infatti, la Corte di Cassazione ha adottato una nozione decisamente più restrittiva di identità del fatto, circoscrivendo l’applicazione del principio del *ne bis in idem* ai soli casi in cui si riscontri la corrispondenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati²⁹³.

Le stesse Sezioni Unite, nella sentenza Donati, hanno ribadito che «ai fini della preclusione connessa al principio *ne bis in idem*, l’identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona»²⁹⁴.

Invero, in seno alla giurisprudenza di legittimità tale orientamento non è l’unico. Talvolta, infatti, la Corte di cassazione si era schierata a favore di un approccio maggiormente restrittivo, che privilegiava l’*idem legale*, invece dell’*idem factum*, richiedendo per l’appunto la coincidenza del

²⁸⁹ Cfr. le indicazioni di F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d’identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 943, volte a precisare come l’art. 90 c.p.p. 1930 adottasse una nozione di “fatto” inteso come condotta, evidenziando: «per condotta, intendiamo, con esclusione di ogni altro elemento di fattispecie, si tratti di una “circostanza”, una “condizione” od un “evento”».

²⁹⁰ *Ex multis*, F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *op. cit.*, 85 s.

²⁹¹ Per un approfondimento sul tema, v. P.P. RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art. 649 c.p.p.*, cit., 1428 s.

²⁹² Cfr. A. BASSI, *I limiti oggettivi dell’effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, n. 9, 1401 ss.

²⁹³ V. ad esempio Cass., sez. II, 27 maggio 2010, Rapisarda e altro, in CED 247849; Cass. sez. II, 18 aprile 2008, Agate e altro, in CED 240106; in senso analogo v. anche Cass., sez. I, 18 aprile 1995, Lazzarini, in *Cass. pen.* 1997, 1398, m. 861.

²⁹⁴ Cass. pen, Sez. Un., Donati e altro, cit., 28 ss.

“fatto giuridico” (sempre scomposto nella triade condotta, evento, nesso di causalità), ancorato alla fattispecie legale astratta e non alla verifica storico-naturalistica del fatto²⁹⁵.

A ben vedere, ciò equivale a sostenere l'assoluta inoperatività del divieto di *bis in idem* in ogni caso di concorso formale di reati: qualora, infatti, con una stessa azione od omissione si violino più norme giuridiche, non solo si potrà procedere alla simultanea contestazione delle diverse violazioni, ma sarà altresì sempre possibile la loro contestazione separata nel corso di tanti procedimenti successivi quante sono le norme violate, senza per ciò stesso violare il disposto dell'art. 649 c.p.p., proprio perché gli elementi costitutivi presi in considerazione saranno necessariamente diversi da procedimento a procedimento²⁹⁶.

Peraltro, la giurisprudenza ha rilevato come la preclusione inerente al principio del *ne bis in idem* operi solo qualora vi sia un'assoluta corrispondenza anche delle coordinate spaziali e temporali²⁹⁷. È stato obiettato²⁹⁸, tuttavia, che laddove qualsivoglia variazione di tali coordinate valesse ad escludere l'operatività del canone del *ne bis in idem* la portata garantistica connessa all'art. 649 c.p.p. potrebbe essere agevolmente elusa, e risulterebbe impossibile scongiurare l'eventualità di un' indefinita reiterazione di procedimenti a carico dello stesso soggetto in ordine al medesimo episodio, purché si avesse la semplice accortezza di operare una pur modesta variazione inerente al *tempus commissi delicti* o al *locus commissi delicti*²⁹⁹.

Ad ogni modo, con l'impostazione descritta, la giurisprudenza ha voluto evitare che la garanzia del *ne bis in idem* si tramutasse in uno strumento volto a determinare, anche con riferimento ad episodi di particolare rilevanza, delle ingiustificabili sacche di impunità³⁰⁰ – consapevoli che l'instaurazione dell'azione penale appare necessaria in ordine a tutte le eventuali violazioni di legge derivanti da

²⁹⁵ Tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 1994, n. 68011; Cass. pen., Sez. II, 21 marzo 2013, n. 18376, Cuffaro.

²⁹⁶ Quanto riportato, in effetti, costituirà causa dell'intervento della Corte costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2016, su cui v. *infra* § 11.4

²⁹⁷ V. ad esempio Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, cit.; analogamente Cass., Sez. II, 27 maggio 2010, Rapisarda e altro, cit.; Cass., Sez. IV, 3 maggio 2006, Cacciari, in CED 236093.

²⁹⁸ In questo senso, P.P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p.*, cit., 1431 s.

²⁹⁹ In argomento, è stato osservato che le coordinate spazio-temporali, mentre risultano essenziali al momento della contestazione dell'accusa, devono invece essere parzialmente trascurate in sede di *ne bis in idem* «pena, altrimenti, una forte compromissione degli standard della garanzia»: T. RAFARACI, voce "*Ne bis in idem*", cit., 875.

³⁰⁰ Le ragioni dell'impostazione giurisprudenziale sono dovute al carattere insoddisfacente di alcune tesi "riduttive", che condurrebbero ad esiti giudiziari assolutamente paradossali, precludendo ad esempio la possibilità di instaurare un procedimento in ordine al reato di lesioni colpose o di omicidio colposo qualora la condotta che ha dato origine a tale episodio criminoso sia già stata esaminata in precedenza, nell'ambito di un processo, conclusosi con la formazione del giudicato, avente ad oggetto un semplice reato contravvenzionale in materia infortunistica. I fautori di queste tesi sostengono infatti che non si può procedere alla disamina della vicenda inerente alle lesioni colpose o all'omicidio colposo senza rivalutare la condotta già esaminata in occasione del procedimento vertente sulla contravvenzione. Con riferimento a tale ipotesi, la giurisprudenza già sotto la vigenza del c.p.p. 1930, aveva rilevato come fosse necessario evitare che, nell'ipotesi in cui la condotta costituente violazione di detta normativa avesse al contempo determinato la morte di un lavoratore, il giudicato formatosi in relazione al reato contravvenzionale risultasse ostativo all'instaurazione di un procedimento per omicidio colposo: v. in tal senso, Cass., sez. IV, 2 marzo 1987, Sortino, in CED 175851.

una condotta illecita – al fine di poter valutare, nel suo contenuto complessivo, l'intera area di disvalore inerente ad un determinato fatto, laddove da esso derivi la lesione o la messa in pericolo di differenti beni giuridici. Un intento assolutamente repressivo, e perpetrato ad ogni costo, anche di fronte alla possibilità che una simile interpretazione possa essere fonte di ingiustizie. Così, ogni qualvolta la condotta, già oggetto di una precedente sentenza ormai divenuta definitiva, abbia prodotto ulteriori eventi rispetto a quello preso in esame.

D'altro canto, in talune specifiche ipotesi, l'adesione alla posizione della giurisprudenza di legittimità produce sicuramente conseguenze meno inique sul piano della giustizia sostanziale. Si pensi al caso del concorso formale di reati qualora da un unico episodio criminoso derivi la morte o il ferimento di più persone. Se si intendesse il fatto rilevante *ex art. 649 c.p.p.* come mera condotta, il giudicato intervenuto in relazione ad alcune soltanto delle vittime impedirebbe l'esercizio dell'azione penale per le offese cagionate alle altre.

Edotta, a questo punto, dalla necessità di trovare un compromesso tra le esigenze della persona giudicata e le esigenze di giustizia sostanziale, la dottrina prova ad elaborare un *tertium genus*. È questa la teoria della fattispecie giudiziale: la nozione di fatto ai fini del divieto di *bis in idem* non sarebbe né la fattispecie legale né il fatto storico, bensì la fattispecie giudiziale, vale a dire la rappresentazione del fatto storico compiuta dal giudice³⁰¹. Dunque, se la giurisprudenza impone il raffronto fra schemi legali, e la dottrina si orienta per una comparazione delle sole condotte, tale teoria nasce come compromesso tra detti orientamenti, e ritiene che oggetto del giudizio di comparazione tra le ipotesi accusatorie deve essere il fatto di reato risultante dalla ricostruzione del giudice³⁰².

Simile conclusione permette di coniugare le esigenze di garanzia connesse all'istituto del *ne bis in idem* con la necessità di evitare che le applicazioni dell'art. 649 c.p.p. conducano a risultati che finirebbero per tradire le finalità per le quali è stata configurata detta norma, impedendo di tener conto di significative ipotesi delittuose, ignorate dagli accertamenti esperiti nel corso di precedenti procedimenti conclusi con pronunce ormai passate in giudicato.

Tale posizione, tuttavia, ha suscitato pesanti critiche. In primo luogo, si afferma che essa precluderebbe l'applicazione del principio del *ne bis in idem* anche in relazione ad ipotesi ove si è

³⁰¹ In dottrina, G. LOZZI, *Profili di una indagine*, op. cit., 40 ss.; P.P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p.*, cit., 1422 ss.

³⁰² Dunque, per pervenire all'individuazione dell'ambito del *ne bis in idem* occorre delineare la c.d. "fattispecie giudiziale": il giudice «elimina sì tutti quegli elementi della situazione storica che non rientrano nel modello legale, ma vi comprende una descrizione più particolareggiata dei requisiti del fatto», così G. LOZZI, *Profili di una indagine*, op. cit., 40.

invece in presenza di un semplice mutamento del “titolo” o del “grado”, così conducendo ad una vera e propria *interpretatio abrogans* di tali riferimenti contenuti nell’art. 649 c.p.p.³⁰³.

In secondo luogo, è stato detto rilevato richiamare, quale chiave di soluzione del problema, la fattispecie giudiziale non convince per la chiara strumentalità della costruzione ai fini di preconstituire la soluzione dei rapporti tra cosa giudicata e concorso formale eterogeneo di reati³⁰⁴.

Invero, la dottrina maggioritaria ad oggi propende per un altro orientamento, anch’esso nato come correttivo agli effetti distorsivi degli estremismi interpretativi propugnati da un lato, dalla dottrina dell’*idem factum stricto sensu*, e dall’altro, dalla giurisprudenza dell’*idem legale stricto sensu*.

Questa diversa concezione, parte anzitutto dall’identificare il fatto rilevante ex art. 649 c.p.p. con la condotta materiale realizzata dal reo, sulla base della considerazione che il giudizio di rimproverabilità si basa sul comportamento tenuto dal reo e, dunque, sul disvalore soggettivo-oggettivo del fatto commesso, ma va oltre. Perché ritiene che le ingiustizie sostanziali, che una simile ricostruzione rischia di determinare nelle ipotesi di concorso formale di reati, possono essere agevolmente superate includendo nella definizione di fatto l’oggetto materiale della condotta³⁰⁵, ove sussista.

Dunque, nel caso in cui una medesima azione od omissione offenda o metta in pericolo diversi oggetti materiali, il giudicato, intervenuto in relazione ad uno soltanto di essi, non preclude l’instaurazione di un giudizio sugli altri. Se, diversamente, i reati in concorso formale non producono un evento fisico, o vengono perpetrati a danno del medesimo oggetto materiale, il divieto di *bis in idem* torna ad operare nella sua pienezza³⁰⁶.

Il quadro appena descritto, a dir poco intricato, è destinato peraltro a complicarsi ulteriormente nel momento in cui si volge lo sguardo alla giurisprudenza delle Corti europee in materia di *idem factum*.

³⁰³ V. in tal senso, ad esempio, T. RAFARACI, voce “*Ne bis in idem*”, cit., 873; analogamente E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in G. UBERTIS – G.P. VOENA (diretto da), *op. cit.*, 458, secondo cui detta impostazione esegetica restringe «forse sino ad annichilirlo, il significato delle locuzioni di titolo e grado contenute nel primo comma dell’art. 649 c.p.p.».

³⁰⁴ Così, T. RAFARACI, voce “*Ne bis in idem*”, cit., 873

³⁰⁵ Secondo una nota definizione, infatti, «Nell’art. 649 c.p.p. “fatto” significa condotta: e questa struttura nucleare include l’oggetto fisico, dove ne esista uno (reati cosiddetti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono». F. CORDERO, *op. cit.*, 1206. In termini analoghi, M. CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2012, 1066.

³⁰⁶ Anche tale ricostruzione non è andata esente da critiche. In estrema sintesi, si contesta che «il riferimento all’oggetto su cui cade la condotta conduce, sia pur indirettamente, ad un parziale recupero dell’evento naturalistico nell’individuazione del “fatto”», così P.P. RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art. 649 c.p.p.*, cit., 1425 ss.

11.2 Dal “medesimo reato” al “medesimo fatto”: l’evoluzione dei canoni interpretativi della Corte di Strasburgo

A fronte del tradizionale orientamento della Corte di Lussemburgo, volto a qualificare l’identità del fatto dal punto di vista storico-materiale, la Corte di Strasburgo, invece, aveva in passato sostenuto un’accezione formale, e più restrittiva di tale concetto, coincidente con la qualificazione giuridica della condotta. Ciò sino a mutare radicalmente il proprio indirizzo con una pronuncia del 2009³⁰⁷, quando ha optato per una più ampia lettura della nozione di identità del fatto materiale, così sanando la discrasia giurisprudenziale creatasi con il canone interpretativo seguito a Lussemburgo.

Come noto, la fonte del divieto di *bis in idem* è l’art. 4, Prot. n. 7, CEDU, a mente del quale «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato». Si è voluto riproporre letteralmente la disposizione per rilevare che, se l’art. 649 c.p.p. parla di “medesimo fatto”, la formulazione della fonte sovranazionale è ben diversa: alla dizione “fatto”, l’art. 4 sostituisce quella di “reato”.

Proprio da tale dizione ha dato origine ad una giurisprudenza altalenante che, come anticipato, troverà pace solo nel 2009. Nei fatti, nelle more della sentenza *Zolotukhin*, la giurisprudenza EDU seguirà ben tre distinti indirizzi.

Originariamente, ciò che, secondo la Corte rilevava era essenzialmente che «*both impugned decisions were based on the same conduct*»³⁰⁸. Dunque, quanto meno nella sua prima pronuncia in argomento, la giurisprudenza di Strasburgo riteneva che la regola di cui all’art. 4, Prot. n. 7, operasse ogniquale volta i due giudizi a carico della stessa persona avessero avuto ad oggetto la medesima condotta.

Tuttavia, già la seconda delle pronunce relative alla disposizione in esame si discostava da questo primo orientamento³⁰⁹. L’espressione “reato” contenuta nel testo dell’art. 4 – o “*infraction*” nel testo francese e “*offence*” nel testo inglese – ne aveva successivamente consentito una lettura che considerava non il fatto, ma la sua qualificazione giuridica, l’*idem legale*, insomma. Si può qui evidenziare un vero e proprio *revirement* di Strasburgo: infatti, sebbene le vicende alla base dei due ricorsi presentassero aspetti a dir poco comuni tra loro³¹⁰, la Corte giunge a conclusioni

³⁰⁷ Si fa riferimento a Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*.

³⁰⁸ Così, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 23 ottobre 1995, ricorso n. 15963/90, *Gradinger c. Austria*, § 55.

³⁰⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 30 luglio 1998, ricorso n. 24711/94, *Oliveira c. Svizzera*.

³¹⁰ Nella prima delle due sentenze in esame, alla persona prosciolta da un’accusa di omicidio colposo conseguente ad un incidente stradale e aggravato dallo stato di ebrezza, era stata successivamente contestata una contravvenzione amministrativa per guida sotto l’effetto di sostanze alcoliche. Nella seconda, invece, ad una condanna per la

diametralmente opposte. Nella seconda pronuncia, infatti, a Strasburgo si sosteneva che: il divieto di *bis in idem* impedisce la reiterazione di decisioni sullo stesso fatto, ma ogniqualvolta una medesima azione od omissione sia riconducibile a più fattispecie di reato e l'ulteriore procedimento concerna una ipotesi delittuosa diversa rispetto a quella già giudicata con sentenza irrevocabile, non è preclusa una nuova iniziativa dell'accusa. È evidente che l'ambito applicativo è quello del concorso formale di reati. Dunque, il Giudice europeo adotta un'impostazione simile a quella fatta propria, per lungo tempo, dalla nostra Corte di cassazione: concepisce l'espressione "medesimi reati" come *idem legale*, ossia attribuendogli un'accezione genuinamente normativa³¹¹. Il *revirement* è stato peraltro confermato da alcune pronunce successive, in cui la Corte di Strasburgo non ha ravvisato violazioni del principio del *ne bis in idem* in presenza di fatti che, pur trovando origine nella medesima condotta, siano suscettibili di diverse qualificazioni giuridiche³¹².

Il terzo orientamento formatosi in seno alla Corte europea si trova, tra i due descritti in precedenza, in posizione intermedia. Questa volta, il Giudice di Strasburgo arriva ad affermare – con un nuovo colpo di scena – che a legittimare il secondo giudizio relativo alla stessa condotta non basta la semplice variazione del *nomen juris*. Ciò che consente una reiterazione dell'accusa sulla medesima azione od omissione è la constatazione che le molteplici figure di reato ad essa ascrivibili non presentano gli stessi elementi essenziali³¹³. Nel ragionamento della Corte, l'introduzione di questo ulteriore indice tra i presupposti del divieto di doppio processo permette di riportare ad unità la contraddittoria giurisprudenza precedente. Dinanzi all'introduzione del nuovo indice di comparazione, la Corte di Strasburgo nelle successive decisioni sulla materia, è stata costretta ad impegnarsi nella precisazione di cosa debba intendersi per "elementi essenziali", mediante un approccio meramente casistico, al punto da far emergere un quadro ancora troppo frammentato. Le numerose incertezze applicative resero, dunque, necessario un'opera di armonizzazione che solo la *Grande Chambre* di Strasburgo poteva conseguire. L'*iter* seguito dal collegio allargato nella pronuncia *Zolotukhin*, in particolare, ha preso le mosse da un raffronto tra le formulazioni con cui il principio del *ne bis in idem* è stato enunciato nelle diverse fonti sovranazionali. La contrapposizione stilistica, tuttavia, non è stata considerata dalla Grande Camera un dato dirimente

contravvenzione di guida negligente era seguita l'instaurazione di un procedimento per lesioni colpose cagionate nel medesimo incidente automobilistico.

³¹¹ Riportiamo in tale contesto, un passo significativo del § 26 della sentenza della Corte EDU, *Gradinger c. Austria*, cit.: «*What is a typical example of a single act constituting various offences. The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences [...] There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constitutes two separate offences*».

³¹² A titolo esemplificativo: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 luglio 2002, ricorso n. 33402/96, *Götkan c. Francia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2003, ricorso n. 65831/01, *Garaudy c. Francia*.

³¹³ L'indirizzo è stato inaugurato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 29 maggio 2001, ricorso n. 37950/97, *Franz Fischer c. Austria*.

nell'interpretazione del presupposto in esame. La Corte di Strasburgo, al contrario, ha preferito adottare un approccio teleologico: la Convenzione deve essere interpretata in modo conforme al suo scopo, così da rendere effettiva la tutela che essa offre. In quest'ottica, limitare la garanzia insita nel divieto di doppio processo ai casi in cui la fattispecie contestata alla persona già giudicata presenti la medesima qualificazione giuridica di quella precedentemente vagliata con provvedimento irrevocabile, farebbe della preclusione in parola un ostacolo meramente astratto ed illusorio. Ne consegue la necessità di adottare una diversa accezione di *idem factum*, maggiormente coerente con le finalità ascritte all'art. 4, Prot. n. 7: il *ne bis in idem*, secondo la Corte europea, impedisce l'instaurazione di un nuovo giudizio qualora questo abbia ad oggetto «*identical facts or facts which are substantially the same*»³¹⁴ rispetto ad altro già celebrato. Simile affermazione testimonia l'aperta adesione da parte della Grande Camera ad una concezione naturalistica della nozione di *idem factum*, nella quale non vi è spazio per questioni attinenti alla qualificazione giuridica dell'illecito.

Tale osservazione trova, inoltre, conferma in un passaggio di poco successivo, in cui viene richiamata a chiare lettere la giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 54 CAAS: nel concludere l'esame della questione, essa precisa che la sua indagine dovrebbe concentrarsi su quei fatti che costituiscono un insieme inscindibile di circostanze concrete relative al medesimo imputato e indissolubilmente legate tra di loro nel tempo e nello spazio³¹⁵. Una formula che appartiene, deliberatamente, al repertorio del Giudice dell'Unione.

Ci si aspettava, a questo punto, che a tale presa di posizione facesse seguito anche una compiuta disamina dei requisiti necessari a decretare l'identità dei fatti. Così, purtroppo non è stato, né è stato indicato alcun parametro distintivo tra «*identical facts*» e «*facts which are substantially the same*», il cui accostamento induce a ritenere che si tratti di concetti differenti³¹⁶.

11.3 Cosa si intende per *idem factum* a Lussemburgo

³¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, cit., § 82.

³¹⁵ *Ibid.*, § 84, «*The Court's inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings*».

³¹⁶ Alcuni autori pensano di poter prospettare una distinzione simile a quella ricavabile dall'art. 649 c.p.p. e, dunque, ritenere che con tale locuzione la Corte europea abbia inteso precludere sia l'instaurazione di giudizi sullo stesso fatto, sia ulteriori procedimenti relativi al medesimo accadimento diversamente considerato quanto a titolo o aspetti accessori, quali, ad esempio, le circostanze. Sul punto, S. FASOLIN, *op. cit.*, 155.

Fin dai primi anni di vita, l'art. 54 CAAS è stata additata come norma caratterizzata da assoluta indeterminatezza, dunque, anche in questo caso spettava all'interprete portare ad unità il sistema e superare quel frammentario insieme di soluzioni nazionali frutto di scelte spesso differenti.

Ma quale interprete? Che un simile compito dovesse essere assegnato al Giudice di Lussemburgo non era una soluzione poi così scontata: la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen era stata assunta al di fuori del contesto dell'allora Comunità europea, dunque, non esplicava alcun effetto nei confronti dell'ordinamento comunitario. La conseguenza più rilevante di tale assunto era costituita dall'impossibilità, per gli Stati membri, di proporre rinvii pregiudiziali al Giudice dei Lussemburgo.

Ciò, ovviamente, fino al Trattato di Amsterdam e alle successive decisioni del Consiglio, attraverso le quali si giungeva all'integrazione dell'*acquis* di Schengen e gli artt. 54 ss. CAAS venivano ricondotti all'*ex c.d.* "Terzo pilastro". Proprio il Trattato di Amsterdam estendeva a gran parte del "terzo pilastro" dell'Unione quel meccanismo di "*opt-in*", già sperimentato in altri settori della cooperazione giudiziaria, *ex art.* 35 TUE. Dunque, anche in materia di divieto di doppio processo, gli Stati membri potevano accettare, mediante apposita dichiarazione, la competenza della Corte di Giustizia «a pronunciarsi sulla validità o l'interpretazione delle Decisioni-quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del [titolo VI] e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse»³¹⁷.

Quando poi, il Trattato di Lisbona portò al superamento della suddivisione in pilastri, così estendendo il metodo comunitario anche al settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, la competenza della Corte di Giustizia venne, in tal modo, estesa a prescindere dalle condizioni previste dall'art. 35 TUE previgente.

Ad ogni modo, come accennato, è già a partire dal Trattato di Amsterdam che la Corte di Lussemburgo ha iniziato a contribuire a livello interpretativo allo sviluppo e alla precisazione del divieto di doppio processo sancito dall'art. 54 CAAS.

Come rilevato, la disposizione è stata più volte tacciata di eccessiva indeterminatezza: essa si limita, infatti, ad un generico richiamo ai «medesimi fatti» e omette le indicazioni necessarie ad eseguire una corretta opera interpretativa³¹⁸. L'arduo compito di tirare le somme, dunque, è per forza di cose affidato proprio alla Corte di Lussemburgo. La prima questione che deve essere chiarita è se sia necessaria una previa individuazione dell'ordinamento giuridico nell'ambito del quale ricercare il

³¹⁷ In relazione alla competenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione e nel controllo di validità delle disposizioni contenute nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, n. 1, 41 ss.

³¹⁸ Invero, è questo un rimprovero che può muoversi a tutte le fonti normative del divieto di *bis in idem*.

concetto di medesimo fatto. Per vero, la risposta è più che scontata: infatti, sin dalla prima pronuncia con cui la Corte di Giustizia ha contribuito all'enucleazione del concetto di «medesimi fatti», essa ha preferito formulare un'autonoma definizione di tale requisito, senza operare richiami alle legislazioni interne degli Stati interessati alla vicenda criminosa³¹⁹. L'esigenza di garantire all'art. 54 CAAS la più ampia applicazione possibile, perché espressione del diritto alla libera circolazione dei cittadini, determina che non paia seriamente sostenibile il ricorso alle legislazioni nazionali dei Paesi coinvolti. Diversamente opinando, la libertà di circolazione verrebbe garantita in modo discontinuo e secondo esiti prevedibili soltanto volta per volta, comportando che l'autore di un illecito rilevante in più ordinamenti, o la persona prosciolta da una simile accusa, sarebbero inevitabilmente indotti a rinunciare al loro diritto a muoversi liberamente sul territorio dell'Unione, con buona pace per gli obiettivi auspicati a Schengen. Pertanto, la nozione «medesimi fatti» – rilevante per l'applicazione dell'art. 54 CAAS – va ricercata nell'ordinamento dell'Unione.

La Corte di Giustizia, peraltro, sin dalla prima delle pronunce intervenute sul tema, senza alcuna esitazione ha aderito alla concezione naturalistica della nozione di fatto rilevante nel divieto di doppio processo³²⁰.

La presa di posizione a favore del criterio *dell'idem factum* viene ampiamente giustificata a Lussemburgo. Anzitutto, la Corte di Giustizia assegna un ruolo fondamentale alla stessa dizione dell'art. 54 CAAS, il cui tenore letterale orienta verso interpretazioni incuranti degli aspetti normativi della vicenda criminosa. Tale conclusione viene avvalorata soprattutto attraverso il raffronto con altre previsioni sovranazionali che, al contrario, paiono aderire in modo aperto ad una concezione essenzialmente normativa. In secondo luogo, la Corte di Giustizia segnala come, pur volendo prescindere dal mero dato letterale, manchi il retroterra necessario all'adozione di un approccio normativo: nessuna delle disposizioni del Trattato relative alla cooperazione giudiziaria, dell'Accordo di Schengen o della Convenzione che lo applica subordinano il divieto di doppio processo ad una preventiva armonizzazione o ad opere di ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri³²¹. Indagare l'identità del fatto sulla base della qualificazione giuridica si rivelerebbe non solo impossibile, ma addirittura pericoloso: l'intento di evitare minacce alla libertà di circolazione porta, pertanto, il Giudice dell'Unione a guardare alla sostanza del fatto commesso. Un cambio prospettico consentito, a dire della Corte di Giustizia, dall'esistenza di un elevato livello di fiducia reciproca, tra gli Stati membri, nei rispettivi sistemi di giustizia, tale da indurli ad accettare

³¹⁹ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia, 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, in *Raccolta*, 2006, I-2333 ss.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*, § 29.

il risultato dell'applicazione dell'altrui diritto penale, anche ove le regole domestiche avrebbero condotto a risultati differenti³²².

L'insieme di tali considerazioni porta, pertanto, il Giudice di Lussemburgo a far propria l'impostazione storico-naturalistica del criterio dell'*idem factum*³²³. Peraltro, la Corte ritiene che l'elemento dei «medesimi fatti» sussista ogni qual volta le pretese punitive a carico della stessa persona abbiano ad oggetto «un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro», ovvero «un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto», a prescindere «dalla qualificazione giuridica di tali fatti o all'interesse giuridico tutelato»³²⁴. L'applicazione di tale ampio criterio alla vicenda oggetto del procedimento è rimessa, però, al giudice nazionale, l'unico competente a verificare se, sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, il principio del *ne bis in idem* possa o meno operare.

Da più punti di vista la definizione data dal Giudice europeo appare troppo ampia ed imprecisa: la Corte richiede un «complesso fattuale inscindibile», ma non indica quali aspetti dell'elemento oggettivo del reato bisogna considerare per comparare i diversi capi d'imputazione contestati ad una stessa persona. Peraltro, le stesse critiche mosse in precedenza all'impostazione storico-naturalistica sostenuta da parte della dottrina nazionale, possono essere qui riproposte. In quel caso, come visto, le disfunzioni a cui conduce l'applicazione di tale definizione di *idem factum* al fenomeno del concorso formale di reati, sono state corrette includendo nella definizione di condotta l'oggetto materiale su cui essa cade, qualora ve ne sia uno.

Peraltro, anche nella formula elaborata dalla Corte di Giustizia compare un richiamo all'«oggetto», la cui unità, insieme a quella spaziale e temporale, impedisce l'instaurazione di un secondo giudizio su quel complesso fattuale inscindibile già vagliato con provvedimento irrevocabile. Ma il significato che la giurisprudenza eurolunitaria intende attribuire all'espressione «oggetto» è lungi dall'essere chiara o univoca. Infatti, mentre in alcuni casi, nella definizione di *idem* il riferimento a tale presupposto è sostituito da un più generico richiamo alla «natura» degli accadimenti materiali di cui si reclama l'identità o la diversità³²⁵; dall'altro lato, l'Avvocato Generale, nelle sue

³²² Così, al § 30, Corte di Giustizia, *Van Esbroeck*, cit. L'esistenza di un nesso forte tra principio del *ne bis in idem* e reciproca fiducia nei rapporti tra gli Stati membri è affermazione che caratterizza le decisioni della Corte di Giustizia sin dalla prima delle pronunce sull'art. 54 CAAS.

³²³ Formula osservazioni critiche sulle argomentazioni addotte dalla Corte di Giustizia, R. CALÒ, *Ne bis in idem*, cit., 1158 ss. Secondo l'Autrice «ciò che si contesta alla Corte è di aver interpretato l'art. 54 CAAS alla luce dei valori che vengono dedotti dalla norma stessa, ma che dovrebbero essere il risultato dell'opera esegetica, non il suo antecedente logico».

³²⁴ Così, § 36 ss., della sentenza della Corte di Giustizia, *Van Esbroeck*, cit.

³²⁵ Così al § 30 di Corte di giustizia UE, sentenza del 18 luglio 2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*, in *Raccolta*, I-619 ss.

conclusioni³²⁶, ricorre ad una concezione di «oggetto» che non corrisponde a quella adottata dalla dottrina interna e, soprattutto, non appare idonea a rimediare al problema del concorso formale di reati.

Sharpston, infatti, sostiene che i diversi fatti sottoposti a duplice vaglio «possono essere considerati connessi nel tempo, nello spazio nonché (dati l'obiettivo finale del trasporto di cui fanno parte e l'unità dello scopo perseguito) per oggetto». Dunque, pare intendere il requisito dell'unità dell'oggetto secondo un'ottica meramente teleologica. Uno solo è il dato certo: in entrambi i casi, il requisito *de quo* non corrisponde al bene o all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

La questione, dunque, si conferma tuttora irrisolta.

Si noti che quanto detto in relazione all'interpretazione dell'art. 54 CAAS, ad oggi vale anche in relazione all'art. 50 della Carta di Nizza, nonostante il riferimento letterale al termine “reato”. Ciò è stato palesato dalla stessa Corte nella nota sentenza *Mantello*³²⁷. In particolare, nella pronuncia la Corte ha elevato la nozione di “medesimi fatti” al rango di «nozione autonoma del diritto dell'Unione». Per la Corte, per la Carta dei diritti fondamentali, come per la Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen, l'identità dei fatti «non è altro che la somiglianza dei reati, somiglianza che occorre valutare non in considerazione delle qualificazioni proprie di ciascuna legislazione nazionale, ma alla luce della sostanza stessa dei reati concorrenti»³²⁸.

11.4 L'evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di *idem factum*

Con l'ordinanza del 24 luglio 2015³²⁹, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Torino, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo “fatto giuridico”, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo “fatto storico”, con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea [...]».

³²⁶ Cfr. § 39 delle conclusioni formulate dall'Avvocato Generale SHARPSTON nell'ambito della causa *Kraaijenbrink*, C-367/05, cit.

³²⁷ Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*.

³²⁸ In tal senso, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Y. BOT presentate il 15 dicembre 2015, nella causa C-486/14, *Kossowski*, §§ 54-55.

³²⁹ Trib. Torino, ord. 24 luglio 2015, G.u.p. BOMPIERI. Sull'ordinanza di rimessione, cfr. I. GITTARDI, *Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2015; A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2016.

Il giudice *a quo* era stato chiamato a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio, proposta nei confronti dell'imprenditore svizzero titolare della multinazionale *Eternit*, per omicidio doloso. Invero, nel novembre del 2014³³⁰ si era concluso – con sentenza di proscioglimento per prescrizione dei reati – un altro processo nei confronti dello stesso imputato, al quale originariamente venivano contestati i delitti contro l'incolumità pubblica di disastro doloso (aggravato dall'evento “disastro”, in base al secondo comma dell'art. 434 c.p.) e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (aggravato dalla verifica di malattie-infortuni, *ex art.* 437, comma 2, c.p.).

L'inizio di un processo “*Eternit-bis*” – questa volta per omicidio volontario – aveva fatto immediatamente sorgere il timore di una possibile violazione del divieto di doppio giudizio per il medesimo fatto, sancito dall'art. 649 c.p.p., nonché dall'art. 4, Prot. n. 7, CEDU.

Nel dettaglio, il giudice rimettente osservava che, quantomeno sotto il profilo storico-naturalistico, i fatti dovevano ritenersi identici. Le imputazioni, infatti, si incentravano sulle stesse attività svolte dall'imputato, nella qualità di responsabile di alcuni stabilimenti ove veniva impiegato l'amianto, e riguardavano l'omissione di misure idonee a prevenire la lesione dell'integrità fisica dei lavoratori e la diffusione di materiali contaminati dalla sostanza cancerogena, con conseguente morte di 258 persone.

Tuttavia, nonostante l'acclarata identità dei fatti storici, il rimettente escludeva di poter dichiarare di non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p., come richiesto dalla difesa, ritenendo che, sulla base del diritto vivente italiano, per “medesimo fatto” occorresse avere riguardo al “fatto giuridico” e, conseguentemente ed in tal misura, sarebbe stato possibile celebrare un nuovo giudizio nei confronti dello stesso imputato allorché le norme incriminatrici fossero diverse e suscettibili di concorso formale. Applicando tale orientamento al caso di specie non si sarebbe, in effetti, profilata alcuna violazione del *ne bis in idem*, attesa la diversità strutturale che intercorre tra i due delitti contro l'incolumità pubblica contestati nel primo processo ed il delitto di omicidio contestato nel processo *Eternit-bis*.

Il fatto, quindi, pur identico nella sua dimensione naturalistica, non poteva considerarsi tale ai fini della preclusione del *ne bis in idem*, in quanto – sulla base di un'ampia disamina della giurisprudenza di legittimità effettuata dal giudice rimettente – la medesimezza fattuale sussisterebbe solo in caso di effettiva corrispondenza, secondo criteri giuridici, della triade “condotta-evento-nesso causale”.

Per converso, sempre in seguito ad una puntuale analisi dei precedenti della giurisprudenza EDU, il giudice *a quo*, faceva riferimento all'orientamento consolidatosi in seno alla Corte europea con la

³³⁰ Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941.

sentenza *Zolotukhin*³³¹, al fine di manifestare la maggiore ampiezza del *ne bis in idem* strasburghese, rispetto al regime della corrispondente regola domestica *ex art. 649 c.p.p.* Da qui, il dubbio di legittimità costituzionale.

A tal proposito, nell'ordinanza venivano ripercorse le linee dettate nel 2009 dalla *Grande Chambre*, seguendo le quali ha rilievo solo l'identità del fatto storico, ossia la dimensione squisitamente naturalistica e materiale della fattispecie concreta, da determinarsi con riguardo al contesto spazio-temporale di riferimento e senza prendere in considerazione la qualificazione giuridica datane dall'ordinamento.

Corretta la premessa, il giudice *a quo* arrivava a concludere che il *test* di comparazione tra fatto già giudicato definitivamente e fatto oggetto di una nuova azione penale dipendesse esclusivamente dalla medesimezza della condotta dell'agente. Secondo il rimettente, infatti, per evitare di far rifluire nel giudizio comparativo implicazioni legate al bene giuridico tutelato dalle disposizioni penali, così da accogliere la sola componente empirica del fatto secondo l'insegnamento del Giudice EDU, sarebbe inevitabile concludere che quest'ultimo vada individuato in ragione dell'azione o dell'omissione, trascurando evento e nesso causale.

Era entro questi termini che il giudice torinese misurava l'incompatibilità tra la nozione di "medesimo fatto" adottata dal diritto vivente italiano (c.d. criterio dell'*idem legale*) e quella fatta propria dai giudici di Strasburgo (c.d. criterio dell'*idem factum*) e, data la rilevanza della questione per la prosecuzione del processo, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., avvalendosi dello schema della norma interposta *ex art. 117 Cost.*

Al Giudice delle Leggi, dunque, veniva anzitutto chiesto se effettivamente il principio del *ne bis in idem* in materia penale, enunciato dall'art. 4, del VII Protocollo alla CEDU, avesse un campo applicativo diverso e più favorevole all'imputato e, a seguire, di verificare il convincimento del giudice rimettente, secondo cui la disposizione europea indicherebbe che la medesimezza del fatto deve evincersi considerando la sola condotta dell'agente.

Passando al ragionamento della Consulta³³², con la sentenza n. 200/2016³³³, la Corte costituzionale si allinea effettivamente alla giurisprudenza di Strasburgo, optando per il più favorevole criterio dell'*idem factum*, a dispetto della restrittiva nozione di *idem legale*, seppure ritenendo che il fatto debba essere comunque scomposto nella triade condotta, nesso di causalità ed evento naturalistico.

³³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, cit.

³³² Una ricostruzione del ragionamento della Corte costituzionale è offerta da M. BRANCACCIO – G. FIDELBO G., *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Ufficio del Ruolo e del Massimario – Settore penale*, 2017, Rel. n. 26, 22 ss.

³³³ Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in www.penalecontemporaneo.it, 24 luglio 2016, con nota di S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*.

In tal senso, la Corte deduce la falsità dell'inferenza del giudice *a quo*, che aveva ritenuto nell'ordinanza che l'aggancio alla sola componente empirica del fatto voluto dalla Corte EDU, imporrebbe di individuare quest'ultimo sulla falsariga dell'azione o dell'omissione descritta, trascurando di dare rilievo ad evento e nesso causale.

La Corte, infatti, osserva che la consolidata giurisprudenza della Corte EDU non conforta l'affermazione per cui il fatto, ai fini del divieto di *bis in idem*, si assume con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato, e rileva – al proposito – tre occasioni in cui il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima (sentenza 14 aprile 2014, *Muslija contro Bosnia Erzegovina*, § 34; sentenza 14 aprile 2014, *Khmel contro Russia*, § 65; sentenza 23 settembre 2015, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, § 37). Cosicché la giurisprudenza europea esprimerebbe un orientamento sistematico e definitivo a favore dell'*idem factum*, senza però circoscriverlo alla sola condotta. In altri termini, secondo la Corte sia l'art. 649 c.p.p. che l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU recepiscono il criterio dell'*idem factum* ma, all'interno di esso, la Convenzione non obbliga a scartare l'evento in senso naturalistico dagli elementi identitari del fatto, e, dunque, a superare in questo senso il diritto vivente nazionale³³⁴.

Quantunque, in base al ragionamento della Corte, la Convenzione obbliga gli Stati membri ad applicare il divieto in base ad una concezione naturalistica del fatto – senza però restringerlo nella sfera della sola condotta dell'agente – occorrerà comunque accertare la compatibilità, con tale modello vincolante, del diritto vivente formatosi sulla norma impugnata.

Il Giudice delle Leggi, in argomento, passa in rassegna la giurisprudenza di legittimità evidenziando, in effetti, l'esistenza di due orientamenti, uno maggioritario, l'altro minoritario³³⁵.

Il primo è quello per cui si interpreta il medesimo fatto di cui all'art. 649 c.p.p. come corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona. L'orientamento è rappresentato dalla sentenza *Donati* delle Sezioni Unite e, secondo la corte costituzionale, esso esprime un'affermazione netta ed univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il “fatto” sia scomposto in condotta, evento, nesso causale: a condizione che tali elementi siano ponderati con esclusivo riferimento alla loro dimensione empirica, tale impostazione è del tutto compatibile con la nozione di fatto storico consolidata dalla giurisprudenza europea.

³³⁴ In particolare, secondo il Giudice delle Leggi «non solo non vi è modo di ritenere che il fatto, quanto all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU sia da circoscrivere alla sola condotta dell'agente, ma vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale».

³³⁵ Per alcuni approfondimenti, vedi *supra* § 11.1

La stessa Corte costituzionale, però, non può tacere che nella giurisprudenza di legittimità persiste anche un altro orientamento, per quanto minoritario, che pur echeggiando il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, lo corrompe, aggiungendo che deve essere considerata non solo la dimensione storico-naturalistica ma anche quella giuridica, ossia: è necessario tenere in conto anche le implicazioni penalistiche dell'accadimento. Un orientamento, dunque, in cui si cela un criterio di giudizio legato all'*idem legale*, che non è compatibile, con la Costituzione, né con la CEDU, sicché è necessario che esso sia «definitivamente abbandonato».

Acquisita consapevolezza dell'esistenza di una duplice linea interpretativa, la Consulta sostiene che il carattere occasionale di tali interventi giurisprudenziali li rende comunque incapaci di configurare la lettera e la logica dell'art. 649 c.p.p. Dunque, il diritto vivente non può che identificarsi con il primo dei due orientamenti esaminati, avallato dalle Sezioni Unite, così da escludere il primo profilo di contrasto costituzionale lamentato dal giudice *a quo*.

Come anticipato, però, l'ordinanza di rimessione segnalava un secondo possibile contrasto tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU con riguardo alla «regola, enucleata dal diritto vivente nazionale, che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso con formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto».

In effetti, sulla base del diritto vivente, il rinnovato esercizio dell'azione penale è consentito, in presenza di un concorso reale di reati, anche quando il fatto, nel senso indicato, è il medesimo sul piano empirico, ma forma oggetto di una convergenza reale tra distinte norme incriminatrici, tale da generare una pluralità di illeciti penali.

Il nesso di necessità³³⁶ predicato dal diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem* inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 c.p.p. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento.

³³⁶ Va premesso che, sul piano delle opzioni di politica criminale dello Stato, è ben possibile, per quanto qui interessa, che un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene (sia pure secondo il criterio di favore indicato dall'art. 81 c.p.p.).

Qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 c.p.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico.

Non vi è alcun automatismo tra l'operare dell'istituto del concorso formale di reati, che sconta il superato vaglio dell'inesistenza di un concorso apparente di reati, ed il non operare del meccanismo che preclude l'attivarsi di un nuovo procedimento penale.

Questa operazione – afferma, dunque, la Corte costituzionale – non è consentita dall’art. 4, Prot. n. 7, perché segna l’abbandono dell’*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*, mentre al contrario, l’esercizio di una nuova azione penale dopo la formazione del giudicato deve dipendere esclusivamente dal raffronto tra la prima contestazione, per come si è sviluppata nel processo, e il fatto posto a base della nuova iniziativa del pubblico ministero, ed è perciò permessa in caso di necessità, ma sempre vietata nell’ipotesi di medesimezza del fatto storico.

Per le ragioni esposte, con la pronuncia del 21 luglio 2016, n. 200, il Giudice delle Leggi dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale di reati *tra res iudicata e res iudicanda*.

Inoltre, con la presente pronuncia di illegittimità costituzionale, la Consulta consegna alcune indicazioni al giudice domestico (e, dunque, anche al giudice *a quo*). La Corte ribadisce che sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può ritenere che il fatto oggetto del nuovo giudizio sia il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe mettersi in dubbio, ad esempio, la diversità dei fatti, qualora da un’unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell’integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico.

Dal passaggio riportato, pertanto, deriva che il *bis in idem* certamente non sussiste con riferimento alle 72 persone offese del procedimento *Eternit-bis* (sulle 258 totali) che non comparivano tra le persone offese del primo procedimento, e che pertanto, quanto meno rispetto ad esse, il procedimento per omicidio volontario può continuare.

La Corte, però, ha lasciato aperto uno spiraglio anche per quanto riguarda la prosecuzione del processo rispetto alle 186 persone che già figuravano tra le persone offese del procedimento per i reati *ex art. 434 c.p. e 437 c.p.* Così prosegue, infatti, la motivazione: «Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell’imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze».

È stato detto, in argomento, che questo «passaggio è assai delicato, anche perché si gioca su una sottile e forse problematica distinzione tra criterio dell’*idem factum* e criterio dell’*idem legale*». Sembrerebbe, infatti, che il giudice *a quo* sia chiamato a prendere sì in considerazione il “fatto

storico” oggetto del giudizio di primo grado, «ma così come “illuminato” e ritagliato dalle fattispecie ex art. 437 e 434 c.p. aggravate dagli eventi previsti dai relativi capoversi»³³⁷.

11.5 L’evento nella prospettiva dell’*idem factum*: le persistenti divergenze tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo

Alla luce di quanto esposto, sembra che non vi sia più ragione di rilevare – sul tema della “medesimezza dei fatti” – una divergenza di approcci tra Corti europee e giurisprudenza nazionale. Le fonti giurisprudenziali menzionate, infatti, fanno oramai tutte riferimento al criterio dell’*idem factum*, ossia del fatto così come verificatosi nella sua dimensione storico-naturalistica, negando esplicitamente la praticabilità di un’interpretazione della medesimezza fattuale ancorata all’*idem legale*. Quando detto, dal punto di vista del giudice nostrano, emerge con chiarezza dalla sentenza della Consulta resa nel procedimento Eternit-*bis*, sicuramente condivisibile nella misura in cui reputa “convenzionalmente precluso” e, dunque, “costituzionalmente illegittimo”, negare la medesimezza del fatto per via della sola sussistenza, tra il reato *sub iudice* e quello già giudicato, del concorso formale.

Fin qui, dunque, l’approccio della giurisprudenza costituzionale regge. Ciò che non convince, invece, non è tanto il “contenitore” (*rectius*: la nozione di *idem factum*), quanto il “contenuto”. Infatti, la Corte delle leggi attribuisce al concetto di “*idem factum*” un’estensione tale da ricomprendere non solo la condotta, ma anche l’evento e il nesso causale, seppure naturalisticamente intesi. Per converso, la Corte di Strasburgo ha più volte ravvisato la violazione della garanzia del *ne bis in idem* quando le imputazioni, ascritte all’accusato nel secondo procedimento, «scaturiscano dalle medesime circostanze concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio»³³⁸ ovvero, e precisamente, siano riconducibili «alla medesima condotta, riconoscibile alla luce delle concrete circostanze, che per come inestricabilmente collocate nel tempo e nello spazio, appaiano sostanzialmente identiche»³³⁹, senza riferimento alcuno, dunque, all’evento (o al nesso di causalità).

Proprio per questo stupisce che la Consulta – pur avendo correttamente rilevato che la Corte della Convenzione, «a dispetto della lettera dell’art. 4 del Protocollo 7», recepisce «il più favorevole criterio dell’*idem factum* [...] anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*» – abbia comunque

³³⁷ Per simili rilievi, S. ZIRULIA, *Ne bis in idem*, cit.

³³⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Zolotukhin c. Russia*, cit., §§ 80-84.

³³⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., testualmente § 224.

escluso, poi, che da ciò derivi la correttezza dell'asserzione del rimettente, secondo cui l'identità del fatto va calibrata esclusivamente sull'identità della condotta, nell'irrelevanza, quindi, di evento e nesso di causalità.

Invero, il parziale rifiuto della tesi del giudice *a quo*, si basa su alcune argomentazioni agevolmente confutabili³⁴⁰.

Anzitutto, secondo la Corte costituzionale non vi sarebbe «alcuna ragione logica» sulla cui base il “fatto”, anche se da intendersi «nella sola dimensione empirica», debba essere circoscritto all'azione od omissione e, dunque, senza annoverare «anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente». Tale possibilità non sarebbe preclusa dalla giurisprudenza convenzionale, fin quando il fatto non sia inteso nella sua accezione “normativa”.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi pure rileva che in *Grande Stevens* si fa esplicitamente riferimento alla «stessa condotta»³⁴¹ per rinvenire la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, ma ciò semplicemente in quanto la comparazione tra fattispecie, in quel caso, intercorreva tra reati di mera condotta, sì che l'accertamento sulla medesimezza fattuale non poteva che riguardare solo quest'ultima. In terzo luogo, sarebbe pure significativo che la Corte EDU abbia talvolta attribuito importanza, nella valutazione dell'*idem factum*, alla riferibilità della condotta alla medesima vittima, così fornendo un «indizi[o]» sulla possibilità che il diverso «oggetto fisico» comporti anche un mutamento del fatto.

Da ultimo, la Corte costituzionale – avendo riguardo, da un lato, alla possibilità di riapertura³⁴² del procedimento ai sensi dell'art. 4, § 2, Prot. n. 7, CEDU e, dall'altro, a quanto affermato dalla Corte di Strasburgo in merito alla possibilità di bilanciare³⁴³ il divieto *de quo* con le garanzie fondamentali

³⁴⁰ È utile, su questo fronte, precisare che la dottrina maggioritaria – diversamente dalla giurisprudenza – fin dalla “risistemazione” avvenuta in argomento con la sentenza *Zolotukhin* del 2009, ha ritenuto che a Strasburgo per *idem factum* dovesse intendersi “medesima condotta”: «l'approccio [della Corte EDU] alla identità del fatto è inquadrato nei criteri della medesimezza fattuale e storica, con la necessità non tanto di verificare la coincidenza tra gli elementi costitutivi del reato, quanto di accertare la sovrapposibilità tra i fatti oggetto della prima e della seconda contestazione al fine di ravvisare la loro riconducibilità alla stessa condotta, così come emerge dalle pronunce frutto del nuovo corso segnato dalla sentenza *Zolotukhin*, [...]». Così, testualmente ed in via meramente esemplificativa, proprio a margine dell'incidente di costituzionalità sollevato dal Tribunale di Torino nel processo *Eternit-bis*, M.N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, n. 3, 1212.

³⁴¹ Così, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., § 233, in cui nello specifico si afferma che «la questione da definire non è se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-ter e 185 comma 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta».

³⁴² Come è noto, la disposizione prevede che il principio del *ne bis in idem*, enunciato dall'art. 4 § 1, non impedisca «la riapertura del procedimento, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale della procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso».

³⁴³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Camera*, 27 maggio 2014, *Margus c. Croazia*, la quale ha escluso l'applicabilità dell'art. 4 del Prot. n. 7 alla CEDU in un caso in cui il primo processo, definito attraverso l'applicazione

di cui agli artt. 2 e 3 CEDU – rileva la sussistenza di un «certo grado di relatività» della tutela convenzionale del *ne bis in idem* che, in tesi, permetterebbe di escludere che l'interprete nazionale sia obbligato a preferire, fra le accezioni di *idem factum* convenzionalmente compatibili, quella – di “stessa condotta” – che preserverebbe l'imputato da una nuova azione penale anche nei casi «in cui sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona», oppure «un'unica condotta abbia determinato una pluralità di vittime, lese in beni primari e personalissimi come la vita e l'integrità fisica».

Per converso, è stato osservato³⁴⁴, che la conclusione della Corte, pur ampiamente argomentata, risulta tuttavia cieca dinanzi ad alcuni arresti – anche recenti – della giurisprudenza convenzionale. Il frequente riferimento della giurisprudenza di Strasburgo alla “condotta” non può essere sminuito dalla sola circostanza che, nel caso specifico sottoposto al vaglio della Corte, i reati in discussione fossero di mera condotta. Spesso, infatti, il giudice della Convenzione ha posto l'accento sulla «stessa condotta rivolta nei confronti della medesima vittima», per trarne la violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU, nonostante il confronto riguardasse un reato di mera condotta e un reato di evento, o due reati di diverso evento³⁴⁵.

Inoltre, il giudice di Strasburgo costantemente fa riferimento agli accadimenti concreti da cui «scaturiscono»³⁴⁶ le imputazioni oggetto dei plurimi giudizi, ravvisandovi l'*idem factum* a condizione che riguardino il medesimo imputato e siano inscindibilmente legati nel tempo e nello spazio. È, dunque, la discontinuità spazio-temporale degli accadimenti a segnare il mutamento del fatto, mentre nessun rilievo pare assumere la circostanza che il primo fatto giudicato copra solo alcuni segmenti di condotte, eventi, e nessi causali.

In via meramente esemplificativa, sono stati richiamati³⁴⁷ alcuni casi concreti emblematici di quest'orientamento della giurisprudenza EDU, maggiormente estensivo rispetto a quello praticato – anche da ultimo, appunto – dal giudice domestico. In particolare, il riferimento va ad alcune

di un'amnistia, riguardava gravi crimini contro l'umanità. Nel dettaglio, la Corte concludeva che «*Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention is not applicable in the circumstances of the present case*», sulla base del fatto che «*the guarantees under Article 4 of Protocol No. 7 and States' obligations under Articles 2 and 3 of the Convention should be regarded as parts of a whole*», e ha di conseguenza riconosciuto addirittura che «*bringing a fresh indictment against the applicant and convicting him of war crimes against the civilian population, the Croatian authorities acted in compliance with the requirements of Articles 2 and 3 of the Convention*».

³⁴⁴ Cfr., B. LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, n. 1, 64 s.

³⁴⁵ Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, 14 aprile 2014, *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, relativa ad un caso in cui il ricorrente, già giudicato per aver disturbato la quiete pubblica attraverso condotte aggressive nei confronti della moglie, era stato successivamente processato per le lesioni personali scaturenti da quelle condotte. Anche, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. III, 23 giugno 2015, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*.

³⁴⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zolotukhin c. Russia*, cit., § 82, costantemente richiamata dalla giurisprudenza successiva.

³⁴⁷ Cfr. B. LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu*, cit., 65 s.

decisioni relative a casi in cui vi era stata una prima condanna per reati minori contro l'ordine pubblico e, in seguito, un secondo processo per i danni o le lesioni causate a cose o persone dai predetti reati (gli eventi dei reati, appunto). In nessuno di questi casi concreti la circostanza che, nel primo processo, non si fosse considerato l'evento naturalistico – i danni o le lesioni cagionate – avevano portato la Corte a ritenere insussistente la violazione convenzionale visto che, diversamente, l'accadimento concreto – la condotta – era comunque il medesimo³⁴⁸.

Pure può citarsi una recente sentenza della Corte EDU³⁴⁹, ove la violazione del *ne bis in idem* è stata riscontrata nel caso di un ricorrente, già condannato per l'illecito di “atti di disordine minori”³⁵⁰ per aver ingiuriato e minacciato il personale di un bar, che era stato successivamente condannato anche per il reato di “atti di disordine aggravati”, per aver percosso e cagionato lesioni al medesimo personale, nonché danneggiato gli arredi del locale. Nel caso di specie, la Corte – pur riconoscendo che dalla seconda condanna emergano “fatti rilevanti” che non erano stati nemmeno menzionati nella precedente – conclude per la violazione della garanzia del *ne bis in idem*, sul presupposto che questi ulteriori fatti rilevanti traggano origine «dalla medesima e continuativa condotta solo parzialmente descritta nella prima decisione» e, ciò, nonostante la polizia, intervenuta pressoché in flagranza, avesse avuto l'opportunità di accertare in modo completo ed immediato il caso sulla scena del reato.

Ciò che parrebbe emergere dalla giurisprudenza di Strasburgo, dunque, è l'equivalenza tra “*idem factum*” e “medesima condotta”, seppure con alcune precisazioni utili, in quanto – come è naturale che sia – la stessa condotta si configura come un insieme di accadimenti inscindibili nel tempo e nello spazio.

³⁴⁸ In tal senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, cit., in particolare § 34; ID., Sez. I, 26 giugno 2009, *Maresti c. Croazia*, § 63; ID., Sez. III, 1° giugno 2016, *Milenkovich c. Serbia*, §§ 39-41.

³⁴⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, 16 giugno 2016, *Igor Tarasov c. Ucraina*, in particolare § 28.

³⁵⁰ L'illecito, meramente amministrativo nel diritto nazionale, è stato ritenuto “sostanzialmente penale” dalla Corte di Strasburgo.

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE SUI RAPPORTI TRA *NE BIS IN IDEM* E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

1. La sentenza *Fransson*. Il braccio di ferro tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo

Nella materia oggetto d'analisi, il c.d. *Affaire Grande Stevens*³⁵¹ rappresenta una compiuta sintesi dei precedenti della Corte di Strasburgo, nonché capitolo centrale di una storia giudiziaria che, ancora ad oggi, sembra non avere fine.

Ma proprio la storia, è risaputo, non è un elenco di accadimenti tra di loro slegati, quanto piuttosto la cifra risultante da una tradizionale addizione di cause ed effetti. E la “causa” della pronuncia *Grande Stevens* potrebbe essere un'altra pronuncia, di un'altra Corte, su un altro caso di doppio binario sanzionatorio. Ci si riferisce alla sentenza *Fransson*³⁵² della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

È proprio alle porte di Lussemburgo che lasciavano ogni speranza i molti che ritenevano che il divieto di *bis in idem* fosse il frutto di un pensiero condiviso ed univoco. Perché proprio a Lussemburgo si arrestava il dialogo tra le due Corti europee. La comparazione della sentenza *Fransson* della Corte di Giustizia con la successiva sentenza *Grande Stevens* della Corte EDU,

³⁵¹ Ci si riferisce a Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Seconda sezione, sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014, 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*. La pronuncia ha avuto un'eco vastissima: in via esemplificativa, si vedano anche F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, n. 5, 614 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2014.

; G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario sanzionatorio o binario morto? (Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, n. 5, 953 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3/4, 219 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 2014, n. 5, 1196 ss.

³⁵² Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

infatti, rende evidente che, in realtà, «le due Corti [...] l'hanno pensata assai diversamente questa garanzia»³⁵³.

1.1 I fatti

La pronuncia in commento è stata resa in via pregiudiziale dalla Grande sezione, il 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10³⁵⁴.

Il Signor Hans Åkerberg Fransson era chiamato a rispondere dinanzi allo *Haparanda tingsrätt*, tribunale penale di primo grado svedese, di frode fiscale aggravata, per aver fornito informazioni inesatte nelle dichiarazioni – relative a due diversi esercizi fiscali – finalizzate alla quantificazione dell'imponibile per il calcolo dell'imposta sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto. Per tali casi, la *skattebrottslagen*, la legislazione svedese in materia di reati tributari, prevedeva l'irrogazione di una pena detentiva che, nel caso del sig. Fransson, poteva variare da un minimo di sei mesi ad un massimo di sei anni.

Tuttavia, con decisione del 24 maggio 2007, lo *skatterverket*, amministrazione fiscale svedese, aveva già inflitto al sig. Fransson una sovrattassa per i medesimi fatti oggetto dell'azione penale e la decisione relativa alla sovrattassa era divenuta definitiva per decorso del termine utile all'impugnazione.

È a questo punto che ha origine la sentenza che si commenta. Infatti, il tribunale penale di primo grado svedese si trovava così a dover valutare la compatibilità del regime di cumulo di sanzione penale e amministrativa, prevista dalla legislazione svedese, con il divieto di *bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta di Nizza e all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e, pertanto, decideva di sospendere il procedimento per sottoporre cinque quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

³⁵³ Così, G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 476.

³⁵⁴ Ampiamente, in chiave critico-ricostruttiva, N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, n. 3, 883 ss. Per una lettura sui rapporti tra le Corti europee si veda, tra tutti, R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in www.diritticomparati.it, 6 marzo 2013.

1.2 Il “dubbio” sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale

Seppure non esplicitamente proposta dal giudice svedese, ai cinque quesiti cui si è fatto cenno, era necessario premettere – quale antecedente logico-giuridico – una rilevante questione preliminare: quella della competenza della Corte di Giustizia a sindacare la compatibilità di una legislazione nazionale con i diritti fondamentali, così come tutelati dalla Carta di Nizza. Ciò in quanto, solo in caso di risposta affermativa alla questione, l'intera domanda pregiudiziale sarebbe stata ricevibile.

Dunque, preliminarmente la Corte avrebbe dovuto chiarire l'interpretazione dell'inciso, invero assai problematico, contenuto nell'art. 51, § 1, CDFUE³⁵⁵, che appunto limita la sua applicazione – e, di conseguenza, limita anche la competenza della Corte di Giustizia³⁵⁶ in base alla Carta – alle sole misure nazionali che costituiscono «attuazione del diritto dell'Unione».

Qualche antefatto. Prima del riconoscimento dell'efficacia vincolante della Carta di Nizza (*ex art. 6 TUE*)³⁵⁷, la Corte di Giustizia aveva ripetutamente affermato che i diritti fondamentali, garantiti in quanto principi generali del diritto dell'UE, costituiscono un parametro vincolante per tutte le misure nazionali ricadenti “nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”. Pur non avendo mai fornito una definizione esaustiva di questa nozione, il suo significato può essere ricavato dalla relativa giurisprudenza *ante-Lisbona*³⁵⁸. Da tale analisi giurisprudenziale si evince che i diritti fondamentali, anche se principi generali, non possono fungere da parametro di compatibilità di una misura nazionale con il diritto dell'Unione solo in forza della loro pretesa violazione da parte di quella misura; occorre, in aggiunta, dimostrare che la misura nazionale presenti un collegamento

³⁵⁵ L'art. 51 CDFUE, recita: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.

2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.»

³⁵⁶ Dalla definizione della portata della regola sancita nell'art. 51, § 1, CDFUE, dipende la sussistenza della competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi sulla Carta. Come precisato difatti dai giudici eurounitari nella pronuncia in commento. Sul punto, laddove «una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza» (§ 22).

³⁵⁷ Trattato sull'Unione Europea. I riferimenti alle disposizioni del TUE sono tratti dal portale: EUR-lex, <http://eur-lex.europa.eu/>, 1998-2017.

³⁵⁸ La stessa Corte di Giustizia ha sottolineato una continuità tra il proprio orientamento giurisprudenziale anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona relativo alla misura in cui l'operato degli Stati membri deve conformarsi alle prescrizioni derivanti dai diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione, e la regola sancita nell'art. 51, § 1, CDFUE, così come interpretata alla luce delle Spiegazioni della Carta. Cfr. *Comunicato Stampa, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Lussemburgo, 26 febbraio 2013, Sentenza nella causa C-617/10, Åklagaren / Hans Åkerberg Fransson*, in <http://curia.europa.eu/>. Per una lettura in tale prospettiva della sentenza si veda la nota redazionale di E. LONGO, *La Corte di giustizia sancisce la continuità tra l'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza pre-Lisbona sui diritti fondamentali quali principi generali: la sentenza nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2013, n. 1.

sufficientemente stretto con una regola di diritto UE che non sia il principio generale che si assume violato³⁵⁹.

Assunta a cardine della questione l'analogia espressione «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», sarebbe assolutamente anacronistico pensare che la normativa svedese, oggetto del procedimento penale a carico del sig. Fransson, fosse stata adottata con il proposito di dare attuazione a disposizioni eurounitarie: la Svezia è diventata Stato membro dell'Unione nel 1995, mentre la *skattebrottslagen* risale al 1971; parimenti, è anteriore al '95 anche la disposizione che sancisce l'applicazione di una sovrattassa per gli stessi comportamenti sanzionati con la detenzione dalla *skattebrottslagen* e che è contenuta nella *taxeringslagen* – legge in materia di imposta sui redditi – del 1990. Dunque, l'adesione ad una interpretazione restrittiva dell'art. 51, § 1, della Carta, avrebbe evidentemente condotto ad una dichiarazione di irricevibilità del rinvio pregiudiziale.

Per questa conclusione propendevano, peraltro, la Commissione, almeno cinque dei nove Stati membri intervenuti³⁶⁰, e anche l'avvocato generale Cruz Villalón³⁶¹. Quest'ultimo, in particolare, riteneva insufficiente che il diritto nazionale fosse oggettivamente «posto al servizio degli obiettivi fissati dal diritto dell'Unione», dovendo piuttosto l'adozione della misura nazionale essere «direttamente motivata da quest'ultimo»³⁶². Nel caso specifico, a suo avviso, il problema della compatibilità del principio del *ne bis in idem* con il diritto svedese sarebbe «un problema generale per l'architettura del suo regime sanzionatorio» e, in quanto tale, assolutamente indipendente dalla riscossione dell'IVA³⁶³. Per tale ragione, l'Avvocato generale riteneva che la Corte di Giustizia dell'Unione non fosse competente a rispondere ai quesiti pregiudiziali proposti.

Distaccandosi, sul punto, nettamente dalla posizione di Villalón, la Grande sezione dichiarava, invece, ricevibile il rinvio. Nel caso di specie, infatti, la Corte affermava che «le sovrattasse e i procedimenti penali di cui il sig. Åkerberg Fransson è o è stato oggetto sono in parte collegati a violazioni dei suoi obblighi dichiarativi in materia di IVA», e devono pertanto considerarsi attuazione dell'obbligo degli Stati membri di «adottare le misure legislative e amministrative al fine

³⁵⁹ Cfr. N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson*, cit., 888 ss. L'Autrice, sul tema, evidenzia che la giurisprudenza ante-Lisbona aveva sancito il carattere non «free-standing» dei diritti fondamentali in quanto principi generali.

³⁶⁰ In particolare, sono intervenuti con osservazioni scritte i Governi svedese, austriaco, ceco, danese, irlandese, ellenico, olandese, nonché i Governi francese e tedesco solo con osservazioni orali.

³⁶¹ Si vedano le *Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón*, presentate il 12 giugno 2012, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

³⁶² *Ibidem*, §§ 60-61.

³⁶³ *Ibidem*, § 59. Nelle sue Conclusioni, l'Avvocato generale considerava “sproporzionato”, in relazione ad una fattispecie interna collegata solo “occasionalmente” al diritto dell'Unione, un intervento della Corte di Giustizia destinato ad impattare sull'architettura generale del sistema sanzionatorio interno svedese (sino a poter prevalere sulle «strutture costituzionali» e «gli obblighi internazionali» di tale Paese).

di garantire che l’IVA sia interamente riscossa nel suo territorio»³⁶⁴, quale sancito dagli articoli 2, 250, § 1, e 273 della Direttiva 2006/112 sul sistema comune d’imposta sul valore aggiunto³⁶⁵. Le stesse disposizioni devono, secondo il Giudice di Lussemburgo, considerarsi altresì attuazione dell’art. 325 TFUE, che fa obbligo agli Stati membri di adottare misure dissuasive ed effettive per combattere le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell’Unione, prevedendo, inoltre, che, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari euro-unitari, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le stesse misure predisposte per combattere la frode lesiva dei propri interessi (c.d. *assimilation principle*). In particolare, secondo la Corte, l’applicazione delle normative svedesi in questione «mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l’obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell’Unione»³⁶⁶. Pertanto, «il fatto che le normative nazionali che fungono da base a tali sovrattasse e procedimenti penali non siano state adottate per trasporre la Direttiva 2006/112 non può essere tale da rimettere in discussione detta conclusione», in tal modo allineandosi in pieno alla giurisprudenza *ante-Carta*, per cui non rileva l’intenzione del legislatore di dare attuazione al diritto UE, ma il risultato oggettivo.

In conclusione, tutte le volte in cui la misura nazionale oggetto della controversia presenta un collegamento con una disposizione di diritto UE che è rilevante nella fattispecie, ma diversa dal diritto fondamentale che si pretende leso, entra in rilievo la protezione offerta dalla Carta. Non occorre, invece, che la misura sia stata specificamente adottata dal legislatore nazionale per dare attuazione ad obblighi posti dal diritto dell’Unione³⁶⁷.

Ritenendo, dunque, il rinvio pregiudiziale del giudice svedese ricevibile, la Corte UE procedeva al vaglio dei cinque quesiti.

1.3 Il primo quesito pregiudiziale: la disapplicazione della norma nazionale contrastante con un diritto fondamentale

La prima questione pregiudiziale³⁶⁸ riguardava la compatibilità con il diritto dell’Unione della legislazione svedese. La stessa, infatti, subordinava la disapplicazione di una norma nazionale in

³⁶⁴ Così, sentenza Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 25.

³⁶⁵ *Ibid.*, § 26.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Cfr., N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson*, cit., 888 ss.

³⁶⁸ Invero, avendo invertito l’ordine dei quesiti proposti, la prima questione proposta dal giudice svedese venne affrontata per ultima dalla CGUE.

contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla CEDU o dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, alla condizione che il contrasto risultasse chiaramente dal testo di tali strumenti o dalla giurisprudenza relativa. In risposta, la Corte ha evidenziato il diverso *status* che le due fonti hanno attualmente nell'ordinamento giuridico UE.

Riguardo all'ipotesi di contrasto tra una disposizione nazionale ed un diritto fondamentale garantito dalla CEDU, la Corte ha innanzitutto ricordato che, nonostante l'art. 6, § 3, TUE³⁶⁹ sancisca che i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e che l'art. 52, § 3, della Carta³⁷⁰ imponga di dare ai diritti in essa contenuti, corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico eurounitario, «fintanto che l'Unione non vi abbia aderito». Di conseguenza, «il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale»³⁷¹. Infatti, l'Unione, non essendo dotata di alcuna competenza in materia di rapporti tra CEDU e diritto nazionale, non può disciplinare in modo generale le conseguenze che devono essere tratte nei casi di contrasto tra norma domestica e norma convenzionale.

Diverso è, invece, il caso del conflitto tra disposizione interna e diritti garantiti dalla Carta di Nizza, infatti: «secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»³⁷².

Dunque, la Corte concludeva che il diritto UE osta ad una prassi simile, ossia una prassi che subordina l'obbligo di disapplicazione di una disposizione interna in contrasto con un diritto fondamentale della Carta, alla condizione che l'antinomia risulti dal tenore della medesima o dalla

³⁶⁹ Ai sensi dell'art. 6, § 3, TUE: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

³⁷⁰ *Ex* art. 52, § 3, CDFUE: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

³⁷¹ Così, sentenza Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 44.

³⁷² *Ibid.*, § 45.

relativa giurisprudenza, «dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima»³⁷³.

1.4 L'ultimo quesito: una questione "irricevibile"

Per esigenze d'analisi, passiamo al vaglio dell'ultimo quesito pregiudiziale proposto dal giudice *a quo*, mediante il quale si interrogava la Corte sulla possibilità di evitare un contrasto con il principio del *ne bis in idem* trasferendo la competenza a decidere sull'imposizione di una sovrattassa dall'amministrazione fiscale al giudice ordinario. La questione è, invero, stata dichiarata irricevibile, perché la Corte UE ha rammentato al giudice – e alla platea degli osservatori – che tramite l'istituto del rinvio pregiudiziale essa ha la precipua funzione «di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri, e non di esprimere pareri consultivi su questioni generali o teoriche»³⁷⁴, mentre la domanda del giudice svedese era per l'appunto volta a stabilire la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale diversa da quella effettivamente in vigore in Svezia.

1.5 I quesiti secondo, terzo e quarto: la compatibilità della normativa svedese con il principio del *ne bis in idem*

In sostanza, i quesiti restanti – il secondo, il terzo ed il quarto – vertevano tutti sulla compatibilità della normativa svedese con il principio del *ne bis in idem*: il giudice svedese chiedeva alla Corte di Giustizia di stabilire se l'applicazione cumulativa di una sovrattassa per l'imposta fiscale evasa e di una sanzione penale per gli stessi fatti di falsa dichiarazione, fosse incompatibile con la previsione dell'art. 50 della Carta di Nizza.

La particolarità del caso dipendeva dal fatto che l'art. 50 è una norma del tutto sovrapponibile – *rectius*, "corrispondente" – al diritto garantito dall'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU. A norma dell'art. 52, § 3, CDFUE, infatti, se la Carta di Nizza contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea, «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» (c.d. "interpretazione parallela"), tenendo conto anche della pertinente

³⁷³ *Ibid.*, § 48.

³⁷⁴ *Ibid.*, § 42.

giurisprudenza della Corte di Strasburgo e fermo restando, comunque, la possibilità di garantire una protezione più elevata nell'ambito di applicazione delle Carte.

Tuttavia, se da un lato la Carta impone la specifica regola dell'interpretazione parallela, dall'altro, l'art. 4 è inserito in un Protocollo, il numero 7, che non era stato ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione. In argomento, si può pure utilizzare la Spiegazione relativa all'art. 52, § 3, della Carta che precisa che il riferimento alla CEDU riguarda «sia la Convenzione che i relativi Protocolli», e nella specie espressamente menziona anche l'art. 50 CDFUE in una delle due liste esemplificative di diritti corrispondenti, in particolare quella relativa agli articoli della Carta «che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU, ma la cui portata è più ampia»³⁷⁵. Infine, proprio la Spiegazione dell'art. 50 aggiunge che, «per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'art. 4 del Protocollo n. 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU». Da quanto riportato, parrebbe scontato affermare che la regola dell'interpretazione parallela debba trovare applicazione anche per le disposizioni della Carta di Nizza corrispondenti a diritti garantiti da Protocolli CEDU, anche se questi non sono stati ratificati da tutti gli Stati membri. Tuttavia, in questo caso, si avrebbe l'iniqua conseguenza che alcuni Stati dell'Unione deriverebbero dalla Carta – nei limiti dell'art. 51, § 1, della stessa – obblighi dai quali essi hanno inteso non essere vincolati non ratificando il Protocollo CEDU. E, per converso, per gli Stati membri ratificanti il Protocollo, l'inapplicabilità della regola dell'interpretazione parallela potrebbe determinare obblighi confliggenti in base alla Convenzione ed in base alla Carta.

Peraltro, se effettivamente la Corte di Giustizia si fosse conformata ai precedenti della giurisprudenza di Strasburgo, avrebbe dovuto affermare l'incompatibilità della normativa svedese in questione con il diritto UE. La Corte di Giustizia ha, invece, optato per una diversa interpretazione, senza fare riferimento alcuno all'art. 52, § 3, della Carta né alle varie indicazioni a favore della sua applicazione contenute nelle Spiegazioni.

In verità, lo stesso Avvocato generale aveva invitato la Corte – nel caso in cui essa non avesse dichiarato l'irricevibilità del rinvio, come da Villalón auspicato – a intraprendere «un'interpretazione parzialmente autonoma» dell'art. 50. A suo avviso, infatti, l'applicazione della regola dell'interpretazione parallela non sarebbe stata opportuna, in considerazione del fatto che l'applicazione del *ne bis in idem* alla duplice sanzione amministrativa e penale «non è stato

³⁷⁵ Ciò in quanto la protezione offerta dal principio del *ne bis in idem* «è estesa a livello dell'Unione europea tra le giurisdizioni degli Stati membri», cfr. *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (in particolare, relative all'art. 52 CDFUE), consultabili nel portale EUR-lex: <http://eur-lex.europa.eu/>.

unanimemente accettato dagli Stati membri»³⁷⁶. Ma, mentre l'avvocato generale aveva ampiamente discusso i motivi della ritenuta inapplicabilità dell'art. 52, § 3, della Carta, la Corte ha – può dirsi, deliberatamente – omissis ogni considerazione sul punto, esordendo in tal modo: «l'applicazione del principio del ne bis in idem, sancito all'articolo 50 della Carta, a procedimenti penali per frode fiscale come quelli oggetto della controversia principale [...] presuppone che i provvedimenti già adottati nei confronti dell'imputato ai sensi di una decisione divenuta definitiva siano di natura penale»³⁷⁷. In nessuna parte della pronuncia la Corte di Giustizia menzionava l'art. 4, Protocollo n. 7, né tanto meno i precedenti di Strasburgo in materia: «la Convenzione e la sua Corte sono cioè assolutamente ignorate, come l'ultimo tribunale di provincia»³⁷⁸. Ciononostante, il riferimento alla “natura penale” che deve avere la decisione definitiva parrebbe, *ictu oculi*, voler esprimere la volontà del Giudice di Lussemburgo di seguire la stessa via interpretativa seguita negli anni dalla Corte EDU, proprio nell'esegesi dell'art. 4. Si è fatto notare³⁷⁹, tuttavia, che tale lapidaria espressione – «natura penale» e null'altro, senza considerazione alcuna alla “sostanza penale” della sanzione – induce più ad un riferimento qualificatorio di tipo formale, ben lontano da quella indagine di tipo sostanzialistico tipica delle elaborazioni giurisprudenziali cui ci ha abituati la Corte EDU. Il Giudice dell'Unione, infatti, non parla di sanzione “sostanzialmente penale”, quanto di «provvedimenti [...] di natura penale», espressione che sembra generata da una ferma volontà di privilegiare, più che un profilo sostanzialistico, la qualificazione giuridica fornita dal diritto nazionale, quasi del tutto irrilevante, invece, per la Corte EDU.

Prescindendo da tali considerazioni, sulla base del solo art. 50 della Carta, la Corte di Giustizia dichiarava che la norma in parola non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali al fine di assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo i *c.d. EU's financial interests*³⁸⁰. In linea di principio, dunque, nulla impediva agli Stati dell'Unione di applicare cumulativamente una sovrattassa per l'imposta fiscale evasa e una sanzione penale per gli stessi fatti di falsa dichiarazione. Qualora, però, la sovrattassa fosse stata di “natura penale”, e fosse divenuta definitiva, l'art. 50 vieta l'avvio di un secondo procedimento penale *de eadem re et persona*³⁸¹.

³⁷⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale P. Cruz Villalón, cit., § 72.

³⁷⁷ Così, sentenza Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 33.

³⁷⁸ Così, P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, n. 3, 742 s.

³⁷⁹ In tal senso, G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 479.

³⁸⁰ Così, sentenza Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 34.

³⁸¹ *Ibidem*.

Inoltre, la natura penale doveva essere individuata alla luce dei tradizionali criteri della qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, della natura dell'illecito e della natura e grado di severità della sanzione, divenuti criteri *Bonda*³⁸² piuttosto che criteri *Engel*, visto il richiamo alla sola giurisprudenza eurounitaria³⁸³.

Ma il motivo a note stridenti che echeggiava a Lussemburgo non si esauriva in ciò: perché, se a Strasburgo spetta solo alla Corte e solo sulla base dei propri principi valutare “*the very nature of the offence*”, a Lussemburgo tale compito è affidato al giudice domestico. In particolare, «spetta al giudice del rinvio valutare alla luce di tali criteri [criteri *Bonda*], se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive»³⁸⁴.

In altre parole, la Corte di Lussemburgo, in *Fransson*, consente l'esclusione del cumulo sanzionatorio a condizione che le sanzioni “restanti” siano effettive, proporzionate e dissuasive, affidando tale complessa opera valutativa al giudice nazionale.

Nel dettaglio, quando la Corte di Giustizia parla di «standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza» rinvia alle affermazioni fatte proprio al termine dell'esame della ricevibilità del rinvio pregiudiziale. In quel frangente, il Giudice di Lussemburgo aveva affermato che «quando un giudice di uno Stato membro [è] chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'art. 51, § 1 della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»³⁸⁵.

³⁸² Corte di Giustizia UE, Grande sezione, sentenza del 5 giugno 2012, C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*.

³⁸³ Così, sentenza Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 35.

³⁸⁴ *Ibid.*, § 36.

³⁸⁵ Così, sentenza Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 29. Tale passo argomentativo, peraltro, dischiude nuovi scenari interpretativi, come ad esempio, quelli descritti da R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo?*, cit., che sottolinea che «Si tratta di una formulazione che intende, nella sostanza, riconoscere agli Stati la piena competenza sull'adozione di misure di contrasto ai fenomeni di evasione e di misurare gli effetti sulla base dei principi fondamentali in esso tutelati ma che, al contempo, proprio per il concorrente interesse dell'Unione alle politiche fiscali (in tema di imposte dirette), consente tale controllo fintanto che la stessa non incida, riducendoli, sui livelli di tutela previsti dalla Carta. In definitiva, la Corte intende affermare il primato del diritto dell'Unione anche nella disciplina dei diritti fondamentali allorché entra in gioco il diritto dell'UE. Se, in altri contesti, la stessa Corte aveva riconosciuto l'autonomia dei singoli Stati ad offrire *standard* di tutela dei diritti fondamentali anche più elevati di quelli offerti a livello UE – si pensi, al caso *Omega* – la Corte crea qui una “scala” fra gli *standard* di tutela che, nel caso concreto, la porta a posporre l'apparato di tutela interno, dando priorità a quello dell'Unione che

Per la Svezia, che ha ratificato il Protocollo n. 7, questo può sicuramente considerarsi uno «standard nazionale» ai sensi del citato § 29. Inoltre, l'applicazione dell'art. 4 sarebbe consentita anche sulla base della considerazione che la norma fornisce una tutela del principio del *ne bis in idem* più elevata di quella offerta dall'art. 50 CDFUE, dunque, soddisfacendo anche la seconda condizione richiesta dalla Corte di Giustizia, secondo cui lo *standard* non di diritto UE deve essere non solo applicabile nello Stato membro interessato, ma anche più protettivo rispetto alla Carta. Dunque, al giudice *a quo* non rimane che verificare che anche la terza condizione sia soddisfatta, ossia che l'applicazione dello *standard* nazionale più favorevole non comprometta l'esigenza dell'effettiva riscossione del prelievo IVA, secondo quanto richiesto dalla Direttiva 2006/112/CE. Ciò implica che l'eventuale contrasto del diritto nazionale con i diritti fondamentali non può comportare, in nessun caso, la “compromissione del primato o dell'effettività” del diritto dell'Unione³⁸⁶.

Insomma, tra le evidenti divergenze interpretative³⁸⁷ tra Corti europee originate dalla sentenza *de qua*, se ne enuclea un'altra: se secondo la sentenza *Fransson*, la valutazione della qualificazione della sanzione come penale e, soprattutto, della compatibilità del cumulo sanzionatorio con gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali (tra cui rientra ovviamente la CEDU), costituisce accertamento rimesso al giudice nazionale³⁸⁸, con i limiti indicati, secondo la giurisprudenza EDU, invece, consegnare nelle mani del giudice nazionale tale potere, costituisce un *vulnus* alla garanzia stessa, ossia un modo di elusione del divieto di *bis in idem*³⁸⁹.

Si aggiunga, poi, che l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE pare chiaramente volersi discostare da quella abitualmente fornita dalla Corte EDU in ordine all'art. 4, prot. 7, CEDU concretizzandosi in una “lettura tendenzialmente restrittiva”³⁹⁰ del divieto di un secondo giudizio. In primo luogo, infatti, il divieto di *bis in idem* deve essere confrontato con l'esigenza di adeguate sanzioni residuali: il giudice nazionale ha il compito di valutare se è necessario procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie (anche se sostanzialmente penali) e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli *standard* nazionali ai sensi del § 29 della presente sentenza, circostanza che

viene evocato attraverso l'utilizzazione di espressioni quali “primato, unità ed effettività”, idonei a chiudere in modo radicale ogni spiraglio alla possibilità di espansione a livelli più elevati di tutela (nazionali)».

³⁸⁶ In conclusione, può sinteticamente dirsi che per i giudici eurounitari un legame attuativo “debole” tra diritto interno e diritto dell'Unione non esclude l'operatività della Carta e neppure sembra ridurne la forza, al punto che essa è destinata a prevalere, in caso di divergenza, anche sullo *standard* nazionale.

³⁸⁷ Sugli aspetti dissonanti della sentenza *Fransson* rispetto alla consolidata giurisprudenza della Corte EDU sul *ne bis in idem*, si veda lo schema ricostruttivo disegnato da G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 477 ss.

³⁸⁸ Per una critica alla vaghezza della valutazione affidata al giudice domestico dalla sentenza *Fransson*, si veda 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*, Nota a Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, n. 3, 7.

³⁸⁹ Cfr., P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, cit., 743.

³⁹⁰ In questo senso, D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale*, cit., 8.

potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive.

Inoltre, se è vero che il giudice nazionale è abilitato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale, e gli è consentito applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, si tratta pur sempre di una verifica limitata, compressa da un duplice obbligo di bilanciamento: il primo, è la «non compromissione del livello di tutela previsto dalla Carta» (come interpretato dalla Corte); il secondo, è quello della «non compromissione del primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione».

Sulla base dei nodi problematici ricostruiti originati dalla sentenza *Fransson*, dunque, ai tempi aleggiava un profetico timore: prima o poi, la Corte EDU avrebbe risposto all'attacco sibillino della Corte di Giustizia. L'occasione – che Strasburgo sfrutterà proprio per riaffermare i postulati nel tempo patrocinati, compendati a sistema quasi fosse un riepilogo delle puntate precedenti – sarà proprio la nota pronuncia *Grande Stevens e Altri c. Italia*. Così, nel tentativo (invero, tutt'altro che celato), di riaffermare i propri approdi giurisprudenziali, Strasburgo assesterà un duro colpo al sistema di doppio binario sanzionatorio riservato dal legislatore italiano alla materia dei *market abuse*.

2. L'*Affaire Grande Stevens*

Già all'indomani della sentenza *Fransson*, acuta dottrina³⁹¹ paventava che a Lussemburgo si fosse oramai aperta una ferita insanabile tra le due corti europee. La conferma della lucida deduzione – originata dall'evidente dissonanza di approcci nell'esegesi dei rispettivi referenti normativi (art. 50 CDFUE e art. 4, Prot. n. 7, CEDU) – arriva il 4 marzo da Strasburgo, con il caso *Grande Stevens e Altri contro Italia*. È proprio questa la data in cui la Corte EDU si pronuncia su una vicenda nostrana, peraltro di particolare interesse economico oltre che sociale, a cominciare dai soggetti coinvolti (IFIL Investments s.p.a. e Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a.) e dalla materia trattata. La sentenza, infatti, mette lucidamente in discussione il sistema italiano in materia di abusi di mercato, sia per violazione del diritto al *fair trial* (art. 6, § 1, CEDU), sia per violazione del diritto a non essere giudicati o puniti due volte (art. 4, VII Protocollo, CEDU).

³⁹¹ In tal senso, N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson*, cit., 883 ss.; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, cit., 743.

2.1 I fatti all'origine della pronuncia

Veniamo, anzitutto, ai fatti³⁹². Il 26 luglio 2002 FIAT s.p.a. contraeva un debito di 3 miliardi di euro con un *pool* di otto banche. All'interno dell'accordo contrattuale, era sottoscritta una specifica clausola che prevedeva, in caso di mancato rimborso del prestito da parte di FIAT s.p.a., che le banche avrebbero potuto compensare il proprio credito sottoscrivendo un aumento di capitale della società. Nel dettaglio, se la restituzione del prestito convertendo non fosse avvenuta entro la data del 20 settembre 2005, il debito sarebbe stato automaticamente convertito in azioni FIAT. A quel punto, dunque, il rischio era che IFIL Investmensts s.p.a. perdesse la posizione di azionista di controllo in seno a FIAT.

Infatti, nel 2005, al vertice del gruppo Agnelli si trovava la Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a., che aveva il contemporaneo controllo azionario delle società EXOR, IFI e IFIL. In particolare, IFIL – società controllata al 63,6% da IFI, a sua volta interamente posseduta dalla Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a. – deteneva in FIAT una partecipazione pari al 30,6%. Dunque, il mancato rimborso del prestito contratto nel 2002, avrebbe determinato un nuovo assetto proprietario: se l'importo non restituito fosse stato convertito in capitale azionario sottoscritto dalle banche creditrici, la società IFIL – come detto, sostanzialmente controllata dalla Giovanni Agnelli & C. – avrebbe subito un consistente ridimensionamento della sua partecipazione in FIAT, che sarebbe passata da una quota del 30,6% ad una del 22% circa.

Per il gruppo Agnelli, al fine di evitare di perdere il controllo della società FIAT, si poneva la necessità di impedire che la partecipazione azionaria di IFIL in FIAT scendesse al di sotto del 30% del capitale, quota necessaria per ritenere non contendibile la società.

Così, nell'aprile 2005, l'avvocato Franzo Grande Stevens, su incarico della EXOR, avviava delle trattative con la Merrill Lynch International Ltd (d'ora in poi MLI), banca d'investimento internazionale, al fine di rinegoziare un preesistente contratto di *equity swap*³⁹³. La rinegoziazione si sarebbe poi conclusa con l'accordo definitivo del 15 settembre 2005, con cui si prevedeva che la MLI acquistava, ad un prezzo non superiore a 6 euro per azione, 90 milioni di azioni FIAT, ossia un valore di azioni pari a quello necessario al gruppo Agnelli per mantenere la quota di partecipazione azionaria del 30,6%. Se, alla scadenza del contratto – originariamente indicata in

³⁹² Per una ricostruzione della vicenda, si veda T. TRINCHERA – G. SASSOROLI – F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso Fiat*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2013; si v. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., §§ 5-58.

³⁹³ Si tratta, nella specie, di un contratto derivato finanziario costituito, in pratica, da una scommessa.

data 23 dicembre 2006 – il valore del titolo FIAT fosse stato superiore a 6 euro, EXOR avrebbe incassato la plusvalenza, se fosse stato inferiore, ad incassarla sarebbe stata, invece, la MLI.

L'operazione non viene comunicata al pubblico. Infatti, il 26 aprile 2005 FIAT comunicava al pubblico unicamente di aver incontrato i rappresentanti delle banche creditrici e rendeva noto che, non potendo rimborsare il prestito, il 20 settembre avrebbe ordinariamente proceduto all'aumento di capitale necessario per la conversione del debito contratto in azioni.

Intanto, nei mesi che seguirono tale annuncio e, dunque, nelle more della scadenza del prestito, le azioni FIAT registrarono una variazione positiva del 55%, con un aumento del prezzo da 4,6 a 7,15 euro per azione.

Il 12 settembre, come previsto, FIAT decideva l'aumento di capitale ad un prezzo per azione di 10,28 euro, di gran lunga superiore all'allora valore di mercato che si assestava sui 7,3 euro per azione. Solo 3 giorni dopo, EXOR e MLI modificavano ufficialmente il contratto di *equity swap* prevedendone la chiusura anticipata, con esecuzione fissata per il 20 settembre 2005, e l'acquisto da parte di EXOR da MLI di 82,25 milioni di azioni FIAT al prezzo di 5,6 euro. EXOR vendeva poi ad IFIL le azioni FIAT ricevute da MLI al prezzo di 6,5 euro per azione, così permettendo ad IFIL di mantenere – nonostante l'aumento di capitale alla scadenza del prestito – una partecipazione azionaria del 30,06% in FIAT. IFIL riusciva così a conservare la sua posizione di controllo nella compagnia automobilistica. L'acquisto dei suddetti 82,25 milioni di azioni da EXOR – a seguito della rinegoziazione del contratto di *equity swap* – veniva comunicato al pubblico da IFIL solo il 15 settembre 2005.

Dopo l'annuncio, le azioni FIAT registravano un calo del 7,9%, essendo ormai reso edotto il pubblico degli investitori che IFIL avrebbe conservato, in misura pressoché invariata, la quota del 30%, e che la società FIAT non era pertanto più contendibile.

La complessa ricostruzione della vicenda fin qui delineata acquisirà, però, ampia eco e risalto internazionale solo nel momento in cui, prima la Consob, poi il giudice penale, contesteranno ai suoi protagonisti gli illeciti di manipolazione del mercato contenuti nel t.u.f., così incanalando il caso nei binari del sistema italiano di doppia sanzione in materia di abusi di mercato. Le regolari *performance* del mercato, infatti, risulteranno alterate dalla diffusione al pubblico, nell'agosto del 2005, di un comunicato non del tutto veritiero, posto che la sua falsità sarà ravvisata proprio nella mancata menzione del progetto di rinegoziazione del contratto di *equity swap*, celato verosimilmente per evitare possibili effetti al ribasso sul prezzo delle azioni FIAT.

È noto, infatti, che la Consob, alla vigilia della conversione del prestito (il 23 agosto 2005), inviava ad IFIL e a Giovanni Agnelli & C. una "Richiesta di comunicazione al pubblico di notizie ai sensi

dell'art. 114, comma 5, del d.lgs. 58/1998", in cui chiedeva di «diffondere un comunicato stampa contenente informazioni in merito ad eventuali iniziative intraprese e/o allo studio in relazione alla prossima scadenza del [...] prestito convertendo, nonché ad eventuali nuovi fatti rilevanti riguardanti la sfera societaria e comunque ogni notizia utile a spiegare l'andamento delle quotazioni dei titoli emessi dalla medesima società», visto che in quei mesi, come anticipato, il titolo FIAT fece numerosi strappi al rialzo.

La risposta alla richiesta della Consob arrivava già il giorno successivo: il 24 agosto, l'avvocato Grande Stevens, previa approvazione dell'allora presidente di FIAT, Gabetti, trasmetteva a nome della società, un comunicato stampa in cui dichiarava di «non aver intrapreso né studiato alcuna iniziativa in relazione alla scadenza del prestito convertendo e [...] di non disporre di alcun elemento utile a spiegare tale andamento [i rialzi del titolo FIAT], né di informazioni relative a nuovi fatti rilevanti che possano aver influito sull'andamento stesso. Peraltro, IFIL conferma, ribadendo quanto già espresso in sede di assemblea degli azionisti del 27.06.2005, l'intenzione di rimanere azionista di riferimento di FIAT. Al riguardo IFIL valuterà eventuali iniziative al momento opportuno».

Da quanto riportato, si evince chiaramente che le trattative, avviate dal medesimo Grande Stevens, su incarico della EXOR, al fine di rinegoziare il contratto di *equity swap* concluso con la MLI, vennero assolutamente taciute. Tale comportamento omissivo, dunque, determinava l'instaurazione da parte della Consob di un procedimento volto ad accertare la responsabilità – *ex art. 187-ter* t.u.f. – per manipolazione del mercato ad opera dei soggetti responsabili dell'invio del comunicato.

La mancata menzione, invero, venne giustificata da IFIL sostenendo che, in quella data, le affermazioni contenute nel comunicato stampa corrispondevano al vero: il 24 agosto non era ancora nota la disponibilità della MLI a modificare l'accordo di *equity swap* per rendere disponibile, per il successivo 20 settembre, un quantitativo di azioni tale da consentire alla *holding* familiare di mantenere la soglia del 30 % nel capitale della FIAT, disponibilità che fu richiesta e accertata solo in una data successiva. L'operazione sarebbe stata illustrata e l'approvazione sarebbe arrivata solo, rispettivamente, il 14 e il 15 settembre (data, quest'ultima, in cui l'operazione fu poi effettivamente comunicata anche al mercato).

Gli inquirenti, invece, ritennero alla data del 24 agosto il progetto di rinegoziazione già concluso o comunque in fase di conclusione e, pertanto, intenzionalmente taciuto per evitare una caduta nella quotazione delle azioni.

Ciò determinava, come detto, l'apertura di due procedimenti – il primo amministrativo, il secondo penale – a carico degli autori del comunicato in questione: le società IFIL s.p.a. e Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a., e le persone fisiche, Gianluigi Gabetti, rappresentante legale di IFIL e Giovanni

Agnelli & C., nonché amministratore delegato di IFIL; Virgilio Marrone, procuratore della Giovanni Agnelli & C.; e Franzo Grande Stevens, consulente legale del gruppo FIAT nonché consigliere di amministrazione di IFIL.

2.1.1 Il procedimento amministrativo

Per quanto riguarda il filone amministrativo, la Consob ritenne integrata la violazione dell'art. 187-ter, comma 1, t.u.f., in quanto accertava, a seguito dell'istruttoria, che al 24 agosto 2005 era stato studiato ed era già in corso di attuazione il progetto finalizzato a conservare la partecipazione del 30% di IFIL in FIAT e che, tale progetto, «era fondato sull'esistenza del contratto di equity swap stipulato in data 26 aprile 2005 tra Merrill Lynch International Ltd ed Exor Group S.A.». Dunque, i comunicati diffusi dalla IFIL s.p.a. e dalla Giovanni Agnelli & C. in quella data «contenevano una rappresentazione falsa della situazione all'epoca esistente, nella parte in cui si dichiarava che non era stata “intrapresa né studiata alcuna iniziativa in relazione del prestito convertendo”, idonea a fornire al pubblico degli investitori indicazioni fuorvianti»³⁹⁴. Ciò appurato, la Consob irrogava nei confronti delle società EXOR e Giovanni Agnelli sanzioni amministrative pecuniarie, e nei confronti dei signori Gabetti, Grande Stevens e Marrone, sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie di tipo interdittivo, per l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato *ex art. 187-ter t.u.f.*

La sussistenza dell'illecito amministrativo venne, poi, ribadita, nel gennaio del 2008, dalla Corte d'Appello di Torino³⁹⁵ che, tuttavia, riduceva le sanzioni originariamente irrogate a Gabetti e alle due persone giuridiche.

Occorre segnalare che già la Corte d'appello civile era stata sollecitata a pronunciarsi sulla complessiva illegittimità del processo sanzionatorio svolto davanti alla Commissione, in quanto non rispettoso per un verso, del principio del giusto processo, fissato dall'art. 111 Cost., e per altro verso, anche del principio del contraddittorio, sancito (anche) dall'art. 187-septies t.u.f. Il collegio giudicante, tuttavia, (seguito, sul punto, anche dalla successiva pronuncia della Corte di Cassazione) in primo luogo riteneva insussistente la lamentata violazione del principio del contraddittorio,

³⁹⁴ Delibera Consob, 9 febbraio 2007, n. 15760. In particolare, la Commissione irrogò le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie: 5.000.000 euro nei confronti di Gabetti; 3.000.000 euro a carico di Grande Stevens; 500.000 euro nei riguardi di Marrone; 4.500.000 euro alla EXOR s.p.a. e 3.000.000 euro alla Giovanni Agnelli s.p.a. Quanto alle tre persone fisiche, fu anche disposto il divieto di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa, rispettivamente per sei, quattro e due mesi, ai sensi dell'art. 187-*quater* t.u.f.

³⁹⁵ App. Torino, Sez. I civ., 23 gennaio 2008.

rilevando che la Consob «aveva informato gli interessati della condotta loro contestata e tenuto conto delle loro rispettive difese». In secondo luogo, sanciva che nemmeno il principio del giusto processo doveva ritenersi violato dalla mancata audizione dei ricorrenti e dalla mancata trasmissione agli stessi delle conclusioni dell'ufficio sanzioni, «in quanto le disposizioni costituzionali in materia di processo equo e di diritto alla difesa si applicavano soltanto ai procedimenti giudiziari e non al procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative»³⁹⁶.

In seguito, al fine di rimuovere gli effetti pregiudizievoli del provvedimento, i soggetti condannati proponevano, ancora per violazione dei principi del giusto processo, ricorso per Cassazione. Anche la Suprema Corte, però, come anticipato, rigettava il ricorso nel giugno 2009, ritenendo insufficienti gli elementi addotti per censurare l'operato della Consob, e confermando in via definitiva la sussistenza dell'illecito amministrativo³⁹⁷.

2.1.2 Il processo penale

Più complessa, invece, è stata la vicenda processuale svoltasi sul versante penalistico. Per gli stessi fatti, invero, la Procura della Repubblica di Torino instaurava un procedimento penale – *ex art. 185 t.u.f.* – nei confronti di Gabetti, Grande Stevens e Marrone, e cioè nei confronti dei soggetti che, secondo l'Accusa, contribuirono alla materiale diffusione dei comunicati al pubblico.

Fu proprio questa l'occasione per gli imputati di denunciare, per la prima volta, la violazione del divieto di *bis in idem*. Il giudice di prime cure torinese, infatti, era stato sollecitato a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. – attraverso l'interposizione dell'art. 4, VII Protocollo, CEDU – nella parte in cui la norma processuale interna limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* al solo caso di una precedente condanna penale, senza riconoscere analogo valore a una pregressa affermazione di responsabilità in un procedimento amministrativo avente ad oggetto il medesimo fatto. Il lamentato contrasto – desunto soprattutto alla luce della costante giurisprudenza di Strasburgo sulla nozione di “materia penale” – non veniva tuttavia ritenuto sussistente dal Tribunale, che respingeva l'eccezione di costituzionalità degli imputati. Secondo i giudici di Torino, la questione di costituzionalità prospettata, risultava manifestamente infondata in quanto «gli articoli 185 e 187-ter t.u.f., per interpretazione della Suprema Corte, non disciplinano il medesimo fatto, in quanto diverse

³⁹⁶ Così, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., § 35.

³⁹⁷ Cass., S.U. civ., 30 settembre 2009, n. 20935, 20936 e 20939.

sono le conseguenze delle rispettive condotte – che solo nell’illecito penale presuppongono la concreta idoneità del fatto a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari – sia il criterio di imputazione soggettiva, che nella fattispecie penale è esclusivamente il dolo»³⁹⁸.

Ciononostante, all’esito del procedimento il Tribunale di Torino³⁹⁹ – con sentenza del 21 dicembre 2010 – assolveva tutti gli imputati dal delitto di manipolazione del mercato. Il giudice di prime cure, infatti, emetteva sentenza di assoluzione con formula piena (perché “il fatto non sussiste”) sulla base di una particolare, e piuttosto discutibile, interpretazione della nozione di pericolo concreto richiesto dall’art. 185 t.u.f.

Secondo il Tribunale di Torino, per poter integrare gli elementi costitutivi della fattispecie di manipolazione del mercato *ex art. 185* era necessario che il comunicato fosse concretamente idoneo a provocare una sensibile alterazione del prezzo dello strumento finanziario. In effetti, è proprio la natura di “pericolo concreto” del delitto che consente di distinguere l’art. 185 t.u.f. dall’art. 187-*ter* t.u.f., che si configura, invece, quale illecito di pericolo astratto. Tuttavia, al metodo di accertamento del pericolo concreto basato sulla c.d. “prognosi postuma”, il giudice di primo grado sostituisce quello della “diagnosi” *ex post* del pericolo, ritenendo che la valutazione rimessa al giudice di merito non può fondarsi su un giudizio *ex ante*, dal momento che tale metodo condurrebbe ad una valutazione in termini di pericolo astratto, non conforme al disposto dell’art. 185 t.u.f. In argomento, il collegio giudicante riteneva che «la valutazione del pericolo concreto deve riguardare situazioni concrete effettivamente prodotte dalla condotta e non può quindi ridursi ad un semplice giudizio sulla condotta stessa». Il giudice di merito dovrebbe, dunque, formulare una vera e propria diagnosi di ciò che è realmente avvenuto e verificare gli effetti in concreto prodotti dal comunicato stampa sul mercato finanziario.

Nel caso specifico, non essendo riscontrabili concrete alterazioni del prezzo del titolo – né ulteriori fattori, indipendenti dal comunicato stampa, che possano aver ridotto o azzerato tale pericolo concreto (più danno che pericolo, *inverso*) – si concludeva sull’inidoneità alterativa del comunicato stampa e per l’insussistenza del fatto tipico di manipolazione del mercato *ex art. 185 t.u.f.*

³⁹⁸ Trib. Torino, Sez. I, 18 marzo 2011, 40. Il Tribunale si richiama sul punto al noto precedente fissato da Cass., Sez. VI., 3 maggio 2006, n. 15199, *Labella*, in *Cass. pen.* 2007, n. 1, 56, con nota di M.B. MAGRO, *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*, per cui si v. volendo § 7.6, Cap. I, del presente lavoro.

³⁹⁹ A commento della sentenza del Tribunale di Torino si veda: D. FALCINELLI, *Il giudice, l’antifrasì e una “Fata morgana”*: se il tipo del pericolo concreto esprime un’offesa di danno (di un bene astratto), in www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2011, 1 ss.; nonché M. SCOLETTA, *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Corr. mer.*, 2011, n. 8/9, 844 ss.

Contro la sentenza, la Procura di Torino proponeva ricorso *per saltum*. In seguito ad esso, la quinta Sezione penale della Corte di Cassazione⁴⁰⁰, nel giugno 2012, annullava parzialmente⁴⁰¹ la sentenza di primo grado, dichiarando la decisione dei giudici torinesi «non giuridicamente corretta» e trasmettendo gli atti, di conseguenza, alla Corte d'appello di Torino per la celebrazione del giudizio di rinvio. In particolare, la Corte di legittimità ricordava che il delitto di manipolazione del mercato non è un reato d'evento ma un illecito di mera condotta e che, dunque, la verifica dell'idoneità della falsa notizia a produrre effetti distorsivi sul mercato finanziario deve essere riportata al momento in cui la stessa viene diffusa al pubblico, con la conseguenza che «l'unico criterio utilmente applicabile è quello della prognosi postuma». A detta del Giudice di cassazione, l'opinabilità della ricostruzione offerta dal collegio di primo grado, deve essere rinvenuta nell'esclusione della possibilità esperire il c.d. «giudizio controfattuale»⁴⁰² per verificare la sussistenza del pericolo concreto. Il Tribunale di Torino, infatti, aveva intenzionalmente escluso la possibilità di confrontare gli effetti del comunicato falso e quelli che sarebbero potuti derivare dalla comunicazione vera, sul presupposto per cui, l'azione tipica si concretizzava in un comportamento commissivo e non omissivo, che renderebbe impossibile una verifica controfattuale. Per converso, secondo la Cassazione, ai fini dell'accertamento del reato, la verifica – appunto “controfattuale” – diretta a stabilire, con giudizio *ex ante*, «quali conseguenze avrebbe prodotto sul mercato finanziario la diffusione della notizia vera», non solo non è impossibile, ma è anzi doverosa: «non è dato parlare di falsità se non in esito ad un confronto col dato veridico e alla constatazione della relativa difformità», tale dato costituisce, dunque, il presupposto logico-giuridico indefettibile del giudizio di pericolosità concreta della condotta di diffusione della notizia.

Giunti al giudizio di rinvio, la Corte d'appello di Torino applicava il principio di diritto espresso dalla giurisprudenza di legittimità e, di conseguenza, riconosceva gli imputati Gianluigi Gabetti e Franco Grande Stevens colpevoli del reato di manipolazione del mercato loro contestato, condannandoli alla pena di un anno e quattro mesi di reclusione, e al pagamento della multa di 600.000 euro.

Nel dettaglio, la Corte rilevava che tra il 16 e il 23 settembre, dunque in seguito alla diffusione della notizia veridica (avvenuta il 15 settembre 2005) relativa all'acquisto da parte di IFIL delle azioni FIAT come conseguenza della rinegoziazione dell'accordo con la MLI, la flessione del titolo FIAT fece registrare una perdita del 7,9%. Fu solo in quel momento, infatti, che il mercato venne a

⁴⁰⁰ Cass., Sez. V, 15 ottobre 2012, n. 40393.

⁴⁰¹ Veniva, infatti, comunque confermata l'assoluzione dell'imputato Marrone, perché non prese parte alla condotta incriminata.

⁴⁰² Cfr. T. TRINCHERA – G. SASSOROLI – F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto*, cit.

conoscenza che IFIL avrebbe mantenuto la sua qualità di azionista di controllo. Per cui se il comunicato vero fosse stato diffuso il 24 agosto, a seguito della richiesta rivolta dalla Consob, l'effetto della flessione al ribasso dell'azione FIAT si sarebbe prodotto verosimilmente già in quella data, perché già allora sarebbero venute definitivamente meno le aspettative del mercato in merito alla contendibilità del controllo della società.

In conclusione, pertanto, la Corte, adottando il metodo della prognosi postuma indicato dalla Cassazione riteneva che «la diffusione, il 24 agosto 2005, di un comunicato falso sia stata idonea ad impedire» – e di fatto impedì – quella «sensibile flessione del prezzo del titolo, che si sarebbe invece immediatamente prodotta laddove fosse stato invece diffuso un comunicato veridico»⁴⁰³, con il quale fossero state rese note al mercato le precedenti operazioni finanziarie che di fatto garantivano a IFIL, anche per il futuro, il mantenimento del controllo su FIAT⁴⁰⁴. Tanto è sufficiente, secondo la Corte d'appello, per affermare che la diffusione di tale comunicato sia stata concretamente idonea a provocare una sensibile alterazione del prezzo dell'azione FIAT, come richiesto dall'art. 185 t.u.f. Invero, le pene detentive e pecuniarie sancite dalla sentenza di condanna non verranno mai scontate: la Corte di cassazione, nuovamente investita del giudizio di legittimità della sentenza emessa in sede di rinvio proscioglieva gli imputati, nel dicembre 2013, per decorrenza del termine di prescrizione⁴⁰⁵. Intanto, però, il caso era già arrivato davanti ai Giudici di Strasburgo: già al termine dell'*iter* processuale amministrativo, in ossequio alla regola fissata dall'art. 35, § 1, CEDU che obbliga gli appellanti ad esaurire tutte le vie di ricorso interne, era stata investita della questione la Corte EDU.

2.2 La pronuncia della Corte di Strasburgo

In seguito alla pronuncia – nel filone penale – della Corte d'appello di Torino⁴⁰⁶, e nelle more del pronunciamento della Corte di Cassazione sul ricorso presentato avverso alla predetta decisione⁴⁰⁷, l'avv. Grande Stevens e il dott. Gabetti proponevano ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁴⁰³ App. Torino, Sez. I, 28 febbraio 2013, n. 702.

⁴⁰⁴ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 618.

⁴⁰⁵ Cass., Sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, dep. 2014, *Gabetti*, Rv. 260686.

Il termine prescrizione, nel caso di specie, risultava pari a sette anni e sei mesi, in quanto, ai sensi dell'art. 161 c.p., l'aumento di un quarto, dovuto all'intervento dei vari atti interruttivi della prescrizione, andava calcolato sul massimo edittale vigente all'epoca del fatto (sei anni di reclusione), più mite di quello introdotto successivamente, nel dicembre 2005 (art. 39, l. n. 262/2005) e attualmente in vigore (dodici anni di reclusione).

⁴⁰⁶ App. Torino, Sez. I, 28 febbraio 2013, cit.

⁴⁰⁷ Cass., Sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, cit.

Il Giudice di Strasburgo si pronunciava sul ricorso con la sentenza del 4 marzo 2014⁴⁰⁸, con la quale accoglieva due delle doglianze presentate dai ricorrenti. In particolare, l'Italia veniva condannata sia per violazione dell'art. 6, § 1, CEDU (diritto di ogni accusato ad un'equa e pubblica udienza davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge), sia per violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU (diritto a non essere giudicato o punito due volte per gli stessi fatti). Nel loro ricorso, infatti, i ricorrenti lamentavano il mancato rispetto di tali diritti nei procedimenti da essi subiti: da un lato, il procedimento amministrativo appariva viziato dalla mancanza di imparzialità della Consob, organo incaricato sia della fase inquisitoria che di quella decisoria, e dall'inesistenza di una vera "parità delle armi" tra le parti; dall'altro il procedimento penale era continuato nonostante la chiusura, con sentenza passata in giudicato, di quello amministrativo, avente ad oggetto gli stessi fatti, anche se con diversa qualificazione giuridica.

Per completezza, si segnala che, invece, non venivano accolte le doglianze relative ad altre due presunte violazioni, quella dell'art. 6, § 3, CEDU (diritto ad essere informato dell'accusa nel più breve tempo possibile), e dell'art. 1, Prot. n. 1, CEDU (diritto al rispetto della proprietà dei beni)⁴⁰⁹.

2.2.1 L'applicazione dei criteri *Engel* al caso concreto

Invero, l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6, §1, CEDU e dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, alla vicenda in esame non poteva "operare" automaticamente: era necessario riconoscere preliminarmente "natura sostanzialmente penale" all'illecito amministrativo di manipolazione del mercato *ex art. 187-ter* t.u.f. Ciò in quanto, le guarentigie erette dall'art. 6 CEDU e dall'art. 4, del Protocollo n. 7 alla Convenzione, ed invocate dai ricorrenti davanti alla Corte EDU, si applicano essenzialmente ai procedimenti penali. Questo, dunque, era il primo nodo problematico che la Corte di Strasburgo era chiamata a sciogliere.

Come noto⁴¹⁰, l'approccio spiccatamente sostanzialistico della Corte di Strasburgo, elaborato originariamente a cavallo tra gli anni Settanta ed Ottanta attraverso le note pronunce *Engel*⁴¹¹ ed

⁴⁰⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit.

⁴⁰⁹ Sulla presunta violazione dell'art. 1 del I Protocollo alla Convenzione, la Corte ha affermato che «non è ravvisabile nel caso di specie alcuna violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 della CEDU» in quanto le sanzioni comminate possiedono tutti i requisiti necessari per essere compatibili con le disposizioni convenzionali: la legalità, la proporzionalità e la conformità all'interesse generale. Sul tema, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e A. c. Italia*, cit., §§ 176-201.

⁴¹⁰ Sul tema si rimanda a Cap. I, § 10, del presente lavoro.

⁴¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel c. Paesi Bassi*, cit.

*Öztürk*⁴¹², si è tradotto nell'elaborazione di una nozione di “*matière pénale*” autonoma rispetto a quella propria dei vari ordinamenti nazionali e, soprattutto, funzionale ad una corretta applicazione delle garanzie di stampo penalistico previste dalla Convenzione. In particolare, si è già avuto modo di rilevare come la Corte abbia predisposto un sistema di verifica a tre criteri – c.d. *Engel's criteria* – per individuare se un'accusa debba considerarsi intrinsecamente penale; nella specie, la verifica verte sulla qualificazione giuridica dell'infrazione, sulla natura dell'infrazione, e sulla natura e grado di severità della sanzione.

Ebbene, tornando al caso di specie, l'applicazione dei criteri appena illustrati portò, come era facilmente prevedibile, alla qualificazione dell'illecito di cui all'art.187-ter t.u.f., come “penale” ai sensi della Convenzione.

A nulla valse, infatti, il tentativo del Governo italiano⁴¹³ di appellarsi al diritto eurounitario, ed in particolar modo al fatto che la MAD I riconosceva implicitamente agli Stati membri, in materia di abusi di mercato, il diritto di dotarsi di un sistema basato su un doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale. Vano anche il richiamo alla proporzionalità della sanzione – requisito che, accanto a quelli dell'efficacia e della dissuasività, era richiesto dall'art. 14 della Direttiva del 2003 in relazione alle misure da adottare per combattere gli abusi di mercato – basato sulla circostanza che la condotta di manipolazione informativa nel caso concreto consentì di mantenere il controllo di uno dei più importanti gruppi automobilistici al mondo. Né, infine, fu d'aiuto, per il governo italiano, sottolineare, in relazione alla natura dell'infrazione⁴¹⁴, la differenza strutturale tra l'illecito amministrativo *ex art. 187-ter t.u.f.* (costruito sul modello del pericolo astratto) e quello penale *ex art. 185 t.u.f.* (basato, invece, sulla pericolosità concreta della condotta). La lettura della Corte EDU, infatti, si basò su aspetti molto più “sostanziali”.

Ne ripercorriamo, dunque, le argomentazioni, proprio a partire dalla verifica della sussistenza, nel caso concreto, dei tre criteri *Engel*.

Il primo criterio di verifica rammentato, di tipo formale, è quello della qualificazione giuridica dell'infrazione nel diritto nazionale. Tuttavia, la Corte ha più volte avuto modo di chiarire che, una tale verifica, rappresenta solo un “punto di partenza”, dal momento che le indicazioni contenute negli ordinamenti nazionali hanno soltanto un valore formale e relativo⁴¹⁵. Nel diritto italiano, non è ragionevolmente opinabile la qualificazione formale dell'illecito di cui all'art. 187-ter, e della relativa sanzione, come “amministrativi”: la norma, oltre ad essere collocata nel Capo del t.u.f.

⁴¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, cit.

⁴¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., § 89.

⁴¹⁴ *Ibid.*, § 91.

⁴¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel c. Paesi Bassi*, cit., § 82.

intitolato «Sanzioni amministrative», definisce espressamente la sanzione comminata come «sanzione amministrativa pecuniaria». È evidente, dunque, che l'infrazione nel caso specifico, come riconosciuto da tutte le parti in causa, non soddisfa il primo dei tre “criteri *Engel*”, che resta criterio comunque non vincolante. Diverso è il discorso per i restanti due criteri.

Il secondo degli *Engel's criteria* è quello della natura dell'infrazione. Nella nota sentenza *Öztürk*, il Giudice di Strasburgo aveva già chiarito come un'infrazione possa essere qualificata come penale quando sia contenuta in una norma avente portata generale ed astratta, e cioè indirizzata «*not towards a given group possessing a special status [...] but towards all citizens*». Dunque, anche nel caso specifico, è evidente come l'art. 187-ter t.u.f. si rivolga alla generalità dei consociati (la norma parla di «chiunque») e sia diretta a tutelare l'integrità dei mercati finanziari e a conservare la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni: si tratta, dunque, di interessi generali della società, non diversi da quelli normalmente protetti dal diritto penale. Agevolmente, pertanto, il Giudice di Strasburgo rileva che tali obiettivi generali sono, indipendentemente dalla qualificazione normativa interna, «*normalement protégés par le droit pénal*».

L'ultimo, dei criteri *Engel*, è quello della natura e severità della sanzione applicabile all'autore dell'infrazione. Secondo la giurisprudenza costante di Strasburgo, in particolare, è da considerarsi “penale” una sanzione avente carattere repressivo e preventivo – «*seeks to punish as well as to deter*»⁴¹⁶ – e, dunque, una sanzione che non abbia carattere indennitario o risarcitorio. La gravità della sanzione, invece, va valutata, con riferimento non soltanto all'ammontare della sanzione effettivamente inflitta nel caso di specie, ma anche a quello massimo astrattamente previsto dalla norma⁴¹⁷. Peraltro, pur non costituendo un fatto decisivo, altro parametro che si può valutare nell'esame della “gravità della sanzione” è la possibilità che la stessa sia in grado di incidere, anche solo in via potenziale, sulla libertà personale: nel caso delle sanzioni pecuniarie, dunque, va presa in considerazione la loro convertibilità o meno in pene privative della libertà personale⁴¹⁸.

Nel caso *Grande Stevens*, la verifica relativa alla “natura della sanzione” ha permesso alla Corte EDU di osservare che le sanzioni pecuniarie inflitte dall'art. 187-ter t.u.f. hanno uno scopo sia repressivo che di deterrenza. Sul punto la Corte richiama un'altra sua recente sentenza pronunciata nei confronti dello Stato italiano, relativa al caso *Menarini*, con la quale sono state qualificate come “penali”, ai sensi della Convenzione, le infrazioni al diritto italiano della concorrenza di competenza

⁴¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, cit., § 53.

⁴¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel c. Paesi Bassi*, cit., § 82; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zolotukhin c. Russia*, cit., § 56.

⁴¹⁸ Sul fatto che la convertibilità della pena pecuniaria in una pena privativa della libertà personale non sia un criterio decisivo ai fini della determinazione della natura, penale o meno della sanzione, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Italia*, § 41.

dell'AGCM⁴¹⁹ e le relative sanzioni, proprio in virtù del loro carattere repressivo e di protezione di un interesse generale della collettività⁴²⁰. Sulla base della propria giurisprudenza costante, dunque, la Corte di Strasburgo rilevava il carattere eminentemente punitivo delle sanzioni amministrative inflitte nel caso di specie, non aventi lo scopo di compensare le perdite di natura finanziaria subite dagli investitori – come invece era stato sostenuto dal Governo italiano – essendo state determinate dalla Consob tenendo conto della gravità del comportamento illecito e non del danno causato al pubblico dei risparmiatori.

Peraltro, secondo la Corte, il terzo criterio sarebbe soddisfatto non solo in relazione alla “natura della sanzione”, ma anche avendo riguardo alla sua “gravità”. È stato agevole, infatti, per la stessa considerare che, accanto alle elevate sanzioni pecuniarie⁴²¹, la normativa italiana in materia prevede la possibile coesistenza di misure interdittive, di autonome sanzioni in capo alla persona giuridica⁴²², comunque tenuta all'obbligazione solidale per la sanzione amministrativa applicata alla persona fisica (art. 6, comma 3, l. 689/1981), nonché la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito. A nulla servirono, peraltro, le difese del governo italiano che argomentava come «la sanzione prevista dall'art. 187-ter [fosse] chiaramente qualificata come amministrativa sia nel diritto interno che nel diritto europeo», e che «le sanzioni che possono essere inflitte intaccano soltanto il patrimonio della persona interessata e/o la sua capacità di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo, e non possono in alcun caso portare a una privazione della libertà anche nel caso non vengano pagate».

Infatti, a fronte di quello che, in dottrina, è stato apostrofato come un «abnorme cumulo di sanzioni»⁴²³, la Corte EDU comunque concludeva per l'irrilevanza del fatto che le sanzioni pecuniarie *ex art. 187-ter* t.u.f. non potessero essere convertite, qualora non corrisposte, in giorni di

⁴¹⁹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

⁴²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini Diagnostics c. Italia*, cit., § 41.

⁴²¹ Ai sensi della formulazione allora in vigore dell'art. 187-ter t.u.f., per i fatti che integrano la fattispecie amministrativa di manipolazione del mercato è comminata la sanzione pecuniaria da euro centomila ad euro venticinque milioni, che può essere aumentata sino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per le qualità personali del colpevole, per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito ovvero per gli effetti prodotti sul mercato, essa appare inadeguata anche se applicata al massimo. Evidente, dunque, anche al netto del possibile concorso con l'illecito penale, la straordinaria afflittività della sanzione amministrativa pecuniaria.

⁴²² L'art. 187-quinquies t.u.f. prevede, infatti, a carico dell'ente il pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata alla persona fisica per l'illecito in esame, commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente stesso o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso, ovvero da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati. Anche in questo caso è prevista la possibilità di aumentare la sanzione fino a dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'ente, se questo appare di «rilevante entità», mentre all'ente stesso è riconosciuta l'opportunità di andare esente da sanzione, ove dimostri che le persone fisiche responsabili dell'illecito amministrativo abbiano agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi.

⁴²³ V. NAPOLEONI, *L'insider trading*, in C. SANTORIELLO (a cura di), *op. cit.*, 753.

reclusione, così come valutava inconsistente la circostanza che, in concreto, la Consob avesse optato per un'irrogazione ben al di sotto del massimo edittale: a parere dei Giudici di Strasburgo, infatti, «*la coloration pénal d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passibile la personne concerné [...], et non à la gravité de la sanction finalement infligée*»⁴²⁴. La circostanza, pertanto, che la sanzione pecuniaria comminata dall'art. 187-ter t.u.f. non sia convertibile in una pena privativa della libertà personale non basta, come già affermato dalla Corte in diverse pronunce⁴²⁵, ad escludere la sua natura penale in presenza di un ammontare particolarmente elevato e della finalità preventiva e repressiva tipica delle pene propriamente dette. In conclusione, «come in un classico sillogismo aristotelico, nel quale i principi enunciati nel caso Engel fanno da premessa maggiore e la disciplina dell'illecito amministrativo di manipolazione di mercato rappresenta la premessa minore, la Corte EDU ha sancito che “*les sanciones en cause relèvent, par leur sévérité, de la matière pénale*”»⁴²⁶.

Dunque, risolta in tal senso la questione della ricevibilità del ricorso⁴²⁷, e riconosciuta la natura “convenzionalmente penale dell'illecito” descritto dall'art. 187-ter t.u.f., ne derivava la doverosa attivazione del corredo di garanzie che presiedono alla “materia penale”, *in primis* l'estensione del diritto ad un equo processo (art. 6, § 1, CEDU) anche al procedimento pendente dinanzi alla Consob.

2.2. 2 La violazione dell'art. 6, § 1, CEDU

L'aver accordato “natura penale” all'infrazione di cui all'art. 187-ter t.u.f. implicava che, anche al caso di specie, dovessero applicarsi le tutele predisposte dall'art. 6 della Convenzione al processo penale e, dunque, era necessario riconoscere, tra l'altro, il diritto dei ricorrenti a che l'accusa “penale” rivoltagli fosse esaminata da un tribunale indipendente ed imparziale in un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole⁴²⁸. Alla luce di ciò, il Giudice di Strasburgo operava un'attenta

⁴²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., § 98.

⁴²⁵ In via esemplare, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini Diagnostics c. Italia*, cit.

⁴²⁶ Così, F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 620.

⁴²⁷ Il governo italiano aveva eccepito l'irricevibilità del ricorso in quanto manifestamente infondato, dal momento che le questioni relative alla qualificazione giuridica dei fatti ascritti ai ricorrenti e alla sussistenza degli elementi costitutivi degli illeciti sono di competenza esclusiva dei giudici nazionali. A fronte di tale argomentazione i giudici di Strasburgo non soltanto rilevano che il ricorso «non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35, § 3, a), della Convenzione», ma affermano altresì «che esso non incorre in altri motivi di irricevibilità ed è quindi opportuno dichiararlo ricevibile», così, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., §§ 102-105.

⁴²⁸ «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La

verifica della conformità dei dettami dell'art. 6, § 1, CEDU con il procedimento sanzionatorio svoltosi dinanzi alla Consob.

In accordo con le doglianze dei ricorrenti⁴²⁹, il Giudice di Strasburgo riscontrava diverse carenze del procedimento sanzionatorio che si svolge davanti alla Consob: non vi è parità delle armi tra accusa e difesa; non è prevista l'udienza pubblica; la Consob non è "sufficientemente imparziale" stante il cumulo, in capo ad un unico organo (il Presidente), di funzioni di indagine e di giudizio.

Tuttavia – richiamando anche questa volta la propria giurisprudenza costante⁴³⁰ – la Corte EDU considerava tali vizi, da soli, insufficienti per far ritenere violato l'art. 6. Il rispetto di tale disposizione, infatti, non impone che una pena possa essere inizialmente imposta anche da un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni dell'art. 6: l'importante è che vi sia, "a valle", la possibilità di attivare un controllo "pieno" di un organo giurisdizionale rispondente ai requisiti di cui alla citata disposizione. Dunque, acquisiva valore dirimente l'analisi della effettiva possibilità di adire un tribunale di *full jurisdiction*.

Nel caso di specie i ricorrenti avevano avuto la possibilità, di cui peraltro si erano in concreto avvalsi, di contestare le sanzioni inflitte dalla Consob dinanzi alla Corte d'appello di Torino e di ricorrere poi per Cassazione avverso le sentenze emesse da quest'ultima. Resta, però, da verificare se queste due autorità giudiziarie fossero «organi giudiziari dotati di piena giurisdizione» ai sensi della giurisprudenza della Corte.

In relazione a tale profilo, i ricorrenti, pur riconoscendo la Corte d'appello di Torino come un organo dotato di piena giurisdizione, lamentavano comunque il fatto che essa abbia tenuto le sue udienze in maniera non pubblica. Invero, un'udienza pubblica si era svolta solo dinanzi alla Corte di Cassazione, comunque non configurante un organo dotato di piena giurisdizione secondo la tesi dei ricorrenti, essendo sottratta al suo sindacato l'analisi del merito della causa.

sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia»: così, art. 6, § 1, CEDU.

⁴²⁹ La difesa avanzata dal Governo italiano, invece, ruotava attorno ad una considerazione tanto elementare quanto, perlomeno nell'ottica del Giudice di Strasburgo, discutibile: i principi del *fair trial* oggetto delle doglianze dei ricorrenti, non possono trovare applicazione nel procedimento *de quo*, posto che l'art. 6 della Convenzione non menziona i procedimenti amministrativi.

Lo stesso Governo, tuttavia, sapeva che tale difesa non avrebbe retto dinanzi all'approccio sostanzialistico della Corte EDU, oramai risuonante come un *leitmotiv* nelle aule di Strasburgo. Dunque, si preoccupava anche di rilevare come il legislatore nostrano avesse costruito il procedimento sanzionatorio davanti alla Consob, comunque avendo cura di assicurare il rispetto dei diritti della difesa, del principio del contraddittorio e del principio della corrispondenza tra fatto attribuito e fatto sanzionato.

⁴³⁰ I richiami sono a Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 settembre 1998, *Kadubec c. Slovacchia*, § 57; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini Diagnostics c. Italia*, cit., § 58.

Sul punto, escluso fin da subito dal perimetro della valutazione il giudizio dinanzi alla Suprema Corte⁴³¹, in quanto giudice dei soli profili di legittimità estraneo ad ogni apprezzamento del merito della controversia, la Corte di Strasburgo finiva col far dipendere l'intera decisione dal solo giudizio di secondo grado, quello svolto dinanzi alla Corte d'appello di Torino. In questo caso, la Corte della Convenzione in parte concordava con il Governo italiano, ritenendo che non vi fossero elementi per mettere seriamente in dubbio l'indipendenza e l'imparzialità della corte d'appello di Torino. Inoltre, il giudice di secondo grado torinese aveva sicuramente la necessaria competenza per la verifica, in fatto ed in diritto, della sussistenza dell'illecito *ex art. 187-ter t.u.f.*; aveva il potere di annullare la decisione della Consob e di valutare la proporzionalità delle sanzioni inflitte rispetto alla gravità del comportamento attribuito ai ricorrenti, come di fatto era avvenuto, avendo in concreto ridotto l'ammontare delle sanzioni pecuniarie e la durata della interdizione pronunciata per alcuni dei ricorrenti. La sua competenza non si limitava, dunque, ad un mero controllo di legalità. Non vi era, inoltre, alcun limite procedurale all'audizione dei testimoni che, anche secondo la Corte EDU, nel caso concreto non aveva avuto luogo, a causa del fatto che gli stessi accusati non avevano indicato i testimoni da escutere o ne avevano richiesto l'esame «solo se necessario». La Corte, dunque, concludeva considerando certamente la corte d'appello di Torino un "organo dotato di piena giurisdizione" ai sensi della sua giurisprudenza⁴³².

Ciò che restava da stabilire, data la necessità dell'udienza pubblica, era se dinanzi alla corte d'appello di Torino queste si fossero realmente svolte, posta la circostanza dell'assoluta divergenza, sul punto, delle affermazioni delle parti in causa. Le stesse, infatti, avevano prodotto documenti contraddittori: da un lato, i ricorrenti avevano presentato le dichiarazioni scritte del dirigente della cancelleria della corte d'appello di Torino, secondo cui le udienze si sarebbero svolte in camera di consiglio; dall'altro, il Governo aveva prodotto le dichiarazioni scritte del presidente della corte d'appello, sulla base delle quali solo le udienze relative al subprocedimento cautelare si sarebbero svolte in camera di consiglio, tutte le altre udienze sarebbero state pubbliche.

⁴³¹ Invero, le difese del Governo non avevano escluso la possibilità di configurare la Corte di Cassazione come "organo di piena giurisdizione". A suo parere, la procedura svoltasi dinanzi alle Sezioni Unite – cui la controversia era stata rimessa – era stata orale e pubblica, pienamente rispettosa dei diritti di difesa. Il riferimento governativo, in particolare, viene fatto ad un precedente della stessa Corte di Strasburgo, il caso *Menarini*, in cui essa aveva concluso per la non violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione osservando che la sanzione amministrativa controversa era stata oggetto, da parte del tribunale amministrativo e del Consiglio di Stato, di un controllo di piena giurisdizione. Pertanto, secondo il Governo, nel caso di specie si sarebbe dovuto approdare alla stessa conclusione, considerando che i poteri della corte d'appello sono più ampi di quelli dei tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., § 147.

⁴³² Si veda, *mutatis mutandis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini Diagnostics c. Italia*, cit., §§ 60-67.

Nell'impossibilità, per la Corte, di accertare la veridicità dell'una o dell'altra versione, essa ritenne doveroso attenersi al contenuto degli atti ufficiali del procedimento (§ 153). Ora, come i ricorrenti avevano giustamente sottolineato, le sentenze emesse dalla corte d'appello indicavano che queste ultime si erano svolte in camera di consiglio o che era stata disposta la comparizione delle parti in camera di consiglio. Facendo fede a queste menzioni, la Corte giungeva pertanto alla conclusione che dinanzi alla corte d'appello di Torino non si era svolta alcuna udienza pubblica.

Accertata, dunque, la celebrazione dell'appello con il rito della camera di consiglio, la Corte EDU riteneva decisiva la circostanza al fine di affermare l'avvenuta violazione delle garanzie processuali sancite dalla Convenzione di Roma. Infatti, sebbene i ricorrenti avevano in concreto avuto la possibilità di proporre appello dinanzi ad una corte imparziale, indipendente e di piena giurisdizione, «*cette dernière n'a pas tenu d'audience publique, ce qui, en l'espèce, a constitué une violation de l'article 6 § 1 de la Convention*» (§ 160).

La soluzione, tuttavia, non è andata esente da critiche. Secondo autorevole dottrina⁴³³, infatti, sarebbe questa una conclusione assai poco soddisfacente, che lascia all'interprete il dubbio (se non l'amara consapevolezza) che, ragionando *a contrariis*, la Corte di Strasburgo avrebbe facilmente potuto evitare la condanna dell'Italia, qualora fosse stata celebrata un'udienza pubblica in grado d'appello. In tal modo, tuttavia, sarebbero stati irragionevolmente obliterati tutti i profili di criticità che affliggono il procedimento sanzionatorio amministrativo svolto dalla Consob e che frustrano assai più profondamente, a ben vedere, i diritti e le garanzie riconosciuti dalla Convenzione di Roma. Non può che essere condiviso, dunque, il cruciale passaggio della relazione di minoranza, nel quale i due *dissenting judges* affermavano che «il cuore della violazione dell'art. 6 CEDU» non doveva essere ravvisato nella mancata celebrazione di un'udienza pubblica in grado d'appello, bensì nella frustrazione del principio del contraddittorio nella fase procedimentale che si svolge dinanzi alla Consob (§ 2).

Si è pure segnalato un effetto potenzialmente assai rischioso della sentenza *Grande Stevens*, ossia quello di ritenere che, una volta corretto il meccanismo di celebrazione pubblica del giudizio d'appello, la procedura sanzionatoria condotta dalla Commissione possa mantenersi immutata anche nel futuro, non essendo stato richiesto, da parte della Corte di Strasburgo, alcuno specifico provvedimento di riequilibrio volto a garantire il rispetto dell'art. 6 CEDU. Su questo versante, dunque, sembrerebbe che la sentenza «non solo non giustifichi “allarmismi”, ma possa risultare addirittura “rassicurante”»⁴³⁴.

⁴³³ Sul punto, ampiamente, F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 625 ss.

⁴³⁴ Così, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit.

Se è vero, infatti, che tra le righe della pronuncia strasburghese può verosimilmente leggersi una “sollecitazione” ad omologare pienamente anche la fase amministrativa del procedimento sanzionatorio in parola alle regole del *fair trial*, non può negarsi che sul punto non si va al di là del mero “suggerimento”⁴³⁵. Per il Giudice EDU, dunque, il sistema sanzionatorio amministrativo italiano degli abusi di mercato “regge”, sul piano procedimentale.

2.2.3 La violazione dell’art. 4 del VII Protocollo alla CEDU

Ascrivere alla “materia penale” l’illecito di manipolazione del mercato di cui all’art. 187-ter t.u.f. aveva, peraltro, un’altra importante conseguenza: tanto bastava a rendere operante anche l’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, in forza del quale un soggetto già assolto o condannato in via definitiva non può essere nuovamente processato e condannato per il medesimo “fatto”. Dunque, a venire in rilievo era proprio la violazione di un’altra garanzia, quella del *ne bis in idem*.

In sua difesa, il Governo rievocava la riserva apposta dall’Italia al momento della ratifica del Protocollo. Sulla base della dichiarazione *de qua*, gli articoli 2 – 4 del Protocollo n. 7 si applicherebbero solo agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce “penali”, dunque, non anche all’illecito “amministrativo” *ex art. 187-ter t.u.f.*

A quel punto, il Giudice di Strasburgo era chiamato a stabilire se la riserva soddisfacesse in effetti i requisiti dell’art. 57 della Convenzione⁴³⁶. In tale frangente, la Corte rammenta che, per essere conforme alla citata disposizione, una riserva deve presentare i seguenti requisiti (§ 207):

- 1) deve essere fatta al momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli vengono firmati o ratificati;
- 2) deve riguardare leggi ben precise in vigore all’epoca della ratifica;
- 3) non deve essere di carattere generale;
- 4) deve contenere una breve esposizione della legge interessata.

In estrema sintesi, dall’analisi relativa alla sussistenza dei quattro requisiti rievocati, la Corte EDU rilevava che, mancando l’indicazione delle specifiche disposizioni interne incompatibili con la

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ L’art. 57 CEDU rubricato, appunto, «Riserve», dispone: «1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione.»

norma convenzionale cui la riserva è riferita, la stessa doveva considerarsi «riserva di carattere generale» e, in quanto tale, non ammessa dall'art. 57 della Convenzione (§ 210).

Vanificata, dunque, la difesa relativa alla riserva apposta al Protocollo, la Corte procedeva al vaglio della fondatezza di un'altra argomentazione del Governo italiano, afferente questa volta alla mancanza di identità tra i fatti sanzionati dalla Consob e dal giudice penale. A tal fine, il nostro Governo faceva leva, da un lato, sulla diversità dell'elemento soggettivo richiesto dalla due norme in gioco, e dall'altro sulla distinzione intercorrente tra illeciti di pericolo concreto (tra i quali rientra l'illecito di cui all'art. 185 t.u.f.) e illeciti di pericolo astratto (tra cui si fa rientrare l'illecito *ex art.* 187-*ter* t.u.f.).

In proposito, è interessante notare che gli argomenti spesi dal Governo, in merito alla differenza tra le fattispecie contenute nelle due norme, non solo richiamavano un ragionamento già svolto dal Tribunale di Torino per motivare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dagli imputati rispetto alla violazione del principio del *ne bis in idem* sancito dalla CEDU (per il tramite dell'art. 117 Cost.); ma, soprattutto erano stati già formulati, all'indomani della riforma in materia di *market abuse* del 2005, nella nota sentenza *Labella*⁴³⁷ della Corte di cassazione. Infatti, già la Suprema Corte, pur osservando come la tecnica legislativa del doppio binario sanzionatorio adottata dal d.lgs. n. 58/1998 fosse «destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi», aveva cercato di differenziare il rispettivo campo di applicazione degli illeciti di cui agli artt. 185 e 187-*ter* t.u.f. Il Giudice di legittimità, nel dettaglio, avevano statuito che l'art. 185 fosse da applicare rispetto ai casi in cui la condotta, caratterizzata dalla presenza di operazioni simulate o comunque artificiose, risultasse concretamente idonea a provocare una sensibile alterazione nel prezzo degli strumenti finanziari; mentre l'art. 187-*ter*, qualificabile come «fattispecie di pericolo astratto», potesse trovare applicazione soltanto in mancanza di tale idoneità alterativa. Ciò, aggiunto alla diversità dell'elemento soggettivo – necessità del dolo per il delitto, sufficienza della colpa per l'illecito amministrativo – e alla considerazione che solo il procedimento penale può portare a infliggere pene privative della libertà, sembrava al Governo italiano sufficiente a scongiurare la violazione del *ne bis in idem* convenzionale.

Tuttavia, la Corte della Convenzione rammentava che, contrariamente a quanto sembra affermare il Governo, dai principi enunciati nel caso *Zolotukhin* risulta che la questione da definire «non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-*ter* e 185, comma 1, del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali [siano] riconducibili alla stessa condotta» (§ 224).

⁴³⁷ Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, *Labella*, cit., di cui si è discusso nel § 7.6, Cap. I.

Nel caso di specie, in entrambi i procedimenti i ricorrenti erano accusati di non aver menzionato nei comunicati stampa del 24 agosto 2005 il piano di rinegoziazione del contratto di *equity swap* con la Merrill Lynch International Ltd mentre tale progetto già esisteva e si trovava in una fase di realizzazione avanzata. Per tale condotta essi, anzitutto venivano condannati dalla Consob e dalla Corte d'appello di Torino. Successivamente, dinanzi ai giudici penali, gli interessati venivano accusati di avere dichiarato, negli stessi comunicati, che la EXOR non aveva né avviato né messo a punto iniziative con riguardo alla scadenza del contratto di finanziamento, mentre l'accordo che modificava l'*equity swap* era già stato esaminato e concluso, informazione che sarebbe stata tenuta nascosta allo scopo di evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni FIAT.

Secondo la Corte, si trattava all'evidenza di una unica e stessa condotta, da parte delle stesse persone, alla stessa data. Di conseguenza, la nuova azione penale riguardava un secondo «illecito», basato però su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva.

Ovviamente, per l'attivazione della garanzia di cui all'4 del Protocollo n. 7 l'avvio di un nuovo procedimento per gli stessi fatti non basta, essendo necessario che la decisione precedente – di assoluzione o di condanna – sia già passata in giudicato. A tal riguardo la Corte osservava che le condanne inflitte dalla Consob, e parzialmente ridotte dalla corte d'appello, erano passate in giudicato il 23 giugno 2009, quando a pronunciarsi è stata la Corte di cassazione: «A partire da tale momento, i ricorrenti dovevano dunque essere considerati come “già condannati per un reato a seguito di una sentenza definitiva” ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo n. 7» (§ 222). Malgrado ciò, la nuova azione penale che nel frattempo era stata avviata nei loro confronti non era stata interrotta, e aveva infatti portato alla pronuncia di sentenze di primo e secondo grado. Questa constatazione era sufficiente per ritenere sussistente la violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7. Neppure aveva trovato credito, presso il Giudice di Strasburgo la tesi del Governo italiano secondo cui il diritto dell'Unione europea ha espressamente autorizzato il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari. La Corte EDU, infatti, pur precisando che il suo compito non era quello di interpretare la giurisprudenza della CGUE, osservava che nella sentenza del 23 dicembre 2009, resa nella causa *Spector Photo Group*⁴³⁸, la Corte di Lussemburgo espressamente indicava che l'articolo 14 della Direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad enunciare che tali Stati sono tenuti a vigilare affinché siano applicate sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva. Inoltre, gli Stati membri erano

⁴³⁸ Corte di giustizia UE, sentenza del 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group*, cit.

stati avvertiti che le sanzioni amministrative potevano, ai fini dell'applicazione della Convenzione, essere qualificate come sanzioni penali. Dunque, la Corte di Strasburgo sottolineava come già in quella occasione si adombrasse, da parte della Corte di Lussemburgo, la possibile riconduzione delle sanzioni amministrative in tema di *market abuse* alla "materia penale".

Nell'analisi della pronuncia in parola, tuttavia, i Giudici di Strasburgo omettevano di considerare gli ulteriori passaggi motivazionali significativamente dedicati dalla Corte di Giustizia ai criteri di valutazione che le autorità nazionali devono utilizzare nell'esercizio del correlativo potere qualificatorio⁴³⁹. Infatti, nel rispondere alla questione posta dal giudice del rinvio circa il rapporto esistente tra le due sanzioni, il Giudice di Lussemburgo aveva affermato che l'art. 14 MAD I «deve essere interpretato nel senso che, se uno Stato membro, salvo le sanzioni amministrative [...], ha previsto la possibilità di infliggere una sanzione penale, nella valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo della sanzione amministrativa non occorre tenere conto della possibilità e/o del livello dell'eventuale sanzione penale ulteriore»⁴⁴⁰. Di conseguenza, è stato rilevato che la Corte dell'Unione ha nella sostanza riconosciuto, attraverso l'utilizzo dell'aggettivo «ulteriore», la possibilità per gli Stati membri di prevedere un doppio binario sostanziale, che comporti due livelli sanzionatori, così come accade nel nostro ordinamento⁴⁴¹. E ciò si badi, nella piena consapevolezza che le sanzioni amministrative per i fatti di *market abuse* sarebbero facilmente potute ricadere, ai sensi della disciplina CEDU, all'interno della "matière pénale".

Tornando comunque, alla pronuncia Grande Stevens, la Corte EDU riteneva, come accennato, la sussistenza della violazione del *ne bis in idem*. Violazione cui lo Stato italiano doveva porre fine, rimuovendone le conseguenze (§ 232): in particolare, vigilando affinché il procedimento penale fosse «chiuso nei più brevi tempi possibili e senza conseguenze lesive per i ricorrenti» (§ 237).

In realtà, con sentenza del dicembre 2013 – anteriore, dunque, alla pronuncia della Corte europea, ma la cui motivazione è stata depositata successivamente ad essa⁴⁴² – la Corte di cassazione aveva dichiarato estinto per prescrizione il reato contestato ai ricorrenti, annullando senza rinvio la sentenza di condanna impugnata. Il primo obiettivo indicato dalla Corte di Strasburgo – chiusura del processo nel più breve tempo possibile – era stato, quindi, già raggiunto, seppure per altra via.

⁴³⁹ G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio (art. 7 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano*, CEDAM, 2016, 526 s.

⁴⁴⁰ Corte di giustizia UE, *Spector Photo Group*, cit., § 77.

⁴⁴¹ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 628 s.

⁴⁴² Cass., Sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, cit.

2.3 Le conseguenze della pronuncia *Grande Stevens* sulla vicenda concreta

Contro la sentenza *Grande Stevens c. Italia* della Seconda Sezione della Corte di Strasburgo, il Governo italiano chiedeva, ai sensi dell'art. 43⁴⁴³ della Convenzione, che il caso fosse rinviato alla *Grande Chambre*. Il 7 luglio 2014, tuttavia, la cancelleria della Corte EDU comunicava che un gruppo di cinque giudici aveva rigettato la richiesta di rinvio e la sentenza *de qua*, dunque, diventava definitiva in forza dell'art. 44, § 2, lett. c), CEDU⁴⁴⁴.

Non è stata ritenuta integrata, invero, l'ipotesi prevista dall'art. 43, comma 2, CEDU che dispone che la domanda di rinvio debba essere accolta «quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale». In argomento, uno dei primi commentatori⁴⁴⁵ sul caso rilevava che il rigetto dell'istanza del Governo italiano dimostrava che, nell'ottica della Corte di Strasburgo (quanto meno nel 2014), la sentenza *Grande Stevens* non presentava profili problematici tali da rendere necessaria una riconsiderazione sul tema da parte della Grande Camera. A prescindere da simili rilievi, incontestabilmente la sentenza era oramai definitiva e, quindi, obbligatoria per lo Stato italiano soccombente ai sensi dell'art. 46 della Convenzione. Ma a quali statuizioni della Corte di Strasburgo, lo Stato italiano avrebbe dovuto conformarsi?

Anzitutto si deve sottolineare che la Corte, forse per eccessiva prudenza, riteneva che per le «circostanze particolari della [...] causa», non fosse necessario indicare misure generali che lo Stato avrebbe dovuto adottare per l'esecuzione della sentenza (§235).

Per quanto riguarda, invece, le misure individuali, ritenendo urgente la necessità di porre fine alla violazione dell'art. 4, prot. 7, CEDU, obbligava lo Stato a fare in modo che il procedimento penale, ancora pendente al momento della pronuncia, venisse chiuso «nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti» (§ 237).

Questi ultimi, peraltro, avevano richiesto, da un lato, la restituzione delle somme pagate alla Consob a titolo di sanzione pecuniaria, maggiorate degli interessi legali, sulla base del danno materiale

⁴⁴³ A mente dell'art. 43 CEDU: «1. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera. 2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. 3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza».

⁴⁴⁴ Ai sensi dell'art. 44, § 2: «2. La sentenza di una Camera diviene definitiva (a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; oppure (b) tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; oppure (c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell'articolo 43».

⁴⁴⁵ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014.

subito; e, dall'altro, la riparazione per il danno morale. Il Giudice di Strasburgo, tuttavia, osservava che pur avendo concluso per la violazione dell'art. 6, § 1 della Convenzione per mancanza di udienza pubblica dinanzi alla Corte d'appello di Torino, e dell'art. 4, Prot. n. 7, per il fatto che fosse iniziato un secondo procedimento "penale" dopo la condanna inflitta dalla Consob, secondo la valutazione della maggioranza della Corte EDU, i vizi riscontrati non avevano di per sé inficiato la legittimità delle sanzioni amministrative. Dunque, non rilevando alcun nesso di causalità tra le violazioni evidenziate e il danno materiale asserito dai ricorrenti, rigettava la relativa domanda (§ 240). Per converso, riteneva sussistente il danno morale – legato all'assenza di una pubblica udienza in sede d'appello e alla reiterazione del procedimento "penale" – e obbligava lo Stato italiano a versare, a ciascun ricorrente, una somma di 10.000 euro (§ 241); in più accordava, congiuntamente, 40.000 euro, per l'insieme delle spese.

Se le sanzioni amministrative dovevano ritenersi oramai irrevocabili, sul versante dell'immediata chiusura del pendente procedimento penale, lo Stato italiano aveva, *de facto* già ottemperato alla misura individuale imposta dalla Corte. Infatti, con sentenza pronunciata nel dicembre 2013 e depositata nel maggio 2014, la Corte di cassazione dichiarava la prescrizione del reato, risolvendo indirettamente il problema.

Parte della dottrina⁴⁴⁶, tuttavia, ha rilevato come con detta pronuncia, lo Stato italiano si sia conformato alla sentenza della Corte di Strasburgo solo nella parte in cui essa impone la chiusura del processo penale «nel più breve tempo possibile», non potendo, invece, dirsi raggiunto l'obiettivo di evitare «conseguenze pregiudizievoli ai ricorrenti». Secondo tale orientamento, infatti, la Cassazione avrebbe dovuto prosciogliere ai sensi dell'art. 649, comma 2, c.p.p., per divieto di un secondo giudizio. A tal proposito, nel nostro ordinamento giuridico il proscioglimento per prescrizione non è del tutto privo di conseguenze lesive per l'imputato. Emblematico, in tal senso, è l'art. 673 c.p.p. che prevede la revoca della sentenza – nel caso di *abolitio criminis* – non solo di condanna, ma anche la sentenza passata in giudicato di proscioglimento per estinzione del reato.

Quanto agli effetti della pronuncia che vanno al di là del caso concreto, occorre preliminarmente ricordare, che le supreme giurisdizioni italiane (Sezioni Unite della Corte di cassazione e Corte costituzionale) abbiano ormai riconosciuto, in occasione della celebre vicenda dei *Fratelli minori di Scoppola*⁴⁴⁷, che gli obblighi discendenti dalle sentenze della Corte hanno una portata che trascende il caso specifico oggetto di pronuncia, vincolando lo Stato – e i suoi organi giurisdizionali

⁴⁴⁶ In tal senso, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 6. Cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti sul punto.

⁴⁴⁷ Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, Pres. SANTACROCE, Rel. MILO, Ric. *Ercolano*; Corte cost., sentenza 18 luglio 2013, n. 210, Pres. GALLO, Rel. LATTANZI.

– ad assicurare la medesima tutela a tutti coloro che si trovano in una situazione identica. Nel caso in commento, l’indicazione che proveniva da Strasburgo nel 2014 appariva chiara: in casi analoghi alla vicenda *Grande Stevens*, una volta chiuso, con provvedimento definitivo il primo procedimento di natura “sostanzialmente” penale, la pendenza di un secondo processo avente ad oggetto gli stessi fatti, doveva considerarsi lesiva del diritto fondamentale al *ne bis in idem* di cui all’art. 4, Prot. n. 7, CEDU. Inoltre, se la perdurante pendenza del processo è convenzionalmente illegittima, allora occorrerà in questi casi trovare il modo di porre fine immediatamente al processo.

Nella perdurante inerzia legislativa, però, proprio la ricerca di un adeguato strumento, concretamente idoneo a tale fine, agiterà gli animi della dottrina e della giurisprudenza italiana.

3. Le conseguenze della pronuncia *Grande Stevens* nell’ordinamento italiano

Era stata una battaglia silenziosa, quella, a colpi di “opzioni interpretative”, combattuta tra Strasburgo e Lussemburgo. O, per meglio dire, una “guerra fredda”. Illeso usciva il procedimento sanzionatorio dinanzi alla Consob, iniquo ed imparziale, ma non al punto da essere *tout court* lesivo dell’art. 6 CEDU. Nemmeno era chiaro, poi, come ci si dovesse comportare nei confronti del *double track system*: la pronuncia della Corte EDU, se da un lato pesava come un macigno sul capo del legislatore italiano, non arrivava al punto da annientare il sistema, tacendo, con esasperante prudenza, eventuali misure “di carattere generale” che l’Italia avrebbe dovuto adottare per riequilibrare la propria normativa.

Ma se il numero di vittime fu trascurabile, la sentenza *Grande Stevens* aveva sollevato, comunque, un coacervo di problematiche interpretative che sia la dottrina che la giurisprudenza si sarebbero presto affannate per risolvere. Le stesse, infatti, «a fronte dell’inerzia di un legislatore poco incline a rivisitare l’assetto normativo del Titolo I-bis t.u.f., hanno prospettato talune soluzioni che – pur a “normativa invariata” – potrebbero ricondurre il sistema di market abuse italiano nell’alveo del convenzionalmente accettabile»⁴⁴⁸.

3.1 Le soluzioni prospettate in dottrina

⁴⁴⁸ E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op.cit.*, 354.

Iniziando con l'analisi dei maggiori espedienti ermeneutici elaborati dalla dottrina all'indomani della sentenza *Grande Stevens*, due precisazioni sono d'obbligo. In primo luogo, la maggior parte delle soluzioni prospettate hanno costituito concreti tentativi del giudice nazionale – di merito e di legittimità – di risolvere il contrasto tra sistema normativo interno e garanzia convenzionale. In secondo luogo, le strade che sono state percorse (con poche eccezioni) sono oggi – alla luce della pronuncia *A e B c. Norvegia* del 2016 – oramai da ritenersi superate, in quanto fondate su una lettura del divieto di *bis in idem* molto lontana da quella che di recente ha offerto la giurisprudenza di Strasburgo.

Ad ogni modo, prendendo atto della condanna inflitta dalla Corte EDU al sistema di doppio binario sanzionatorio italiano, la dottrina⁴⁴⁹ aveva subito enucleato una serie di possibili soluzioni. Seguendo tale traccia dottrinale, gli scenari aperti dalla pronuncia *Grande Stevens* potevano variare a seconda del punto prospettico di osservazione:

- a) In primo luogo, poteva profilarsi un caso di litispendenza, ossia l'ipotesi in cui entrambi i procedimenti fossero ancora pendenti.
- b) O, ancora, poteva accadere che uno dei processi (verosimilmente quello dinanzi alla Consob) si fosse già concluso con un provvedimento definitivo, mentre risultava ancora pendente l'altro processo (di regola quello penale), come nel caso che aveva originato la condanna per lo Stato italiano;
- c) Oppure, infine, che entrambi i procedimenti si fossero già chiusi con sentenza passata in giudicato.

3.1.1 L'interpretazione “convenzionalmente conforme” o la questione di legittimità costituzionale degli artt. 187-bis e 187-ter t.u.f.

In relazione all'ipotesi *sub a)* – ossia nei casi in cui entrambi i procedimenti (“penale-amministrativo” e “penale-criminale”) risultassero entrambi pendenti, o dovessero addirittura ancora iniziare – per assicurare la conformità dell'ordinamento nazionale alla Convenzione, risultava necessario trovare un congegno capace di escludere l'applicazione delle norme interne che rendono possibile la duplicazione di procedimenti per il medesimo fatto.

A tal fine si riteneva percorribile la strada dell'interpretazione “convenzionalmente conforme” delle clausole di salvezza poste in apertura delle fattispecie amministrative disciplinate dal Titolo I-bis

⁴⁴⁹ A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit.

del t.u.f., e cioè dell'art. 187-*bis* – per l'abuso di informazioni privilegiate – e dell'art. 187-*ter* – per la manipolazione del mercato – «nel senso di circoscrivere quest[e] ultim[e] ai soli casi non regolati dalle corrispondenti fattispecie penali»⁴⁵⁰. In quest'ottica, le clausole di salvezza – a mente delle quali sono fatte «Salve [e, dunque, applicabili] le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» – venivano viste come clausole di riserva – “salvo che il fatto costituisca reato” – consentendo l'applicazione degli illeciti amministrativi, nei soli casi non “coperti” dalle fattispecie penali.

Ovviamente, la soluzione ermeneutica in esame risultava percorribile solo valorizzando i tratti differenziali che intercorrono tra le fattispecie penali e quelle amministrative. Si ricostruiva così, per via interpretativa, quel regime di alternatività che, basato sul parametro della specialità, regola in via generale il rapporto tra gli illeciti penali e amministrativi, ai sensi dell'art. 9, l. 689/1981⁴⁵¹. Ad esempio, la disposizione di cui all'art. 185 t.u.f. avrebbe dovuto essere letta come “speciale”, e dunque prevalente, rispetto a quella dell'art. 187-*ter* t.u.f., in tutti quei casi in cui le condotte manipolative del mercato avessero presentato il requisito della concreta idoneità alterativa del prezzo degli strumenti finanziari⁴⁵².

Quid accidit in relazione alle fattispecie di *insider trading*? Si tenga presente, infatti, che se in relazione alla manipolazione del mercato – nella formulazione datale dal legislatore del 2005 – si poteva scorgere sul piano descrittivo qualche differenza tra fattispecie penale e fattispecie amministrativa, con riferimento all'abuso di informazioni privilegiate, invece, si segnalava una coincidenza – quantomeno sul piano oggettivo – pressoché totale tra gli illeciti.

L'effetto di una interpretazione convenzionalmente conforme delle clausole d'esordio degli artt. 187-*bis* e 187-*ter*, dunque, sarebbe stato quello di svuotare di significato la fattispecie amministrativa, dal momento che avrebbe sempre trovato applicazione quella penale – in quanto speciale – ex art. 184 t.u.f.⁴⁵³ Peraltro, prima dell'avvento della normativa eurounitaria datata 2014 (Direttiva n. 2014/57/UE e Regolamento (UE) n. 569/2014) simile esito, sostanzialmente abrogativo della fattispecie amministrativa, sarebbe stato incompatibile con la Direttiva 2003/6/CE, che obbligava gli Stati membri ad introdurre sanzioni amministrative per reprimere le condotte di *market abuse*, lasciandoli liberi, invece, di prevedere parallele sanzioni penali.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 630.

⁴⁵² Il tentativo di “differenziazione” è strada già battuta dalla giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 15199, *Labella*, cit. Per cui, in via esemplificativa si veda D. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. SGUBBI–D. FONDAROLI, A.F. TRIPODI (a cura di), *op. cit.*, 149 ss.; e § 7.6, Cap. I, del presente lavoro.

⁴⁵³ Per simili rilievi, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 13 s.; E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op.cit.*, 356.

Invero, le difficoltà che tale soluzione ermeneutica incontrava, *de facto*, non si esaurivano in ciò. Si era fatto notare, infatti, che sarebbe stato difficile trascurare il tenore letterale della ricordata clausola di salvezza di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f.⁴⁵⁴: è evidente che il legislatore abbia esplicitamente voluto derogare all'art. 9 della legge di depenalizzazione, non solo non facendo uso della tradizionale clausola di sussidiarietà “salvo che il fatto costituisca reato”, ma prevedendo altre norme specifiche che dimostrano una volontà ferma in tal senso: ossia, gli artt. 187-*duodecies* e 187-*terdecies* t.u.f. Tali incongruenze, dunque, avrebbero comunque reso necessario un intervento del Giudice delle Leggi⁴⁵⁵, tale da elidere quei profili problematici che – anche a seguito dell'interpretazione convenzionalmente conforme delle clausole di salvezza menzionate – gli artt. 187-*duodecies* e 187-*terdecies* t.u.f. comunque avrebbero conservato. Da un lato, infatti, l'art. 187-*terdecies* t.u.f. ammette il cumulo di sanzioni penali e amministrative; dall'altro, l'art. 187-*duodecies* t.u.f. stabilisce che il procedimento amministrativo non può essere sospeso per la pendenza del procedimento penale. In quest'ultimo caso, il discorso era invero particolarmente problematico perché non intaccando, attraverso una pronuncia della Corte costituzionale, il tenore di tale disposizione, si permetteva ad entrambi i procedimenti di seguire il loro ordinario corso – praticamente ignorandosi – salvo poi arrestarsi immediatamente, non appena uno dei due fosse diventato definitivo, al fine di evitare la violazione della CEDU⁴⁵⁶.

3.1.2 L'interpretazione “convenzionalmente conforme” o la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

Per quanto riguarda l'ipotesi *sub b)*, essa riguarda i casi in cui uno dei procedimenti avviati per il medesimo fatto di *market abuse* (verosimilmente quello relativo all'illecito amministrativo, date le cadenze più rapide del procedimento) si fosse già concluso con una condanna definitiva, mentre l'altro (probabilmente quello penale) fosse viceversa ancora pendente.

In queste ipotesi, i portati della giurisprudenza di Strasburgo, desunti dalla pronuncia *Grande Stevens*, apparivano chiari: chiuso il primo procedimento di “natura penale”, la pendenza di un secondo processo, avente ad oggetto gli stessi fatti, lede la garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU. E, se così era, occorre trovare il modo per porre immediatamente fine al secondo processo.

⁴⁵⁴ G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 9.

⁴⁵⁵ A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit.

⁴⁵⁶ F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 630.

La soluzione, ancora una volta, veniva individuata nell'interpretazione "convenzionalmente conforme". Diversamente, però, in questo caso si faceva leva sull'art. 649 c.p.p., ossia su quella norma che sancisce sì il principio del *ne bis in idem* a livello nazionale, ma ne limita l'applicazione ai casi in cui l'imputato sia stato precedentemente prosciolto o condannato con «sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili».

In questo caso, si sarebbe trattato⁴⁵⁷ di estendere il divieto di doppio giudizio sancito dalla norma *de qua*, anche ai casi in cui la prima decisione fosse di natura "penale-amministrativa" (ossia da considerare di "natura penale" ai sensi della Convenzione) e non prettamente "penale-criminale" (ossia, qualificata come "penale" dal diritto interno).

Già i primi commentatori, infatti, ritenevano tale strada interpretativa percorribile, in quanto «l'art. 649 c.p.p. afferma un principio di garanzia, è norma di portata generale e non certo eccezionale, e può quindi a buon diritto essere interpretato estensivamente, nel senso di far ricomprendere nel concetto "di sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili" anche i provvedimenti di condanna definiti "penali" dalla Corte di Strasburgo»⁴⁵⁸. Dunque, stante la portata di principio generale del *ne bis in idem*, la possibilità di estendere i confini applicativi dell'art. 649 c.p.p., mediante *analogia iuris*, non sarebbe stata, in effetti, poi così singolare.

Anche la soluzione dell'interpretazione conforme, però, prestava il fianco ad alcune critiche. Anzitutto non si poteva far a meno di ricordare che con la stessa pronuncia con cui aveva chiuso la vicenda FIAT-IFIL a livello interno⁴⁵⁹, la Suprema Corte aveva escluso la praticabilità di un'interpretazione convenzionalmente adeguatrice dell'art. 649 c.p.p. Secondo il Giudice di legittimità, infatti, sulla base del diritto vigente, non è «plausibilmente prospettabile per l'interprete alcuno spiraglio per una diversa ermeneutica» nel senso, prospettato dalla difesa, di un'interpretazione conforme costituzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.

Soprattutto, però, la preoccupazione maggiore era che l'estensione della portata operativa dell'art. 649 c.p.p. alle sanzioni irrogate all'esito di un procedimento amministrativo, potesse sacrificare il principio dell'irretrattabilità dell'azione penale – di cui all'art. 112 Cost. – in favore, invece, di quella avviata da un organo amministrativo. Con due irragionevoli conseguenze: da un lato, quella di far dipendere la condanna effettivamente applicabile, dalla sola ragione della maggiore celerità del procedimento amministrativo; e dall'altro, di obliterare quel quadro di garanzie tipiche che assiste il solo processo penale⁴⁶⁰. Anche in questo caso, poi, si rilevava come la via

⁴⁵⁷ G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 6.

⁴⁵⁸ Così, A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit.

⁴⁵⁹ Cass., Sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, cit.

⁴⁶⁰ Per simili rilievi, G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni*, cit.

dell'interpretazione convenzionalmente conforme risultasse comunque non soddisfacente dinanzi agli espliciti riferimenti normativi del t.u.f. (né con riferimento alla clausola di salvezza posta in apertura degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f., né in relazione agli artt. 187-*duocedies* e 187-*terdecies*).

Viste le difficoltà di una simile opzione ermeneutica, in dottrina⁴⁶¹ era stata prospettata una soluzione alternativa, ossia quella della proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. L'eccezione avrebbe dovuto riguardare il contrasto della disposizione *de qua* con l'art. 117, comma 1, Cost. – in riferimento all'art. 4, prot. 7, CEDU così come interpretato nella pronuncia *Grande Stevens* – nella parte in cui la disposizione impugnata non prevede che il giudice debba pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere anche nell'ipotesi in cui l'imputato sia già stato giudicato per il medesimo fatto, con provvedimento ormai irrevocabile, in un procedimento che – seppure formalmente qualificato come amministrativo – debba ritenersi di natura penale ai sensi della Convenzione europea e dei suoi Protocolli⁴⁶².

3.1.3 La diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE

Nel novero degli strumenti ermeneutici prospettati, autorevole dottrina⁴⁶³ elaborava un'altra plausibile soluzione al caso di due procedimenti – uno “penale-amministrativo” e l'altro “penale-criminale” – di cui uno si fosse già concluso con sentenza passata in giudicato e l'altro, invece, fosse ancora pendente. Tale diversa soluzione consisteva nella diretta applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che avrebbe permesso al giudice penale nazionale di pronunciare immediatamente sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, di fronte alla

⁴⁶¹ G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 7.

⁴⁶² È stato già ricordato, tuttavia, che tale strada era già stata intrapresa prima che fosse depositata la decisione della Corte EDU nella causa *Grande Stevens* (deposito avvenuto il 4 marzo 2014). Infatti, proprio con la sentenza del 17 dicembre 2013, la Prima Sezione della Corte di Cassazione affermava, riguardo alla definizione della vicenda FIAT-IFIL, che sulla base del diritto vigente, l'azione penale non è improcedibile, perché preclusa ai sensi dell'art. 649 c.p.p., in seguito all'irrogazione definitiva di una sanzione amministrativa per il medesimo fatto. La Corte di Cassazione, muovendo dalla valorizzazione degli enunciati interpretativi della sentenza *Fransson*, riteneva infondata la richiesta volta ad ottenere una declaratoria di improcedibilità dell'azione penale, osservando che il presupposto formale del divieto di un secondo giudizio e della preclusione della *res iudicata* è costituito dalla sentenza penale – di condanna o di proscioglimento – ovvero dal decreto penale divenuti irrevocabili, «atteso l'incontestabile tenore dell'art. 649, comma 1, c.p.p.»

⁴⁶³ Ci si riferisce a F. VIGANÒ. Per una puntuale ricostruzione della tesi *de qua*, v. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit.; 21 ss.; ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., ID. *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit.; ID., *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2016.

chiusura in via definitiva del procedimento “penale-amministrativo” per lo stesso fatto; così come, analoga statuizione avrebbe dovuto essere adottata dall’autorità amministrativa o da quella giurisdizionale adita in sede di opposizione nella (invero, di gran lunga improbabile) ipotesi in cui si sia già formato prima il giudicato in sede “penale-criminale”.

L’art. 50 CDFUE è invocabile in materia di *market abuse* perché essa ricade nell’ambito di applicazione del diritto UE, ciò che è a sua volta condizione perché – ai sensi dell’art. 51 CDFUE – i diritti riconosciuti dalla Carta possano trovare applicazione.

La prospettiva, però, necessitava di opportune precisazioni. Nell’ordinamento giuridico italiano, le norme eurounitarie e le norme convenzionali hanno una influenza differente: se le prime sono dotate di efficacia diretta (verticale) nell’ordinamento nazionale (quanto meno quando il loro contenuto sia chiaro, preciso ed incondizionato) e, dunque, il giudice interno ha il potere-dovere di disapplicare la norma interna contrastante con la norma eurounitaria; le seconde, invece, non hanno efficacia diretta e, se sussiste un contrasto con tra disposizione convenzionale e disposizione nazionale, il giudice non può disapplicare quest’ultima, per converso e sempre che non sia possibile un’interpretazione convenzionalmente conforme, dovendo proporre questione di legittimità costituzionale della norma interna. Quando l’art. 6 § 1 TUE attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, permette che i diritti in essa sanciti – tra cui, per quanto interessa, il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto (art. 50) – siano direttamente applicabili, con conseguente necessità di disapplicare le norme nazionali con essi contrastanti. Ma vi è di più, perché il diritto sancito dall’art. 50 della Carta di Nizza, in virtù della clausola di interpretazione parallela contenuta nell’art. 52 § 3, deve essere applicato in modo da garantire lo stesso livello di tutela che il parallelo convenzionale (art. 4, VII Prot., CEDU), così come interpretato dalla Corte di Strasburgo (in questo caso nella sentenza *Grande Stevens*), assicura in materia di abusi di mercato.

Sulla base di tale ricostruzione e seguendo la soluzione ermeneutica in commento, il giudice penale italiano, chiamato a decidere su un fatto di *market abuse* già sanzionato in via definitiva in un procedimento “penale-amministrativo”, che avesse riconosciuto una violazione del *ne bis in idem* convenzionale, avrebbe dovuto procedere alla disapplicazione dell’art. 649 c.p.p. e dare applicazione diretta all’art. 50 della Carta di Nizza.

Dunque, se davvero si fosse riconosciuto – in forza del richiamato art. 52, § 3, CDFUE – all’art. 50 della Carta di Nizza lo stesso contenuto che (fino al 2016, quantomeno) la giurisprudenza di Strasburgo riconosceva all’art. 4, Prot. n. 7, CEDU, l’imputato avrebbe vantato un diritto a non essere più sottoposto a un processo penale per un fatto di abuso di mercato per il quale fosse già

stato definitivamente sanzionato in via amministrativa (almeno secondo l'*iter* cronologico più ricorrente), in quanto l'art. 50 CDFUE è direttamente applicabile in suo favore dal giudice penale, se del caso previa disapplicazione di ogni altra norma nazionale contrastante, trattandosi di disposizione di diritto primario dell'Unione, dotata di primazia sul diritto nazionale e idonea a produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri e ciò, si noti, senza alcuna possibilità di interpellare sul punto la Corte costituzionale, incompetente a risolvere le antinomie tra disposizioni di legge interne e disposizioni di diritto UE dotate di effetto diretto.

Invero, se in punto di diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE non sembravano esservi dubbi⁴⁶⁴, ciò su cui si poteva obiettare era proprio la conformità tra le letture del divieto di *bis in idem* offerte dalle Corti europee: proprio alla luce della sentenza *Fransson*, infatti, era tutt'altro che scontato affermare che l'art. 50 CDFUE dovesse essere letto alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.

Per tale motivo, la traccia dottrinale che si sta seguendo dava conto della possibilità che il giudice nazionale interrogasse il Giudice dell'Unione chiedendogli di chiarire se, per l'appunto, l'art. 50 CDFUE dovesse intendersi – secondo le indicazioni dell'art. 52, § 3, CDFUE – in senso conforme all'interpretazione fornita dalla Corte EDU all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU e, dunque, se la garanzia eurounitaria effettivamente ostasse alla possibilità di un secondo giudizio per una identica condotta di *market abuse* per la quale l'autore fosse già stato sanzionato con un provvedimento definitivo sempre di natura “sostanzialmente” penale. Anche la strada della pregiudiziale interpretativa alla Corte di Lussemburgo, dunque, avrebbe potuto rappresentare un adeguato strumento per risolvere i dubbi che aleggiavano sul sistema di cumulo procedimentale e sanzionatorio italiano.

3.1.4 La diretta applicazione dell'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU

Al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE, dove non possono essere invocati i diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza, la stessa dottrina⁴⁶⁵ prospettava la possibilità di dare diretta applicazione, non più all'art. 50 CDFUE, ma allo stesso art. 4, Prot. n. 7, CEDU. La disposizione in parola, infatti, come la stessa CEDU, è stata incorporata nell'ordinamento italiano in forza della

⁴⁶⁴ Così come espressamente affermato dalla Corte di Giustizia, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, §§ 45-48.

⁴⁶⁵ Ci si riferisce sempre a F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit.; ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit.; ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato*, cit.; ID., *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, cit.

relativa legge di esecuzione⁴⁶⁶, ed ha pertanto acquisito rango (almeno) primario nel nostro sistema. Essa, dunque, è parte di quel “diritto” che vincola ciascun giudice ai sensi dell’art. 101, comma 2, Cost. che, dunque, ha l’obbligo di applicarla nei casi sottoposti al suo vaglio.

Le norme della CEDU e dei suoi Protocolli, inoltre, avrebbero efficacia “*self-executing*”. Che tali disposizioni siano suscettibili di diretta applicazione da parte del giudice comune è acquisizione che la nostra giurisprudenza penale ha compiuto a partire dagli storici casi *Polo Castro* e *Medrano*⁴⁶⁷. In particolare, nel primo caso, le Sezioni Unite dichiaravano che la Convenzione europea conferisce al singolo «la legittimazione attiva per garantir[e] la tutela giurisdizionale» dei diritti in essa riconosciuti e che, «nel nostro paese, in linea di massima, le norme della Convenzione, i diritti da questa riconosciuti all’individuo sono “soggettivi e perfetti”», eccezion fatta per le norme tanto generiche da non poter essere considerate *self-executing*, avendo bisogno di una specifica attività normativa dello Stato per essere attuate. Date le premesse, la Suprema Corte nel caso *Polo Castro* applicava direttamente l’art. 5, comma 4, CEDU.

I medesimi principi venivano ribaditi dalla Cassazione nel caso *Medrano* del 1993 e non sono stati obliterati neanche dalle sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale. Ciò, in primo luogo perché ricordati anche dalle Sezioni Unite in una pronuncia del 2010⁴⁶⁸. In secondo luogo, perché le sentenze gemelle del 2007 hanno sì escluso che le norme della CEDU e dei suoi Protocolli possano essere direttamente applicate in luogo di disposizioni contrastanti del diritto nazionale, ma non hanno inteso escludere la loro diretta applicazione in tutte le ipotesi in cui esse si inseriscano in spazi giuridicamente “vuoti”, non regolati cioè in modo antinomico da una disposizione interna.

Secondo tale dottrina ciò accade, appunto, in materia *market abuse* e doppio binario sanzionatorio: l’art. 4, Prot. n. 7, CEDU ha un’area applicativa eccedente quella coperta dalla norma interna di cui all’art. 649 c.p.p., in quanto la prima preclude un secondo giudizio sul medesimo fatto già oggetto di un precedente procedimento sanzionatorio anche quando solo uno dei due procedimenti abbia natura formalmente e sostanzialmente penale, mentre l’altro, invece, abbia natura solo sostanzialmente penale, essendo diversamente qualificato dall’ordinamento interno. In questi frangenti, dunque, la norma convenzionale potrebbe operare come l’unica applicabile per il giudice

⁴⁶⁶ Nel caso del Protocollo n. 7: Legge 9 aprile 1990, n. 98 “Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 7 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, concernente l’estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984”. In G.U – S.G. del 2 maggio 1990, n. 100.

⁴⁶⁷ Cfr. rispettivamente, Cass., Sez. Un., 23 novembre 1988, *Polo Castro*, in *Cass. pen.*, 1989, 1418 ss., m. 1191; e Cass., Sez. I, 12 maggio 1993, *Medrano*, *ivi*, 1994, 439 ss., m. 319.

⁴⁶⁸ Cass. Sez. Un., 25 novembre 2010 (dep. 14 luglio 2011), n. 27918, *De F.*

italiano che, di conseguenza, dovrebbe applicarla senza previamente disapplicare alcuna norma interna contrastante o sollecitare l'intervento della Corte costituzionale.

Anche tale rimedio, tuttavia, non era andato esente da critiche⁴⁶⁹.

Lo scenario rappresentato, infatti, avrebbe potuto avere – a prescindere dalla specifica materia degli abusi di mercato – effetti discutibili già in via generale: far dipendere l'immediata applicabilità delle norme convenzionali *self-executing* da lacune del diritto interno, implicava condizionare l'efficacia della Convenzione EDU sugli ordinamenti degli Stati dalla legge ordinaria, la quale è, invece, fonte ad essa subordinata.

Neppure poteva essere trascurato, peraltro, il rischio di generare ingiustificate disparità di trattamento: i diritti garantiti dalla Convenzione, infatti, in tal modo sarebbero stati assicurati in via diretta solo nei settori contraddistinti da spazi giuridici vuoti.

Per quanto riguarda, infine, la specifica materia degli abusi di mercato, la critica veniva mossa già in relazione all'effettiva presenza del necessario “spazio giuridico vuoto”. Tale ambito doveva realmente essere considerato “vuoto” oppure «per così dire, già riempito dal contenuto delle [...] disposizioni di sistema che presuppongono una dinamica bi-procedimentale sul medesimo fatto (artt. 187-duodecies e 187-terdecies t.u.f.); disposizioni che, stante la garanzia convenzionale (direttamente operativa), sarebbero per l'appunto condannate alla (definitiva) disapplicazione»⁴⁷⁰?

3.1.5 L'interpretazione “convenzionalmente conforme” o la questione di legittimità costituzionale dell'art. 669 c.p.p.: il problema dell'intangibilità del giudicato

Infine, un ultimo scenario aperto dalla pronuncia *Grande Stevens* riguarda le ipotesi *sub c)*, ossia le situazioni in cui il medesimo fatto di *market abuse* abbia condotto all'apertura dei due binari processuali, quello “penale-criminale” e quello “penale-amministrativo”, ma entrambi i procedimenti si siano già conclusi con sentenze passate in giudicato. In questo caso, peraltro, si configuravano ulteriori questioni problematiche legate, in particolare, al principio di intangibilità del giudicato.

⁴⁶⁹ Cfr. A.F. TRIPOLI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 4, 1508.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

Anzitutto, veniva evidenziato⁴⁷¹, e il rilievo era ampiamente condiviso in dottrina⁴⁷², che la strada della revoca della sentenza, da parte del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p., sarebbe stata *de facto* impercorribile in quanto in questo caso, mentre l'intangibilità del giudicato costituisce il principio generale, i casi di revoca della sentenza hanno carattere eccezionale, cosicché non sembrava assolutamente ipotizzabile una sua interpretazione analogica in senso convenzionalmente conforme.

Una soluzione, invece, poteva essere quella di seguire sempre la strada dell'interpretazione convenzionalmente adeguatrice, ma della disposizione di cui all'art. 669 c.p.p., ovvero più verosimilmente, quella della proposizione di un'incidente di legittimità costituzionale⁴⁷³.

A mente dell'art. 669, comma 1, c.p.p., infatti, nel caso di una pluralità di sentenze di condanna irrevocabili «pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto», il giudice deve ordinare l'esecuzione della condanna meno grave e revocare le altre. Interpretando in senso convenzionalmente orientato tale disposizione si sarebbe potuto estendere il concetto di «sentenze di condanna divenute irrevocabili», facendovi rientrare anche i provvedimenti definitivi, formalmente amministrativi, ma valutati come sostanzialmente penali dalla Corte EDU.

Questa prima soluzione, tuttavia, non sfuggiva alla *vexata quaestio* relativa ai margini di recessività del giudicato: analogamente a quanto detto in relazione all'art. 673 c.p.p., la disciplina della revoca del giudicato presenta una fisionomia improntata al carattere della eccezionalità, come dimostra la previsione di un novero tassativo di ipotesi che ne consentono l'applicazione. Sarebbe stato, dunque, maggiormente agevole – ma comunque non del tutto scevro da rilievi critici, stante comunque il limite alla proponibilità dell'incidente di costituzionalità, legato al fatto che si discuta di “rapporti esauriti” – la via dell'incidente di costituzionalità, mediante il quale sollecitare una sentenza manipolativa della Corte costituzionale in relazione all'art. 669 c.p.p.

Infine, non mancava chi proponeva di risolvere le situazioni in commento ricorrendo all'istituto della revisione del giudicato, di cui dall'art. 630 c.p.p. così come rimaneggiato dalla Corte costituzionale con la sent. 113/2011⁴⁷⁴. In particolare, con la sentenza citata, la Consulta ha dichiarato «la parziale illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un'autonoma causa di revisione nell'ipotesi in cui, all'esito di una pronuncia di condanna, la Corte europea abbia accertato la violazione di un diritto o di una garanzia convenzionale nel corso del processo penale

⁴⁷¹ A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit.

⁴⁷² *Ex multis*, DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni*, cit., 6 s.; D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 629; E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 361.

⁴⁷³ G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 7.

⁴⁷⁴ D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari*, cit., 629.

[...] e la riapertura dello stesso sia necessaria, ai sensi dell'art. 46 CEDU, per conformarsi alla pronuncia di Strasburgo». Dunque, alla luce della pronuncia, si profilava la possibilità di chiedere la revisione di una sentenza di condanna irrevocabile, qualora questa fosse stata pronunciata dopo che la definitività della pronuncia nel procedimento amministrativo, in relazione al medesimo fatto. Ovviamente, in questa ipotesi si sarebbe comunque resa sempre necessaria una specifica pronuncia della Corte di Strasburgo ritenente sussistente una violazione dell'art. 4, VII Prot., CEDU.

3.1.6 Una conclusione comune: la necessità di un intervento legislativo

Dalla disamina delle soluzioni interpretative che erano state elaborate dalla dottrina, si evince come tutte, in certa misura, presentassero evidenti nodi problematici. Tuttavia, nel silenzio del legislatore, le stesse hanno avuto il pregio di offrire espedienti ermeneutici – talvolta perfettibili ma comunque – atti ad evitare il rischio, per il nostro Paese, di ulteriori condanne da parte della Corte di Strasburgo. Invero, le difficoltà di una loro effettiva applicazione non nascono dalla loro intrinseca erroneità o imprecisione, quanto piuttosto da un impedimento dato “a monte”. Difficile sarebbe stato, infatti, ammettere che il giudice nazionale, o altri per lui, avesse il compito di “bollare” come penale un illecito che il legislatore aveva deciso di etichettare in altro modo all'esito di un *iter* parlamentare che, quanto meno in linea di principio, dovrebbe attribuire alla risposta sanzionatoria deliberata la massima coerenza possibile⁴⁷⁵.

È stato lucidamente rilevato, peraltro, che quello che la CEDU indica come criterio “formale” e semplice punto di partenza per definire il fatto come reato è, invece, per il nostro ordinamento giuridico un valore costituzionale, in ragione del principio di stretta legalità⁴⁷⁶ di cui all'art. 25 Cost. Dunque, a prescindere dai tentativi descritti, su un punto cruciale della “questione *ne bis in idem*” la dottrina era concorde: quale che fosse la soluzione, in una prospettiva di lungo periodo non poteva essere l'interprete a risolvere i nodi problematici del doppio binario sanzionatorio previsto dal Titolo I-bis del t.uf., ma solo il legislatore avrebbe potuto dare coerenza al sistema, assicurando il rispetto della Convenzione da parte della normativa domestica⁴⁷⁷. E, all'indomani di *Grande Stevens*,

⁴⁷⁵ DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni*, cit., 7.

⁴⁷⁶ P. GAETA, *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, testo rielaborato dalla relazione presentata al *Convegno sul tema “L'interpretazione conforme al diritto dell'UE. Profili e limiti di un vincolo problematico”*, Rovigo, 14-15 maggio 2014, 17 ss.; DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni*, cit., 7.

⁴⁷⁷ Cfr. G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 9, 3107 s.

proprio l'attuazione della nuova normativa eurounitaria poteva essere sfruttata per garantire effettivamente l'adempimento, da parte dell'ordinamento nazionale, dei *dicta* di Strasburgo⁴⁷⁸.

3.2 La giurisprudenza italiana *post-Grande Stevens*

Si è più volte ribadito che la sentenza *Grande Stevens* aveva chiaramente stabilito che uno stesso fatto non potesse essere sanzionato due volte, dapprima nel procedimento amministrativo in materia di abusi di mercato *ex art. 187-ter t.u.f.*, caratterizzato da una tale afflittività del peso della sanzione da essere senza dubbio ricompreso nella "*matière pénale*" individuata secondo i criteri Engel e, quindi, successivamente, in un procedimento penale sorto sugli stessi fatti (in base al reato di cui all'art. 185 t.u.f.).

Peraltro, a questa pronuncia ne erano seguite altre del Giudice della Convenzione, del medesimo tenore, con riguardo a sistemi di doppio binario sanzionatorio presenti negli ordinamenti di diversi Stati dell'Unione, soprattutto in materia fiscale⁴⁷⁹.

Era, dunque, facilmente prevedibile che, oltre alla dottrina, anche la giurisprudenza domestica iniziasse a porsi dubbi – e a proporre soluzioni – sulla compatibilità del sistema di doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato, con il *ne bis in idem* tratteggiato a Strasburgo il 4 marzo 2015.

3.2.1 La giurisprudenza di merito

È utile, per affrontare i riflessi che l'*Affaire Grande Stevens* ha avuto sulla giurisprudenza interna, prendere in considerazione anzitutto il giudice che è sembrato maggiormente orientato a conformarsi al *dictum* della Corte EDU, ossia il giudice di merito.

⁴⁷⁸ In tal senso, in via meramente esemplificativa, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 9.

⁴⁷⁹ Cfr., tra le più importanti: Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 giugno 2014, con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem e materia tributaria: prove tecniche di un dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, ivi, 11 dicembre 2014, con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*, ivi, 27 marzo 2015, con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione*.

In tal senso, è emblematico come talvolta questa giurisprudenza⁴⁸⁰ si sia addirittura spinta sino a dare diretta attuazione ai canoni di interpretazione della Corte della Convenzione, dichiarando il non doversi procedere ex art. 649 c.p.p. in relazione a reati per i quali erano già state irrogate sanzioni amministrative di natura “sostanzialmente” penale. Tali tentativi, invero, sono stati subito sconfessati dalla giurisprudenza di legittimità.

Nel dettaglio, tra le vie ermeneutiche – tracciate peraltro già dalla dottrina – quella dell’interpretazione “convenzionalmente conforme”, ha trovato consensi nella giurisprudenza di merito, seppure in un ambito diverso da quello degli abusi di mercato. Il riferimento è ad una decisione pronunciata in data 17 ottobre 2014 dal Tribunale di Brindisi⁴⁸¹, con il quale è stata riconosciuta efficacia preclusiva del giudizio penale all’irrogazione di una sanzione disciplinare per il medesimo fatto nei confronti di un detenuto.

Quest’ultimo aveva danneggiato delle suppellettili presenti nella sua cella, condotta per cui, prima di arrivare davanti al giudice penale, l’imputato era già stato “punito” in via disciplinare. Il detenuto, infatti, era stato sottoposto a procedimento disciplinare – ai sensi della legge di ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione⁴⁸² – all’esito del quale gli veniva inflitta, oltre ad una sanzione patrimoniale⁴⁸³ a carattere risarcitorio, la sanzione dell’esclusione dalle attività in comune con isolamento continuo per un periodo di quindici giorni (sanzione poi effettivamente scontata). Successivamente, il detenuto veniva citato a giudizio penale con l’imputazione di danneggiamento aggravato, per lo stesso fatto. Il Tribunale, tuttavia, riconosceva natura “convenzionalmente penale” alla sanzione disciplinare – in considerazione della sua incidenza sulla «libertà di movimento e di relazione» del soggetto cui era stata inflitta – ed escludeva così che egli potesse essere sottoposto ad un secondo giudizio per il medesimo fatto, dichiarando – sulla base di una interpretazione convenzionalmente orientata dell’art. 649 c.p.p. – improcedibile l’azione penale⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ In tema di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni disciplinari: Trib. Brindisi, Sez. pen., sent. 17 ottobre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 12 dicembre 2014, 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*. In argomento, v. anche M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell’art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, n. 4, 441 ss. In materia tributaria, si vedano: Trib. Asti, 10 aprile 2015, n. 717; Trib. Terni, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2015, con nota di S. CONFALONIERI, *Ancora in tema di omesso versamento IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*.

⁴⁸¹ Trib. Brindisi, Sez. pen., sent. 17 ottobre 2014, cit.

⁴⁸² Artt. 33, n. 2, 39, n. 5, 40, secondo comma, l. 26 luglio 1975, n. 345 e artt. 77, n. 13, e 81 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

⁴⁸³ Consistente nel prelievo della somma di euro 341 dal peculio disponibile.

⁴⁸⁴ Riguardo alla possibilità di interpretare in senso convenzionalmente conforme l’art. 649 c.p.p. non sono state dello stesso avviso né la Quinta Sezione penale della Cassazione (Cass. pen., Sez. V, ord. 10 novembre 2014 – dep. 15 gennaio 2015 – n. 1782, *Chiarion Casoni*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2015, commentata all’atto della

Diversamente – e proprio sulla base dei rilievi critici che possono essere mossi alle conseguenze “a geometria variabile”⁴⁸⁵ che produrrebbe un’interpretazione convenzionalmente conforme – altra parte dei giudici di merito ha, per converso, promosso l’intervento della Corte costituzionale, invocando la violazione dell’art. 117 Cost., secondo l’insegnamento delle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 C. cost.⁴⁸⁶.

Da ultimo, non sono mancate neppure voci della giurisprudenza di merito che hanno ritenuto opportuno sollevare, sul tema, questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’UE⁴⁸⁷, ex art. 267 TFUE.

diffusione della notizia di decisione n. 27/2014 da 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, né altra giurisprudenza di merito (Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015), che infatti hanno preferito sollevare questione di legittimità costituzionale. La “malleabilità ermeneutica” dell’art. 649 c.p.p., peraltro è stata ampiamente negata anche dalla maggior parte della dottrina. Cfr., con vari accenti, M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, nota a Trib. Bologna, cit., in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2015, 5; G. DE AMICIS, *Diritto dell’UE e della CEDU*, in R. GAROFOLI – T. TREU (a cura di), *Il libro dell’anno del diritto 2015*, Treccani, 2015, 664; M.L. DIBITONTO, *Una singolare applicazione*, cit., 443; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, n. 12, 87. A parere delle varie voci giurisprudenziali e dottrinali cui si fa cenno, il dato letterale, storico e sistematico rappresenterebbe un ostacolo insormontabile all’ipotizzata operazione di adeguamento in via interpretativa della norma del codice di rito.

⁴⁸⁵ L’espressione è tratta da E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Zanichelli, 2016, 294.

⁴⁸⁶ Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, cit.; Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016, che solleva anch’esso incidente di costituzionalità, peraltro, in termini sostanzialmente identici, dal punto di vista motivazionale, a quelli entro i quali era stata prospettata dalla Quinta Sezione penale della Corte di cassazione, con l’ordinanza n. 1782 del 2015, cit.

⁴⁸⁷ Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015 (iscritta nella causa C-524/15, *Menci*), in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell’IVA: la parola alla Corte di giustizia*, cit.; v. anche, Trib. S. Maria Capua Vetere, ordinanze del 23 aprile 2015 (iscritta nella causa C-217/15, *Orsi*) e 23 giugno 2015 (iscritta nella causa C-350/15, *Baldetti*), su cui la Corte di Giustizia si è pronunciata con sentenza 5 aprile 2017, cause riunite C-217/15 e C-350/15, *Orsi e Baldetti*. Ancor prima, si v. Trib. Torino, IV Sez. pen., ord. 27 ottobre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014, 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*, su cui la Corte di Giustizia UE si è effettivamente espressa, con ordinanza del 15 aprile 2015, dichiarandosi “manifestamente incompetente” a rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Torino in merito alla compatibilità con il principio europeo di *ne bis in idem* della previsione normativa interna di cui all’art. 10-bis d. lgs. n. 74 del 2000, in tema di reati tributari, che consente di perseguire penalmente per omesso versamento delle ritenute d’imposta il soggetto che sia già stato sanzionato, per lo stesso fatto, con una decisione amministrativa irrevocabile che abbia irrogato una sovrattassa (ex art. 13 d. lgs. n. 471 del 1997). La Corte di Giustizia ha rilevato che si tratta di una questione che «concerne l’applicazione di disposizioni di diritto italiano [...] in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell’Unione» (§ 28). In particolare, la Corte ha evidenziato come il procedimento principale – in materia, appunto, di violazioni tributarie relative alle imposte sul reddito – non vertesse affatto su una normativa nazionale di attuazione del diritto dell’Unione, a differenza del citato precedente *Fransson*, che invece – concernendo violazione di obblighi in materia di IVA – aveva ad oggetto una normativa interna attuativa del diritto dell’Unione e, quindi, di competenza della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Viene ribadito, in tal modo, il principio, già chiaramente espresso dall’art. 6, § 1, TUE e dall’art. 51, secondo cui le disposizioni della CDFUE non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei Trattati; di conseguenza, «ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d’applicazione del diritto dell’Unione, la Corte non è competente in merito e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza» (§ 31).

3.2.2 La giurisprudenza di legittimità

Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, essa ha mostrato più volte di interessarsi alla questione della valutazione in chiave convenzionalmente orientata del principio del *ne bis in idem*, pur continuando ad orientarsi nel senso di una decisa valorizzazione della rilevanza tradizionalmente assunta dai tratti costitutivi del principio di legalità formale accolto anche a livello costituzionale. Quanto premesso, infatti, l'ha indotta a ritenere non applicabile il principio del *ne bis in idem*, previsto dall'art. 649 c.p.p., nel caso di procedimento penale avente ad oggetto il medesimo fatto per il quale sia già stata irrogata una sanzione amministrativa di natura "sostanzialmente penale" secondo l'interpretazione adottata dalla Corte EDU.

Sul punto chiarissima – proprio nella vicenda oggetto della sentenza CEDU *Grande Stevens c. Italia* – la Prima Sezione⁴⁸⁸, che ha affermato come l'azione penale non sia preclusa, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., in seguito alla irrogazione definitiva di una sanzione amministrativa per il medesimo fatto per il quale si procede⁴⁸⁹.

Invero, qualche apertura del giudice di legittimità si è intravista in questi anni, senza che ciò sia, però, sfociato nella convinzione – propria di parte della giurisprudenza di merito e della dottrina – di poter risolvere il cumulo sanzionatorio senza passare da un intervento della Corte costituzionale, del Giudice di Lussemburgo, o piuttosto del legislatore.

In alcuni casi, per l'appunto, la Corte di cassazione ha chiesto l'intervento della Corte costituzionale per verificare l'effettiva possibilità di un'interpretazione convenzionalmente compatibile dell'art. 649 c.p.p., o comunque una via d'uscita alle criticità postesi in materia di illeciti di *market abuse* che passasse attraverso l'ampliamento e la risistemazione del meccanismo del principio di specialità⁴⁹⁰. Le questioni sollevate, tuttavia, sono state tutte dichiarate inammissibili dal Giudice delle Leggi⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Cass., Sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, cit.

⁴⁸⁹ Sentenze analoghe ricorrono in materia tributaria, ad esempio: Cass. pen., Sez. III, sent. 21 aprile 2016 (dep. 22 giugno 2016), n. 25815, *Scagnetti*, Rv. 267301, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*

⁴⁹⁰ Cass., Sez. V, ord. 10 novembre 2014, cit. e Cass. civ., Sez. trib., ord. 6 novembre 2014 (dep. 21 gennaio 2015), n. 950, Rv. 634956-01, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2015. A commento della quale v. S. G. GUIZZI, *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2015, 597 ss.; A. PALASCIANO, *Rinviata alla Corte costituzionale l'applicazione di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto*, in *Fisco (II)*, 2015, n. 9, 881 ss.

⁴⁹¹ Corte cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102, Pres. GROSSI, Red. LATTANZI e CARTABIA, con commento di M. DOVA e nota di A. FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo interrotto*, in *Archivio penale (Rivista online)*, 2016, n. 2; si veda anche nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit.

In altre ipotesi ancora, invece, anche il Giudice di legittimità ha richiesto l'intervento – in via di pregiudiziale interpretativa – della Corte di giustizia dell'Unione, per decidere come orientarsi⁴⁹².

3.2.3 La giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 102 del 2016

Dal canto suo, dunque, il Giudice costituzionale è stato chiamato spesso in campo per sciogliere i nodi di compatibilità e coordinamento tra le disposizioni interne e quelle di ordine sovranazionale che allestiscono il principio del *ne bis in idem* (l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU e l'art. 50 CDFUE). In particolare, molto attesa era la prima risposta che la Corte costituzionale avrebbe offerto alla soluzione del quesito sul se – e, eventualmente, in che termini – fosse illegittimo ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., in quanto incompatibile con il principio del *ne bis in idem* nell'accezione accolta dalla giurisprudenza convenzionale, il regime di doppio binario sanzionatorio nel settore degli abusi di mercato descritto dal t.u.f.

Ebbene, se da un lato con la sentenza n. 200 del 2016⁴⁹³, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità proprio del referente domestico del principio – l'art. 649 c.p.p. – nella parte in cui escludeva che il fatto fosse il medesimo per la sola circostanza che sussista un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui sia iniziato il nuovo procedimento penale; dall'altro, con sentenza n. 102 del 2016⁴⁹⁴, dichiarava tuttavia inammissibili le questioni di costituzionalità proposte dalle ordinanze di due Sezioni della Cassazione, la Quinta Sezione penale⁴⁹⁵ e la Sezione Tributaria civile⁴⁹⁶, che avevano appunto ad oggetto la (previgente) disciplina sanzionatoria prevista dal t.u.f. in materia di *market abuse*.

⁴⁹² In particolare, Cass., Sez. trib. civ., ord. 20 settembre 2016 (dep. 13 ottobre 2016), n. 20675, in www.penalecontemporaneo.it, ottobre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, (iscritta della causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*); Cass. civ., Sez. II., ordd. 15 novembre 2016, n. 23232 e n. 23233 del 15, in www.penalecontemporaneo.it, 28 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, (iscritte nelle cause riunite C-596/16, *Di Puma* e C-597/16, *Zecca*). Per la decisione sui rinvii pregiudiziali dei giudici italiani, v. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 marzo 2018, con nota di A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*.

⁴⁹³ Per cui si veda § 11.4, Cap. I, del presente lavoro.

⁴⁹⁴ Corte cost., n. 102 del 2016, cit.

⁴⁹⁵ Cass. pen., Sez. V, ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015), n. 1782, cit.

⁴⁹⁶ Cass. civ., Sez. trib., ord. 6 novembre 2014 (dep. 21 gennaio 2015), n. 950, cit.

Dunque, a quanti avevano chiesto una presa di posizione sul merito della questione da parte della Consulta, la Corte costituzionale fondamentale non rispondeva⁴⁹⁷, limitandosi a dichiarare inammissibili tutte le questioni sottoposte al suo vaglio senza sbilanciarsi – nemmeno *sub specie* di *obiter dicta*⁴⁹⁸ – sulla questione di fondo della legittimità del *double track system* con il diritto fondamentale del *ne bis in idem*, così come declinato dalla giurisprudenza di Strasburgo in sede di interpretazione dell'art. 4, VII Prot., CEDU.

3.2.3.1 L'incidente di costituzionalità della Quinta Sezione penale

Si diceva che un primo incidente di costituzionalità è stato sollevato dalla Quinta Sezione penale, a valle di una vicenda giudiziaria concernente un fatto di *insider trading*: l'imputato condannato per il delitto di abuso di informazioni privilegiate in primo e secondo grado in sede penale ai sensi dell'art. 184, comma 1, lett. b), t.u.f. era già stato sanzionato per la medesima condotta, in via definitiva, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis* t.u.f. Le dinamiche concrete del caso, dunque, erano del tutto analoghe rispetto a quelle dell'*Affaire Grande Stevens*. Per tale motivo, la Cassazione rilevava come la stessa pendenza di un processo penale, una volta divenuta definitiva la sanzione amministrativa irrogata dalla Consob, rappresentasse una violazione del diritto al *ne bis in idem* ai sensi della Convenzione europea, dal momento che – secondo quanto affermato proprio nella pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens*, avente ad oggetto appunto la disciplina sanzionatoria italiana in materia di abusi di mercato – le sanzioni irrogate dalla Consob, pur se formalmente qualificate come “amministrative” dall'ordinamento domestico, devono essere

⁴⁹⁷ Efficacemente è stato detto: «la Corte ha qui evidentemente deciso... di non decidere, almeno per ora», così, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in tema di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit.

⁴⁹⁸ Cfr. A.F. TRIPOLI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle leggi*, cit., 1503: «Preso allora atto del “distacco” con cui la Corte costituzionale ha definito la vicenda in esame – ferme le ragioni a sostegno del giudizio di inammissibilità, non si rinvengono “istruzioni” a beneficio dell'interprete neanche *sub specie* di *obiter dicta* – non ci si può a questo punto astenere dall'evidenziare un atteggiamento ricorsivo del Giudice delle leggi [...]». L'Autore rileva la causa di tale “distacco” della Consulta nella presunta contiguità di una riforma legislativa in materia di *market abuse*, sollecitata dalla normativa eurounitaria del 2014. L'atteggiamento “ricorsivo” della Consulta sarebbe rappresentato, infatti, da un precedente non dissimile avutosi alle soglie dell'intervento riformatore del 2005. In quella occasione la Corte costituzionale fu investita di una questione di legittimità (Trib. Siracusa, ord. 10 giugno 2003, in *G.U.* n. 36, prima serie speciale, del 2003) in relazione alla determinatezza del previgente art. 180 t.u.f. in punto di *price sensitivity* dell'informazione privilegiata e, anche in quell'occasione, la Consulta si era espressa nel senso dell'inammissibilità (Corte cost., sent. n. 382 del 2004). Tuttavia, giustamente, l'Autore rileva come il *non liquet* del Giudice delle leggi, in attesa di un intervento legislativo, in questo caso, diversamente dal passato, avrebbe potuto avere ripercussioni sicuramente più pericolose, nel caso dovendosi scongiurare altre violazioni di un diritto fondamentale.

considerate come “sostanzialmente penali”, sicché la loro irrogazione in via definitiva preclude la possibilità di celebrare o proseguire un ulteriore processo penale avente ad oggetto il medesimo fatto, sia pure diversamente denominato.

Dunque, in via principale, la Corte chiedeva di verificare la compatibilità dell’art. 187-*bis* comma 1, rispetto all’art. 117, comma 1, Cost., in relazione al parametro interposto dell’art. 4, Prot. n. 7, CEDU, nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», anziché “Salvo che il fatto costituisca reato”.

In particolare, la Suprema Corte si era risolta a sollevare questione di legittimità costituzionale ritenendo, invece, sbarrata la strada dell’interpretazione convenzionalmente conforme⁴⁹⁹. Come osservato nel caso di specie, infatti, a tale pure auspicabile interpretazione dell’art. 187-*bis* t.u.f. osta non solo il tenore letterale del riportato *incipit* dell’illecito amministrativo e delle altre richiamate disposizioni di sistema significative della scelta del cumulo sanzionatorio⁵⁰⁰, ma nello stesso senso depongono anche limiti sicuramente più stringenti: è noto, infatti, che affinché l’operazione ermeneutica adeguatrice non trasmodi in applicazione diretta o, peggio in creazione normativa⁵⁰¹ – certamente vietata a norma dell’art. 25, comma 2, Cost., nonché dell’art. 7 CEDU – è necessario che il risultato dell’interpretazione non si ponga «in contrasto con l’ordinamento nel suo complesso»⁵⁰².

Esclusa la possibilità di imboccare la via dell’interpretazione convenzionalmente conforme, il Giudice di legittimità valuta anche quella dell’applicazione diretta dell’art. 50 CDFUE⁵⁰³. Se tale opzione fosse stata praticabile, infatti, il giudice di merito avrebbe potuto direttamente disapplicare la norma interna contrastante con l’ordinamento comunitario (alla luce del fatto che la materia degli abusi di mercato rientra senza dubbio nell’“ambito di applicazione del diritto eurounitario”) e, di conseguenza, pronunciarsi sul caso senza il previo intervento della Corte costituzionale. Anche questa seconda opzione ermeneutica, tuttavia, viene ritenuta preclusa a causa della peculiarità del

⁴⁹⁹ L’impossibilità di rendere l’ordinamento domestico compatibile con il principio del *ne bis in idem* sovranazionale mediante lo strumento dell’interpretazione convenzionalmente conforme è assunto largamente condiviso in dottrina: *ex multis*, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 981; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 5, 873; *contra*, G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato*, cit., 1307.

⁵⁰⁰ In particolare, gli artt. 187-*terdecies* (dove si regola l’applicazione della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa per lo stesso fatto) e 187-*duodecies* t.u.f. (che esclude qualsivoglia pregiudizialità tra il giudicato amministrativo e quello penale in relazione al medesimo fatto).

⁵⁰¹ Cfr. E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 7/8, 2023.

⁵⁰² A. NISCO, *Persona giuridica “vittima” di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 2, 784. Nello stesso senso, V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1, 15 ss.

⁵⁰³ Indicata da autorevole dottrina: F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, cit., 232 ss.

caso esaminato. Nella vicenda di specie, infatti, il procedimento amministrativo – come peraltro di solito avviene – si era concluso prima di quello penale, dunque, applicando direttamente l’art. 50 CDFUE ad essere disapplicata sarebbe la disposizione *ex art.* 184 t.u.f., con esito diametralmente opposto a quello voluto dal legislatore eurounitario che, nella Direttiva del 2014, mostra di prediligere la sanzione penale rispetto a quella amministrativa per perseguire gli obiettivi di efficacia, proporzionalità e dissuasività sanzionatoria.

Invero, la Suprema Corte avrebbe potuto, a quel punto, esperire il rimedio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell’art. 267 TFUE, chiedendole di precisare se, nelle ipotesi in cui l’imputato in un procedimento penale fosse già stato giudicato in via definitiva in un procedimento solo “formalmente” amministrativo (ma “sostanzialmente” penale secondo i canoni della giurisprudenza EDU), l’art. 50 CDFUE avrebbe potuto direttamente applicarsi. La scelta di non rivolgersi al Giudice UE, tuttavia, si spiega alla luce delle risultanze del caso *Fransson*. La Corte di Giustizia, infatti, aveva dimostrato di non essere pregiudizialmente contraria alla soluzione normativa del cumulo sanzionatorio, dunque, accogliendo un’interpretazione dell’art. 50 della Carta di Nizza diversa da quella effettuata dalla Corte di Strasburgo in relazione all’art. 4, Prot. n. 7, CEDU: mentre, infatti, per la Corte EDU rileva la mera circostanza che il medesimo fatto fosse oggetto di due distinti procedimenti di natura penale, per converso, per la Corte UE il giudice, al fine di valutare la concreta violazione del *ne bis in idem*, è chiamato a verificare se «il cumulo tra sanzioni penali e tributarie (di natura penale) per lo stesso fatto» – di per sé astrattamente legittimo – sia in concreto lesivo del principio di proporzionalità⁵⁰⁴. Interrogare la Corte di Giustizia, dunque, avrebbe condotto ad alimentare il disorientamento e ad accrescere le incertezze applicative⁵⁰⁵.

Così, escluse le alternative illustrate, la Corte di cassazione imboccava la strada più rassicurante della proposizione della questione di legittimità costituzionale della norma interna “problematica”. Date le cadenze più serrate del procedimento sanzionatorio amministrativo, sostituire l’*incipit* dell’art. 187-*bis* («Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato») con la clausola di sussidiarietà “Salvo che il fatto costituisca reato”, avrebbe permesso di riportare a coerenza il sistema sanzionatorio quantomeno in materia di *insider trading*, in quanto tutte le volte in cui il fatto concreto fosse stato sussumibile nella fattispecie delittuosa *ex art.* 184 t.u.f., l’illecito amministrativo non avrebbe trovato applicazione⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale*, cit., p. 5 ss.

⁵⁰⁵ Cfr. E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale*, cit., 2026.

⁵⁰⁶ Un effetto, questo, esattamente opposto a quello voluto dal legislatore che nel 2005 aveva descritto il sistema di cumulo sanzionatorio in materia di abusi di mercato.

In sostanza, la Cassazione chiedeva una pronuncia manipolativa c.d. “sostitutiva”, che si sarebbe concretizzata in un intervento in parte demolitorio di una porzione della disposizione oggetto di sindacato e, in parte, additivo di un nuovo frammento normativo⁵⁰⁷. In tal modo, l'accoglimento della questione, entro questi termini, avrebbe avuto come risultato quello della completa e generalizzata inapplicabilità della fattispecie sanzionatoria amministrativa, data la completa sovrapposibilità tra le condotte tipiche descritte dagli artt. 184 e 187-*bis* t.u.f. (a differenza di quanto accade nelle ipotesi di manipolazione del mercato, rispetto alle quali la fattispecie amministrativa può trovare effettivamente applicazione in via sussidiaria qualora, in concreto, la condotta materiale non sia connotata da una concreta idoneità alterativa rispetto alla fissazione dei prezzi degli strumenti finanziari). L'area tipica dell'illecito amministrativo, così, avrebbe finito per risultare circoscritta alle sole condotte di *insider trading* secondario, penalmente non sanzionate.

Tuttavia, già all'indomani della diffusione dell'annuncio dell'ordinanza di rimessione⁵⁰⁸, le probabilità che la questione proposta in via principale venisse analizzata nel merito dalla Consulta erano più che scarse. D'altronde, che la questione prospettata in via principale dalla Quinta sezione potesse incorrere in seri problemi di ammissibilità sotto il profilo della rilevanza, era evenienza cui la stessa Cassazione aveva preventivamente cercato di porre rimedio.

Nel dettaglio, la Corte provava a motivarne la rilevanza sulla base della considerazione che, in caso di accoglimento, l'art. 30, comma 4, l. 11 marzo 1953, n. 87 avrebbe imposto alla Consob di adottare le «necessarie determinazioni». Stante, infatti, la «natura “sostanzialmente penale” della sanzione irrogata» dalla Commissione, l'eventuale declaratoria d'incostituzionalità dell'inciso posto in apertura dell'art. 187-*bis* t.u.f., avrebbe dovuto determinare la cessazione “dell'esecuzione e degli effetti della condanna” ai sensi dell'art. 30, quarto comma menzionato (che dovrebbe, in tesi, essere riferito anche alle condanne per sanzioni solo formalmente amministrative ma sostanzialmente penali), con la possibilità di applicare la sola pena prevista per il reato di manipolazione del mercato, in caso di conferma della pronuncia della Corte d'appello sottoposta al giudizio di legittimità⁵⁰⁹. Nel

⁵⁰⁷ M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale*, cit.

⁵⁰⁸ Cfr. G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens*, cit.; in senso analogo, N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario. Spunti per una soluzione dell'“arcano” nel paradigmatico ambito degli abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2015; M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale*, cit.

⁵⁰⁹ La Corte osserva inoltre che l'art. 187-*terdecies* t.u.f. è suscettibile di essere interpretato in maniera “biunivoca”, consentendo così di far scattare il peculiare meccanismo “compensativo” anche nel caso in cui la sanzione penale sia inflitta prima di quella amministrativa, essendo finalizzato a incidere sulla corretta determinazione del *quantum* della sanzione per effetto del cumulo di procedimenti. Pertanto, l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 187-*bis* «determinerebbe – in forza dell'applicazione dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, come sopra evidenziata – la possibile esazione in toto della multa». Quanto al percorso attraverso il quale tale adeguamento dovrebbe essere compiuto, la Corte si limita a fare genericamente riferimento alla «conseguente adozione, da parte della Consob, delle necessarie determinazioni».

caso in esame, quindi, la rimozione del giudicato consentirebbe di evitare la doppia punizione dell'imputato – sul piano amministrativo e penale – per il medesimo fatto attraverso la cessazione degli effetti della condanna pronunciata in sede amministrativa.

I problemi teorici che tale opzione pure poneva rispetto al principio di legalità⁵¹⁰, parevano parzialmente mitigati dal fatto che la sostituzione dell'inciso posto in apertura dell'art. 187-*bis* starebbe stato sostanzialmente “a rime obbligate”⁵¹¹, ovvero avrebbe offerto un'applicazione della norma coerente con le indicazioni della Corte EDU. Né pareva un ostacolo insormontabile all'accoglimento dell'eccezione la circostanza che alla Corte costituzionale fosse stata devoluta la sola questione relativa all'art. 187-*bis*, laddove in realtà l'impedimento maggiore a un'interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina del *market abuse*, nel senso dell'assorbimento del secondo nel primo, è rappresentato dalle norme – in particolare dall'art. 187-*terdecies* – che regolano, in senso certamente favorevole al cumulo, il rapporto tra procedimento amministrativo e penale⁵¹². Si era, infatti, rilevato che la Consulta – come già in altre occasioni – avrebbe potuto ricorrere ad una decisione di illegittimità costituzionale “conseguenziale”, estendendo cioè la sua valutazione anche alle norme che, ancorché non oggetto di ricorso, concorrano, univocamente a quella individuata dal giudice a quo, a produrre l'effetto incostituzionale⁵¹³.

La soluzione così prospettata, però, non riesce a nascondere un dato incontrovertibile: la disposizione del t.u.f. di cui si chiede la manipolazione è norma della quale la Cassazione non deve fare applicazione nel giudizio *a quo*.

Così, con la sent. 102 del 2016, la Consulta non poteva far altro che concludere nel senso dell'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, osservando preliminarmente ed agevolmente che l'art. 187-*bis* t.u.f. aveva già ricevuto definitiva applicazione nel relativo procedimento amministrativo, mentre il remittente era chiamato a pronunciarsi circa il reato di cui

⁵¹⁰ Come osserva, infatti, A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2014, 635, la tipologia di sentenza invocata dalla Cassazione «presenta un evidente problema teorico. La Corte costituzionale, sia nella sentenza additiva sia in quella sostitutiva, aggiunge infatti una disposizione al testo di legge. Sembra dunque creare un diritto nuovo, compito che tuttavia certamente non spetta alla Corte costituzionale, ma alle scelte politiche del Parlamento e del Governo».

⁵¹¹ L'immagine, riferita ai limiti del sindacato della Corte costituzionale con specifico riferimento alle sentenze additive è di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1984, Vol. II, CEDAM, 402.

⁵¹² Formula questa riserva M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale*, cit.

⁵¹³ Così, E. SCARONA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale*, cit., 2930. Come noto, secondo l'art. 27 della l. n. 87 del 1953, la Corte costituzionale «quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime». Ai sensi della medesima norma, la Corte «dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata».

all'art. 184 t.u.f., che sarebbe rimasto invero immutato dall'intervento sollecitato dalla Cassazione.

In aggiunta, il Giudice delle leggi ricordava che il principio del *ne bis in idem* convenzionale, non vietava l'irrogazione di una doppia sanzione, ma la celebrazione di un secondo procedimento per quello stesso fatto. Per cui, l'eventuale accoglimento della questione non sarebbe comunque valso ad evitarne la violazione, atteso che il giudizio penale avrebbe dovuto pur sempre proseguire e concludersi nonostante l'imputato fosse già stato assoggettato per lo stesso fatto al procedimento amministrativo divenuto definitivo. E ciò si sarebbe verificato anche in caso di revoca della sanzione amministrativa ex art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, secondo cioè l'interpretazione convenzionalmente conforme di questa disposizione proposta dalla Suprema Corte. Così arrivando a produrre proprio il risultato che l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU vuole evitare: ossia un secondo processo nei confronti del soggetto già giudicato in via definitiva per lo stesso fatto.

Per converso, maggiormente convincente era apparsa la questione sollevata in via subordinata, peraltro già prospettata in dottrina in termini pressoché sovrapponibili⁵¹⁴. Con essa la Suprema Corte chiedeva alla Consulta di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 649 c.p.p. rispetto al medesimo parametro di costituzionalità dell'art. 117, comma 1, Cost., "integrato" con l'art. 4, VII Prot., CEDU, «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli».

In sostanza, si sarebbe trattato di estendere il divieto di *bis in idem* – e il correlato obbligo del giudice di chiudere rapidamente il secondo giudizio, instaurato o proseguito in violazione del divieto in parola, con una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere – anche al caso in cui la decisione definitiva avesse riguardato un illecito solo formalmente amministrativo, ma da considerare penale secondo i parametri di Strasburgo. In questo caso la questione, ove accolta, avrebbe avuto immediate ricadute nel giudizio *a quo*: la decisione che aveva definito il procedimento sanzionatorio per abuso di informazioni privilegiate ex art. 187-bis t.u.f. avrebbe determinato in capo al giudice un obbligo di proscioglimento nel processo penale, ai sensi del secondo comma dell'art. 649 c.p.p.

⁵¹⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit.,

Si vede, dunque, come gli effetti pratici esitati da questa soluzione sarebbero stati esattamente opposti rispetto a quelli derivanti dall'accoglimento della questione proposta in via principale: nel primo caso, la fattispecie penale avrebbe assorbito completamente (in relazione ai fatti di *insider trading* primario) la fattispecie amministrativa; per converso, in caso di accoglimento della questione concernente l'art. 649 c.p.p., sarebbero state le sanzioni penali ad essere messe all'angolo, «in ragione della tendenziale maggiore rapidità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori amministrativi, la cui conclusione produrrebbe inevitabilmente l'effetto di neutralizzare i giudizi penali in corso per i medesimi fatti»⁵¹⁵.

Anche in questo caso, comunque, l'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p., che attribuisce all'elemento normativo «sentenza o [...] decreto penale divenuti irrevocabili» il significato “antiformalistico” proprio della fonte convenzionale – pure sporadicamente praticata nella giurisprudenza di merito⁵¹⁶ – non ha trovato il favore della Suprema Corte. Anche in questo caso, infatti, l'esclusione è dettata non solo dal tenore letterale della disposizione codicistica, ma anche da valutazioni di ordine sistematico: l'art. 649 c.p.p., si osserva, deve essere inquadrato nel contesto di una pluralità di strumenti che il codice di rito penale appronta – in chiave preventiva o riparatoria⁵¹⁷ – per gestire il fenomeno del *bis in idem* che «presuppongono tutti la comune riferibilità di più procedimenti per il medesimo fatto all'autorità giudiziaria penale»⁵¹⁸.

D'altronde, la stessa Corte di cassazione era consapevole che, sia l'opzione interpretativa adeguatrice che l'intervento della Consulta, seppure idonei ad allineare l'art. 649 c.p.p. ai canoni di Strasburgo, avrebbero rappresentato una soluzione invero a dir poco problematica. Infatti, manipolando la citata disposizione, il trattamento sanzionatorio concretamente applicabile sarebbe stato determinato essenzialmente da fattori casuali, quali la tempistica di definizione del singolo procedimento o le scelte processuali dell'autore della violazione⁵¹⁹, senza cioè che fosse dettato un ordine di priorità predeterminato. E, dunque – come più volte rilevato – nella maggior parte dei casi, data la maggiore celerità del procedimento sanzionatorio amministrativo, sarebbe stata esclusa l'applicazione della sanzione penale⁵²⁰.

⁵¹⁵ Cfr. M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale*, cit.

⁵¹⁶ In questo senso, primo fra tutti, Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, cit.; anche, Trib. Asti, 10 aprile 2015, cit. Entrambi i giudici di merito pronunciavano sentenza di non doversi procedere interpretando estensivamente l'art. 649 c.p.p.

⁵¹⁷ Si citano in particolare, accanto all'art. 649 c.p.p., la disciplina in tema di conflitti tra giudicati (artt. 28 ss.) e quella dei contrasti tra organi inquirenti (art. 54-*bis*), nonché quella riparatoria dettata dall'art. 669 c.p.p.

⁵¹⁸ Così, anche Cass., 21 aprile 2016 (dep. 22 giugno 2016), n. 25815, *Scagnetti*, cit., con la quale, sul ricorso *per saltum* della pubblica accusa, la Corte di cassazione ha annullato con rinvio la poc'anzi richiamata pronuncia del Tribunale di Asti.

⁵¹⁹ Per tutti, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens*, cit.

⁵²⁰ In particolare, la Suprema Corte, nell'ordinanza di rimessione, ha sottolineato come tali profili renderebbero la soluzione prospettata nel *petitum* difficilmente compatibile coi principi costituzionali di legalità delle sanzioni penali, di ragionevolezza e di parità di trattamento, benché abbia poi finito per far soccombere questo rilievo dinanzi all'urgenza

In effetti, proprio simili rilievi avrebbero poi condotto il Giudice delle Leggi a dichiarare inammissibile anche questa seconda questione. Infatti, nel dichiararne l'inammissibilità in considerazione del «carattere perplesso della motivazione nella sua manifesta infondatezza», la Consulta non mancava di sottolineare le criticità sottese a tale seconda soluzione richiamando lo stesso ragionamento del giudice remittente ed evidenziando come in esso il *petitum* sia stato, dunque, prospettato quale «incongrua soluzione di ripiego», per il caso di mancato accoglimento, per difetto di rilevanza, della questione prospettata in via principale.

La Consulta, dunque, considerava la soluzione di problematica compatibilità con i principi costituzionali di determinatezza e di legalità delle sanzioni penali, con i principi di ragionevolezza e di parità di trattamento e con gli stessi obblighi di principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea, in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost. Ciò in quanto l'eventuale intervento additivo richiesto sull'art. 649 c.p.p. avrebbe avuto unicamente l'effetto di impedire la celebrazione o la conclusione di un secondo procedimento o processo per il medesimo fatto, senza però determinare alcun ordine di priorità tra sanzione penale e amministrativa: affidando così la determinazione della concreta risposta sanzionatoria alla circostanza aleatoria di quale dei due procedimenti sanzionatori venisse definito più celermente. Con l'abnorme effetto, peraltro, di lasciare che – nella quasi totalità dei casi – l'illecito penale cedesse il passo alla fattispecie amministrativa, per il solo fatto di necessitare di un accertamento maggiormente “approfondito”⁵²¹.

3.2.3.2 L'incidente di costituzionalità della Sezione Tributaria civile

di tutela riconosciuta al diritto al *ne bis in idem*. Cfr. A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle leggi*, cit., 1503.

⁵²¹ Invero, sul punto, in dottrina si è osservato come la questione inerente l'art. 649 c.p.p., diversamente dalle altre (compresa la questione della Sezione Tributaria civile), fosse, al di là del carattere più o meno perplesso della motivazione, di certo rilevante e chiara nella sua formulazione: sicché essa avrebbe probabilmente “meritato” una decisione nel merito. In quest'ottica, la posizione della Corte evocerebbe una sorta di subordinazione dell'esigenza di tutela attuale di un diritto fondamentale alla preoccupazione di generare “incongruenze” risolvibili solo attraverso un intervento legislativo Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit.; in senso conforme, A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle leggi*, cit., 1503.

Alla questione di legittimità costituzionale prospettata dalla Quinta Sezione penale, ha fatto seguito un’analoga ordinanza della Suprema Corte. Questa volta era la Sezione Tributaria civile a rimettere gli atti alla Consulta. Il caso concreto si distingueva da quello affrontato dalla Quinta Sezione per due ordini di ragioni: in primo luogo, il giudizio riguardava la contestazione di una condotta di manipolazione del mercato (e non di *insider trading*); in secondo luogo, la sequenza procedimentale risultava invertita: la Cassazione civile era stata investita di un ricorso contro l’ordinanza di una corte d’appello che aveva confermato le sanzioni irrogate dalla Consob *ex art. 187-ter t.u.f.*, per un fatto di manipolazione del mercato rilevante anche *ex art. 185 t.u.f.*, rispetto al quale i ricorrenti avevano però già patteggiato nel parallelo procedimento penale una pena divenuta definitiva.

Peraltro, tale dinamica processuale risultava “rovesciata” anche rispetto alla vicenda che aveva condotto alla sentenza *Grande Stevens*, e tale peculiarità forniva il destro al giudice di legittimità per appurare una questione che, diversamente, appariva già pacifica in dottrina: il divieto di *bis in idem* – afferma la Sezione tributaria – opera in via «bidirezionale trovando applicazione sia nel caso di sanzione amministrativa precedente a quella penale sia nel caso inverso».

Questa volta, il ragionamento del Giudice di legittimità affrontava un profilo ulteriore, quello della natura della sentenza di patteggiamento. Dunque, in argomento precisava che la stessa, avendo «chiara natura di sanzione penale», una volta divenuta definitiva (come nel caso di specie), risulta pienamente equiparabile ad una sentenza penale di condanna. Ciò chiarito in via di premessa, la Suprema Corte ripercorreva brevemente gli snodi della sentenza *Grande Stevens* – focalizzando l’attenzione sull’incompatibilità tra il sistema del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato e il principio del *ne bis in idem* – al fine di evidenziare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 187-ter t.u.f., in relazione agli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, così come interpretati a Strasburgo, e disponeva la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

All’apparenza, la scelta della Sezione tributaria – analoga a quella fatta quasi in contemporanea della V Sezione penale – di rimettere la questione alla Consulta sembrava essere quella meno “dirompente”, o comunque meno pericolosa per la tenuta del sistema⁵²².

⁵²² La Cassazione stigmatizza infatti i rischi di un’applicazione diffusa dei precetti convenzionali: «Ammettere il potere (o addirittura l’obbligo) di non applicare la legge (in contrasto con il principio costituzionale che il giudice è soggetto unicamente alla legge (art. 101 Cost.), significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale».

Nemmeno in questo caso, però, la dottrina che si era espressa all'indomani dell'ordinanza di rimessione riteneva scontato che la Consulta scendesse ad un esame del merito⁵²³. In primo luogo, non era chiaro quale fosse il *petitum*, e cioè se con l'ordinanza di rimessione la Cassazione chiedesse la sostituzione della clausola d'esordio dell'art. 187-ter t.u.f. (al pari della questione prospettata in via principale dalla Quinta Sezione penale) o se, piuttosto, mirasse ad un radicale travolgimento della disposizione citata⁵²⁴.

In secondo luogo, poi, la soluzione prospettata per evitare l'ipotizzata violazione convenzionale, non appariva in linea rispetto alle premesse della stessa Sezione. Sotto quest'ultimo profilo, la Corte aveva richiamato, infatti, con insistenza l'attenzione del Giudice delle Leggi sulla circostanza che, nel caso concreto, la pena – estinta per indulto – non avrebbe assolto appieno alla sua funzione, restando dunque potenzialmente affidato alla sola sanzione amministrativa l'obiettivo di assicurare l'effettività della repressione del comportamento illecito⁵²⁵. Quanto poi all'illegittimità della disciplina del cumulo sanzionatorio, la Corte di cassazione richiamando la Direttiva 2003/6/CE, sembrava propensa a ritenere la correttezza o comunque la percorribilità del sistema del doppio binario, in particolare nella forma c.d. “attenuata” accolta dall'art. 187-terdecies t.u.f.

In altri termini, dalla questione sollevata dalla Sezione tributaria traspariva l'impressione che il giudice *a quo* ricorresse alla Corte costituzionale senza tuttavia credere appieno né nella illegittimità della disciplina interna, né nella effettiva rilevanza della questione rispetto al caso concreto⁵²⁶.

Com'era prevedibile, dunque, la Consulta – sempre con la sentenza n. 102 del 2016 – dichiarava inammissibile anche il quesito posto dalla Sezione tributaria. Nel dettaglio, il giudizio di inammissibilità scaturiva dalla «formulazione dubitativa della motivazione» dell'ordinanza che, a sua volta, si rifletteva sul *petitum* in termini di «oscurità e incertezza».

La Corte costituzionale, in particolare, rilevava come i giudici della Cassazione, dopo aver sviluppato il prevedibile percorso argomentativo calibrato sugli effetti della pronuncia *Grande Stevens*, non avessero poi sciolto i dubbi da essi stessi sollevati – e che dovevano essere

⁵²³ G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens*, cit.; in senso analogo, F. VIGANÒ, *Anche la Sezione Tributaria civile della Cassazione manda agli atti alla Corte costituzionale su abusi di mercato e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2015.

⁵²⁴ G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'Affaire Grande Stevens*, cit.

⁵²⁵ La Cassazione chiede singolarmente alla Corte costituzionale di valutare la «effettiva afflittività della sanzione penale che, nella specie, è limitata, di fatto, alle sole pene accessorie (la pena in concreto inflitta – tre anni – è stato infatti interamente condonata), senza che sia emersa prova, nel giudizio di merito, di un effettivo pregiudizio nella libertà personale-patrimoniale del Ricucci, non risultando comminata alcuna pena pecuniaria, mentre la sanzione comminata dalla Consob è, invece, solamente di natura pecuniaria (€ 5.000.000)». Inoltre, si specifica che non sembrerebbe essere «emerso, nel giudizio di merito che le pene accessorie abbiano avuto anch'esse efficacia, in concreto, oggettivamente afflittiva, nei confronti del Ricucci».

⁵²⁶ Cfr. E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale*, cit., 2920.

necessariamente superati per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione – in merito alla compatibilità tra la giurisprudenza convenzionale e i principi eurounitari. A detta della Consulta, nel dettaglio, doveva essere chiarito – «per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata» – se la soluzione apparentemente imposta dalla Corte EDU fosse compatibile con gli obblighi di repressione degli abusi di mercato derivanti dal diritto dell’Unione. In effetti, l’ordinanza di rimessione, pur ritenendo non conforme ai principi sovranazionali la previsione del doppio binario e, quindi, della cumulabilità tra sanzione penale e amministrativa, applicata in processi diversi, in sostanza, poi, non ha chiarito, ad avviso del Giudice delle leggi, se la sanzione penale già irrogata, a prescindere dalla sua afflittività e proporzionalità, sia o meno preclusiva alla successiva comminatoria della sanzione amministrativa. Dubbi, questi, non risolti, che concretavano, unitamente all’incertezza del *petitum*, le ragioni di inammissibilità della questione sollevata.

La Corte costituzionale concludeva, dunque, ritenendo che le incongruenze di tipo sistematico rilevate dalle due Sezioni della Suprema Corte non potevano certo essere risolte tramite un suo intervento, dovendosi auspicare, piuttosto, una modifica legislativa, che avesse predisposto un rimedio strutturale volto a regolare i rapporti tra i due illeciti e i relativi procedimenti, evitandone la duplicazione e assicurando, al contempo, il rispetto degli obblighi sanzionatori discendenti dal diritto dell’Unione europea.

4. Le ripercussioni della pronuncia *Grande Stevens* sul sistema sanzionatorio tributario

Nel biennio (abbondante) che va dalla sentenza 4 marzo 2014 della Corte EDU alla pronuncia *A & B c. Norvegia* del 2016 – seppure con riserve di varia natura ed esitando soluzioni differenti – sia la dottrina che la giurisprudenza avevano correttamente letto il *dictum* discendente dall’*Affaire Grande Stevens* in questo senso: costituisce violazione dell’art. 4, Prot. n. 7, CEDU – e dunque del *ne bis in idem* convenzionale – l’irrogazione di una sanzione amministrativa da considerarsi “sostanzialmente” penale e l’aver iniziato, e non interrotto, un procedimento penale per l’eventuale irrogazione, a carico dei medesimi soggetti e per la medesima condotta, di altra sanzione formalmente e sostanzialmente penale.

Ne era conseguita, dunque, non solo una condanna per lo Stato italiano logicamente circoscritta alla materia del contendere (disciplina dei *market abuse*), ma anche un interrogativo di maggior ampiezza: può il legislatore ordinario ricollegare al medesimo illecito due sanzioni di tipo diverso

– nella specie, penale e amministrativa – e se sì, quando la previsione di un doppio binario sanzionatorio dovrà essere considerata una violazione del divieto di *bis in idem* convenzionale?

Alla luce di questo interrogativo, parte della dottrina auspicava che fosse giunto ormai il momento, per il nostro legislatore, di metter mano ad alcuni degli ambiti normativi ove maggiormente si registrano criticità sotto il profilo della possibile duplicazione dell'illecito⁵²⁷. Tra questi, ovviamente, tutti i settori nei quali, per scelta di politica giudiziaria, si doppia l'illecito penale con un omologo amministrativo (o viceversa), dagli abusi di mercato – passando pure per la materia disciplinare, di diritto ambientale, urbanistico e d'autore – al diritto penale tributario. Si noti che, proprio in materia tributaria, la Corte EDU era intervenuta a più riprese per dichiarare, sia pure in relazione ai sistemi sanzionatori di altri Stati, l'illegittimità della duplicazione punitiva penale-tributaria, per contrasto con il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU⁵²⁸.

Dunque, se «il rapporto tra disciplina tributaria e principio del *ne bis in idem* aveva vissuto “sonni tranquilli” per molti anni, senza alcun brusco “risveglio”, quasi relegando la questione a momento marginale del dibattito, perché ormai cristallizzato su un giudizio di piena compatibilità della disciplina vigente»⁵²⁹, sembrava arrivato il momento di ripensare il sistema, in modo da riportarlo nelle maglie di quel principio di specialità che pure, negli intenti del legislatore del 2000⁵³⁰, aveva inteso ribaltare la precedente situazione di cumulo di sanzioni penali e amministrative sancita dall'art. 10 della l. 516/1982⁵³¹.

Invero e ciononostante, l'esito di tali e talaltri ragionamenti è stato essenzialmente quello di qualche isolata pronuncia di merito, e di timide aperture della Corte di cassazione senza, dunque, che

⁵²⁷ Per tutti, cfr. la ricostruzione di G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, cit., 868 ss.; ID., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, 953 ss.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem*, cit., 82 ss. Specificamente in tema di reati tributari, cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile* cit.; in tema di abusi di mercato, F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse*, cit. e G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni*, cit.. Si esprime, altresì, per una necessità di ridimensionare il ricorso a sistemi di doppio binario da parte del legislatore italiano, anche A. VALSECCHI, *Per la Cassazione non viola il divieto di bis in idem la previsione di un doppio binario sanzionatorio per l'omesso versamento delle ritenute previdenziali* (Nota a Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2015 (dep. 20 luglio 2015), n. 31378, Pres. Fiale, Rel. Grillo), in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015. Cfr. anche, sul tema, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 855; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit.; ID., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato*, cit.

⁵²⁸ Tra le più rilevanti, si veda: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nykänen c. Finlandia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lucky Dev c. Svezia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kiiveri c. Finlandia*, cit.

⁵²⁹ Cfr. E. MENGONI, *Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale: una questione ancora aperta*, in www.magistraturaindipendente.it, 30 maggio 2016.

⁵³⁰ Ci si riferisce al Decreto legislativo del 10 marzo 2000, n. 47, “Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205”, pubblicato in G.U. – S.G. del 31 marzo 2000, n. 76.

⁵³¹ Ossia, Legge del 7 agosto 1982, n. 516, “Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 10 luglio 1982, n. 429, recante norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, e per agevolare la definizione delle pendenze in materia tributaria. Delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia per reati tributari”, in G.U. del 7 agosto 1982, n. 216.

l'incompatibilità del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria con il principio del *ne bis in idem* abbia mai effettivamente fatto breccia nella giurisprudenza italiana.

4.1 Cenni al sistema sanzionatorio tributario

È utile, dunque, ripercorrere brevemente i tratti essenziali del sistema sanzionatorio tributario, a lungo governato dalla regola del cumulo tra sanzione penale ed amministrativa, che il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 ha voluto superare sancendo, anche in materia tributaria, il principio di specialità di cui al suo articolo 19.

Invero, l'affermazione del principio *de quo* in materia si inserisce all'interno di una ben più ampia «inversione di rotta»⁵³² compiuta con la riforma del 2000. Con essa, infatti, il legislatore ha preferito restringere il catalogo delle fattispecie penali a forme di aggressione degli interessi fiscali particolarmente gravi⁵³³, affidando alla sanzione amministrativa un duplice compito⁵³⁴: per un verso, garantire il rispetto di obblighi pressoché formali diretti a tutelare beni strumentali quali la trasparenza fiscale e l'accertamento; e, dall'altro, prevenire violazioni null'affatto formali, ma solo in caso di mancato superamento di specifiche soglie di punibilità⁵³⁵.

Si è, pertanto, sviluppata una particolare fisionomia del doppio binario sanzionatorio in materia, che interessa gli illeciti in materia di dichiarazione e versamento delle principali imposte erariali: questi risultano, infatti, astrattamente sanzionabili tanto sul piano amministrativo *ex d.lgs. 472/1997*⁵³⁶, quanto sul versante penale *ex d.lgs. 74/2000*.

In aggiunta, si noti pure che pare difficile escludere, nella materia tributaria, che le sanzioni amministrative previste dal d.lgs. del '97 abbiano natura penale. E ciò perché il sistema punitivo amministrativo in ambito tributario, nel proporsi come «variante di “serie B”» del diritto penale⁵³⁷, persegue vere e proprie finalità preventive e repressive del tutto analoghe a quelle che si prefigge la

⁵³² Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in *Guida dir.*, 2000, n. 14, 33 s.

⁵³³ Per converso, l'indirizzo politico criminale della l. n. 516 del 1982 era caratterizzato da una spiccata anticipazione (a tutto campo) della tutela penale.

⁵³⁴ Cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2016.

⁵³⁵ Cfr. L. DEL FEDERICO, *Evoluzione del sistema sanzionatorio amministrativo fiscale*, in G. INSOLERA – R. ACQUAROLI (a cura di), *Sussidiarietà ed efficacia del sistema sanzionatorio fiscale. Atti del convegno, Jesi 22-23 ottobre 2004*, Giuffrè, 2005, 13 ss.

⁵³⁶ Decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 472, “Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell'articolo 3, comma 133, della legge 23 dicembre 1996, n.662”, pubblicato in G.U. – S.O. dell'8 gennaio 1998, n. 5.

⁵³⁷ C. PEDRAZZI, *L'illecito penale amministrativo. Relazione di sintesi*, in AA.VV., *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (Profili penalistici e processuali). Atti del Convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985*, CEDAM, 1987, 201 ss.

sanzione penale⁵³⁸. E infatti, lo stesso d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472, riconoscendo nell'illecito amministrativo tributario un carattere "para-penalistico", aveva esteso a questo le tradizionali (e più intense) garanzie del diritto penale, analogamente a quanto aveva già previsto la l. 689/1981.

È necessario precisare, tuttavia, che la fisionomia di questo sistema di cumulo è molto diversa rispetto al doppio binario in materia di abusi di mercato: il *double track system* in materia di illeciti tributari è, infatti, stato configurato dal d.lgs. 74/2000 come alternativo e non cumulativo: l'applicabilità delle due tipologie di illeciti e connesse sanzioni non è contemplata, infatti, come congiunta, bensì disgiunta⁵³⁹.

Ciò è dimostrato dall'espressa estensione a tale materia del principio di specialità tra disposizioni penali e amministrative sancito dall'art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000 a mente del quale: «quando uno stesso fatto è punito con una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale». Il principio di specialità, poi, si riflette sul piano procedurale sul congegno approntato dall'art. 21 del medesimo decreto, che impedisce l'esecuzione della sanzione per l'illecito amministrativo ove prima non si sia concluso il procedimento penale con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. Da ciò, peraltro, si evince come il legislatore abbia costruito il rapporto tra norme penali e amministrative valutando quella penale come "speciale"⁵⁴⁰, e ciò in ragione degli elementi specializzanti in generale rinvenibili nelle soglie di punibilità e nel dolo di evasione⁵⁴¹.

Tuttavia, la scelta del legislatore, utile ad escludere il cumulo di sanzioni, non è in grado di escludere il rischio di violazione del *ne bis in idem* processuale. Infatti, l'art. 20 dello stesso decreto sancisce che il procedimento di accertamento tributario non può comunque essere sospeso per la pendenza del procedimento penale inerente agli stessi fatti.

Dunque, l'amministrazione può legittimamente preconstituirsì un titolo cui, tuttavia, potrà essere data esecuzione solo laddove il processo penale venga definito con formula assolutoria. Ma ciò, se anche impedisce l'applicazione congiunta delle due sanzioni – e, dunque, garantisce il rispetto del *ne bis*

⁵³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, cit.

⁵³⁹ A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *op. cit.*, 677.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, 680.

⁵⁴¹ Si tenga presente che, mentre il dolo specifico di evasione non è previsto nei reati di omesso versamento e di indebita compensazione (artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*), le soglie di punibilità non sono previste dagli artt. 2, 8 e 10 d.lgs. n. 74/2000. La questione, tuttavia, si complica quando il rapporto di specialità non è unilaterale, bensì bilaterale, ossia quando ciascuna delle due norme è, al contempo, generale e speciale, rispetto all'altra. Per risolvere i casi di specialità reciproca è allora necessario fare riferimento a criteri ulteriori, tra i quali rientra appunto il principio del *ne bis in idem* sostanziale, per cui si veda M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.; e, *amplius*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2015, CEDAM, 471 ss.

in idem sostanziale – non preserva dal pericolo di violazione dell’art. 4, Prot. n. 7, così come interpretato (quanto meno fino al 2016) dalla Corte di Strasburgo e, dunque, del *ne bis in idem* processuale⁵⁴², atteso che il contribuente in questo modo comunque finisce per subire il peso di due procedimenti.

4.2 I diversi orientamenti della giurisprudenza italiana in materia di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio tributario

A questo punto, una precisazione è d’obbligo: se l’art. 19, almeno sulla carta, aveva il pregio di rivelarsi utile per evitare, quantomeno, la duplicazione punitiva (garantendo l’applicazione di una sola norma – quella speciale – qualora lo stesso fatto fosse punibile sia a titolo di reato, sia di illecito amministrativo), la giurisprudenza ne ha, in certa misura, tradito le aspettative⁵⁴³: ad oggi, sembra che la regola del doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo in materia tributaria (che il legislatore voleva superare con l’introduzione del d.lgs. n. 74 del 2000) non sia mai venuta meno e ciò, «in ragione di un orientamento giurisprudenziale che, nell’inseguire finalità di prevenzione generale, ha di fatto avallato la duplicazione punitiva, segnando così un ritorno al passato»⁵⁴⁴.

Emblematiche, in tal senso, sono le “sentenze gemelle” del 2013, con cui le Sezioni unite⁵⁴⁵ – chiamate a risolvere un contrasto sull’applicazione temporale dei reati di omesso versamento – hanno escluso che tra le due fattispecie, quella penale (di cui all’art. 10-ter d.lgs. 74/2000) e quella amministrativa (ex art. 13 d.lgs. 471/1997), di omesso versamento vi fosse un rapporto di specialità,

⁵⁴² Cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *op. cit.*, 680. In argomento, l’Autore rileva in *Corte europea dei diritti dell’uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Società*, 2018, n. 1, 89, nota (42) a piè di pagina: «La Corte di Strasburgo (cfr. CEDU 12 aprile 2016, *Dungveckis c. Lituania*) ha espressamente escluso da raggio operativo dell’art. 4, Prot. 7, CEDU, le situazioni di cumulo sanzionatorio interne a un unico giudizio, come tali riferibili alla declinazione sostanziale del *ne bis in idem*; la cui *ratio*, discendente da ragioni di equità e proporzionalità [...]».

⁵⁴³ Afferma che nell’ordinamento tributario italiano «in teoria il pericolo di frizioni con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem* dovrebbe essere scongiurato, perché il principio di specialità tra disposizioni sanzionatorie penali e disposizioni sanzionatorie amministrative è stato esteso anche alla materia tributaria dall’art. 19 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74», G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: varianti italiane su un tema europeo*, in www.penacontemporaneo.it, 14 settembre 2014, 15. In termini analoghi, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.

⁵⁴⁴ Cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.

⁵⁴⁵ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, Pres. Lupo, Rel. Cortese, ric. *Favellato* e Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, 37424, Pres. Lupo, Rel. Cortese, ric. *Romano*, in www.penacontemporaneo.it, 18 settembre 2013, 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*. Negli stessi termini, successivamente, Cass., Sez. III, 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014), n. 20266, *Zanchi*, Rv. 259190; Cass. Sez. III, 8 aprile 2014 (dep. 1° ottobre 2014), n. 40526, *Gagliardi*, Rv. 260090.

piuttosto ritenendo opportuno parlare di “progressione illecita”⁵⁴⁶. Ciò anche se, la stessa Corte di cassazione, in una pronuncia di poco precedente, aveva apertamente condiviso le esigenze di razionalità punitiva sottese al fondamentale principio del *ne bis in idem*, riconoscendo la medesimezza dei fatti sanzionati dalle due fattispecie⁵⁴⁷.

Ritornando, comunque, alle “sentenze gemelle”, in realtà proprio il ritenuto rapporto di progressione tra illecito amministrativo e reato, avrebbe – a prescindere dagli esiti, e dunque fermo restando la possibilità poi di escludere l’applicazione del principio di specialità (o piuttosto degli ulteriori criteri di sussidiarietà e consunzione) – comunque dovuto condurre all’affermazione dell’identità del fatto nella sua concreta materialità⁵⁴⁸.

Il ragionamento delle Sezioni Unite partiva, per l’appunto, dalla risposta a tale interrogativo: se le norme sanzionatorie oggetto di discussione riguardino o meno lo “stesso fatto”. La risposta fornita è stata negativa. Secondo la Corte, infatti, «pur nella comunanza di una parte dei presupposti (compimento di operazioni imponibili comportanti l’obbligo di effettuare il versamento periodico dell’IVA) e della condotta (omissione di uno o più versamenti periodici dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dalla presentazione della dichiarazione annuale IVA, richiesta per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell’omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l’assunzione di rilevanza dell’omissione, fissato, per l’illecito amministrativo, al giorno sedici del mese successivo a quella di maturazione del debito mensile IVA, e coincidente, per l’illecito penale, con quello previsto per il versamento dell’acconto IVA relativo al periodo di imposta successivo». Alla luce di ciò, «le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto fra i due illeciti in termini, non di specialità, ma piuttosto di “progressione”: la fattispecie penale – secondo l’indirizzo di

⁵⁴⁶ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, cit., in particolare § 21.

⁵⁴⁷ Cass. pen., Sez. III, 8 febbraio 2012 (dep. 16 maggio 2012), n. 18757, Pres. De Maio, Rel. Franco, Imp. Germani, in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2012, con nota di A. VALSECCHI, *Sull’inapplicabilità del delitto di omesso versamento delle ritenute d’acconto (art. 10-bis d.lgs. 74/2000) all’omesso versamento delle ritenute relative al 2004 e sulle possibili ripercussioni di tale principio sul delitto di cui all’art. 10-ter*. La Corte aveva infatti ritenuto che «appare invece esservi, in realtà, una sostanziale identità tra la condotta prevista e punita in via amministrativa dal d.lgs. n. 471 del 1997, art. 13 e la condotta prevista quale penalmente rilevante dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 art. 10-bis. Entrambe le condotte concernono il puro omesso versamento delle medesime somme mentre appare irrilevante, per valutare l’identità della condotta posta in essere dall’agente, sia il fatto che da un lato si puniscono gli omessi versamenti delle ritenute mensilmente operate e dall’altro quelli delle ritenute operate nel corso dell’intero anno; sia il fatto che differente sarebbe il termine di versamento. Non sembra invero esservi una sostanziale ed effettiva differenza di condotta fra l’omesso versamento del tutto e la somma degli omessi versamenti delle porzioni del tutto. Il comportamento illecito tenuto dal soggetto è, in effetti, il medesimo; e tanto le sanzioni amministrative tanto la sanzione penale hanno ad oggetto la stessa condotta omissiva (il mancato versamento all’Erario) rivolta sul medesimo oggetto materiale (le ritenute certificate). Parimenti è irrilevante la diversità dei termini di adempimento prevista dalle due norme, perché l’enucleazione di due differenti termini di versamento non può influire, a livello penalistico, sulla fisionomia di una fattispecie penale e sul disvalore della stessa. Si tratta di un dato estrinseco che non incide sulla condotta omissiva dell’agente, se non nel senso di sanzionarne il termine di rilevanza giuridica».

⁵⁴⁸ M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.

politica criminale adottato in generale dal d.lgs. 74 del 2000 (su cui v. in particolare Corte cost., sent. n. 49 del 2002) – costituiscono in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest'ultima (senza almeno una violazione del termine periodico non si possono evidentemente determinare i presupposti del reato), la arricchisce di elementi essenziali (dichiarazione annuale, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali (in riferimento alla presentazione della dichiarazione annuale IVA e al protrarsi della condotta omissiva), che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo [...]. Da quanto sopra discende che la presenza della previsione dell'illecito amministrativo di cui al comma 1 dell'art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, in riferimento allo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui all'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74».

Nell'occasione, peraltro, lo sguardo delle Sezioni Unite è stato volto anche al profilo della compatibilità, sia convenzionale che eurounitaria, di quanto rilevato, sostenendo, in merito, che nessun contrasto con l'art. 4, VII Prot., CEDU e con l'art. 50 CDFUE può essere ravvisato nella lettura offerta. Ciò in quanto, «anzitutto nella specie [...] non si può parlare di identità del fatto; in ogni caso, poi, il principio suddetto si riferisce solo ai procedimenti penali e non può, quindi, riguardare l'ipotesi dell'applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa tributaria (in tal senso, espressamente, Corte di giustizia UE, 26/02/2013, *Aklagaren c. Fransson*)». Così articolata, tuttavia, la soluzione del Supremo Consesso non ha né placato le perplessità della dottrina – che ravvisava un'irragionevole obliterazione dell'art. 19 d.lgs. 74/2000 e del principio di specialità che da esso discende⁵⁴⁹ – né, peraltro, ha evitato tentativi di rivisitazione in chiave critica della stessa giurisprudenza, sia di merito che di legittimità.

Uniformandosi alle linee tracciate dalle Sezioni Unite nel 2013, la successiva giurisprudenza di legittimità ha continuato ad escludere i dubbi di legittimità della duplicazione sanzionatoria penale-amministrativa in materia tributaria con il principio del *ne bis in idem*, sulla base di tre diversi argomenti⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ In argomento, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.

⁵⁵⁰ La puntuale suddivisione degli orientamenti giurisprudenziali del Giudice di legittimità si deve a M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.

Il primo argomento⁵⁵¹ si fonda sull'esclusione dell'illecito amministrativo tributario dall'ambito della nozione di “*matière pénale*”. Dunque, secondo tale orientamento, in caso di omesso versamento delle ritenute certificate, il doppio binario sanzionatorio non viola la garanzia del *ne bis in idem*, perché sebbene la sanzione tributaria sia in rapporto di progressione illecita con lo speculare reato, essa non può essere considerata una sanzione penale, non soddisfacendo il requisito della gravità della risposta sanzionatoria. Dunque, le sanzioni tributarie non avrebbero un grado di severità tale da permetterne l'assimilazione alle pene *stricto sensu*⁵⁵².

Rispetto a tale primo orientamento, di particolare interesse è la c.d. sentenza *Ghidini*⁵⁵³, che veniva emessa dalla Terza sezione penale con riguardo all'art. 2, comma 1-*bis*, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 1983, n. 638, che sanziona l'omesso versamento all'INPS delle ritenute assistenziali e previdenziali operate sulle retribuzioni dei dipendenti⁵⁵⁴. In questo caso, il possibile *bis in idem* si poneva nel rapporto con l'art. 116, comma 8, lett. a), l. n. 388 del 2000, a mente del quale «I soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta sono tenuti: a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge».

In coerenza con i principi esposti dalla sentenza *Grande Stevens*, la Corte di cassazione ha anzitutto verificato se – al di là del *nomen iuris* attribuito alla sanzione prevista dall'art. 116, comma 8 – essa abbia natura sostanzialmente penale. Dunque, la Corte affermava che «mentre la sanzione prevista dalla l. n. 683 del 1983 mira a tutelare il diritto del lavoratore in danno del quale il datore di lavoro si è appropriato delle somme a lui riservate (tanto che comunemente il delitto dalla legge sopra ricordata viene accostato alla figura dell'appropriazione indebita), la sanzione contemplata nell'art. 116, citato ha effetti ristoratori verso l'INPS e dunque assume caratteri sostanzialmente, e non solo formalmente, civilistici». Sottolineando pure che «non può certo attribuirsi carattere di particolare afflittività alla sanzione civile, tale da farla assimilare ad una sanzione penale, tenuto conto anche dei limiti massimi insuperabili ai quali parametrare la sanzione irrogabile».

⁵⁵¹ Così Cass., Sez. III, sentenza 8 aprile 2014 (dep. 15 maggio 2014), n. 20266, cit.; analogamente, in relazione all'omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali, v. Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2015 (dep. 20 luglio 2015), n. 31378, Pres. FIALE, Rel. GRILLO, *Ghidini*.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ Cass., Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 31378, *Ghidini*, cit.

⁵⁵⁴ Oggi – giusta d.lgs. 16 gennaio 2016, n. 8 – costituente reato soltanto se il versamento omesso supera i diecimila euro.

Nessuna materia penale, dunque, seppure non può tacersi che secondo l'insegnamento di Strasburgo per escludere la sostanza penale di una sanzione spesso non basta la tenuità della risposta sanzionatoria. A ben vedere, infatti, nel caso *Nykänen c. Finlandia*, l'esigua sanzione prevista, in via amministrativa, dall'ordinamento finlandese, non è valsa ad escludere la violazione del *ne bis in idem*.

Il secondo orientamento si basa sulla diversità degli interessi tutelati dalle fattispecie di illeciti tributari. Sulla base di tale eterogeneità⁵⁵⁵, la Corte di cassazione aveva escluso sia l'esistenza del rapporto di specialità, sia la violazione del *ne bis in idem* e ciò in quanto l'elemento della certificazione è previsto solo dalla fattispecie di reato *ex art. 10-bis* d.lgs. 74/2000. Sarebbe, dunque, a detta della Suprema Corte proprio la certificazione delle ritenute ad attribuire al reato un oggetto di tutela differente rispetto a quello dell'illecito amministrativo, in quanto in questo caso oltre all'interesse patrimoniale dello Stato alla corretta e puntuale percezione dei tributi, vi sarebbe anche l'ulteriore offesa derivante dalla falsità della certificazione circa l'avvenuto versamento⁵⁵⁶.

In argomento, tuttavia, si tenga presente che l'*art. 10-bis* è stato riformulato nel 2015. Il d.lgs. 158/2015⁵⁵⁷, infatti, ha equiparato le ritenute certificate a quelle dovute, eliminando in tal modo in radice ogni presunta differenza di disvalore del reato rispetto allo speculare illecito amministrativo.

L'ultimo orientamento della Suprema Corte⁵⁵⁸, invece, non esclude la rilevanza dell'accertamento del *ne bis in idem* «emergendo invero non irrilevanti dubbi di compatibilità con la normativa Eurounitaria [...] che l'illecito amministrativo di cui al citato art. 13 [d.lgs. 471/1997] e quello penale [art. 10-bis d.lgs. 74/2000] possano avere ad oggetto sostanzialmente il medesimo fatto, rendendo ingiustificata la duplicità di sanzioni in caso di ritenute che superino la soglia»⁵⁵⁹. Tuttavia, seguendo tale approccio, l'accertamento della violazione del principio del *ne bis in idem* sarebbe comunque precluso al Giudice di legittimità: «non è deducibile dinanzi alla Corte di cassazione la violazione del “ne bis in idem”, in quanto è precluso, in sede di legittimità, l'accertamento del fatto,

⁵⁵⁵ Cfr. A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 865 s., il quale osserva che «il bene giuridico non può dire nulla sui rapporti tra le fattispecie, poiché, risolvendosi assai spesso in un travestimento nelle cadenze retoriche dello “scopo della norma”, non interviene in alcun modo sulla trama normativa».

⁵⁵⁶ Cass., 8 aprile 2014 (dep. 1° ottobre 2014), n. 40526, cit.; Cass., 9 ottobre 2014 (dep. 12 marzo 2015), n. 10475.

⁵⁵⁷ Decreto legislativo del 24 settembre 2015, n. 158, “Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23. (15G00169)”, in G.U. – S.G. del 7 ottobre 2015, n. 233.

⁵⁵⁸ Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015 (dep. 11 maggio 2015), n. 19334, *Andreatta*, Rv. 264810, in *Leggi d'Italia*. Così anche Cass., Sez. III, 15 aprile 2015 (dep. 20 maggio 2015), n. 20887, *Aumenta*, www.guidaaldiritto.sole24ore.com, 6 ss.

⁵⁵⁹ Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015, *Andreatta*, cit., § 4.4

necessario per verificare la preclusione derivante dalla coesistenza di procedimenti iniziati per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona»⁵⁶⁰.

Rappresentativa, in tal senso, è la pronuncia *Andreatta*⁵⁶¹, riguardante un'imputazione *ex art. 10-bis*, d.lgs. 74/2000, a fronte della quale il ricorrente aveva eccepito la violazione del *ne bis in idem*, essendo già stato sanzionato in via amministrativa ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 472/1997.

In argomento, la Terza sezione avvia la riflessione di quel “terzo orientamento” della giurisprudenza di legittimità – definito “più avveduto”⁵⁶² – secondo cui, come anticipato, la violazione del divieto di *bis in idem* non sarebbe deducibile dinanzi alla Corte di Cassazione: il vaglio della Suprema Corte non può riguardare tale accertamento, in quanto per esso è necessario verificare la coesistenza di procedimenti iniziati, per l'appunto, sullo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, non potendo la parte produrre documenti concernenti elementi “fattuali”, la cui valutazione è rimessa esclusivamente al giudice di merito⁵⁶³.

Nel caso di specie, ad esempio, la Corte non può che riconoscere l'inapplicabilità dell'istituto del *ne bis in idem* proprio in ragione della mancanza di prova circa la definitività dell'irrogazione della sanzione amministrativa.

Tuttavia, non può negarsi che in qualche modo la Terza Sezione aveva “aperto un varco”⁵⁶⁴ sulla questione che ci interessa, affermando chiaramente che, «come è già stato puntualmente rilevato in dottrina, il sistema sanzionatorio in esame – assestato sul cumulo tra sanzioni tributarie e penali – pone effettivamente più che ragionevoli dubbi di compatibilità con la dimensione Europea del principio di *ne bis in idem*, non solo alla luce della sentenza Grande Stevens, ma anche, più specificamente, della sentenza Nykänen c. Finlandia, che ha riconosciuto la qualifica “sostanzialmente penale” – quale presupposto per l'operatività del diritto fondamentale a non essere giudicato e punito due volte per il medesimo fatto – anche al procedimento tributario e alle relative sanzioni».

Si aggiunga, peraltro, che la Corte, oltre a ritenere di non poter procedere oltre sul tema, esprime anche perplessità in ordine alla possibilità di esperire lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione: «può [...] convenirsi con chi ragionevolmente dubita che la specifica fattispecie oggetto del giudizio rientri nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione e,

⁵⁶⁰ Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015, *Andreatta*, cit., § 4.1. Così anche Cass., 15 aprile 2015, *Aumenta*.

⁵⁶¹ Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015, *Andreatta*.

⁵⁶² Cfr. E. MENGONI, *Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale*, cit.

⁵⁶³ A prescindere dalla sentenza *Andreatta* in commento, l'orientamento non è per nulla isolato: tra le numerose, Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887, *Aumenta*, cit.; Cass., Sez. V, 7 aprile 2014, n. 43485, *Bandu*, Rv. 260828; Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2013, n. 4958, *De Bernardi*, Rv. 258611; Cass., Sez. V, 10 gennaio 2013, n. 9825, *Di Martino*, Rv. 255219.

⁵⁶⁴ Cfr. E. MENGONI, *Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale*, cit.

conseguentemente, che la Corte di Giustizia sia competente a pronunciarsi sul caso (rammentandosi, infatti, che ai sensi dell'art. 51 CDFUE, la Carta può trovare applicazione solo quando gli Stati membri «agiscono nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione» [...])». Ad eccezione, infatti, della particolare normativa in materia di IVA, che rientra nel campo attuativo del diritto UE – come precisato dalla sentenza *Fransson* della Corte di Lussemburgo – la materia erariale, ha infatti una dimensione esclusivamente nazionale, che la sottrae all'applicazione del sistema UE di tutela dei diritti fondamentali⁵⁶⁵.

Invero, proprio in materia di IVA, l'orientamento di questa sentenza – dunque la tesi della non deducibilità dinanzi al Giudice di legittimità della questione del *ne bis in idem* – è stato ripreso dalla pronuncia *Aumenta*, sempre emessa dalla Terza Sezione penale⁵⁶⁶.

In aggiunta, questa volta la Suprema Corte, sottolinea che dalla sentenza *Nykänen c. Finlandia* emerge che «si ha violazione del *ne bis in idem* sostanziale quando i procedimenti (anche se nominalmente non coincidenti) accertino gli stessi fatti, ma siano anche indipendenti tra loro e si sviluppino in successione, ovvero in modo che uno dei due prosegua o inizi quando l'altro è divenuto definitivo»⁵⁶⁷. Per converso, secondo la Terza sezione, nel nostro ordinamento i due procedimenti sono paralleli ed interagiscono tra loro, per l'appunto l'entità della sanzione penale essendo condizionata dall'avvenuto pagamento del debito tributario⁵⁶⁸. Sarebbe questa, la conferma che l'interdipendenza tra procedimenti è capace di allontanare la problematica della compatibilità del sistema di cumulo in materia tributaria con il *ne bis in idem* strasburghese che, in qualche misura, anticipa proprio i più recenti approdi della giurisprudenza EDU.

⁵⁶⁵ Questa conclusione, peraltro, è poi risultata realmente «profetica» di quanto in effetti è accaduto – di lì a qualche settimana – con l'ordinanza del 15 aprile 2015 della Corte di giustizia, cit., che si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Torino del 27 ottobre 2014, cit., in un caso identico a quello sul quale si è pronunciata la Corte di cassazione; provvedimento con il quale il giudice comunitario ha dichiarato di essere manifestamente incompetente a rispondere alla questione. Per l'appunto, la Corte di Lussemburgo ha affermato che «si deve constatare che il procedimento principale concerne l'applicazione di disposizioni di diritto italiano in discussione nel procedimento principale in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell'Unione». La Corte ha rilevato che nell'ordinanza di rimessione non vi era alcun cenno all'art. 51, § 1, della Carta di Nizza, e che la normativa nazionale posta alla sua attenzione «non rientra nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, sicché la Corte non è competente in merito». Con la conseguenza che «in tali circostanze la Corte non è nemmeno competente ad interpretare l'articolo 4 del Protocollo n. 7». Cfr. Corte di Giustizia UE, ord. 15 aprile 2015, in causa C-497/14, *Burzio*.

⁵⁶⁶ Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, *Aumenta*, cit.

⁵⁶⁷ Anticipando quanto poi costituirà lo snodo fondamentale in *A e B c. Norvegia*.

⁵⁶⁸ In particolare, è stato sottolineato che la normativa tributaria (all'epoca) vigente «prende espressamente in considerazione i rapporti tra pagamento del debito tributario e reato di natura tributaria prevedendo, all'art. 13, la speciale circostanza attenuante per cui le pene previste per i delitti ivi contemplati sono diminuite fino alla metà, e non si applicano le pene accessorie indicate nell'art. 12 se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi sono stati estinti mediante pagamento, anche in seguito delle speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie».

4.3 Le reazioni alla pronuncia del 4 marzo 2014 della giurisprudenza nazionale in materia tributaria

A fronte di una giurisprudenza di legittimità che, in vario modo, ha posto limiti al riconoscimento della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale, pure si sono registrate pronunce della giurisprudenza di merito che hanno tentato di adeguare il sistema punitivo tributario alle indicazioni di Strasburgo⁵⁶⁹.

4.3.1 La sentenza di non doversi procedere del Tribunale di Asti e la risposta del Giudice di legittimità

In argomento, è utile ricordare il tentativo (subito sconfessato dal Giudice di legittimità) del Tribunale di Asti⁵⁷⁰. Si deve subito sottolineare che, a differenza della giurisprudenza di Cassazione fin qui menzionata, il Tribunale piemontese non valuta la conformità del doppio binario sanzionatorio in materia di omesso versamento, bensì in relazione all'omessa dichiarazione di cui all'art. 5 d.lgs. 74/2000 e artt. 1 e 5 d.lgs. 471/1997. Nel dettaglio, la ricostruzione del dibattito giurisprudenziale nazionale e sovranazionale porta il Giudice a rilevare la «dubbia conformità convenzionale» della soluzione offerta dalle Sezioni Unite nel 2013 in tema di omesso versamento, essendo punito essenzialmente lo stesso fatto – «id est l'omessa dichiarazione fiscale» – sia in via penale che amministrativa.

Ciò detto, non vi sarebbe alcuna preclusione ad una diretta applicazione dell'art. 649 c.p.p. «al di là dei limiti apparentemente segnati dal suo tenore letterale», sulla base di una sua interpretazione analogica volta a ricomprendere tra i provvedimenti irrevocabili preclusivi di un nuovo procedimento anche quelli esitati da un procedimento solo formalmente amministrativo.

Il Tribunale, dunque, evitava sia di sollevare una questione di legittimità costituzionale⁵⁷¹, sia di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo⁵⁷², e pronunciava sentenza di non doversi procedere *ex art.* 649 c.p.p., invero obliterando i numerosi rilievi della precedente giurisprudenza, e di gran parte della dottrina, secondo cui dovrebbe assolutamente respingersi una

⁵⁶⁹ Trib. Asti, 10 aprile 2015, n. 717, cit.; Trib. Terni, 12 giugno 2015, cit.

⁵⁷⁰ Trib. Asti, 10 aprile 2015, n. 717, cit.;

⁵⁷¹ Come, invece, ha fatto il Tribunale di Bologna, con ordinanza del 21 aprile 2015, cit.

⁵⁷² In relazione all'omesso versamento IVA, si veda Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, cit.

Invece, in riferimento alla precedente questione pregiudiziale sollevata sull'omesso versamento di ritenute certificate, sulla quale la Corte di giustizia dell'Unione europea si è poi, come previsto, dichiarata incompetente, trattandosi di un ambito estraneo all'attuazione del diritto dell'Unione, si v.: Trib. Torino, IV sez. pen., 27 ottobre 2014, cit. e Corte di giustizia UE, ord. 15 aprile 2015, *Burzio*, cit.

soluzione in via diretta del contrasto con il principio del *ne bis in idem*, a meno di non voler creare un diritto di mera creazione giurisprudenziale⁵⁷³.

La risposta del Giudice di legittimità, infatti, non si è fatta attendere. Su ricorso *per saltum* della pubblica accusa, la terza sezione penale della Cassazione⁵⁷⁴, ha annullato con rinvio la sentenza di non doversi procedere (*ex art. 649 c.p.p.*) del Tribunale di Asti.

L'argomentazione della Suprema Corte non può evidentemente che partire dall'insegnamento delle "sentenze gemelle" del Giudice delle Leggi (sentenze nn. 348 e 349 del 2007 C. cost.): in caso di contrasto tra una disposizione della CEDU o dei suoi Protocolli e una norma nazionale, il giudice comune deve preventivamente sperimentare la possibilità di un'interpretazione conforme di quest'ultima, in modo da risolvere il contrasto in via ermeneutica. Ove ciò non sia possibile, il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna *ex art. 117*, comma 1, Cost., assumendo la disposizione convenzionale come parametro interposto della questione, e rimettendo la stessa alla Corte costituzionale essendogli, invece, preclusa la diretta disapplicazione della norma interna antinomica. Tale assetto, peraltro, neppure è stato modificato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵⁷⁵ che, pur avendo attribuito il medesimo valore giuridico dei Trattati alla Carta di Nizza, non ha però determinato alcuna variazione del rango giuridico della CEDU e dei suoi Protocolli all'interno dell'ordinamento degli Stati membri.

Tanto premesso, secondo la Corte di legittimità non è possibile ricomprendere nell'espressione ««sentenza» o «decreto penale» divenuti irrevocabili», i provvedimenti sanzionatori adottati dall'autorità amministrativa – ancorché «sostanzialmente penali» in base ai referenti della giurisprudenza strasburghese – mediante lo strumento dell'interpretazione convenzionalmente conforme. Risultando preclusa la via ermeneutica convenzionalmente orientata, il giudice di merito avrebbe dovuto, dunque, sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., assumendo quale parametro interposto l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della

⁵⁷³ Non si può «estendere la portata dell'art. 649 c.p.p. ai rapporti fra processo penale e processo amministrativo», poiché questa interpretazione si risolverebbe in una «inammissibile forzatura della disposizione espressamente scritta per regolare i rapporti fra processi penali», così O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, n. 4, 1036; in senso analogo, G. DE AMICIS, *Diritto dell'UE e della CEDU e problema del bis in idem*, cit.

⁵⁷⁴ Per un commento, F. VIGANÒ, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, cit.

⁵⁷⁵ La Suprema Corte si riferisce a quanto affermato sul punto da C.cost., sent. n. 80 del 2011.

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli».

Ciononostante, la Cassazione non solleva essa stessa questione di legittimità costituzionale, essenzialmente per due ragioni. In primo luogo, non era chiaro se l'accertamento tributario avesse effettivamente il carattere della definitività: una verifica questa, in punto di fatto, che dovrà essere rivalutata dal giudice del rinvio, non competendo al giudice di legittimità ma comunque essendo condizione necessaria per ritenere la questione rilevante.

In secondo luogo, la Suprema Corte accenna alla soluzione della giurisprudenza costituzionale del 2016, che con la sentenza n. 102 aveva poco prima dichiarato l'inammissibilità di alcune questioni di legittimità costituzionale – formulate in relazione alla materia dei *market abuse* – rilevando che «spetta innanzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU».

In conclusione, poi, la Suprema Corte affronta il problema della possibilità di proporre questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* alla Corte EU, relativamente all'interpretazione dell'art. 50 CDFUE e ai suoi riflessi nel caso di specie. Tuttavia, anche questa possibilità viene esclusa a causa del difetto di prova circa l'irrevocabilità del provvedimento sanzionatorio tributario.

4.3.2 La questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. del Tribunale di Bologna e l'ordinanza n. 112 del 2016 del Giudice delle Leggi

Quasi contemporaneamente alla pronuncia di non luogo a procedere del Tribunale di Asti, anche il Tribunale di Bologna⁵⁷⁶ si era interrogato, in termini pressoché analoghi, sulla “legittimità convenzionale” del cumulo sanzionatorio penale-amministrativo in materia tributaria. Il ragionamento del Giudice bolognese, tuttavia, lo aveva condotto ad un esito differente: sollevare questione di costituzionalità proprio dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU.

Il caso riguardava l'omesso versamento, da parte di un imprenditore bolognese, dell'imposta sul valore aggiunto per oltre 378.000 €, dal quale erano originati due distinti procedimenti: il primo, in ambito tributario per violazione dell'art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997; il secondo, di carattere penale, *ex art. 10-ter* d.lgs. n. 74 del 2000. L'imputato – rinvio a giudizio con riguardo a quest'ultima violazione – eccepiva di aver provveduto al pagamento delle sanzioni amministrative a degli

⁵⁷⁶ Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, cit.

interessi (*rectius*: versamento di una somma pari all'imposta evasa, agli interessi e alle soprattasse nella misura del 30% del dovuto) a chiusura di ogni pendenza con il Fisco. La sanzione pagata all'Erario, secondo la tesi del contribuente imputato, avrebbe carattere talmente afflittivo da potersi considerare penale, la semplice apertura del secondo procedimento in tal modo costituendo un *bis in idem* non consentito, fra l'altro, dall'art. 4, Prot. n. 7, CEDU⁵⁷⁷.

Nel dettaglio, l'imputato chiedeva al giudice di primo grado di non applicare l'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 – che avrebbe determinato la condanna penale alla reclusione da sei mesi a due anni, sia pure mitigata dalla circostanza attenuante di cui all'art. 13 d.lgs. 74/2000 (pagamento del debito tributario) nel testo vigente al *tempus commissi delicti* – e di applicare, invece, la giurisprudenza della Corte EDU, posta la sussistenza di due sanzioni entrambe “penali”.

Il Tribunale di Bologna, tuttavia, aveva subito escluso la possibilità di interpretare in maniera convenzionalmente orientata l'art. 649, in quanto la disposizione non può che riguardare le sole pronunce dell'autorità giudiziaria penale, con ciò solo comunque non escludendo la fondatezza della tesi dell'imputato.

Infatti, il Tribunale di Bologna – in conformità all'indirizzo della Corte di Strasburgo emergente dal caso *Grande Stevens* – ritenendo, da un lato, “sostanzialmente” penali le sanzioni tributarie ex art. 13 d.lgs. 471/1997 e, dall'altro l'identità del fatto colpito dalla fattispecie tributaria e da quella incriminatrice (ex art. 10-ter d.lgs. 74/2000), «decide di rimettere al giudice delle leggi, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., la questione sull'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non preclude un secondo giudizio ex art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000 ove l'imputato sia già stato condannato in sede tributaria in ragione dell'art. 13 d.lgs. 471/1997».

Nelle more della pronuncia del Giudice delle Leggi sull'ordinanza del giudice *a quo* il quadro normativo era sensibilmente mutato. In attuazione della legge delega dell'11 marzo 2014, n. 23, era

⁵⁷⁷ Per una puntuale ricostruzione, P. CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Arch. Pen.*, 2016, n. 3, 6 ss. Secondo gli auspici del contribuente imputato, la sanzione amministrativa pagata all'Erario per chiudere il profilo tributario dell'illecito ha carattere così afflittivo da potersi considerare ontologicamente penale; di conseguenza, il giudice italiano, chiamato ad accertare la dimensione penale dell'illecito e ad applicare la sanzione formalmente penale ad esso legislativamente ricollegata, dovrebbe riconoscere la prevalenza della normativa comunitaria ed evitare una decisione conflittuale con questa: dovrebbe, cioè, dare atto che una sanzione è già stata applicata all'illecito, che detta sanzione è esaustiva della pretesa punitiva dello Stato e che, conseguentemente, va disapplicato il dettato del legislatore nazionale che imporrebbe di ricollegare all'illecito sanzionato un'ulteriore pena (nella specie, detentiva) con corredo di pene accessorie. Il contribuente imputato, in buona sostanza, ha chiesto al giudice penale di disattendere l'art. 101, comma 2, Cost. e di interpretare il principio di soggezione alla legge riconoscendo che, nella gerarchia delle fonti, la normativa comunitaria prevale su quella interna e, in caso di conflitto, va applicata prioritariamente.

intervenuto il decreto legislativo del 24 settembre 2015, n. 158, implicante la revisione del sistema sanzionatorio anche penale e, di conseguenza, incidente in misura non marginale sul sistema penal-tributario del d.lgs. 74/2000.

Ciò assumeva rilevanza centrale per la questione di legittimità sollevata in quanto, il legislatore del 2015 statuiva che per il reato di cui all'art. 10-ter, lo Stato rinunciava alla sanzione penale, in caso di tempestivo pagamento della sanzione amministrativa. In particolare, il riformulato art. 13 d.lgs. 74/2000 – «Causa di non punibilità. Pagamento del debito tributario» – dichiara «non punibili» tre reati tributari – uno dei quali è proprio l'omesso versamento IVA di cui all'art. 10-ter – «se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso» (comma 1).

Dunque, la condotta dell'imputato – omesso versamento di IVA per oltre 378.000 € – non perdeva rilevanza penale (nonostante l'innalzamento della soglia di rilevanza a 250.000 €), ma era comunque sottratta all'irrogazione della sanzione penale in quanto il pagamento della sanzione tributaria (e del debito tributario) costituiva *post factum* idoneo ad escluderne la punibilità. Dalla novella del 2015, dunque, derivava che nel caso concreto non c'era alcun rischio di duplicazione sanzionatoria: la questione prospettata dal Tribunale di Bologna perdeva, così, quella “rilevanza” necessaria per permettere al Giudice delle Leggi di vagliarne il merito.

Pertanto, la Corte costituzionale – con l'ordinanza n. 112 del 20 maggio 2016 – non poteva far altro che disporre la restituzione degli atti alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158; in particolare e preso atto dell'introduzione di una causa di non punibilità per il caso di pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrative, spettando «al Giudice rimettente valutarne le complesse ricadute nel giudizio a quo, specie in termini di rilevanza».

4.3.3 Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bergamo

In termini assai simili all'ordinanza di rimessione del giudice di Bologna, si è orientato il Tribunale di Bergamo⁵⁷⁸ che, però, invece di investire della questione la Corte costituzionale, decideva di interrogare il Giudice di Lussemburgo⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, cit. (iscritta nella causa C-524/15, *Menci*).

⁵⁷⁹ Per la risposta della Corte di Giustizia dell'Unione, si v. §§ 10 ss., del presente capitolo.

Nel caso di specie, l'imputato aveva definito la pendenza tributaria versando il dovuto più la sovrattassa del 30% all'Erario, essendo poi stato successivamente chiamato – *ex art. 10-ter* d.lgs. 74/2000 – per la medesima omissione, a rispondere anche in sede penale⁵⁸⁰.

Alla luce della “rilevanza comunitaria” dell’IVA – desunta dall’art. 51 CDFUE – il Tribunale lombardo investiva della questione direttamente la Corte di Giustizia dell’Unione.

La questione sollevata aveva ad oggetto l’interpretazione dell’art. 50 CDFUE. Invero, l’art. 50 CDFUE è testualmente molto vicino all’art. 4, Prot. n. 7, CEDU e, in aggiunta, ai sensi dell’art. 52, § 3, CDFUE, «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU] il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Un richiamo, questo, che va esteso anche alle norme dei Protocolli alla CEDU e all’interpretazione fornita a queste dalla Corte di Strasburgo.

Tuttavia, come autorevole dottrina ha rilevato⁵⁸¹, «la giurisprudenza di Strasburgo in materia di *ne bis in idem* [...] rappresenta un’autentica spina nel fianco per la Corte di Giustizia, preoccupata di imporre agli Stati membri obblighi di tutela non solo (genericamente) efficaci, proporzionata e dissuasiva degli interessi finanziari dell’Unione, ma anche obblighi di tutela specificamente penale, quanto meno nei casi più gravi di frodi o altri illeciti lesivi del bilancio dell’Unione: come quelli,

⁵⁸⁰ La vicenda affrontata dal Giudice bergamasco, invero, non risulta perfettamente sovrapponibile al precedente del Tribunale di Bologna. In questo caso, infatti, i procedimenti amministrativo e penali avevano ad oggetto la medesima persona fisica colpita dalla doppia sanzione – imputato nel procedimento penale ed imprenditore individuale dinanzi all’amministrazione finanziaria. Invece, nel caso pendente dinanzi al Tribunale di Bologna il soggetto rispondeva in sede penale quale legale rappresentante di una persona giuridica, fattispecie che pone l’ulteriore questione – risolta negativamente dalla giurisprudenza di legittimità – se possa ravvisarsi il *ne bis in idem* nonostante la diversità di soggetti colpiti, rispettivamente, dalla sanzione tributaria e dal procedimento penale. Si veda, in argomento, Cass., Sez. III, 27 maggio 2015, n. 9224, *Saldimpianti Costruzioni Mechanical Assembly s.r.l.*, a mente della quale l’art. 649 c.p.p. trova applicazione solo nella ipotesi in cui del medesimo fatto sia chiamato a rispondere lo stesso autore, nel senso, cioè, che occorre anche una identità soggettiva passiva del destinatario della sanzione; in termini analoghi, Cass., Sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, *Gabbana e Altri*, Rv. 265118, ha affermato che «non sussiste la preclusione all’esercizio dell’azione penale di cui all’art. 649 c.p.p., quale conseguenza della già avvenuta irrogazione, per lo stesso fatto, di una sanzione formalmente amministrativa ma avente carattere sostanzialmente “penale” ai sensi dell’art. 7 CEDU, allorquando non vi sia coincidenza fra la persona chiamata a rispondere in sede penale e quella sanzionata in via amministrativa». Più specificamente rispetto al caso concreto: «è necessario [...], che del medesimo fatto sia chiamato a rispondere (o sia stato condannato) lo stesso autore, inteso quale persona direttamente destinataria del precetto e della sanzione. Il che ovviamente non accade quando, come nel caso di specie, dello stesso fatto rispondono a diverso titolo due diverse persone. Il fatto che “GADO S.a.r.l.” fosse legalmente rappresentata dall’odierno imputato non consente a questi di invocare il principio del “*ne bis in idem*”, poiché è lui stesso a dedurre di non esser stato destinatario della sanzione amministrativa inflitta alla persona giuridica da lui rappresentata». La conferma dell’assunto si rinviene, peraltro, anche a livello della giurisprudenza convenzionale, in tal senso si v., Corte europea dei diritti dell’uomo, Quarta Sezione, 20 maggio 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, § 51, che aveva negato l’identità dei soggetti destinatari rispettivamente delle sanzioni amministrative e di quelle penali. I giudici di Strasburgo, inoltre, erano arrivati ad escludere addirittura che i due procedimenti avessero per oggetto i medesimi fatti, poiché «*making a tax declaration in personal taxation differs from making a tax declaration for a company as these declarations are made in different forms, they may have been made at a different point of time and, in the case of the company, may also have involved other persons*».

⁵⁸¹ Così, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell’IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015.

per l'appunto che derivano dall'evasione dell'IVA. La Grande Sezione della Corte di giustizia lo ha ribadito proprio nella sentenza Taricco⁵⁸²[...]: dall'art. 325 TFUE, letto alla luce del principio di leale collaborazione tra Unione e Stati membri di cui all'art. 4 § 3 TFUE, deriva un preciso obbligo di prevedere (e concretamente applicare!) anche sanzioni penali contro gli autori di reati gravi che si traducano in pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione».

La divergenza di approccio tra Corti europee, dunque, induceva il giudice bergamasco a richiedere chiarimenti alla Corte di Giustizia nei seguenti termini: «se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile».

4.4 La revisione del sistema sanzionatorio tributario: il D.lgs. n. 158 del 2015

Prima di chiudere la parentesi dedicata al sistema di cumulo sanzionatorio in materia tributaria, è utile ritornare all'impianto della riforma del 2015.

In effetti, la soluzione più soddisfacente al problema – come in materia di abusi di mercato – anche *in subiecta materia* poteva essere indicata solo dal legislatore. In realtà, pure a fronte di un consolidato (quanto meno fino al 2016) indirizzo della giurisprudenza EDU in tema di *ne bis in idem*, e delle ricadute da esso prodotte negli ordinamenti di diversi Stati della Convenzione, il d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 tace sul punto. Non offre risposta alcuna agli interrogativi sulla legittimità del doppio binario tributario, neppure in un momento in cui – alla luce di *Grande Stevens* e prima di *A e B c. Norvegia* – in nessun modo sembrava potersene sostenere la conformità al principio del *ne bis in idem* (processuale) strasburghese.

Dunque, nel marzo 2014, mentre a Strasburgo si decidevano le sorti del *double track system* italiano in materia di abusi di mercato, in Italia veniva varata la legge delega per la revisione del sistema

⁵⁸² Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, §§ 39-40: «Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione conformemente alle disposizioni della direttiva 2006/112 e all'articolo 325 TFUE, possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA. Occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà».

sanzionatorio penale tributario: legge 11 marzo 2014, n. 23. Il legislatore nazionale rispondeva alla legge delega – in linea con i suoi principi direttivi – e alla condanna della Corte EDU – tralasciando qualsiasi riflesso che essa pure avrebbe potuto avere sulla diversa materia tributaria, anche a causa di uno stadio dei lavori preparatori ormai troppo avanzato – con una risistemazione dei rapporti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative che, tuttavia, nulla aveva a che vedere con la riflessione sul divieto di *bis in idem*.

Invero, si può notare che, anche se non intenzionalmente, la riforma del 2015 ha comunque operato una “concessione” al principio *de quo*, ravvisabile nelle cause di punibilità sopravvenuta previste dal nuovo art. 13 d.lgs. 74/2000 in relazione ad alcuni reati.

Per i reati di cui agli articoli 4, 5, 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater* previsti dal decreto legislativo n. 74, infatti, il pagamento del debito tributario (comprensivo dell'imposta evasa, delle sanzioni amministrative e degli interessi), è causa di non punibilità⁵⁸³.

È stato giustamente rilevato⁵⁸⁴, dunque, che «In tali ipotesi il pagamento (anche) della sanzione amministrativa esclude l'applicabilità della sanzione penale e, quindi, una duplicazione della sanzione per lo stesso fatto illecito, ma ciò non avviene certo perché il legislatore del 2015 consideri sostanzialmente penale la sanzione amministrativa tributaria e perché voglia evitare di incorrere in un *bis in idem* vietato dalla normativa comunitaria». Si deve dare atto, infatti, che qualora il pagamento non avvenga «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento» (e per gli illeciti di infedele o omessa dichiarazione *ex artt.* 4 e 5, quanto l'autore del reato abbia avuto «formale conoscenza formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali»), il cumulo sanzionatorio rimane fermo. Ciò vale, inoltre, anche per i reati tributari di cui agli artt. 2, 3, 8, 10 e 11 – considerati di maggiore pericolosità sociale, in quanto caratterizzati da condotta fraudolenta – per cui la causa di non punibilità e, dunque, la possibilità di evitare una doppia comminatoria penale-amministrativa, non è prevista, tutt'al più potendo il pagamento “tempestivo” del debito tributario determinare la

⁵⁸³ Si noti che, la causa di non punibilità *de qua*, subordinata alla condotta riparatoria descritta dal nuovo art. 13, dovrebbe operare anche in relazione agli artt. 4 (dichiarazione infedele) e 5 (omessa dichiarazione). In questo caso, tuttavia, la non punibilità è subordinata al fatto che «il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali». Come è stato correttamente rilevato, tale «requisito [...] sul piano pratico rende poco probabile una significativa applicazione dell'istituto, potendo difficilmente pronosticarsi comportamenti di “ravvedimento” da omessa/infedele dichiarazione che non siano in qualche modo “sollecitati” dalla conoscenza di accertamenti in corso sulla dichiarazione medesima»; così Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario. Settore penale, *Novità legislative: Decreto Legislativo 24 settembre 2015, n. 158, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, comma 1 della legge 11 marzo 2014, n. 23*, Rel. N. III/05/2015, 28 ottobre 2015.

⁵⁸⁴ Cfr. P. CORSO, *Il doppio binario sanzionatorio tributario*, cit., 3.

riduzione della pena fino alla metà, l'inapplicabilità delle pene accessorie e in ultimo la possibilità di richiedere il rito premiale *ex art. 444 c.p.p* (art. 13-*bis* d.lgs. 74/2000)⁵⁸⁵.

Invero, un altro meccanismo con cui il legislatore del 2015 ha ridotto il rischio di una violazione del *ne bis in idem* convenzionale, è l'innalzamento delle soglie di punibilità: agli "illeciti sottosoglia", infatti, potrà essere applicata la sola sanzione amministrativa, escludendo in radice la possibilità di una doppia comminatoria di sanzioni penale e amministrativa⁵⁸⁶.

In ultima analisi, dunque, così come non possono esserci dubbi sull'impegno del legislatore italiano a consentire al contribuente imputato di evitare la sanzione penale – si noti, infatti, che il d.lgs. 158/2015, rispetto al quadro normativo precedente, si caratterizza per aver ampliato l'area degli illeciti tributari destinati ad essere puniti esclusivamente in via amministrativa – altrettanto non può negarsi che ciò sia avvenuto prescindendo dalla riflessione sulle possibili implicazioni comunitarie o convenzionali.

5. La sentenza *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016

«La Grande Camera in *Zolotukhin* non sarebbe stata d'accordo a degradare il diritto individuale e inalienabile al *ne bis in idem* a un simile diritto fluido, angusto, in una parola illusorio. Io nemmeno».

In questi termini, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque concludeva la sua "ostinata" *dissenting opinion*, partorita dal disaccordo con quella maggioranza di Giudici di Strasburgo che nel 2016

⁵⁸⁵ L'art. 13-*bis* d.lgs. 74/2000, introdotto con il d.lgs. 158/2015 e rubricato «Circostanze del reato», dispone (ai commi 1 e 2): «1. Fuori dai casi di non punibilità, le pene per i delitti di cui al presente decreto sono diminuite fino alla metà e non si applicano le pene accessorie indicate nell'articolo 12 se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie.

2. Per i delitti di cui al presente decreto l'applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale può essere chiesta dalle parti solo quando ricorra la circostanza di cui al comma 1, nonché il ravvedimento operoso, fatte salve le ipotesi di cui all'articolo 13, commi 1 e 2».

⁵⁸⁶ Come era prevedibile, l'intervento ha esposto il legislatore a critiche di diversa natura, in quanto la rinuncia alla sanzione penale è stata inquadrata come minore tutela degli interessi finanziari dell'UE, anch'essa comunitariamente incompatibile. Nel senso che la prescrizione prevista dal legislatore nazionale farebbe delineare un'esonazione *ivi* non prevista dalle Direttive UE (ordinanza 17 gennaio del gip Tribunale di Cuneo) si è espressa la Corte di Giustizia UE con sentenza 8 settembre 2015, *Taricco*, cit., invitando i giudici italiani a disapplicare la normativa sulla prescrizione. Sul c.d. caso *Taricco* si vedano, *ex multis*, A. BARGI, *Il singolare funambolismo interpretativo dei rapporti tra diritto dell'UE, diritto nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza "Taricco" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, n. 4, 327.

avevano argomentato la pronuncia *A e B c. Norvegia*⁵⁸⁷. Veniva sancito, così, quanto dai più sarà poi letto come un “passo indietro”⁵⁸⁸, un “netto superamento”⁵⁸⁹, una “battuta d’arresto”⁵⁹⁰, un “revirement”⁵⁹¹ rispetto agli approdi (che parevano) ormai consolidati della sua precedente giurisprudenza. Invero, è innegabile che, per quanto la sentenza in commento rappresenti un’evoluzione – dettata dai tempi (in quanto la Convenzione rappresenta pur sempre un “*living instrument*”), dalla volontà di allinearsi con la giurisprudenza dell’Unione, nonché dalla presa di coscienza delle resistenze espresse in vario modo dagli Stati contraenti – essa costituisce, per altri versi, un’involuzione della sfera di operatività del divieto di *bis in idem*.

In particolare, la Grande Camera, con la sola opinione dissenziente cui si è fatto cenno, nel definire la vicenda di due contribuenti norvegesi che lamentavano di essere stati perseguiti e puniti due volte – in procedimenti amministrativi e penali – per lo stesso fatto illecito tributario, concludeva che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l’irrogazione della relativa sanzione nei confronti dello stesso soggetto già sanzionato in via definitiva per il medesimo fatto dall’amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell’imposta evasa) pur riconducibile alla *matière pénale*, quando tra i due procedimenti esista una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”.

È, dunque, proprio la sussistenza di tale “nesso” che oggi sembrerebbe far venir meno l’asserita incompatibilità dei sistemi domestici di “doppio binario” sanzionatorio – che molti⁵⁹² avevano giustamente desunto da una serie di procedimenti definiti in senso contrario dal Giudice di Strasburgo⁵⁹³ – con il diritto convenzionale.

⁵⁸⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Sezione, sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. N. 24130/11 e 29758/11, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*. Per i primi commenti alla pronuncia, si v., *ex multis*, A. SCARCELLA, *Un passo indietro della Grande Camera della Corte di Strasburgo sulla questione del ne bis in idem in materia tributaria?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 16 novembre 2016. Nonché S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A & B c. Norvegia?*, nota all’ordinanza del Trib. Monza, 30 giugno 2016, Giud. CAVALLINI, imp. C. S., in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016.

⁵⁸⁸ Cfr. M. BRANCACCIO – G. FIDELBO, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., 14.

⁵⁸⁹ Così, P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 2, 6.

⁵⁹⁰ *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, cit., 13.

⁵⁹¹ G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 470.

⁵⁹² In via meramente esemplificativa, F. VIGANÒ, *La sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, cit.

⁵⁹³ Primo fra tutti la pronuncia *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit.

5.1 I fatti all'origine della pronuncia⁵⁹⁴

Nel 2007, *Mr A*, viene arrestato per non aver dichiarato dei profitti derivatigli da complesse transazioni finanziarie compiute all'estero e, sentito quale indagato, ammetteva di aver compiuto tali transazioni, ma negava la propria responsabilità penale. Nell'ottobre 2008 veniva esercitata nei suoi confronti l'azione penale per il reato di frode fiscale. Nel novembre dello stesso anno – sulla base delle dichiarazioni da lui stesso rese al momento dell'arresto – l'amministrazione finanziaria gli applicava una sanzione pari al 30% dell'importo non dichiarato. A versava l'importo dovuto, chiudendo in tal modo definitivamente il procedimento amministrativo.

Ciononostante, nel marzo 2009 veniva condannato in sede penale a un anno di reclusione per frode fiscale aggravata e, nella commisurazione della pena, il tribunale norvegese dichiarava di aver tenuto conto della sanzione tributaria già inflitta e, peraltro, già versata al Fisco dall'imputato.

L'imputato appellava la sentenza, eccependo – già di fronte alla giurisdizione nazionale – di essere stato perseguito e punito due volte per lo stesso fatto, in violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU. Sia la Corte d'appello, che la Corte Suprema norvegese, tuttavia, respingevano la doglianza, confermando la condanna, che diventava definitiva nel 2010.

Invero, la Corte di ultima istanza norvegese aveva pure riconosciuto che il fatto alla base dei due procedimenti era sostanzialmente il medesimo, secondo l'insegnamento della Grande Camera in *Zolotukhin*; era anche giunta ad attribuire natura “sostanzialmente” penale alla sovrattassa pari al 30% dell'importo evaso, sulla base dei criteri *Engel*; e, in ultimo, aveva affermato che la decisione dell'amministrazione finanziaria, irrogativa della sovrattassa *de qua*, era da considerarsi “definitiva”. Tutto ciò sarebbe bastato, dunque, per ritenere violato il divieto di cui all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, quanto meno nell'interpretazione datane fino al 2016. Se non fosse, però, per il carattere simultaneo, o comunque “parallelo” dei due procedimenti: secondo la Suprema Corte norvegese, infatti, il divieto di cui all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU varrebbe in maniera assoluta solo rispetto a procedimenti consecutivi per lo stesso fatto e cioè, nelle evenienze in cui il secondo procedimento venga avviato dopo la conclusione del primo. Per converso, nel caso di specie, i supremi giudici norvegesi evidenziavano come tra i due procedimenti (tributario e penale) vi fosse una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tale da permettere di considerare le due sanzioni come parti di un'unica reazione sanzionatoria apprestata dall'ordinamento contro l'illecito rappresentato dall'evasione fiscale, e non come due distinti processi per il medesimo fatto.

⁵⁹⁴ La ricostruzione dei fatti è tratta da F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit. e da Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Sezione, *A e B c. Norvegia*, cit.

Analogo il caso di *Mr B*, peraltro, coinvolto nella medesima indagine che aveva condotto alla scoperta della frode fiscale commessa da *Mr A*.

Nell'ottobre 2008 l'amministrazione finanziaria gli contestava di non aver dichiarato profitti derivanti da transazioni estere per un importo di circa 500.000 euro, e gli applicava una sovrattassa del 30% rispetto all'importo evaso, anche in questo caso sulla base delle dichiarazioni da lui rese nel contesto della parallela indagine penale. Anche il signor B pagava gli importi dovuti e così il procedimento amministrativo acquisiva il carattere della "definitività" nel dicembre 2008.

Già nel novembre 2008, tuttavia, veniva promossa azione penale nei suoi confronti e, l'anno successivo (settembre 2009), il tribunale lo condannava alla pena di un anno di reclusione, tenendo conto anche in questo caso della sanzione inflittagli dall'amministrazione tributaria nella determinazione della pena. Successivamente, sulla base degli argomenti utilizzati dalla Corte Suprema in relazione al ricorrente A, la Corte d'appello respingeva la doglianza relativa alla violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, e confermava la condanna. La Corte Suprema, poi, rifiutava di esaminare il caso, e la sentenza di condanna diventava definitiva.

A questo punto, *Mr A* e *Mr B* ricorrevano alla Corte di Strasburgo, asserendo la violazione dell'art. 4, VII Protocollo alla CEDU. Il caso, originariamente assegnato alla Prima Sezione, veniva devoluto alla *Grande Chambre* nel 2015, attesa la particolare rilevanza delle questioni sollevate dalle parti.

5.2 Lo stato del diritto norvegese e la causa del *revirement*

È utile precisare che il legislatore norvegese ha concepito il sistema normativo in materia tributaria come un "doppio binario" sanzionatorio in cui, da un lato, vi è un procedimento amministrativo funzionale all'accertamento di eventuali evasioni di imposta e all'irrogazione di sanzioni pecuniarie sotto forma di sovrattasse calcolate in percentuale rispetto all'imposta evasa; e, dall'altro, un procedimento penale, funzionale all'irrogazione di sanzioni privative della libertà personale per i casi più gravi, caratterizzati da modalità fraudolente e comunque dolose⁵⁹⁵.

In argomento, nel 2006 i massimi giudici di legittimità norvegesi avevano escluso la sussistenza di un *idem* – stante la diversità degli elementi costitutivi delle due fattispecie legali – tra la condotta di evasione fiscale da cui può scaturire l'irrogazione di una sanzione amministrativa e la condotta penalmente rilevante. Quando, però, la Grande Camera – in *Zolotukhin* – aveva modificato la propria giurisprudenza, approdando ad una concezione sostanzialistica della medesimezza del fatto,

⁵⁹⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit.

anche la Corte Suprema aveva fatto un passo indietro rispetto alla precedente concezione ancorata, invece, al c.d. “*idem legale*”. Infatti, nella sentenza del 2010, relativa al caso del ricorrente A, il giudice di ultima istanza norvegese era giunto a riconoscere la sussistenza dell’*idem*, in considerazione non già della descrizione delle fattispecie astratte, quanto della loro convergenza su un medesimo fatto materiale: l’evasione del tributo in sé considerata, presupposto comune di entrambe le sanzioni (a prescindere dall’elemento addizionale della frode nell’illecito penale).

5.3 Il criterio della “*sufficiently close connection in substance and time*”

Nella pronuncia *A e B c. Norvegia* la Corte EDU non si trovava a dover valutare la ricorrenza o meno dell’*idem factum* – posto che nessuna delle parti, nemmeno la suprema istanza norvegese, avevano posto in discussione che le due sanzioni (la sovrattassa e la pena detentiva) avessero ad oggetto lo stesso fatto di evasione – piuttosto, il contrasto riguardava due ulteriori profili. In primo luogo, quello della qualificazione in termini di sanzione “sostanzialmente” penale, agli effetti dell’art. 4, Prot. n. 7, della richiamata sovrattassa; e, in secondo luogo, la rilevanza in termini di *bis in idem* di due procedimenti paralleli (e non consecutivi).

Circa il primo profilo, la sentenza si confronta con gli argomenti spesi da alcuni governi intervenuti⁵⁹⁶ proprio al fine di sollecitare la Corte ad adottare un approccio maggiormente restrittivo della nozione di “*matière pénale*”, in sede di interpretazione dell’art. 4 del VII Protocollo alla CEDU. Per converso, il Giudice della Convenzione, continuando a riconoscere piena validità ai criteri *Engel*, giunge a riaffermare – in linea con la sua costante giurisprudenza – la natura penale della sovrattassa.

Piuttosto, infatti, il *revirement* di cui si parlava in apertura – e le connesse problematiche che da esso derivano – riguardano la risoluzione del secondo profilo di contrasto, ossia se il divieto di *bis in idem* convenzionale osti non solo all’instaurazione di un secondo procedimento consecutivo, ma anche alla possibilità di due procedimenti che si svolgano parallelamente.

In argomento, la Corte ha inteso valorizzare il requisito della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti: criterio, questo, non del tutto nuovo nel panorama della giurisprudenza Convenzionale. Sulla base di tale criterio, in effetti, due non recenti decisioni di inammissibilità pronunciate dalla Corte (*R.T. c. Svizzera* del 2000; e *Nilsson c. Svezia* del 2005)

⁵⁹⁶ Nel procedimento erano intervenuti, a sostegno del Governo resistente, altri sei Stati vincolati dal Protocollo n. 7 alla CEDU: Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera.

e una più recente (*Boman c. Finlandia* del 2015) avevano escluso la violazione del *ne bis in idem* convenzionale in relazione ad un provvedimento di revoca della patente per il medesimo fatto che era stato sanzionato anche in esito a un procedimento penale sottolineando, in particolare, come l'autorità amministrativa non avesse compiuto alcun accertamento ulteriore, una volta preso atto della condanna penale dell'interessato per il reato di guida senza patente⁵⁹⁷.

Ancora, il medesimo requisito era stato evocato – sempre in materia di *ne bis in idem* e sovrattasse tributarie – anche in taluni casi che avevano interessato la penisola scandinava⁵⁹⁸, nei quali però la Corte aveva negato la presenza della connessione tra i due procedimenti, riconoscendo la violazione del principio convenzionale⁵⁹⁹.

Per converso, in numerose altre sentenze – prima fra tutte, la nota *Grande Stevens c. Italia* – il criterio non era stato neppure menzionato, e la violazione era stata riscontrata per la semplice pendenza di un processo penale una volta chiusosi in via definitiva un procedimento amministrativo sullo stesso fatto e con l'irrogazione di una sanzione solo formalmente penale.

Nei fatti, tuttavia, il suo possibile e rilevante utilizzo era stato in qualche modo preannunciato da una recente sentenza⁶⁰⁰, dove si era esclusa la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU in un caso di condanna al pagamento di una multa per eccesso di velocità inflitta nell'ambito di un procedimento penale cui aveva fatto seguito, per lo stesso fatto, il ritiro della patente nell'ambito di un procedimento amministrativo. In questo caso, pur riconoscendo la medesimezza del fatto e la natura sostanzialmente penale dell'illecito amministrativo, la Corte EDU non aveva ritenuto violato il *ne bis in idem* convenzionale proprio per la sussistenza di un “collegamento materiale e temporale sufficientemente stretto” perché potesse considerarsi il ritiro della patente come una delle misure previste dal diritto interno per la punizione dei reati legati alla circolazione stradale.

⁵⁹⁷ In particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, sentenza del 17 febbraio 2015, *Boman c. Finlandia*.

⁵⁹⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nykänen c. Finlandia*, cit.

⁵⁹⁹ Per la verità, deve in merito sottolinearsi un dato estremamente significativo: ben prima della sentenza della Corte di Strasburgo che si commenta, basandosi su alcune precedenti pronunce della Corte EDU (in particolare: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nykänen c. Finlandia*, cit.), la giurisprudenza della Cassazione aveva dimostrato attenzione nei confronti di quel rapporto tra procedimenti (amministrativo e penale) aventi ad oggetto lo stesso fatto, che oggi costituisce la nuova frontiera di confronto per individuare una violazione del *ne bis in idem*. Ed infatti, già Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887, *Aumenta*, cit., aveva analizzato ed utilizzato la sentenza *Nykänen* per affermare l'insussistenza della violazione del *ne bis in idem* sostanziale nella materia degli illeciti tributari. Nel dettaglio, il Giudice di legittimità aveva rilevato che, seguendo l'impostazione di quella pronuncia di Strasburgo, sussiste violazione del *ne bis in idem* nel caso in cui i procedimenti (anche se nominalmente non coincidenti) accertino gli stessi fatti, «ma siano anche indipendenti tra loro e si sviluppino in successione, ovvero in modo che uno dei due prosegua o inizi quando l'altro è divenuto definitivo», evidenziando, tuttavia, che tale violazione, di norma, non si verifica nel nostro ordinamento tributario, nel quale «i due procedimenti sono paralleli ed interagiscono tra loro, poiché l'avvenuto pagamento del debito tributario condiziona l'entità della sanzione penale». A riprova di ciò si richiamavano gli artt. 19, 20 e 21 del d.lgs. 74/2000 che pongono, a giudizio della Suprema Corte, una disciplina chiara relativamente ai rapporti tra il sistema sanzionatorio amministrativo e i procedimenti penale e tributario, i quali «non sembrano essere totalmente indipendenti tra loro».

⁶⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 ottobre 2016, *Rivard c. Svizzera*, §§ 29 ss.

Tornando ad analizzare la pronuncia del 2016, in essa la Corte enuncia quel programma valutativo con cui, da quel momento in poi, i giudici nazionali avrebbero dovuto confrontarsi.

Anzitutto, l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente approntare un sistema di risposte sanzionatorie a condotte socialmente offensive – come la violazione delle norme sulla circolazione stradale o l'evasione fiscale – costruito sulla base di procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato e siano collegate da un approccio normativo unitario e coerente⁶⁰¹. Dunque, dalla disposizione convenzionale non può desumersi un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa (anche se “sostanzialmente penale”) per quei fatti di evasione fiscale già sanzionati in via penale, che presentano un disvalore maggiore rispetto al mancato pagamento del tributo, essendo stati commessi con una condotta fraudolenta, alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura “amministrativa”⁶⁰².

La verifica che compete alla Corte deve, dunque, avere ad oggetto la strategia sanzionatoria adottata da ogni singolo Stato e, deve escludersi la violazione del principio del *ne bis in idem* quando essa risulta il «prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria»⁶⁰³.

Il canone primario prescelto dalla Corte per verificare la sussistenza o meno di un *bis in idem* è il criterio della «*sufficiently close connection in substance and time*»⁶⁰⁴.

Alla base della verifica deve esserci la consapevolezza che è necessario operare un conveniente bilanciamento tra gli interessi dell'individuo e quelli della comunità a prevedere un approccio calibrato ad una sanzione «integrata», frutto degli interventi di distinte autorità (giurisdizioni penali e autorità amministrative).

Negli auspici del Giudice di Strasburgo ci sono sistemi normativi interni nei quali le sanzioni, pur distinte, siano però inflitte nell'ambito di uno stesso procedimento, ma ciò non esclude la legittimità di doppi binari sanzionatori che corrano paralleli, purché vi siano dei meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e prevedibili⁶⁰⁵. La Corte, peraltro, aggiunge che ciò non vuol dire che i procedimenti debbano necessariamente essere condotti “simultaneamente” dall'inizio alla fine anzi, è possibile che siano condotti “progressivamente” quando ad esempio ciò sia motivato da ragioni di efficienza dell'amministrazione giudiziaria e non

⁶⁰¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *A e B c. Norvegia*, cit., § 121.

⁶⁰² Corte europea dei diritti dell'uomo, *A e B c. Norvegia*, cit., § 123.

⁶⁰³ *Ibidem*, § 122.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, § 125.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, § 130.

comporti, comunque, un pregiudizio sproporzionato per l'individuo coinvolto derivante da un perdurante stato di incertezza.

5.4 Gli indicatori della connessione sostanziale

In particolare, poi, per verificare la sussistenza di quella stretta connessione sostanziale e temporale necessaria per escludere la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, la Corte di Strasburgo elabora degli specifici indici empirici⁶⁰⁶ per orientare l'interprete.

In particolare, sussiste una connessione sostanziale qualora:

- a) i due procedimenti perseguano scopi complementari, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto, ma anche in concreto – differenti aspetti della medesima condotta antisociale;
- b) l'apertura di un doppio percorso procedimentale rappresenti una conseguenza prevedibile della medesima condotta;
- c) i due procedimenti siano condotti in modo da evitare «per quanto possibile» ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una «adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento»;
- d) la determinazione della sanzione irrogata al termine del procedimento che è divenuto definitivo per secondo tenga conto della sanzione già irrogata con il procedimento divenuto definitivo per primo, in modo da garantire che le sanzioni complessivamente imposte siano proporzionate;
- e) in ultimo, secondo la stessa Corte si dovrebbe anche considerare se le sanzioni non formalmente penali si riferiscano a illeciti estranei all'*hard core* del diritto penale, dunque non associati ad alcun significativo «*degree of stigma*»: infatti, il rischio di un *bis* contrario alla garanzia convenzionale sarà meno rilevante quando il procedimento amministrativo concerna illeciti estranei al “nucleo duro” del diritto penale; mentre sarà destinato ad accentuarsi quando il procedimento amministrativo assuma in concreto cadenze stigmatizzanti simili a quelle del processo penale⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, § 133.

⁶⁰⁷ Invero, la Corte riprende una distinzione già formulata in *Jussila c. Finlandia* a proposito del diritto all'equo processo ex art. 6 CEDU, per cui «*It is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of different weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties [...], prison disciplinary proceedings [...], customs law [...], competition law [...].*

Quanto alla connessione temporale, la Corte della Convenzione ha cura di precisare quanto già accennato: tale requisito non postula la conduzione simultanea dei due procedimenti, ben potendo questi ultimi anche svilupparsi in via consequenziale⁶⁰⁸: ciò che conta è che sussista un collegamento cronologico sufficientemente stretto, che sia tale da «evitare incertezza, ritardo e [l']eccessivo protrarsi dei tempi di definizione». Infatti, quanto più «è debole la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di spiegare e giustificare tale ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti».

La verifica della connessione sostanziale e temporale nei termini illustrati permette di escludere la violazione del *ne bis in idem* convenzionale ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU, non essendo così vietato al legislatore la costruzione di una risposta sanzionatoria modulata su diversi livelli di tutela, sempre che ciò si traduca in un «sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata nel quadro di una strategia unitaria»⁶⁰⁹.

Quanto premesso veniva riscontrato nel caso di specie.

Anzitutto, la Corte EDU prende atto del diverso scopo perseguito nell'ordinamento norvegese dalle due tipologie di sanzioni. Le sanzioni amministrativo-tributarie, avrebbero finalità deterrente e, insieme, uno scopo compensatorio rispetto ai considerevoli sforzi, umani e finanziari, che l'amministrazione fiscale deve affrontare, nell'interesse dell'intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali; le sanzioni penali *stricto sensu*, invece, hanno finalità schiettamente punitiva nei confronti di condotte antisociali, con un implicito contenuto di rimprovero legato ad un comportamento doloso e fraudolento⁶¹⁰.

In secondo luogo, la possibile esposizione ad entrambi i procedimenti – amministrativo-tributario e penale – e ad entrambe le sanzioni era una circostanza che l'individuo avrebbe potuto agevolmente prevedere.

Infine, i rispettivi procedimenti si sono svolti in parallelo⁶¹¹ e sono stati in concreto interconnessi. Nel dettaglio, infatti, da un lato, l'amministrazione tributaria aveva basato la sanzione sulle

and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters [...] Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency [...]».

⁶⁰⁸ «Precisazione, quest'ultima, che sembra dunque aprire la strada – un po' sorprendentemente, viste le premesse con le quali la Corte pareva aver ristretto il suo esame all'ipotesi, appunto dei procedimenti paralleli – alla possibilità di escludere la violazione anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi dopo la definitiva conclusione del primo procedimento», così, efficacemente, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit.

⁶⁰⁹ In argomento, v. P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU*, cit., 8 s.

⁶¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *A e B c. Norvegia*, cit., § 144.

⁶¹¹ Nelle concrete fattispecie esaminate dai Giudici di Strasburgo, le doppie sanzioni irrogate per il medesimo fatto illecito – prima quella amministrativa, poi quella penale – erano scattate in un caso, a distanza di 4 mesi e nell'altro caso di 9 mesi.

dichiarazioni rese dai ricorrenti nel procedimento penale e, dall'altro, i giudici penali avevano tenuto conto, nella commisurazione della pena, delle sanzioni già irrogate dall'amministrazione tributaria⁶¹².

Così argomentando, l'esito era obbligato: nessuna violazione dell'art. 4 del VII Protocollo alla Convenzione. Ciò in quanto esiste tra i due procedimenti – rispetto a ciascuno dei ricorrenti – una «connessione sostanziale sufficientemente stretta», che dimostra che essi formavano parte di uno schema sanzionatorio integrato contro i fatti di omessa dichiarazione e, dunque, i ricorrenti non hanno subito alcun pregiudizio sproporzionato o ingiusto.

5.5 La *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque

Come anticipato in apertura, la sentenza è accompagnata da un'unica opinione dissenziente: quella del giudice Pinto de Albuquerque⁶¹³. L'argomentare – ostinato e senza mezze misure – quasi preconizzava le critiche che sarebbero state, di lì a poco, elaborate anche dalla dottrina maggioritaria.

La critica al «vaghissimo e arbitrario»⁶¹⁴ criterio della «connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta», è così tagliente da indurre il giudice Pinto de Albuquerque a ritenere con esso inaugurata una politica criminale del «moderno Leviatano basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile». La conclusione – dirompente in quanto agli effetti – dunque, sarebbe quella di legittimare «una storia infinita di due o più procedimenti condotti progressivamente o successivamente contro lo stesso individuo sulla base degli stessi fatti»⁶¹⁵, lontano dalle consapevolezze garantistiche che avevano animato la *Grande Chambre* in *Zolotukhin*.

Nel dettaglio, poi, il Giudice Pinto travolge criticamente anche i singoli indici – manipolabili *ad libitum* dall'interprete, come dimostrano secondo il giudice gli stessi precedenti nei quali la Corte aveva fatto riferimento al criterio medesimo⁶¹⁶ – utili per verificare la sussistenza della connessione. Secondo quanto si legge nella *dissenting opinion*, infatti, l'argomento del diverso scopo delle due sanzioni (tributario-amministrativa e penali in senso stretto) sarebbe illusorio: entrambe le tipologie

⁶¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, *A e B c. Norvegia*, cit., § 146.

⁶¹³ Cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *A & B v. Norway judgment – separate opinion*, in Corte europea dei diritti dell'uomo, *A e B c. Norvegia*.

⁶¹⁴ F. VIGANÒ, *La Grande Camera di Strasburgo*, cit.

⁶¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *A e B c. Norvegia*, cit., § 79.

⁶¹⁶ *Ibid.*, §§ 42-46.

di sanzioni sono funzionali ad entrambi gli scopi deterrente-compensatorio e punitivo. In particolare, non può dirsi che la sovrattassa del 30% rispetto all'importo evaso opera come compensazione per l'amministrazione finanziaria rispetto ai costi che essa è tenuta a sostenere per gli accertamenti fiscali, altrimenti dovendosi sostenere che sussiste una logica di colpevolezza collettiva per cui l'imposta di base sarebbe chiamata non a sostenere il sistema fiscale nel suo complesso, quanto piuttosto i costi dell'amministrazione per scoprire generalmente i comportamenti infedeli⁶¹⁷.

Ancora, viene altresì palesemente disapprovato l'invito dei giudici di maggioranza a considerare l'esistenza di meccanismi che consentano in ciascun procedimento di tener conto in sede di commisurazione della sanzione, della sanzione eventualmente già inflitta nell'altro parallelo procedimento. Un simile meccanismo, osserva il giudice Punto, pur esistente nella legislazione italiana in materia di abusi di mercato (*ex art. 187-terdecies t.u.f.*), non aveva impedito alla Seconda Sezione di condannare l'Italia per la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, nel caso *Grande Stevens*. Nell'ottica di quella giurisprudenza EDU, infatti – maggiormente in linea con il referente convenzionale delineato da Pinto nel “preambolo” alla sua *dissenting opinion* – il meccanismo di compensazione era stato ritenuto irrilevante ai fini della violazione convenzionale, in quanto l'art. 4 citato non dovrebbe essere diretto a garantire la proporzionalità della sanzione, quanto piuttosto a tutelare il diritto dell'individuo a non essere sottoposto a un doppio procedimento per il medesimo fatto⁶¹⁸.

In ciò si riscontra il significativo rilievo della pronuncia *de qua*: i principi già elaborati dalla Grande Camera in materia di *ne bis in idem* e di doppio binario sanzionatorio nella sentenza *Zolotukhin c. Russia*, non smentiti dalla successiva giurisprudenza di Strasburgo⁶¹⁹, vengono drasticamente ridimensionati. Dunque, «dopo aver certificato la morte» del doppio binario sanzionatorio in *Grande Stevens*, la Corte EDU ora resuscita irragionevolmente tale sistema di cumulo, negando la violazione del divieto di doppio procedimento anche in presenza (come nel caso sottoposto al suo giudizio) di tutti i requisiti che sarebbero stati, per converso, sufficienti – fino al 15 novembre 2016 – a ritenere la risposta sanzionatoria incompatibile con la Convenzione EDU⁶²⁰.

⁶¹⁷ *Ibid.*, §§ 52 e 53.

⁶¹⁸ *Ibid.*, §§ 65 e 66.

⁶¹⁹ Per tutte, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, sentenza 16 giugno 2016, *Igor Taroscu c. Ucraina*, § 27 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, § 219 ss.

⁶²⁰ Cfr. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., sulla *dissenting opinion* del giudice Paulo Pinto de Albuquerque.

5.6 Le prime critiche alla sentenza *A e B c. Norvegia*

Come è stato anticipato, il parametro valutativo della “*sufficient connection in substance and time*” non è andato esente da critiche⁶²¹. È stato efficacemente detto, in argomento che, nonostante «l’impegno profuso sul terreno definitorio dalla Corte europea [il criterio] resta comunque, evanescente e inidoneo ad assicurare effettività al diritto fondamentale protetto dall’art. 4, Prot. n. 7, CEDU»⁶²². Nel dettaglio, la pronuncia in esame non sembrerebbe idonea a garantire l’esigenza di prevedibilità della condotta degli organi pubblici da parte del cittadino, alla cui tutela la garanzia convenzionale dovrebbe essenzialmente essere predisposta.

Innanzitutto, è stata rilevata⁶²³ l’ambiguità sottesa all’indice *sub a)*. Già nel paragrafo precedente si rilevava come la Corte EDU nel caso di specie avesse attribuito sì natura “sostanzialmente penale” alla sanzione amministrativa, ma al tempo stesso le aveva assegnato uno scopo deterrente e compensatorio, diversamente dalla sanzione penale avente finalità schiettamente punitiva. Invero, però, la valutazione sulle finalità della “sovrattassa” finisce per sovrapporsi con quella relativa alla natura della sanzione. «Se si ammette che la sanzione amministrativa presenta uno scopo compensatorio e non punitivo, così da rendere il relativo procedimento complementare a (ossia, un unicum con) quello penale, non si dovrebbe altresì porre in dubbio la sua stessa natura penale e quindi escludere in radice la violazione del *ne bis in idem*?» e, per converso: «se si è qualificata la sanzione amministrativa come sostanzialmente penale, in quanto punitiva, non si dovrebbe, allora, in sede di giudizio di connessione sostanziale e temporale dei procedimenti, riscontrare la presenza di due procedimenti punitivi e pertanto concludere nel senso del *bis in idem*?»⁶²⁴.

L’indice *sub b)*, a meno da non volerlo considerare in concreto, parrebbe ininfluenza⁶²⁵: non si comprende in che misura possano essere imprevedibili le prospettive sanzionatorie, di fronte all’obbligo di conoscenza legale della legge in capo ad ogni cittadino.

Relativamente all’indice *sub c)*, invece, la problematica ruota attorno all’irragionevole conseguenza che da esso deriverebbe se lo si intendesse come possibilità che il processo penale si adegui agli *standard* probatori semplificati propri del procedimento amministrativo⁶²⁶.

⁶²¹ *Ex multis*, A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, n. 3, 1065 ss.; VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit.; P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU*, cit., 7 ss.

⁶²² F. CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, n. 1, 352.

⁶²³ La critica agli indici empirici dettati dall’ultima giurisprudenza EDU è formulata da A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1065 s.

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ *Ibidem*, 1066.

⁶²⁶ *Ibidem*.

Infine, l'indice *sub d)*, facendo riferimento all'esigenza di proporzionalità della sanzione, sembra voler degradare la garanzia di cui all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, nella sua sola dimensione sostanziale. Invero, il principio del *ne bis in idem* – quanto meno alle sue origini – non postula esclusivamente la necessaria unicità della sanzione (*rectius*, di «un'equilibrata reazione sanzionatoria»), quanto piuttosto l'unicità procedimentale: non si spiega, alla luce della pronuncia *de qua*, come si possa tutelare l'individuo anche dal rischio di dover subire due procedimenti aventi ad oggetto lo stesso fatto⁶²⁷.

A tali considerazioni può aggiungersi il rilievo che la sentenza non precisa se tali indici per la configurabilità della connessione sostanziale siano cumulativi, nel senso della loro necessaria sussistenza congiunta, ovvero alternativi⁶²⁸. Invero, è stato efficacemente rilevato⁶²⁹ che l'uso della locuzione «*above all*» prima dell'enunciazione dell'indice *sub d)*, porta a ritenere che sia, quanto meno essenziale, la sussistenza di quel meccanismo compensativo che garantisce la proporzionalità del trattamento sanzionatorio combinato. Peraltro, neanche la successiva giurisprudenza CEDU sul tema⁶³⁰ riuscirà a dissipare la maggior parte dei dubbi esposti.

6. La sentenza *Jóhannesson e a. c. Islanda* del 18 maggio 2017

A qualche mese di distanza dalla pronuncia *A e B c. Norvegia*, la Corte di Strasburgo ritorna sul tema della compatibilità del doppio binario sanzionatorio tributario con il principio convenzionale del *ne bis in idem*. Il caso *Jóhannesson e a. c. Islanda* del 18 maggio 2017 offre, dunque, ai Giudici della Convenzione il destro per pronunciare la prima sentenza *in subiecta* materia dopo il c.d. “*revirement*” del 2016.

Come era prevedibile, il Giudice EDU ripropone il “*test*” della «*close connection in substance and time*». Ma, non altrettanto prevedibilmente, l'esito della sua applicazione si presta ad esiti diametralmente opposti a quelli raggiunti nel novembre precedente. Infatti, se nel caso *A e B* la sussistenza della connessione sostanziale e temporale aveva indotto la Grande Camera ad escludere

⁶²⁷ Cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1066.

⁶²⁸ Come rileva, peraltro, in modo dubitativo, S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.*, cit., secondo cui, «fermo il fatto che non sembra che si tratti di parametri cumulativi, rimane però oscuro se la mancanza di uno solo di essi basti per escludere la *close connection*».

⁶²⁹ *Ex multis*, P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU*, cit., 7.

⁶³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, sent. 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, ric. 22007/11, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*.

la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, viceversa, nella vicenda *Jóhannesson e a. c. Islanda*, proprio l'assenza di quegli indici evocati a Strasburgo, inducevano la Prima Sezione a ritenere violata la garanzia convenzionale *de qua*.

Nel caso di specie, i ricorrenti lamentavano la violazione del *ne bis in idem* convenzionale ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU, per aver subito delle condanne penali dopo essere stati sanzionati per lo stesso fatto dall'amministrazione fiscale in via definitiva. Nel dettaglio, i ricorrenti sostenevano di essere stati sanzionati in via amministrativa nel 2004 e nel 2005, con sovrattasse pari al 25% dei tributi evasi, per aver omesso di denunciare determinate voci di reddito negli anni fiscali precedenti. In particolare, le sanzioni applicate dall'amministrazione fiscale erano diventate definitive all'inizio del 2008.

Invero, già nel 2004 l'amministrazione fiscale denunciava i ricorrenti alla polizia islandese specializzata in frodi tributarie. Quest'ultima, tuttavia, li interrogava per la prima volta solo nel 2006 e, invece, li rinviava a giudizio per vari reati fiscali nel dicembre 2008.

Nel 2010, a dar ragione alle doglianze dei ricorrenti eccepite già dinanzi alla giurisprudenza interna, arrivava una pronuncia della Corte distrettuale di Reykjavik, che emetteva sentenza di non doversi procedere nei loro confronti in applicazione dell'art. 4, Prot. n. 7 CEDU, ritenendo la sussistenza di un *idem* delle condotte per le quali i ricorrenti erano già stati sanzionati, con procedimento di natura sostanzialmente penale e in via definitiva dall'amministrazione tributaria. Tuttavia, la decisione veniva impugnata dalla pubblica accusa, e nel settembre 2010 la Corte Suprema islandese accoglieva il ricorso ordinando di conseguenza alla Corte distrettuale di esaminare il merito delle accuse. Dunque, nel dicembre 2011, la Corte distrettuale riconosceva la responsabilità penale dei due imputati, sospendendo però per un anno la determinazione della pena relativa in considerazione dell'eccessiva lunghezza del processo, nonché dell'irrogazione pre-sofferta della sovrattassa del 25%.

La lunghezza del processo e le sovrattasse già irrogate nel procedimento amministrativo venivano, poi, tenute conto anche dalla Corte Suprema che, nel febbraio 2013 confermava le condanne e determinava la pena a carico degli imputati. A quel punto, ritenendo ancora violato il proprio diritto al *ne bis in idem* ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU, i condannati si rivolgevano direttamente alla Corte della Convenzione.

Nella valutazione del caso concreto, la Prima Sezione della Corte EDU riconosce anzitutto natura sostanzialmente penale alla sanzione amministrativa e, in secondo luogo, sussistente anche il requisito dell'*idem factum*: i fatti per i quali l'amministrazione tributaria aveva irrogato la

sovrattassa erano gli stessi per i quali i ricorrenti erano stati poi processati, e condannati, nel procedimento penale.

Anche in questo caso, invero, il contrasto verteva sulla possibilità di ritenere i due procedimenti (tributario e penale) come parti di un unico procedimento sanzionatorio integrato e, dunque, di ravvisare tra di essi quella “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” che aveva permesso di escludere la violazione della garanzia convenzionale in *A e B c. Norvegia*.

In relazione al profilo “sostanziale” della connessione, il Giudice di Strasburgo riconosce, in primo luogo, la complementarità degli scopi dei procedimenti e delle sanzioni; in secondo luogo, riscontra anche la prevedibilità per i ricorrenti della possibilità di incorrere in una doppia imposizione sulla base della legislazione vigente all’epoca dei fatti⁶³¹. Infine, la Corte sottolinea che la Suprema istanza islandese, nella commisurazione della pena, aveva in effetti tenuto in debito conto non solo dell’avvenuta irrogazione delle sovrattasse da parte dell’amministrazione tributaria, ma anche dell’eccessiva durata del procedimento⁶³².

Ciò, tuttavia, non sembra abbastanza per ritenere esclusa la violazione del *ne bis in idem* convenzionale. Infatti, la Corte riscontra come l’indagine della polizia islandese fosse proceduta in modo indipendente dalla verifica fiscale, dunque comportando una duplicazione della raccolta e della valutazione delle prove.

E, in aggiunta, in relazione al profilo “temporale”, la Prima Sezione osserva come i due procedimenti abbiano coperto (dall’inizio dell’indagine tributaria alla pronuncia penale definitiva) uno spazio di oltre nove anni, procedendo in parallelo solo per un breve periodo, di poco più di un anno.

Sulla base, dunque, della limitata sovrapposizione nel tempo dei due procedimenti e dell’indipendenza nella raccolta e valutazione delle prove negli stessi, la Corte desume non potersi riscontrare quella “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” necessaria per legittimare a livello convenzionale il doppio binario sanzionatorio⁶³³. Dunque, in questo caso, sussiste la violazione dell’art. 4, Prot. n. 7, CEDU.

Sarebbe forse eccessivo ritenere che la pronuncia possa offrire all’interprete dei chiarimenti esaustivi per orientarsi dinanzi ai sistemi normativi di cumulo sanzionatorio. È innegabile, tuttavia, che pure il caso *Jóhannesson* possa offrire alcune indicazioni comunque utili.

⁶³¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, cit., § 51.

⁶³² *Ibid.*, § 52.

⁶³³ *Ibid.*, § 55.

Invero, la pronuncia sicuramente risolve il dubbio, avanzato dalla dottrina⁶³⁴, relativo alla possibilità di considerare gli indici empirici elaborati in *A e B c. Norvegia* come cumulativi o, viceversa, alternativi. Sembra, infatti, che «nessuno di essi rivesta un ruolo prevalente, nel senso che ciascuno di essi deve essere soddisfatto affinché il test della sufficiente connessione dia esito positivo»⁶³⁵. O, per dirlo in altri termini: se anche uno solo di tali indici manca, la garanzia convenzionale deve ritenersi violata.

La seconda indicazione è relativa all'oggetto del *test*. Lo stesso, infatti, ha riguardato esclusivamente il concreto svolgersi dei procedimenti⁶³⁶. Nessuna valutazione, dunque, dovrebbe essere fatta in merito al quadro normativo di riferimento che regola i procedimenti medesimi e le loro eventuali connessioni⁶³⁷.

Tuttavia, argomentando sul caso, è stato paventato che riconoscere la centralità della connessione temporale dei procedimenti, come indice per escludere la violazione della garanzia convenzionale, potrebbe impropriamente rendere il *ne bis in idem* come un semplice «rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che “sopravvive” alla definizione del primo»⁶³⁸.

A margine, è utile rilevare che, neanche la sentenza della Corte EDU *Simkus c. Lituania* del 13 giugno 2017 fugge i dubbi che ruotano attorno alla criteriologia della “*sufficiently close connection*”. La pronuncia di Strasburgo, questa volta, neppure prende in esame il requisito *de quo*⁶³⁹.

Nel caso di specie, il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU per essere stato sottoposto ad un procedimento penale per alcune condotte di “*holiganismo*” in seguito all'irrogazione, per gli stessi fatti, di una sanzione amministrativa definitiva. La Corte EDU, in questo caso, ravvisava la violazione della garanzia del *ne bis in idem* esclusivamente sulla base della sua giurisprudenza *ante-A e B c. Norvegia*: la sanzione amministrativa doveva ritenersi sostanzialmente penale e i fatti oggetto dei procedimenti sostanzialmente gli stessi, tanto è di nuovo sufficiente per riscontrare la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU.

⁶³⁴ V. *supra* § 5.6.

⁶³⁵ Così, A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1070; in senso analogo, ID., *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie*, cit., 85.

⁶³⁶ *Ibidem*; in senso analogo, F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, cit.

⁶³⁷ In senso critico in relazione all'opzione della Corte EDU, F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit.

⁶³⁸ *Ibidem*.

⁶³⁹ Così, A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1070 s.

7. La metamorfosi del principio del *ne bis in idem*: da garanzia processuale a garanzia sostanziale?

All'indomani della sentenza *Grande Stevens*, i portati della giurisprudenza di Strasburgo apparivano chiari: in presenza di due procedimenti "sostanzialmente" penali, chiuso in via definitiva il primo, la pendenza del secondo, avente ad oggetto gli stessi fatti, lede la garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU. Ciò che la Corte EDU voleva impedire, dunque, era essenzialmente il cumulo procedimentale: nei suoi originari sviluppi, essa ha inteso il divieto di *bis in idem* come "divieto di doppio processo", privilegiando – dunque – il profilo eminentemente processuale della garanzia.

Si intuisce, dunque, perché le voci che si sono espresse in seguito alla pronuncia *A e B c. Norvegia* abbiano usato termini severi quali "*revirement*" o "sviamento" per indicare l'ultimo portato di Strasburgo: non viola la garanzia convenzionale la celebrazione di un processo penale nei confronti dello stesso soggetto già sanzionato in via definitiva per il medesimo fatto dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa riconducibile alla materia penale, purché tra i due procedimenti esista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.

Legare, poi, il riscontro del nesso sostanziale alla complessiva proporzionalità del cumulo sanzionatorio – *sub*-criterio principe anche sulla base dell'utilizzo dell'espressione «*above all*» per introdurlo⁶⁴⁰ – ha giustamente indotto a rilevare una vera e propria metamorfosi del principio *de quo*⁶⁴¹: da garanzia essenzialmente processuale, finalizzata a tutelare l'individuo dalla duplicazione di procedimenti rispetto ad un medesimo fatto – a prescindere dall'entità della concreta risposta sanzionatoria – a garanzia sostanziale che, invece, permette il doppio processo, ma vieta (*rectius*: "tempera") la doppia sanzione.

Invero, la predetta trasformazione anzitutto non deve essere esasperata e, in secondo luogo, necessita di alcune precisazioni. La pronuncia *A e B c. Norvegia*, infatti, se sicuramente valorizza il profilo sostanziale del *ne bis in idem*, non oblitera definitivamente la sua dimensione processuale: il divieto di doppio processo, insomma, è solamente ridimensionato, ammettendosi la duplicazione procedimentale ma solo al ricorrere di determinate condizioni.

È stato, inoltre, rilevato che ciò che cambia con il *revirement* è l'interpretazione della garanzia convenzionale nello specifico ambito del doppio binario sanzionatorio (che infatti valorizza il

⁶⁴⁰ Cfr. A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, cit., 90.

⁶⁴¹ In argomento, A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1073; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 335 ss.; A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, n. 4, 537 ss.

profilo sostanziale della garanzia), mentre l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU resta pur sempre espressione di un principio di natura processuale, come pare evidente dalla stessa *littera legis*: “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*”⁶⁴². In altri termini, è stato pure rilevato che «il ne bis in idem europeo non può di certo fungere da garanzia a che un fatto illecito penalmente rilevante venga sempre punito con una reazione sanzionatoria multipla ma complessivamente proporzionata anche all'interno di un unico procedimento»⁶⁴³.

La stessa dottrina⁶⁴⁴, peraltro, rileva come in realtà, anche dietro la “prima” giurisprudenza di Strasburgo sui sistemi di doppio binario sanzionatorio vi siano sempre state istanze di “proporzione”, tuttavia di per sé difficilmente tematizzabili e, perciò, “trasfigurate” come assunti di *ne bis in idem* processuale. Così che, la recente metamorfosi del principio non è altro se non una “verità” di cui il Giudice EDU è sempre stato consapevole, ma che decide di rivelare solo dopo le dimostrate resistenze degli Stati contraenti e i paventati rischi di incorrere in interpretazioni sfrenate del divieto di doppio processo.

Anzitutto, è necessario muovere dal presupposto che il legislatore – nell'esercizio del suo monopolio – non è libero di compiere scelte *ad libitum*: egli soggiace ad esigenze di ragionevolezza e proporzionalità⁶⁴⁵. Al giudizio di ragionevolezza e proporzionalità, ovviamente, neanche i sistemi di doppio binario potevano sottrarsi e, come di solito avviene, una delle sedi in cui i caratteri irrazionali degli ordinamenti interni vengono sanati è, ovviamente, Strasburgo. Proprio nelle esasperate tendenze repressive – di punizione qualunque sia il costo in termini di diritti fondamentali – che caratterizzano i sistemi di cumulo, che la Corte EDU ravvisava un eccesso sanzionatorio, ossia «un profilo di irragionevolezza sul piano della necessaria proporzione tra illecito e sanzione»⁶⁴⁶.

Era necessario, dunque, ricondurre la potestà legislativa statale negli argini della proporzionalità sanzionatoria, ma lo strumento della proporzionalità risultava inadeguato, il criterio di giudizio era troppo evanescente. Un principio, tuttavia, che presentava una potenziale attitudine in tal senso esisteva, ed era la garanzia del *ne bis in idem* ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU, agevolmente «attivabile grazie alla fisiologica duplicità procedimentale e previo riconoscimento della natura punitiva della sanzione amministrativa»⁶⁴⁷. Dunque, il Giudice EDU decideva di sfruttare la portata processuale

⁶⁴² A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 535.

⁶⁴³ Così, A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, n. 2, 535.

⁶⁴⁴ A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1073 ss.

⁶⁴⁵ A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 529.

⁶⁴⁶ A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1076.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

della garanzia per giungere a razionalizzare i sistemi di cumulo. Ma l'asserita violazione del profilo processuale del *ne bis in idem* da parte dei doppi binari sanzionatori avrebbe avuto una portata dirompente, tale da travolgere potenzialmente interi ambiti normativi: «così congegnato, l'assalto ai sistemi sanzionatori a doppio binario non conosce resistenza, non seleziona, non filtra; come una slavina, travolge tutto ciò che incontra sul suo cammino»⁶⁴⁸. Il rischio, a questo punto, era quello – altrettanto pericoloso – di giungere ad un'evoluzione incontrollata del principio, nel senso di ritenerlo capace di garantire che un illecito penale fosse punito sempre con una sola sanzione, anche all'interno di un unico procedimento.

Tale consapevolezza, unita – come si è anticipato – alle resistenze degli Stati contraenti, portava la Corte di Strasburgo, in *A e B c. Norvegia*, a svelare le carte: il vero problema dei *double track system*, piuttosto che la duplicità procedimentale, è la loro “sproporzione”. Il carattere proporzionato della complessiva risposta sanzionatoria, così, si fa indice di legittimità convenzionale del doppio binario, mentre il *ne bis in idem* processuale, originariamente sfruttato per istanze di ragionevolezza, viene ora arricchito di valutazioni che, invero, non gli sono proprie: i parametri di ragionevolezza, proporzione, prevedibilità non sono istanze proprie del divieto di doppio processo, per cui basta – essenzialmente – che, in concreto, un doppio procedimento avente natura penale non vi sia.

Insomma, piuttosto che una garanzia convenzionale ad originaria vocazione processuale che si trasforma in garanzia sostanziale, dovrebbe rilevarsi che non vi è un *ne bis in idem* di prima e di seconda generazione, ma in realtà un *ne bis in idem* usato in maniera ancillare per garantire il principio di proporzionalità formale, non essendo estranee istanze di tal genere al principio *de quo* – quantomeno in relazione al suo profilo sostanziale, teso ad evitare una doppia sanzione o al più, appunto, la sua sproporzione.

L'evidenza, potrebbe dirsi, si rinviene peraltro nelle diverse *rationes* in gioco: se il *ne bis in idem* sostanziale è una garanzia di carattere prettamente individuale, diversamente, la sua dimensione processuale ha sì, una *ratio* composita – istituzionale e personalistica ad un tempo⁶⁴⁹ – ma in cui la ragion di Stato (di garantire le esigenze di certezza, economia e non contraddittorietà degli accertamenti giudiziali definitivi) pare avere prevalenza su quella individuale. È, dunque, più che lecito ritenere che una Corte come quella di Strasburgo (dei Diritti dell'Uomo, per l'appunto) di certo intenda occuparsi della tutela di una garanzia di carattere individuale, ispirata da ragioni di equità, piuttosto che di una garanzia di portata prevalentemente “istituzionale”.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 535. Sul tema, si rinvia al § 8.1 del Capitolo I.

8. La giurisprudenza italiana *post-A e B c. Norvegia*

I principi affermati nella sentenza *A e B c. Norvegia*, per quanto enunciati nell'ambito di una vicenda processuale concernente la materia dei reati fiscali, presentano una ben più ampia rilevanza interpretativa, capace di investire – in punto di delimitazione del *ne bis in idem* convenzionale – tutti i settori nazionali impostati su sistemi di doppio binario sanzionatorio, penale e amministrativo. Tra di essi, per quanto ci interessa, il complesso normativo degli abusi di mercato⁶⁵⁰.

8.1 Il Tribunale di Milano⁶⁵¹ applica il *test* della “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” alla materia degli abusi di mercato

In materia di abusi di mercato, per l'appunto, già nel dicembre del 2016, la nostra giurisprudenza si conformava al nuovo *dictum* di Strasburgo. In particolare, la prima decisione che ha richiamato la pronuncia della Grande Camera si deve al Tribunale di Milano che sottoponeva al vaglio il sistema, appunto, dei *market abuse*, esitando una pronuncia di piena compatibilità con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem*.

Il procedimento penale aveva ad oggetto il delitto di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.f.). I tre imputati eccepivano che, per i medesimi fatti, erano già stati condannati dalla Consob alla sanzione amministrativa pecuniaria (*ex art. 187-ter*, comma 3, lett. a) e b), t.u.f.), nonché alla sanzione accessoria (*ex art. 187-quater*, comma 1, t.u.f.). Nella specie, per due dei tre imputati la sanzione era divenuta definitiva a seguito del rigetto dell'opposizione da parte della Corte d'Appello di Roma e del mancato esperimento del ricorso per cassazione; invece, per l'ultimo imputato, la sanzione era ancora sottoposta al vaglio della Suprema Corte.

Edotte dall'insegnamento dell'*Affaire Grande Stevens*, le difese degli imputati invitavano il Tribunale di Milano a pronunciarsi circa la violazione del divieto convenzionale di *bis in idem* e, di conseguenza, ad adottare una sentenza predibattimentale di improcedibilità *ex art. 649 c.p.p.* Altrimenti e, in subordine, a proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia allo scopo di

⁶⁵⁰ Cfr. P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU*, cit., 7; E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 374 s.

⁶⁵¹ Trib. Milano, Sez. I, Penale, ord. 6 dicembre 2016, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016, con nota di E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*.

valutare la compatibilità del sistema sanzionatorio in materia di manipolazione del mercato con l'art. 50 CDFUE.

Tuttavia, il Giudice milanese, in seguito ad una puntuale ricostruzione dell'evoluzione delle diverse fonti normative europee in materia di *market abuse*, escludeva la violazione della garanzia. Infatti – con ordinanza del 6 dicembre 2016 – il foro ambrosiano rigettava le istanze della difesa, ritenendo che l'assetto normativo vigente in materia di manipolazione del mercato consentisse di individuare gli estremi di quella connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta delineata nella sentenza *A e B c. Norvegia*.

In primo luogo, il Tribunale afferma la sussistenza della connessione sostanziale, stante la ricorrenza degli indici sintomatici elaborati dai giudici di Strasburgo:

- a) non sembrano esservi dubbi circa la prevedibilità, per l'autore della condotta, della duplicazione dei procedimenti, tenuto conto che si tratta di una conseguenza legislativamente prevista;
- b) evidente pare anche l'interazione tra procedimento penale e procedimento amministrativo. Infatti, i risultati dell'esercizio dei poteri istruttori riconosciuti alla Consob *ex art. 187-octies* t.u.f. possono entrare nel procedimento penale ed essere valutati ai fini decisori. Nella fase preliminare dei procedimenti, invece, è l'art. 187-*decies* t.u.f. a garantire l'interazione tra le autorità procedimenti, in quanto esso disciplina il costante flusso informativo tra la Consob e la Procura della Repubblica. Peraltro, anche durante la fase dibattimentale del processo penale la connessione persiste: da un lato, infatti, le relazioni ispettive dei funzionari della Consob sono utilizzabili ai fini di prova quanto al rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari⁶⁵²; dall'altro, gli esiti dell'istruttoria dibattimentale potranno essere valorizzati nel corso del procedimento di cui all'art. 187-*septies* t.u.f.;
- c) infine, sussiste anche un altro degli elementi sintomatici indicati dalla Corte EDU: ossia, la considerazione della sanzione inflitta nel procedimento che per primo giunge a conclusione, nell'applicazione della seconda sanzione. Correttamente, il riferimento del Tribunale va all'art. 187-*terdecies* ossia quel meccanismo che, in materia di *market abuse*, assicura la complessiva proporzionalità – quanto meno della pena pecuniaria – inflitta all'esito dei due distinti procedimenti. Nel dettaglio, la norma *de qua* già prima dell'intervento del legislatore del 2017 in materia assicurava lo scomputo, dalla pena pecuniaria irrogata dal giudice penale, della somma già inflitta a titolo di sanzione amministrativa.

⁶⁵² Cfr. Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2012, n. 4324; Cass. pen., Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 14759.

In secondo luogo, l'ordinanza in commento ritiene altresì sussistente la connessione temporale tra i procedimenti, richiamando quanto richiesto dalla Grande Camera nell'arresto del 2016, ossia la non necessità di una conduzione simultanea dei procedimenti, ma comunque tale da non arrecare un pregiudizio sproporzionato al soggetto che vi è sottoposto.

In argomento, tuttavia, è stato giustamente osservato⁶⁵³, che il Tribunale di Milano invero non ha tenuto conto di tutti gli indici dettati dalla giurisprudenza EDU: soprattutto alla luce dell'arresto *Jóhannesson e a. c. Islanda*, sembra che tali indicatori vadano considerati come cumulativi e non alternativi, nel senso che essi vanno singolarmente valutati, e ritenuti sussistenti, per escludere legittimamente la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU. Per converso, il Tribunale di Milano, anzitutto non ha svolto la verifica rispetto al primo indice, ossia quello della difformità degli scopi perseguiti dai procedimenti. Peraltro, un'analisi in tal senso avrebbe potuto condurre ad individuare la sussistenza di diversi aspetti della medesima condotta antisociale e, dunque, una differente finalizzazione dei procedimenti medesimi, a conferma della loro complementarità. Si pensi, ad esempio, al semplice rilievo della non perfetta coincidenza delle condotte manipolative descritte dagli artt. 185 e 187-ter t.u.f., che permettono di distinguere le condotte illecite sulla base della nota della *price sensitivity*, ricorrente solo nel primo caso, ossia nella fattispecie penale⁶⁵⁴.

In aggiunta, criticabile è pure il riscontro nel caso concreto della complessiva proporzionalità sanzionatoria. Posta l'esistenza nel sistema normativo in materia di *market abuse* di un meccanismo a ciò finalizzato, è altrettanto innegabile che la sua efficacia sia essenzialmente "parziale"⁶⁵⁵: il meccanismo compensativo, infatti, opera solo nei confronti delle sanzioni pecuniarie.

8.2 La Terza Sezione della Cassazione affronta il *test* in materia fiscale

Se la resistenza al requisito della «*sufficiently close connection in substance and time*» del doppio binario sanzionatorio in materia di *market abuse* era già stata vagliata dal Tribunale di Milano, diversamente, fino al settembre 2017, la materia fiscale scontava la mancanza di precedenti

⁶⁵³ In tal senso, A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie*, cit., 86 s.

⁶⁵⁴ A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie*, cit., 86 s., testualmente, l'Autore: «Tali profili differenziali, peraltro, potevano essere dedotti dalla non perfetta specularità delle condotte manipolative integranti l'illecito penale e quello amministrativo, dovuta alla richiesta della c.d. *price sensitivity* della condotta (id est, la concreta idoneità a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari) sono nel primo, in tal modo caratterizzato sul piano offensivistico in termini più gravi, quale reato di pericolo concreto».

⁶⁵⁵ *Ibidem*, 87.

giurisprudenziali interni. Tale assenza, tuttavia, viene colmata con una sentenza della Terza sezione della Corte di Cassazione⁶⁵⁶, quando, appunto, Giudice di legittimità si pronuncia sull'argomento.

Il caso vedeva un imprenditore individuale, indagato per i delitti di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2, d.lgs. 74/2000) ed emissione di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8). Il ricorrente veniva dapprima colpito da una sanzione amministrativa irrogata dall'Agenzia delle Entrate (pari a circa 4,3 milioni di euro), non oggetto di contestazione e quindi definitiva; e, successivamente, in sede penale, per il medesimo fatto, subiva altresì la condanna alla pena di due anni e otto mesi di reclusione. Giunto all'ultimo grado di giudizio, l'imprenditore lamentava la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU davanti alla Suprema Corte di cassazione.

L'effetto delle numerose pronunce del Giudice della Convenzione⁶⁵⁷ che, dopo l'*Affaire Grande Stevens*, avevano interessato la materia fiscale era stato quello di far dubitare – dottrina e giurisprudenza domestica – anche sull'assetto del sistema sanzionatorio tributario nazionale.

Invero, dinanzi a tali pressioni, la giurisprudenza di legittimità aveva tenacemente resistito alle richieste di estensione degli effetti della giurisprudenza EDU all'area delle violazioni fiscali⁶⁵⁸ sulla base di argomentazioni che, alla luce delle voci provenienti da Strasburgo, non risultavano essere particolarmente convincenti⁶⁵⁹.

Il richiamo, in particolare, va ad alcune sentenze della Suprema Corte già oggetto d'analisi. In via d'esempio, in un caso di omesso versamento delle ritenute, la Corte di cassazione aveva negato, anzitutto, natura penale alla sanzione amministrativa irrogata nell'omonimo procedimento. E, inoltre, aveva escluso la ricorrenza nei due procedimenti penale e amministrativo dello stesso fatto, sulla base dell'assenza di una relazione di specialità tra le due fattispecie contestate, dimostrando, dunque, di porre alla base del proprio ragionamento il criterio dell'*idem legale*⁶⁶⁰. Invero, quanto meno fino all'arresto del novembre 2016, gli argomenti spesi dal Giudice di legittimità parevano tutt'altro che in linea con le indicazioni provenienti da Strasburgo.

Ebbene, con l'inversione di rotta conseguita al caso *A e B*, dunque, era necessario che anche il Giudice di legittimità valutasse la sussistenza o meno della violazione del *ne bis in idem* convenzionale alla luce del requisito della "sufficiente connessione sostanziale e temporale". In

⁶⁵⁶ Cass., Sez. III, 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6693, Pres. CAVALLO, Rel. GAL, in *Dejure*.

⁶⁵⁷ Tra le principali, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nykänen c. Finlandia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lucky Dev c. Svezia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kiiveri c. Finlandia*, cit.

⁶⁵⁸ Cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, n. 3, 270.

⁶⁵⁹ In termini maggiormente approfonditi si v. §§ 4 ss. del presente Capitolo.

⁶⁶⁰ Cfr., per tutte, Cass. pen., Sez. III, n. 20266, cit.

concreto, la Corte di Cassazione offre il sistema sanzionatorio tributario al *test*, tuttavia, focalizzando l'attenzione esclusivamente sullo sviluppo temporale dei due procedimenti, in conclusione ritenendo che nel caso in esame sussiste «quella stretta connessione temporale tra i due procedimenti che costituisce l'elemento per ritenere che le due sanzioni irrogate possano essere considerate quali parti di un unico sistema sanzionatorio adottato da uno Stato per sanzionare la commissione di un fatto illecito». Per converso, il profilo sostanziale della connessione, ed i relativi indici sintomatici elaborati dalla Corte della Convenzione, pure evocati dalla Suprema Corte nella ricostruzione della giurisprudenza EDU, non venivano affatto esaminati⁶⁶¹.

In argomento, si è più volte ricordato che la decisione *Jóhannesson e a. c. Islanda*, seppure non aveva dissipato i dubbi generati dal concreto contenuto del *test*, aveva però reso evidente che ciascuno degli indicatori enunciati avrebbe dovuto essere ritenuto soddisfatto per ritenere sussistente la connessione e, di conseguenza, insussistente della violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU. Al contrario, il Giudice di legittimità sembra essersi orientato sulla regola opposta, secondo cui sarebbe sufficiente il riscontro anche di un solo profilo di connessione – nella specie, quello cronologico – perché il *test* abbia un esito positivo.

Dinanzi a tale approccio, dunque, sembra sempre più incombente il rischio di rendere il *ne bis in idem* «un improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che “sopravvive” alla definizione del primo»⁶⁶² e, dunque, anche quello di trasfigurare completamente la portata del *ne bis in idem* alla luce di esigenze di razionalizzazione degli apparati sanzionatori e di proporzionalità della sanzione complessivamente intesa a dispetto, invece, dei profili individuali di tutela.

8.3 La sentenza n. 43 del 2018⁶⁶³: la risposta della Consulta all'incidente di costituzionalità del Tribunale di Monza

Come era prevedibile, il tema della compatibilità – *post-A e B* – dei sistemi di doppio binario sanzionatorio italiani con la garanzia convenzionale, non è sfuggito neppure al sindacato della Corte costituzionale. In particolare, con la recente sentenza n. 43 del 2 marzo 2018, il Giudice delle leggi – sollecitato da un incidente di costituzionalità sollevato dal Tribunale di Monza⁶⁶⁴ – si è

⁶⁶¹ Cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie*, cit., 272 s.

⁶⁶² Così, F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit.

⁶⁶³ C. cost., 2 marzo 2018, n. 43 – Pres. e red. LATTANZI, in *Giur. cost.*, 2018, Vol. 73, Fasc. 2, 510 ss., con commento di A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*.

⁶⁶⁴ Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016, cit.

pronunciato sul *double track system* in materia tributaria, restituendo, tuttavia, gli atti al giudice rimettente.

Incisivamente, è stato rilevato che la pronuncia della Consulta affida al giudice *a quo* qualcosa in più rispetto a quanto, generalmente, tramandano le decisioni di restituzione degli atti *per ius superveniens*: la Corte costituzionale indica al rimettente la strada da seguire nella nuova valutazione sulla rilevanza della questione avendo, correttamente, colto l'essenza metamorfosi del principio del *ne bis in idem* esitata dalla giurisprudenza EDU⁶⁶⁵.

Il Giudice di Monza aveva proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. – e l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, quale parametro interposto – «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli»⁶⁶⁶.

Invero, è indispensabile precisare che l'ordinanza di rimessione del giudice di merito risale ad un momento anteriore alla pronuncia della *Grande Chambre* di Strasburgo. Un momento, dunque, in cui il fermento della giurisprudenza e della dottrina nostrana pareva più che giustificato, in virtù di episodi – analoghi alla vicenda in commento – in cui la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU appariva manifesta, alla luce della “giurisprudenza *Grande Stevens*”⁶⁶⁷.

Veniamo, dunque, anzitutto ai fatti che hanno esitato l'incidente di costituzionalità⁶⁶⁸. Il giudice *a quo*, in particolare, si trovava a giudicare il titolare di una ditta individuale, imputato del reato previsto dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (omessa dichiarazione), per non aver presentato la dichiarazione dell'anno 2008 riguardante l'imposta sul reddito delle persone fisiche e l'imposta sul valore aggiunto, al fine di evadere tali imposte, per un importo superiore alla soglia di punibilità. La medesima omissione, peraltro, costituisce illecito tributario, essendo sanzionata ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, del d.lgs. n. 471 del 1997. In argomento, infatti, il Tribunale rilevava come a carico dello stesso imputato, per la medesima annualità e per le medesime imposte, fossero già state irrogate sanzioni amministrative definitive, pari al 120% dei tributi non

⁶⁶⁵ Cfr. A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi*, cit., 530.

⁶⁶⁶ La questione, nei medesimi termini, era già stata presentata da Cass. pen., Sez. V, ord. 10 novembre 2014, ma dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (sent. n. 102 del 2016, cit.).

⁶⁶⁷ Efficacemente, in argomento è stato detto che «la stratificazione della giurisprudenza di Strasburgo sul doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo [ante-A e B c. Norvegia] trasmetteva l'idea di una sorta di automatismo circa gli esiti del giudizio», così A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi*, cit., 531.

⁶⁶⁸ Per una puntuale ricostruzione, si v. S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.*, cit.

corrisposti. Non rilevando, inoltre, secondo il rimettente (cui si conformerà sul punto la Corte costituzionale), la mancanza di prova dell'avvenuto pagamento della sanzione, quanto esclusivamente la definitività della stessa su cui, nel caso specifico, non poteva dubitarsi, visto che non erano stati esperiti ricorsi contro l'avviso di accertamento.

Dopo una puntuale ricostruzione dei precedenti della Corte EDU sul tema, il Tribunale ravvisava, nel caso di specie, una violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, in quanto il procedimento era stato instaurato:

- a) nonostante l'avvenuta definizione di un precedente giudizio (formalmente amministrativo, ma) sostanzialmente penale. In particolare, il rimettente faceva riferimento alla copiosa giurisprudenza di Strasburgo che ha da tempo ricompreso nel concetto di *matière pénale* anche le c.d. "sovrattasse"⁶⁶⁹: sul punto, qualora «si imponga al contribuente non solo il pagamento della somma evasa (in termini restitutori-compensativi) bensì (anche) un *quid pluris*», la sanzione formalmente amministrativa «acquista in ragione di tale *quid pluris*, funzione deterrente e retributiva e, per tale ragione, costituisce in sostanza una "pena"»;
- b) nei confronti del medesimo soggetto: il Tribunale, sul punto, rilevava come la vicenda in esame non presentasse particolari problematiche, riguardando entrambi i procedimenti il medesimo soggetto persona fisica, titolare della ditta individuale⁶⁷⁰;
- c) per i medesimi fatti già decisi nel primo procedimento: secondo l'insegnamento della celebre sentenza *Zolotukhin* per cui rileverebbe solo l'*idem factum* e non anche l'*idem legale*, nel caso concreto il rimettente riteneva coincidenti anche i fatti oggetto dei distinti procedimenti, riguardati nella loro dimensione storico-naturalistica, vertendo entrambi i giudizi «pur sempre [sul]l'omissione dichiarativa concernente le medesime imposte».

Ritenendo così accertata la violazione della garanzia convenzionale, parte dell'ordinanza di rimessione veniva dedicata alla dimostrazione dell'assenza, nel nostro ordinamento giuridico, di strumenti idonei ad evitare l'aggravamento del pregiudizio, oramai, derivato all'imputato. In particolare, l'attenzione ricadeva sugli articoli 19 (Principio di specialità)⁶⁷¹, 20 (Rapporti tra

⁶⁶⁹ Il Tribunale ricorda come i giudici di Strasburgo abbiano riconosciuto, sin dalla sentenza *Jussila c. Finlandia*, la natura penale delle c.d. sovrattasse «anche a fronte di importi modesti; emblematico in tal senso [anche], il recente caso *Nykänen c. Finlandia*».

⁶⁷⁰ Nella maggioranza dei casi, invece, il precedente giudizio tributario riguarda un diverso soggetto persona giuridica, trattandosi solitamente di procedimenti instaurati a carico di società, titolari in quanto tali delle relative posizioni passive nei confronti dell'Erario; diversamente, il successivo giudizio penale di solito vede imputato il soggetto persona fisica, rappresentante legale dell'ente. Si noti che, proprio in un caso simile a queste ipotesi, la Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, sentenza 20 maggio 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, cit., § 51 (richiamata anche dal giudice *a quo*) ha negato l'identità dei soggetti destinatari rispettivamente delle sanzioni amministrative e di quelle penali.

⁶⁷¹ A mente del primo comma: «Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del Titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale».

procedimento penale e processo tributario)⁶⁷² e 21 (Sanzioni amministrative per le violazioni ritenute penalmente rilevanti)⁶⁷³ d.lgs. 74/2000, che, a giudizio del rimettente, permettono di prevenire esclusivamente «sul piano sostanziale, la duplicazione delle sanzioni», senza impedire l'avvio del procedimento penale nonostante l'irrogazione della sanzione tributaria.

Nel dettaglio, l'art. 19 stabilisce che, quando il medesimo fatto è punito come reato (dal titolo II del d.lgs. n. 74/2000) e, allo stesso tempo, come illecito amministrativo, deve essere applicata la sola disposizione speciale che, nel caso oggetto del processo, è quella penale. Tuttavia, l'art. 20 impedisce che il procedimento amministrativo sia sospeso per la pendenza del procedimento penale, non evitando, dunque, l'avvio di un secondo procedimento per il medesimo fatto. Anzi, la sanzione amministrativa è in ogni caso applicata – ex art. 21 – tuttavia, potendo essere eseguita solo se il procedimento penale venga definitivo con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che escluda la rilevanza penale del fatto.

Le disposizioni, dunque, eviterebbero unicamente il cumulo di sanzioni penali e amministrative, ma non impedirebbero anche l'instaurazione per gli stessi fatti di due distinti procedimenti. O, detto in altri termini: le due norme assicurerebbero il solo *ne bis in idem* sostanziale e non quello, invece, parimenti tutelato dalla Convenzione europea, di matrice processuale⁶⁷⁴.

Come più volte la dottrina aveva rilevato, anche secondo il giudice *a quo*, la soluzione alla violazione della garanzia convenzionale non poteva ricavarsi da un'interpretazione convenzionalmente conforme o da un'applicazione in via analogica dell'art. 649 c.p.p.⁶⁷⁵ che, pur vietando un secondo giudizio per il medesimo fatto, tuttavia, presuppone la formazione di un giudicato penale («sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili»). Ritendo, dunque, precluse tali vie, il Tribunale di Monza, seguiva l'insegnamento delle sentenze gemelle e si risolveva a sollevare

⁶⁷² L'art. 20 recita: «Il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione».

⁶⁷³ Per cui (commi 1 e 2): «1. L'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato.

2. Tali sanzioni non sono eseguibili nei confronti dei soggetti diversi da quelli indicati nell'articolo 19, comma 2, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimenti di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. In quest'ultimo caso, i termini per la riscossione decorrono dalla data in cui il provvedimento di archiviazione o la sentenza sono comunicati all'ufficio competente; alla comunicazione provvede la cancelleria del giudice che li ha emessi».

⁶⁷⁴ Si ricorda, ad esempio, come nel caso Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, sentenza 30 aprile 2005, *Kapetanios e altri c. Grecia*, § 72, si sia efficacemente affermato: «*En outre, la Cour note que l'article 4 du Protocole no 7 n'interdit pas en principe l'imposition d'une peine privative de liberté et d'une amend pour les mE(acciure)mes faits litigieux, à condition que le principe ne bis in idem soit respecté. Ainsi, dans les cas de la répression de la contrebande, ce principe ne serait pas atteint si les deux sanctions, privative de liberté et pécuniaire, étaient imposées dans le cadre d'une procédure judiciaire unique*».

⁶⁷⁵ *Ex multis*, ma sul tema in commento, S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.*, cit.

questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4, prot. n. 7 CEDU: «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della» CEDU e dei relativi Protocolli.

È interessante rilevare, inoltre, che il Tribunale di Monza non ometteva le criticità sottese alla soluzione prospettata, mostrando di essere lucidamente consapevole che il suo accoglimento avrebbe portato con sé il rischio di dover rinunciare alla sanzione penale quando, come di regola accade, sia divenuta definitiva per prima la sanzione amministrativa. La questione di legittimità costituzionale, però, si rendeva a giudizio del Tribunale, nondimeno necessaria poiché «un simile “cortocircuito” sistematico, insuscettibile per le ragioni anzidette di risolversi in via interpretativa, non può – a fortiori – tradursi in una violazione di un diritto fondamentale dell'imputato».

Nel giudizio di costituzionalità interveniva anche il Presidente del Consiglio dei ministri – rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato – al fine di chiedere che la questione fosse dichiarata inammissibile o, in via subordinata, che gli atti fossero restituiti al giudice *a quo*.

Nel dettaglio, l'eccezione di inammissibilità si basava sulla mancata prova dell'avvenuto pagamento della sanzione amministrativa, presupposto che, secondo l'opinione dell'Avvocatura dello Stato, sarebbe stato sufficiente ad escludere la definitività della sanzione amministrativa.

In via subordinata, come anticipato, l'Avvocatura dello Stato chiedeva la restituzione degli atti al rimettente al fine di verificare gli effetti del novum normativo rappresentato dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158. Il decreto *de quo*, infatti, aveva sostituito l'art. 13 d.lgs. 74/2000, introducendo, «nel caso di pagamento del debito tributario e delle relative sanzioni», una causa di non punibilità del delitto per il quale si procede, con ciò eliminando in radice il rischio della violazione convenzionale. Relativamente alla prima eccezione, il Giudice delle leggi ne rilevava agevolmente l'infondatezza: «Il pagamento della sanzione amministrativa può costituire, al limite e in certi casi, un indizio del fatto che la stessa è divenuta definitiva, ma ciò che rileva è esclusivamente la verifica della sua definitività. Nel caso di specie il giudice *a quo* ha affermato motivatamente che la sanzione tributaria non è più soggetta a impugnazione, e tanto basta per ritenere che sussistono, sotto tale profilo, le condizioni perché operi il divieto di *bis in idem*»⁶⁷⁶.

Anche l'eccezione proposta in via subordinata, poi, viene respinta. La Corte, infatti, precisava che l'art. 11 del d.lgs. n. 158 del 2015 anzitutto non costituisce *ius superveniens* in quanto intervenuto anteriormente all'ordinanza di rimessione del 30 giugno 2016, sicché manca il presupposto per la

⁶⁷⁶ C. cost., 2 marzo 2018, n. 43, § 3 del *Considerato in diritto*.

restituzione degli atti. Ma le ragioni della ritenuta infondatezza anche di questa seconda eccezione dell'Avvocatura dello Stato non si esauriscono qui: perché, in ogni caso, la descrizione dei fatti esposta dal rimettente consente comunque di escludere la sussistenza della nuova causa di non punibilità *ex art. 13 d.lgs. 74/2000*: «Nel caso di specie l'avvio e la conclusione del procedimento amministrativo sanzionatorio comprovano che l'eventuale pagamento del debito tributario non sarebbe stato comunque efficace ai fini del ravvedimento operoso, perché sopravvenuto all'attività di accertamento amministrativo»⁶⁷⁷.

Entrando, poi, nel merito dell'ordinanza di rimessione, la Corte in più punti mostra di concordare con la tesi del rimettente, pur non arrivando comunque ad interpolare l'art. 649 c.p.p. come richiesto. In particolare, la Corte ritiene che, effettivamente, in difetto di una sua pronuncia di illegittimità costituzionale, tale disposizione non sia idonea a regolare il caso del giudizio *a quo*, dovendosi escludere una sua possibile interpretazione convenzionalmente conforme. La questione di legittimità costituzionale è, pertanto, ammissibile.

Il rimettente, inoltre, basava il dubbio di costituzionalità su una normativa interposta – l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU – ricostruita sulla base dell'analisi della giurisprudenza EDU «disponibile alla data dell'ordinanza di rimessione». Correttamente, dunque, il Tribunale di Monza si era conformato, da un lato, alle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, secondo cui (tra l'altro) le disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU; e, dall'altro, alla sent. n. 49 del 2015, che vincola il giudice nazionale a conformarsi a tale giurisprudenza quando essa può considerarsi consolidata.

Pure corretta, inoltre, la ricostruzione delle indicazioni provenienti da Strasburgo fino a quel momento. La Corte, infatti, concorda che – a far data al 30 giugno 2016 – il *ne bis in idem* convenzionale aveva carattere inderogabile, nella misura in cui la sua efficacia non era suscettibile di apprezzamenti discrezionali del giudice, ma si riconnetteva esclusivamente alla constatazione che un fatto, inteso in senso storico-naturalistico (come *idem factum*, e non come *idem legale*), era già stato giudicato in via definitiva, con ciò impedendo l'avvio di un nuovo procedimento.

Invero, la Corte non può fare a meno di rilevare che, già prima della sentenza *A e B c. Norvegia*, la Corte di Strasburgo aveva talvolta escluso, la violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU anche nei casi in cui dopo la chiusura definitiva di un procedimento, se ne fosse avviato un secondo avente ad oggetto il medesimo fatto, purché fosse esistito un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra di essi. Tuttavia, anche secondo la Consulta, tale criterio – fino al novembre 2016 – si presentava nelle pronunce EDU in maniera talmente sporadica da non poter costituire orientamento

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

consolidato ai fini che qui interessano. Esso, infatti, trovava esplicita applicazione solo nei casi in cui la seconda sanzione costituiva conseguenza, «automatica e necessitata», della condanna con cui era stata inflitta la prima pena⁶⁷⁸. Altro rilievo non meno importante è che, secondo il Giudice delle Leggi, in nessun caso tale criterio avrebbe potuto estendersi al rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale, quando, come accade nell'ordinamento italiano, entrambe le autorità in gioco sono tenute ad un autonomo apprezzamento dei fatti⁶⁷⁹. Al momento della rimessione, dunque, non sarebbe, secondo la Corte, né convenzionalmente conforme, né possibile, escludere una violazione del *ne bis in idem* sulla base della sussistenza di tale legame temporale e materiale tra i procedimenti.

In ultimo, nel giudizio di costituzionalità si riscontrava che, fino al *revirement* del 2016, il divieto di secondo procedimento aveva natura esclusivamente processuale. L'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, permetteva, infatti, «agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni», ma richiedeva che ciò avvenisse «in unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro»⁶⁸⁰. Una tutela così articolata, dunque, non sembrava necessitare di un controllo di complessiva proporzionalità della misura irrogata, dunque, avendo riguardo al rispetto del *ne bis in idem* processuale, piuttosto che al suo profilo sostanziale.

Sulla base di tali riscontri, la Consulta ritiene la questione di costituzionalità correttamente formulata e rilevante, dato che, in seguito alla definitiva irrogazione di una sanzione da intendersi “sostanzialmente” penale secondo la Convenzione, il giudice *a quo* non avrebbe potuto procedere nel giudizio penale sul medesimo fatto, senza affrontare la problematica del divieto imposto dall'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU.

Ciò, come detto, fino al 15 novembre 2016. A questo punto, infatti, pur ritenendo rilevante la questione e pur concordando sull'esito cui il Tribunale di Monza era pervenuto, il Giudice delle Leggi non può accogliere la richiesta in virtù dei nuovi sviluppi della giurisprudenza EDU.

Giustamente, viene rilevato che con la sentenza *A e B c. Norvegia*, il *ne bis in idem* convenzionale non subisce alcuna violazione di sorta laddove i due procedimenti *de eadem re et persona* siano «*sufficiently closely connected in substance and time*», dunque attribuendo al requisito un carattere

⁶⁷⁸ La stessa Corte costituzionale fa riferimento alla vicenda del ritiro in via amministrativa della patente di guida, a seguito della condanna penale per un reato legato alla circolazione stradale (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*; analogamente, sentenza 17 febbraio 2015, *Boman c. Finlandia*).

⁶⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Lucky Dev c. Svezia*, cit.; sentenza *Nykänen c. Finlandia*, cit.; sentenza 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia*.

⁶⁸⁰ Così, sentenza della C.cost., n. 102 del 2016, cit., esplicitamente richiamata nella sentenza in commento.

dirimente della questione, non in linea con le indicazioni che invece emergevano dalla precedente giurisprudenza strasburghese.

Secondo la Consulta, oggi non si può più attribuire al principio *de quo* quel carattere di inderogabilità che l'aveva connotato fino al novembre del 2016, essendo oramai la sua violazione subordinata ad un discrezionale apprezzamento dell'organo giudiziario, che autonomamente ritenga di ravvisare o meno tale stretta connessione sostanziale e temporale. E neanche può dirsi che esso abbia ancora natura esclusivamente processuale, visto che uno degli indici sintomatici della connessione sostanziale si riferisce alla complessiva proporzionalità della sanzione irrogata.

Alla luce del mutamento giurisprudenziale della Corte EDU, cosa succeda rispetto al cumulo procedimentale tributario-penale sembra, a questo punto, doversi chiedere non tanto alla Corte delle Leggi, quanto piuttosto nuovamente al Tribunale di Monza. Ad oggi, infatti, risulta meno probabile la violazione del divieto convenzionale di *bis in idem* per la semplice duplicazione procedimentale, ma ciò non esclude che il giudice debba comunque valutare, di volta in volta rispetto al caso concreto, che tra il procedimento tributario e il procedimento penale vi sia una connessione tale da permettere di considerarli un *unicum* integrato.

In conclusione, essendo mutato il parametro interposto (*rectius*, la sua interpretazione) successivamente all'ordinanza di rimessione, è necessario secondo la Corte costituzionale, restituire gli atti al giudice *a quo*, affinché sia lui stesso a valutare alla luce del *revirement* strasburghese l'effettiva rilevanza della questione di costituzionalità. Ciò in quanto se, in ipotesi, il giudice rimettente ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità, ai fini del giudizio principale, di introdurre nell'ordinamento una regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto, incidendo sull'art. 649 c.p.p.⁶⁸¹.

Per converso, l'esito negativo del *test* della stretta connessione sostanziale e temporale potrebbe determinare la riproposizione – in termini pressoché analoghi, a cui dovrebbe affiancarsi il riferimento alla mancata connessione tra i due procedimenti – della questione di costituzionalità. L'evenienza, per quanto improbabile – è, in effetti, la stessa Corte costituzionale a sottolineare come sia ormai minore la probabilità di un *vulnus* al diritto fondamentale da parte dei sistemi di cumulo sanzionatorio – non è, tuttavia, impossibile. È questo, probabilmente, il motivo che spinge la Consulta a concludere la pronuncia in commento invitando il legislatore a trovare (in termini

⁶⁸¹ Cfr. C. cost., 2 marzo 2018, n. 43, §§ 8 e 9 del *Considerato in diritto*.

generici) una soluzione che, ovviamente, non dovrà necessariamente incidere sul contenuto dell'art. 649 c.p.p., quanto piuttosto sulla stessa disciplina dei sistemi di doppio binario.⁶⁸²

9. La strada della pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia dell'Unione

Il mutamento di prospettiva della Corte EDU è stato da molti inteso come un «riallineamento con i postulati della Corte di giustizia»⁶⁸³, necessario per evitare che gli Stati della Convenzione e, al tempo stesso, membri dell'Unione fossero obbligati a scegliere tra un'interpretazione “convenzionalmente conforme” ed una “comunitariamente conforme”, con buona pace di uno degli obiettivi primari di tali organizzazioni internazionali *sui generis*: dare uniformità e coerenza a particolari ambiti del diritto.

Sul punto, efficacemente è stato detto che si era trattato di «Una sorta di braccio di ferro silenzioso e strisciante, creatosi all'indomani dello squarcio della pronuncia *Fransson*: strappo, questo, cui la Corte EDU ha dapprima fornito la risposta, “pungente e senza condono”, della sentenza *Grande Stevens* e poi provato, per necessità, a ricucire (provvisoriamente?) con un onorevole armistizio, rappresentato appunto dalla decisione *A e B c. Norvegia*»⁶⁸⁴.

Ora, tale “riallineamento” veniva perseguito nell'*arrêt A e B* anzitutto sottolineando l'esigenza di lasciare agli Stati contraenti una certa discrezionalità nel decidere come garantire nei rispettivi ordinamenti il diritto al *ne bis in idem*, sancito da un Protocollo alla Convenzione non ancora ratificato da quattro Stati (Germania, Paesi Bassi, Turchia e Regno Unito), e rispetto al quale altri quattro Stati contraenti (tra cui l'Italia) avevano espresso riserve con lo specifico fine di contenere l'ambito di applicazione alle sole decisioni qualificate anche formalmente come “penali” nei rispettivi ordinamenti⁶⁸⁵. Neanche il Giudice EDU taceva – sempre in *A e B* – le perplessità espresse dall'Avvocato Generale presso la Corte di giustizia nel caso *Fransson*, che aveva sottolineato come numerosi ordinamenti europei conoscano un sistema di “doppio binario” di procedimenti e sanzioni penali e (almeno formalmente) amministrative, da sempre giudicato in linea con le rispettive

⁶⁸² Cfr. A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi*, cit., 539.

⁶⁸³ G. DE AMICIS – P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., 476.

⁶⁸⁴ *Ibidem*.

⁶⁸⁵ Riserve, peraltro, talvolta giudicate invalide dalla Corte di Strasburgo in relazione alla loro eccessiva genericità, come è accaduto, proprio nel caso *Grande Stevens*, rispetto a quella formulata dall'Italia (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit., § 117), ma la cui esistenza comunque permette di aver misura di quanto tale garanzia sia diversamente intesa tra Stati contraenti.

tradizioni costituzionali; il che spiegava, agli occhi della Corte della Convenzione, perché ben sei Stati fossero intervenuti a sostegno del governo resistente.

In altri termini, la Corte di Strasburgo si riavvicinava a quella stessa pronuncia – la *Fransson* – che, invece, nel 2014 aveva esitato la condanna categorica e senza apparente possibilità di ritorno dei sistemi di cumulo sanzionatorio in materia di *market abuse*.

Tuttavia, all'indomani di tale inequivocabile reazione – e, dunque, all'indomani di *Grande Stevens e A. c. Italia* e prima di *A e B c. Norvegia* – sia la dottrina che la giurisprudenza si erano affannate nel tentativo di trovare una soluzione al *double track system*, sulla cui illegittimità convenzionale pareva a quel punto non potersi più dubitare. Tra le strade percorse – di cui si è reso in parte conto in precedenza – una invero, troverà risposta solo dopo il “passo indietro” di Strasburgo. Ci si riferisce, in specie, alla via del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, intrapresa sia dalla giurisprudenza di merito che da quella di legittimità, come conseguenza della sentenza *Grande Stevens*, ma su cui il Giudice dell'Unione si pronuncerà solo in un momento successivo alla pronuncia *A e B*⁶⁸⁶.

9.1 Il caso *Menci*

Il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia cui si fa riferimento è quello del Tribunale di Bergamo⁶⁸⁷. Il giudice di merito italiano con ordinanza del 16 settembre 2015 chiedeva, in particolare: «se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile». La questione, dunque, in questo caso non aveva ad oggetto né una disposizione di legge interna (come l'art. 649 c.p.p.), né una disposizione convenzionale (come l'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU), ma – come è naturale che fosse – l'art. 50 della Carta di Nizza, che a livello eurounitario sancisce la garanzia del *ne bis in idem*.

⁶⁸⁶ Ci si riferisce a Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*. Le pronunce del Giudice di Lussemburgo sono state originate da tre rinvii pregiudiziali dei giudici italiani, rispettivamente: Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, cit.; Cass., Sez. trib. civ., ord. 20 settembre 2016, cit.; Cass., II Sez. civ., ord. 15 novembre 2016, cit. Invero, prima della decisione del 20 marzo 2018, la Corte di Giustizia si era già espressa in via pregiudiziale, sollecitata dai nostri giudici. Ci si riferisce a Corte di Giustizia UE, Sezione IV, sentenza 5 aprile 2017, C-217/15, *Orsi*; C-350/15, *Baldetti*, cui si è fatto cenno in precedenza, v. nota (142) a piè di pagina.

⁶⁸⁷ Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, cit.

All'esame del Tribunale di Bergamo c'era il fatto commesso dal titolare di una ditta individuale⁶⁸⁸ – il sig. Menci, appunto – tratto a giudizio per il delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000 per aver omesso il versamento dell'IVA relativa al 2011 per un importo di oltre 280.000 euro (somma “soprasoglia”). Il medesimo imputato, peraltro, aveva ricevuto nel 2013 cartella esattoriale relativa al medesimo importo maggiorato di una sanzione pari al 30% della somma evasa, ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 471/1997. A quel punto, presentava istanza di rateizzazione della somma, regolarmente accolta poi dall'amministrazione tributaria, così, chiudendo il proprio contenzioso amministrativo. Durante il processo penale e, a causa della sua pendenza dopo l'arresto in via definitiva del procedimento amministrativo, si poneva – alla luce della giurisprudenza di Strasburgo maggiormente “contigua” – il problema della possibile violazione del diritto al *ne bis in idem* sancito a livello eurounitario dall'art. 50 CDFUE. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 52, § 3, CDFUE: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea [...], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». In aggiunta, sulla base delle Spiegazioni ufficiali della Carta, il richiamo dell'art. 52 sopramenzionato si estende anche alle norme dei suoi Protocolli, e all'interpretazione fornita alle norme della Convenzione e di detti Protocolli dalla Corte di Strasburgo. Ciò premesso, il Tribunale di Bergamo definiva il contenuto della garanzia di cui all'art. 50 della Carta di Nizza alla luce della giurisprudenza convenzionale sull'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU.

Il giudice, in particolare, rilevava come la giurisprudenza di quella Corte⁶⁸⁹ fosse costante nel riconoscere natura penale a quei provvedimenti, pur irrogati dal potere esecutivo, con i quali si infligge al contribuente una sanzione ulteriore rispetto al recupero dei tributi evasi e ai relativi interessi, anche laddove gli importi della sovrattassa effettivamente irrogati siano piuttosto modesti. Perciò, nel caso concreto, la natura di misura “sostanzialmente penale” della sanzione irrogata dall'amministrazione tributaria in seguito ad un procedimento amministrativo, pari al 30% dell'importo IVA evaso, non poteva essere messa in dubbio.

Come del pari, non poteva dubitarsi che si era dinanzi ad un sistema “bi-procedimentale”⁶⁹⁰ che in concreto era avvenuto *de eadem re et persona*.

Relativamente al profilo della “medesimezza della persona fisica”, in particolare, il provvedimento sanzionatorio dell'amministrazione tributaria aveva colpito la stessa persona che rivestiva anche la

⁶⁸⁸ Per una puntuale ricostruzione della vicenda, si v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015.

⁶⁸⁹ In particolare, venivano richiamate le pronunce immediatamente successive all'arresto *Grande Stevens* (seppure nella diversa materia degli abusi di mercato): Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Nykänen c. Finlandia* e *Lucky Dev c. Svezia*, cit.

⁶⁹⁰ L'espressione è di A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., 1062.

qualità di imputato nel procedimento penale. In questo caso, dunque, si trattava di un imprenditore individuale e non – come pure spesso avviene – del legale rappresentante di una persona giuridica⁶⁹¹. Quanto, invece, alla verifica del profilo della “medesimezza fattuale”, il Tribunale bergamasco, sul punto, si scontrava con l’argomentazione utilizzata, negli anni, dalla Suprema corte per negare il rapporto di specialità in astratto tra le due norme in questione (l’art. 13 d.lgs. 471/1997 e l’art. 10-ter d.lgs. 74/2000): il diverso momento di perfezionamento dell’illecito. Nel dettaglio, l’illecito amministrativo ex art. 13 si perfeziona alla scadenza del termine mensile o trimestrale per il versamento dell’IVA; invece, il reato di cui all’art. 10-ter, al momento del termine annuale per il versamento dell’acconto relativo al periodo di imposta successiva. Il differente termine comporta necessariamente una mancata coincidenza tra gli importi, da un lato dovuti alle singole scadenze mensili o trimestrali, e dall’altro a quello dovuto globalmente l’anno successivo per evitare la realizzazione del delitto di cui all’art. 10-ter. Sulla base, dunque, del diverso termine di realizzazione dei due illeciti, la Corte di cassazione aveva escluso la violazione del *ne bis in idem* convenzionale. Diversa, invece, la soluzione del Tribunale di Bergamo, secondo cui la condotta sanzionata a livello penale ha ad oggetto il mancato pagamento – entro un termine “di grazia”, apprestato dal legislatore per dare un’ultima *chance* di redenzione al contribuente – di un importo che risulta essere semplicemente la somma degli importi dovuti alle singole scadenze relative all’anno fiscale precedente. Dunque, il fatto contestato all’imputato è sostanzialmente lo stesso rispetto a quello già sanzionato in via amministrativa. In effetti, è l’evasione del medesimo debito d’imposta che l’attuale sistema di *double track system* in materia tributaria sanziona prima in via amministrativa, in corrispondenza della scadenza dei singoli termini mensili o trimestrali, e poi – perdurando l’inadempimento – in via penale, alla scadenza del successivo termine annuale; è sintomatico sul punto – come pure sottolinea il giudice bergamasco – che la realizzazione dell’illecito penale alla scadenza annuale comunque presupponga la previa realizzazione degli illeciti amministrativi alle singole scadenze⁶⁹².

Soddisfatti tali requisiti, la conclusione del giudice nostrano – alla luce della “precedente” e apparentemente consolidata giurisprudenza EDU – era obbligata: se nel procedimento penale veniva contestato all’imputato un *factum* risultante essere il medesimo rispetto a quello già sanzionato in via amministrativa, attraverso l’irrogazione di una sanzione “sostanzialmente” penale, la

⁶⁹¹ In argomento, quest’ultima situazione si era verificata invece nel caso sottoposto all’attenzione della Corte costituzionale dall’ordinanza di rimessione del Tribunale di Bologna del 21 aprile 2015, che si presenta di problematica risoluzione parimenti ai casi in cui appunto, deve valutarsi se può parlarsi di *ne bis in idem* nonostante la diversità dei soggetti colpiti, rispettivamente dalla sanzione tributaria e dal procedimento penale. Cfr., sul punto, le considerazioni di M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’IVA*, cit., 6.

⁶⁹² Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell’IVA*, cit.

celebrazione e prosecuzione del processo penale a carico della stessa persona costituiva una sicura violazione del diritto al *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE.

A questo punto, però, il Giudice bergamasco aveva bisogno che fosse il Giudice dell'Unione a confermare la propria interpretazione.

9.2 Il caso *Garlsson Real Estate SA e Altri*

Dopo varie ordinanze italiane che lo sollecitavano a pronunciarsi sulla compatibilità del *double track system* interno in materia di reati tributari con la garanzia di cui all'art. 50 CDFUE, al vaglio del Giudice della Corte di giustizia dell'Unione veniva sottoposto l'analogo sistema in materia di abusi di mercato⁶⁹³.

La Sezione Tributaria civile della Suprema Corte, sperimentata invano la via dell'incidente di costituzionalità, tentava infatti – con ordinanza del 20 settembre 2016 – la fattibilità del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, chiedendo alla Corte dell'Unione di stabilire se l'art. 50 CDFUE ostasse alla vigente disciplina italiana in materia di *market abuse* e, in caso affermativo, se la disposizione *de qua* fosse suscettibile di diretta applicazione da parte del giudice comune, con conseguente obbligo per questo di sospendere il secondo procedimento (penale o civile), ancora pendente nonostante fosse già divenuto definitivo il provvedimento irrogativo della prima sanzione per l'autore del medesimo fatto.

Anzitutto, ancora più rilevante, nel caso di specie, la vicenda.

Con decisione del 9 settembre 2007, la Consob aveva inflitto una sanzione amministrativa pecuniaria di oltre 10 milioni di euro – per l'illecito amministrativo *ex art. 187-ter t.u.f.* (manipolazione del mercato) – nei confronti del noto imprenditore Stefano Ricucci nonché alla Magiste International e alla Garlsson Real Estate (due società a lui collegate), obbligate in solido al pagamento di tale somma. Secondo la decisione della Commissione, il sig. Ricucci aveva posto in essere alcune operazioni di mercato e di diffusione al pubblico di informazioni tese a richiamare l'attenzione sui titoli di RCS MediaGroup spa e, in tal modo, a sostenerne la quotazione nei mercati regolamentati a fini personali. Tali condotte – a detta della Consob – avrebbero determinato un anomalo andamento di tali titoli e, dunque, integrato una manipolazione del mercato ai sensi dell'art. 187-ter, comma 3, lett. c), t.u.f.

⁶⁹³ Cass., Sez. trib. civ., ord. 20 settembre 2016, cit.

Il sig. Ricucci, la Magiste International e la Garlsson Real Estate contestavano la sanzione amministrativa pecuniaria dinanzi alla Corte d'appello di Roma. La stessa, accoglieva parzialmente il ricorso riducendo la sanzione amministrativa pecuniaria a 5 milioni di euro, con sentenza del 2 gennaio 2009. Avverso la sentenza, tutte le parti presentavano ricorso per Cassazione.

Le stesse condotte sanzionate in via amministrativa, inoltre, avevano dato luogo ad un procedimento penale – nei confronti del sig. Ricucci – per il delitto di manipolazione di cui all'art. 185 t.u.f. L'analogo procedimento penale, nella specie, si chiudeva mediante sentenza di patteggiamento del Tribunale di Roma del 10 dicembre 2008. La pena, originariamente di quattro anni e sei mesi di reclusione, veniva successivamente ridotta a tre anni, e poi estinta per indulto. La sentenza diventava definitiva.

Dunque, l'inflizione da parte della Consob di una sanzione pecuniaria (*ex art. 187-ter t.u.f.*) “sostanzialmente” penale, in un caso in cui i soggetti erano già stati destinatari di una sentenza definitiva del giudice penale (in relazione al reato di cui all'art. 185 t.u.f.) scaturita da un patteggiamento, facevano sorgere nella Sezione Tributaria civile della Corte di Cassazione – chiamata a pronunciarsi proprio sul ricorso esperito contro la sanzione irrogata in via amministrativa – il dubbio di violazione della garanzia convenzionale ed eurounitaria del *ne bis in idem*. Così, ritenendo che l'applicazione dell'art. 187-ter t.u.f. sollevasse idonee ragioni per dubitare della sua costituzionalità, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU (alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo all'esito dell'*arrêt Grande Stevens*), la Suprema Corte si rivolgeva al Giudice delle leggi, con ordinanza del 6 novembre 2014.

Come noto, tuttavia, la Corte costituzionale – con sentenza del 12 maggio 2016⁶⁹⁴ – dichiarava inammissibile la questione di costituzionalità, formulata in termini “dubitativi” e “perplexi”. In particolare, la Consulta rilevava che il giudice del rinvio non aveva chiarito se la soluzione, apparentemente imposta dalla Corte di Strasburgo, fosse compatibile con gli obblighi di repressione degli abusi di mercato imposti dal diritto eurounitario e, dunque, non aveva sciolto l'essenziale nodo dei rapporti tra il principio del *ne bis in idem* convenzionale, come interpretato dal Giudice EDU, e il medesimo principio come applicato nel contesto degli abusi di mercato a norma del diritto UE.

Per tali ragioni, il giudizio veniva restituito alla Sezione tributaria, ma la stessa decideva comunque di sospendere il procedimento e di rivolgere due questioni pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo. Con la prima domanda – analogamente alle ordinanze di rinvio pregiudiziale dei giudici

⁶⁹⁴ C. cost., sentenza n. 102 del 2016, cit.

connazionali che l'avevano preceduta – la Terza Sezione chiedeva se l'art. 50 CDFUE dovesse essere interpretato alla luce della giurisprudenza EDU formatasi sull'art. 4, VII Protocollo, CEDU. In particolare, in questo caso, la contiguità con *l'Affaire Grande Stevens* era evidente. In esso la Corte di Strasburgo aveva chiaramente affermato che le sanzioni irrogate dalla Consob, formalmente qualificate “amministrative” dal legislatore italiano, devono in realtà considerarsi come “sostanzialmente penali” ai fini dell'applicazione delle garanzie di stampo penalistico della Convenzione e dei suoi Protocolli, tra cui il diritto al *ne bis in idem*. Nel caso *Grande Stevens*, tuttavia, i ricorrenti erano prima stati sanzionati in via definitiva dalla Commissione, e ricorrevano alla Corte EDU – lamentando la violazione del diritto convenzionale – durante ed a causa della pendenza di un procedimento penale avente ad oggetto gli stessi fatti. Nel caso in commento, per converso, la situazione appariva rovesciata: il procedimento penale si era chiuso definitivamente, *ex art. 444 c.p.p.* e, durante ed a causa della pendenza del procedimento di opposizione alle sanzioni già irrogate dalla Consob, il ricorrente lamentava la violazione di quello stesso diritto al *ne bis in idem* (invero, tanto dal punto di vista convenzionale quanto, secondo la tesi del giudice del rinvio, dal punto di vista eurounitario).

Dunque, in via di sintesi, si chiedeva alla Corte di Giustizia – in un caso affine ma a termini invertiti rispetto a *Grande Stevens* – se il diritto sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza avesse lo stesso contenuto di quello garantito *ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU*, e come necessaria conseguenza, se da ciò derivasse un divieto di «celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile».

Come giustamente rilevato⁶⁹⁵, tuttavia, la Suprema Corte ometteva un presupposto necessario per la ricevibilità della questione da parte della Corte di giustizia: infatti, in motivazione è assente qualsiasi riferimento all' “ambito di applicazione del diritto dell'Unione”, in cui necessariamente deve rientrare la materia degli abusi di mercato per consentire l'applicabilità delle garanzie della Carta. In relazione a *subiecta materia*, comunque, non sembrano esservi dubbi: la disciplina sanzionatoria dei *market abuse* ricade nell'ambito di applicazione del diritto UE, essendo oggetto di specifica regolamentazione dal binomio normativo eurounitario rappresentato, (oggi) dal Regolamento 596/2014 e dalla Direttiva 2014/57/UE.

Con la seconda questione, invece, si chiedeva «se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del “ne bis in idem”, in base all'art. 50 CDFUE».

⁶⁹⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *A Never-Ending-Story?*, cit.

Invero, a questa seconda questione la Corte dell'Unione pareva già aver ampiamente risposto con la sentenza *Fransson*: «Per quanto riguarda [...] le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁶⁹⁶.

Il dubbio, dunque, che la Terza sezione chiedeva alla Corte dell'Unione di sciogliere – una volta per tutte – pendeva piuttosto sul primo quesito.

9.3 I casi *Di Puma e Zecca*

Quasi profeticamente, lo stesso giorno in cui la Seconda sezione civile della Cassazione⁶⁹⁷ formulava due nuovi quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia – sempre in materia di *ne bis in idem* – la Grande Camera di Strasburgo ripensava la garanzia *de qua* ed offriva al Giudice di Lussemburgo un altro criterio guida con cui doversi confrontare. Per altro verso, non si può tacere che quest'ordinanza della Suprema Corte – appunto del 15 novembre 2016 – si reggeva su un impianto argomentativo sicuramente più consapevole rispetto agli approcci, spesso incerti, della giurisprudenza nostrana precedente.

I due casi – che daranno origine alla *causa Di Puma e Zecca* – si erano inseriti nelle maglie del sistema dei *market abuse* a partire dal 2012. La Consob, infatti – con decisione del 7 novembre 2012 – irrogava ai sigg. Di Puma e Zecca, ai sensi dell'art. 187-bis, commi 1 e 4, t.u.f., sanzioni amministrative pecuniarie per aver commesso diversi abusi di informazioni privilegiate. Nel dettaglio, essi avrebbero acquisito, il 14 e il 17 ottobre 2008, azioni della Permasteelisa spa facendo uso di informazioni privilegiate relative a un progetto di acquisizione del controllo di detta società, informazioni di cui Zecca sarebbe venuto a conoscenza in ragione del suo impiego e delle funzioni esercitate nell'ambito della Deloitte Financial Advisory Services spa, delle quali Di Puma non avrebbe potuto ignorare il carattere privilegiato. La decisione della Consob veniva contestata dinanzi alla Corte d'appello di Milano. Il giudice milanese – con sentenze del 4 aprile e del 23

⁶⁹⁶ Corte di Giustizia UE, Grande sezione, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 45.

⁶⁹⁷ Cass., II Sez. civ., ordd. 15 novembre 2016, cit.

agosto 2013 – rigettava il ricorso del sig. Di Puma e accoglieva, invece, quello proposto dal sig. Zecca. Dunque, sia il sig. Di Puma che la Consob proponevano ricorso per Cassazione, rispettivamente avverso la prima e la seconda sentenza. Di Puma rilevava di essere già stato soggetto ad un procedimento penale dinanzi al Tribunale di Milano per i medesimi fatti per cui la Consob irrogava sanzione amministrativa pecuniaria e che il procedimento penale si era chiuso con sentenza definitiva di assoluzione pronunciata successivamente alle sentenze della Corte d'appello di Milano. Anche il sig. Zecca – resistente nel procedimento relativo all'impugnazione in cassazione della Consob – si avvaleva della sentenza di assoluzione.

La Cassazione civile, sul caso, rilevava che in effetti le sentenze di assoluzione nei procedimenti penali vertevano sugli stessi fatti per i quali la Consob aveva irrogato le sanzioni amministrative pecuniarie. La Suprema Corte, peraltro, pur ricordando che nel diritto nazionale, ai sensi dell'art. 654 c.p.p., quanto fissato nella sentenza di assoluzione – in relazione all'assenza di infrazioni – ha efficacia di giudicato nel giudizio amministrativo, arrivava a ritenere che, in considerazione del rango superiore rispetto alla norma del codice di rito penale dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU e dell'art. 50 CDFUE, le controversie che era chiamato a dirimere non potessero essere risolte sulla base della sola normativa nazionale.

Come anticipato, il ragionamento che conduce la Corte alla strada della pregiudiziale interpretativa appare sicuramente più consapevole ed approfondito rispetto al passato. Anzitutto, la Corte aveva rilevato la medesimezza sul piano fattuale: in primo luogo, la condotta materiale per la quale i ricorrenti erano stati perseguiti (ed assolti) in sede penale era effettivamente la stessa che la Consob aveva sanzionato con il provvedimento impugnato. In secondo luogo, poi, il carattere delle sanzioni irrogate dalla Commissione risultava talmente afflittivo da doverle senz'altro considerare come sanzioni “sostanzialmente penali” secondo la giurisprudenza EDU.

D'altro canto, osservava la Corte, nel caso in esame neppure sarebbe necessario investire la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 187 t.u.f.: l'art. 50 CDFUE dovrebbe avere, quanto meno in materia di abusi di mercato, indiscutibile efficacia diretta. Dunque, se la disposizione della Carta di Nizza dovesse essere interpretata come divieto di proseguire il giudizio di impugnazione avverso il provvedimento sanzionatorio della Consob (alla luce della giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 4, Prot. n. 7, CEDU), il giudice nazionale dovrebbe disapplicare la norma interna incompatibile con la disposizione eurounitaria, senza alcun intervento della Consulta.

Il meccanismo di lettura dell'art. 50 CDFUE in senso – potrebbe dirsi – “convenzionalmente conforme”, tuttavia, non può essere secondo la Suprema Corte automatico: la giurisprudenza di

Lussemburgo, infatti, non si era espressa sulla possibilità di interpretare la garanzia *de quo* come obbligo di escludere in maniera perentoria la duplicazione procedimentale e sanzionatoria, allorché le sanzioni avessero avuto natura penale secondo i criteri *Engel* e, dunque, in generale non aveva ancora chiarito se la disposizione della Carta di Nizza offrisse il medesimo grado di tutela garantito dall'art. 4, Prot. 7, CEDU.

Ritornando anch'essa sulla norma che regola la c.d. "interpretazione parallela", infatti, la Cassazione nota che l'art. 52, § 3, CDFUE garantisce sicuramente una sorta di identità di fondo tra *ne bis in idem* eurounitario e *ne bis in idem* convenzionale, ma tuttavia parimenti non può essere taciuto «il principio, interno al diritto dell'Unione e logicamente estraneo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, per cui l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»⁶⁹⁸. Di qui il dubbio: se la Cassazione, facendo applicazione dei principi del primato, dell'unitarietà e dell'effettività del diritto dell'Unione debba effettivamente pervenire alla disapplicazione dell'art. 187-*bis* t.u.f., e alla neutralizzazione delle relative sanzioni, senza che ciò comporti una situazione contraria al diritto dell'Unione.

Ciò, peraltro, nonostante l'assoluzione in sede penale, ormai definitiva, determini comunque l'obbligo di mandare esente il ricorrente da ogni responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 654 c.p.p. che – stabilendo come detto in via generale l'efficacia del giudicato penale di assoluzione nel giudizio civile o amministrativo in cui si controverta degli stessi fatti materiali oggetto del processo penale – legittima la celebrazione di un secondo procedimento, anche se destinato a concludersi con una pronuncia conforme a quella resa in sede penale. Se, infatti, dovesse ritenersi legittimo intendere l'art. 50 CDFUE conformemente a quell'interpretazione della giurisprudenza EDU che vede la garanzia *ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU* come divieto di pendenza di un secondo procedimento e obbligo di chiudere immediatamente il secondo procedimento pendente, il ricorso all'art. 654 c.p.p. non sarebbe né necessario né possibile.

Dunque, la prima questione pregiudiziale si presentava in questi termini, la Suprema Corte chiedeva al Giudice di Lussemburgo di chiarire «se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale, al giudice nazionale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un

⁶⁹⁸ Il principio *de quo* era già stato enunciato nel caso *Melloni* (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2016, C-399/11, *Melloni*) e, poi, ribadito anche nella pronuncia *Fransson* (Corte di Giustizia UE, Grande sezione, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.)

ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni amministrative che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali».

Particolarmente interessante anche il secondo quesito che mirava, invece, a chiarire: «se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba tener conto dei limiti posti dalla dir. 2014/57/UE».

Infatti, oggi la Direttiva in parola, prevede che gli Stati membri sanzionino i casi gravi di abuso di informazioni privilegiate con pene massime privative della libertà non inferiori a quattro anni. Per converso, l'art. 184 t.u.f. prevede un limite massimo di pena che è superiore rispetto a quello imposto dalla direttiva. Da qui, la Suprema Corte si chiede se di ciò debba tenersi conto nel valutare quella condizione di operatività della garanzia del *ne bis in idem* sancita con la sentenza *Fransson*, secondo cui lo Stato è in ogni caso tenuto a garantire il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo del complessivo sistema sanzionatorio apprestato a tutela degli interessi protetti dalla normativa eurounitaria. Secondo la Cassazione, infatti, proprio essendo la sanzione comminata in sede penale più elevata di quella imposta dalla Direttiva, la stessa dovrebbe considerarsi adeguata (effettiva, proporzionata e dissuasiva), rendendo perciò superflue le ulteriori sanzioni amministrative a presidio del medesimo interesse tutelato.

Come anticipato, tuttavia, quello stesso giorno la sentenza *A e B c. Norvegia* rimescolava le carte sul tema. Dunque, all'indomani dell'ordinanza della Seconda Sezione civile era lecito pensare che la pronuncia della *Grande Chambre* – ignota al collegio al momento della decisione e all'estensore al momento della redazione – avesse profondamente inciso sulle sorti di questo e degli altri rinvii pregiudiziali che lo avevano preceduto nel tempo.

9.4 Le Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona

Era prevedibile, dunque, che l'irrompere del nuovo corso interpretativo – fissato dalla giurisprudenza EDU con la pronuncia *A e B c. Norvegia* – avrebbe rappresentato una vera e propria «sfida» per la Corte di Giustizia dell'Unione⁶⁹⁹, non mancando di produrre notevoli ripercussioni nei confronti dei procedimenti pendenti avanti alla stessa promossi dalle varie questioni

⁶⁹⁹ Cfr. *Conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona*, presentate il 12 settembre 2017 nelle cause C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Le Conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*.

pregiudiziali formulate dai giudici italiani, di merito e di legittimità, in materia tanto di abusi di mercato, quanto di illeciti tributari.

Invero – nonostante il ridimensionamento della garanzia convenzionale voluto dal Giudice di Strasburgo potesse *prima facie* apparire in linea con le ragioni di opportunità e di efficienza che maggiormente orientano l’approccio dell’Unione – l’esito dei rinvii pregiudiziali non era affatto segnato. La Corte, infatti, avrebbe potuto adeguarsi al nuovo e più restrittivo *standard* convenzionale, e valutare in concreto se i sistemi di doppio binario sanzionatorio presenti nell’ordinamento italiano garantissero quella “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti, elevata oggi a condizione essenziale per il rispetto della garanzia del *ne bis in idem* strasburghese; oppure, avrebbe potuto mantenere l’originario livello di tutela, richiamandosi magari alla precedente (e più garantista) giurisprudenza della Corte EDU e valorizzando l’inciso dell’art. 52, § 3, della Carta di Nizza, a mente del quale la “clausola di equivalenza” tra i due sistemi – convenzionale ed eurounitario – «non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa»⁷⁰⁰.

Quanto da ultimo ipotizzato, peraltro, era ciò che pure auspicava l’Avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona nelle proprie conclusioni presentate in relazione alle cause *Menci, Ricucci, Di Puma e Zecca*.

A tale conclusione, l’Avvocato generale approdava dopo aver ricostruito – quanto meno nei loro termini essenziali – gli orientamenti delle due Corti europee. Una premessa era d’obbligo: «il principio del *ne bis in idem* compare nel diritto dell’Unione con diverse varianti il cui trattamento non è ancora stato reso uniforme dalla Corte», come dimostra – in via esemplare – il fatto che la giurisprudenza UE sia maggiormente restrittiva in materia di difesa della libera concorrenza, e per converso, maggiormente «estensiva» (e, dunque, più garantista) nella materia relativa all’art. 54 della Convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen⁷⁰¹.

Tuttavia, se è vero che la giurisprudenza di Lussemburgo sull’art. 50 CDFUE è lungi dall’essere uniforme nelle varie materie che costituiscono “l’ambito di applicazione del diritto eurounitario”, essa – sempre secondo l’opinione dell’Avvocato generale – si è spesso uniformata alle linee dettate dalla Corte di Strasburgo in materia di *ne bis in idem*. Egli osserva, infatti, che con le sentenze *Bonda e Fransson* la Corte di Lussemburgo ha interpretato l’art. 50 della Carta di Nizza «in assonanza con la giurisprudenza sino ad allora prevalente della Corte EDU»⁷⁰² sull’art. 4, Prot. n. 7 della Convenzione europea. In particolare in materia tributaria, indice di tale allineamento sarebbe

⁷⁰⁰ Cfr. E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 378.

⁷⁰¹ Cfr. *Conclusioni dell’Avvocato generale*, cit., causa *Menci*, § 27.

⁷⁰² *Ibidem*, § 34.

la convergenza d'approccio sui temi dell'*idem* e del *bis*, così intesi: il *ne bis in idem* convenzionale si articola intorno ad un concetto di "*idem*" riferimento ai medesimi fatti storici, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica, e a una valutazione relativa alla sussistenza del "*bis*" che tiene conto della natura sostanziale del procedimento e delle sanzioni irrogate al trasgressore più che alla loro qualificazione formale nell'ordinamento nazionale, alla luce appunto dei criteri *Engel*; criteri che hanno condotto la Corte di Strasburgo in molte recenti occasioni ad affermare la natura "sostanzialmente penale" delle sanzioni tributarie e dei relativi procedimenti, con conseguente illegittimità dell'avvio o della prosecuzione di un procedimento penale avente ad oggetto il medesimo fatto materiale, rappresentato dal mancato pagamento dei medesimi tributi⁷⁰³.

L'Avvocato, ovviamente, non poteva fare a meno di rilevare la successiva inversione di rotta di quella originaria giurisprudenza cui pure l'Unione si era a suo dire uniformata: le recenti sentenze della Grande Camera – *A e B c. Norvegia* e *Jóhannesson e a. c. Islanda* – avevano entrambe (seppur con esiti opposti) parzialmente modificato il quadro giurisprudenziale di riferimento, ammettendo che l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU possa non risultare violato dal cumulo di procedimenti penali e amministrativi per lo stesso fatto, purché esista tra essi una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta", enunciando una serie di indici utilizzabili dal giudice nazionale per verificare la sussistenza di tal connessione nei casi concreti e – sempre secondo l'Avvocato – facendo in tal modo sorgere «ostacoli quasi insormontabili che i giudici nazionali dovranno affrontare per chiarire a priori, con un minimo di certezza e prevedibilità, quando sussista tale nesso»⁷⁰⁴.

A tale giurisprudenza, però, la Corte di Lussemburgo non è obbligata ad allinearsi⁷⁰⁵. Sicuramente, l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU è di immediata rilevanza ai fini dell'interpretazione del diritto al *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 50 CDFUE, stante il disposto dell'art. 52, § 3, CDFUE, in base al quale il significato e la portata dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza devono essere almeno pari a quelli conferiti alle corrispondenti garanzie sancite dalla Convenzione europea (e dai suoi Protocolli), senza che rilevi in senso contrario – come questa volta rileva anche l'Avvocato Sánchez-Bordona – la circostanza che la norma convenzionale in parola non sia stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'UE, come invece diversamente sostenuto da Cruz Villalón nelle sue conclusioni alla pronuncia *Fransson*⁷⁰⁶. Ma quanto detto non implica l'obbligo, in capo alla Corte di Giustizia, di uniformarsi alla nuova soluzione indicata dal Giudice di Strasburgo e ciò in quanto secondo

⁷⁰³ *Ibidem*, §§ 44-49.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, § 56.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, §§ 69-73.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, § 58.

l'ultimo inciso del § 3 dell'art. 52 CDFUE sancisce che «La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Dunque, «Poiché la sentenza A e B c. Norvegia riduce le garanzie per gli amministrati [...], consentendo il cumulo di procedimenti, pene e sanzioni amministrative dal contenuto materialmente penale», la Corte potrebbe mantenere la propria pregressa giurisprudenza, sulla scia della sentenza *Fransson*, e assicurare legittimamente un livello di tutela più elevato nell'ambito dell'art. 50 della Carta di Nizza⁷⁰⁷.

Ciò non comporta, sempre secondo l'Avvocato generale, che il diritto al *ne bis in idem* eurounitario non possa subire limitazioni di sorta, ma sicuramente la compressione di tale garanzia sarà legittima solo se capace di superare il “test” dettato dall'art. 52, § 1, CDFUE⁷⁰⁸, che ammette che i diritti della Carta possano essere limitati laddove la limitazione sia prevista dalla legge, rispetti il contenuto essenziale dei diritti in questione, e risulti altresì – nel quadro del principio di proporzionalità – necessaria rispetto a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

È interessante osservare – soprattutto alla luce di quanto riterrà la Corte di Giustizia nel marzo 2018 – che l'Avvocato generale riteneva che le limitazioni del diritto al *ne bis in idem* non avrebbero mai potuto superare il “test” desumibile dall'art. 52, § 1, CDFUE. Ciò perché accanto a molti Stati che si sono avvalsi di sistemi di doppio binario sanzionatorio, ve ne sono altri all'interno dell'Unione che riescono a garantire comunque un'efficace tutela degli interessi protetti, ma attraverso un sistema sanzionatorio dei medesimi illeciti a binario unico, che – in genere – prevede la possibilità di applicare sanzioni amministrative ovvero, nei casi più gravi determinati dalla legge, sanzioni penali, senza però consentirne il cumulo, e prevedendo comunque meccanismi processuali che evitino il doppio procedimento sanzionatorio: con conseguente piena garanzia del diritto individuale in parola, senza inutile pregiudizio per gli interessi di volta in volta tutelati⁷⁰⁹.

Date le premesse, la risposta alle questioni pregiudiziali, secondo l'Avvocato, avrebbe dovuto presupporre un ritorno a quella giurisprudenza *Fransson* e a quei criteri *Engel* che erano stati accolti pure a Lussemburgo.

In via esemplare, questo “ritorno al passato”, nella Causa *Menci* aveva portato l'Avvocato generale – in conclusione⁷¹⁰ – a chiedere alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal

⁷⁰⁷ *Ibidem*, § 77.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, § 80; *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, §§ 74-75; *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit. causa *Di Puma e Zecca* §§ 81-82.

⁷⁰⁹ *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., causa *Menci* §§ 82-94; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, §§ 77-81; causa *Di puma e Zecca*, §§ 84-88.

⁷¹⁰ *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., causa *Menci* § 126. In senso analogo, *Conclusioni dell'Avvocato generale*, causa *Garlsson Real Estate SA e A.*, § 88.

Tribunale di Bergamo nei seguenti termini: «L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea:

- richiede per la sua applicazione la sussistenza dell'identità dei fatti materiali che, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica, costituiscono la base per l'adozione delle sanzioni tributarie e di quelle penali;
- risulta violato qualora venga promosso un procedimento penale o inflitta una pena di tale natura a una persona già punita, in via definitiva, per lo stesso fatto con una sanzione tributaria, quando quest'ultima, nonostante la sua denominazione, in realtà abbia carattere penale. Il giudice nazionale verificherà tale circostanza applicando i seguenti criteri: la qualificazione giuridica dell'illecito secondo il diritto interno; la sua natura, che deve essere valutata tenendo conto dell'obiettivo della norma, dei suoi destinatari e del bene giuridico da essa tutelato, nonché la natura e il grado di severità della sanzione».

Ancora più esplicito, poi, risulta essere l'Avvocato nelle Conclusioni nelle *cause Di Puma e Zecca*⁷¹¹. Nelle stesse, infatti, al quesito della Corte di Cassazione relativo alla possibilità di dare diretta applicazione all'art. 50 CDFUE, l'Avvocato, dopo aver dato risposta – come era prevedibile – affermativa, sanciva, di conseguenza che: «In caso di norme incompatibili con il diritto al *ne bis in idem* tutelato dall'articolo 50 della Carta, il giudice nazionale o le autorità amministrative competenti dovrebbero, pertanto, archiviare i procedimenti pendenti, senza conseguenze negative per l'interessato che sia già stato perseguito o sanzionato in un altro procedimento penale o amministrativo avente natura penale»⁷¹². Dunque, laddove – come da lui auspicato – la Corte di Giustizia avesse accolto la prospettazione secondo cui il *ne bis in idem* eurounitario osta alla celebrazione e/o prosecuzione del secondo procedimento, il giudice comune – penale o civile – avrebbe senz'altro dovuto dare diretta applicazione all'art. 50 CDFUE, dichiarando di non doversi procedere sulla base di quest'ultima norma, senza dovere e potere chiamare in causa la Corte costituzionale per ottenere la rimozione delle norme (ad esempio dell'art. 649 c.p.p.) che eventualmente avessero ostacolato tale obiettivo.

10. Le tre sentenze del 20 marzo 2018 della Corte di Lussemburgo sui rinvii pregiudiziali italiani

⁷¹¹ Cfr. *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., cause riunite *Di Puma e Zecca*, §§ 83-86.

⁷¹² *Ibidem*, § 87.

Dalle Conclusioni dell'Avvocato Sánchez-Bordona sembrava che, ad un certo punto “Lussemburgo seguisse la strada buona, e Strasburgo quella cattiva”⁷¹³. Se, infatti, la Corte di Giustizia dell'Unione avesse accolto le richieste dell'Avvocato Generale, dettando delle linee orientative per i giudici nazionali in tema di art. 50 CDFUE più garantiste rispetto a quelle che sembravano potersi desumere dal *novum* giurisprudenziale di Strasburgo sull'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, questa volta sarebbe stato il Giudice dell'Unione e non il Giudice della Convenzione, ad attribuire maggior forza estensiva alla garanzia del *ne bis in idem*.

La Corte dell'Unione, tuttavia, non ha esattamente dato seguito a tali istanze.

Il 20 marzo 2018, in particolare, la Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronunciava – per la prima volta dopo la fondamentale sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU dei diritti dell'uomo *A e B c. Norvegia* – sulla compatibilità con il diritto UE del sistema italiano di doppio binario penale/amministrativo in materia di illeciti tributari e abusi di mercato⁷¹⁴.

Tutti i rinvii pregiudiziali vertevano sul dubbio di compatibilità dei sistemi di cumulo sanzionatorio – normativamente istaurati *in subiectae materiae* – con l'art. 50 della Carta di Nizza, letto alla luce dell'art. 4, VII Protocollo alla CEDU. Tutti i rinvii pregiudiziali, tuttavia, erano stati sollevati in un momento precedente rispetto alla pronuncia della Grande Camera del novembre 2016, dei cui approdi, dunque, non si teneva conto nella formulazione delle rispettive questioni.

Ciò è necessario premettere in quanto le tre vicende oggetto dei rinvii pregiudiziali – alla luce della precedente giurisprudenza di Strasburgo – avrebbero quasi sicuramente rappresentato automatiche violazioni del divieto di *bis in idem* convenzionale. I casi concreti *Menci*, *Garlsson*, *Di Puma e Zecca*, infatti, erano stati storicamente accumulati dall'avvio di un secondo procedimento, teso ad infliggere una seconda sanzione avente natura sostanzialmente penale, per il medesimo fatto concreto già oggetto di un provvedimento definitivo. Tale esito, tuttavia, dopo la sentenza *A e B c. Norvegia*, non era poi così scontato: ipotizzando che sugli stessi fatti oggetto di un procedimento se ne instauri un secondo finalizzato ad infliggere una nuova sanzione sempre di natura sostanzialmente penale, la violazione del *ne bis in idem* convenzionale non potrebbe *tout court* affermarsi: spetta, infatti, al giudice procedente, verificare o meno l'insussistenza della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i procedimenti in questione e solo allora ritenere violato l'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU.

⁷¹³ L'espressione figurativa è tratta da F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo*, cit., ed era stata utilizzata a margine della sentenza della Corte EDU, *A e B c. Norvegia*.

⁷¹⁴ Per cui, si v. A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali*, cit.; N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *Eurojus.it*, 22 marzo 2018; F. CONSULICH – C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 4.

Questo il quadro che si presentava al Giudice di Lussemburgo, sollecitato da più parti a ripristinare un livello di tutela del *ne bis in idem* più elevato rispetto a quello fornito, da ultimo, dal Giudice di Strasburgo.

Pur presentando alcune proprie peculiarità, le tre pronunce in oggetto enucleano dei principi generali comuni, da cui conviene partire.

In primo luogo, in tutte le pronunce, la Corte premette che le sue valutazioni saranno svolte adoperando come punto di riferimento l'art. 50 CFDUE⁷¹⁵. Infatti, pur ammettendo che i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto UE in quanto principi generali (*ex art. 6, § 3, TUE*), il Giudice di Lussemburgo ricorda che fintanto che l'Unione non vi abbia aderito, la Convenzione non costituisce un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione⁷¹⁶. In aggiunta, è vero che la Carta di Nizza impone di dare ai diritti in essa contemplati e corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla stessa (*ex art. 52, § 3*). Ma, in base alle spiegazioni relative all'art. 52 della Carta, il § 3 di suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Convenzione «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea». Pertanto, la Corte UE conclude che l'esame della questione sollevata sarà condotto «alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e, in particolare, del suo articolo 50»⁷¹⁷.

Ciononostante, è indubbio che i concetti di sanzione di “natura” penale e di *idem factum* siano assunti dalla Corte di Giustizia nello stesso significato loro conferito dalla giurisprudenza di Strasburgo che, del resto, resta immutata sul punto. In particolare, il Giudice dell'Unione qualifica le sanzioni inflitte nei procedimenti “formalmente” amministrativi come “sostanzialmente” penali, sulla base dell'applicazione dei noti criteri *Engel*⁷¹⁸ e, soprattutto, per i profili di afflittività delle sanzioni⁷¹⁹. Come a Strasburgo, poi, anche a Lussemburgo la medesimezza fattuale viene identificata con il c.d. “*idem factum*”: «il criterio rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di uno stesso reato è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di

⁷¹⁵ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, §§ 23-25; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*, §§ 26-27; C-596/17 e C-597/17, *Di Puma e Zecca*, § 2.

⁷¹⁶ Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., § 22; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 24. Conformandosi a Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., § 44.

⁷¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., §§ 17-25 (in particolare § 24); causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., §§ 21-27 (soprattutto, § 26). Nello stesso senso, già Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2017, *Orsi e Baldetti*, cit.

⁷¹⁸ Invero, il riferimento anche in questo caso non è alla pronuncia Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Engel c. Paesi Bassi*, ma alla propria giurisprudenza: Corte di Giustizia UE, Grande sezione, sentenza del 5 giugno 2012, C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*.

⁷¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit. §§ 26-33; *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., §§ 28-35.

circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro»⁷²⁰, senza che la qualificazione giuridica nel diritto nazionale dei fatti e l'interesse giuridico tutelato assurgano a criteri rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza dello stesso fatto⁷²¹.

Le differenze d'approccio tra la Corte della Convenzione e la Corte dell'Unione emergono, invero, rispetto al meccanismo con le quali esse pervengono a dare legittimazione ai sistemi di cumulo procedimentale e sanzionatorio italiani, la prima servendosi del requisito della “stretta connessione sostanziale e temporale”, la seconda utilizzando il *test* di proporzionalità *ex art. 52, § 1 CDFUE*, la cui operatività era stata ampiamente dimostrata nel caso *Zoran Spasic*⁷²².

Il ragionamento della Corte parte dalla valutazione della portata generale dell'art. 50 CDFUE – «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» – che vieta il cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni di natura penale. Se ciò è vero – e posta la sussistenza nei casi concreti (che il giudice del rinvio dovrà comunque autonomamente valutare)⁷²³ dei requisiti dell'*idem factum* e della “natura penale” dei procedimenti e delle sanzioni – la Corte non può fare a meno di rilevare che i sistemi di *double track system* italiani costituiscono una limitazione del diritto fondamentale garantito dall'art. 50 CDFUE⁷²⁴.

Ciò, invero, non implica che la normativa italiana crei un automatico *vulnus* al *ne bis in idem* unionale o, in altri termini, che il cumulo procedimentale e sanzionatorio in materia tributaria e di abusi di mercato costituisca un'immediata violazione del divieto di doppio processo e doppia sanzione europeo⁷²⁵. La compressione di tale garanzia, infatti, risulta legittima nei limiti stabiliti già in precedenza dalla giurisprudenza di Lussemburgo in *Spasic* e, dunque, imposti dall'art. 52, § 1 della Carta di Nizza, a mente del quale: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

⁷²⁰ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., § 35; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 37. Nello stesso senso già Corte di Giustizia UE, sentenza del 18 luglio 2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*, § 26; nonché sentenza del 16 novembre 2010, C-261/09, *Mantello*, §§ 39 e 40.

⁷²¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., §§ 34-39; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., §§ 36-41.

⁷²² Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14, *Zoran Spasic*.

⁷²³ In tutte le sentenze del 20 marzo 2018, la Corte di Giustizia ribadisce che la verifica della sussistenza di suddetti indici spetta al giudice nazionale, non essendo comunque escluso che essa, pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale, possa fornire indicazioni utili ad orientare il giudice interno nella sua valutazione.

⁷²⁴ Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., § 39; causa *Garlsson*, cit., § 41; cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit. § 40.

⁷²⁵ *Ibidem*, causa *Menci*, cit. § 40; causa *Garlsson*, cit., § 42; cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit. § 41.

Dunque, la Corte di Giustizia individua alcuni parametri per orientare il giudice nazionale nel valutare se la previsione di un doppio binario dia luogo ad una “limitazione” del *ne bis in idem* conforme al diritto dell’Unione:

- a) innanzitutto, il cumulo di procedimenti e sanzioni deve essere una conseguenza «prevista dalla legge»⁷²⁶. Dunque, eventuali limitazioni devono essere previste da regole chiare e precise, tali da rendere prevedibile il ricorso ad un sistema di doppio binario sanzionatorio;
- b) in secondo luogo, le limitazioni devono essere finalizzate – nel rispetto del principio di proporzionalità – a un «obiettivo di interesse generale» tale da giustificare il cumulo, fermo restando che i procedimenti e le sanzioni devono avere «scopi complementari riguardanti [...] aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato»⁷²⁷;
- c) inoltre, devono essere previsti meccanismi normativi tali da garantire un coordinamento, tra i due procedimenti «volto a ridurre allo stretto necessario l’onere supplementare che un simile cumulo comporta agli interessati»⁷²⁸. Tale requisito, peraltro, sembra riecheggiare quello della “sufficiente connessione sostanziale” evocato dalla Corte EDU, sebbene la Grande Sezione di Lussemburgo non abbia fornito precisazioni di sorta su come debba concretamente atteggiarsi il criterio del “coordinamento” tra procedimenti⁷²⁹;
- d) infine⁷³⁰, è necessario garantire la complessiva proporzionalità del carico sanzionatorio irrogato rispetto alla gravità del fatto commesso⁷³¹, limitando a quanto strettamente necessario il complesso delle sanzioni irrogate.

Il Giudice di Lussemburgo, come anticipato, affida la verifica della sussistenza di tali parametri al giudice nazionale, pur non essendo escluso che egli decida di avvalersi della opera di interpretazione in via pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Infatti, la Corte stessa si cura di svolgere il *test de quo* nei confronti di ognuna delle singole fattispecie oggetto dei tre rinvii.

10.1 La risposta alla pregiudiziale *Menci*

⁷²⁶ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., § 42; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 44.

⁷²⁷ *Ibidem*, causa *Menci*, cit., § 44; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 46; cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 42.

⁷²⁸ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., § 53; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 55.

⁷²⁹ E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 379 s.

⁷³⁰ Si noti che, diversamente dalla Corte EDU, la Corte di Lussemburgo non fa alcun cenno al profilo della “sufficiente connessione temporale”.

⁷³¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., § 55; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 56.

Riportiamo brevemente alla mente le singole vicende. La *causa Menci* aveva ad oggetto un classico caso di doppio binario in materia tributaria. Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bergamo, infatti, era stato presentato nell'ambito di un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. 74/2000 a carico dell'imputato (sig. Menci, per l'appunto) cui era già stata inflitta, in via definitiva, una sanzione pecuniaria qualificata come amministrativa (ma, secondo la tesi del Giudice bergamasco, "sostanzialmente penale"), all'esito del procedimento penale *ex art.* 13 d.lgs. 471/1997, relativa al medesimo importo IVA non pagato. Così, il giudice nazionale decideva di sospendere il procedimento penale e di sottoporre alla Corte di Lussemburgo la seguente questione pregiudiziale: «Se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4, Protocollo n. 7, [della CEDU] e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile».

La Corte, in risposta al quesito, effettua il *test* necessario per valutare la conformità della limitazione del principio del *ne bis in idem* che risulta dalla normativa nazionale in discussione.

- a) In relazione alla verifica del primo parametro desumibile dall'art. 51, § 1, CDFUE, ossia la necessità che la normativa nazionale risponda ad un obiettivo di interesse generale, la Corte rileva che – dal fascicolo a sua disposizione – l'obiettivo perseguito dal "doppio binario" risulta essere quello di assicurare l'integrale riscossione dell'IVA. Costituendo tale obiettivo una finalità di estrema rilevanza per la salvaguardia degli interessi finanziari dell'Unione, un cumulo procedimentale e sanzionatorio di natura penale «può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardano, in vista della realizzazione di un obiettivo siffatto, scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata»⁷³². Dunque, appare legittimo che uno Stato – in materia di reati IVA – si proponga da un lato, di dissuadere e reprimere qualsiasi forma di inadempimento infliggendo sanzioni amministrative e, dall'altro, di dissuadere e reprimere inadempimenti gravi, che in virtù del loro particolare carattere deleterio per la società, giustificano l'adozione di sanzioni penali più rigorose⁷³³.
- b) Quanto premesso, tuttavia, richiede comunque il rispetto del principio di proporzionalità: è infatti, comunque necessario che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi; fermo restando che quando è possibile ricorrere a più misure ugualmente adeguate, deve prediligersi quella meno restrittiva avendo

⁷³² Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit., § 44.

⁷³³ *Ibid.*, § 45.

cura di garantire che le conseguenze negative causate all'autore dell'illecito non siano sproporzionate rispetto agli scopi perseguiti⁷³⁴. In questo contesto, la proporzionalità della normativa nazionale, come quella in questione, «non può essere rimessa in discussione sulla base della sola circostanza che lo Stato membro interessato abbia operato la scelta di prevedere la possibilità di un cumulo del genere, salvo altrimenti privare detto Stato membro» della libertà di scelta delle sanzioni applicabili⁷³⁵. Infatti, in assenza di armonizzazione del diritto dell'UE in materia, gli Stati possono discrezionalmente optare per la previsione di un unico procedimento di natura penale o amministrativa ovvero di un doppio binario sanzionatorio.

- c) Per quanto riguarda la previsione per legge e la prevedibilità della limitazione, la Corte non sembra avere dubbi, essendo «pacifico che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali così come procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale è prevista dalla legge [...] ed essa consente un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni unicamente a condizioni fissate in modo tassativo»⁷³⁶.
- d) Soddisfatta, inoltre, appare anche la necessità che la normativa nazionale garantisca che gli oneri derivanti, a carico degli interessati, dal cumulo siano limitati a quanto strettamente necessario al fine di realizzare l'obiettivo di carattere generale prima menzionato. Nonostante il fatto che i procedimenti si svolgano in modo indipendente e la normativa nazionale consenta di avviare procedimenti penali anche dopo l'inflizione definitiva di una sanzione amministrativa, infatti, emerge «che detta normativa sembra limitare i procedimenti penali ai reati di una certa gravità, vale a dire quelli relativi ad un importo di IVA non versata superiore a EUR 50.000, per i quali il legislatore nazionale ha previsto una pena detentiva, la cui severità appare giustificare la necessità di avviare, la fine di imporre una pena del genere, un procedimento indipendente dal procedimento amministrativo di natura penale»⁷³⁷.
- e) Infine, il Giudice di Lussemburgo ritiene soddisfatto anche il requisito della proporzione della sanzione cumulativamente irrogata. La verifica fa leva sull'art. 21 del d.lgs. 74/2000⁷³⁸ che – secondo la Corte – «non si limita a prevedere la sospensione dell'esecuzione forzata delle sanzioni amministrative di natura penale nel corso del procedimento penale, ma» esclude definitivamente tale esecuzione dopo la condanna penale dell'interessato. Inoltre, «il pagamento volontario del debito tributario, purché riguardi parimenti la sanzione amministrativa inflitta all'interessato, costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tenere conto nell'ambito del

⁷³⁴ *Ibid.*, § 46.

⁷³⁵ *Ibid.*, § 47.

⁷³⁶ *Ibid.*, §§ 42 e 43.

⁷³⁷ *Ibid.*, § 54.

⁷³⁸ *Ibid.*, § 56.

procedimento penale». Preso atto di ciò, la normativa nazionale, secondo la Corte UE predispone una serie di regole idonee a garantire che le sanzioni imposte siano strettamente limitate a quanto necessario rispetto alla gravità del fatto commesso⁷³⁹.

In conclusione, dunque – sulla base del fascicolo a sua disposizione – la Corte ritiene soddisfatti i parametri del *test* di legittimità della limitazione dell'art. 50 CDFUE posta dalla normativa nazionale tributaria. Tuttavia, ribadendo che in via definitiva spetterà al giudice del rinvio valutare tale conformità⁷⁴⁰.

10.2 La risposta alla pregiudiziale *Garlsson Real Estate SA e a.*

La causa *Garlsson Real Estate SA e a.* aveva ad oggetto una domanda di rinvio pregiudiziale presentata nell'ambito di una controversia che contrapponeva la *Garlsson Real Estate SA*, il sig. Stefano Ricucci e la *Magiste International SA* alla Consob, in merito alla legittimità di una sanzione amministrativa pecuniaria che era stata inflitta per violazioni della normativa in materia di manipolazione del mercato.

In seguito ad alcune operazioni di mercato e di diffusione al pubblico di informazioni finalizzate a sostenere il prezzo di titoli quotati nei mercati regolamentati, la Consob irrogava la sanzione amministrativa pecuniaria di oltre 10 milioni di euro per l'illecito amministrativo *ex art. 187-ter t.u.f.* (manipolazione del mercato), nei confronti del noto imprenditore Stefano Ricucci e delle due società a lui collegate. La sanzione veniva ridotta a 5 milioni dalla Corte d'appello di Roma, contro la cui pronuncia le parti proponevano ricorso per cassazione.

Intanto, Stefano Ricucci chiudeva la pendenza dell'analogo procedimento penale per il delitto di manipolazione di cui all'art. 185 t.u.f. – in relazione alle medesime condotte sanzionate dalla Commissione in via amministrativa – mediante sentenza di patteggiamento, con la quale gli veniva applicata la pena di tre anni di reclusione (integralmente condonata sulla base della l. 241/2006), ed alcune pene accessorie.

Dunque, la sezione tributaria civile della Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso esperito contro la sanzione irrogata in via amministrativa, con ordinanza del 6 novembre 2014, sollevava incidente di costituzionalità dell'art. 187-ter t.u.f., per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in

⁷³⁹ *Ibid.*, §§ 54-57.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, § 64.

riferimento all'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU, alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo all'esito dell'*arrêt Grande Stevens*.

Come noto, la Consulta dichiarava inammissibile la questione⁷⁴¹, formulata in termini “dubitativi” e “perplexi” e, peraltro, non avendo la Sezione tributaria sciolto i dubbi sulla compatibilità con gli obblighi di repressione degli abusi di mercato imposti dal diritto eurounitario con la soluzione apparentemente imposta dalla giurisprudenza EDU alla luce della sentenza *Grande Stevens*.

Il giudizio, per tal motivo restituito alla Sezione Tributaria la induceva, poi, a rimettere la questione alla Corte dell'Unione, proponendo nella specie due questioni pregiudiziali:

«1) Se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte [EDU] e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile;

2) Se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del “ne bis in idem”, in base all'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte [EDU] e della normativa nazionale».

Anche in questo caso la Corte di Giustizia effettua il *test* di conformità della limitazione al disposto dell'art. 52, § 1, CDFUE.

a) Per quanto riguarda la questione se la limitazione al principio del *ne bis in idem* operata dalla normativa nazionale di cui si discute risponda ad un obiettivo di interesse generale, la Corte ritiene sussistente tale primo requisito: dal fascicolo a sua disposizione, risulta che la normativa istitutiva del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato «mira a tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari». La rilevanza che tale obiettivo riveste per la giurisprudenza della Corte⁷⁴² è tale da giustificare il cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale sempre, però, che tali procedimenti e sanzioni – al fine del suo conseguimento – perseguano «scopi complementari riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato»⁷⁴³, spettando, ancora una volta, al giudice del rinvio valutare la sussistenza di tale requisito.

⁷⁴¹ C. cost., sent. n. 102 del 2016, cit.

⁷⁴² V. in tal senso, Corte di giustizia UE, *Spector Photo Group*, cit., §§ 37 e 42.

⁷⁴³ Corte di Giustizia UE, causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 46. *Ibidem*, § 47: «A tal riguardo, in materia di illeciti legati alle manipolazioni del mercato, sembra legittimo che uno Stato membro voglia, da un lato, scoraggiare e reprimere ogni violazione, intenzionale o meno, del divieto di manipolazione del mercato applicando sanzioni amministrative stabilite, se del caso, in maniera forfettaria e, dall'altro, scoraggiare e reprimere violazioni gravi di tale divieto, che sono particolarmente dannose per la società e che giustificano l'adozione di sanzioni penali più severe».

- b) Con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità – che «esige che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale [...], non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti da tale normativa, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati dalla stessa non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti» – questo non può essere messo in dubbio per il solo fatto che lo Stato italiano abbia optato per la possibilità di un cumulo procedimentale e sanzionatorio, a meno di non voler privare lo Stato della libertà di scelta delle misure applicabili, garantita – in materia – dall’art. 14, § 1, della Direttiva 2003/6, in combinato disposto con l’art. 5 della medesima, sulla base di cui: «gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili nei confronti dei responsabili di manipolazioni del mercato»⁷⁴⁴.
- c) Pacifica, inoltre, è riconosciuta la previsione per legge e la prevedibilità del doppio binario. Infatti: «risulta che la normativa nazionale oggetto del procedimento principale prevede, in modo chiaro e preciso, in quali circostanze le manipolazioni del mercato possano essere oggetto di un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale»⁷⁴⁵.

Dinanzi, dunque, ad una serie di indicatori ritenuti sussistenti che farebbero propendere per la legittimità della limitazione all’art. 50 CDFUE derivante dal sistema di *double track system* italiano, la verifica degli altri due indicatori non dà lo stesso esito positivo.

Anzitutto, la Corte ne ribadiva l’importanza. Una normativa nazionale che comporti una compressione del diritto fondamentale al *ne bis in idem* deve essere tale da garantire, da un lato, che gli oneri derivanti in capo agli interessati dal cumulo siano limitati allo «stretto necessario per realizzare l’obiettivo» di interesse generale⁷⁴⁶; dall’altro ed in particolare, il sistema di cumulo deve essere accompagnato da norme che consentano di garantire che la severità dell’insieme delle sanzioni inflitte corrisponda effettivamente alla gravità del reato commesso. Nello specifico: «Tali norme devono prevedere l’obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, di assicurarsi che la severità dell’insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato»⁷⁴⁷.

Nella fattispecie specifica, tuttavia, la Corte di Lussemburgo, c) giunge a ritenere eccessivo il sacrificio dell’imputato, tanto dal punto di vista degli oneri cui il doppio procedimento lo espone, d) quanto da quello della proporzione della sanzione.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, § 49.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, § 53.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, § 54.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, § 56.

In particolar modo, i giudici affermano che la prosecuzione del procedimento formalmente amministrativo (ma sostanzialmente penale) di cui all'art. 187-ter t.u.f. eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo che la normativa in materia di manipolazione del mercato si prefigge, essendo la sanzione prevista dall'art. 185 t.u.f. – salvo verifica del giudice nazionale – sufficientemente severa da reprimere il comportamento in questione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva⁷⁴⁸.

Non rileva, in senso contrario, osserva la Corte: né il fatto che l'art. 187-terdecies preveda che quando per lo stesso fatto sono state applicate una multa e una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della prima è limitata alla parte eccedente l'importo della seconda «dal momento che l'articolo 187-terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione» e pertanto, «non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione»⁷⁴⁹; o il fatto che la pena patteggiata dall'imputato si sia, in seguito, estinta per indulto, poiché la protezione di cui all'art. 50 della Carta si applica a tutti quei soggetti assolti o condannati con sentenza penale definitiva, anche quelli la cui pena si è poi estinta per via di indulto⁷⁵⁰.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di giustizia rispondeva in tal modo alla prima questione della Suprema Corte italiana: «l'articolo 50 della Carta dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva»⁷⁵¹.

Pacifica, invece, la risposta al secondo quesito pregiudiziale, con cui il giudice del rinvio chiedeva se il principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 CDFUE conferisse ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale. Al proposito, la Corte ricordava come proprio all'art. 50 della Carta di Nizza avesse già in precedenza riconosciuto efficacia diretta nella sentenza *Fransson*⁷⁵²:

⁷⁴⁸ Corte di Giustizia UE, causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., §§ 58 e 59.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, § 60.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, § 62.

⁷⁵¹ *Ibid.*, § 63.

⁷⁵² Cfr. Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 67: «[...] nell'esaminare la compatibilità di norme di diritto interno con i diritti garantiti dalla Carta, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando

«Il principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale»⁷⁵³.

10.3 La risposta alle pregiudiziali *Di Puma e Zecca*

L'ultima delle cause affrontate dalla Corte di Giustizia ha ad oggetto due rinvii pregiudiziali della Cassazione civile in materia di abuso di informazioni privilegiate, nel contesto di due controversie che vedevano contrapposti, per la prima, il sig. Di Puma alla Consob, per la seconda la Consob al sig. Zecca, riguardo alla legittimità di sanzioni amministrative pecuniarie irrogate per abuso di informazioni privilegiate.

Il caso, anche questa volta, restava nelle maglie del sistema dei *market abuse*, e vedeva l'applicazione da parte della Consob, nei confronti di due persone fisiche, di sanzioni amministrative pecuniarie per le condotte di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187-*bis* t.u.f. Alla delibera Consob i sigg. Di Puma e Zecca presentavano regolare opposizione. La Corte d'appello di Milano rigettava il ricorso di Di Puma e accoglieva quello di Zecca. Così, sia il sig. Di Puma che la Consob, proponevano ricorso per Cassazione nei confronti delle sentenze che li avevano visti soccombenti. Davanti alla Suprema Corte, in particolare, Di Puma e Zecca facevano entrambi leva sull'assoluzione ottenuta nel 2014, davanti al Tribunale di Milano dall'imputazione per delitto di abuso di informazioni privilegiate *ex art. 184 t.u.f.*, precisando che sul capo relativo agli effetti penali, si era oramai formato il giudicato in quanto la sentenza del Tribunale milanese era stata sì impugnata, ma esclusivamente dalla Consob (costituitasi parte civile nel procedimento penale) e non dal pubblico ministero.

Se la decisione *de qua* doveva considerarsi definitiva e avendo avuto ad oggetto il medesimo fatto storico del procedimento ancora pendente avanti alla Cassazione civile, il ricorrente chiedeva un'immediata declaratoria di non doversi procedere in quest'ultima sede in forza dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU e dell'art. 50 CDFUE.

Così, la Corte di cassazione decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

⁷⁵³ Cfr. Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 69.

«1) Se l'articolo 50 della [Carta] vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali.

2) Se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 della [Carta], debba tener conto dei limiti di pena posti dalla direttiva [2014/57]».

Si noti che «Con ordinanza del presidente della Corte del 23 dicembre 2016, le cause C-596/16 e C-597/16 venivano riunite ai fini delle fasi scritta ed orale del procedimento, nonché della sentenza»⁷⁵⁴.

Approfondiamo anzitutto la prima domanda pregiudiziale. La Cassazione, nel caso di specie, chiedeva in sostanza se fosse possibile – nei confronti di due persone fisiche assolve in sede penale – instaurare un nuovo procedimento diretto all'inflizione di una sanzione amministrativa ma di natura sostanzialmente penale, come quella prevista dall'art. 187-ter t.u.f. Come noto, tale possibilità, prima di *A e B c. Norvegia*, sarebbe stata radicalmente preclusa alle autorità nazionali. E tale preclusione doveva ritenersi sussistente anche nei casi di assoluzione in sede penale, ossia quando pure esiste una norma nel nostro codice di rito penale – l'art. 654 c.p.p. – che riconosce l'efficacia del giudicato penale all'interno del procedimento amministrativo sui medesimi fatti, perché tale disposizione comunque presuppone – per poter essere applicata – la celebrazione di un secondo procedimento.

La Corte di giustizia, nel caso di specie, ritiene necessario riformulare il primo quesito pregiudiziale. Il quesito, invero, riguarda l'interpretazione dell'art. 50 della Carta di Nizza, ma in effetti la Corte rileva che il giudice del rinvio si interroga, nello specifico, sulla compatibilità proprio dell'art. 654 c.p.p. con l'art. 14, § 1, della direttiva 2003/6/CE e il diritto fondamentale garantito dall'art. 50. In sostanza, il giudice nazionale chiedeva al Giudice di Lussemburgo se l'art. 14, § 1 imponesse, nonostante il principio del *ne bis in idem*, di proseguire un procedimento finalizzato all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria anche a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione dotata dell'autorità di cosa giudicata, mettendo così in discussione il principio dell'autorità del giudicato, contrariamente alla previsione nazionale di cui all'art. 654 c.p.p.⁷⁵⁵.

Da ciò derivava, secondo la Corte dell'Unione, che la prima domanda pregiudiziale dovesse essere così intesa: «il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva

⁷⁵⁴ Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 23.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, § 24.

2003/6, letto alla luce dell'articolo 50 della Carta, vada interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati»⁷⁵⁶ e, dunque, in termini essenziali, se l'art. 14, § 1, osta a una disposizione interna, quale l'art. 654 c.p.p., che estende al procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria l'autorità di cosa giudicata delle affermazioni in punto di fatto, elaborate nel contesto di un procedimento penale⁷⁵⁷.

Per la risposta al quesito, la Corte, ovviamente, si serve dei referenti normativi che derivano dalla Direttiva *de qua*. In particolare, essa rammenta che l'articolo 14, § 1, letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 della Direttiva n. 6 del 2003, obbliga gli Stati a prevedere sanzioni amministrative effettive proporzionate e dissuasive per le violazioni del divieto di abuso di informazioni privilegiate, senza imporre agli Stati membri di prevedere – nei confronti degli autori di tali abusi – anche sanzioni penali. Ciononostante, non è stato parimenti imposto agli Stati di evitare un cumulo di sanzioni penali e amministrative (sempre che la limitazione dell'art. 50 CDFUE, sia conforme alla disposizione *ex art.* 51, § 1, CDFUE). Di certo, però, l'obbligo di prevedere sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive presuppone che le autorità domestiche accertino i fatti che dimostrano l'esistenza, nei singoli casi, di condotte che giustifichino l'irrogazione della sanzione amministrativa. Nel procedimento penale di cui si discute, al contrario, gli elementi costitutivi degli abusi di informazioni privilegiate non risultavano provati, e questo originava una sentenza di assoluzione definitiva avente autorità di cosa giudicata. Ma bisogna parimenti rilevare che:

- a) né l'art. 14, né altre disposizioni della Direttiva n. 6 del 2003 indicano quali effetti debba avere una sentenza penale definitiva di assoluzione su un procedimento amministrativo⁷⁵⁸;
- b) la giurisprudenza dell'Unione⁷⁵⁹ non ha mai imposto che le norme procedurali domestiche che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale vengano disapplicate, soprattutto in forza dell'importanza che il principio del giudicato riveste nell'ordinamento giuridico dell'Unione e negli ordinamenti giuridici degli Stati membri⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 25.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, § 29.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, § 30.

⁷⁵⁹ V., in tal senso, per quanto riguarda il principio di effettività, Corte di Giustizia UE, sentenze del 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, §§ 58 e 59, nonché del 6 ottobre 2015, *Târșia*, C-69/14, §§ 28 e 29.

⁷⁶⁰ Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 31.

Così fornite le premesse, l'art. 14, § 1, della Direttiva non potrebbe portare a escludere l'autorità di cosa giudicata che una sentenza penale di assoluzione possiede – sulla base di una disposizione nazionale come l'art. 654 c.p.p. – nei confronti di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa vertente sui medesimi fatti che detta sentenza ha sancito non essere provati. Tuttavia, seppure l'art. 14, § 1, della Direttiva non osta a una normativa nazionale di tal genere, è pure vero che deve essere fatta salva «la possibilità, prevista dall'articolo 4, paragrafo 2, del protocollo n. 7 alla CEDU, di eventuale riapertura del processo penale, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza penale pronunciata». Dunque, nonostante l'autorità di cosa giudicata attribuita dalla disposizione nazionale alle affermazioni in punto di fatto della sentenza penale nei confronti del procedimento amministrativo, è possibile che le condotte di abuso di informazioni privilegiate siano comunque sanzionate se, successivamente, i fatti in causa risultino provati.

Sarebbe, dunque, in linea di massima possibile – salvo quanto si dirà – la prosecuzione del procedimento amministrativo fondato sui medesimi fatti, che nel precedente procedimento penale risultavano non provati. In questo caso, però, dovrà valutarsi la conformità della limitazione del diritto fondamentale al *ne bis in idem* con le indicazioni desumibili dall'art. 51, § 1 CDFUE.

Dunque, la Corte di Giustizia effettua, anche in questo caso, il *test* di legittimità della limitazione all'art. 50 della Carta di Nizza.

In primo luogo, rileva che – nel caso concreto – il cumulo procedimentale e sanzionatorio previsto dalla normativa italiana possa essere giustificato dall'obiettivo di interesse generale della protezione dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, sempre che «tali azioni e sanzioni siano intese, in vista del conseguimento di detto obiettivo, a fini complementari aventi ad oggetto, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento costitutivo dell'infrazione in oggetto»⁷⁶¹.

Soddisfatto tale parametro, la verifica del rispetto del principio di proporzionalità non dà esito ugualmente positivo. Sul tema, infatti, la Corte di Lussemburgo ritiene che la prosecuzione del procedimento amministrativo per l'irrogazione di una sanzione “sostanzialmente” penale, che sanziona le medesime condotte già oggetto di un precedente procedimento penale, eccederebbe l'obiettivo di interesse generale prima menzionato, nel momento in cui «esiste una sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara l'assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione che l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6 è inteso a sanzionare»⁷⁶².

⁷⁶¹ Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 42.

⁷⁶² *Ibidem*.

Da qui, la risposta conclusiva della Corte di Giustizia alla prima domanda pregiudiziale, così come dalla stessa interpolata: «l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6, letto alla luce dell'articolo 50 della Carta, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento non erano provati»⁷⁶³. Ampiamente argomentata la risposta alla prima domanda pregiudiziale, la Corte ritiene non necessario procedere alla diretta soluzione della seconda.

10.4 Alcune considerazioni

Conclusivamente al commento delle risposte date dalla Corte di Lussemburgo ai tre rinvii pregiudiziali italiani, è utile tracciare fin da ora qualche indicazione di massima.

Anzitutto, la Corte non sembra avere dubbi sull'ammissibilità delle questioni pregiudiziali che le vengono sottoposte. La stessa, infatti, agevolmente ritiene integrato l'art. 51, § 1, CDFUE, secondo cui «le disposizioni della presente Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Nella specie, quando la Corte si occupa della causa *Menci*, in tema di omesso versamento IVA, individua – in conformità alla sua precedente giurisprudenza⁷⁶⁴ – il legame tra la disciplina nazionale e il diritto UE nella Direttiva 2006/112/CE letta in combinato disposto con l'art. 325 TFUE. In tutti gli altri casi, invece, discutendosi di *market abuse*, il referente normativo eurounitario si rinviene nella Direttiva 2003/6/CE⁷⁶⁵.

Ancora una volta, poi, la Corte UE conferma la tesi della diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE: il giudice nazionale che dovesse ravvisare un contrasto tra la normativa nazionale e il principio del *ne bis in idem* (alla luce dei criteri esposti), è tenuto a disapplicare «di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁷⁶⁶.

⁷⁶³ Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 46.

⁷⁶⁴ Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, § 26.

⁷⁶⁵ Cfr., N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

⁷⁶⁶ In via meramente esemplificativa, Corte di Giustizia UE, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 67.

Ancora, anche per la Corte di Giustizia i fatti oggetto dei procedimenti in discussione sembrano essere i medesimi, così come hanno indubbia natura penale le sanzioni irrogate all'esito sia del procedimento amministrativo-tributario, sia del procedimento davanti alla Consob.

In particolare, sul tema della riconducibilità alla "*matière pénale*", nelle tre sentenze in commento la Corte conferma l'approccio seguito in *Fransson* e, dunque, il ricorso agli *Engel's criteria* (o piuttosto, criteri *Bonda*). È stato, tuttavia, rilevato un elemento di novità sul punto: a differenza della sentenza del 2013, la Corte di Giustizia applica i singoli criteri a ciascuno dei casi concreti che le sono sottoposti, arrivando a concludere nel senso di una chiara qualificazione delle sanzioni amministrative in esame come sanzioni "sostanzialmente" penali (pur "formalmente" affidando la valutazione finale al giudice nazionale)⁷⁶⁷.

Invero, la stessa dottrina rinviene un profilo di novità anche rispetto al tema dell'*idem factum*. Se, infatti, è vero che la Corte di Giustizia ribadisce la sua precedente giurisprudenza affermando che ai fini dell'integrazione del *bis in idem* sia necessario che oggetto dei due procedimenti sia lo stesso soggetto e lo stesso fatto inteso in senso storico-naturalistico⁷⁶⁸ come "identità dei fatti materiali", tuttavia al consolidato *dictum* apporta qualcosa di nuovo: il Giudice di Lussemburgo precisa che la previsione di un elemento costitutivo aggiuntivo «non è, di per sé sola, tale da mettere in discussione l'identità dei fatti materiali interessati», con ciò respingendo le sollecitazioni del governo italiano che negava la sussistenza di un *idem factum* sulla base dei diversi elementi soggettivi richiesti dall'illecito penale e da quello amministrativo.

Quanto rilevato permette di giungere ad una prima conclusione: il punto di partenza, sia per la Corte di Giustizia che per la Corte di Strasburgo per acclarare un'ipotetica violazione della garanzia del *ne bis in idem* sembrerebbe, ancora, doversi individuare nella sussistenza tra i procedimenti di un *idem factum* e del cumulo di procedimenti e sanzioni "sostanzialmente" penali. Entrambe le Corti, tuttavia, ritengono insufficienti tali elementi per ritenere *tout court* violate le garanzie ex art. 50 CDFUE e art. 4, Prot. n. 7, CEDU: non basta, dunque, per ritenere violato il principio del *ne bis in idem* la ricorrenza di un secondo procedimento inteso ad irrogare una sanzione avente natura penale, dopo la definitività di un primo procedimento sugli stessi fatti.

Qualcosa, però, cambia avendo riguardo alle recenti pronunce delle Corti europee: la Corte di Strasburgo, valuta la conformità dei *double track system* con la garanzia ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU sulla base del *test* della "stretta connessione sostanziale e temporale"; per converso, la Corte di

⁷⁶⁷ Cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

⁷⁶⁸ La Corte di Giustizia dell'Unione rinvia alla sentenza del 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*.

Giustizia basa il giudizio di conformità dei sistemi di cumulo con il diritto di cui all'art. 50 CDFUE, attraverso il *test ex art. 52, § 3, CDFUE*⁷⁶⁹.

Dunque, seguendo l'argomentazione della Corte di Strasburgo in *A e B c. Norvegia* la garanzia del *ne bis in idem* non potrebbe dirsi nemmeno integrata senza la sussistenza della “*sufficiently close connection in substance and time*”. Diversamente, la Corte di Giustizia ritiene integrata una lesione del *ne bis in idem ex art. 50 CDFUE* sulla base della sola verifica della duplicazione di procedimenti sostanzialmente penali a danno della medesima persona per il medesimo fatto, tuttavia esprimendo tale garanzia «da un punto di vista dogmatico, non una regola ma un principio, come tale da bilanciare ai sensi dell'art. 52 della Carta»⁷⁷⁰.

Prescindendo, solo per il momento, dal considerare la conformità degli indici e delle conclusioni cui le due Corti europee pervengono, ciò che – almeno apparentemente – non muta completamente rispetto al passato è che sussiste ancora un margine di rischio di violazione del *ne bis in idem* da parte della disciplina interna in tema di abusi di mercato.

Occorre, infatti, segnalare che la Corte di Giustizia non ha mancato di riconoscere la violazione dell'art. 50 CDFUE quantomeno in due circostanze.

In primo luogo, nei casi in cui la sanzione penale sia intervenuta prima della sanzione (formalmente) amministrativa, «il difetto di proporzione è *in re ipsa*»⁷⁷¹: ritenendo la sanzione penale «idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva»⁷⁷², prevedere un ulteriore aggravamento sanzionatorio attuato mediante sanzione formalmente amministrativa, deve considerarsi una violazione dell'art. 50 CDFUE, in quanto vi sarebbe una chiara sproporzione tra la gravità dei fatti commessi e la risposta sanzionatoria complessivamente irrogata.

La stessa violazione, peraltro, si riscontrerebbe quando il procedimento amministrativo si sia avviato sempre successivamente alla conclusione del procedimento penale conclusosi, però, con una sentenza di assoluzione: anche in questo caso, infatti, non si capisce come l'esistenza di «una sentenza penale definitiva di assoluzione che dichiara l'assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione che l'articolo 14, paragrafo 1, della Direttiva 2003/6 è inteso a sanzionare»⁷⁷³, possa

⁷⁷⁰ Cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit. L'autore, infatti, rileva che le Corti europee giungono a conclusioni sostanzialmente simili, senonché divergono formalmente nella struttura argomentativa attraverso cui approdano a tali esiti.

⁷⁷¹ E. AMATI – N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 381.

⁷⁷² Corte di Giustizia UE, causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 59.

⁷⁷³ Corte di Giustizia UE, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 44.

giustificare un secondo procedimento *de eadem re*, senza eccedere manifestamente quanto necessario a garantire un trattamento sanzionatorio nel complesso proporzionato.

CAPITOLO III

DAL *NE BIS IN IDEM* PROCESSUALE ALLA PROPORZIONALITÀ SANZIONATORIA

1. ***Quid accidit* all'indomani delle sentenze della Corte di Giustizia del marzo 2018. I recenti approdi del giudice italiano**

La risposta del giudice nostrano ai *dicta* di Lussemburgo – desumibili dalle tre sentenze del 20 marzo 2018⁷⁷⁴ – non si è fatta attendere. Sicuramente, alle varie sentenze intervenute negli ultimi mesi non è corrisposta una assoluta diversità di approcci; senonché, si rilevano una serie di ulteriori indicazioni – soprattutto dalla Corte di legittimità – che non solo spiegano, ma si aggiungono a quelle offerte dal Giudice UE e dal Giudice di Strasburgo, in un momento in cui il numero degli indicatori di cui tener conto per valutare la conformità del *double track system* al principio del *ne bis in idem* eurounitario e convenzionale, risultava già abbastanza nutrito.

1.1 L'applicazione dei “*test di compatibilità*” delle Corti europee: l'art. 133 c.p. per assicurare la proporzionalità del cumulo

Il 16 luglio 2018⁷⁷⁵, il Giudice di legittimità è tornato a pronunciarsi sul tema della conformità del doppio binario sanzionatorio, in materia di abusi di mercato, con il principio, convenzionale ed eurounitario, del *ne bis in idem*. La pronuncia acquista indubbia rilevanza perché ricostruisce, lucidamente, i più recenti approdi raggiunti sul tema dai Giudici europei e soprattutto, per la prima volta, applica al caso concreto i due “*test di compatibilità*” declinati rispettivamente dalla Corte di Strasburgo e di Lussemburgo.

Veniamo, brevemente, ai fatti oggetto della pronuncia.

La sentenza della Quinta Sezione che si commenta ha origine dal ricorso per Cassazione promosso da tre imputati – Franconi Spartaco ed Ernesto e Papiova Lenka – contro una sentenza della Corte

⁷⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentt. 20 marzo 2018, cause *Menci*; *Garlsson Real Estate SA e a.*; *Di Puma e Zecca*.

⁷⁷⁵ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, *Franconi*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*.

d'Appello di Milano che li aveva ritenuti responsabili, in concorso tra loro *ex art. 110 c.p.*, del delitto di manipolazione del mercato di cui all'*art. 185 t.u.f.* Avverso la sentenza i tre imputati proponevano, appunto, ricorso per Cassazione. Tra i motivi di doglianza, per quanto di nostro interesse⁷⁷⁶, maggiore attenzione merita la lamentata «violazione dell'*art. 649 c.p.p.*, in relazione all'*art. 4, Prot. n. 7, CEDU*, come interpretato dalla sentenza Grande Stevens della Corte EDU e da numerose successive pronunzie della Corte di Strasburgo»⁷⁷⁷. Peraltro, tale violazione era stata eccepita dagli imputati anche durante il giudizio di merito, in quanto gli stessi erano stati sanzionati, per il medesimo fatto, già in via amministrativa ai sensi dell'*artt. 187-ter t.u.f. e 187-quater t.u.f.*⁷⁷⁸. Secondo i ricorrenti, nella vicenda *l'idem factum* doveva ravvisarsi nella medesimezza delle condotte illecite che erano state oggetto dei due procedimenti – prima amministrativo e poi penale – e che, nel dettaglio, si erano concretizzate nell'ipotizzata manipolazione del prezzo delle azioni

⁷⁷⁶ Oltre alla violazione dell'*art. 649 c.p.p.*, altra questione di natura squisitamente processuale accumulava i tre ricorsi. Veniva, infatti, dedotta anche la violazione delle norme processuali di cui agli *artt. 8 e 21 c.p.p.* e, in tal modo, riproposta anche in Cassazione la questione dell'incompetenza territoriale del Tribunale di Milano in favore del Tribunale di Terni. I fratelli Franconi, infatti, sostenevano che il delitto si fosse consumato nel luogo in cui si era realizzata la condotta – trattandosi di un «reato di pura condotta di pericolo» – che nel caso di specie, doveva essere individuato a Terni, ove aveva sede la banca, tramite la quale le operazioni erano state realizzate. Secondo il ricorso della Sig.ra Papiova, inoltre, la Suprema corte avrebbe dovuto conformarsi alla sentenza n. 4324 del 2014 della medesima sezione penale (la Quinta, per l'appunto), che – sempre in coerenza con la natura di reato di pericolo concreto della fattispecie – aveva individuato il momento di perfezionamento del delitto in quello in cui era stato effettuato l'ordine di acquisto. Da ciò ricavando, dunque, analogamente alla tesi dei fratelli Franconi, che il giudice competente per territorio doveva essere ritenuto il Tribunale di Terni, ove si trovava la Banca Unipol, che la ricorrente aveva usato per negoziare i titoli.

La Corte, sul tema, ritenuta pacifica la natura di reato di mera condotta e di pericolo concreto della fattispecie di manipolazione di mercato *ex art. 185 t.u.f.*, per la cui integrazione è sufficiente che siano posti in essere comportamenti diretti a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, senza che sia necessario il verificarsi di tale evento (come asserito pure dai tre ricorrenti) e, inoltre, rilevando anche che l'individuazione della competenza territoriale del giudice è legata al momento di perfezionamento del reato (come sostenuto dalla Papiova), non ritiene, tuttavia, di aderire alle conseguenze desunte dagli imputati sulla base di tali premesse. Infatti, «la condotta delittuosa del manipolatore che opera sul mercato regolamentato diviene oggettivamente percepibile ed è in grado di esplicare la propria capacità decettiva solo quando si manifesta sul mercato stesso ed è in questo luogo virtuale che si consuma il reato e, quindi, nel luogo fisico in cui ha sede la società di gestione del mercato, Borsa Italiana, cioè Milano» (Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., Considerato in diritto, § 2.2). Dunque – come costante giurisprudenza di legittimità sul punto (Cass., Sez. V, sent. 4 luglio 2013, n. 51897; Sez. II, sent. 28 novembre 2012, n. 12989; Cass., Sez. V, sent. 7 dicembre 2012, n. 49362. Sul tema si è fatto cenno nel Capitolo I, § 7.1.2) – l'individuazione della competenza territoriale del giudice è sì legata al momento di perfezionamento del reato, ma nel caso in esame si deve tener conto del fatto che questo è stato realizzato tramite operazioni di borsa, radicandosi, pertanto, la competenza per territorio nel luogo in cui le operazioni di compravendita degli strumenti finanziari si sono perfezionate e sono state rese note, che coincide con quello in cui ha sede la Borsa Italiana, ovvero Milano. L'asserita incompetenza del Tribunale di Milano, dunque, non poteva essere sostenuta e il motivo di ricorso *de quo* doveva, per converso, ritenersi infondato.

⁷⁷⁷ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., *Ritenuto in fatto*, § 3.

⁷⁷⁸ Nel dettaglio, con la sanzione di € 150.000 Franconi Spartaco e con la sanzione di € 100.000 ciascuno Franconi Enrico e Papiova Lenka, nonché con le sanzioni interdittive accessorie di un anno il primo e otto mesi ciascuno gli altri due.

quotate di Terni Energia s.p.a. tra il 25 luglio 2008 ed il 20 marzo 2009. La Corte d'Appello di Milano, tuttavia, aveva respinto la lamentata violazione dell'art. 649 c.p.p.⁷⁷⁹.

Nella sentenza in commento, il Giudice di legittimità ripercorre anzitutto gli sviluppi essenziali della giurisprudenza delle Corti europee, snodo necessitato per orientare la verifica della asserita violazione del divieto di *bis in idem*.

Ancora una volta, il discorso prende le mosse dalla sentenza che maggiormente ha avuto ripercussioni sul sistema italiano degli abusi di mercato: la sentenza *Grande Stevens*⁷⁸⁰. Il 4 marzo 2014, proprio in materia di manipolazione del mercato, il Giudice di Strasburgo aveva stabilito chiaramente che uno stesso fatto non potesse essere sanzionato due volte, prima in un procedimento amministrativo (*ex art. 187-ter t.u.f.*), caratterizzato da una tale afflittività del peso sanzionatorio da essere senza dubbio ricompreso nella “materia penale” individuata secondo i criteri *Engel*⁷⁸¹ e, quindi, successivamente, in un procedimento penale sorto sugli stessi fatti, in base al reato di cui all'art. 185 t.u.f.

Seguendo quella rigorosa impostazione del Giudice EDU, doveva ritenersi che l'art. 4 del Prot. n. 7 alla CEDU escludesse l'apertura contemporanea o la prosecuzione di procedimenti per lo stesso fatto, quando uno dei due si fosse concluso definitivamente⁷⁸². Tuttavia, la Suprema Corte rileva che, nel novembre del 2016 la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha segnato un “ridimensionamento” di quest'orientamento. Infatti – pur non abbandonando i classici “presupposti” dell'identità del fatto storico e della natura “sostanzialmente” penale da cui deve partire la verifica

⁷⁷⁹ In effetti – sulla base della ricostruzione della vicenda concreta operata nella sentenza in commento – al momento dell'eccezione sollevata dinanzi al giudice di secondo grado, le sanzioni irrogate dalla Consob non avevano ancora acquisito il carattere della definitività, pendendo ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello di Perugia che aveva rigettato le opposizioni avverso il provvedimento sanzionatorio amministrativo. Diversamente, quando i ricorrenti giungono dinanzi alla Quinta sezione, la delibera Consob del settembre 2012 – che aveva irrogato le sanzioni amministrative, come detto, successivamente impugnate davanti alla Corte d'Appello di Perugia – era da considerarsi oramai irrevocabile, essendosi la Prima Sezione Civile della Cassazione pronunciata sui ricorsi contro la decisione del Collegio perugino. Di conseguenza, l'argomentazione utilizzata dal giudice penale di secondo grado per escludere la violazione dell'art. 649 c.p.p., doveva oramai ritenersi superata: a partire dal 6 aprile 2018, il provvedimento sanzionatorio Consob era sicuramente divenuto definitivo.

⁷⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, *Grande Stevens e Altri c. Italia*, cit.

⁷⁸¹ Sul punto, inoltre, la Suprema Corte sottolineava la convergenza di vedute delle due Corti europee « la nozione di “illecito amministrativo di natura sostanzialmente penale” è ormai considerata diritto vivente ed è recepita dalla Giurisprudenza delle Corti Europee e da quella di questa Corte di legittimità, che sovente si sono cimentate con la questione del doppio binario sanzionatorio e del conseguente problema della violazione del divieto di bis in idem, cioè della possibilità di sanzionare attraverso procedure parallele lo stesso fatto due volte con provvedimenti, uno di natura penale e l'altro solo formalmente amministrativo ma, per la sua portata afflittiva, di natura penale»: Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., *Considerato in diritto*, §§ 3.3.2.

⁷⁸² Sul punto, la Cassazione ricordava che l'orientamento pareva consolidato anche dalle sentenze della Corte della Convenzione immediatamente successive: «Questa impostazione è stata seguita in altre pronunzie CEDU, come del 20 Nykänen/Finlandia Maggio 2014, Lucky/Svezia del 27 Novembre 2014, Kiivari/Finlandia del 10 febbraio 2015»: *Considerato in diritto*, § 3.3.3.

della violazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU – alla luce della pronuncia *A e B*⁷⁸³, è affidato al giudice nazionale il compito di stabilire se ci si trovi o meno in presenza di un *bis in idem*, valutando se, nel caso concreto, i due procedimenti a lui sottoposti presentino il requisito della “*sufficiently close connection in substance and time*”.

La valutazione della sussistenza del nesso sostanziale e temporale, in particolare, deve essere effettuata dal giudice interno, caso per caso, sulla base di alcuni *sub*-criteri individuati dalla stessa giurisprudenza EDU. La Quinta Sezione li riassume così: a) il perseguimento, da parte dei due procedimenti sanzionatori, di scopi differenti e il loro tener conto di profili diversi della medesima condotta antisociale; b) la “prevedibilità” del doppio giudizio; c) la conduzione dei procedimenti in modo da evitare, per quanto possibile, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; d) la “proporzione complessiva” della pena; e) l'appartenenza delle fattispecie in oggetto al “nucleo duro” del diritto penale e, dunque, il loro essere caratterizzate da forme accentuate di stigma sociale; f) la presenza di un collegamento di natura cronologica fra i procedimenti, che devono essere sufficientemente vicini nel senso di non protrarsi eccessivamente nel tempo, affinché la persona sottoposta alla giustizia non lo sia per un periodo irragionevolmente prolungato.

Ricordati i criteri, la Suprema Corte si premura pure di sottolineare il nucleo essenziale del *revirement* strasburghese: «secondo la pronuncia, i due procedimenti non solo possono iniziare ma anche concludersi, mutando in tal modo profondamente la natura del *bis in idem* convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale». Ciò in quanto, «purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio ed alle Autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione»⁷⁸⁴.

In aggiunta, la Corte di cassazione ritiene che, dall'analisi del *novum* giurisprudenziale, sia possibile individuare una sorta di «scala di valori» tra *sub*-criteri, in cui il requisito della proporzionalità deve essere considerato il principale. Dunque, per escludere la violazione della garanzia convenzionale, risulta indispensabile valutare se la sanzione imposta all'esito del procedimento che si è concluso per primo, sia stata tenuta presente nel procedimento conclusosi per ultimo⁷⁸⁵.

Conclusa l'analisi dell'ultima giurisprudenza EDU, la Quinta Sezione passa al vaglio delle pronunce dell'altra Corte europea, anch'essa intervenuta più volte, anche recentemente, sul tema della

⁷⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, cit.

⁷⁸⁴ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., *Considerato in diritto*, § 3.3.4.b.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, § 3.3.4.c.

violazione del *ne bis in idem* da parte dei doppi binari sanzionatori domestici. L'analisi, come è ovvio, parte dalla sentenza *Fransson*⁷⁸⁶. Già nel 2013, infatti, la Corte di Giustizia dell'Unione aveva ribadito a chiare lettere la libertà degli Stati membri di definire la tipologia e il *quantum* delle sanzioni adottate per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e che, proprio tale discrezionalità, li legittimava a ricorrere ad un cumulo di misure amministrative e penali per punire il medesimo fatto, purché «la formale qualificazione della prima non celi in realtà un'indebita duplicazione punitiva [alla luce dei criteri *Engel* o *Bonda*, che dir si voglia], in spregio al divieto di doppio giudizio», dovendo in quest'ultimo caso il giudice nazionale valutare la compatibilità del cumulo sanzionatorio con il *ne bis in idem* ex art. 50 CDFUE, ovviamente «purché ciò non infici il livello di protezione assicurato dalla Carta ed il primato del diritto dell'Unione europea»⁷⁸⁷.

In tale contesto ricostruttivo, ovviamente, maggior rilievo assumo le sentenze più recenti della Corte UE. Non è un caso, in proposito che sia i tre ricorrenti, che la Consob nella sua memoria, abbiano citato la sentenza *Garlsson Real Estate SA e a.*⁷⁸⁸, resa in risposta ad uno dei rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE dei giudici italiani. Nel caso *Garlsson*, nello specifico, la Cassazione Civile aveva interrogato il Giudice di Lussemburgo sulla legittimità della sanzione amministrativa irrogata per il medesimo fatto per il quale l'interessato era già stato condannato in sede penale, alla luce del principio di cui all'art. 50 CDFUE⁷⁸⁹. Nella sua ricostruzione, dunque, la Quinta Sezione penale, appura come la Corte dell'Unione sia tornata a ribadire – come già in *Fransson* – che in assenza di armonizzazione del diritto eurounitario in materia, gli Stati possono discrezionalmente stabilire se prevedere un unico procedimento di natura penale o amministrativa ovvero un regime di cumulo procedimentale e sanzionatorio. Quest'ultimo, tuttavia, se anche non viene considerato dalla Corte di Giustizia automaticamente lesivo dell'art. 50 CDFUE ne rappresenta, comunque, una forma di limitazione e, in quanto tale, deve rispondere positivamente ai requisiti che, ai sensi dell'art. 52, § 1 CDFUE, legittimano le limitazioni dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta stessa.

A questo punto, la Suprema Corte, ricomponne pure gli indici del “*test* di compatibilità” ex art. 52, § 1, così come applicati (anche) nella sentenza *Garlsson* per valutare la conformità del doppio binario

⁷⁸⁶ Corte di Giustizia UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.,

⁷⁸⁷ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., *Considerato in diritto*, § 3.3.5.

⁷⁸⁸ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit.

⁷⁸⁹ Per l'appunto, anche la pronuncia CGUE ora menzionata aveva riguardato un caso di manipolazione del mercato, tuttavia, a termini invertiti: il rinvio pregiudiziale era stato sollevato dinanzi alla Sezione Civile della Suprema Corte in cui si discuteva del ricorso avverso il provvedimento Consob che aveva inflitto una sanzione pecuniaria di natura amministrativa/penale ex art. 187-ter t.u.f., mentre i soggetti avevano già definito la loro posizione “penale”, in relazione al reato di cui all'art. 185 t.u.f., mediante sentenza di patteggiamento divenuta definitiva. In ogni caso, anche in quell'occasione, al vaglio del Giudice UE si poneva la compatibilità del regime di doppio binario sanzionatorio in materia di *market abuse* con il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta di Nizza.

sanzionatorio in tema di manipolazione del mercato all'art. 50 CDFUE. In particolare, «il cumulo delle sanzioni deve essere accompagnato da norme che garantiscano che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato, derivando tale obbligo dall'articolo 52 par. 1 della Carta e dal principio di proporzionalità delle pene sancito dall'art. 49, par. 3. Tali norme devono contemplare per le autorità procedenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, il dovere di verificare che la severità del trattamento sanzionatorio complessivo non ecceda la gravità del reato»⁷⁹⁰.

Da quanto testualmente riproposto, risulta evidente come il ragionamento della Quinta Sezione si focalizzi – pur senza obliterare gli altri requisiti indicati dalla Corte di Giustizia nelle tre sentenze sui rinvii pregiudiziali nostrani⁷⁹¹ – soprattutto sul criterio della complessiva proporzionalità sanzionatoria. Invero, la ragione di ciò si rinviene proprio da alcune considerazioni della sentenza *Garlsson*, in cui i Giudici di Lussemburgo avevano ritenuto che il meccanismo di riequilibrio sanzionatorio dell'art. 187-terdecies t.u.f., «non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione, dal momento che l'articolo 187-terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione»⁷⁹², come quella che, invece, era stata inflitta proprio al Ricucci con la sentenza di patteggiamento. La rilevata inadeguatezza, tuttavia – nel ragionamento della Suprema Corte – non deve essere “esasperata”: invero, anche la Corte UE ricordava che il compito di verificare la corrispondenza del principio affermato al caso concreto, alla luce di tutte le circostanze del fatto sottoposto al suo esame, spetta comunque al giudice nazionale, così come, dunque, anche la valutazione dell'idoneità dell'art. 187-terdecies t.u.f. ad assicurare la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., *Considerato in diritto*, § 3.3.6.e.

⁷⁹¹ «In ordine agli altri requisiti, la Corte ha osservato che non sussistono problemi di prevedibilità della limitazione, essendo “pacifico che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali così come procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale è prevista dalla legge [...] ed essa consente un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni unicamente a condizioni fissate in modo tassativo”»: *Considerato in diritto*, §§ 3.3.6.f.

⁷⁹² Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Garlsson Real Estate SA e a.*, § 60.

⁷⁹³ Così descritti i recenti arresti delle Corti europee, il Giudice di legittimità passa al commento dell'ultima sentenza del Giudice delle Leggi sul tema. La Corte costituzionale italiana – con sentenza n. 43 del gennaio 2018 – infatti, si era pronunciata sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio tributario con l'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, in seguito all'incidente di costituzionalità del Tribunale di Monza riguardante l'art. 649 c.p.p., «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli». Il giudice della Costituzione in quell'occasione aveva concluso, anch'esso alla luce della ricostruzione della giurisprudenza EDU *post-A e B c. Norvegia*, che «il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di remissione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo (A e B), che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice a quo, ai fini di una nuova valutazione

Delineato, come sopra, il quadro giurisprudenziale in cui va ad inserirsi, la Suprema Corte non ritiene necessario passare al puntuale vaglio dei requisiti che informano i “*test*” – strasburghese ed eurounitario – di compatibilità del *double track system* nostrano con il principio del *ne bis in idem*, ma si concentra unicamente sulla verifica della sussistenza della “proporzionalità” del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato agli imputati. Ciò, essenzialmente, per due ragioni. In primo luogo, non pare vi siano dubbi sulla sussistenza degli altri requisiti, come evidenziato anche dalla sentenza *Garlsson Real Estate* che, per converso, si era espressa (con riserva di successiva, concreta, valutazione da parte del giudice interno) riguardo alla sola insussistenza – alla luce dell’inadeguatezza dell’art. 187-terdecies – della complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio. In secondo luogo, a detta della Quinta Sezione, tra i *sub*-criteri dei *test* di compatibilità da essa stessa ricostruiti, l’unico specificamente contestato negli atti di impugnazione è quello relativo alla “proporzionalità” del cumulo di sanzioni irrogate.

Dato ciò come presupposto, la Quinta Sezione non ritiene violato il principio del *ne bis in idem* convenzionale ed eurounitario per il solo rilievo dell’inadeguatezza dell’art. 187-terdecies. Infatti, seppure la disposizione *de qua* non permette al giudice di modulare la risposta sanzionatoria tenendo conto del cumulo della sanzione pecuniaria e detentiva, secondo la Suprema Corte vi è, nel nostro ordinamento giuridico, una norma che potrebbe assicurare comunque tale fine. L’art. 133 c.p., imponendo al giudice, in via generale, di commisurare la pena alla “gravità” del fatto commesso, permette che la concreta misura punitiva inflitta non solo risulti in linea con il principio di legalità della pena, ma anche con le recenti statuizioni della Corte di Giustizia dell’Unione europea (e della Corte della Convenzione). Dunque, nel caso sottoposto al suo esame, la violazione del principio del *ne bis in idem* può essere evitata da una determinazione del cumulo sanzionatorio che sia proporzionale alla gravità del fatto commesso, operata dal giudice nazionale *ex art.* 133 c.p., disposizione assurda, nella specie, a meccanismo compensativo adeguato al rispetto della garanzia del *ne bis in idem*, se correttamente utilizzato⁷⁹⁴.

sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Se, infatti, il giudice a quo ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario (come vuole la nuova giurisprudenza di Strasburgo) al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell’ordinamento, incidendo sull’art 649 cod. proc. pen., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto».

Per completezza, infine, si rileva che la Suprema Corte nella sentenza in commento porta alla memoria anche una sentenza della Terza Sezione intervenuta proprio all’indomani della citata pronuncia di Strasburgo del 2016. Si tratta della sentenza n. 6993 del 2017, che ritenendo sussistente la richiesta connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta aveva escluso la violazione del *ne bis in idem* convenzionale nel caso della irrogazione definitiva di una sanzione solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, per il medesimo fatto per il quale vi era già stata condanna a sanzione penale.

⁷⁹⁴ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., *Considerato in diritto*, §§ 5.3-6.4.

A questo punto, nonostante non costituisca espresso motivo di ricorso, la Suprema Corte ritiene necessario accertare se tale giudizio di proporzionalità sanzionatoria sia una valutazione di competenza esclusiva del giudice di merito, ovvero possa essere effettuata anche in sede di legittimità. In altre parole, la Corte si chiede se tale verifica rientri o meno nella previsione normativa di cui all'art. 620, lett. l), c.p.p., che disciplina le ipotesi di annullamento senza rinvio della decisione impugnata, soprattutto alla luce delle modifiche ad opera della Riforma Orlando⁷⁹⁵. La disposizione *de qua*, infatti, è stata integralmente sostituita dalla riforma introdotta dalla legge n. 103/2017, sulla cui effettiva portata applicativa si sono recentemente pronunciate le Sezioni Unite⁷⁹⁶. In particolare, secondo il Supremo Consesso «la Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni discrezionali, può decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando necessari ulteriori accertamenti».

La premessa serve alla Quinta Sezione per arrivare a concludere che non può escludersi dal suo sindacato il giudizio di proporzionalità delle sanzioni irrogate nell'ambito di due separati procedimenti penale e amministrativo, purché non ricorrano le condizioni ostative anzidette. Nel caso concreto, per l'appunto, non essendo necessario accertare nuovi fatti, la Quinta Sezione conduce tale valutazione sulla base dei fatti già accertati nelle sedi del merito. E, nel dettaglio, giunge a ritenere rispettato «il criterio di proporzionalità del peso derivante dal cumulo delle sanzioni inflitte agli interessati rispetto alla gravità dei fatti addebitati, nonché della limitazione della sua severità allo strettamente necessario, in modo da non risultare eccessivamente oneroso per i soggetti sanzionati»⁷⁹⁷, senza, peraltro, la necessità di effettuare una compensazione, o diversa determinazione, nel caso concreto. Ciò in quanto, da un lato, il fatto è da considerarsi di rilevante “gravità” – posta l'incidenza delle attività degli imputati sul prezzo del titolo, anche a causa della sua protrazione per un lungo periodo – e, dall'altro, il Giudice penale aveva inflitto sanzioni penali corrispondenti al minimo edittale (allora vigente), mentre la Consob aveva irrogato sanzioni amministrative molto lontane dalla fascia sanzionatoria più elevata prevista dalla legge.

Alla luce di quanto detto la Quinta Sezione rigetta il motivo del ricorso – come peraltro tutti gli altri motivi dedotti dai tre imputati – ritenendo, nel caso concreto, rispettato il requisito della proporzionalità della doppia risposta sanzionatoria.

⁷⁹⁵ Legge 23 giugno 2017, n. 103, “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”, in G.U. – S.G. 4 luglio 2017, n. 154.

⁷⁹⁶ Cass., Sez. Un., sent. 30 novembre 2017, n. 3464, *Matrone*, Rv. 271831.

⁷⁹⁷ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, cit., *Considerato in diritto*, § 7.

1.2 Disapplicazione *in toto* vs disapplicazione *in mitius* della norma interna antinomica: la Suprema Corte su *Chiarion Casoni*

A poca distanza dalla sentenza *Franconi*⁷⁹⁸ – in cui, per la prima volta, il Giudice di legittimità si confrontava con entrambi i “test di compatibilità” dettati dalle due Corti europee – la stessa Quinta Sezione penale⁷⁹⁹ ritornava a farsi sentire sul tema, peraltro, fornendo al giudice domestico alcuni criteri guida per pervenire ad una corretta valutazione della conformità del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato con la garanzia convenzionale ed eurounitaria del *ne bis in idem*.

Invero, la sentenza costituisce la “parziale” conclusione⁸⁰⁰ di un procedimento travagliato, che brevemente si vuole ricostruire.

Nel 2011 il Tribunale di Milano condannava il sig. Chiarion Casoni per il reato di cui all’art. 184, comma 1, lett. b), t.u.f., perché essendo stato in possesso di informazioni privilegiate in ragione dell’esercizio dell’attività lavorativa o professionale di analista finanziario presso la sede di Londra di Citigroup Global Markets Ltd., le comunicava ad altri al di fuori del normale esercizio di lavoro o professione. In particolare, l’imputato veniva condannato, con la sospensione condizionale, alla pena principale di un anno di reclusione e di € 50.000 di multa, nonché al risarcimento dei danni in favore della Consob costituitasi parte civile. Nel 2013, la Corte d’Appello di Milano confermava la sentenza di primo grado, concedendo però all’imputato il beneficio della non menzione della condanna. A quel punto, il Chiarion Casoni ricorreva per Cassazione, lamentando – tra l’altro – la violazione dell’art. 4, Prot. n. 7, CEDU e chiedendo, in via preliminare, l’annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e, in subordine, l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. in riferimento all’art. 117, comma 1, Cost. L’asserita violazione veniva in rilievo in virtù di una precedente sanzione amministrativa subita dall’imputato, irrogata in via definitiva ed in sede amministrativa, per la violazione dell’art. 187-*bis* t.u.f., integrata dalle stesse condotte che successivamente gli venivano contestate in sede penale.

⁷⁹⁸ Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, per cui v. *supra* § 11.1.

⁷⁹⁹ Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018 (dep. 31 ottobre 2018), n. 49869, *Chiarion Casoni*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 1, con nota di L. ROCCATAGLIATA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*.

⁸⁰⁰ “Parziale”, in quanto la Suprema Corte con la pronuncia in commento ha annullato con rinvio alla Corte d’Appello di Milano la sentenza impugnata.

Alla luce della contigua giurisprudenza EDU, ossia, ancora una volta, della giurisprudenza originata dall'*Affaire Grande Stevens*, la stessa Quinta Sezione, a quel punto, aderiva alla tesi del ricorrente e promuoveva, di conseguenza, incidente di costituzionalità con ordinanza n. 1782 del 2014⁸⁰¹. In particolare, la Suprema Corte sollevava questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., per il tramite dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, in via principale, dell'art. 187-*bis* (nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», anziché “Salvo che il fatto costituisca reato”); e, in via subordinata, dell'art. 649 c.p.p. (nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito del procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli). La Consulta, tuttavia, con sentenza n. 102 del 2016⁸⁰², dichiarava le questioni inammissibili e restituiva gli atti al giudice *a quo*.

Dunque, il 21 settembre 2018, la Quinta Sezione penale ritorna sulla vicenda e rende il provvedimento in commento in un momento, però, in cui tutti i referenti normativi della controversa questione sono mutati: l'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU – dopo il *revirement* del novembre 2016 – è oramai diversamente inteso dal Giudice di Strasburgo; la Corte di Lussemburgo dichiara la diretta applicabilità del suo art. 50 CDFUE e offre anch'essa una serie di puntuali indici alla luce dei quali rivalutare la legittimità dei sistemi interni di cumulo procedimentale e sanzionatorio; e, non meno importante, era già stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d.lgs. n. 107 del 2018 – con cui il legislatore italiano interveniva in materia di abusi di mercato – che, tuttavia, sarebbe entrato in vigore solo alcuni giorni dopo (il 29 settembre 2018).

Ancora una volta, comunque, la Quinta Sezione ritiene necessario ricostruire, da un lato, i mutamenti d'indirizzo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, dall'altro, gli approdi raggiunti dalla Corte di Lussemburgo. All'esito di tale *excursus* ricostruttivo, peraltro, la Suprema Corte rileva che, in seguito al *revirement* del Giudice EDU possono riscontrarsi significative convergenze tra gli orientamenti delle due Corti europee. In particolare, deve ritenersi che la verifica della sussistenza della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta richiesta dalla Corte EDU sia, in fondo, una valutazione, cui è chiamato il giudice nazionale, compatibile rispetto a quella richiesta dalla Corte di Giustizia *ex art. 52, § 1, CDFUE*.

A questo punto, dunque, il Giudice di legittimità applica al caso concreto entrambi i “*test di compatibilità*” menzionati.

⁸⁰¹ Cass. pen., Sez. V, ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015), n. 1782, *Chiaron Casoni*, cit. In argomento, si rinvia al § 3.2.3.1 del Capitolo II.

⁸⁰² Corte cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102, cit.

La prima verifica riguarda la conformità della disciplina del t.u.f. al principio del *ne bis in idem* convenzionale e, dunque, agli indici declinati in *A e B c. Norvegia* per verificare la sussistenza della “*sufficiently close connection in substance and time*”.

In relazione al nesso sostanziale, in primo luogo, la Corte esclude che le sanzioni amministrative comminate per l’abuso di informazioni privilegiate siano riconducibili al “nucleo duro” del diritto penale. Il ragionamento parte dalle indicazioni contenute nella sentenza n. 43 del 2017⁸⁰³ con la quale il Giudice delle leggi ha sottolineato che la riconducibilità di una sanzione formalmente amministrativa alla “*matière pénale*” secondo i criteri *Engel* non comporta l’automatica estensione a detta sanzione dell’apparato di garanzie predisposto per la sanzione penale *stricto sensu*⁸⁰⁴. Dal *dictum* della Consulta, la Suprema Corte coglie la modulazione delle tutele accordate alle sanzioni riconducibili alla “materia penale”, nel senso di un *discrimen* tra di esse: da un lato, vi sono sanzioni rappresentative del nucleo più incisivo del sistema sanzionatorio (ossia le sanzioni penali in senso stretto) e, dall’altro, sanzioni “formalmente” amministrative che il legislatore può discrezionalmente escludere il *corpus* di garanzie tipiche della sanzione penale *stricto sensu*. Da qui, la conclusione della Quinta sezione, secondo cui ciò «conferma – in una prospettiva di ricostruzione della nozione di materia penale definita, in dottrina, “a geometria variabile” – la non riconducibilità delle sanzioni amministrative comminate per l’abuso di informazioni privilegiate al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale»⁸⁰⁵.

In secondo luogo, la disciplina dell’illecito penale e quella dell’illecito amministrativo hanno scopi complementari. Dunque, scopi analoghi ma non del tutto sovrapponibili: guardando all’illecito amministrativo si riscontra una più marcata finalizzazione alla tutela oggettiva del mercato e della fiducia degli investitori; tutela, questa, propria anche della norma incriminatrice che, tuttavia, si salda alle ulteriori finalizzazioni tipiche della sanzione penale e, in particolare, all’istanza special-preventiva.

In terzo luogo, la disciplina del t.u.f. prevede uno specifico meccanismo che dovrebbe assicurare la complessiva proporzionalità del cumulo sanzionatorio. Secondo il disposto dell’art. 187-*terdecies*, infatti, quando per lo stesso fatto è stata applicata una sanzione amministrativa pecuniaria, l’esazione della pena pecuniaria è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall’autorità amministrativa. La Corte fa, dunque, riferimento alla formulazione previgente dell’art. 187-*terdecies*, tuttavia, ritenendo opportune alcune precisazioni. Anzitutto, rileva che nonostante la

⁸⁰³ Corte cost., sent. 10 gennaio 2017, n. 43.

⁸⁰⁴ Secondo la Consulta: «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre solo ciò che è penale per l’ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»: Corte cost., sent. 10 gennaio 2017, n. 43.

⁸⁰⁵ Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, cit., *Considerato in diritto*, § 9.1.

disposizione *de qua* faccia espressamente riferimento alla sola ipotesi in cui la sanzione amministrativa pecuniaria sia già stata applicata e, dunque, sia la pena pecuniaria a dover essere limitata, in sede di esazione, alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità amministrativa, deve tuttavia ritenersi che il meccanismo "compensativo" ivi stabilito possa trovare comunque applicazione anche quando la sequenza risulti invertita. Sul punto, la Corte ricorda non solo la propria giurisprudenza⁸⁰⁶, ma sottolinea pure l'intervento – in senso conforme – del legislatore del 2018⁸⁰⁷.

In quarto luogo, è pacifica pure la prevedibilità dell'irrogabilità delle due sanzioni: i procedimenti sono disegnati dalla disciplina interna in modo da assicurare che l'interessato abbia conoscenza della possibilità di incorrere in un cumulo procedimentale e sanzionatorio.

Per quanto riguarda, infine, l'ultimo indice rilevante per individuare la stretta connessione sostanziale, ossia la necessità che le autorità competenti in relazione ai due procedimenti interagiscano tra loro in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro, la Suprema Corte rileva che il procedimento amministrativo e quello penale delineati dal t.u.f. sono configurati in modo tale da assicurare⁸⁰⁸ la tendenziale univocità degli elementi conoscitivi posti a fondamento dell'applicazione delle sanzioni. In tal senso, indica emblematicamente, l'art. 187-*undecies* t.u.f. che attribuisce alla Consob dei diritti e delle facoltà processuali nel procedimento penale riconosciuti agli enti e alle associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato; l'art. 187-*octies*, comma 5, t.u.f., che le affida poteri di indagine, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica; l'art. 187-*decies* t.u.f., in particolare in relazione alla specifica previsione dello scambio di informazioni funzionale all'accertamento delle violazioni; rilevando, infine, pure l'orientamento consolidato dello stesso giudice di legittimità⁸⁰⁹ secondo cui «le relazioni ispettive dei funzionari della Consob sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa e al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari»⁸¹⁰.

Per quanto riguarda il nesso temporale, la Corte conclude che il procedimento penale e quello amministrativo previsti dalla disciplina nazionale in tema di abusi di mercato presentano quella connessione temporale sufficientemente stretta richiesta dalla Grande Camera in *A e B*. Sul punto,

⁸⁰⁶ «Come già affermato questa Corte con l'ordinanza Sez. 5, n. 1782 del 10/11/2014 - dep. 2015 e in accordo con molteplici voci dottrinali»: per l'appunto, Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, cit., *Considerato in diritto*, § 9.1.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, «come espressamente stabilito dall'art. 4, comma 17, del d.lgs. 14/08/2018, n. 107, non ancora in vigore alla data della deliberazione della presente sentenza».

⁸⁰⁸ Comunque, «ferme restando le peculiari regole acquisitive e valutative del giudizio penale»: Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, cit., *Considerato in diritto*, § 9.1

⁸⁰⁹ Cass., Sez. V, sent. 29 gennaio 2013, n. 4324, *Dall'Aglio*; Cass., Sez. V, sent. 2 dicembre 2011, n. 14759, *Fiorani*.

⁸¹⁰ Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, cit., *Considerato in diritto*, § 2.1.

la Corte rileva che, «nel caso concreto in esame, dallo sviluppo temporale dei due procedimenti, posto che la sentenza della Corte di appello relativa alla sanzione amministrativa è intervenuta il 07/11/2011, laddove, nel giudizio penale, la sentenza di primo grado è pressoché coeva, essendo stata deliberata il 20/12/2011, mentre quella di appello è intervenuta il 16/01/2013». Invero, il successivo allungamento della durata del procedimento penale deve essere ricondotto, «alle vicende giurisdizionali collegate alla sentenza Grande Stevens e al successivo revirement della Corte EDU, nonché all'incidente di legittimità costituzionale promosso da questa Corte e alla tempistica delle sentenze della Corte di giustizia del 20/03/2018»⁸¹¹.

Alla luce dell'applicazione del *test* di compatibilità e, dunque, della ritenuta sussistenza sia della connessione sostanziale che della connessione temporale, la Suprema Corte esclude, nel caso concreto, la violazione del *ne bis in idem* convenzionale. Passa, poi, alla verifica della conformità della stessa disciplina del t.u.f. alla garanzia eurounitaria ex art. 50 CDFUE, così come da ultimo interpretata dalla Grande Sezione della Corte dell'Unione del 20 marzo 2018⁸¹².

La riconosciuta conformità degli indici elaborati dalle due Corti europee – cui prima si accennava – permette alla Quinta Sezione di rinviare, per quanto riguarda la previsione per legge del cumulo, il coordinamento tra procedimenti e l'interazione tra autorità competenti, ai rilievi formulati per la verifica della sussistenza del nesso sostanziale. Ritiene, invece, necessarie alcune precisazioni in relazione alle altre due condizioni espressamente richieste ex art. 52 § 1 della Carta di Nizza per legittimare le limitazioni ai diritti fondamentali in essa contenuti: l'obiettivo di interesse generale e la complementarità dei fini da un lato, e la proporzionalità del trattamento sanzionatorio dall'altro. Quanto all'obiettivo di interesse generale e alla necessaria complementarità finalistica, la Corte a quanto già rilevato, aggiunge che in *Garlsson Real Estate* il Giudice UE ha sottolineato pure l'importanza attribuita dalla giurisprudenza eurounitaria alla tutela dell'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, e che «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»⁸¹³.

Quanto, invece, al coordinamento tra i procedimenti funzionale alla limitazione allo stretto necessario degli oneri derivanti dal cumulo e al connesso profilo della proporzionalità del

⁸¹¹ *Ibidem*, § 9.1.

⁸¹² Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentt. 20 marzo 2018, cause *Menci*; *Garlsson Real Estate SA e a.*; *Di Puma e Zecca*.

⁸¹³ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 46.

complessivo trattamento sanzionatorio, la Suprema Corte, ricorda ancora la sentenza *Garlsson*, in cui il Giudice di Lussemburgo, per un verso, ha precisato che la prosecuzione del procedimento (in quel caso, in sede amministrativa) eccederebbe il limite strettamente necessario anzidetto qualora la «condanna penale pronunciata in via definitiva, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»⁸¹⁴ e, per altro verso, ha pure indicato che la sproporzione non può essere scongiurata dal meccanismo delineato dall'art. 187-terdecies del t.u.f., in quanto esso «sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione»⁸¹⁵.

Tanto premesso, la Quinta Sezione rileva che *prima facie* possono, dunque, ravvisarsi profili di illegittimità della disciplina del t.u.f. a causa della ritenuta inadeguatezza del meccanismo compensativo predisposto dall'art. 187-terdecies. Pur non potendo completamente prescindere dalle indicazioni della giurisprudenza europea, tuttavia, l'ultima parola sulla verifica della sussistenza o meno, rispetto al caso concreto, del requisito della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, spetta al giudice del rinvio.

Secondo la Cassazione, infatti, nonostante il meccanismo di cui all'art. 187-terdecies (nella sua precedente formulazione) sia “parziale”, riferendosi alla possibilità di “compensare” le sole sanzioni pecuniarie, il giudice interno, con riferimento alla compatibilità del cumulo irrogato in concreto con la garanzia del *ne bis in idem*, compie una valutazione che, invero, non gli è estranea, ma è anzi «affine alle valutazioni sottese ai parametri commisurativi di cui all'art. 133 c.p., determinando rispetto ad essi, un “allargamento” dell'oggetto»⁸¹⁶. Dunque, a prescindere dall'idoneità del meccanismo sopra menzionato, qualora il giudice valuti il complessivo trattamento sanzionatorio lesivo della garanzia del *ne bis in idem* non solo a causa della sua sproporzione, ma – in generale – anche a causa dell'insussistenza degli altri indici in precedenza ricostruiti, egli dovrà semplicemente dare applicazione diretta all'art. 50 CDFUE, disapplicando, se necessario, le norme che definiscono il cumulo⁸¹⁷.

Tuttavia, la Corte precisa che la disapplicazione delle norme interne che definiscono il cumulo potrà avvenire sia «*in toto*» che «*in mitius*»⁸¹⁸.

⁸¹⁴ *Ibidem*, § 59.

⁸¹⁵ *Ibidem*, § 60.

⁸¹⁶ Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, cit., *Considerato in diritto*, § 10.2.

⁸¹⁷ A detta della Corte, tali conclusioni sono chiaramente imposte dal diritto dell'Unione, sul rilievo che «il principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 della Carta [...] conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale» (Cfr., Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 68).

⁸¹⁸ Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, cit., *Considerato in diritto*, § 11.

Nel caso in cui la “prima” sanzione sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, il giudice dovrà disapplicare integralmente la norma interna relativa alla “seconda” sanzione non ancora divenuta irrevocabile. Dunque: «solo in presenza di una sanzione irrevocabile idonea, da sola, ad “assorbire” il complessivo disvalore dei fatti [...], il giudice comune dovrà disapplicare in toto la norma che commina la sanzione non ancora irrevocabile, così escludendone l’applicazione»⁸¹⁹.

Nel caso, invece, si accerti l’incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto al divieto di *bis in idem*, ferma la “prima” sanzione ormai divenuta irrevocabile, il giudice interno dovrà semplicemente rideterminare la “seconda” sanzione e, dunque, disapplicarla non già “*in toto*”, ma “*in mitus*”.

L’indicazione così fornita dalla Cassazione, peraltro, viene svolta anche a seconda della successione cronologica dei procedimenti e delle sanzioni: se interviene prima la sanzione di natura *stricto sensu* penale, la disapplicazione della norma relativa alla sanzione amministrativa potrebbe avvenire *in toto*, in quanto la sanzione penale è determinata, di solito, in termini di particolare severità rispetto al disvalore complessivo del fatto. Diversamente, quando interviene prima la sanzione amministrativa, si avrà al massimo una disapplicazione *in mitius* della norma penale, in quanto la sanzione amministrativa tendenzialmente non è idonea a tutelare da sola tutti gli interessi in gioco. Così formulato il principio, la Corte giunge a definire la vicenda concreta. Nel caso specifico, infatti, a detta della Suprema Corte non si verte in un’ipotesi in cui il cumulo sanzionatorio assume quelle connotazioni idonee ad imporre la disapplicazione in toto della sanzione penale (era, infatti, intervenuta prima, come di solito accade, la sanzione amministrativa). Infatti, in questo caso: «si verte [...] in ipotesi in cui la verifica del giudice sulla compatibilità del trattamento sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem* può condurre alla sola rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione in *mitius* del minimo edittale»⁸²⁰.

Tale ulteriore verifica, tuttavia, secondo la Suprema Corte spetta al giudice di merito, in quanto «essa investe la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio e, dunque, implica valutazioni comprensive anche delle sanzioni irrogate da Consob, rispetto alle quali non possono trarsi elementi decisivi dalle conformi sentenze di merito che rendano superfluo il rinvio per nuovo esame sul punto». L’apprezzamento della complessiva proporzionalità del cumulo sanzionatorio implica, dunque, degli apprezzamenti di merito che le sono preclusi («l’entità della lesione all’integrità del mercato e al valore complessivo degli strumenti finanziari negoziati») e, pertanto,

⁸¹⁹ *Ibidem*.

⁸²⁰ *Ibidem*, § 11.1.

impone che la sentenza impugnata venga sì annullata limitatamente al trattamento sanzionatorio, ma con rinvio per un nuovo esame sul punto ad altra Sezione della Corte di appello di Milano⁸²¹.

Il monito che la Suprema Corte lascia al giudice del rinvio è il seguente: in materia di *market abuse*, «fuori dall'ipotesi del tutto eccezionale (e non ricorrente nel caso di specie) in cui la sanzione amministrativa sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, valutato alla luce degli aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, degli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato», quando sia la sanzione irrogata dalla Consob ad essere divenuta definitiva, la verifica del giudice penale relativa alla compatibilità con il principio del *ne bis in idem* del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore degli illeciti può comportare esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali mediante disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni solo nel minimo edittale, «con esclusione della multa, in virtù del meccanismo “compensativo” di cui all’art. 187-terdecies e, con riguardo alla reclusione, fermo restando il limite minimo insuperabile dettato dall’art. 23 c.p.»⁸²².

Nei confronti di tali conclusioni, invero, sono state mosse alcune critiche⁸²³ sul presupposto che, da un punto di vista meramente statistico, la successione procedimentale del doppio binario sanzionatorio vede la sanzione amministrativa giungere prima di quella penale. Questa è, sostanzialmente, la “situazione tipica”, ma non l’unica. Talvolta, infatti, a diventare irrevocabile per prima è la sanzione amministrativa e, spesso, ciò corrisponde ad una precisa scelta difensiva dell'imputato nel processo penale: si fa riferimento alla scelta di un rito alternativo, come il patteggiamento o il giudizio abbreviato. Il problema che si rileva, dunque, nasce proprio da tale considerazione: «è evidentemente difficile che una sanzione penale ridotta dalla scelta deflattiva dell'imputato possa considerarsi “idonea, da sola, ad ‘assorbire’ il complessivo disvalore del fatto”». Tuttavia, seguendo la regola enunciata dalla Cassazione, la scelta deflattiva dell'imputato non dovrebbe essere tenuta in conto dal Giudice amministrativo che, intervenendo per secondo, si trovasse a valutare l'idoneità della prima sanzione, scontata per effetto di un rito premiale.

«In questi casi, infatti, egli non potrebbe disapplicare in toto la norma sanzionatoria amministrativa, perché sanzione penale e fatto storico non appaiono proporzionati. Al contrario, egli sarebbe chiamato ad irrogare una sanzione amministrativa ben più severa, di quella che avrebbe invece posto accanto ad una pena frutto di un rito penale ordinario»⁸²⁴.

⁸²¹ *Ibidem*, § 11.2.

⁸²² *Ibidem*, § 11.3.

⁸²³ Cfr., L. ROCCATAGLIATA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato*, cit.

⁸²⁴ *Ibidem*.

La critica, dunque, si basa sull'obliterazione che, tali conclusioni, genererebbero rispetto agli effetti premiali che la legge ricollega agli strumenti deflattivi del procedimento: lo sconto di pena, infatti, verrebbe controbilanciato da una sanzione amministrativa più severa, in modo da coprire l'intero disvalore del fatto.

1.3 Una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.: la risposta del Tribunale di Bergamo alla causa *Menci* della Corte di giustizia

Ricevuta risposta alla questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia dell'Unione (causa *Menci*)⁸²⁵, con ordinanza del 27 giugno 2018⁸²⁶, il Tribunale di Bergamo decide di sollevare incidente di costituzionalità, sempre in tema di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia tributaria.

Abbiamo già avuto modo di rilevare che con il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, nel 2015⁸²⁷ il Tribunale bergamasco chiedeva alla Corte di Lussemburgo «se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ost[asse] alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto [avesse] riportato sanzione amministrativa irrevocabile».

Alla domanda, la Corte dell'Unione aveva risposto nei seguenti termini: «l'art. 50 della CDFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento IVA qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi dell'art. 50, purché siffatta normativa» risponda positivamente al “*test di compatibilità*” *ex art. 52, § 1 e*, dunque, purché il doppio binario sanzionatorio domestico soddisfi tutti i requisiti che legittimano eventuali limitazioni all'esercizio del diritto al *ne bis in idem* eurounitario, delineati – proprio in quell'occasione – dalla Corte di giustizia.

Ricevuti gli atti dalla Corte UE, il Tribunale di Bergamo, però, ha ritenuto necessario sollevare comunque questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto agli «artt. 3 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4, Prot. n. 7, Convenzione [EDU], [...], nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di

⁸²⁵ Corte di Giustizia UE, causa *Menci*, cit. L'argomento è stato oggetto dei §§ 9.1, 10, 10.1.

⁸²⁶ Trib. Bergamo, ord. 27 giugno 2018, in *Giurisprudenza Penale Web*, 6 novembre 2018.

⁸²⁷ Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, cit.

un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione [EDU] e dei relativi Protocolli».

Seguendo l'insegnamento delle tre sentenze della Corte di giustizia originate dai rinvii pregiudiziali italiani e, in particolare, della causa *Menci*, anche il giudice bergamasco effettua il "test di compatibilità" ex art. 52, § 1, CDFUE con la normativa interna. La conclusione, nel caso degli illeciti di omesso versamento è la seguente:

- 1) manca il requisito della complementarietà dello scopo, in quanto i due procedimenti (penale e amministrativo) e le due sanzioni hanno uno scopo identico. La perfetta identità tra gli illeciti, dunque, non riguarda – secondo il giudice *a quo* – solo la condotta di omesso versamento, ma è altresì sorretta dalla circostanza che tra la sanzione amministrativa e penale, previste dal nostro ordinamento, intercorre «la medesima ratio punitiva»;
- 2) manca ogni aspetto diverso della condotta;
- 3) la normativa nazionale non contiene norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, dal cumulo di procedimenti, né prevede norme idonee a garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato.

Sul punto, nel dettaglio, l'attenzione del giudice di Bergamo ricade sugli articoli – 19, 20 e 21 del d.lgs. n. 74 del 2000 – previsti in materia sanzionatoria tributaria per prevenire, sul piano sostanziale, la duplicazione di sanzioni. Queste disposizioni, infatti, anzitutto «non impediscono (come risulta evidente dal caso in esame) l'avvio del procedimento penale pur dopo che la sanzione tributaria amministrativa è divenuta definitiva», sicuramente in violazione del *ne bis in idem* processuale (per quanto possa ancora valere oggi tale rilievo) e, comunque, obliterando forme di coordinamento tra procedimenti. Inoltre, nonostante l'art. 19 stabilisca che quando il medesimo fatto è punito in quanto reato e in quanto illecito amministrativo debba essere applicata la sola disposizione speciale, che è quella penale, tuttavia, in base all'art. 21 dello stesso decreto, la legge esclude che il procedimento amministrativo finalizzato all'applicazione della sanzione e il processo tributario siano sospesi a causa della pendenza del procedimento penale: dunque, «la sanzione amministrativa è irrogata in ogni caso, ma non può essere eseguita salvo che il procedimento sia definito con provvedimento di archiviazione, o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 74 del 2000)».

Alla luce di tali considerazioni, dunque, il Tribunale di Bergamo non ha ritenuto verificate le condizioni cui la Corte di Giustizia subordina il giudizio di conformità del sistema di doppio binario sanzionatorio tributario all'art. 50 CDFUE.

Tanto presupposto, «la valutazione rimessa dalla Corte al giudice nazionale deve risolversi nel senso dell'eccessività dell'onere, rispetto alla gravità del reato, risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza», ciò comportando la violazione – da parte dell'art. 649 c.p.p. – di due specifiche norme costituzionali: l'art. 117, comma 1, Cost., che rileva nella misura in cui eleva a disposizione di rango costituzionale la norma interposta che sancisce la garanzia del *ne bis in idem* (art. 4, Prot. n. 7, CEDU); e l'art. 3 Cost. che, invece, rileva nella sua declinazione di «principio di ragionevolezza intrinseca»: infatti, secondo il giudice *a quo*, l'eccessiva onerosità in capo all'interessato, risultante dall'analisi condotta, «produce un'ingiustificata disparità di trattamento, specialmente se rapportata al quadro sanzionatorio delle fattispecie originarie del d.lgs. 74/2000 [...]. L'art. 649 c.p.p., enunciando il divieto di un secondo giudizio penale per il medesimo fatto, opera solo se l'imputato è già stato giudicato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili, presuppone cioè la formazione di un giudicato penale».

Non essendo, peraltro, «possibile superare la previsione letterale della disposizione con un'interpretazione costituzionalmente orientata o applicare in via analogica l'art. 649 c.p.p.»⁸²⁸, il Tribunale di Bergamo decide di sospendere il giudizio in corso e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

La questione, è bene ribadirlo – quasi un ritorno al passato, che *prima facie* sembra non cogliere a pieno il mutamento della garanzia, da principio eminentemente processuale a principio sostanziale – riguarda «[l']art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli».

1.4 La Sezione Tributaria civile ritorna sulla vicenda *Garlsson Real Estate* dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

⁸²⁸ Sul punto, il Tribunale di Bergamo ricorda che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 43 del 2018, avente ad oggetto una questione sovrapponibile a quella *de qua*, espressamente stabiliva che: «La lettera e la ratio dell'art. 649 c.p.p. escludono che, in difetto di una pronuncia di legittimità costituzionale, tale disposizione sia idonea a regolare il caso del giudizio a quo, come il rimettente ha posto in luce [...]».

Anche la Sezione Tributaria civile della Suprema Corte ritorna a pronunciarsi⁸²⁹, dopo la risposta del Giudice di Lussemburgo⁸³⁰ alle questioni pregiudiziali proposte *ex art. 267 TFUE*, sulla vicenda *Garlsson Real Estate*.

Il caso, su cui ampiamente si è argomentato⁸³¹, aveva vissuto un *iter* particolarmente travagliato e discontinuo, che aveva visto il Giudice di legittimità prima sollevare incidente di legittimità costituzionale poi, per l'appunto, rinvio pregiudiziale. Invero, quando la Suprema Corte, il 30 ottobre 2018, rende il provvedimento in commento, lo fa in un momento storicamente particolare, un momento in cui tutti i referenti normativi della controversa questione della compatibilità del doppio binario in materia di abusi di mercato con il principio del *ne bis in idem* sono mutati: diversa è l'interpretazione dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU offerta dalla Corte di Strasburgo, diversa (nell'ottica di una maggiore puntualizzazione) è anche l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE data dalla Corte di Lussemburgo e, in ultimo, diversa risulta anche la normativa dei *market abuse* nuovamente rimaneggiata con il d.lgs. n. 107 del 2018.

Il caso, più volte ricordato, che aveva portato la Sezione Tributaria Civile a sollevare incidente di legittimità costituzionale traeva origine dalla mancata interruzione del procedimento amministrativo *ex art. 187-ter t.u.f.*, nonostante il passaggio in giudicato di una sentenza di patteggiamento avente ad oggetto la stessa condotta manipolativa per cui i ricorrenti avevano subito una sanzione che, alla luce dei criteri *Engel*, doveva considerarsi “sostanzialmente” penale. Dinanzi a questo quadro e, soprattutto, all'indomani della sentenza *Grande Stevens*, la Corte di cassazione si rivolgeva al Giudice delle leggi con ordinanza n. 950 del 2015, ritenendo rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 187-ter, punto 1, del t.u.f., in virtù delle statuizioni che emergevano dalla sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e, dunque, in virtù del necessario rispetto del principio del “*ne bis in idem*” di cui agli art[t. 2 e] 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione⁸³².

Con sentenza n. 102 del 2012, tuttavia, la Consulta dichiarava inammissibile la questione di legittimità costituzionale rilevando che la stessa era stata formulata in maniera dubitativa e perplessa e, soprattutto, che non aveva sciolto il nodo dei rapporti tra il *ne bis in idem* convenzionale ed il *ne bis in idem* unionale.

⁸²⁹ Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, n. 27564, in *Altalex*, 19 novembre 2018, con nota di L. SERRA, *Market abuse: ne bis in idem a rischio con la nuova disciplina*.

⁸³⁰ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit.

⁸³¹ In argomento, si vedano i §§ 9.2, 10, 10.2 del presente Capitolo II.

⁸³² Cfr. Cass., Sez. Trib. civ., ord. 21 gennaio 2015, cit.

Ricevuta risposta negativa dalla Consulta, la Suprema Corte interrogava il Giudice di Lussemburgo⁸³³, chiedendo questa volta «se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte [EDU] e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile»; e «se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del “ne bis in idem”, in base all'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4, Prot. n. 7, [CEDU], della relativa giurisprudenza della Corte [EDU] e della normativa nazionale».

Nella specie, il rinvio dava origine alla causa *Garlsson Real Estate SA e a.*, cui la Corte di Giustizia, con sentenza del 20 marzo 2018, rispondeva nei seguenti termini: «1) L'articolo 50 della [CDFUE] dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. 2) Il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della [CDFUE] conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale».

Così disposto, la causa ritornava nelle mani della Suprema Corte che, tra gli altri motivi di ricorso proposti dal Ricucci, dalla Magiste International s.a. e dalla Garlsson Real Estate, doveva risolvere il nodo problematico della compatibilità, nel caso concreto e alla luce della risposta di Lussemburgo, del doppio binario in materia di *market abuse* con il principio unionale (e convenzionale), del *ne bis in idem*.

In via preliminare⁸³⁴, tuttavia, la Corte si trova a dover risolvere la questione relativa alla possibilità di parlare di violazione (o limitazione) della garanzia del *ne bis in idem* anche quando il cumulo di sanzioni penali e amministrative non riguardi l'*eadem persona*, ma soggetti diversi.

⁸³³ Cass., Sez. Trib. civ., ord. 20 settembre 2016, cit.

⁸³⁴ Prima di entrare nel “merito” della doglianza relativa alla violazione della garanzia, peraltro, la Suprema Corte detta pure alcune indicazioni di massima in relazione alla valutazione della “natura” sia del provvedimento sanzionatorio amministrativo, che della sentenza di patteggiamento adottata in sede penale.

Anzitutto, la Corte ricostruisce i criteri delineati dalla giurisprudenza di Strasburgo per attribuire natura “sostanzialmente” penale al procedimento amministrativo, condizione essenziale «affinché sia operante il principio del ne bis in idem». Ricostruiti i “criteri *Engel*”, la Corte conclude che «appare evidente, nel caso di specie, [...], la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa effettivamente comminata al Ricucci (€ 5.000.000), affittiva e

Riportando alla memoria la pronuncia della Corte di Giustizia *Garlsson*, la Corte ricordava che non può essere ravvisata una violazione del divieto di *bis in idem* quando le diverse sanzioni, per i medesimi fatti, siano state inflitte nei confronti di soggetti giuridici diversi. Tale principio, peraltro, trova conferma nella sentenza della Corte di Giustizia del 5 aprile 2017 – *Orsi e Baldetti c. Italia*⁸³⁵ – in cui il giudice di Lussemburgo osservava che «l'applicazione del principio di *bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta, presuppone in primo luogo che sia la stessa persona ad essere oggetto delle sanzioni o dei procedimenti penali di cui trattasi»⁸³⁶. Nella pronuncia, infatti, veniva precisato che l'art. CDFUE non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'IVA dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.

Sul punto, peraltro, la posizione della Corte di Giustizia converge con la giurisprudenza della Corte EDU. Infatti, nella pronuncia *Pirttimäki c. Finlandia*⁸³⁷, la Corte di Strasburgo precisava che il fatto di infliggere sia sanzioni tributarie che sanzioni penali, non costituisce una violazione dell'art. 4 del VII Protocollo alla CEDU, qualora le sanzioni di cui trattasi riguardino persone, fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte. Dunque, sia la Corte di Giustizia che la Corte della Convenzione, ritengono che non sia violato il divieto di *bis in idem* quando, in caso di dualità di procedimenti e sanzioni di carattere amministrativo e di carattere penale per gli stessi fatti, le prime sono imposte ad una persona giuridica, mentre il procedimento penale viene promosso nei confronti di una persona fisica,

munita di funzione deterrente, in considerazione dell'elevato importo» (Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Natura penale della sanzione amministrativa inflitta al Ricucci*, § 17.1)

In secondo luogo, la Corte si occupa di definire il c.d. patteggiamento, regolato dagli artt. 444 e ss. del codice di rito penale che costituisce una sentenza che «va assimilata a quella penale di condanna, rivestendone tale sostanziale natura» (§ 17.2), pur non implicando un accertamento penale della responsabilità dell'imputato, ma richiedendo solamente la verifica dell'insussistenza delle cause di non punibilità previste dall'art. 129 c.p.p. Come da tempo aveva rilevato la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 24 settembre 2013 (dep. 25 novembre 2013), n. 43853; Cass. pen., Sez. IV, sent. 7 maggio 2013 (dep. 31 maggio 2013), n. 23680; Cass. pen., Sez. II, sent. 19 febbraio 2008 (dep. 29 febbraio 2008), n. 9174), la natura di sentenza di condanna del patteggiamento e, comunque, di sanzione penale, è ulteriormente confermata dalla possibilità, per il giudice, di pronunciare sentenza di assoluzione ex art. 129, comma 2, c.p.p. sia pure nei casi in cui emergano chiaramente le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la sua rilevanza penale ovvero la non commissione del medesimo da parte dell'imputato.

Peraltro, la Suprema Corte chiarisce che la sentenza di condanna passata in giudicato e quella di patteggiamento di cui siano spirati i termini dell'impugnazione sono equiparabili e, in aggiunta, che nel caso di specie si tratterebbe comunque di «sanzione che ha chiara natura penale, [anche] alla luce dei principi della Corte di giustizia e della CEDU» (§ 17.2).

⁸³⁵ Corte di Giustizia UE, Quarta Sezione, 5 aprile 2017, causa *Orsi e Baldetti*, cit.

⁸³⁶ Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Cumulo di sanzioni penali e amministrative nei confronti di soggetti diversi*, § 18.

⁸³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, *Pirttimäki c. Finlandia*, cit., § 51.

sebbene quest'ultima sia il rappresentante legale dell'altra. Nel caso di specie, nel procedimento penale alle due società dotate di personalità giuridica erano state inflitte sanzioni amministrative, mentre alla persona fisica del Ricucci era stata inflitta sanzione penale.

A detta della Suprema Corte, tuttavia, il decreto legislativo n. 107 del 2018 – emanato per adeguare la disciplina nazionale in materia di *market abuse* alla normativa eurounitaria del 2014 – sarebbe costituita da alcune disposizioni che collidono con tale consolidato orientamento. Dal decreto, infatti, emerge la possibilità di configurare una violazione del divieto di doppia sanzione anche nel caso in cui il soggetto, nei cui confronti sia diretta la pena, non sia una persona fisica, ma una persona giuridica cui sia applicata una sanzione per l'illecito amministrativo ed una sanzione, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001⁸³⁸, per il reato commesso da una persona fisica che abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente collettivo medesimo. Infatti, il nuovo art. 187-terdecies prevede che: «Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies, ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato, [...] l'autorità giudiziaria o la Consob tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate». La disposizione, dunque, oggi prevede un meccanismo di riequilibrio sanzionatorio (che negli intenti del legislatore ed in tesi sarebbe idoneo ad evitare la violazione del principio del *ne bis in idem*) che fa riferimento non solo al reo e all'autore della violazione, ma anche all'ente e, ancora, ha ad oggetto non solo sanzioni penali, ma anche «sanzioni amministrative dipendenti da reato», ove sia riconosciuta alle stesse natura penale.

A ciò si aggiunga che, in forza del disposto dell'art. 2, secondo capoverso, del codice penale – che prevede che se la legge del tempo in cui sono stati commessi i medesimi fatti aventi rilevanza o natura penale e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo – a dover essere applicata, anche al caso di specie, sarebbe il nuovo art. 187-terdecies, in virtù del principio del *favor rei*, in quanto lo stesso, diversamente dalla sua formulazione previgente impone all'autorità giudiziaria e alla Consob, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, non solo di “temperare” il cumulo di sanzioni pecuniarie, ma di tutte le «misure punitive già irrogate». E, soprattutto, in relazione alla responsabilità dell'ente, «il nuovo art. 187-terdecies è più favorevole nella parte in cui prevede il cumulo tra sanzioni inflitte all'ente e alla persona fisica che lo rappresenta ai fini della valutazione di proporzionalità»⁸³⁹.

⁸³⁸ Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”, pubblicata in G.U. 19 giugno 2001, n. 140.

⁸³⁹ Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Cumulo di sanzioni penali e amministrative nei confronti di soggetti diversi*, § 18.

Quanto detto, tuttavia, rende la nuova normativa apparentemente in contrasto con quel consolidato orientamento della Corte di Giustizia e della Corte EDU, che – diversamente dall’art. 187-*terdecies* t.u.f. – non consente l’applicazione del principio del *ne bis in idem* nel caso di sanzioni inflitte a soggetti diversi come, ad esempio, la società e il suo legale rappresentante. Trattandosi di principio contrastante con l’interpretazione dell’art. 50 CDFUE fornita dalla Corte di Lussemburgo, però, la Cassazione ritiene che il giudice nazionale dovrà disapplicare il novellato art. 187-*terdecies* in parte *de qua*, ossia, ossia dovrà disapplicare quella parte della norma confliggente con i principi unionali (e convenzionali).

Entriamo, ora, nel merito della questione della sussistenza dei requisiti che legittimano l’attuale disciplina in materia di *market abuse* con la garanzia convenzionale ed eurounitaria, tenendo pure in conto che – come anticipato – nelle more tra la pubblica udienza e la pubblicazione della sentenza che si commenta, è intervenuto il legislatore nazionale ad adeguare la disciplina interna in materia alle disposizioni contenute nel Regolamento (UE) 596/2014 e nella Direttiva 2014/57/UE.

Anche in questo caso, il Giudice di legittimità non si esime da una puntuale ricostruzione dei momenti più significativi della giurisprudenza delle Corti europee, agevolmente approdando ad una prima conclusione: «Vi è stata una evoluzione del principio del divieto del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della CEDU e della Corte di giustizia, valutato rigorosamente nelle prime sentenze, senza possibilità di deroghe [...] e poi affievolito e limitato nella sua portata di principio generale, sia pure subordinatamente al verificarsi di determinate condizioni»⁸⁴⁰.

L’esito della ricostruzione, ovviamente, consiste nella descrizione dei *test* di compatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* cui, in concreto, la Suprema Corte sottopone la normativa domestica in materia di abusi di mercato. Invero, dall’analisi della pronuncia appare che la Cassazione passi – quasi *ad libitum* – dal riscontro (in astratto ed in concreto) degli indici elaborati a Strasburgo a quello dei requisiti che legittimano la limitazione della garanzia *ex* art. 52, § 1, CDFU, e viceversa. Un simile argomentare rende implicito ciò che, comunque, la stessa Cassazione esplicita, parlando nello specifico degli indicatori rilevati dalla Corte dell’Unione, affermando che «Trattasi di condizioni che mirano ad allineare le garanzie riconosciute al cittadino dalla Carta dei diritti europei all’elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di “*ne bis in idem*”»⁸⁴¹. In altri termini, la Suprema Corte si convince della conformità dei parametri dei due “*test* di compatibilità” elaborati a Strasburgo e a Lussemburgo. Ciononostante, la Corte non può fare a meno di notare che manca,

⁸⁴⁰ Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Evoluzione del principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della CEDU e della Corte di giustizia*, § 16.1.

⁸⁴¹ Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Cumulo di sanzioni penali e amministrative nei confronti del medesimo soggetto*, § 19.1.

tra gli indici dettati dalla Corte di Giustizia, il requisito della connessione temporale sufficientemente stretta. *Nulla quaestio*, però, al riguardo, perché – quantomeno nel caso sottoposto al suo esame – un nesso temporale sufficientemente stretto tra il procedimento amministrativo sanzionatorio (ancora non definito) e il procedimento penale (oramai passato in giudicato), sussiste sicuramente. «La Consob ha avviato il procedimento amministrativo sanzionatorio in data 26 settembre 2006, ha trasmesso, con note del 14 giugno 2005, 25 agosto 2005 e novembre 2005, alle Procure della Repubblica interessate i relativi rapporti di cui si fa menzione nella sentenza del Tribunale penale di Roma del 10 settembre 2008»⁸⁴². Si noti, in aggiunta, che la nostra Corte di Cassazione Suprema rileva anche la mancata previsione, nella normativa nazionale, della richiesta contestualità – «allargata» – dei procedimenti, potendo ciò costituire in termini generali un possibile profilo di contrasto con l’art. 4, Prot. n. 7, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Anche tale considerazione, tuttavia, non assume rilevanza ai fini del giudizio ad essa sottoposto in quanto, come anticipato, sussiste nel caso di specie una connessione temporale stretta tra il procedimento penale ed amministrativo.

Relativamente agli altri indici che legittimerebbero il cumulo procedimentale e sanzionatorio in materia di *market abuse*, la Suprema Corte ricorda la risposta data dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Garlsson* in ordine al quesito da essa formulato: «Un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni costituisce una limitazione del diritto garantito [dall’]articolo 50 della Carta»⁸⁴³. Tuttavia, il Giudice di Lussemburgo, immediatamente dopo, precisava che «Occorre ricordare che, nella sua sentenza del 27 maggio 2014, *Spasic*, [...], la Corte ha dichiarato che una limitazione del principio del *ne bis in idem* garantito dall’art. 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell’art. 52, paragrafo 1, della medesima»⁸⁴⁴, aggiungendo che «Ai sensi dell’articolo 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. A termini del secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»⁸⁴⁵.

⁸⁴² Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Conclusioni*, § 22.

⁸⁴³ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Garlsson Real Estate SA e a.*, § 41.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, § 42.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, § 43.

Portata alla memoria la risposta, e posta la conformità di tali indici con quelli indicati a Strasburgo per verificare la sussistenza della connessione sostanziale, la Suprema Corte passa autonomamente alla verifica della sussistenza, nel caso concreto, di tali indicatori.

Nella specie, in primo luogo la Corte ritiene pacifica la sussistenza della prima condizione: «il cumulo di procedimenti e sanzioni penali nonché procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale, [...], è previsto dalla legge nazionale»⁸⁴⁶. Infatti, l'avvio di separati procedimenti, con la possibile applicazione di diverse sanzioni, in un sistema come quello italiano – in cui il doppio binario sanzionatorio è normativamente previsto – costituisce una circostanza prevedibile e l'incolpato è in grado di sapere che nei suoi confronti potrebbe essere esercitata sia l'azione penale che inflitta una sanzione amministrativa.

Occorre, poi, accertare se il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative di natura penale corrisponda ad un obiettivo di interesse generale. Secondo la giurisprudenza eurounitaria, in materia di contrasto ad operazioni di manipolazione del mercato⁸⁴⁷, un cumulo di procedimenti e sanzioni di natura penale può essere giustificato qualora tali procedimenti e tali sanzioni perseguano scopi “complementari” riguardanti aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. Già in astratto, peraltro, in *Garlsson*, la Corte di Giustizia aveva ritenuto che la legislazione italiana in materia di manipolazione del mercato fosse idonea a realizzare tale obiettivo. Così, la Suprema Corte ne ribadisce gli esiti, attribuendone concretezza. La normativa di cui al procedimento principale di natura amministrativa «risponde a un obiettivo di interesse generale, essendo finalizzata a tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico nei strumenti finanziari; la condanna criminale, invece, non solo serve come deterrente ma ha anche uno scopo punitivo [...]»⁸⁴⁸.

Sussistono, dunque, nel caso di specie, alcune condizioni per la presenza di un doppio binario sanzionatorio compatibile con il *ne bis in idem*, dovendo, tuttavia, anche garantire che gli oneri risultanti, per gli interessati, da un tale cumulo siano limitati “allo stretto necessario” per realizzare l'obiettivo di interesse generale indicato. Ciò comporta la necessità che nel sistema in materia di abusi di mercato vi siano delle norme capaci di assicurare un coordinamento che riduca al minimo l'onere supplementare che un simile cumulo comporta per gli interessati. In più, il doppio binario deve al contempo accompagnarsi a disposizioni che consentano di garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità del reato, «costituendo un obbligo per le

⁸⁴⁶ Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Limitazione dell'art. 50 CDFUE ex art. 52, par. 1, CDFUE*, § 20.

⁸⁴⁷ Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza del 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group*, cit.

⁸⁴⁸ Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Valutazione dei principi di proporzionalità tra le diverse sanzioni inflitte*, § 21.2.

autorità competenti di assicurare, in caso di seconda sanzione, che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato»⁸⁴⁹.

Sul punto, la Corte di Giustizia nel caso *Garlsson* aveva affermato quanto segue: «vero è che l'obbligo di cooperazione e di coordinamento tra il pubblico ministero e la Consob previsto dall'articolo 187-decies del t.u.f. può ridurre l'onere derivante, per l'interessato, dal cumulo di un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di un procedimento penale per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato. Tuttavia va sottolineato che, nel caso in cui sia stata pronunciata una condanna penale in forza dell'articolo 185 del t.u.f. al termine del procedimento penale, la celebrazione del procedimento riguardante la sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccede quanto è strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo di cui al punto 46 [l'obiettivo di interesse generale] della presente sentenza, qualora tale condanna penale sia idonea a reprimere l'infrazione commessa in modo efficace, proporzionato e dissuasivo»⁸⁵⁰.

Da ciò la Cassazione ha desunto la necessità di valutare, ai fini della compatibilità con il principio del *ne bis in idem*, se le sanzioni complessivamente inflitte dal giudice penale e dalla Consob siano proporzionate alla gravità del fatto commesso⁸⁵¹, «circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»⁸⁵². Così, ribadito l'orientamento della giurisprudenza dell'Unione, la Suprema Corte ritiene che – spettando al giudice del rinvio la valutazione del carattere strettamente necessario del sistema del doppio binario – non vi sia alcun automatismo in base al quale la sussistenza della condanna penale non consenta la comminatoria di altra sanzione, «dovendo il giudice nazionale valutarne, complessivamente, l'afflittività, la proporzionalità e la dissuasività»⁸⁵³.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, § 21.1.

⁸⁵⁰ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 57.

⁸⁵¹ Tale conclusione, specificava la Corte, seguendo l'insegnamento del Giudice di Lussemburgo in *Garlsson* (§ 62), «non è rimessa in discussione dalla circostanza che la pena definitiva pronunciata in applicazione dell'articolo 185 del t.u.f. può, se del caso, estinguersi successivamente per effetto di indulto», come era avvenuto nel procedimento principale: una circostanza del genere, infatti, è irrilevante per valutare il carattere strettamente necessario di una normativa nazionale.

⁸⁵² Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 59.

⁸⁵³ La questione della proporzionalità delle sanzioni – richiesta, peraltro, da entrambe le Corti europee – coinvolge, secondo il giudice di legittimità la necessità di dirimere preliminarmente un ulteriore nodo problematico: se ai fini del giudizio di proporzionalità ed adeguatezza del trattamento sanzionatorio, debbano essere considerate le sanzioni in astratto previste o, per converso, quelle in concreto comminate.

Secondo la Suprema Corte, la Corte EDU, originariamente, sembrava aver optato per la prima ipotesi, avendo affermato che il carattere penale di una sanzione è subordinato al grado di gravità della stessa di cui è a priori passibile la persona interessata (cfr. *Engel*) e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta. Tale criterio è sicuramente ancora efficace per valutare la natura “sostanzialmente” penale della sanzione *de qua*, ma non va però confuso con l'oggetto della verifica di proporzionalità della sanzione, che, diversamente, deve essere operata dal giudice nazionale in concreto, in base alle

Nel caso concreto, la valutazione sulla complessiva proporzionalità ed adeguatezza delle sanzioni inflitte dovrà anzitutto riguardare – come anticipato – le sole pene inflitte al Ricucci per la condotta manipolativa ex art. 185 t.u.f. e, visto che la sanzione amministrativa non è ancora divenuta definitiva, il giudice del rinvio avrà la possibilità di coordinare egli stesso le misure punitive inflitte dalla Consob con quelle strettamente penali del procedimento conclusosi con sentenza di patteggiamento divenuta definitiva, così da assicurare il rispetto del principio di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria. Ai fini della valutazione, il giudice domestico dovrà tenere presente che la condanna penale inflitta dal Tribunale di Roma non è riconducibile solamente ai fatti contestati anche nel procedimento amministrativo, in quanto «il giudice penale, tra i numerosi reati contestati al Ricucci, ha ritenuto più grave il reato di corruzione, contestato al capo e) della imputazione, [...], mentre il reato oggetto della valutazione relativa al ne bis in idem è stato contestato al capo g) della imputazione e per tale reato è stata giudicata congrua la pena di mesi 4 di reclusione anche se la reclusione totale di anni 4 e mesi 6 derivante dalla somma degli aumenti applicati alla pena base a titolo di continuazione ex art. 81 c.p.p. (anni 2, mesi 8 per il reato di corruzione) è stata ridotta di un terzo in ragione della scelta del rito»⁸⁵⁴. In sostanza, secondo la Suprema Corte nonostante l'unitarietà della condanna, ai fini della valutazione del *ne bis in idem*, occorre considerare solo la pena comminata in concreto per la condotta che costituisce oggetto sia di sanzione amministrativa da parte della Consob sia di sanzione penale ormai definitiva, «non potendo ritenersi ricompresi nell' "idem", condotte diverse da quelle oggetto di sanzione amministrativa»⁸⁵⁵.

Nel dettaglio, occorre verificare se una condanna a 80 giorni – considerata la riduzione a seguito del patteggiamento – in uno con la sanzione amministrativa irrogata (5 milioni di euro), per un verso, ecceda «quanto strettamente necessario» per conseguire l'obiettivo di interesse generale costituito dalla tutela dell'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari e, per altro verso, risponda ai principi di effettività, proporzionalità e dissuasività a tutela dell' "obiettivo di interesse generale".

Trattandosi di una valutazione di merito, peraltro, secondo la Suprema Corte tale accertamento non è di sua competenza, dovendosi ritenere che per "giudice del rinvio" cui la Corte di giustizia ha rimesso tale valutazione, si intenda non solo il giudice rimettente, ma, eventualmente, anche il giudice competente a decidere in base alla normativa nazionale. Dunque, la valutazione viene

sanzioni effettivamente inflitte. La stessa sentenza *Garlsson*, infatti, chiama il giudice nazionale a considerare «la pena definitiva pronunciata» (§ 62).

⁸⁵⁴ Così, Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, cit., *Conclusioni*, § 22.

⁸⁵⁵ *Ibidem*.

affidata alla Corte d'Appello di Roma, il cui compito – in seguito ad un bilanciamento tra principio del *ne bis in idem* ed esigenza di tutela della effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione – sarà quello di valutare la congruità della complessiva risposta sanzionatoria penale e amministrativa, all'illecito di manipolazione del mercato commesso dal Ricucci, potendo confermare, annullare o modificare l'entità della sanzione amministrativa incombente in capo allo stesso.

1.5 Le “sentenze gemelle” della Cassazione del 2018⁸⁵⁶ sulle vicende *Di Puma e Zecca*: la diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE

Il 6 dicembre 2018, la Suprema Corte di cassazione chiude, in via definitiva, le vicende nostrane che avevano dato origine ad una delle tre sentenze della Corte dell'Unione del 20 marzo dello stesso anno⁸⁵⁷.

Ci riferiamo, questa volta, ai casi *Di Puma e Zecca* che si erano inseriti nelle maglie del sistema degli abusi di mercato a partire dal 2012, quando la Consob aveva irrogato ai sigg. Di Puma e Zecca sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 187-*bis* del t.u.f. Gli interessati si opponevano dinanzi alla Corte d'appello di Milano che, se da un lato accoglieva il ricorso del sig. Zecca, rigettava invece quello del sig. Di Puma. Quest'ultimo, come pure la Consob avverso il provvedimento di accoglimento del Collegio milanese a favore di Zecca, promuoveva ricorso per Cassazione. Entrambi gli interessati, dinanzi alla Suprema Corte, adducevano di essere già stati soggetti ad un precedente procedimento penale, per i medesimi fatti, che si era concluso con sentenza di assoluzione passata in giudicato.

A quel punto, la seconda sezione civile della Cassazione chiedeva l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia⁸⁵⁸.

Prima di esaminare il modo in cui la Suprema Corte applica, nelle due sentenze “gemelle” che si commentano, i principi desunti dalla pronuncia *Di Puma e Zecca* della Corte di Lussemburgo, conviene muovere dall'assunto dell'ormai piena validità delle modifiche legislative apportate alla materia degli abusi di mercato nel 2018. Invero, il 6 dicembre 2018, quando la Suprema Corte chiudeva i due procedimenti amministrativi, era già pienamente in vigore il d.lgs. n. 107/2018.

⁸⁵⁶ Cass., II Sez. civ., sentt. 6 dicembre 2018, nn. 31632 e 31633.

⁸⁵⁷ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit. Sull'argomento si v. §§ 9.3, 10, 10.3 del Capitolo II.

⁸⁵⁸ Cass., II Sez. civ., ordd. 15 novembre 2016, cit.

La precisazione risulta essere necessaria in virtù del fatto che in relazione alle condizioni preliminari su cui la giurisprudenza europea articola il giudizio di compatibilità di un sistema sanzionatorio interno con il principio convenzionale ed eurounitario del *ne bis in idem* – ossia la natura penale della doppia sanzione e l'*idem factum* – le modifiche del 2018 non sembrano aver avuto ripercussioni.

La sanzione di cui all'art. 187-*bis* t.u.f., formalmente amministrativa era stata – quanto meno nella sua previgente formulazione – pacificamente considerata “sostanzialmente penale, sia alla stregua della Convenzione EDU (secondo i c.d. criteri *Engel*), sia alla stregua del diritto eurounitario (secondo gli omologhi criteri *Bonda*). Invero, nella sentenza che si commenta, viene subito sottolineato che tale conclusione va tenuta ferma nonostante tra la data della sua deliberazione e quella della del suo deposito, è entrato in vigore il decreto legislativo n. 107 del 2018. Il menzionato decreto, infatti, come riferisce la Corte «ha modificato i limiti edittali della sanzione pecuniaria, abbassando il minimo da € 100.000 a € 20.000 ed il massimo da € 15.000 ad € 3.000.000 (in sostanza ripristinando i termini edittali vigenti prima della quintuplicazione disposta dall'articolo 39, terzo comma, della legge n. 262/2005)»⁸⁵⁹. Ciononostante, anche in seguito alla riportata riforma, il massimo edittale (€ 3.000.000) è molto severo e, inoltre, ai sensi del quinto comma dello stesso art. 187-*bis* resta la possibilità di aumentare la sanzione fino al triplo, o fino al decuplo del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito se essa, pur se applicata nel massimo, risulti inadeguata. Peraltro, la “natura” penale di tale sanzione si desume anche dal rilievo che ad essa – *ex art. 187-sexies* t.u.f. – si accompagna la confisca e – *ex art. 187-quater* – anche le sanzioni amministrative accessorie della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità e della incapacità temporanea di assumere determinati incarichi.

Per tali ragioni, la Suprema Corte ritiene di dover confermare la considerazione fatta dalla Corte di Giustizia proprio in causa *Di Puma e Zecca* secondo cui, pur riservando la concreta verifica sul punto al giudice del rinvio, le sanzioni di cui all'art. 187-*bis* t.u.f. «perseguono una finalità repressiva e presentano un elevato grado di severità e, pertanto, una natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta»⁸⁶⁰ in considerazione, soprattutto, del citato quinto comma dell'art. 187-*bis* che – seppure sulla base di considerazioni parzialmente diverse rispetto alla formulazione vigente – già prevedeva la possibilità di incrementare la sanzione pecuniaria astrattamente irrogabile fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito.

⁸⁵⁹ Cass., II Sez. civ., sentt. 6 dicembre 2018, nn. 31632 e 31633, *Motivi della decisione*, § 8.1.

⁸⁶⁰ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, cause riunite *Di Puma e Zecca*, cit., § 38.

Nella causa *Di Puma e Zecca* la Corte di Giustizia aveva sancito che la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, fondata sui medesimi fatti per i quali l'incolpato sia stato assolto in sede penale, costituisce una «limitazione del diritto fondamentale garantito dall'articolo 50 della Carta»⁸⁶¹ ed era poi passata ad esaminare la questione della legittimità di tale limitazione alla luce dell'art. 52, § 1, CDFUE che stabilisce che limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza sono giustificate purché si tratti di limitazioni previste dalle legge, che salvaguardino il contenuto essenziale dei diritti stessi e che risultino, nel rispetto del principio di proporzionalità, necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere di diritti e le libertà altrui. Al riguardo, la Corte di Giustizia aveva rilevato che l'obiettivo di proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari proprio della normativa italiana in materia di *market abuse* è tale da giustificare il cumulo di azioni sanzionatorie amministrative e penali, «ove tali azioni e sanzioni siano intese, in vista del conseguimento di detto obiettivo, a fini complementari aventi ad oggetto, eventualmente, aspetti diversi dal medesimo comportamento costitutivo dell'infrazione»⁸⁶².

Tuttavia, l'argomentazione della Corte di Giustizia continuava statuendo che «la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, come quello oggetto del procedimento principale, in esito alla definizione del procedimento penale è assoggettata al rigoroso rispetto del principio di proporzionalità»⁸⁶³. Nel caso specifico, peraltro, il procedimento principale *stricto sensu* penale si era concluso con una sentenza di assoluzione, il che portava il Giudice di Lussemburgo a sottolineare che «la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale eccederebbe manifestamente quanto necessario per conseguire l'obiettivo» di interesse generale di proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari⁸⁶⁴. In altre parole, l'art. 50 della Carta di Nizza osta «alla prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, come quella oggetto del procedimento principale»⁸⁶⁵ – salva la possibilità di un eventuale riapertura del processo penale, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente inficino la sentenza penale pronunciata – quando sui medesimi fatti si sia formato un giudicato formalmente e

⁸⁶¹ *Ibid.*, § 40.

⁸⁶² *Ibid.*, § 42.

⁸⁶³ *Ibid.*, § 43.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, § 44.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, § 45.

sostanzialmente penale che dichiarare l'assenza degli elementi costitutivi dell'infrazione (un giudicato penale di assoluzione, dunque).

Alla stregua di tale ricostruzione degli approdi raggiunti dalla Corte di Giustizia, dunque, la Suprema Corte nella pronuncia in commento ha desunto l'incompatibilità, con il disposto dell'art. 50 CDFUE, dell'instaurazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio – o della sua prosecuzione – per l'illecito di cui all'art. 187-*bis* t.u.f., in relazione ai medesimi fatti storici per i quali i sigg. Di Puma e Zecca erano stati assolti, in sede penale, dal delitto di cui all'art. 184 t.u.f. Tuttavia, riemerge nella sentenza nuovamente il dubbio riguardante la possibilità di dare diretta applicazione all'art. 50 della Carta di Nizza, così come interpretato in esito al rinvio pregiudiziale e, in ragione della diretta efficacia di tale disposizione nell'ordinamento interno (quanto meno nelle materie disciplinate dal diritto UE, come quella oggetto dei procedimenti), di disapplicare la norma nazionale contrastante, ossia nel caso di specie, l'art. 187-*bis* t.u.f.

La problematica torna in auge in quanto, successivamente al rinvio pregiudiziale della Seconda sezione civile *ex art. 267* t.u.f., la Consulta aveva offerto alcune precisazioni proprio sull'ipotesi del contrasto tra una norma interna e una disposizione del diritto UE suscettibile di diretta applicazione e contenuta nella Carta di Nizza. La Corte costituzionale, infatti, con la sentenza n. 269 del 2017⁸⁶⁶, anzitutto premetteva che la Carta «costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale [...] sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione». Dunque, posto che «le violazioni dei diritti della persona postulano un intervento *erga omnes*», si conclude che «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta [di Nizza] in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

Nonostante quanto sancito dalla Corte costituzionale, la Suprema Corte ritiene che le particolarità del caso concreto consentano di dare comunque diretta attuazione al disposto dell'art. 50 CDFUE e, dunque, di conformarsi ai principi espressi nelle tre pronunce della Corte di Giustizia relative del 20 marzo 2018. In particolare, la Cassazione ricorda che, secondo la sentenza *Garlsson Real Estate*: «il principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta [...] conferisce ai soggetti

⁸⁶⁶ Corte cost., sent. 7 novembre 2017, n. 269.

dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale»⁸⁶⁷.

Il ragionamento sulla base del quale la Suprema Corte ritiene che, nella vicenda concreta, non vi siano motivi di frizione tra l'orientamento appena menzionato della Corte di Lussemburgo e la nostra Corte costituzionale, parte da una basilare considerazione: i sigg. Di Puma e Zecca sono stati assolti con formula piena dalle imputazioni a loro mosse, ai sensi dell'art. 184 t.u.f., per i medesimi fatti per i quali erano state irrogate loro le sanzioni amministrative che vengono ora impugnate. Il procedimento amministrativo, in particolare, sia nel testo anteriore alla modifica recata dal d.lgs. 107/2018, sia nel testo successivo a tale modifica, vieta determinate condotte e prescrive determinate sanzioni amministrative da applicare in caso di violazione del precetto facendo, tuttavia, «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato». Essa ha, secondo la Suprema Corte, «portata sostanziale e non procedimentale»⁸⁶⁸, non dettando alcuna disciplina in ordine alle modalità di accertamento degli illeciti. Quando, invece, la Corte di Giustizia interpreta l'art. 50 della Carta di Nizza nel senso che un giudicato penale di assoluzione esclude l'insaturazione o la prosecuzione, per gli stessi fatti, di un procedimento sanzionatorio amministrativo, non interferisce con il disposto dell'art. 187-*bis* in quanto quest'ultima presuppone che l'illecito sia stato accertato e, dunque, non vi è – in questo caso – alcuna necessità di disapplicare la norma interna antinamica. Diversamente, se ci si trovasse dinanzi ad un giudicato penale di condanna il problema dell'interferenza tra il divieto di *bis in idem* eurounitario e l'applicazione dell'art. 187-*bis* t.u.f. si porrebbe nell'ipotesi in cui il procedimento sanzionatorio amministrativo sugli stessi fatti si concludesse con l'irrogazione, in conformità al disposto di tale articolo, di una sanzione amministrativa. Solo in questo secondo caso, infatti, il giudice dovrebbe porsi il problema di una possibile frizione tra il *dictum* della Corte di Giustizia che sancisce la diretta applicazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza imponendo di conseguenza al giudice nazionale di disapplicare la norma interna antinamica, e la recente pronuncia della Consulta che, diversamente, richiede al giudice nostrano di sollevare questione di costituzionalità nella misura prima evidenziata.

Quanto detto porta la Cassazione a ritenere che, per le circostanze del caso, è necessario dare diretta applicazione all'art. 50 della Carta di Nizza, ed in virtù di ciò a rilevare l'impossibilità della prosecuzione dell'accertamento dell'illecito amministrativo avente ad oggetto gli stessi fatti storici giudicati – e ritenuti insussistenti – in sede penale. In quest'ottica, dunque, il necessario immediato arresto del procedimento amministrativo (nel dettaglio del procedimento giudiziario di opposizione alla sanzione amministrativa) prima che esso giunga all'accertamento definitivo dei fatti e

⁸⁶⁷ Corte di Giustizia UE, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 68.

⁸⁶⁸ Cass., II Sez. civ., sentt. 6 dicembre 2018, nn. 31632 e 31633, cit., *Motivi della decisione*, § 21.

all'eventuale applicazione della relativa sanzione preclude, dunque, la necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis* t.u.f. e, parimenti, delle altre disposizioni del t.u.f. che sanciscono il doppio binario sanzionatorio in materia di *market abuse*: l'art. 187-*duodecies*, giacché nel caso concreto nessun procedimento penale è ancora pendente a carico dei sigg. Di Puma e Zecca; e l'art. 187-*terdecies*, in quanto nessuna pena è stata inflitta ai ricorrenti in sede penale e, peraltro, nessuna sanzione amministrativa può essere loro inflitta dalla Suprema Corte che si occupa del ricorso contro detta sanzione.

In conclusione, la corte ritiene i due giudizi di accertamento degli illeciti amministrativi a carico dei sigg. Di Puma e Zecca improseguibili, alla luce della necessità di dare diretta applicazione al disposto dell'art. 50 della Carta di Nizza così come interpretato in causa *Di Puma e Zecca* dalla Corte di Lussemburgo⁸⁶⁹.

⁸⁶⁹ Invero, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Di Puma e Zecca* prima di rispondere al giudice del rinvio sul problema della compatibilità del diritto eurounitario ex art. 50 CDFUE con l'instaurazione o la prosecuzione di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura sostanzialmente penale per i medesimi fatti per cui l'incolpato sia stato assolto in sede penale, aveva preliminarmente affrontato una diversa questione. La problematica, della cui risoluzione si dà pure conto nella sentenza che si commenta, verteva sulla compatibilità dell'art. 14, § 1, della Direttiva 2003/6/CE, che impone agli Stati membri di sanzionare gli abusi di mercato con misure o sanzioni amministrative «efficaci, proporzionate e dissuasive», con la norma interna di cui all'art. 654 c.p.p., che attribuisce alla sentenza penale di condanna o di assoluzione efficacia di giudicato (nei confronti di chi abbia partecipato al processo penale) nel giudizio civile o amministrativo concernente gli stessi fatti materiali oggetto del giudizio penale, così precludendo un nuovo accertamento del medesimo illecito. La questione analizzata per prima dalla Corte di giustizia, in effetti, rappresenta un *posterius* rispetto quella della compatibilità con il disposto dell'art. 50 CDFUE della instaurazione o prosecuzione di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura sostanzialmente penale per i medesimi fatti per i quali l'incolpato sia stato assolto in sede penale. Ciononostante, la Suprema Corte ricostruisce parimenti prima la risposta data a tale domanda pregiudiziale. Anzitutto, rileva che il presupposto da cui muove l'argomentazione della Corte dell'Unione è costituito dall'analisi di quelle norme del t.u.f. che regolano il coordinamento tra procedimento penale e procedimento amministrativo: in particolare, l'art. 187-*undecies* del t.u.f. In forza della disposizione in parola, «la Corte dispone della facoltà di partecipare al procedimento penale, segnatamente costituendosi come parte civile» ed è, inoltre, tenuta, ai sensi dell'art. 187-*decies* t.u.f., «a trasmettere alle autorità giudiziarie la documentazione raccolta nell'esercizio della sua attività di controllo». Dunque, «Alla luce di tali elementi, risulta che la Consob può effettivamente accertare che una sentenza penale di condanna o, come nel caso dei procedimenti principali, di assoluzione sia pronunciata tenendo conto di tutti gli elementi di prova di cui dispone detta autorità ai fini dell'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187 bis del TUF». Tanto premesso, giunge a concludere che «l'obbligo, prescritto agli Stati membri dall'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6, di prevedere sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive [...] non potrebbe portare a escludere l'autorità di cosa giudicata che una sentenza penale di assoluzione possiede in forza di una disposizione nazionale quale l'articolo 654 del c.p.p., nei confronti di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa vertente sui medesimi fatti di cui detta sentenza ha statuito che non risultano provati».

La Suprema Corte, invero, nelle sentenze in commento si limita a ricostruire la statuizione della Corte eurounitaria, con l'unico rilievo aggiuntivo che essa «sembra non attribuire alcuna rilevanza alla considerazione che, ai sensi dell'articolo 657 c.p.p., la parte civile non ha il diritto di impugnare la sentenza di proscioglimento, se non agli effetti della responsabilità civile»: così, Cass., II Sez. civ., sentt. 6 dicembre 2018, nn. 31632 e 31633, cit., *Motivi della decisione*, § 8.4.

2. Considerazioni riepilogative

Si è partiti da un assunto: la difficile convivenza tra il principio del *ne bis in idem* e il doppio binario sanzionatorio in materia di *market abuse*. Senonché tra la ritenuta difficoltà di coesistenza e il ritenere l'incompatibilità, vi è un'*inventio medii* – costituita dall'evoluzione giurisprudenziale delle Corti europee – che rende falso il sillogismo.

La sentenza *Grande Stevens* e il seguito di pronunce conformi⁸⁷⁰ sembravano aver segnato un punto di non ritorno. Uno più uno, anche a Strasburgo, faceva due⁸⁷¹: la violazione della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale veniva riscontrata nel semplice susseguirsi di un procedimento sanzionatorio – solo formalmente – amministrativo e di un processo penale per lo stesso fatto già giudicato.

Detto “automatismo” sembrava capace di travolgere interi settori normativi⁸⁷². Non è un caso che nell'ampio biennio intercorso tra *Grande Stevens* e *A e B* si siano susseguiti interventi della Corte costituzionale⁸⁷³ e della Corte di cassazione⁸⁷⁴ che – pur non avendo intaccato il quadro normativo vigente – venivano sollecitate ad allineare il sistema normativo interno con la garanzia convenzionale.

Peraltro, prima dell'*Affaire Grande Stevens*, all'orientamento della Corte EDU si era uniformato anche il Giudice di Lussemburgo con la sentenza *Fransson*, pur con qualche non trascurabile ma comprensibile differenza⁸⁷⁵: la Corte di Giustizia, in fondo, è una istituzione dell'Unione, prima ancora che una Corte dei diritti.

Eppure, nel novembre 2016 – ferme le acquisizioni in ordine alla visione sostanziale della sanzione e alla sussistenza dell'*idem factum* – la *Grande Chambre* di Strasburgo cambia le carte in tavola: la celebrazione di un processo penale nei confronti di un soggetto già sanzionato in via definitiva in un procedimento amministrativo, con una sanzione riconducibile alla *matière pénale*, non viola (più) il principio del *ne bis in idem*, quando esista, tra i due procedimenti, una connessione sostanziale e temporale talmente stretta da poterli considerare un *unicum* procedimentale integrato.

Il *novum* strasburghese consegna, dunque, al giudice nazionale un ridimensionamento del livello di tutela del *ne bis in idem* con cui doversi confrontare. Dal *côté* di Lussemburgo, peraltro, la Corte deve decidere se aderire al *revirement* della giurisprudenza EDU, in modo da conformare l'analogo

⁸⁷⁰ Tra le principali, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nykanen c. Finlandia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lucky Dev c. Svezia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kiiveri c. Finlandia*, cit.

⁸⁷¹ L'espressione è tratta da A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due*, cit.

⁸⁷² Cfr. A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi*, cit., 531.

⁸⁷³ Corte cost., sent. n. 102 del 2016; Corte cost., ord. n. 112 del 2016; Corte cost., sent. n. 200 del 2016.

⁸⁷⁴ Per tutte, Cass. pen., Sez. III, sentenza 8 aprile 2014, n. 20266, cit.

⁸⁷⁵ Cfr., N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

diritto *ex art. 50 CDFUE*, oppure assestarsi sul più alto livello di tutela della garanzia già riconosciuto in *Fransson*⁸⁷⁶. A fornire il destro per segnalare il proprio orientamento, quattro rinvii pregiudiziali del giudice italiano. Il 20 marzo 2018, infatti, con tre sentenze⁸⁷⁷ la Corte di giustizia ribadisce che la prosecuzione di un procedimento, dopo la definitiva chiusura di un primo sui medesimi fatti, allorché entrambi abbiano natura sostanzialmente penale costituisce sempre una lesione – *rectius*, una limitazione – al diritto fondamentale di cui all’art. 50 della Carta di Nizza che, tuttavia, può essere giustificata alle condizioni che l’art. 52, § 1, detta per legittimare eventuali limitazioni dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta stessa.

Dunque, ancora una volta è la giurisprudenza eurounitaria ad andare incontro alla giurisprudenza convenzionale⁸⁷⁸: la natura “sostanzialmente” penale del cumulo sanzionatorio e la medesimezza dei fatti oggetto dei due procedimenti non costituisce, *tout court*, una violazione del diritto al *ne bis in idem*, sempre che ricorrano determinate condizioni.

La conclusione è, evidentemente, analoga agli ultimi approdi della giurisprudenza EDU, pur traendo origine da un ragionamento strutturalmente divergente⁸⁷⁹. Si tratta, peraltro, di una divergenza ontologica tra le argomentazioni delle Corti europee che, tuttavia, non porta a ritenere i due “test di compatibilità” dei sistemi di *double track system* con la garanzia del *ne bis in idem* tra di loro non conformi⁸⁸⁰.

Invero, sul punto, non vi è una totale convergenza di opinioni in dottrina. Se, non vi sono dubbi sul fatto che sia la Corte dell’Unione che la Corte della Convenzione affidano il riscontro della violazione ad una serie di indici sintomatici e al loro prudente apprezzamento da parte del giudice nazionale, parte della dottrina non ritiene che la Corte di giustizia abbia pienamente colto l’opportunità di allinearsi alla giurisprudenza di Strasburgo in modo da eliminare le incertezze applicative che le divergenze tra Corti avevano originato⁸⁸¹. Secondo tale tesi, infatti, gli indici non

⁸⁷⁶ *Ibidem*.

⁸⁷⁷ Corte di Giustizia UE, causa *Menci*; causa *Garlsson Real Estate SA e a.*; cause riunite *Di Puma e Zecca*.

⁸⁷⁸ Cfr. F. CONSULICH – C. GENONI, *L’insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 4, 10. Gli autori, peraltro, rilevano che: «Deve [...] ammettersi che l’evoluzione interpretativa in tema di *ne bis in idem* che ha caratterizzato la giurisprudenza della Corte EDU sia stata prontamente colta dalla Corte di Giustizia anche perché funzionale alla tutela adeguata, proporzionata, ma soprattutto dissuasiva da sempre ricercata dalle istituzioni comunitarie per la tutela dei propri interessi», 13.

⁸⁷⁹ Cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea*, cit. L’Autore rileva che, seguendo l’insegnamento della Corte della Convenzione in *A e B*, la garanzia del *ne bis in idem* non sarebbe neanche integrata senza la sussistenza del requisito della stretta connessione temporale e materiale che, dunque, costituisce elemento della garanzia stessa. Secondo la Corte di Lussemburgo, invece, verificati i presupposti dell’*idem re et persona* e della natura sostanzialmente penale dei procedimenti sanzionatori, il diritto *ex art. 50* subisce in qualche misura una “lesione”. Configurando, però, non una regola ma un principio, tale limitazione deve essere bilanciata ai sensi dell’art. 52 della Carta che giustifica le condizioni – più o meno – tipiche, in presenza delle quali la limitazione del diritto al *ne bis in idem* può essere giustificata.

⁸⁸⁰ *Ibidem*.

⁸⁸¹ Cfr. A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali*, cit.

coincidono, a meno da non voler basare il giudizio di conformità al divieto di *bis in idem* dei sistemi di cumulo sulla sola valutazione della proporzione complessiva delle sanzioni irrogate all'esito dei distinti procedimenti.

Diversamente, deve concordarsi con chi ritiene⁸⁸² che la Corte di Giustizia, il 20 marzo 2018, abbia prontamente colto il nuovo orientamento della Corte di Strasburgo, recependone gli indici empirici, senza tuttavia ancorarli al requisito della stretta connessione materiale e temporale, ma al proprio referente normativo *ex art. 52, § 1, CDFUE*. La diversità che contraddistingue la struttura argomentativa, infatti, non rispecchia una corrispondente differenza nelle conclusioni cui le Corti pervengono.

Un approccio convenzionalmente ed eurounitariamente integrato permette, infatti, di ricostruire gli indici richiesti per escludere la violazione della garanzia *de qua* in tal modo. È necessario che:

- a) I procedimenti e le sanzioni abbiano scopi differenti ma complementari, ossia non completamente sovrapponibili ma comunque finalizzati al comune perseguimento di un interesse generale.
- b) Il doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo sia chiaramente previsto dalla legge.
- c) L'ordinamento garantisca un coordinamento tra i procedimenti che limiti a quanto strettamente necessario gli oneri per il consociato sottoposto ad un doppio procedimento o, per usare i termini della Corte EDU (che, al requisito *de quo*, tenta di attribuire una valenza più pratica) che eviti, per quanto possibile, ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, attraverso un'interazione tra le varie autorità competenti, in modo che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro.
- d) Vi sia un meccanismo idoneo ad assicurare la complessiva proporzionalità sanzionatoria.

La possibilità di esporre gli indicatori in maniera integrata, dunque, fornisce prova dell'allineamento tra Corti europee in punto di *ne bis in idem*, nondimeno dovendosi precisare che la Corte di Giustizia non accenna minimamente al profilo della stretta connessione temporale dei procedimenti⁸⁸³. Sul punto, però, non si può parlare di divergenza tra giurisprudenze: sicuramente, in un ordinamento come quello italiano, caratterizzato da una cronica elevata durata dei procedimenti (soprattutto penali), non si può dubitare della sua rilevanza, tuttavia, potendo ipotizzare di includere il requisito della connessione temporale nell'indicazione del Giudice dell'Unione relativa alla necessità di garantire che gli oneri derivanti, a carico degli interessati, dal cumulo procedimentale e

⁸⁸² *Ex multis*, N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.; F. CONSULICH – C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem*, cit. 10 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi*, cit., 536. In giurisprudenza, anche Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, n. 49869, *Chiarion Casoni*, cit.

⁸⁸³ N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

sanzionatorio, siano limitati a quanto strettamente necessario per realizzare l'obiettivo di interesse generale (o, piuttosto, sarebbe più consono ascrivere il requisito ad un diverso diritto fondamentale, quello della ragionevole durata del processo).

Invero, entrambe le Corti sembrano considerare il requisito della complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio come "criterio-principe" per valutare la violazione della garanzia. È stato rilevato⁸⁸⁴, infatti, che tra i criteri proposti dalle Corti europee alcuni si propongono come prevalenti ed altri, invece, come recessivi. È ben vero, infatti, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo successiva alla sentenza *A e B c. Norvegia* ha lasciato intendere come tutti i requisiti dettati in quest'ultima sentenza debbano concorrere per evitare la violazione del diritto *ex art. 4, Prot. n. 7, CEDU* ed il difetto di una sola tra esse apra la strada ad una pronuncia che rilevi l'assenza di connessione tra i due procedimenti⁸⁸⁵, ma ciò non toglie che tra i diversi parametri la proporzione sanzionatoria abbia in concreto assunto un carattere preminente⁸⁸⁶.

La ragione è intuibile se si considera che tutti gli indici empirici elaborati dalle Corti assumono tinte talmente fosche⁸⁸⁷ da poter rappresentare contenitori riempibili – nei limiti di ragionevolezza – con qualsivoglia contenuto (è facile, ad esempio, che uno Stato riesca a dimostrare la prevedibilità della doppia risposta sanzionatoria o i collegamenti più o meno stringenti tra autorità procedenti). Per converso, parafrasare l'indice della complessiva proporzionalità del cumulo è meno agevole: all'interno di uno Stato provvisto di un *double track system*, un meccanismo compensativo idoneo a riequilibrare la risposta sanzionatoria o c'è o non c'è. Si è detto, in argomento, che se gli indicatori dei due *test* di compatibilità sono tutti necessari per escludere la violazione della garanzia, ve n'è, però, solo uno – quello appunto della complessiva proporzionalità sanzionatoria – al cui cospetto gli altri finiscono per essere ancillari⁸⁸⁸.

La conclusione parrebbe, peraltro, essere avallata dalle pronunce del Giudice di Lussemburgo sui rinvii pregiudiziali italiani che ancorano la violazione del *ne bis in idem* al mancato rispetto dell'art. 49, § 3, CDFUE.

Peraltro, in tale contesto di forte limitazione della garanzia del *ne bis in idem*, proprio la Corte di Lussemburgo ha tipizzato due chiare violazioni del principio. In primo luogo, in *Garlsson Real Estate* la Corte ha ritenuto che nelle – pure meno probabili – ipotesi in cui a concludersi in via definitiva per primo sia il processo penale, il secondo procedimento di natura amministrativa

⁸⁸⁴ F. CONSULICH – C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem*, cit., 15.

⁸⁸⁵ Si v. A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie*, cit., 84 s., su Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, cit.

⁸⁸⁶ In tal senso, N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.;

⁸⁸⁷ Cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.; F. CONSULICH – C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem*, cit., 15.

⁸⁸⁸ F. CONSULICH – C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem*, cit., 15.

costituirebbe una sicura violazione del *ne bis in idem* eurounitario. Essendo, infatti, la pena di per sé già idonea ad assorbire l'intero disvalore del fatto, costituirebbe una risposta sanzionatoria sproporzionata alla gravità del fatto e, dunque, lesiva dell'art. 50 CDFUE, l'ulteriore applicazione di una sanzione amministrativa⁸⁸⁹.

L'altra ipotesi è, invece, rinvenibile nella pronuncia *Di Puma e Zecca* in cui, come in *Galrsson*, il procedimento sanzionatorio amministrativo era proseguito nonostante il procedimento penale si fosse concluso in via definitiva. Questa volta, tuttavia, il giudicato penale non era un giudicato di condanna, ma di assoluzione: la Corte di Giustizia, dunque, ha statuito che la prosecuzione di un procedimento sanzionatorio amministrativo sugli stessi fatti ritenuti insussistenti in sede penale ed in via definitiva, è per ciò solo sproporzionata⁸⁹⁰, e lesiva della garanzia ex art. 50 CDFUE.

Nell' caso di specie, tuttavia, si è rilevato che il riferimento alla proporzione sanzionatoria e, più in generale, alla garanzia del *ne bis in idem* è più formale che sostanziale. Invero, le considerazioni del giudice di Lussemburgo sembrano ancorate più alla ragionevole necessità di estendere l'autorità di cosa giudicata anche al procedimento sanzionatorio amministrativo, quando si sia in presenza di fatti sostanzialmente identici e di un procedimento, come quello penale, più accurato e garantista rispetto a quello amministrativo⁸⁹¹.

Entrambe le pronunce ora richiamate potrebbero, peraltro, indicare che la Corte di Lussemburgo, più che in termini di rispetto del *ne bis in idem*, o di complessiva proporzionalità sanzionatoria, si pronunci in punto di ragionevolezza. Il rimando alla ragionevolezza non è casuale ed anzi, pare l'effetto indotto da un travagliato percorso di razionalizzazione dei sistemi di doppio binario condotto dalla Corte di Strasburgo.

Ma quindi, ed è questo il punto, è necessario chiarire se si sia effettivamente verificato per via giurisprudenziale un passaggio da un *ne bis in idem* processuale ad un *ne bis in idem* sostanziale, ovvero un semplice ridimensionamento della garanzia processuale o, piuttosto, se si sia arrivati ad ascrivere al principio del *ne bis in idem* caratteri che invero non gli sono propri (in quest'ultima ipotesi, la metamorfosi del principio sarebbe dovuta alle reali intenzioni delle Corti europee – in

⁸⁸⁹ La Cassazione, “rispondendo” alla sentenza *Garlsson Real Estate* della Corte di Giustizia, non ha interrotto il procedimento amministrativo ma – essendo la sanzione amministrativa ancora *sub iudice* – ha rimesso al giudice del rinvio il compito di assicurare la valutazione della complessiva proporzionalità del cumulo sanzionatorio. Cfr. Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, n. 27564, cit.

⁸⁹⁰ La portata della pronuncia *Di Puma e Zecca* della Corte di Giustizia è stata recepita dal Giudice di legittimità che, dando diretta applicazione all'art. 50 CDFUE così come interpretato, per l'appunto, nella pronuncia del 20 marzo 2018 dal Giudice dell'Unione, ha dichiarato l'improseguibilità dell'accertamento dell'illecito amministrativo configurato dagli stessi fatti storici giudicati – e ritenuti insussistenti – in sede penale. Cfr. Cass., II Sez. civ., sentt. 6 dicembre 2018, nn. 31632 e 31633, cit.

⁸⁹¹ Cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.,

specie, del Giudice EDU – che non sarebbero tanto quelle di garantire il diritto fondamentale al *ne bis in idem* quanto quelle di sindacare la ragionevolezza dei sistemi di doppio binario)⁸⁹².

La prima ipotesi deve essere esclusa. Non si tratta di una completa trasformazione del principio del *ne bis in idem* dal suo profilo processuale ad un profilo essenzialmente sostanziale. I requisiti indicati dalle Corti per escludere la violazione della garanzia (si pensi al coordinamento tra procedimenti e all'interazioni tra le autorità giudiziarie) continuano a presupporre una dinamica bi-procedimentale, che rende impossibile dar credito alla tesi che vuole il profilo processuale della garanzia definitivamente abbandonato.

La seconda ipotesi, quella del ridimensionamento della garanzia processuale, sembrerebbe non potersi smentire alla luce della chiara valorizzazione del profilo sostanziale del *ne bis in idem*. Bisogna, tuttavia, sottolineare che se anche il *ne bis in idem* sostanziale costituisce un diritto fondamentale, espressione di un principio di diritto di maggiore portata – quello di ragionevolezza e proporzionalità formale – esso non esaurisce il proprio compito nel temperamento del cumulo sanzionatorio e, dunque, nella proporzionalità della doppia risposta sanzionatoria. Così facendo, infatti, si ascrive artificiosamente a tale garanzia fondamentale un controllo che non le è proprio⁸⁹³. Sul tema, peraltro, si è già avuto modo di anticipare la tesi secondo cui la proporzionalità formale era, invero, l'intento originario della Corte di Strasburgo⁸⁹⁴. Nei sistemi di doppio binario sanzionatorio domestici si era ravvisato il prisma dell'irragionevolezza. Era necessario uno strumento per riportare ad equità i sistemi. Il principio di proporzionalità, portato del più ampio sindacato di ragionevolezza, non era adeguato, troppo evanescente, ma si poteva raggiungere tale obiettivo eliminando uno dei procedimenti mediante il diritto al *ne bis in idem* processuale. La Corte, dunque, lo sfrutta estendendo l'ampia nozione di "*matière pénale*" e facendovi rientrare quello dei due procedimenti *stricto sensu* non penale. Ma il meccanismo non regge, vi è il timore che se ne abusi e, nondimeno, gli Stati oppongono resistenze. La Corte si aggancia al *ne bis in idem* sostanziale proponendo il requisito della proporzionalità sanzionatoria. Ma si tratta, a questo punto, di un'altra garanzia.

Ne deriva che non era in gioco un vero e proprio diritto fondamentale, come quello del *ne bis in idem* – «c'è anche la retorica dei "diritti fondamentali"»⁸⁹⁵ – quanto piuttosto questioni di equità sanzionatoria, di proporzione. Dunque, a partire da *A e B c. Norvegia* non c'è un *revirement*, ma la

⁸⁹² A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., 1073 ss.; in senso adesivo, A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 537 s.

⁸⁹³ Cfr. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit.

⁸⁹⁴ La tesi è di A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., soprattutto 1073 ss.

⁸⁹⁵ Così, M. DONINI, *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 7/8, 2293.

Corte di Strasburgo ha semplicemente “rivelato” come dietro alla sua precedente costante giurisprudenza sui sistemi di doppio binario vi siano da sempre state istanze di “proporzione”, tuttavia difficilmente tematizzabili e, dunque, trasformate in più fruibili argomenti di *ne bis in idem* processuale⁸⁹⁶.

Insomma, in via di approssimazione, si può dire che nell'impossibilità di ricondurre entro i limiti di ragionevolezza il doppio binario, la Corte abbia tentato di eliminarne una corsia procedimentale, per poi decidere, risultando l'*escamotage* difficilmente praticabile, di ritornare sui suoi passi per assicurare quantomeno la proporzionalità del cumulo.

3. La proporzionalità sanzionatoria del sistema alla luce del nuovo art. 187-terdecies t.u.f.

Si può, a questo punto, tentare di dare risposta all'interrogativo di fondo del presente lavoro, ossia la possibilità di ritenere compatibile il doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato con il principio del *ne bis in idem*.

La risposta, ovviamente, consiste nell'applicazione alla materia del *test* di compatibilità integrato cui si è fatto riferimento in precedenza⁸⁹⁷. Dunque, ferme le risultanze sulla natura penale delle sanzioni applicate dalla Consob e sull'*idem factum* (ancora sussistente tra procedimento penale *ex* artt. 184 e 185 e procedimento amministrativo *ex* artt. 187-*bis* e 187-*ter*, nonostante lo *ius superveniens* rappresentato dal d.lgs. n. 107/2018) e non considerando il requisito della connessione temporale dei procedimenti che, invero, non permette una verifica diversa da quella meramente casistica:

a) Gli illeciti penali (*ex* artt. 184 e 185 t.u.f.) e gli illeciti amministrativi (*ex* artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f.) hanno scopi complementari. Dunque, scopi analoghi ma non del tutto sovrapponibili: guardando all'illecito amministrativo si riscontra una più marcata finalizzazione alla tutela oggettiva del mercato e alla fiducia degli investitori; tutela, questa, propria anche della norma incriminatrice che, tuttavia, si salda alle ulteriori finalizzazioni tipiche della sanzione penale e, in particolare, all'istanza special-preventiva.

⁸⁹⁶ Cfr. A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, cit., 537, sulla tesi di A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, cit., soprattutto 1073 ss.

⁸⁹⁷ Cfr. § 2. *Ad adiuvandum*, sul tema dell'applicazione dei *test* di compatibilità alla materia degli abusi di mercato: Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, *Franconi*, cit.; Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, n. 49869, *Chiarion Casoni*, cit.; Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, n. 27564. In dottrina, si v. P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU*, cit., 8 s.

- b) È evidente la prevedibilità delle prospettive sanzionatorie, all'uopo valendo il principio di conoscenza legale, invero dalla semplice pubblicazione delle norme che disciplinano i diversi procedimenti in Gazzetta Ufficiale.
- c) La connessione degli elementi di prova è assicurata:
- dall'art. 187-*octies*, comma 5, che prevede per l'esercizio di specifiche attività investigative da parte della Consob l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica;
 - dall'art. 187-*decies* t.u.f., che disciplina i rapporti collaborativi tra Consob e magistratura in sede di accertamento;
 - dall'art. 187-*undecies* t.u.f., che disciplina le facoltà della Consob nel procedimento penale;
 - dalla possibilità di utilizzo in sede penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa⁸⁹⁸;
 - dalla possibilità, all'inverso, di utilizzare atti dell'indagine penale in sede di procedimento sanzionatorio amministrativo, secondo i principi generali della legge n. 689/1981, applicabili anche ai procedimenti di irrogazione delle sanzioni Consob⁸⁹⁹.
- d) Per quanto, infine, riguarda la “proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria”, va rilevato che il meccanismo compensativo di cui all'art. 187-*terdecies* t.u.f. è stato da sempre considerato come uno strumento inidoneo ad evitare la violazione *de qua*⁹⁰⁰. La valutazione della sua sussistenza, tuttavia, deve tener conto della sua integrale sostituzione ad opera dell'art. 4, comma 17, del d.lgs. n. 107 del 2018.

Si è già avuto modo di rilevare che il decreto legislativo n. 107 del 2018 pone fine ad una prolungata attesa, dando attuazione alla Direttiva 2014/57/UE, mentre il Regolamento (UE) 596/2014 era già direttamente applicabile. Il binomio normativo eurounitario del 2014 era sostanzialmente neutrale in relazione all'eventuale opzione del doppio binario, pur esplicitando che, qualora gli Stati membri avessero scelto tale opzione, avrebbero nondimeno dovuto assicurare il rispetto del *ne bis in idem*⁹⁰¹. La risposta del legislatore nostrano, in fondo, è stata proprio questa: mantenere il *double track system*, ma “introdurre” un correttivo idoneo a salvaguardare la garanzia: l'art. 187-*terdecies*, per l'appunto.

L'esordio della disposizione – «quando per lo stesso fatto» – mantenuto inalterato dopo la riforma del 2018, fa riferimento all'*idem factum* e, dunque, resta emblema, oggi come ieri – in uno con gli

⁸⁹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 29 gennaio 2013, n. 4324, secondo cui «le relazioni ispettive dei funzionari della Consob sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari».

⁸⁹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. II, n. 4363/2015.

⁹⁰⁰ Così, anche Corte di Giustizia UE, *Garlsson Real Estate SA e a.*, cit., § 60

⁹⁰¹ Cfr. *Considerando* n. 23, MAD II.

incipit degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* e con l'art. 187-*duodecies* – della scelta del legislatore di punire – *rectius* di procedere – due volte nonostante la medesimezza del fatto.

Come nella previgente formulazione, una delle evenienze cui la norma fa fronte è l'applicazione (a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente) di una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies*. Tale evenienza, tuttavia, a differenza della passata formulazione, non è l'unica: ad essa si affianca la possibilità di applicare la disposizione anche quando a carico dei predetti soggetti venga applicata una sanzione penale o una sanzione amministrativa da reato, così aderendo a quella impostazione dottrinale che, da tempo, riteneva possibile – onde evitare una irragionevole disparità di trattamento – estendere l'ambito operativo dell'art. 187-*terdecies* anche ai casi in cui a giungere per prima fosse stata la sanzione penale.

Al reo, inoltre, si aggiunge l'autore della violazione, mentre resta invariata la menzione dell'ente che, per vero, può subire una sanzione amministrativa tanto in via diretta *ex art.* 187-*quinquies* t.u.f., quanto come sanzione amministrativa dipendente da reato *ex art.* 25-*sexies* d.lgs. 231/2001⁹⁰².

In punto di innovazione, la norma oggi delinea due distinte fattispecie: stando alla lettera *b*), «l'esazione della pena pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria». La previsione, invero, costituisce per sommi capi una ripetizione del nucleo centrale del precedente art. 187-*terdecies* ossia, di quella norma che fino a poco tempo fa, era considerata una soluzione solo parziale al problema del cumulo sanzionatorio. La norma, infatti, non poteva assicurare la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio irrogato vista la sua attinenza esclusiva alle sanzioni pecuniarie.

Oggi, per converso, il legislatore del 2018 ha previsto anche un'altra fattispecie: quando uno dei due procedimenti si sia concluso, «l'autorità giudiziaria o la Consob tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate» (così art. 187-*terdecies*, lett. *a*), t.u.f.).

Così riformulato, l'art. 187-*terdecies* – secondo parte della dottrina⁹⁰³ – non risolverebbe ancora la problematica del *ne bis in idem* in materia di abusi di mercato, limitando la sua portata esclusivamente al profilo della sanzione pecuniaria. Tuttavia, se è vero che la lettera *b*) della vigente disposizione si riferisce alle sole sanzioni pecuniarie, assicurando «il coordinamento (una sorta di somma algebrica)» tra quelle applicate dalla Consob e quelle irrogate dall'autorità giudiziaria, come interpretare allora la precedente lettera *a*)?

⁹⁰² Tale innovazione, invero, secondo il Giudice di legittimità sarebbe in aperto contrasto con la giurisprudenza delle Corti europee. Cfr. Cass., Sez. Trib. civ., sent. 30 ottobre 2018, n. 27564, cit.

⁹⁰³ F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., 21 s.

L'espressione «misure punitive già irrogate» non può certo riferirsi alle «sanzioni pecuniarie», altrimenti costituendo un'inutile ripetizione della lettera successiva. Dunque – a rigor di logica – può presumersi che l'espressione si riferisca anzitutto alla pena detentiva, non essendovi, peraltro, ragionevoli motivi per ritenere esclusa la possibilità di ricomprendere nella formula anche le sanzioni accessorie, penali o amministrative.

Cosa debba intendersi, poi, con l'espressione “tener conto”, utilizzata nella stessa lettera *a*), merita un discorso a parte. L'espressione è talmente elastica – ed intrinsecamente ambigua come ogni formula analoga – da rendere necessario il ricorso, da parte dell'interprete, proprio al principio di ragionevolezza. Nondimeno deve aggiungersi che – ad oggi – la sola interpretazione che può condurre la formula menzionata a ragionevolezza è quella convenzionalmente ed eurounitariamente adeguatrice. Sicuramente, sarebbe stato opportuno formulare la norma nel senso di esplicitarne il necessario aggancio alla proporzionalità sanzionatoria e, dunque, piuttosto che sancire che «l'autorità giudiziaria o la Consob tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate», formulare la norma nel senso che l'autorità giudiziaria o la Consob irrogano le sanzioni di loro competenza “in misura proporzionale alle misure punitive già irrogate”. Ma, «così è (se vi pare)», una *littera legis* tanto generica per un verso non osta ad un'interpretazione conforme alla giurisprudenza delle Corti europee e, per altro verso, rende addirittura necessaria un'opzione ermeneutica in termini di ragionevolezza.

Così, pur concordando con chi ritiene che la disposizione in parola abbia costituito nel passato una «norma-simbolo delle questioni irrisolte» e che, ancora nel presente, sia del tutto indifferente al problema del *ne bis in idem* processuale⁹⁰⁴, non può parimenti condividersi l'assunto della persistente inadeguatezza della soluzione adottata dal legislatore del 2018.

Nella nuova formulazione, l'art. 187-*terdecies* raggiunge il risultato: permette di conseguire quella complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio richiesta dalle Corti europee per ritenere, assieme alle altre condizioni enucleate, rispettati i principi *ex artt.* 4, Prot. n. 7, CEDU e 50 CDFUE. Alla luce di ciò, il legislatore nostrano, questa volta, pare aver dato adeguata risposta al problema della compatibilità del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato con la garanzia del *ne bis in idem*.

⁹⁰⁴ *Ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

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

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010

ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 5

ALLEGREZZA S., *Sub Art. 4, Prot. 7*, in BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, 2012

ALLENA M., *Interessi procedimentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela?*, in *Giorn. dir. amm.* 2015, n. 1

AMALFITANO C., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2012, n. 7/8

AMATI E., *Ruolo della Consob e rapporti tra procedimenti. Art. 187 decies - Rapporti con la magistratura. Art 187 undecies. Facoltà della Consob nel procedimento penale. Art. 187 duodecies - Rapporti tra procedimento penale e procedimento amministrativo e di opposizione. Sub art 187 terdecies - Art. quaterdecies*, in *Nuove leggi civ.*, 2007, n. 5

AMATI E. – MAZZACUVA N., *Diritto penale dell'economia*, CEDAM, 2018

ARVEDLUND E., *Too good to be true: the rise and fall of Bernie Madoff*, Portfolio Hardcover, New York, 2009

BARGI A., *Il singolare funambolismo interpretativo dei rapporti tra diritto dell'UE, diritto nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza "Taricco" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, n. 4

BASILE E., *Contravvenzioni e contraddizioni in tema di abusi di mercato: tutela penale dei sistemi multilaterali di negoziazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, n. 4

BASILE E., *Verso la riforma della disciplina italiana del Market Abuse: la legge-delega per il recepimento della Direttiva 57/2014/UE*, in www.la legislazione penale.eu, 10 dicembre 2015

BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2017, n. 5

BASSI A., *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, n. 9

BAUSILIO G., *Il principio del ne bis in idem: dottrina e giurisprudenza*, Key Editore, 2017

BOZZI G.M., *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 9

BRANCACCIO M., *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e Altri contro Italia*, in *Ufficio del Ruolo e del Massimario – Settore penale*, 2014, Rel. n. 35

BRANCACCIO M. – FIDELBO G., *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Ufficio del Ruolo e del Massimario – Settore penale*, 2017, Rel. n. 26

CAIANIELLO M., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2015

CALLARI F., *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, 2009

CALÒ R., *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, n. 2

CAPRIOLI F., *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, n. 5

CAPRIOLI F. – VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011

CAROLLO C., *Sanctioning regime for Market Abuse: the role of the European Court of Human Right*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 17 novembre 2017

CASSIBBA F., *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, n. 1

CERESA GASTALDO M., *Esecuzione*, in CONSO G. – GREVI V. – BARGIS M. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2012

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933

CONFALONIERI S., *Ancora in tema di omesso versamento IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2015

CONFALONIERI S., *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A & B c. Norvegia?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2016

CONSULICH F., *Ex facto oritur ius criminale? Le prassi di mercato ammesse, tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in *Riv. soc.*, 2011, n. 2/3

CONSULICH F. – GENONI C., *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 4

CONSULICH F. – MUCCIARELLI F., *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Le Soc.*, 2016, n. 2

CONTI R., *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in www.diritticomparati.it, 6 marzo 2013

CONTI R., *Ne bis in idem*, in GAROFOLI R. - TREU T. (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, 2015

COPPI F., *Reato continuato e cosa giudicata*, Jovene, 1969

CORDERO F., *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958

CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, 2000

CORSO P., *Il doppio binario sanzionatorio tributario: un vulnus al divieto di secondo giudizio?*, in *Arch. Pen.*, 2016, n. 3

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, CEDAM, 1984

CURTI GIALDINO C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, n. 1

D'ALESSANDRO F., *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, n. 5

DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, n. 4

DE AMICIS G., *Il principio del “ne bis in idem” europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 7/8

DE AMICIS G., *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, n. 3/4

DE AMICIS G., *Diritto dell'UE e della CEDU e problema del ne bis in idem*, GAROFOLI R. – TREU T. (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, 2015

DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio (art. 7 CEDU)*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano*, CEDAM, 2016

DE AMICIS G. – GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 2

DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963

DEL FEDERICO L., *Evoluzione del sistema sanzionatorio amministrativo fiscale*, in INSOLERA G. – ACQUAROLI R. (a cura di), *Sussidiarietà ed efficacia del sistema sanzionatorio fiscale. Atti del convegno, Jesi 22-23 ottobre 2004*, Giuffrè, 2005

DELITALA G., *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934

DI AMATO A., *L'insider trading*, in DI AMATO A. (diretto da), *I reati del mercato finanziario. Trattato di diritto penale dell'impresa*, CEDAM, 2007

DI BITONTO M.L., *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, n. 4

DONINI M., *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 7/8

DOVA M., *Ne bis in idem e materia tributaria: prove tecniche di un dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 giugno 2014

DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in www.penalecontemporanea.it, 11 dicembre 2014

DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione*, www.penalecontemporaneo.it, 27 marzo 2015

DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2016

FABERI A., *Ne bis in idem: il dialogo interrotto*, in *Arch. pen. – Riv. online*, 2016, n. 2

FALCINELLI D., *Il giudice, l'antifrasi e una "Fata morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 giugno 2011

FARINELLI S., *Sull'applicazione del principio del ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, n. 4

FASOLIN S., *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, CEDAM, 2015

FIMIANI P., *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 2

FINOCCHIARO S., *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente "disciplinari": l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 dicembre 2014

FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: varianti italiane su un tema europeo*, in www.penacontemporaneo.it, 14 settembre 2014

FLICK G.M. – NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario sanzionatorio o binario morto? (Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, n. 5

FLICK G.M. – NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3

FOFFANI L., *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3/4

FONDAROLI D., *La Consob e gli abusi di mercato*, in SGUBBI F. – FONDAROLI D., TRIPODI A.F. (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2013

FONDAROLI D., *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in SGUBBI F. – FONDAROLI D., TRIPODI A.F. (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2013

FONTANA E., *Insider trading: legittimo il sequestro per equivalente del patrimonio usato per la speculazione*, in *Dir. giust.*, 2012, n. 1

FUSCO E., *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016

GAETA P., *Gerarchia ed antinomie di interpretazioni conformi nella materia penale: il caso del bis in idem*, testo rielaborato dalla relazione presentata al Convegno sul tema “L'interpretazione conforme al diritto dell'UE. Profili e limiti di un vincolo problematico”, Rovigo, 14-15 maggio 2014

GAETA P., *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, n. 3

GALANTINI M.N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, n. 1

GALANTINI M.N., *Il principio del “ne bis in idem internazionale”*, Giuffrè, 1984

GALANTINI M.N., *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, n. 3

GALANTINI M.N., *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, n. 1

GALLI S., *La disciplina italiana in tema di abusi di mercato*, Ipsoa, 2010

GALLUCCIO A., *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2016

GALLUCCIO A., *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 marzo 2018

GITTARDI I., *Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2015

GROSSMAN S., *An Analysis of the Role of Insider Trading on Futures Market*, in *Journal of Business*, 1986, n. 59

GUIZZI G., *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2015

JANNELLI E., *La cosa giudicata*, in AIMONETTO M.G. (a cura di), *Le impugnazioni*, nella Collana diretta da

CHIAVARIO M. – MARZADURI E., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Utet, 2005

LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, n. 12

LAVARINI B., *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, n. 1

LAZZERINI N., *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, n. 3

LINCIANO N. – MACCHIATI A., *Insider trading. Una regolazione difficile*, il Mulino, 2002

LONGO E., *La Corte di giustizia sancisce la continuità tra l'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza pre-Lisbona sui diritti fondamentali quali principi generali: la sentenza nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2013, n. 1

LOZZI G., *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Giuffrè, 1974

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2010

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2017

LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e processo*, 2005, n. 11

MADIA N., *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario. Spunti per una soluzione dell'"arcano" nel paradigmatico ambito degli abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2015

MAGRO M.B., *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.* 2007, n. 1

MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011

MANCUSO E.M., *Il giudicato nel processo penale*, in UBERTIS G. – VOENA G.P. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. XII.1, Giuffrè, 2012

MANDUCHI M., *Un primo intervento giurisprudenziale sulla nuova fattispecie di insider trading: la sorte dei c.d. insiders secondari*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 10

MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi vincoli" per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011

MANES V., *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in INSOLERA G. – MAZZACUVA N. – PAVARINI M. – ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Giappichelli, 2012

MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1

MANETTI M., *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.* 2014, n. 3

MANNE H.G., *Insider trading and the stock market*, Free Press, 1966

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, 2015

MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, n. 4

MAZZACUVA F., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, n. 4

MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017

MELCHIONDA A., *Aggiotaggio e Manipolazione del mercato*, in LANZI A. – CADOPPI A. (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, CEDAM, 2006

MENGONI E., *Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale: una questione ancora aperta*, in www.magistraturaindipendente.it, 30 maggio 2016

MUCCIARELLI F., *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Ipsoa, 2002

MUCCIARELLI F., *La nuova disciplina eurounitaria sul Market Abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, n. 4

MUCCIARELLI F., *L'insider trading nella rinnovata disciplina UE sugli abusi di mercato*, in *Le soc.*, 2016, n. 2

MUCCIARELLI F., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2018

MUCCIARELLI F., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2018.

MUSCO E. – ARDITO F., *Diritto penale tributario*, Zanichelli, 2016

NAPOLEONI V., *L'insider trading*, in SANTORIELLO C. (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, Giappichelli, 2008

NASCIMBENE B., *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, n. 3/4

NISCO A., *Persona giuridica "vittima" di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 2

PALASCIANO A., *Rinviata alla Corte costituzionale l'applicazione di sanzioni penali e amministrative per lo stesso fatto*, in *Fisco (II)*, 2015, n. 9

PALIERO C.E., *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" ad una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, n. 3

PALIERO C.E., *"Market abuse" e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. merito*, 2005, n. 7

PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, 1997

PEDRAZZI C., *L'illecito penale amministrativo. Relazione di sintesi*, in AA.VV., *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema (Profili penalistici e processuali). Atti del Convegno di Modena, 6-7 dicembre 1985*, CEDAM, 1987

PISANESCHI A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2014

RAFARACI T., voce "*Ne bis in idem*", in *Enc. dir., Annali*, Vol. III, Giuffrè, 2010

RANALDI G. – GAITO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.* 2017, n. 1

RECCHIA N., *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, n. 3

RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *Eurojus.it*, 22 marzo 2018

RIVELLO P.P., *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, n. 3

RIVELLO P.P., *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, n. 3

ROCCATAGLIATA L., *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 1

ROSSI A., *Le fattispecie penali di agiotaggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 58/98: problemi e prospettive)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, DOLCINI E. – PALIERO C.E., Giuffrè, 2006

SANTORIELLO C., *Market Abuse: in G.U. il decreto di modifica al T.U.F.*, in *il Quotidiano Giuridico*, 18 settembre 2018

SCARCELLA A., *Un passo indietro della Grande Camera della Corte di Strasburgo sulla questione del ne bis in idem in materia tributaria?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 16 novembre 2016

SCAROINA E., *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 7/8

SCOLETTA M., *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Corr. mer.*, 2011, n. 8/9

SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014

SCOLETTA M., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2014

SCOLETTA M., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le Soc.*, 2016, n. 2

SEMINARA S., *Insider trading e diritto penale*, Giuffrè, 1989

SEMINARA S., *L'agiotaggio (art. 2637)*, in A. GIARDA – S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, CEDAM, 2002

SEMINARA S., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, n. 1

SERRA, *Market abuse: ne bis in idem a rischio con la nuova disciplina*, in *Altalex*, 19 novembre 2018

SGUBBI F., *Le disposizioni generali*, in SGUBBI F. – FONDAROLI D. – TRIPODI A.F. (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2013

SGUBBI F., *L'abuso di informazioni privilegiate*, in SGUBBI F. – FONDAROLI D. – TRIPODI A.F. (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2013

SGUBBI F., *La manipolazione del mercato*, in SGUBBI F. – FONDAROLI D. – TRIPODI A.F. (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2013

TRINCHERA T. – SASSOROLI G. – MODUGNO F., *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso Fiat*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2013

TRIPODI A.F., *Commento agli artt. 180-187 quaterdecies t.u.f.*, in PADOVANI T. (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali complementari*, Giuffrè, 2007

TRIPODI A.F., *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, CEDAM, 2012

TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del Giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 4

TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014

TRIPODI A.F., *Il ne bis in idem si confronta coi suoi "limiti": al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione d'esecuzione prevista dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 2

TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, n. 3

TRIPODI A.F., *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Vol. I, Utet, 2017

TRIPODI A.F., *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Soc.*, 2018, n. 1

TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, n. 2

TRIPODI A.F., *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, n. 3

TROISI P., *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, n. 6

VALENSISE P. – SACCO GINEVRI A. – BUI I., *L'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni europee sugli abusi di mercato*, in www.dirittobancario.it, 24 settembre 2018

VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, n. 4

VALSECCHI A., *Sull'inapplicabilità del delitto di omesso versamento delle ritenute d'acconto (art. 10-bis d.lgs. 74/2000) all'omesso versamento delle ritenute relative al 2004 e sulle possibili ripercussioni di tale principio sul delitto di cui all'art. 10-ter*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2012

VALSECCHI A., *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*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2013

VALSECCHI A., *Per la Cassazione non viola il divieto di bis in idem la previsione di un doppio binario sanzionatorio per l'omesso versamento delle ritenute previdenziali*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3/4

VIGANÒ F., *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2014

VIGANÒ F., *Anche la Sezione Tributaria civile della Cassazione manda agli atti alla Corte costituzionale su abusi di mercato e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2015

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, n. 1

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016

VIGANÒ F., *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?* in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2016

VIGANÒ F., *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2016

VIGANÒ F., *A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2016

VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 novembre 2016

VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2017

VIGANÒ F., *Le Conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2017

VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Nota a Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, n. 3

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Ius17@unibo.it, 2009, n. 1

ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 2014, n. 5

ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2017

ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 luglio 2016